

Effettività nella tutela dei diritti attraverso l'opera del giudice

Analisi di una ricerca applicata

a cura di Federica Giardini



FEDERICA GIARDINI è Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato nella Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, dove insegna anche Diritto Privato dell'Unione Europea. E' avvocato, con studio legale a Padova.

In copertina, è raffigurato l'affresco *"Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al doge al cospetto di Venezia trionfante tra la Pace e la Giustizia"*. Gino Severini, sala delle lauree della Facoltà di Giurisprudenza - Palazzo del Bo, Padova.

Su concessione dell'Università degli Studi di Padova.

Prima edizione 2025, Padova University Press
Titolo originale *Effettività nella tutela dei diritti attraverso l'opera del giudice*

© 2025 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova
www.padovauniversitypress.it

Redazione Padova University Press
Progetto grafico Padova University Press

This book has been peer reviewed

ISBN 978-88-6938-462-2



This work is licensed under a Creative Commons Attribution International License
(CC BY-NC-ND) (<https://creativecommons.org/licenses/>)

Effettività nella tutela dei diritti attraverso l'opera del giudice

Analisi di una ricerca applicata

a cura di
Federica Giardini

**PADOVA
UP**

Indice

Ricerca applicata e didattica integrata alla ricerca: il progetto Uni4Justice come modello di verifica della idoneità del sistema giustizia italiano, in ambito civile, a fornire effettività nella tutela dei diritti <i>Federica Giardini</i>	9
Il curatore speciale del minore come strumento di protezione effettiva dei suoi diritti: una prospettiva sostanziale e processuale <i>Eleonora Marchetto Romano</i>	17
Responsabilità genitoriale e diritti del minore tra evoluzione normativa e prassi applicative <i>Alessandra Piva</i>	57
Annullabilità del testamento per incapacità naturale: indici e valutazione giudiziale <i>Anna Chiara Rinaldi</i>	97
L'utilizzo dello schema negoziale del trust a sostegno della persona: punti fermi e questioni aperte a trent'anni dalla ratifica della Convenzione dell'Aja sui trust <i>Giulia Binato</i>	135
L'audizione del beneficiario di amministrazione di sostegno ed il potenziale emancipativo dei residui spazi di autonomia della persona fragile <i>Maria Giulia Bassan</i>	177
Esigenze di controllo sull'operato dell'amministratore di sostegno: la visibilità del fascicolo come strumento di tutela del beneficiario <i>Claudia Barro</i>	211
Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno: una riflessione sulla prassi applicativa <i>Giovanni Calabrese</i>	239

La presente ricerca è stata condotta dal gruppo di ricerca del settore IUS/02 (Diritto Privato Comparato e Diritto Privato dell'Unione Europea) del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università degli Studi di Padova nell'ambito del Progetto "*Universitas per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo*" (*Uni4Justice*). Il progetto, coordinato dall'Alma Mater – Università di Bologna - ha coinvolto il Dipartimento di Diritto Pubblico Internazionale e Comunitario dell'Ateneo patavino nonché le Università situate nei distretti giudiziari delle Corti d'Appello di Ancona, Bologna, Trento, Trieste, Venezia ed ha sviluppato la collaborazione fra mondo scientifico e sistema della giustizia, all'interno del "Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo e l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato", promosso dal Ministero della Giustizia nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) a sostegno della riforma della giustizia.

Ricerca applicata e didattica integrata alla ricerca: il progetto Uni4Justice come modello di verifica della idoneità del sistema giustizia italiano, in ambito civile, a fornire effettività nella tutela dei diritti

Federica Giardini

Abstract. Il contributo si propone di esaminare il lavoro svolto dal gruppo di ricerca in Diritto privato Comparato e Diritto privato dell'Unione Europea nell'ambito del progetto Uni4Justice.

Parole chiave: progetto Uni4justice – ricerca applicata – didattica integrata alla ricerca - linee di ricerca – tutela effettiva – diritti soggettivi – opera del giudice – risultati della ricerca

UNI4JUSTICE è un progetto complesso di collaborazione fra il mondo scientifico ed il sistema della giustizia dei distretti delle Corti di appello di Ancona, Bologna, Trento, Venezia e Trieste, ispirato dai principi della programmazione europea. Esso ha promosso il cambiamento organizzativo, tecnologico e professionale negli uffici giudiziari sulla base della conoscenza concreta delle prassi di lavoro. Il potenziale cambiamento organizzativo ha tratto spunto anche dalla conoscenza delle modalità di utilizzo delle risorse e degli strumenti di monitoraggio complessivi, di cui si è avvalso il progetto stesso. UNI 4 JUSTICE costruisce modelli di organizzazione dell'ufficio per il processo, testati in loco. Insieme al personale togato, a quello amministrativo ed a quello tecnico, esso funge ancor oggi da strumento di elaborazione delle modalità di miglioramento delle routine di lavoro e di trattazione dei procedimenti giudiziari, ma anche

da meccanismo di creazione di processi di innovazione organizzativa e funzionale, che vengono generati dalla integrazione degli strumenti più innovativi approntati dalla ricerca delle scienze giuridiche e sociali, dalla informatica giuridica, dalla gestione nel campo delle intelligenze – umana e artificiale – e dalla qualità normativa – incluso il *legal design*.

Dal punto di vista della sua realizzazione a livello universitario, il progetto si è articolato nella creazione di gruppi di ricerca guidati da un referente scientifico e articolati nei diversi ambiti scientifico-disciplinari a cui corrispondono in concreto le materie, in particolar modo quelle giuridiche, che sono oggetto di trattazione nei procedimenti dinnanzi alle corti giudiziarie italiane.

Per quanto riguarda il gruppo di ricerca in Diritto Privato Comparato e Diritto Privato dell'Unione Europea (settore scientifico disciplinare IUS 02), il progetto si è concretizzato attraverso l'attività svolta da borsisti e assegnisti di ricerca, che hanno contribuito in modo fattivo ad offrire competenze specifiche relative a profili giuridici operativi nel funzionamento degli uffici giudiziari, così da concorrere alla realizzazione di una pluralità di obiettivi, identificati dal progetto stesso. Si è mirato a promuovere *best practices* organizzative per l'ufficio per il processo, a rafforzare la capacità di monitoraggio e valutazione del sistema giustizia, a rafforzare la sinergia fra formazione delle professionalità e dinamica dei bisogni di funzionamento della amministrazione della giustizia e della giurisdizione, ad affermare una visione integrata delle intelligenze per il giusto processo, che contribuisca alla leadership italiana in Europa. La ricerca si è articolata attraverso precise linee di azione. In primis è stata effettuata una raccolta dei bisogni e delle eccellenze per l'UPP; si sono individuati strumenti operativi di monitoraggio e consultazione per il potenziamento del medesimo UPP e al tempo stesso strumenti di formazione delle competenze per l'efficacia dell'UPP. Oltre a ciò, un'attenzione particolare è stata rivolta a specifici modelli organizzativi e per lo smaltimento dell'arretrato. L'attività svolta è stata articolata in precise linee di ricerca, la cui delimitazione e contenuto è stata preventivamente decisa dal responsabile scientifico del gruppo di ricerca, in collaborazione con i giudici nei cui uffici giudiziari l'attività si sarebbe dovuta svolgere. Nella individuazione delle linee di ricerca si è tenuto conto di una serie di fattori, che sintetizzassero dal punto di vista scientifico anche l'approfondimento di tematiche tecniche legate, da un lato alla struttura organizzativa del progetto, dall'altro alle esigenze che gli uffici giudiziari esprimevano

in termini di carico di lavoro nelle singole materie e sezioni nelle quali si articolano i diversi uffici.

Il tema di carattere generale adottato dal gruppo di ricerca ricerca è stato quello della “Effettività nella tutela dei diritti attraverso l’opera del giudice”. Le linee di ricerca attraverso le quali si è articolata l’attività di borsisti ed assegnisti sono state quelle della “protezione giuridica del minore di età nel processo civile, tra effettività della tutela, diritti degli adulti e conflitto familiare”, quella della “tutela della famiglia in senso giuridico e dei soggetti di diritto intesi come persone umane, nel diritto delle successioni” e infine quella del “diritto privato italiano di origine europea: ipotesi applicative e materiali per il giudice”.

Nell’ambito della prima linea di ricerca, basata su “la protezione giuridica del minore di età nel processo civile, tra effettività della tutela, diritti degli adulti e conflitto familiare”, avvalendosi anche dell’analisi condotta sulle ipotesi applicative, ad opera della giurisprudenza, delle regole giuridiche in materia familiare, l’attività svolta si è diretta a verificare in concreto quanto e come i diritti soggettivi del minore, anche in quanto figlio, trovino effettiva tutela nell’ambito del procedimento civile, in cui direttamente o indirettamente è coinvolto il conflitto familiare. Una particolare attenzione è stata rivolta alla verifica del rapporto tra i formanti della regola giuridica e all’apporto giurisprudenziale della tutela, individuando eventuali criticità dei tempi decisionali e proposte di adeguamento degli stessi al carico di lavoro dell’ufficio. Il tutto in coordinamento con l’ufficio del processo della sede di riferimento.

Nell’ambito della seconda linea di ricerca, basata su “La tutela della famiglia in senso giuridico e dei soggetti di diritto intesi come persone umane, nel diritto delle successioni”, traendo spunto dal contenzioso in materia di diritto delle successioni, il progetto si è diretto a fare il punto generale sull’adeguatezza delle attuali regole in materia successoria a fungere da strumenti di tutela effettiva della famiglia in senso giuridico, e, più in generale dei soggetti di diritto intesi come persone umane, nell’ambito dell’assetto complessivo che l’ordinamento italiano predispone in ambito successorio. Avendo sempre a proprio riferimento il sistema delle fonti ed i rapporti tra esse, una particolare attenzione è stata rivolta alla individuazione dei profili critici presenti, dal punto di vista applicativo-giudiziario, nel sistema successorio italiano, anche rispetto a quello di altri e differenti ordinamenti nazionali. Dal coordinamento con l’ufficio del processo sono emersi profili tendenziali e proposte di modifica dei

tempi decisionali, in linea con le riforme di cui anche l'ordinamento italiano discute da anni in questo ambito.

Nell'ambito della terza linea di ricerca, basata su "diritto privato italiano di origine europea: ipotesi applicative e materiali per il giudice", basandosi sulla constatazione che le regole giuridiche di diritto positivo aventi fonte europea nel diritto privato sono in numero sempre crescente e toccano ambiti diversi tra loro (dal diritto delle successioni, al diritto di famiglia e molti altri), a stretto contatto con l'ufficio del processo, la ricerca si è diretta ad individuare quali siano i settori che maggiormente trovano applicazione nel contenzioso giudiziale, proponendo ipotesi applicative e materiali per il giudice, utili al perseguimento del fine di abbreviare le tempistiche di trattazione dei fascicoli e dunque quelle della definizione del contenzioso in atto. Più specificamente, poi, la linea di ricerca è stata gradatamente delimitata alla valutazione avente ad oggetto l'istituto dell'amministrazione di sostegno, alla sua disciplina teorica, alle ipotesi applicative ed alla sua attuale funzione nell'ordinamento italiano, la cui società esprime progressivamente crescenti bisogni correlati all'invecchiamento della popolazione.

L'attività di ricerca si è prefissa di raggiungere alcuni obiettivi specifici relativi all'attività degli Uffici giudiziari del Distretto della Corte d'appello di Venezia, ed in particolare dei Tribunali di Venezia, Padova, Treviso e Rovigo, i quali, pur interessati da una significativa evoluzione in miglioramento degli indici statistici volti a rilevarne l'efficienza, presentavano in misura variabile alcune criticità sia per quanto riguarda la durata media e il c.d. *disposition time* dei processi, sia per ciò che concerne la capacità di far fronte alle sopravvenienze, avendo al tempo stesso la necessità di smaltire l'arretrato ancora pendente.

L'attività svolta sul campo - presso i Tribunali di Padova, Treviso e Rovigo si è snodata attraverso tappe predefinite, che hanno avuto ad oggetto, in primis, l'acquisizione e il monitoraggio dei dati statistici relativi al numero di pendenze e di sopravvenienze, al *clearance rate* o tasso di smaltimento, alla durata media e al *disposition time* dei procedimenti civili contenziosi degli ultimi 5 anni. In seguito si è proceduto a raccolta ed anonimizzazione dei procedimenti in essere, aventi attinenza con le linee di ricerca prospettate e alla successiva loro catalogazione per materia/tipologia di procedimento (aree SICID e SIECID). Si è proceduto alla ricognizione del programma di organizzazione approntato dagli uffici giudiziari, nonché delle strategie e delle buone prassi adottate per lo smaltimento dell'arretrato e la riduzione della durata dei procedimenti civili

in relazione alle varie materie oggetto di catalogazione. Si è condotta una ricognizione del numero, delle caratteristiche, delle regole operative, dei monitoraggi inerenti gli Uffici per il Processo attualmente in essere, nonché delle modifiche che i Presidenti di Tribunale si apprestavano ad apportare a tali strutture organizzative a seguito della presa di servizio dei nuovi funzionari addetti; si sono tenuti presenti i criteri seguiti nell'assegnazione dell'Ufficio del Processo ai magistrati o alle sezioni; è stata effettuata l'acquisizione dei dati statistici sul numero dei procedimenti civili, differenziati per categorie omogenee di materia, che sono stati definiti con modalità diverse dall'emanazione di sentenza, con individuazione – ove possibile - del numero e della natura dei procedimenti civili in cui, in corso di causa, le parti sono state invitate ad esperire tentativi di mediazione (obbligatoria o delegata) o di negoziazione assistita; si sono valutate le linee-guida seguite presso gli uffici giudiziari sull'incentivazione all'uso dei metodi alternativi di soluzione delle controversie civili. Su indicazione del referente scientifico del gruppo di ricerca ed in coordinamento con i Presidenti degli Uffici giudiziari interessati e/o dei loro incaricati, si sono messe in campo pratiche di studio per coadiuvare i singoli magistrati o gli addetti all'Ufficio del processo nella preparazione dei fascicoli per le udienze, nella puntuazione dei provvedimenti giudiziari, nella gestione dell'arretrato. Sono stati tenuti specifici seminari di approfondimento di temi giuridici riguardanti le linee di ricerca.

I componenti del gruppo di ricerca hanno effettuato la redazione, con cadenza trimestrale, di report di sintesi sulle attività svolte e di eventuali schede e prontuari secondo le indicazioni del personale docente strutturato e dei responsabili amministrativi, nonché la compilazione delle relazioni e dei moduli di rendiconto richiesti dall'Università capofila per il monitoraggio sull'attuazione del Progetto.

Sotto il profilo della interazione tra l'attuazione della ricerca e la didattica, lo sviluppo dell'attività di ricerca è stato oggetto di disamina e di progressiva analisi critica nell'ambito dei Corsi di lezione di Diritto Privato Comparato e di Diritto Privato dell'Unione Europea tenuti dal Responsabile scientifico nella Laurea magistrale in giurisprudenza dell'Università di Padova. Questo ha consentito agli studenti del biennio accademico attraverso il quale si è sviluppato il progetto, sin dalla sua ideazione e poi nelle successive fasi di attuazione, di interagire con le dinamiche poste in essere da borsisti e assegnisti in un'ottica di didattica integrata alla ricerca, che ha arricchito le loro competenze teoriche con l'esperienza acquisita sul campo dal gruppo di ricercatori.

Al termine dell'attività, il gruppo di ricerca in Diritto privato Comparato e Diritto privato dell'Unione Europea, ha concretizzato – tra gli altri – alcune iniziative sia scientifiche, che accademiche, volte alla divulgazione dei risultati. Sotto il profilo delle pubblicazioni, i giovani ricercatori hanno prodotto singoli contributi sui temi specifici, che sono il frutto dell'esperienza maturata durante il progetto. I contributi sono stati raccolti cura del Responsabile scientifico del gruppo di ricerca nella presente pubblicazione monografica a carattere collettaneo, che rappresenta il sunto di carattere scientifico relativo ai risultati sviluppati nelle singole linee di ricerca.

In questo ambito, in particolare, Eleonora Marchetto Romano si è occupata della figura del curatore del minore, visto nella sua potenziale funzione di attuazione dei diritti del minore stesso. Il tutto precorrendo di fatto ciò che la riforma Cartabia avrebbe introdotto di lì a poco nel sistema italiano, istituzionalizzandone peraltro quest'ultima – come noto – le prerogative essenzialmente di carattere processuale. Alessandra Piva ha trattato il tema della responsabilità genitoriale e diritti del minore tra evoluzione normativa e prassi applicative, con una particolare attenzione anche al rapporto tra enunciati normativi e reale applicazione degli istituti in esame. Anna Chiara Rinaldi ha trattato il tema dell'annullabilità del testamento per incapacità del testatore, avendo come riferimento il rapporto tra il contenzioso successorio esaminato durante il progetto e la realizzazione delle *rationes* alla base delle regole successorie in questo ambito. Giulia Binato si è occupata del tema legato all'utilizzabilità dello schema del trust per la realizzazione dei bisogni della persona, a trent'anni dalla ratifica della Convenzione de L'Aja da parte dell'ordinamento italiano. All'amministratore di sostegno, declinato in differenti aspetti e ambiti di problematicità teorico-applicative hanno riservato le loro riflessioni Maria Giulia Bassan, Claudia Barro e Giovanni Calabrese. In particolare Maria Giulia Bassan si è dedicata all'approfondimento del tema correlato alla fase di audizione del beneficiando, in rapporto ai suoi eventuali ambiti di sussistente autonomia. Giovanni Calabrese ha dedicato le proprie riflessioni al decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (ads) e Claudia Barro si è soffermata sul tema del controllo dell'operato del medesimo ads da parte dei soggetti a questo preposti, ma anche da parte di chi ne abbia un interesse tutelato dall'ordinamento.

Tutti i contributi hanno coniugato in modo particolarmente felice alcuni dei temi sui quali dottrina e giurisprudenza dibattono da tempo, ma al tempo stesso, forti proprio dell'esperienza maturata nel progetto

dai loro autori, hanno saputo interpretare in modo concreto alcune delle problematiche che la prassi delle corti nelle quali si è svolta l'attività di ricerca applicata, esprimono nei singoli ambiti di riferimento.

Unitamente ai Colleghi appartenenti al gruppo di ricerca in Filosofia del diritto (ssd IUS 20), i ricercatori di Diritto privato Comparato e Diritto Privato dell'Unione Europea si sono inoltre resi promotori dell'iniziativa convegnistica tenutasi a Padova il 7 luglio 2023 dal titolo *“Formazione e applicazione della regola giuridica. Il Progetto UNI4Justice e la collaborazione tra Università e Tribunali per l'efficienza del sistema giustizia”*, alla quale hanno partecipato in modo fattivo i singoli ricercatori, unitamente ai Magistrati di riferimento delle singole sedi giudiziarie. In una sintesi che coniuga teoria e pratica correlate alle singole problematiche che l'effettività della tutela esprime in termini di formazione ed applicazione della regola giuridica, dopo l'intervento della Magnifica Rettrice Prof.ssa Daniela Mapelli, del Direttore del Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto Prof. Manlio Miele e dei Professori referenti scientifici dei due gruppi di ricerca, Prof.ssa Federica Giardini e Prof. Paolo Moro, si sono distinti gli interventi del Presidente del tribunale di Padova Dott.ssa Caterina Santinello, quello del Presidente del tribunale di Treviso dott. Antonello Fabbro, della Presidente di Sezione civile del tribunale di Rovigo nonché delegata referente per il Progetto Uni4Justice dott.ssa Paola Di Francesco, della Presidente della Prima Sezione Civile del tribunale di Padova dott.ssa Cinzia Balletti, del Prof. Federico Reggio e del Presidente dell'Ordine degli avvocati di Padova avvocato Francesco Rossi.

Il curatore speciale del minore come strumento di protezione effettiva dei suoi diritti: una prospettiva sostanziale e processuale

Eleonora Marchetto Romano

Abstract. Il contributo si propone di esaminare l'istituto della rappresentanza processuale e sostanziale del minore d'età in seno ai procedimenti di regolamentazione della crisi familiare, che lo coinvolgono. Dopo una breve analisi della disciplina – neo introdotta – della figura del curatore speciale del minore, di cui agli artt. 473-bis. 7 e 473-bis.8 c.p.c., vengono svolti alcuni rilievi critici alla luce del principio di effettività, così come declinato nella giurisprudenza europea. Segue una breve analisi comparatistica dei modelli di rappresentanza del minore in ordinamenti stranieri.

Parole chiave: minori – rappresentanza – curatore speciale – separazione – divorzio – regolamentazione responsabilità genitoriale – giustizia minorile.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. Il curatore speciale del minore nella disciplina introdotta dal D.lgs. n. 149/2022. 3. I poteri di rappresentanza processuale. 4. I poteri di rappresentanza sostanziale. 5. La rappresentanza del minore d'età nella giurisprudenza europea. 6. La rappresentanza processuale del minore negli ordinamenti europei. 7. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

La riforma del processo civile, meglio nota come “Riforma Cartabia”, ha avuto – tra gli altri – l’obiettivo di ridisegnare il processo “di famiglia”

nel suo complesso e, nel farlo, ha dedicato particolare attenzione alla figura del minore d'età.

L'intento della riforma, infatti, è quello di riconoscere esplicitamente al minore una posizione di centralità – già acquisita nella legislazione internazionale e, in parte, nell'elaborazione pretoria nazionale – nell'ambito dei giudizi che lo riguardano, in quanto destinati ad incidere sulla sua sfera giuridica.

La valorizzazione della partecipazione del minore al procedimento giurisdizionale, così come operata dalla novella in commento, si sviluppa sostanzialmente lungo due direttrici. La prima è costituita dal rafforzamento dell'istituto dell'ascolto del minore ultradodicesenne, oggi previsto in via generale come obbligatorio, a pena di nullità del provvedimento. Il giudice, infatti, può omettere l'ascolto solamente quando ricorra una delle ipotesi espressamente tipizzate dal secondo comma dell'art. 473-*bis*.4 c.p.c.¹, fermo l'obbligo di motivare adeguatamente la scelta. La seconda direttrice, invece, consta nella codificazione ed implementazione della figura del curatore speciale del minore, disciplinata al neo-introdotta art. 473-*bis*.8 c.p.c., su cui il presente contributo si sofferma.

L'istituto della curatela speciale per il minore affonda le proprie radici nell'ordinamento sovranazionale. Occorre innanzitutto richiamare la Convenzione Europea sull'esercizio dei Diritti del Minore, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva dall'Italia con la legge n. 77/2003. Al suo art. 5, la Convenzione prevede l'impegno per gli stati firmatari di individuare regole processuali adeguate attraverso le quali riconoscere ai minori «il diritto di esercitare, completamente o parzialmente, le prerogative di una parte». In particolare, tale diritto deve esercitarsi mediante la nomina di un rappresentante, ogni qualvolta gli stessi minori siano interessati da un procedimento giurisdizionale e, soprattutto, qualora venga ad esistenza un conflitto di interessi tra il minore d'età ed i soggetti che ne abbiano la rappresentanza legale (v. art. 5, lett. b) ed art. 9 Convenzione di Strasburgo del 1996).

Sul punto, inoltre, è significativa la statuizione di principio contenuta nell'art. 12 della Convenzione di New York, siglata il 20 novembre 1989 e ratificata con L. n. 176/1991, sui Diritti del Fanciullo, secondo cui è diritto del minore essere ascoltato – personalmente, tramite un rappresentante,

¹ Ai sensi della citata norma, è possibile omettere l'ascolto del minore laddove tale adempimento appaia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo; in caso di impossibilità fisica o psichica del minore, ovvero se quest'ultimo abbia manifestato la volontà di non essere ascoltato.

ovvero un organo appropriato – in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi. L'assunto, peraltro, è ribadito nelle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla *child friendly justice*²: si pensi, ad esempio, al paragrafo 37, che insiste sulla circostanza per cui «i bambini dovrebbero avere diritto ad una consulenza e rappresentanza legale autonoma, in nome proprio, in ogni procedimento in cui esiste, o potrebbe esistere, un conflitto di interessi tra il minore e i genitori o le altre parti coinvolte»; ovvero al paragrafo 42, il quale prevede che «nei casi in cui sussistano interessi contrastanti tra genitori e figli, l'autorità competente dovrebbe nominare un tutore *ad litem* o un altro rappresentante indipendente per rappresentare le opinioni e gli interessi del minore».

Proprio in forza delle norme di matrice sovranazionale e delle spinte derivanti in tal senso dalla politica europea in materia di tutela e protezione dei minori, anche antecedentemente alla riforma in oggetto, la figura del curatore speciale del minore era già permeata nell'ordinamento nazionale attraverso l'applicazione estensiva dell'art. 78 c.p.c.³ operata dalla giurisprudenza.

² Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, adottate il 17 novembre 2010, COE Publishing, Vienna-Austria.

³ Considerati i principi di matrice sovranazionale in materia di tutela dei minori, la giurisprudenza di merito ha spesso ritenuto opportuna la nomina di un curatore speciale in casi atipici, ulteriori rispetto alle ipotesi normativamente previste. Le ipotesi tipiche, infatti, riguardano esclusivamente i procedimenti per la dichiarazione dello stato di adozione, le azioni di stato, i procedimenti *de potestate* e le questioni patrimoniali di interesse del minore. Infatti, in relazione quest'ultima ipotesi tipica, con preminente applicazione degli artt. 320 e 321 c.c., veniva estesa la possibilità di nomina di un curatore ai procedimenti di disgregazione del nucleo familiare – *i.e.* separazioni, divorzi, procedimenti ex art. 337-*bis* c.c. e procedure di vigilanza a norma dell'art. 337 c.c. – caratterizzati da un alto grado di conflittualità tra le parti. Inoltre, secondo le prassi di alcuni Tribunali per i Minorenni, la nomina di un curatore veniva prevista nei procedimenti ai sensi della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. Sono, dunque, plurimi i tentativi, anche risalenti, di far intervenire il minore in via autonoma nei giudizi di separazione o di divorzio, di cui è comunque parte in senso sostanziale: tra gli altri, si veda Trib. Genova 1 aprile 1982, «Diritto, Famiglia e Persone», 1982, pp. 1178 ss., con nota di G. BRANCA, *Sulla tutela dei diritti del minore nel giudizio di separazione e divorzio*; Trib. Genova 26 settembre 1984, «Diritto, Famiglia e Persone», 1985, pp. 24 ss., con nota di G. BRANCA, *Il giudice, i genitori e il minore nel giudizio di separazione: dubbi e riserve sulla costituzionalità della normativa*; più di recente si veda Trib. Milano, Sez. IX, decreto del 15 maggio 2014, «La giurisprudenza della nona», <https://www.figlipersempre.com/res/site39917/res688928_Giurisprudenza-famiglia-Tribunale-Milano-2014.pdf>, 2014; Cass. Civ., 11 maggio 2018, n. 11554, in *CED Cassazione*, 2018; Cass.

Infatti, per effetto dell'interpretazione estensivo-evolutiva del disposto dell'art. 78 c.p.c., è andata affermandosi sempre più diffusamente nella giurisprudenza di legittimità e di merito – entrando a pieno titolo in quello che viene definito come “diritto vivente” – l'idea per cui sarebbe stato nella facoltà del giudice nominare un curatore speciale, anche in via officiosa, non solo nelle ipotesi legislativamente previste, ma anche nei casi non espressamente menzionati dalle norme di diritto di famiglia e, specificamente, nelle ipotesi sempre più frequenti di sospensione dei rapporti tra genitori e figlio causato dal sopravvenire di un conflitto nella coppia

Civ., 24 maggio 2018, n. 12957, «*Foro Italiano*», 7-8, I, pp. 2364 ss., con nota di G. CASABURI; Trib. Torino, 21 dicembre 2018, «*ilcaso.it*», < <https://www.ilcaso.it/sentenze/tutele/21261/cookiePolicy>>; Trib. Milano, ordinanza 25 febbraio 2019, «*Il Familiarista*», con nota di R. ROSSI, <<https://ius.giuffre.it/dettaglio/8195907/conflitto-tra-ex-coniugi-per-la-tutela-dei-figli-minori-e-necessaria-la-nomina-di-un-curatore-speciale?searchText=Trib.%20Milano,%20ordinanza%2025%20febbraio%202019>>.

Peraltro, sull'esigenza di introdurre una previsione che consentisse una facoltà generale di nomina del curatore speciale, ebbe a pronunciarsi un comunicato stampa diffuso dalla Camera minorile di Milano il 26 gennaio 2006. Inoltre, una simile richiesta era stata addirittura avanzata in sede di approvazione della legge sul divorzio del 1970 – in particolare durante la seduta del 9 ottobre 1970 – ma il relativo emendamento, volto a prevedere la nomina di un curatore in seno al giudizio divorzile, al fine di difendere gli interessi morali e materiali della prole in giudizio, venne respinto.

Sulla questione della nomina di un curatore speciale del minore nei giudizi di separazione e divorzio, ad onor del vero, si era pronunciata anche la Corte Costituzionale. Negli anni ottanta, essa dichiarava l'infondatezza della eccezione di incostituzionalità degli artt. 5, primo comma – in relazione all'art. 6, secondo comma – della L. 1 dicembre 1970, n. 898 («*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*») e 708 c.p.c. – in relazione all'art. 155 c.c. Secondo la Consulta, infatti, sarebbe stata garanzia sufficiente alla tutela del minore la partecipazione ai procedimenti *de quibus* del pubblico ministero, nonché l'estensione dei poteri officiosi del giudice. Per la pronuncia si veda Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 185, «*Giustizia civile*», 1987, I, pp. 2188 ss., con nota di S. BOCCACCIO, *La Corte costituzionale e l'interesse del minore: un'occasione mancata*. La medesima conclusione è stata, peraltro, ribadita da Corte Cost. 22 novembre 2000, n. 528, «*Famiglia, Diritto e Persone*», 2001, pp. 914 ss., con nota di F. PICCALUGA, *La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della Consulta*. Ad oggi, comunque, la predetta impostazione risulta superata, giacché la Consulta ha avuto modo di precisare che ogni qualvolta il minore possa essere ritenuto centro di imputazione di interessi giuridicamente rilevanti, non adeguatamente tutelati dai genitori, allo stesso deve essere garantita una rappresentanza processuale mediante la nomina di un curatore speciale. Per la pronuncia v. C. Cost., 11 marzo 2011, n. 83, «*Famiglia e Diritto*», 2011, 6, pp. 545 ss. con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*. Per una trattazione complessiva del tema si veda GIOVANNI BONILINI, FERRUCCIO TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 749 ss., nonché F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015.

genitoriale. Al curatore del minore, dunque, il giudice avrebbe conferito *in primis* la rappresentanza processuale del minore, nonché, in taluni casi eccezionali, la rappresentanza sostanziale mediante l'attribuzione di specifici poteri e competenze, da esercitarsi al di fuori del giudizio anche nei rapporti con i terzi (quali, ad esempio, la necessità di prestare consenso per sottoporre il minore a cure sanitarie o nell'interlocuzione con i servizi sanitari).

Tale approdo giurisprudenziale ha, evidentemente, preso le mosse dalla necessità di individuare il minore quale soggetto portatore di diritti ed interessi sostanziali che trovano nella sua persona un centro d'imputazione non assimilabile in quello dei genitori in conflitto tra loro e che, per questo, devono essere condotti nel procedimento attraverso la nomina di un soggetto diverso, un rappresentante *ad hoc*, pena la violazione del pieno contraddittorio.⁴

⁴ Il principio per cui il minore d'età debba essere considerato quale soggetto portatore di interessi autonomi rispetto a quelli dei propri genitori può ritenersi consolidato nella giurisprudenza di legittimità. La Corte di Cassazione, infatti, ha avuto modo di ribadire più volte come la posizione del minore, in caso di conflitto d'interessi con i genitori, possa essere adeguatamente tutelata in concreto soltanto se il medesimo sia rappresentato e difeso autonomamente nel giudizio (v. Cass. Civ., SS.UU., 21 ottobre 2009, n. 22238; Cass. Civ., 22 gennaio 2010, n. 1107; Cass. Civ., 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass. Civ. 17 febbraio 2010, n. 3805; Cass. Civ., 26 marzo 2010, n. 7281; Cass. Civ., 19 maggio 2010, n. 12290; Cass. Civ., 11 giugno 2010, n. 14063; Cass. Civ., 4 giugno 2010, n. 14216; Cass. Civ., 14 luglio 2010, n. 16553; Cass. Civ., 19 luglio 2010, n. 16870; Cass. Civ., 11 dicembre 2013, n. 27729). Così non fosse, il minore correrebbe il rischio di vedere rappresentati i propri interessi coinvolti nel giudizio in maniera distorta, reinterpretata a seconda dell'interesse confliggente facente capo al genitore. A tale affermazione, originariamente formulata con particolare riferimento ai procedimenti riguardanti i c.d. diritti relazionali (tali sono i diritti che concernono, in genere, il mantenimento di buone le relazioni familiari), è stata nel tempo attribuita portata generale, essendo essa valevole per tutti i procedimenti che, anche latamente, riguardino il minore. Sul punto, poi, non si può tralasciare di citare la sentenza n. 1 emessa dalla Corte Costituzionale il 30 gennaio 2002. In particolare, la Consulta si era pronunciata circa la questione di incostituzionalità, per violazione degli artt. 2, 3, 31 e 111 Cost., dell'art. 336, co. 2, c.c., nella parte in cui non prevedeva l'audizione del minore ultradodicescenne – o, se ritenuto opportuno, anche di età inferiore – nei procedimenti modificativi o ablativi della responsabilità genitoriale. La Corte, pur concludendo per il rigetto della questione sollevata, ha enucleato nel proprio *iter* motivazionale alcuni, fondamentali, criteri ermeneutici circa il ruolo da riconoscere al minore nel processo. I giudici di legittimità, infatti, ritenendo che l'art. 12 della Convenzione di New York del 1989 fosse fonte idonea ad integrare il disposto dell'art. 336 c.c., sono giunti a riconoscere espressamente la qualità di parte processuale del minore, con la conseguente necessità di integrazione del contraddittorio nei suoi confronti. Ciò, eventualmente, anche con apposita nomina di un curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c. Per la pronuncia si veda C. Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, «Famiglia e Diritto», 2002, pp. 229 ss. con nota di F.

Pertanto, l'indirizzo – già giurisprudenziale ed ora anche normativo – è quello di riconoscere al minore esplicitamente quantomeno la qualifica di parte “in senso sostanziale”⁵, se non quello di vera e propria parte “processuale”⁶. A ben vedere, in effetti, non si tratta d'altro che d'un necessario corollario del generale principio di “intangibilità della sfera giuridica”, secondo cui non è possibile incidere sulla sfera giuridica di alcuno in assenza di una sua correlativa possibilità di partecipazione effettiva al procedimento destinato ad assumere provvedimenti a riguardo⁷.

2. Il curatore speciale del minore nella disciplina introdotta dal D.lgs. n. 149/2022

A seguito della recente riforma del processo civile di cui al D.lgs. n. 149/2022, la nuova disciplina relativa alla curatela del minore si trova negli artt. 473-*bis*.7 e 473-*bis*.8 c.p.c.

In realtà, il D.lgs. n. 149/2022 ha essenzialmente trasposto nel Titolo IV *bis* del codice di rito – e specificamente all'art. 473-*bis*.8 – le disposizioni già introdotte agli artt. 78 e 80 c.p.c. dalla L. n. 206/2021, che avevano trovato piena applicazione a partire dal giugno del 2022⁸. In altri termini, in virtù di un'esigenza di riordino della materia, alla quale il legislatore ha voluto assicurare una collocazione sistematica ed unitaria, le novità di cui alla legge delega sono semplicemente state riunite in un unico, nuovo ar-

TOMMASEO, *Giudizi camerali e de potestate e giusto processo*.

⁵ Nel diritto processuale civile il concetto di “parte” svolge un ruolo essenziale sul piano soggettivo nella determinazione dei titolari dei poteri processuali, nonché dei destinatari degli effetti dei provvedimenti giurisdizionali. In particolare, con la locuzione di “parte in senso sostanziale” si indica il soggetto che, essendo titolare del rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, subisce gli effetti sostanziali, ovvero di accertamento, del provvedimento giurisdizionale di merito (c.d. cosa giudicata).

⁶ Diversamente, con l'espressione “parte in senso processuale” si intende il soggetto che è destinatario degli atti processuali, quali, ad esempio, pronunce nel rito. Per un'opinione contraria al riconoscimento al minore della qualifica di parte processuale si veda G. O. CESARO, *L'estensione e la valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli artt. 78 e 80 c.p.c.*, «Nuove Leggi Civili Commentate», 2022, 1, pp. 48 ss.

⁷ Sul tema, in generale: GIUSEPPE MAGNO, *Il minore come soggetto processuale*, Giuffrè, Milano, 2001; BARBARA POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017; SERGIO MATTEINI CHIARI, *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁸ La L. n. 206 del 21 novembre 2021 è entrata in vigore il 24 dicembre 2022. Tuttavia, ai sensi dell'art. 1, comma 37, le modifiche apportate agli artt. 78 e 80 c.p.c. hanno trovato applicazione decorsi 180 giorni dall'entrata in vigore della novella e, dunque, a partire dal mese di giugno dell'anno successivo.

titolo: l'art. 473-*bis*.8, appunto. Ne è conseguita l'abrogazione della parte novellata degli artt. 78 e 80 c.p.c., oggi tornati alla loro formulazione ante riforma, salvo alcuni correttivi (sui cui si tornerà *infra*).

Nell'operazione di riordino, tuttavia, non sono mancate integrazioni e precisazioni. Così, ad esempio, il legislatore ha ritenuto di specificare la formulazione di quello che, in origine, era stato introdotto quale terzo comma dell'art. 78 c.p.c., prevedendo che «Il curatore speciale del minore procede al suo ascolto ai sensi dell'articolo 315-*bis*, terzo comma, del codice civile, nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473-*bis*.4 c.p.c.». Una simile puntualizzazione, chiaramente volta a dissipare ogni possibile dubbio circa la natura e le modalità dell'ascolto che deve essere condotto dal curatore speciale, è principalmente atta a ribadire la non assimilabilità del predetto istituto all'ascolto in sede processuale (disciplinato dagli artt. 473-*bis*.4, 473-*bis*.5 e 473-*bis*.6 c.p.c.). L'ascolto del minore da parte del curatore, infatti, svolge una funzione ontologicamente diversa dall'ascolto processuale, in quanto è posto a garanzia di una differente forma di partecipazione, riconducibile al principio generale contemplato dall'art. 315-*bis*, co. 3, c.c., per il quale «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».

Venendo ad un'analisi puntuale del disposto dell'art.473-*bis*.8 c.p.c., occorre *in primis* operare una distinzione tra ipotesi di nomina obbligatoria, a pena di nullità degli atti del procedimento – di cui al primo comma della citata norma – ed ipotesi di nomina facoltativa, la cui opportunità è rimessa alla valutazione del giudice, disciplinate al secondo comma dell'art. 473-*bis*.8.

Tra le ipotesi di nomina obbligatoria, alla lett. a), co. 1, del menzionato articolo è prevista la nomina del curatore speciale del minore ogni qualvolta che sia richiesta la decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti di entrambi i genitori da parte del pubblico ministero, ovvero dell'uno nei confronti dell'altro.

Alla lett. b), co.1, dell'art. 473-*bis*.8 è richiesta la nomina obbligatoria – quale provvedimento accessorio – in caso di adozione di provvedimenti ex art. 403 c.c. o di affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 e ss. della L. n. 184/1988. Una simile previsione appare ampiamente giustificabile, dal momento che di fronte a casi di allontanamento del minore dalla famiglia d'origine – da cui, peraltro, possono trarre origine successivi procedimenti decadenziali – o di affidamento etero-familiare, emerge in

maniera inequivocabile un conflitto di interessi tra rappresentanti (genitori) e rappresentato (figlio).

Quanto alla previsione contenuta alla lettera d), essa attribuisce al giudice il potere di nomina, anche d'ufficio e sempre *sub poena nullitatis*, qualora il minore ultraquattordicenne ne abbia fatto richiesta. A fronte di tale previsione, è dunque stata generalizzata ed estesa la facoltà del minore di chiedere la nomina di un "suo" curatore, che dall'ordinamento – precedentemente all'entrata in vigore della riforma – veniva riconosciuta in sole ipotesi specifiche⁹. Sul punto, peraltro, risulta strettamente connesso a tale disposizione l'art. 473-bis.5 c.p.c. e, in particolare, quanto disposto a chiusura del terzo comma della norma: ivi, infatti, è stabilito che, in sede di ascolto del minore, il giudice abbia l'obbligo di informare il minore che abbia compiuto i quattordici anni d'età della possibilità di procedere alla nomina di un curatore speciale, sì da garantire effettiva attuazione alla fattispecie di cui all'art. 473-bis.8, co. 1, lett. d).

Merita una trattazione separata l'ipotesi contemplata dalla lett. c), co. 1 dell'art. 473-bis.8 c.p.c. secondo cui il giudice provvede alla nomina, anche d'ufficio, quando nel corso del giudizio venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori. Intercorre, infatti, una sostanziale differenza tra le fattispecie contemplate alle lettere a), b) e d), rispetto a quella di cui alla lettera c) della norma. Essa è costituita dal tipo di valutazione prodromica alla nomina: nelle prime tre ipotesi, infatti, si procede alla nomina in ogni caso e fin dal momento in cui il procedimento si venga ad instaurare, giacché l'incapacità dei genitori a rappresentare adeguatamente gli interessi del minore, ovvero l'esistenza di un conflitto di interessi – anche solo potenziale – tra gli stessi e la prole, è assunta come in *re ipsa*; nel caso di cui alla lettera c), invece, la scelta di nominare un curatore speciale al minore consegue ad una valutazione condotta *ex post* dal giudice e basata sulle singole circostanze del caso concreto (non a caso, infatti, il testo della norma fa esplicito riferimento ai «fatti emersi nel procedimento»). La lettera c), co. 1, dell'art. 473-bis.8 c.p.c. introduce dunque una fattispecie elastica, che consegna all'organo giudicante ampi margini di discrezionalità nel giudizio di inadeguatezza alla rappresentanza processuale della coppia genitoriale, dove il conflitto di interessi

⁹ Il minore poteva chiedere la nomina di un proprio curatore in seno all'azione di riconoscimento della paternità, ex art. 244 c.p.c. e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, ai sensi dell'art. 264 c.c.

tra rappresentato e rappresentante viene rilevato in concreto, e non in potenza come sarebbe normalmente previsto dall'art. 78 c.p.c.¹⁰

Proprio in relazione all'ipotesi di nomina di cui alla lettera c) della norma, un primo orientamento interpretativo della dottrina¹¹ ritiene che l'ambito di applicabilità di tale disposizione sia limitato ai procedimenti in cui non si deduca in causa la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori (o la richiesta di analogo provvedimento dell'uno nei confronti dell'altro) e, cioè, nei casi in cui si discorra di sospensione/limitazione della responsabilità genitoriale (e dunque, ipotesi di attenuata gravità), ovvero ipotesi in cui il pubblico ministero abbia agito ex artt. 330-336 c.c. nei confronti di un solo genitore, riconoscendo quantomeno inizialmente la capacità rappresentativa dell'altro, e un tanto almeno finché non emerga anche in capo a quest'ultimo l'incapacità di rappresentanza cui la fattispecie normativa fa riferimento.

Prima di passare all'esegesi dei casi di nomina facoltativa, di cui al secondo comma della norma, è bene sottolineare nuovamente come il legislatore abbia assoggettato l'omessa nomina del curatore nelle ipotesi di cui alle lett. a), b), c) e d), co. 1, art. 473-bis.8 alla sanzione della nullità del procedimento, in quanto integrante una violazione del contraddittorio processuale: una simile previsione, però, potrebbe rivelarsi problematica nei casi di cui alla lett. c), ove vi è una valutazione discrezionale di opportunità, poiché potrebbe tradursi in un meccanismo automatico di nomina, giustificato non tanto dalle circostanze fattuali, ma dal timore di incorrere in nullità del procedimento, la cui conseguenza sarebbe l'integrale rinnovazione del giudizio, in pregiudizio alla ragionevole durata del processo.

Il secondo comma dell'art. 473-bis.8 c.p.c. disciplina le ipotesi di nomina facoltativa del curatore speciale e dispone: «In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi

¹⁰ Infatti, se è vero che sussiste un conflitto di interessi quando gli interessi del rappresentante e del rappresentato siano in concreto incompatibili tra loro, nel senso che l'interesse dell'uno non è conciliabile con l'interesse dell'altro (sul punto si veda, *ex plurimis*, Cass. Civ., 13 aprile 2001, n. 5533), sul piano processuale tale conflitto di interessi diviene rilevante ogni qualvolta che l'incompatibilità delle rispettive posizioni sia anche solo potenziale. Ciò in quanto la *ratio* dell'art. 78 c.p.c. risiede nell'impedire che si verifichi l'eventuale danno derivante dal potere di rappresentanza accordato al soggetto in conflitto d'interessi con coloro i quali siano per varie ragioni impediti ad agire personalmente (v. Cass. Civ., 16 settembre 2002, n. 13507, ma anche Cass. Civ., 26 marzo 2010, n. 7281, «Rivista di Diritto Processuale», 2011, p. 407 con nota di S. BOCCAGNA, *rappresentanza e difesa del minore nel giudizio di adottabilità: la cassazione boccia la tesi "ambrosiana"*).

¹¹ Ci si riferisce, in particolare, a quanto sostenuto da G. O. CESARO, *L'estensione e la valorizzazione*, cit., p. 50.

ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore; il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato. Si applicano gli articoli 78, 79, 80 c.p.c.».

Il presupposto di applicabilità della norma, ricavabile dal dato testuale del comma in esame, è costituito dalla “temporanea inadeguatezza” dei genitori a farsi rappresentanti nel processo degli interessi sostanziali del minore. Essa si presenta come parametro più ampio ed elastico rispetto al criterio del “conflitto di interessi” di cui al primo comma (e, in generale, all’art. 78 c.p.c.): tale scelta normativa appare ispirata al rafforzamento della tutela accordata al minore, che, nel procedimento, si identifica inamancabilmente con la possibilità per il minore di far conoscere all’organo giudicante i suoi desideri e le sue necessità in concreto.

Ad ogni modo, la possibilità di nomina del curatore, in questo caso, è “attenuata” rispetto alle ipotesi di cui al comma precedente: infatti il giudice ha la facoltà, ma non l’obbligo, di procedervi, e comunque, stante la peculiarità dell’ipotesi – che viene configurata come eccezionale – si richiede la motivazione succinta del provvedimento di nomina. Peraltro, a deporre per l’eccezionalità della previsione normativa in esame è, altresì, il riferimento ai motivi dell’inadeguatezza genitoriale alla rappresentanza degli interessi del minore in giudizio, che devono essere gravi.

L’ambito di elezione di questa norma è dato da tutti quei procedimenti nei quali la coppia genitoriale – pur adeguata sotto il profilo dell’esercizio della responsabilità – sia attraversata da un livello di conflittualità così elevato da rendere entrambi inadeguati a rappresentare al giudice la genuina posizione sostanziale del minore – assolutamente determinante nella causa, nella misura in cui la decisione giurisdizionale assunta all’esito della stessa è destinata ad incidere sulla posizione giuridica soggettiva di quest’ultimo.¹² In altri termini, la norma in esame trova applicazione nei giudizi di separazione, divorzio e nei giudizi ex art. 316 c.c., nonché alle relative modifiche, rispetto ai quali l’elevata conflittualità genitoriale assume valore ostativo all’adeguato ingresso, nel procedimento valutativo e decisionale, della posizione giuridica del minore, a cui, come ribadito

¹² In realtà, l’elevato grado di conflittualità tra i genitori non può essere di per se stesso sufficiente a legittimare la nomina del curatore speciale. Infatti, alla conflittualità deve accompagnarsi un *quid pluris*, che faccia sì che questa degeneri in una menomazione in concreto della capacità di almeno uno dei due alla corretta rappresentanza della prole. In tale senso, la conflittualità potrebbe divenire rilevante qualora si traduca in una condotta ostativa all’accertamento dei fatti di causa, alla libera espressione del minore (ad esempio grazie all’ascolto), ovvero alla diligente attuazione dei provvedimenti assunti nel corso del giudizio.

dall'art. 3 della Convenzione di New York, dovrebbe invece, comunque e sempre, essere attribuito valore preminente.

Anche gli aspetti procedurali riguardanti la nomina del curatore speciale del minore risultano incisi dalla riforma, la quale ha introdotto disposizioni volte a colmare alcune lacune di disciplina presenti nella normativa precedente, di cui agli artt. 78, 79 e 80 c.p.c.

Specificamente, l'art. 79 c.p.c., che individua i soggetti legittimati alla nomina – cioè il pubblico ministero, la persona che deve essere rappresentata o assistita, nonché dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto di interessi, dal rappresentante, oltre che da qualsiasi altra parte vi abbia interesse – è integrato dalla già citata lett. d), co. 1, art. 473-*bis* c.p.c., che aggiunge al novero di tali soggetti il minore ultraquattordicenne.

Non diversamente, l'art. 80 c.p.c., che si occupa della competenza in materia sancendo che l'istanza per la nomina del curatore speciale debba essere proposta al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa, è stato completato con la previsione per cui, se l'esigenza di nominare un curatore speciale sorga nel corso del procedimento – anche di natura cautelare – alla nomina provvede d'ufficio il giudice titolare del procedimento.¹³

Per quanto riguarda, invece, la revoca del curatore speciale e il tema dell'ascolto del minore da parte di quest'ultimo, assume rilievo il quarto comma dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c., poiché il D.lgs. n. 149/2022 ha inteso riprodurre pedissequamente il disposto del terzo comma dell'art. 80 c.p.c., nella sua formulazione successiva alla L. n. 206/2021.

Per quanto concerne la revoca, esso prevede la possibilità da parte del minore che abbia compiuto i quattordici anni d'età, dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, del tutore o del pubblico ministero di chiedere la revoca della nomina a fronte di gravi inadempienze o in assenza dei presupposti per la sua nomina, siano essi contestati dall'inizio o siano venuti successivamente meno. Sull'istanza è chiamato a decidere il presidente del tribunale, qualora essa sia stata proposta *ante causam*; diversamente, la decisione spetta al giudice presso cui pende la causa. La decisione è assunta con decreto non impugnabile.¹⁴

¹³ L'integrazione al primo comma dell'art. 80 c.p.c. è stata disposta dall'art. 1, co. 31, lett. a) della L. n. 206/2021, rimasto in vigore nonostante il successivo D.Lgs.n. 140/2022.

¹⁴ La scelta di prevedere la non impugnabilità del provvedimento è, nell'opinione di chi scrive, giustificata dall'esigenza di evitare l'instaurarsi di un contenzioso parallelo relativo all'opportunità di nomina del curatore, capace di comportare un'irragionevole dilatazione dei tempi processuali.

In punto di ascolto, come si è accennato *supra*, il legislatore ha traslato – seppur con integrazioni – il disposto del terzo comma dell’art. 80 c.p.c. nel quarto comma dell’art. 473-*bis*.8 c.p.c., ponendo in capo al curatore il dovere di provvedervi. Al netto del riferimento all’art. 315 *bis*, co. 3, c.c., dal testo della norma non emergono particolari indicazioni o cautele da assumere nell’espletamento di tale attività: si segnala che in soccorso sono pervenute alcune raccomandazioni del Consiglio nazionale forense, il quale raccomanda di procedere all’ascolto del minore capace di discernimento con modi e termini a lui comprensibili, fornendogli, tenuto conto dell’età e del suo sviluppo psicofisico, le informazioni più rilevanti¹⁵.

La riforma ha inciso, inoltre, sul piano sostanziale, dapprima intervenendo sull’art. 80 c.p.c. e, ora, inserendo nel terzo comma dell’art. 473-*bis*.8 c.p.c. la possibilità di attribuzione al curatore, da parte del giudice, nel corso del giudizio e con provvedimento non impugnabile, di specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Si tratta del recepimento di un potere rappresentativo non solo processuale, ma a tutto tondo, già riconosciuto al curatore dalla legge – segnatamente dagli artt. 320, co. 6 e 321 c.c. – limitatamente al caso di conflitto di interessi patrimoniali tra i genitori e i loro figli minori.

La possibilità di attribuzione di poteri di rappresentanza sostanziale al curatore speciale del minore, comunque, aveva già subito un ampliamento ad opera dell’interpretazione pretoria, laddove venivano riconosciuti siffatti poteri in fattispecie quali l’iscrizione scolastica, la scelta del medico curante, la sottoposizione a particolari trattamenti medici, la sottoscrizione di moduli per le attività sportive a fronte dell’inerzia genitoriale determinata da un mancato accordo tra gli stessi.

¹⁵ Le raccomandazioni del Cnf, redatte in collaborazione con associazioni specialistiche, sono consultabili al sito Dirittoegiustizia.it. Il Cnf raccomanda al curatore di mantenere rapporti costanti e improntati a correttezza e lealtà con l’eventuale tutore, con i servizi sociali, con gli educatori, con i responsabili delle comunità, con il personale sanitario, con gli affidatari (o l’ente affidatario), con gli insegnanti, nonché con tutti gli altri soggetti che a vario titolo si occupano del minore. Il curatore speciale deve rispettare i canoni deontologici di cui agli artt. 9, 14, 15 e 19 del codice deontologico e deve evitare incompatibilità nel rispetto dell’art. 24 c. deontologico. In ossequio all’art. 18, co. 2, c. deontologico, il curatore deve, inoltre, garantire l’anonimato dell’assistito, qualora ne ricorrano i presupposti. Il curatore può depositare, in nome e per conto del minore, istanza per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Qualora debba costituirsi in giudizio, il curatore deve assumere con tempestività le informazioni necessarie ed esaminare gli atti e i documenti di causa. Sull’avvocato, curatore speciale di minore cfr. anche B. POLISENO, *Il curatore speciale del minore*, in *Le riforme del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, Legge 26 novembre 2021, a cura di C. Cecchella, Giappichelli, Torino, 2022, p. 85 ss., spec. 102.

Il giudice, nell'attribuire al curatore speciale poteri di rappresentanza sostanziale del minore, è chiamato a specificare in maniera quanto più puntuale possibile ed in concreto, i poteri e gli obiettivi specifici ai quali essi siano finalizzati.

Un richiamo alla figura del curatore speciale del minore si ritrova anche nell'art. 336 c.c., modificato dall'art. 1, comma 4, lett. d) del d.lgs. n. 149 del 2022, il quale estende al curatore, se già nominato, la legittimazione ad agire per ottenere i provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale.

Restano, invece, escluse dall'ambito applicativo della disciplina esaminata, le fattispecie nelle quali la nomina del curatore speciale del minore è predeterminata dal legislatore quali le azioni di stato e di adottabilità.

Dato conto dei tratti fondamentali caratterizzanti la figura del curatore speciale per il minore ex art. 473-bis.8 c.p.c., è necessario soffermarsi sull'articolo che lo precede e disciplina la figura del curatore del minore, in modo tale da evidenziare le differenze che permettono di distinguere le due figure.

Infatti, il curatore speciale del minore di cui all'art. 473-bis.8 c.p.c. è una figura processuale, in via prioritaria chiamata a rappresentare il minore nel giudizio, che esaurisce i suoi compiti (anche laddove gli siano stati assegnati specifici poteri sostanziali) con la definizione del procedimento nell'ambito del quale è avvenuta la nomina. Diversamente, il curatore del minore ex art. 473-bis.7 è una figura che appartiene all'ambito "sostanziale" (analogo al tutore, ma con poteri più limitati e specificamente individuati nel provvedimento giudiziale di nomina), in quanto è chiamato a esercitare specifici compiti, attribuitigli nel provvedimento che ha definito un procedimento ex art. 333 c.c.¹⁶, nel caso in cui siano state adottate misure limitative della responsabilità genitoriale.

¹⁶ L'art. 473-bis.7 c.p.c., rubricato «Nomina del tutore e del curatore del minore», è stato introdotto dalla riforma a recepimento di alcune prassi non uniformi in uso presso alcuni Tribunali nazionali in relazione alla nomina del tutore nell'ambito e/o all'esito dei procedimenti aventi ad oggetto domande di decadenza dalla responsabilità genitoriale (ex art. 330 c.c.) o di adozione di misure limitative della responsabilità genitoriale, in presenza di condotte dei genitori pregiudizievoli per la prole (ex art. 333 c.c.). Sino ad oggi, come rilevato anche nella relazione accompagnatoria al progetto di riforma, l'applicazione delle norme appena citate è stata assolutamente incostante, soggiacendo a prassi interpretative diverse. Non infrequenti, ad esempio, sono stati i provvedimenti di decadenza dalla responsabilità genitoriale privi di espressa nomina del tutore. Allo stesso modo, sono stati frequenti i provvedimenti contenenti tale nomina, corredata da diverse statuizioni in merito alle modalità e ai casi di trasmissione degli atti al giudice tutelare territorialmente competente, chiamato a coadiuvare il tutore nell'assunzione delle decisioni di maggior

Con l'introduzione della figura del curatore del minore (art. 473-*bis*.7, co. 2, c.p.c.), si è voluto codificare un orientamento ermeneutico, proprio di alcune corti di merito, per il quale, in caso di elevatissima conflittualità genitoriale, non risolta neppure con l'adozione di misure quali il monitoraggio del nucleo familiare o l'affidamento del minore al servizio sociale, veniva disposta la sospensione dalla responsabilità genitoriale, pur mantenendo in capo ai genitori la gestione delle questioni di ordinaria amministrazione relative alla prole. Contestualmente, veniva attribuito ad un soggetto terzo il compimento degli atti di straordinaria amministrazione e, comunque, il potere di assumere le decisioni di maggiore rilevanza per i figli di minore età (quali ad esempio la decisione sulla iscrizione scolastica, sulle cure mediche, su trattamenti sanitari, e altre).¹⁷ Proprio per questi limitati compiti attribuiti, al contrario di quanto accade con la nomina del tutore che può essere effettuata anche in corso di causa, il curatore di cui al comma 2 dell'art. 473-*bis*.7 c.p.c., può essere nominato solo all'esito del procedimento, poiché nel corso dello stesso, sarà già presente il cu-

interesse per il minore e a vigilare sull'operato dello stesso. Ancora più evidente è la divergenza di applicazione delle norme vigenti, certamente lacunose sul punto, nel caso di nomina del tutore nel corso del procedimento. Al fine di rendere le norme processuali maggiormente omogenee rispetto alle disposizioni sostanziali che disciplinano i presupposti per la nomina del tutore, con la novella si è dunque preferito distinguere tra le ipotesi di procedimenti aventi ad oggetto domande di decadenza dalla responsabilità genitoriale, e domande di cui all'art. 333 c.c. L'art. 343 c.c. prevede, infatti, l'apertura della tutela qualora entrambi i genitori siano morti ovvero se «per altre cause non possono esercitare la responsabilità genitoriale». Tradizionalmente, tale locuzione è stata interpretata con riferimento alle ipotesi in cui i genitori per impedimento oggettivo (quale ad esempio irreperibilità, malattia fisica o mentale che impedisca totalmente al genitore di assumere decisioni per il figlio) non possano esercitare i compiti genitoriali. In discontinuità con quanto previsto per le ipotesi di decadenza dalla responsabilità genitoriale, nel caso di limitazioni della responsabilità genitoriale, adottate ai sensi dell'articolo 333 c.c., il legislatore ha preferito la possibilità di nomina di un curatore del minore (e non di un tutore). Volendo rappresentare con un'immagine plastica il rapporto intercorrente tra le due disposizioni, si potrebbe immaginare la nomina del tutore come l'insieme più grande, all'interno del quale è compreso l'insieme più ristretto della nomina del curatore.

¹⁷ Sulla *ratio* sottostante alla previsione normativa si sofferma la stessa relazione finale della Commissione presieduta da Francesco Paolo Luiso (vice-presidente Filippo Danovi), istituita per elaborare proposte e interventi di riforma in materia civile e di strumenti alternativi, al fine di ridurre i tempi dei processi e ottenere una migliore efficienza dell'amministrazione della giustizia, alla luce del disegno di legge S 1662, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie» (< https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf>, si vedano in particolare le pp. 110 e ss.).

ratore speciale del minore nominato ai sensi dell'articolo 473-*bis*.8, co. 1, lett. c), c.p.c.

In sostanza, il curatore del minore di cui all'articolo in esame è chiamato a esercitare i poteri genitoriali attribuiti dal provvedimento del giudice, al fine di garantire che, terminato il giudizio, la conflittualità o le difficoltà comunque presenti in capo ai genitori, che avranno determinato l'adozione di provvedimenti limitativi dell'esercizio della responsabilità genitoriale, non pregiudichino la crescita e lo sviluppo della prole. L'introduzione di questa figura è atta a tutelare, allo stesso tempo, il corretto e sereno sviluppo del minore e i genitori, che, pur essendo idonei a garantire l'accudimento quotidiano della prole, a causa del conflitto imputabile alla condotta di entrambi o a causa di altre difficoltà (comunque non tali da comportare la decadenza), non riescano ad assumere alcuna decisione di maggiore rilevanza per i figli.

L'istituto, quindi, vorrebbe costituire un'alternativa all'affidamento ai servizi sociali *sic et simpliciter*, che, nella prassi, ha dimostrato non poche carenze. Infatti, anche a causa delle croniche carenze di organico e all'elevatissimo grado di conflittualità genitoriale, i responsabili del servizio sociale affidatario spesso si sono dimostrati non in grado di compiere le scelte relative al minore – quand'anche espressamente attribuite loro nel provvedimento giudiziale di nomina – con rimessione delle stesse all'autorità giudiziaria, cui il genitore interessato alla decisione veniva invitato a rivolgersi. Diversamente, il curatore – dovendo intrattenere un rapporto diretto con minore e genitori, e non essendo vincolato a particolari formalità – dovrebbe, quantomeno in potenza, rivelarsi figura decisamente più efficace ed incisiva.

Al curatore ex art. 473-*bis*.7 c.p.c., dunque, è affidato il compito di assumere le decisioni di maggior interesse per il minore, con la possibilità di agire seguendo procedimenti più snelli ed immediati¹⁸, senza imporre l'istaurazione di veri e propri giudizi per superare continui conflitti tra i genitori e sempre sotto la vigilanza del giudice tutelare, assicurando così un sostanziale equilibrio nella gestione della prole.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta può sostenersi che l'intervento riformatore – e, dunque, l'introduzione dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c. – determini la definitiva acquisizione da parte del minore della qualità di parte sostanziale del procedimento, con la conseguenza che è ragionevole rite-

¹⁸ Dalla norma è richiesto che tra il giudice tutelare e il curatore si instauri un canale di comunicazione diretto, all'interno del quale possono essere fornite dal giudice indicazioni circa la gestione di eventuali questioni controverse.

nere sussistente in capo allo stesso una limitata *legitimitatio ad causam*¹⁹, che gli consentirebbe eventualmente di impugnare la sentenza, pur limitatamente ai capi che afferiscono alla sua posizione. Del resto, una simile conclusione si porrebbe in linea di continuità con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia, che, peraltro, nello spazio giuridico europeo sono stati ulteriormente rafforzati dalla giurisprudenza della Corte EDU, che impone agli Stati membri di agevolare, con ogni mezzo, l'adeguata considerazione degli interessi superiori del minore coinvolto nei procedimenti giudiziari in materia di famiglia.²⁰

3. I poteri di rappresentanza processuale

Il curatore speciale del minore è investito – in via principale – di poteri di rappresentanza processuale. Egli, dunque, può costituirsi in giudizio; prendere posizione sui fatti dedotti dai genitori; formulare domande ed istanze istruttorie in relazione a questioni su cui il minore abbia un interesse specifico²¹; svolgere tutti gli incumbenti processuali per i quali siano già maturate preclusioni o decadenze (se la nomina è avvenuta nel corso del giudizio); impugnare – e, quindi, costituirsi nel giudizio di secondo grado – i capi della decisione riguardanti il minore. Oltre a ciò, è destinatario delle notifiche di tutti i provvedimenti assunti nel corso del procedimento. Infine, l'art. 336, co. 1, c.c. attribuisce allo stesso curatore speciale, se già nominato, la legittimazione attiva volta richiedere i provvedimenti *de potestate* – sia con la predisposizione di un ricorso autonomo, che nei processi di separazione o divorzio, ovvero di affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio già pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria – ogni qualvolta che emergano condotte pregiudizievoli in danno del minore.

¹⁹ Sulla contrapposizione tra legittimazione processuale e il diverso concetto della legittimazione ad agire, a contraddire e ad intervenire, nonché sui rapporti tra legittimazione all'azione e capacità di stare in giudizio si rinvia a G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, Enciclopedia Giuridica, XVIII, 1990.

²⁰ Per la giurisprudenza europea rilevante sul punto, si veda, tra le altre, Corte EDU, 29 giugno 2004, *Voleský c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 23 febbraio 2017, *D'Alconzo c. Italia*. Per un approfondimento del tema si rinvia a *European Union Agency for Fundamental Rights, Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, COE Publishing, Vienna-Austria, 2020.

²¹ Sul punto, è evidente che non possa essere riconosciuta al curatore speciale del minore legittimazione a contraddire sulle domande di addebito della separazione o sul riconoscimento, e conseguente determinazione, dell'assegno di mantenimento del coniuge (o dell'assegno divorzile), mancando in relazione alle stesse un interesse ad agire del minore, necessario ai fini dell'azione ex art. 100 c.p.c.

Alla luce dei poteri conferiti, nonché dalle prassi giurisprudenziali che hanno anticipato (ed ispirato) la riforma, è ragionevole ritenere che il ruolo di curatore speciale del minore sarà maggiormente ricoperto da avvocati, i quali dunque avranno una duplice veste: quella di difensore e, ancor prima, quella di curatore speciale del minore.²²

Tale concentrazione di ruoli, tuttavia, appare incoraggiata non solo dalle summenzionate prassi giurisprudenziali, ma anche dalla lacuna normativa esistente in tema di compenso della funzione.

Nella prima stesura del disegno di legge delega (L. n. 206/2021) era previsto che, in caso di nomina del curatore speciale del minore con contestuale ammissione al patrocinio a spese dello Stato del minore, le spese eventualmente anticipate dallo Stato fossero recuperate a carico del o dei genitori, ovvero dei soggetti esercenti la responsabilità genitoriale soccombenti nel giudizio. Tuttavia, di tale criterio non è rimasta traccia a seguito dell'*iter* di approvazione parlamentare, all'esito del quale è mancato in radice qualsiasi riferimento alla gestione dei costi consequenziali alla nomina di un rappresentante legale del minore.

Cionondimeno, avuto riguardo del ruolo di primaria importanza assegnato nel processo al curatore speciale dalla riforma, sarebbe stato quantomeno opportuno che il legislatore a regolamentasse, anche indipendentemente dall'ammissione al gratuito patrocinio, l'indennità o il compenso spettanti al professionista di volta in volta investito della rappresentanza legale del minore.

È certamente vero che nell'ordinamento – al di fuori delle ipotesi in cui il giudice tutelare può assegnare al tutore un'equa indennità (art. 379, co. 2, c.c.) – vige il principio di gratuità dell'istituto della tutela (cui si può agevolmente assimilare la curatela speciale), in virtù dell'alto valore morale della funzione e del fatto che, spesso, la nomina è legata a legami di affetto o parentela. Allo stesso tempo, però, è vero anche che, viste le circostanze, la scelta di omettere qualsiasi indicazione circa la remunerazione dell'incarico – lo si ribadisce, di fatto affidato a soggetti estranei a colui per il quale è chiesta la rappresentanza – appare all'interprete incomprensibile.

²² Secondo Cass. Civ., 3 gennaio 2019, n. 9 nel procedimento ex art. 336 c.c., il curatore speciale del minore che abbia anche il titolo di avvocato può stare in giudizio senza l'ausilio di altro difensore ai sensi dell'art. 86 c.p.c., potendo cumulare le due qualifiche e non avendo necessità del formale conferimento d'incarico tramite procura alle liti.

Dunque, in assenza di una forma di remunerazione diretta prevista dalla legge²³, la nomina di un avvocato quale curatore speciale del minore diviene l'unica soluzione idonea ad assicurare una retribuzione in funzione della nomina e dell'espletamento delle correlate funzioni.

Compiuta questa necessaria premessa, può dunque concludersi che l'avvocato si troverà spesso nella condizione di svolgere le funzioni di curatore speciale e di difensore del minore, sicché occorre soffermarsi sulle qualità professionali che lo stesso debba detenere.²⁴

Sul punto, tanto la legge ordinaria, quanto la legislazione di settore – nella specie il Codice Deontologico Forense (CDF), approvato il 31 gennaio 2014²⁵ – risultano carenti. Ciò nonostante, alcune disposizioni di quest'ultimo risultano applicabili.

L'avvocato che assista il minore deve accertarsi innanzitutto della fiducia e del consenso di quest'ultimo, dovendo svolgere il mandato nell'esclusivo interesse di lui (cfr. art. 23, c. deontologico); deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere (cfr. art. 24, c. deontologico), quand'anche provenienti dal genitore del minore; «deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione», compresa la possibilità di mediazione o di altri percorsi alternativi al contenzioso giudiziario (cfr. art. 27, c. deontologico).

In discontinuità con il Codice Deontologico – segnatamente con l'art. 56, co. 1 e 2²⁶ – l'avvocato che sia curatore speciale del minore capace di

²³ Una forma di remunerazione, seppur indiretta, si può ricavare dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

²⁴ L'importantissima – e delicata – funzione svolta impone di pensare ad una formazione interdisciplinare e non limitata alla conoscenza giuridica. Ad esempio, possono ritenersi utili per valutare in concreto il *best interest of the child* conoscenze di psicologia dell'età evolutiva e pedagogia. In tal senso, già nel 2004, si era pronunciata la Corte Costituzionale rilevando la necessità che l'avvocato del minore sia dotato «di competenze adeguate alla particolarità e alla delicatezza della funzione da assolvere». Per la pronuncia si veda C. Cost., 22 giugno 2004, n. 178; per un approfondimento sul tema, invece, cfr. MARIA GRAZIA RUO, *Il curatore del minore. Compiti. Procedure. Responsabilità.*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 31 ss.

²⁵ Il Codice Deontologico forense, infatti, non disciplina l'ipotesi in cui sia parte assistita dall'avvocato un soggetto minore d'età.

²⁶ Si riportano i commi 1 e 2, art. 56, del Codice Deontologico: «1. L'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi. 2. L'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi

discernimento non ha bisogno del consenso del genitore per procedere all'ascolto del minore o avere un colloquio con lo stesso, in forza della loro obbligatorietà ex art. 473-*bis*.8 c.p.c. Colloquio e ascolto del minore, infatti, sono strumenti necessari alla promozione dell'interesse del minore nel processo.

Come già accennato, rappresentare e difendere un minore implica, oltre alla perfetta cognizione della normativa rilevante, una buona conoscenza di materie che normalmente esulano dal *curriculum* formativo del professionista legale: ciò vuol dire che il difensore del minore dovrebbe essere uno specialista (con alle spalle una formazione *ad hoc*). Ed in effetti, le *Guidelines* europee sulla giustizia minorile esigono una formazione interdisciplinare per tutti i professionisti che lavorano in campo minorile; segnatamente: «Gli avvocati che rappresentano minorenni dovrebbero ricevere una formazione specialistica progressiva in diritto minorile e materie correlate, per essere capaci di comunicare coi fanciulli adeguandosi al loro livello di comprensione»²⁷.

Qualora il difensore tecnico – e curatore speciale – non ritenesse di avere le necessarie competenze, «deve prospettare al cliente e alla parte assistita la necessità di integrare l'assistenza con altro collega in possesso di dette competenze» (cfr. art. 26, co. 2, c. deontologico), per non incorrere nella sanzione dell'avvertimento (cfr. art. 26, co. 5).

Quanto alle informazioni che l'avvocato è chiamato a fornire al proprio assistito in ordine all'incarico e alle relative attività da espletare, alla durata, alle possibilità di soluzione stragiudiziale della controversia, etc., il dettato del codice deontologico in materia deve essere necessariamente integrato ai sensi dell'art. 3, lett. c), della Convenzione di Strasburgo, laddove è prescritto che esse debbono riguardare le possibili conseguenze dei desideri espressi dal minore e delle decisioni attese o adottate. Inoltre, le *Guidelines* europee stabiliscono che «Gli avvocati debbono fornire al fanciullo tutte le necessarie informazioni e spiegazioni circa le possibili conseguenze delle sue intenzioni od opinioni»²⁸.

Pertanto, tra il minore e l'avvocato deve stabilirsi un dialogo continuo, che permetta a quest'ultimo di individuare la linea di condotta processuale. Essa, inevitabilmente, dovrà essere valutata sulla base delle

da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse.».

²⁷ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Guidelines of the Committee*, cit., in particolare Reg. IV, A, 4 e Reg. IV, D., 2/39.

²⁸ *IBID.*, Reg. IV, D., 2/41.

volontà, aspirazioni e timori espressi dal minore; del dettato normativo in concreto applicabile; le risultanze del bilanciamento d'interessi del minore.

Infine, nei confronti dei difensori delle altre parti in causa, le norme di carattere deontologico richiedono che i rapporti tra colleghi siano fondati sulla lealtà e la correttezza personale. Dato questo punto di partenza, è evidente che il difensore del minore per poter svolgere al meglio il proprio ruolo e, così facendo, operare al meglio il bilanciamento tra gli interessi in causa, è chiamato a confrontarsi con i genitori e i rispettivi avvocati. Pertanto, è ragionevole ritenere che l'applicazione dell'art. 41 c. deontologico²⁹ debba trovare un'applicazione attenuata, anche in considerazione del fatto che l'avvocato della prole rappresenta un interesse superiore e preminente, il cui rispetto è richiesto a tutti gli attori del procedimento giurisdizionale, compreso il giudice.

L'avvocato del minore, poi, dovrebbe instaurare e mantenere uno stretto rapporto di scambio di opinioni col pubblico ministero, tenuto ad intervenire nei giudizi *de quibus* ai sensi dell'art. 70 c.p.c., al fine di far coincidere l'interesse specifico del minore all'interesse pubblicistico da quest'ultimo rappresentato.

Infine, all'avvocato del minore dovrebbe essere garantita una maggiore facilità di comunicazione con il giudice del procedimento, essendo espressamente previsto che il minore d'età possa sempre rivolgersi.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, comunque, sarebbe auspicabile fosse prevista l'introduzione di un apposito albo dei curatori speciali, non solo a garanzia delle competenze dei professionisti ivi iscritti, ma anche a presidio della trasparenza della nomina e a tutela dei criteri di rotazione nell'assegnazione degli incarichi.³⁰

²⁹ L'art. 41 c. deontologico riporta: «1. L'avvocato non deve mettersi in contatto diretto con la controparte che sappia assistita da altro collega. 2. L'avvocato, in ogni stato del procedimento e in ogni grado del giudizio, può avere contatti con le altre parti solo in presenza del loro difensore o con il consenso di questi. 3. L'avvocato può indirizzare corrispondenza direttamente alla controparte, inviandone sempre copia per conoscenza al collega che la assiste, esclusivamente per richiedere comportamenti determinati, intimare messe in mora, evitare prescrizioni o decadenze. 4. L'avvocato non deve ricevere la controparte assistita da un collega senza informare quest'ultimo e ottenerne il consenso. 5. La violazione dei doveri e divieti di cui al presente articolo comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura.».

³⁰ Si segnala che in molti casi sono intervenuti i diversi ordini di appartenenza a colmare la suddetta lacuna legislativa. Ad esempio, l'Ordine degli avvocati di Rovigo ha pubblicato, in data 16 settembre 2022 un regolamento sulla formazione e tenuta dell'elenco degli avvocati abilitati alla funzione di curatore speciale e difensore di ufficio nei procedimenti

4. I poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore

Il fatto di aver formalizzato la possibilità per il curatore speciale del minore di avere compiti e poteri di natura sostanziale (art. 473-bis.8, co. 3, c.p.c.) rappresenta sicuramente uno dei meriti della riforma. Esso, infatti, potrebbe rivelarsi ausilio concreto ed effettivo per la risoluzione di gravi conflitti familiari, nonché per il superamento di quelle condizioni di stallo che, spesso, si verificano nelle ipotesi di affidamento condiviso o di affidamento all'ente.

Come si è già avuto modo di accennare, la possibilità di nomina di un curatore *ad acta* per il compimento di uno o più atti di natura patrimoniale era già contemplata dall'art. 320, co. 6, c.c. nelle ipotesi di conflitto di interessi di natura patrimoniale tra la prole, ovvero tra essa e i soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale o, ancora, tra essa e il soggetto esercente la responsabilità genitoriale in via esclusiva.

All'esito dell'attività di ricerca svolta in seno al progetto Uni4justice – il cui ambito principale è stato costituito dall'analisi delle prassi e della produzione giurisprudenziale dei Tribunali di Padova, Rovigo e Treviso,

che coinvolgono un minore in ambito civile. In particolare è previsto che l'elenco dei Curatori speciali del minore e dei Difensori di ufficio sia suddiviso in tre diverse sezioni: a) Sezione Curatori speciali/Difensori di ufficio del minore avanti al Tribunale Ordinario; b) Sezione Curatori speciali/Difensori di ufficio del minore avanti al Tribunale per i Minorenni; c) Sezione civile - Difensori d'ufficio dei genitori. L'Elenco, tenuto dal Consiglio dell'Ordine, verrà periodicamente trasmesso al Tribunale per i Minorenni di Venezia ed al Presidente del Tribunale di Rovigo. L'iscrizione nell'elenco dei Curatori speciali dei minori e Difensori di ufficio è riservata agli avvocati in possesso dei seguenti requisiti: a) iscrizione all'Albo degli Avvocati da almeno cinque anni; b) regolarità di pagamento della quota annuale di iscrizione all'Albo; c) assenza di sanzioni disciplinari definitive superiori all'avvertimento; d) aver adempiuto correttamente agli obblighi formativi nell'anno precedente la richiesta di iscrizione a mezzo di autocertificazione; e) essere in regola con gli adempimenti previsti per l'esercizio effettivo della professione di cui all'art. 2 del D.M. 46/2016 (tra cui si richiama l'avere in corso una polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione e l'essere titolare di un indirizzo di posta elettronica attiva); f) esperienza professionale nel settore del diritto di famiglia e minorile comprovata dallo svolgimento di almeno dieci incarichi professionali in procedimenti minorili e/o di diritto di famiglia nel triennio precedente, ovvero attestazione di frequenza di un corso di formazione organizzato dal Consiglio dell'Ordine territoriale o dal Consiglio Nazionale Forense o da Associazione riconosciuta dal CNF della durata di almeno 30 ore in diritto civile minorile. Sulle domande di iscrizione decide lo stesso Consiglio dell'Ordine, il quale ha anche il compito di vigilare sulla permanenza dei requisiti richiesti. Il regolamento è reperibile al seguente indirizzo: <<https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17513915/regolamento-curatori-minori-rovigo.html>>.

volto all'individuazione di virtuosi modelli di efficienza – è emersa sul punto una particolare sensibilità dei Tribunali coinvolti nel progetto, che, ancor prima della piena efficacia della riforma, hanno dato attuazione ai principi di nuova introduzione, affidando – appunto – a dei professionisti (avvocati) poteri di rappresentanza sostanziale.

In particolare, si segnalano due pronunce significative del Tribunale di Treviso, pubblicate l'una il 26 aprile 2022 e l'altra il 28 giugno 2022.³¹

Nella prima, emessa all'esito di un giudizio di separazione giudiziale, viene disposto l'affidamento dei minori ai Servizi Sociali territorialmente competenti e confermata la nomina – assunta in corso di causa – di un curatore per gli stessi. A quest'ultimo, in particolare, è conferito il compito di intrattenere i rapporti con il Servizio Sociale affidatario e prendere le decisioni relative alla gestione ordinaria dei minori, mentre le decisioni di maggiore interesse rimangono da prendersi previa concertazione con i Servizi Sociali e i genitori.

Nella seconda, scaturita, invece, da un giudizio volto alla modifica delle condizioni di divorzio, al curatore viene non solo richiesto di «curare e gestire nell'interesse del minore i rapporti con i Servizi Sociali affidatari in modo tale da assicurare l'adozione e l'attuazione di tutte le decisioni relative agli interventi e iniziative ritenute indispensabili o anche solo utili a perseguire l'interesse del minore e a soddisfarne i bisogni specifici», ma anche di assumere tutte le «decisioni inerenti gli interventi di sostegno e/o terapeutici, anche ove gli stessi siano suggeriti dal SEE della scuola, dai Servizi Sociali affidatari o dai professionisti che hanno in cura il minore».

Ciò che emerge – quale aspetto di criticità – dalle prime applicazioni giurisprudenziali dell'istituto è la scarsa determinatezza dei poteri di natura sostanziale attribuiti al curatore: infatti, se il riconoscimento di tali poteri può costituire valido aiuto per la risoluzione del conflitto geni-

³¹ Le pronunce sono reperibili al sito [avvocatipersonefamiglie.it](https://www.avvocatipersonefamiglie.it), segnatamente ai link <<https://www.avvocatipersonefamiglie.it/notizie/affidamento-dei-figli/il-curatore-speciale-del-minore-con-poteri-sostanziali-sulle-scelte-terapeutiche/>>, con nota di G. CONTE e <https://www.avvocatipersonefamiglie.it/notizie/affidamento-dei-figli/la-figura-del-curatore-speciale-del-minore-con-poteri-di-natura-sostanziale-il-tribunale-di-treviso-anticipa-gli-effetti-della-riforma-del-processo-civile/>, con nota di C. CURCULESCU. Per un ulteriore commento alle stesse cfr. F. ZANOVELLO, *Poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore tra riforma del processo civile e anticipazioni giurisprudenziali*, «Famiglia e Diritto», 2022, 11, pp. 1013 ss.

toriale, non deve tuttavia esondare in una vera e propria sostituzione del curatore ai genitori.³²

Peraltro, destano preoccupazione le possibili ricadute sul piano della responsabilità professionale dell'avvocato del conferimento di poteri di natura extraprocessuale all'avvocato-curatore speciale. Infatti, l'obbligatorietà di una polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione sancita dall'art. 12 della L. n. 247/2012 è limitata allo svolgimento delle attività di natura processuale o stragiudiziale.³³ Tuttavia, il curatore speciale del minore con poteri sostanziali è chiamato a svolgere delle attività che esorbitano dalle normali coperture assicurative: da qui discende il rischio che il professionista possa essere limitato nella sua autonomia ed indipendenza nello svolgimento del ruolo, temendo di dover rispondere in proprio di eventuali scelte effettuate nell'interesse del minore, ma contestate dai genitori.

5. La rappresentanza del minore d'età nella giurisprudenza europea

La giurisprudenza europea, pur da sempre sensibile al tema del rispetto dei diritti fondamentali dei minori, solo di rado ha avuto a confrontarsi con la questione della rappresentanza del minore quale strumento di tutela effettiva dei propri diritti.

³² In tema si vedano le osservazioni svolte da G. SAPI, *Il curatore speciale del minore dopo la l. n. 206/2021*, «AIAFrivista», < https://www.aiafrivista.it/Article/Archive/index_html?id=465&idn=44&idi=-1&idu=-1>, 2022.

³³ L'art. 1 del D.M. 22 settembre 2016, che precisa i requisiti minimi della polizza assicurativa professionale richiesta agli avvocati recita: «1. L'assicurazione deve prevedere la copertura della responsabilità civile dell'avvocato per tutti i danni che dovesse colposamente causare a terzi nello svolgimento dell'attività professionale. 2. L'assicurazione deve coprire la responsabilità per qualsiasi tipo di danno: patrimoniale, non patrimoniale, indiretto, permanente, temporaneo, futuro. 3. L'assicurazione deve coprire la responsabilità dell'avvocato anche per colpa grave. 4. L'assicurazione deve coprire la responsabilità per i pregiudizi causati, oltre ai clienti, anche a terzi. 5. Non potranno essere considerati terzi i collaboratori ed i familiari dell'assicurato. 6. Ai fini della determinazione del rischio assicurato, per «attività professionale» deve intendersi: a) l'attività di rappresentanza e difesa dinanzi all'autorità giudiziaria o ad arbitri, tanto rituali quanto irrituali; b) gli atti ad essa preordinati, connessi o consequenziali, come ad esempio l'iscrizione a ruolo della causa o l'esecuzione di notificazioni; c) la consulenza od assistenza stragiudiziali; d) la redazione di pareri o contratti; e) l'assistenza del cliente nello svolgimento delle attività di mediazioni, di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ovvero di negoziazione assistita di cui al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132.».

Tuttavia, La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è trovata ad affrontare la questione in una (relativamente) recente pronuncia, ovvero la sentenza A. e B. c. Croazia³⁴.

Il giudizio in parola ha tratto origine dalla seguente vicenda: A., madre della minore B., dopo aver notato nella figlia, all'epoca di quattro anni e mezzo, alcuni comportamenti sessualizzati, allertava immediatamente le Autorità nazionali perché le stesse avviassero un'indagine penale nei confronti del padre della minore. All'esito delle indagini, in assenza di indizi di colpevolezza a carico dell'uomo, veniva disposta l'archiviazione del procedimento. Avverso la decisione, quindi, la madre ricorreva avanti alla Corte EDU, sia in nome proprio, sia quale rappresentante della minore B. Con riferimento alla prima, vista l'impossibilità di sostenere che ad ella potesse essere attribuito lo status di vittima, il ricorso veniva dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione; diversamente, nei riguardi della minore, il ricorso veniva considerato ammissibile in quanto veniva verificata in astratto la configurabilità dello stato di vittima.

Al termine del procedimento, la decisione giunge ad un rigetto nel merito delle doglianze proposte, fondate sulla violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione.

Ad ogni buon conto, in tale pronuncia, la Prima Sezione della Corte si sofferma sulla figura del curatore del minore, affrontando dunque il controverso tema del *locus standi* processuale del curatore speciale del minore. In particolare, i giudici di Strasburgo arrivano a concludere per la necessità della presenza di un curatore in seno ai giudizi in cui venga in essere un conflitto – anche solo potenziale – tra il minore ed uno, o entrambi, i genitori. Nella vicenda, infatti, è facilmente riconoscibile la sussistenza di un conflitto di interessi tra la posizione della madre e quella della minore: proprio tale circostanza ha portato i magistrati a rivolgersi – direttamente e di propria iniziativa – alla *Croatian Bar Association*, affinché fosse nominato un avvocato che agisse quale rappresentante della minore avanti alla Corte.

Le ragioni a giustificazione di tale richiesta possono sintetizzarsi in due motivi fondamentali. L'uno "formale", legato cioè alla circostanza che, nelle more, i giudici croati avevano disposto una sospensione della

³⁴ Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15. Per un'analisi approfondita della vicenda di merito v. G.O. CESARO, *La CEDU e il curatore speciale del minore: consacrazione del suo ruolo di difensore dei diritti fondamentali*, «Diritto24.ilsole24.com», <<https://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/famiglia/2019-07-02/la-cedu-e-curatore-speciale-minore-consacrazione-suo-ruolo-difensore-diritti-fondamentali-090926.php>>, 2 luglio 2019.

responsabilità genitoriale della madre nei confronti della figlia (risultando, di riflesso, intaccata la capacità della prima di agire in rappresentanza della seconda); l'altro – maggiormente pregnante – annesso alla natura del rapporto intercorrente tra la ricorrente e il supposto autore del reato e al potenziale conflitto di interessi tra gli stessi.³⁵

Così, per la prima volta dalla sua istituzione, si assiste alla nomina d'ufficio da parte della Corte EDU di un rappresentante al minore³⁶, con la precisazione che, nelle ipotesi in cui agisca in veste di ricorrente, il minore d'età non potrà essere rappresentato dai genitori qualora vi sia un'elevata conflittualità tra gli stessi. Essa, infatti, è causa – quantomeno in astratto – di una possibile strumentalizzazione della posizione del minore nei confronti dell'altro genitore. Similmente, dovrà procedersi alla nomina di un curatore per il minore davanti ad un conflitto d'interessi anche solo potenziale, non potendosi aderire passivamente all'impostazione tradizionale per cui la rappresentanza degli interessi del minore è delegata ai genitori.

Al netto della vicenda di merito da cui ha tratto origine il giudizio in commento, costituiscono uno spunto di riflessione importante le *opinions* – tanto concorrenti, quanto dissenzienti – allegare alla sentenza. Le motivazioni dei giudici, infatti, hanno quale *focus princeps* le modalità attraverso cui garantire la presenza di un rappresentante *super partes* al minore, pur senza omettere di esaminare le possibili criticità insite nell'introduzione di una figura terza in una procedura tradizionalmente bilaterale e marcatamente agonistica, nel tentativo di individuare un'idonea collocazione sistematica della figura all'interno del sistema convenzionale di tutela multilivello.

Tra le altre, la *concurring opinion* formulata da giudice Wojtyczek sottolinea come l'eccezionalità del caso, caratterizzato da un alto grado di conflittualità nella coppia genitoriale, renda plausibile immaginare che vi sia una strumentalizzazione dei diritti della minore per ledere la posi-

³⁵ Testualmente, si legge nella sentenza: «*Due to the nature of the relationship between the first applicant and the alleged perpetrator and a potential conflict of interest between the applicants*»; cfr. par. 2, sent. Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15.

³⁶ Tra l'altro, suddetto potere *ex officio* è stato esercitato dalla Corte in maniera del tutto irrituale, non essendo previsto né dalla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, né dal Regolamento della Corte. In relazione a tale vuoto normativo, si è espresso il giudice Wojtyczek nella propria opinione concorrente, rilevando che «*There is a lacuna here which can be detrimental to the interests of the minors concerned*» (cfr. par. 5, p. 40, *concurring opinion* Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15).

zione dell'altro genitore.³⁷ Se ne desumerebbe, dunque, che nei casi (eccezionali?) in cui possa ragionevolmente suppersi una rappresentazione distorta degli interessi del minore coinvolto nel procedimento, causata da un marcato contrasto nella coppia genitoriale, la nomina di un curatore speciale diverrebbe fondamentale, ergendosi a presidio della rispondenza tra effettivo interesse del soggetto vulnerabile del conflitto familiare e relativa rappresentazione processuale.

Pertanto, il ruolo del curatore speciale del minore, ad avviso del giudice Wojtyczek, dovrebbe essere quello di fornire alla Corte EDU una valutazione della situazione fattuale del minore, al fine di permettere alla Corte di ricostruire correttamente gli interessi del minore e, di conseguenza, di individuare nella fattispecie concreta il superiore interesse del minore.

Absolutamente interessante, poi, è l'auspicio di riforma che viene formulato in relazione alle norme procedurali della Corte EDU (*i.e.* prevedere espressamente un potere di nomina simile a quello esercitato in questo caso). Esso delinea un potere di nomina decentrato, per cui dovrebbe essere già l'autorità nazionale – e più specificamente l'autorità giudiziaria degli Stati, che meglio e prima di altri conosce la situazione rappresentata alla Corte di Strasburgo – a procedere alla nomina del curatore nelle «*very exceptional situations*» in cui si concretizzi, come nel caso di specie, un conflitto d'interessi tra genitore e minore. Nelle medesime ipotesi, secondo il giudice Wojtyczek, dovrebbe affermarsi l'applicabilità dell'art. 36, par. 2 della Convenzione, con la conseguenza che anche l'altro genitore dovrebbe essere chiamato a presentare osservazioni per iscritto e/o a partecipare alle udienze del procedimento a Strasburgo.

La seconda *concurring opinion* su cui ci si intende soffermare è quella redatta congiuntamente dai giudici Koskelo, Eicke e Ilievski.

Essi, infatti, individuano nell'interrogativo cui ha dovuto dare risposta la Corte – e, cioè, in che modo la Corte può accertare cos'è, o sarebbe stato, nell'interesse superiore del minore e come, proceduralmente, può garantire che l'interesse superiore del minore sia e rimanga il fulcro di tutta la procedura nazionale, nonché del procedimento davanti alla stessa Corte?³⁸ – il tratto di fondamentale rilevanza generale del caso trattato.

³⁷ «*The instant application was brought by one of the parents (the mother) in the context of an acute conflict with the other parent. If there is a conflict between the two parents, there is a strong risk that the rights of the child will be invoked in an instrumental way with the purpose of detrimentally affecting the interests of the other parent*» (cfr. par. 5 *concurring opinion* Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15).

³⁸ «*How does the Court ascertain what is or would have been in the best interest of the child and how, procedurally, can it ensure that the child's best interest was and remains a primary*

La vicenda, infatti, ha messo in evidenza un *vulnus* procedurale di non scarsa importanza: la scelta di procedere alla nomina di un curatore speciale per la minore avveniva in data 9 gennaio 2018, ed in seguito il curatore speciale si costituiva – con un ricorso nel quale erano lamentate le violazioni dei diritti fondamentali della minore – solo quattro mesi dopo, nell’aprile del 2018. Sul piano procedurale, tale assetto cronologico degli eventi ha comportato due conseguenze: la prima, che le violazioni fatte valere dal curatore speciale avrebbero dovuto, *stricto iure*, dichiararsi comunque inammissibili in quanto tardive, essendo decorsi ben oltre sei mesi dalla data della decisione nazionale irrevocabile; la seconda, per cui, in ogni caso, il *thema decidendum* ha subito un illegittimo ampliamento, in quanto successivo alla proposizione del ricorso (al momento del quale neppure si discorreva del curatore speciale del minore), che la procedura avanti alla Corte EDU individua quale termine di cristallizzazione dell’oggetto del giudizio.³⁹

In sostanza, viene osservato come – allo stato – le regole procedurali che regolano l’attività della Corte si rivelino inadatte ad affrontare questo genere di eventualità. Stando all’opinione espressa dai summenzionati giudici, sarebbe opportuno (se non necessario) apprestare un intervento riformatore che consenta di procedere alla nomina del curatore speciale del minore nella fase introduttiva del ricorso, sì da scongiurare

consideration throughout the domestic procedure as well as before this Court?» (cfr. par. 2 della citata *opinion* Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15).

³⁹ Anche nella *dissenting opinion* dei giudici Sicilianos, Turkovic e Pejchal viene rimarcato come le modalità di nomina, la procedura seguita e i ruoli ed il potere del curatore speciale nel caso di specie siano stati definiti al di fuori di qualsiasi cornice normativa, in un contesto di sostanziale incertezza. In particolare, viene ribadita e sottolineata la circostanza per cui le violazioni lamentate dal curatore speciale, nominato tardivamente, avrebbero comunque dovuto ritenersi tardive e come, in ogni caso, la Corte EDU non avrebbe potuto pronunciarsi su di esse, in quanto la giurisprudenza di Strasburgo è chiara nel considerare ogni definizione del *thema decidendum* successiva alla proposizione del ricorso come inidonea a definire l’oggetto del decidere. Una pronuncia sulle domande formulate dal curatore, dunque, avrebbe dovuto ritenersi affetta da vizio di ultrapetizione o comunque extrapetizione. Gli stessi giudici Koskelo, Eicke e Ilievski osservano sulle censure procedurali mosse che «*in this context we should also acknowledge the – it seems to us now with the benefit of hindsight – justified criticism of the procedure adopted by the Court in seeking to ensure separate representations of the child in this case*» (cfr. par. 19 dell’*opinion* Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15), seppure «*as indicated above, this case provides a stark example of the difficulties this Court frequently finds itself in cases, usually involving the break-up of a family, in which the interests of one parent and the child are being represented together (...)*» (cfr. par. 18 dell’*opinion* Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15).

gli effetti pregiudizievoli sul piano della tutela derivanti da una nomina tardiva. Peraltro, i giudici prendono in considerazione anche l'ipotesi in cui il minore sia stato dotato di un proprio rappresentante nel giudizio svoltosi davanti alle autorità statali, suggerendo di prevedere l'ultrattività del mandato conferito al curatore già nominato in modo tale da consentirne la partecipazione nel giudizio successivamente incardinato presso la Corte di Strasburgo.⁴⁰

Altrettanto interessante è la *dissenting opinion* formulata dai giudici Sicilianos, Turkovic e Pejchal, laddove viene immaginata una possibile via per formalizzare il potere di nomina *ex officio* di un rappresentante per il minore. I giudici, nello specifico, richiamano l'art. 36, comma quarto, lett. b) del Regolamento della Corte, il quale consente alla stessa – in persona del Presidente della Camera – di revocare in qualsiasi momento il potere di rappresentanza di un soggetto nei confronti di una parte, e di istruire il ricorrente affinché lo stesso ricerchi una rappresentanza alternativa.⁴¹

Inoltre, la citata opinione dissenziente si chiude con un interrogativo determinante, ovvero quale dovrebbe essere il contegno della Corte qualora vi fossero ulteriori casi di nomina d'ufficio del curatore del minore in cui lo stesso si costituisse, rappresentando le violazioni subite dal proprio assistito, oltre i termini decadenziali previsti dal Regolamento. La domanda pone sotto i riflettori l'inconciliabile contrasto tra un'impostazione formalistica e restrittiva – che si tradurrebbe in una decisione di inammissibilità dei motivi di ricorso – e un approccio sostanzialistico ispirato alla tutela dei diritti del minore.

La sentenza in parola, dunque, apre le porte ad una vasta serie di prospettive di riforma ed interrogativi, compiendo un primo (e si auspica decisivo) passo verso la predisposizione di un accesso concreto ed effettivo del minore alla giustizia.

⁴⁰ V. par. 21 dell'*opinion* Corte EDU, 20 giugno 2019, A. e B. c. Croazia, ricorso n. 7144/15.

⁴¹ Tale potere di revoca è assiduamente utilizzato dai giudici della Corte EDU e, sul punto, *nulla quaestio*. La critica dei giudici Sicilianos, Turkovic e Pejchal si basa, invece, sul fatto che siffatto potere revoca sia stato esercitato in maniera distorta, sino a farlo diventare un potere di nomina diretta di un rappresentante. Normalmente, infatti, la Corte esorta la parte a nominare un nuovo rappresentante, indirizzandone i criteri di scelta. Nel caso di specie, però, i giudici hanno provveduto direttamente all'incombenza.

6. La rappresentanza processuale del minore negli ordinamenti europei

Come già si è avuto modo di evidenziare, tutti gli Stati membri dell'Unione europea sono tenuti a garantire che l'interesse superiore del minore sia sempre garantito e perseguito all'interno di ciascun procedimento che lo riguardi. Nonostante le diverse spinte provenienti dagli organi dell'Unione, nonché dagli enti ed associazioni internazionali variamente impegnati nella tutela dei diritti dei minori, nella predisposizione di standard di tutela uniformi, le procedure e le norme relative alla partecipazione dei minori nei procedimenti giudiziari civili e penali variano considerevolmente da uno Stato membro all'altro. Ad esempio, in alcuni Stati l'ascolto del minore nei procedimenti civili è normato come adempimento obbligatorio, mentre in altri è ritenuto facoltativo, ovvero non è disciplinato affatto.

Stante la non omogeneità delle normative europee in tema, nel presente paragrafo si vuole passare in rassegna – senza alcuna aspirazione di esaustività – alcune norme estere rilevanti in tema, rispettivamente relative all'ordinamento francese ed olandese.

Nell'ordinamento francese i minori, in genere, possono essere rappresentati secondo due diversi modelli.

Il primo è costituito dalla figura dell'*administrateur ad hoc* (di seguito amministratore *ad hoc*), a cui fanno espresso riferimento diverse norme del codice civile francese⁴², senza tuttavia fornire alcuna definizione normativa della figura (occorre, infatti, guardare alla dottrina per poter estrapolare una definizione dell'amministratore *ad hoc*, la quale viene definita come «una persona fisica o giuridica, nominata dal magistrato, che sostituisce i genitori nell'esercizio dei diritti del bambino non emancipato, in nome e luogo del bambino entro il termine incarico affidatogli»⁴³).

Più precisamente, in Francia, i minori possono essere rappresentati da un amministratore *ad hoc* in una serie di procedimenti civili, penali e amministrativi. Per quanto riguarda la rappresentanza del minore in sede civile, l'istituto si basa principalmente su due specifiche norme del codice civile, ovvero l'art. 383 e l'art. 388-2.

⁴² Si rinviene un esplicito riferimento all'amministratore *ad hoc* del minore negli artt. 347-7, 375-1, 383, 384, 388-2 del *Code Civil*, nonché negli artt. 1180-16 e 17 e 1210-1 del codice di procedura civile.

⁴³ *Rapport de la Fédération nationale des administrateurs ad hoc*, 2009, p. 10.

Similmente a quanto accaduto nell'esperienza giuridica italiana, l'interpretazione delle succitate norme ha contribuito alla nascita di un vivace dibattito. La formulazione letterale dell'art. 383 *code civil* è relativamente chiara⁴⁴, in quanto consente la rappresentanza dei minori nei procedimenti giudiziari riguardanti i loro beni, quando esista un interesse conflittuale tra il minore e il suo rappresentante legale, ad esempio i suoi genitori; ciò nonostante in dottrina risulta essere tuttora dibattuta l'effettiva portata da attribuirsi al concetto di "conflitto di interessi".⁴⁵

D'altro canto, l'art. 388-2 *code civil* consente la nomina di un amministratore *ad hoc* in un'ampia gamma di altre questioni di diritto di famiglia, sempre quando gli interessi del minore e dei suoi genitori sono in conflitto.⁴⁶

⁴⁴ L'art. 383 recita: «*Lorsque les intérêts de l'administrateur légal unique ou, selon le cas, des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, ces derniers demandent la nomination d'un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence des administrateurs légaux, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office. Lorsque les intérêts d'un des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, le juge des tutelles peut autoriser l'autre administrateur légal à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés.*».

⁴⁵ Si vedano, per esempio, le opinioni discordanti di A. GOUTTENOIRE, *Les modes de participation de l'enfant aux primordial judiciaires*, «*Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*», 2006, 5, pp. 59 ss.; A. GREVOT, *L'administrateur ad hoc: l'enfant délaissé du dispositif de Protection de l'enfance*, «*Journal du droit des jeunes*», 2010, 7, pp. 12 ss. e J. MASSIP, *Administration légale et tutelle des mineurs*, «*Jurisprudence*», 2013, 4, pp. 239 ss. In sostanza, in Francia come in Italia, è discusso se la nozione di "conflitto di interessi" debba essere ricondotta alle sole ipotesi di sostituzione dei genitori alla prole connesse alla responsabilità genitoriale, costituite dai poteri di rappresentanza dei figli minori e di amministrazione del loro patrimonio da parte dei genitori, ovvero debba essere allargata ai poteri di indirizzo connessi alle altre – più ampie – funzioni genitoriali.

Da un lato vi sono, perciò, funzioni fisiologiche del potere rappresentativo (cui fa riferimento soprattutto l'interpretazione formalistica-tradizionale) concernenti quello che costituisce il risvolto esterno della responsabilità genitoriale e cioè il compimento necessario da parte dei genitori di atti o il perseguimento giudiziario di interessi in nome e per conto – quindi in rappresentanza – del minore e che altrimenti il minore, privo di capacità di agire, non potrebbe compiere. A questo fascio di funzioni fanno riferimento le norme sul conflitto nell'ambito dell'esercizio del potere rappresentativo e di amministrazione. Dall'altro lato, però, vi sono funzioni genitoriali di carattere interno al rapporto genitori-figli, che si esercitano attraverso l'adempimento dei doveri genitoriali collegati ai diritti del minore, tra cui quello di essere educato, mantenuto ed istruito. Nelle molteplici situazioni in cui l'ordinamento giuridico chiede ai genitori di garantire questi diritti ai figli (peraltro, non solo minori di età) si possono determinare altrettante situazioni di conflitto di interessi per le quali la soluzione, in caso di minore età del figlio, potrebbe essere la nomina di un amministratore *ad hoc*.

⁴⁶ Di seguito si riporta il testo dell'art. 388-2: «*Lorsque, dans une procédure, les intérêts*

Un'altra questione dibattuta è se l'amministratore *ad hoc* possa rappresentare solo il minore che non è parte (intesa in senso formale) del procedimento ovvero, più generalmente, il minore che è parte sostanziale del procedimento. In linea di principio, come osservato da parte della dottrina francese⁴⁷, deve ritenersi che l'amministratore *ad hoc* possa agire nei casi in cui i minori siano parte sostanziale del procedimenti, ma siano privi di capacità d'agire e, quindi, necessitino di essere rappresentati legalmente da un soggetto diverso. Tale soggetto è normalmente il genitore; genitore che, nelle ipotesi di cui alle richiamate norme, a causa di un conflitto di interessi non può essere chiamato a rappresentare gli interessi del minore e, dunque, deve essere sostituito da altra figura.

Da tale assunto deriva l'inclusione nell'ambito di operatività dell'istituto dei procedimenti in cui il figlio ha il diritto di veder accertata o contestata la maternità o la paternità nei suoi confronti (cfr. artt. 325, 327, 328 e 334 *code civil*), dei procedimenti a tutela dei minori (cfr. art. 375 *code civil*), del procedimento di revoca dell'adozione semplice (cfr. art. 370-1 *code civil*), del procedimento a regolamentazione delle modalità di esercizio della responsabilità genitoriale (cfr. art. 371-4 *code civil*)⁴⁸.

Su di un binario parallelo, si colloca la figura dell'*avocat d'enfant* (di seguito avvocato specializzato in minori) da cui, in alcuni casi specifici, i minorenni possono essere assistiti.

L'avvocato specializzato in minori può rappresentare il minore in una serie di questioni di diritto di famiglia, indipendentemente dal fatto che il minore sia parte in causa o meno⁴⁹. Nei procedimenti a tutela del minore, in cui questo è considerato parte a tutti gli effetti (art. 375 *code civil*), il minore con discernimento ha il diritto di nominare un proprio avvocato ai sensi dell'art. 1186 del Codice di procedura civile francese; lo

d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 383 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter. 2. Dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, l'administrateur ad hoc désigné en application du premier alinéa du présent article doit être indépendant de la personne morale ou physique à laquelle le mineur est confié, le cas échéant.». La formulazione aperta della norma, dunque, ne consente l'applicazione in varie ipotesi, tra le quali rientrano – a titolo di esempio – le controversie relative al riconoscimento dello stato di figlio, ovvero le controversie in materia successoria.

⁴⁷ A. GOUTTENOIRE, *Les modes de participation*, cit.

⁴⁸ L'ammissibilità della partecipazione ai procedimenti di separazione o divorzio in cui vengano messe in discussione le modalità di affidamento e di esercizio di vista del genitore non collocatario e degli ascendenti è riconosciuta anche dalla giurisprudenza (v. *1ère Chambre civil*, 23 février 1999, Bull. n. 66).

⁴⁹ G. AVENARD, *Le droit de s'exprimer*, «*L'école des parents*», 2015, 4, p. 32.

stesso vale per la revoca dell'adozione semplice (art. 370-1 *code civil*). Tuttavia, quand'anche il minore non sia normativamente qualificato come parte del procedimento, l'art. 388-1 *code civil* consente al minore di essere assistito da un avvocato specializzato in minori, ogni qualvolta che al primo sia riconosciuto il diritto di essere ascoltato. Evidentemente, nel novero delle ipotesi rientrano i procedimenti correlati all'esercizio della potestà genitoriale, tra cui i procedimenti di separazione o divorzio, nonché di sottrazione internazionale di minori.

Da un punto di vista di *soft law*, è previsto che gli avvocati specializzati in minori debbano rispettare una serie di linee guida speciali, volte a disciplinarne la condotta. Infatti, dagli ordini professionali francesi, sono stati emanati particolari protocolli destinati a guidare l'operato dei professionisti nella relazione con il minore, a tutela della serenità e del miglior interesse di quest'ultimo.⁵⁰

La nomina dell'amministratore *ad hoc* – salvo che nel caso di nomina dietro richiesta del genitore – e dell'avvocato specializzato in diritto minorile sono entrambe vincolate ad un requisito di capacità: il minore deve essere «capace di discernimento». Suddetto requisito discende direttamente dall'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia dell'ONU – approvata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 – e si traduce nella capacità del minore di formarsi le proprie opinioni.

In altre parole, se il bambino è «capace di discernimento», ha il diritto di essere ascoltato e, quindi, diritto a un proprio rappresentante e difensore (art. 388-1 codice civile e art. 1182 codice di procedura civile). Se, invece, il minore «non è capace di discernimento» può essere nominato un amministratore *ad hoc* nei soli casi in cui normalmente potrebbe agire in via autonoma come parte.

In genere, il minore è considerato capace di discernimento a partire dai sette anni d'età, sebbene il giudice sia comunque chiamato ad accertare il reale grado di consapevolezza e discernimento del minore in concreto, caso per caso.

In Olanda, invece, la rappresentanza del minore è apprestata in tre diverse forme.

Le prime due forme costituiscono delle varianti della figura generale del c.d. curatore *bijzondere* (di seguito *tutore ad litem*): la prima è prevista dall'articolo 1:250 del Codice civile olandese (*Burgelijk Wetboek*), che

⁵⁰ Si veda, ad esempio, il protocollo stilato nel 2008 dalla Commissione "Droit des mineurs" della *Conférence des Bâtonniers*.

disciplina il tutore generale *ad litem*; la seconda, invece, è data dal tutore della filiazione *ad litem*, delineato dalla *lex specialis* in materia di filiazione e di cui all'articolo 1:212.

Questi due primi istituti di rappresentanza minorile, entrambi i tutori *ad litem*, hanno il compito di tutelare il superiore interesse del minore nei procedimenti, sebbene differiscano tra loro nella funzione e in altre specificità procedurali. I tutori generali *ad litem*, infatti, sono avvocati o mediatori, talvolta con esperienze professionali non giuridiche – ad esempio psicologi – mentre i tutori della filiazione *ad litem* sono sempre avvocati.

Entrambe le figure sono state introdotte nel codice civile olandese negli anni '90, allo scopo di migliorare la posizione del minore nei procedimenti legali e per compensare la mancanza di accesso formale o *status* di parte ai minori.⁵¹

Venendo all'analisi delle ipotesi di nomina delle due figure di tutore *ad litem*, il tutore generale *ad litem* può rappresentare i minori nelle questioni riguardanti la cura e l'educazione del bambino o riguardanti i suoi beni: si tratta di procedimenti riguardanti lo scioglimento del nucleo familiare, nonché procedimenti di cura, ad esempio relativi al monitoraggio familiare e collocamento in ordini di affidamento (Art. 1:250 BW codice civile olandese). In teoria, il tutore generale *ad litem* può essere nominato anche nei procedimenti internazionali di sottrazione di minori.⁵² Sul punto, la Corte Suprema olandese⁵³ ha sottolineato che il tutore generale *ad litem* non è destinato ad occuparsi di questioni generali inerenti la genitorialità, ma di conflitti sostanziali con problemi concreti a fronte dell'impossibilità amichevole della controversia.

Esso è nominato a discrezione del tribunale; l'età o il livello di maturità del bambino possono essere un fattore preso in considerazione in aggiunta ad altre circostanze considerate rilevanti, ma non è un requisito determinante.

Il curatore della filiazione *ad litem*, rappresenta i figli nei procedimenti concernenti il diniego della paternità o della maternità (art. 1:200, 1:202 e 1:207 codice civile olandese), il riconoscimento giudiziale del rapporto di filiazione (art. 1:204, commi 3 e 4, codice civile olandese), l'impugnazione del riconoscimento della filiazione (art. 1:205 e 1:205a, codice civi-

⁵¹ P. VLAARDINGERBROEK, *De bijzondere curator en het afstammingsrecht*, «Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht», 2001, 4, pp. 101 ss.

⁵² Di tale avviso, E. JANSEN, *Commentaar op artikel 250 Boek 1bw*, in *Groene Serie Personen- en Familierecht*, a cura di S.F.M. Wortmann, Deventer, Kluwer, 2016.

⁵³ Hr., 4 febbraio 2005, ecli : nl; hr : 2005; ar : 4850.

le olandese), la dichiarazione giudiziale della filiazione e, in generale, le controversie relative agli *status* (art. 1:211 codice civile olandese). Egli deve essere nominato una volta che si sia instaurato il procedimento di filiazione e il tribunale non hanno alcun potere discrezionale al riguardo. Costituisce un'ipotesi eccezionale quella in cui il curatore della filiazione *ad litem* avvii il procedimento per conto del minore: in questi casi, infatti, il tribunale ha facoltà di accettare o meno la costituzione del tutore *ad litem* nelle veci del minore. Secondo l'impostazione giurisprudenziale tradizionale, perché possa ritenersi legittima la costituzione in giudizio del minore, questo dovrebbe essere dotato di una certa maturità, ovvero dovrebbe essere in grado di prevedere e comprendere le conseguenze dell'azione avviata.⁵⁴ Tuttavia, la Corte Suprema olandese ha chiarito che questo non è un requisito sempre indispensabile, in quanto di fronte a circostanze eccezionali potrebbe rispondere all'interesse del minore l'attribuzione dell'azione ad un tutore della filiazione⁵⁵.

Infine, vi è la terza e ultima forma di rappresentanza: la rappresentanza legale separata. In alcuni tipi di procedimenti⁵⁶, infatti, è previsto che il minore usufruisca di una rappresentanza legale separata – operata da un avvocato – per agire nel procedimento, la quale sottostà alle medesime regole che disciplinano la difesa tecnica nei confronti degli adulti.

In relazione alla nomina di quest'ultima figura, la discrezionalità dei tribunali è ridotta. Da un lato, la nomina di un rappresentante legale separato è obbligatoria in seno a procedure per l'assistenza ai minori considerati in pericolo (art. 6.1.10(4), Legge sull'assistenza ai minori); negli altri

⁵⁴ P. VAN TEEFFELN, *Fjr-Studiemiddag: bijzondere curator*, in «Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht», 2008, 4, pp. 133 ss. e W.M. SCHRAMA, *Commentaar op artikel 212 Boek 1bw*, in *Groene Serie Personen- en Familierecht*, cit.

⁵⁵ Hr, 31 ottobre 2003, ecli : nl; hr : 2003; aj : 3261.

⁵⁶ Si tratta di procedimenti speciali riguardanti gli ordini di custodia e protezione. Ad esempio, nelle procedure relative all'autorizzazione per l'iscrizione del minore ad un asilo nido considerato "sicuro", il minore è tenuto ad avvalersi di un avvocato (art. 6.1.10(4), Legge sulla gioventù). Se i minori desiderano intervenire in controversie relative all'esecuzione di un ordine di custodia e sorveglianza, sono tenuti a farlo mediante un rappresentante legale separato all'uopo nominato (art. 1:262b jo. e art. 1:265k codice civile olandese). In molte altre situazioni – tra cui la cessazione di un ordine di custodia e sorveglianza (art. 1:261 codice civile olandese) o la modifica della decisione in ordine alle modalità di affidamento (art. 1:265d codice civile olandese) – al minore è attribuita la facoltà di avviare un procedimento avanti l'autorità giudiziaria, e possono farlo con l'ausilio di un rappresentante separato, sebbene ciò non sia obbligatorio. Per un approfondimento cfr. P. VAN TEEFFELN, *Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige*, «Tijdschrift voor scheidingsrecht», 2013, 7-8, pp. 97 ss.

casi, di nomina facoltativa, il minore deve aver compiuto il dodicesimo anno d'età per nominare validamente un rappresentante legale separato.

Infine, sono da valorizzare alcune prassi incoraggianti in uso in Paesi europei.

Nel Regno Unito (Galles e Inghilterra), per qualsiasi minore che sia parte di un procedimento civile, il servizio di sostegno e consulenza del tribunale per il minore e la famiglia (*Child and Family Court Advisory and Support Service*) nomina un tutore che si occupa del procedimento in nome del minore. I tutori rappresentano il minore in tribunale e spetta a loro la responsabilità di riferire in merito ai suoi *desiderata* e alle sue aspirazioni; essi hanno inoltre la responsabilità di spiegare il processo al minore e di tenerlo informato sugli sviluppi della causa e sull'esito finale. Peraltro, i tutori nominano i legali che forniscono una difesa tecnica al minore, in quello che viene definito come “modello di rappresentanza in tandem”.⁵⁷

In alcune città della Francia, invece, sono stati istituiti punti di contatto in cui i minori possono rivolgersi ad avvocati specializzati per ricevere informazioni sui loro diritti e consulenza e assistenza su questioni civili o penali. Gli incontri sono gratuiti e riservati, e spesso sono disponibili servizi cui accedere senza prenotazione, nonché linee telefoniche e sessioni di sensibilizzazione nelle scuole.⁵⁸

7. Conclusioni

Secondo l'articolo 75 c.p.c., «Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere». Il secondo comma tuttavia precisa che anche l'incapace, qual è appunto il minorenni, può “stare” in giudizio – ossia, può assumere la qualità di “parte” ad ogni effetto – se rappresentato, assistito o autorizzato, secondo le norme che regolano la sua condizione d'incapacità.⁵⁹

⁵⁷ *Equality and Human Rights Commission, Children's Rights in Great Britain*, <https://www.equalityhumanrights.com/our-work/our-research/childrens-rights-great-britain-submission-un?return-url=https%3A%2F%2Fwww.equalityhumanrights.com%2Fsearch%3Fkeys%3Dchild%2Bfriendly%2Bjustice>, 2020.

⁵⁸ *European Union Agency for Fundamental Rights, Giustizia a misura di minore: prospettive ed esperienza di minori e professionisti*, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly_justice-summary_it.pdf>, COE Publishing, Vienna-Austria, 2017.

⁵⁹ Previsione, questa, che costituisce necessario corollario dell'art. 24 Cost, che riconosce al titolare di diritti e interessi legittimi la facoltà di tutelarli davanti all'autorità giudiziaria.

Si è visto come la capacità del minore di stare in giudizio, con la rappresentanza e le autorizzazioni necessarie abbia subito per effetto della riforma una notevole estensione, tramite la codificazione della figura del curatore speciale del minore.

Le innovazioni apportate, indubbiamente meritevoli di approvazione nella misura in cui costituiscono un passo avanti nella tutela effettiva della posizione del minore d'età nel processo, non sfuggono tuttavia ad alcune perplessità. Tra queste, si richiama la questione afferente la formazione specifica che dovrebbe essere posseduta dal soggetto nominato quale curatore speciale, su cui non vi sono ancora specifiche indicazioni. Manca, inoltre – allo stato – la previsione dell'introduzione di appositi albi conservati presso ciascun tribunale, da cui i giudici possano attingere per la nomina dei curatori speciali. Assolutamente da non sottovalutare, poi, è la difficoltà di formulazione di un provvedimento sufficientemente preciso ed accurato in relazione ai poteri di natura sostanziale attribuiti al curatore speciale (idoneo, quindi, a scongiurare lo sconfinamento di questo nel ruolo proprio dei genitori⁶⁰). Da un punto di vista teorico-sistemico, invece, si pone il problema di come inquadrare – e, correlativamente, a che disciplina sottoporre – l'attività processuale del minore ultraquattordicenne che, come già detto, avrà legittimazione a chiedere la nomina e la revoca del proprio curatore speciale: al minore, infatti, deve essere riconosciuta la possibilità di depositare la relativa istanza direttamente in quanto, non avendo egli capacità d'agire, è impossibile immaginare che deleghi l'incombente ad un avvocato diverso dal curatore. Si pone, dunque, un interrogativo circa le modalità di deposito della stessa, dovendosi escludere l'utilizzo di PCT e PEC, che non sono nella materiale disponibilità del minore.

Infine – ed è questo il punto saliente della trattazione – benché sia apprezzabile lo sforzo fatto dal legislatore della riforma per rendere maggiormente effettivo il diritto del minore a partecipare ai procedimenti che lo vedono coinvolto, deve rilevarsi come una piena tutela del diritto del minore ad una rappresentanza tecnica sia ancora lontana. La partecipazione del minore al procedimento, infatti, è ancora subordinata ad una

⁶⁰ La stessa commissione Luiso, in tema, ha specificato che i poteri di rappresentanza sostanziale devono limitarsi a quelli che permettono al giudice procedente «interventi puntuali e di immediata realizzazione (si pensi a contrasti tra genitori in merito all'esecuzione di scelte fondamentali quali, per esempio, l'iscrizione scolastica o i trattamenti medici, quando tali scelte siano state operate dal giudice, ai sensi dell'art. 337-ter, comma 4, nei non infrequenti casi nei quali a causa del conflitto nessuno dei genitori si attivi per dare attuazione alla scelta operata dal giudice procedente)».

vasta serie di circostanze ed eventualità, nonché a valutazioni più o meno discrezionali, persistendo l'esigenza di calibrarne la portata avendo riguardo – di volta in volta – alle specifiche capacità del minore di età, che pur investito del conflitto familiare, rimane comunque privo della capacità di agire.

Bibliografia

- ARCERI A., *Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa disapplicata*, in *Fam. e dir.*, 2009, 869 ss.
- ARCERI A., *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 386 ss.
- AVENARD G., *Le droit de s'exprimer*, in *L'école des parents*, 2015, 4, 32.
- BOCCACCIO S., *La Corte costituzionale e l'interesse del minore: un'occasione mancata*, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2188 ss.
- BOCCAGNA S., *rappresentanza e difesa del minore nel giudizio di adottabilità: la cassazione boccia la tesi "ambrosiana"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 407 ss.
- BONILINI G. – TOMMASEO F., *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffè, Milano, 2010, 749 ss.
- BRANCA G., *Sulla tutela dei diritti del minore nel giudizio di separazione e divorzio*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1982, 1178 ss.
- BRANCA G., *Il giudice, i genitori e il minore nel giudizio di separazione: dubbi e riserve sulla costituzionalità della normativa*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1985, 24 ss.
- CESARO G.O., *La CEDU e il curatore speciale del minore: consacrazione del suo ruolo di difensore dei diritti fondamentali*, in *diritto24.ilsole24.com*, 2 luglio 2019.
- CESARO G.O., *Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento*, in *Fam. e dir.*, 2020, 871.
- CESARO G.O., *l'estensione e la valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli artt. 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove Leggi. Civ. Comm.*, 2022, 1, 48 ss.
- COSTANTINO G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990.
- D'ADAMO D., *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2022, 4, 1315.

- DANOVI, F., *l'avvocato del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2014, 181.
- DANOVI F., *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015.
- DANOVI F., *Il curatore speciale del minore quale ulteriore raccordo tra giudice minorile e giudice ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2019, 695 ss.
- DITTRICH L., *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 840 ss.
- DOGLIOTTI M., *Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2023, 2, 4202.
- DONZELLI R., *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *Judicium*, 2022.
- DURELLO L., *Il curatore speciale del minore nella legge delega di riforma del processo civile*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 17-bis, 2022, 1860 ss.
- GOUTTENOIRE A., *Les modes de participation de l'enfant aux primordial judiciaires*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2006, 5, 59 ss.
- GRAZIOSI A., *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinnanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 263 ss.
- GREVOT A., *L'administrateur ad hoc: l'enfant délaissé du dispositif de Protection de l'enfance*, in *Journal du droit des jeunes*, 2010, 7, 12 ss.
- JANSEN E., *Commentaar op artikel 250 Boek 1bw*, in *Groene Serie Personen- en Familierecht*, a cura di S.F.M. Wortmann, Deventer, Kluwer, 2016.
- LUPOI M.A., *Il processo di famiglia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, 1008 ss.
- MAGNO G., *Il minore come soggetto processuale. Commento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, Giuffè, Milano, 2001.
- MAGNO G., *Riflessioni sul ruolo di avvocatura e magistratura nella riforma*, in *Riv. Dir. fam. e succ.*, 2023, 1, 1 ss.
- MASSIP J., *administration légale et tutelle des mineurs*, in *Jurisprudence*, 2013, 4, 239 ss.
- MATTEINI CHIARI S., *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milano, 2014.
- PICCALUGA F., *La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della Consulta*, in *Fam. Dir. Pers.*, 2001, 914 ss.

- POLISENO B., *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2017.
- POLISENO B., *Il curatore speciale del minore*, in *Le riforme del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie, Legge 26 novembre 2021*, a cura di C. Cecchella, Giappichelli, Torino, 2022, 85 ss.
- QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2010, 83 ss.
- RUO M.G., *Il curatore del minore. Compiti. Procedure. Responsabilità.*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, 31 ss.
- RUO M.G., *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia child friendly*, in *Fam. e dir.*, 1, 2013, 297 ss.
- RUSSO R., *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 647 ss.
- SAPI G., *Il curatore speciale del minore dopo la l. N. 206/2021*, in *Rivista AIAF - Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2022.
- SCHRAMA W.M., *Commentaar op artikel 212 Boek 1bw*, in *Groene Serie Personen- en Familierecht*, a cura di S.F.M. Wortmann, Deventer, Kluwer, 2016.
- SENIGAGLIA R., *Prima lettura sistematica della disciplina del curatore speciale del minore*, in *Dir. succ. e fam.*, 2023, 1, 229
- TOMMASEO F., *Giudizi camerali e de potestate e giusto processo*, *Fam. e dir.*, 2002, 229 ss.
- TOMMASEO F., *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, *Fam. e dir.*, 2007, p. 409.
- TOMMASEO F., *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Fam. e dir.*, 2011, 6, 545 ss.
- TOMMASEO F., *La nuova giustizia familiare: le norme di legge ordinaria previste dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2022, 4, 422.
- VAN TEEFFELEN P., *Fjr-Studiemiddag: bijzondere curator*, in *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2008, 4, 133 ss.
- VAN TEEFFELEN P., *Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige*, in *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2013, 7-8, 97 ss.
- VLAARDINGERBROEK P., *De bijzondere curator en het afstammingsrecht*, in *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2001, 4, 101 ss.

ZANOVELLO F., *Poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore tra riforma del processo civile e anticipazioni giurisprudenziali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 11, 1013.

Responsabilità genitoriale e diritti del minore tra evoluzione normativa e prassi applicative

Alessandra Piva

Abstract. Il contributo si concentra sul rapporto tra responsabilità genitoriale e diritti del minore all'interno del contesto della crisi familiare, analizzando l'evoluzione normativa e la sua applicazione pratica. Attraverso l'esame dei provvedimenti in materia di affidamento minorile, viene rivolto uno sguardo analitico alle prassi dei Tribunali e dei Servizi Sociali coinvolti. Infine, si sofferma su come le disposizioni normative vengano tradotte in realtà attraverso l'opera del Giudice e si interroga sull'adeguatezza di tali soluzioni rispetto all'effettiva tutela dei diritti del minore.

Parole chiave: responsabilità genitoriale – diritti del minore – crisi familiare – servizi sociali – effettività della tutela.

Sommario: 1. La nozione di responsabilità genitoriale. 2. I modi di acquisto della responsabilità genitoriale. 3. Forme di abuso della responsabilità genitoriale. 4. La natura della decadenza e le sue conseguenze. 5. Bigenitorialità e affidamento condiviso. 6. L'affidamento esclusivo. 7. L'affidamento super esclusivo. 8. Altre forme di affidamento e collocamento del minore. 8.1. L'affidamento familiare. 8.2. Il collocamento in struttura. 8.3. L'affidamento etero familiare. 9. La riforma Cartabia in relazione ai servizi sociali. 10. Le modalità di interazione tra i servizi sociali e l'autorità giudiziaria. 10.1. L'indagine socio – familiare. 10.2. Il monitoraggio. 10.3. La presa in carico da parte dei servizi sociali. 10.4. La valutazione sulle capacità genitoriali. 11. Considerazioni comparative tra l'intervento dei servizi sociali e la consulenza tecnica d'ufficio. 12. Criticità sull'operato dei servizi sociali. 13. Conclusioni.

1. La nozione di responsabilità genitoriale

Il passaggio da “potestà” a “responsabilità” genitoriale rappresenta una delle più consistenti innovazioni introdotte dalla riforma sulla filiazione¹.

La nozione di responsabilità genitoriale non è stata introdotta dalla legge n. 219 del 2012, bensì dal d. lgs. n. 154 del 2013². Quest’ultimo ha sostituito il testo dell’art. 316 del codice civile, il quale regolava l’esercizio della potestà da parte dei genitori. Nella relazione illustrativa del d.lgs. n.154/2013 si legge che l’introduzione della nozione di responsabilità genitoriale è avvenuta “in considerazione dell’evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli”. Tale nozione, già presente in numerosi strumenti internazionali - tra cui il Reg. CE 2201/2003 (meglio noto come *Bruxelles II bis*) - definisce in maniera più opportuna i contenuti del ruolo genitoriale. Quest’ultimo andrebbe considerato non più come un potere esercitabile sul figlio minore, ma come un’assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei suoi confronti. In tal senso, i rapporti tra genitori e figli non andrebbero più trattati dal punto di vista del genitore, ma alla luce del superiore interesse dei figli minori.

In precedenza, infatti, la potestà genitoriale si manifestava come una forma di autorità personale e patrimoniale attribuita dall’ordinamento ai genitori nei confronti del minore, seppur nell’interesse di quest’ultimo. Da essa discendevano poteri decisionali e di rappresentanza finalizzati alla cura e all’educazione del minore, nonché alla gestione del suo patrimonio³.

¹ Già la giurisprudenza italiana, sulla scia del pensiero europeo, aveva iniziato a parlare della “responsabilità genitoriale” come di un principio immanente nell’ordinamento, ricavato dall’interpretazione sistematica delle norme in materia, che si manifesta nella tutela del figlio mediante l’osservanza degli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, a prescindere dalla sussistenza o meno del vincolo giuridico tra i due genitori. Vedi Cass. civ. Sez. I, 26 maggio 2004, n. 10102, in «Massimario di giurisprudenza italiana», 2004 e «Famiglia e Diritto», 2005, nota di E. DOLCINI. Nello stesso senso Corte costituzionale sentenza 13 maggio 1998, n. 166 e Corte costituzionale sentenza 21 ottobre 2005, n. 394, entrambe in www.cortecostituzionale.it. Successivi conformi: Cass. civ. Sez. I Sent., 15 settembre 2011, n. 18863 in CED Cassazione, 2011; Cass. civ. Sez. I Sent., 11 settembre 2015, n. 17971 in «Famiglia e Diritto», 2016, nota di P. PASCUCCI; Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., 13 dicembre 2018, n. 32231 in CED Cassazione, 2018.

² G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un’innovazione discutibile*, in «Nuove Leggi Civili Commentate», 2014.

³ CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, II. La Famiglia. Le Successioni*, Giuffrè, 2001.

La modifica terminologica, invece, dà risalto ad una nuova e diversa visione che si propone di superare l'accezione autoritaria che caratterizzava il termine "potestà".

Nella relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013 il legislatore ha scientemente omesso di fornire e definire i contenuti della nozione di responsabilità genitoriale, al fine di rendere tale nozione suscettibile di adattarsi alle eventuali future evoluzioni socio-culturali⁴.

Inoltre, nella predetta relazione si specifica che tale situazione giuridica complessa costituisce un concetto più ampio della nozione di potestà. Nella responsabilità genitoriale viene infatti ricompreso anche l'obbligo di mantenimento dei figli. Poiché tale obbligo continua a gravare sui genitori anche dopo il raggiungimento della maggiore età del figlio, il legislatore ha operato la scelta di eliminare ogni riferimento alla durata della responsabilità genitoriale⁵, inserendo la relativa specificazione laddove ciò si renda necessario⁶.

2. I modi di acquisto della responsabilità genitoriale

Per quanto concerne i modi di acquisto della responsabilità genitoriale, il genitore di figlio nato in costanza di matrimonio diviene titolare della stessa al momento della nascita del figlio in virtù dell'operare delle presunzioni di legge. Diversamente, il genitore di figlio nato fuori del matrimonio la acquista soltanto nel momento in cui il figlio viene riconosciuto oppure quando il rapporto di filiazione viene giudizialmente accertato. Infine, per il genitore adottivo l'acquisto della responsabilità genitoriale coincide con il momento del perfezionamento dell'adozione. Indipendentemente dal modo di acquisto della titolarità della responsabilità genitoriale, tutti i titolari sono legittimati ad esercitarla mediante identici poteri. Perciò, nel momento in cui si instaura un rapporto di filiazione per il diritto, a cui si collega l'attribuzione della genitorialità, si verificano delle conseguenze che riguardano i diritti e doveri riconnessi alla posizione di genitore. In primo luogo, sorge il dovere di mantenimento ai sensi dell'art. 315*bis* c.c.; in secondo luogo, l'instaurarsi del rapporto

⁴ Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013, p. 27.

⁵ Il previgente art. 316 c.c. precisava che la responsabilità genitoriale si riteneva cessata con il raggiungimento della maggiore età o l'avvenuta emancipazione.

⁶ Il legislatore ravvisa questa necessità nelle norme che prevedono il dovere del genitore di intervenire a tutela del figlio non ancora capace di agire, come ad esempio l'articolo 318 c.c.

di filiazione comporta poi l'acquisto della titolarità della responsabilità genitoriale. Infine, l'esercizio congiunto di quest'ultima viene esteso in modo generalizzato ai genitori per il solo fatto di essere tali⁷.

Appare evidente che la riforma della filiazione, oltre ad istituire l'unicità dello stato di figlio⁸, stabilisce anche una posizione paritaria tra tutti i genitori – indipendentemente dal tipo di rapporto intercorrente tra gli stessi⁹ – nei confronti dei figli in relazione a diritti e doveri¹⁰.

La riforma ha introdotto nel nostro ordinamento un solo articolo – l'art. 316 c.c. - finalizzato ad occuparsi unitariamente della responsabilità genitoriale, nella prospettiva della sua titolarità e del suo esercizio. La norma individua come unico presupposto della propria applicazione l'accertamento della sussistenza dello *status filiationis*¹¹. La portata della modifica normativa è evidente: anche nella previgente formulazione la potestà genitoriale veniva attribuita ad entrambi i genitori ed esercitata di comune accordo, ma con deroghe particolarmente rilevanti in tema di provvedimenti indifferibili ed urgenti e, soprattutto, in tema di vincolo coniugale.

Innanzitutto, solo al padre era riconosciuto il potere di adottare provvedimenti urgenti ed indifferibili nel caso in cui fosse in atto un pericolo di pregiudizio grave per il figlio minore, ai sensi dell'art. 316, co. 4¹². In

⁷ E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in «Famiglia e Diritto», 2014.

⁸ Disciplinata dall'art 315 c.c. che recita «*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*».

⁹ La Corte costituzionale aveva chiarito già da tempo che il fondamento dei diritti e dei doveri dei genitori nei confronti della filiazione è il rapporto generativo e non il matrimonio, giacché il legame coniugale non può determinare una condizione deteriore per i figli, in virtù dell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità. Vedi Corte Costituzionale sentenza 13 maggio 1998 n. 166 in www.cortecostituzionale.it. In senso conforme: Cass. civ. Sez. I, 11 dicembre 1992, n. 13126 in «Massimario della giurisprudenza italiana», 1992; Cass. civ. Sez. I, 03 luglio 1991, n. 7295 in «Massimario della giurisprudenza italiana», 1991; Cass. civ. Sez. I, 28 giugno 1988, n. 4373 in «Massimario della giurisprudenza italiana», 1988; Cass. civ. Sez. I, 10 aprile 1987, n. 3570 in «Massimario della giurisprudenza italiana», 1987.

¹⁰ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in «Famiglia e diritto», 2013.

¹¹ P. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in federalismi.it, 17 gennaio 2018.

¹² TOMMASO AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, 2008. La riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva attribuito la titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale ad entrambi i genitori, ma conservava l'esclusivo esercizio della stessa a favore del padre nelle sole situazioni pregiudizievoli, subendo il retaggio della disciplina previgente, in base alla quale la titolarità della potestà genitoriale apparteneva ad entrambi i genitori, ma l'esercizio competeva solamente al padre.

secondo luogo, la potestà genitoriale veniva attribuita ai coniugi, non ai genitori; pertanto, nel caso di genitori non coniugati, essa era concessa solo a chi avesse effettuato il riconoscimento. Addirittura, l'originaria formulazione dell'art. 317 *bis*, co.2, c.c. stabiliva che sul figlio di genitori non coniugati costoro esercitassero la potestà genitoriale congiuntamente solo nel caso in cui la coppia genitoriale convivesse, diversamente l'esercizio veniva riconosciuto al solo al genitore residente col minore¹³.

Ai sensi dell'attuale formulazione normativa, invece, ciascuno dei genitori non solo è titolare della responsabilità genitoriale, ma è anche dotato di identici poteri. Tale principio è sancito, appunto, dalla previsione di cui all'art.316, co. 1 cc. in base al quale i poteri in cui si sostanzia la responsabilità genitoriale debbono essere esercitati di comune accordo, cioè con modalità di esercizio congiunto¹⁴.

Nel caso di genitori legalmente separati, divorziati o il cui matrimonio sia stato annullato, se il tribunale ha disposto l'affidamento condiviso, la responsabilità genitoriale compete nella sua pienezza ad entrambi i genitori¹⁵. In particolare, la previsione di cui all'art.337 *bis* cc. distingue tra le decisioni di maggiore interesse per il minore relative all'istruzione, all'educazione, alla salute, alla scelta abituale della residenza, definibili *a contrariis* rispetto alla terminologia usata dal legislatore, di straordinaria amministrazione, le quali debbono essere assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni del figlio, con la previsione che in caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.

Invece, con riguardo a tutte le altre decisioni riferite alla quotidianità, che in via residuale non vanno sussunte nella categoria *ut supra* e che vengono qualificate *ex lege* di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente¹⁶.

Nell'ipotesi di affidamento esclusivo o mono genitoriale, il genitore affidatario ha l'esercizio esclusivo della responsabilità. Tuttavia, le deci-

¹³ Ex art. 317-*bis*, co. 2 c.c. Si riteneva tale norma implicitamente abrogata dall'entrata in vigore della l. 54/2006 sulla bigenitorialità, in quanto fondare l'esercizio della responsabilità genitoriale sulla permanenza di una situazione di fatto quale la convivenza appariva contraddittorio rispetto al principio propugnato dalla predetta legge.

¹⁴ GIOVANNI BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia, IV. La filiazione e l'adozione*, UTET, 2016.

¹⁵ A. BELVEDERE, voce «Potestà dei genitori», in «Enciclopedia giuridica Treccani», 1990.

¹⁶ ALFREDO BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in «Trattato diritto privato», PIETRO RESCIGNO (diretto da), IV, «Persone e famiglia», III, 1997.

sioni di maggiore interesse per il figlio devono essere adottate da entrambi i genitori, dal momento che il genitore non affidatario conserva il diritto e il dovere di vigilare sull'istruzione ed educazione del minore, potendo ricorrere al giudice ex art.337 *quater* cc. quando ritenga che siano state assunte dal genitore affidatario esclusive decisioni pregiudizievoli per il figlio.

La lettura sintetica e coordinata delle disposizioni normative poc' anzi menzionate permette di comprendere la distinzione tra la nozione di responsabilità genitoriale e quella di affidamento. Quest'ultimo, infatti, è un istituto che rappresenta il contenuto della responsabilità genitoriale, perché esso presenta diverse tipologie che costituiscono tutte modalità diverse di esercizio della responsabilità genitoriale. Pertanto, anche il genitore non affidatario, ma non destinatario di provvedimenti ablativi o limitativi, pur non esercitando la responsabilità genitoriale, ne conserva la titolarità. Egli, infatti, non è privo dei poteri-doveri in cui la stessa si estrinseca¹⁷, pertanto è necessaria la sua partecipazione o il suo consenso nelle decisioni di maggiore interesse per la prole e conserva anche i poteri di vigilanza con possibilità di adire l'autorità giudiziaria.

3. Forme di abuso della responsabilità genitoriale

Nell'esercizio della responsabilità genitoriale possono manifestarsi casi disfunzionali poiché essa viene esercitata in modo difforme rispetto a quanto prescritto dalla legge o in modo pregiudizievole per il figlio¹⁸. In questi casi l'ordinamento predispone misure di salvaguardia a favore del minore.

È possibile distinguere le modalità di abuso che comportano un grave pregiudizio per il figlio da quelle condotte che, pur non integrando un grave pregiudizio, mettono comunque a rischio l'incolumità psicologica o fisica del minore.

La norma di cui all'art.330 c.c. stabilisce che «*il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.*

¹⁷ ALESSIO ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli*, Giuffrè, 2014.

¹⁸ A. COCCHI, *Il dovere educativo dei genitori ex art. 147 c.c. e la correlata responsabilità in caso di condotte abusanti* in «Responsabilità civile e Previdenza», 2014.

In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.».

L'articolo prevede la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri inerenti alla predetta responsabilità o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio per il figlio.

La norma di cui all'art. 333 c.c. parla, parimenti, di condotta pregiudizievole ma meno grave di quella che legittima la decadenza, così prevedendo ipotesi di limitazione all'esercizio della responsabilità genitoriale. Essa recita: «Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330 *ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento».*

Le condotte di cui all'art. 330 c.c. non sono ritenute tassative, perciò non è possibile individuare un elenco di comportamenti censurabili, i quali dovranno quindi essere esaminati caso per caso, tuttavia in alcuni casi è la legge penale a stabilire che, alla condanna per alcuni reati¹⁹, segua la sanzione accessoria della decadenza. La decadenza, però, non è inscindibilmente legata ad una condanna penale. In sede civile è possibile pronunciare la decadenza anche quando la condotta di reato sia stata accertata, ma alla stessa non sia seguita una condanna in sede penale. Ciò avviene, ad esempio, in caso di violenze fisiche e maltrattamenti a danno di minori, oppure in caso di condotte omissive come l'abbandono di minori o l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria nei casi più gravi. Agli abusi fisici sono equiparati gli abusi o maltrattamenti psicologici²⁰.

¹⁹ Sono ipotesi previste *ex lege*: la condanna all'ergastolo per qualsiasi delitto; l'incesto commesso dal genitore; i delitti contro lo stato di famiglia quali supposizione o soppressione di stato, alterazione di stato, occultamento di stato commessi da un genitore; condanna o patteggiamento per i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù; induzione o sfruttamento della prostituzione minorile; pornografia minorile; istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia; condanna o patteggiamento per i delitti di violenza sessuale aggravata; atti sessuali con minorenne, violenza sessuale di gruppo, adescamento di minorenni quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato, rientrando queste ipotesi nell'area della violenza sessuale *intra familiare*; la condanna o il patteggiamento per il delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili quando il reato è commesso dal genitore o dal tutore.

²⁰ A titolo esemplificativo, si veda Cass. civ. 5 marzo 2014, n. 5097. La sentenza attiene al

Rilevano anche le omissioni di natura economica, quale ad esempio la sistematica privazione del mantenimento. In questo caso la condotta omissiva deve essere pregiudizievole e generalmente accompagnata anche da un sistematico disinteresse morale verso il figlio.

La giurisprudenza ammette la decadenza dalla responsabilità genitoriale anche in presenza di inidoneità, incapacità o inettitudine del genitore.

4. La natura della decadenza e le sue conseguenze

L'art. 332 c.c. prevede la possibilità per il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale di essere reintegrato nella stessa. Ne consegue, pertanto, che essa non può avere natura sanzionatoria²¹ perché è, invece, diretta a tutelare il figlio e indirettamente la relazione tra genitore e figlio, al fine di eliminare l'abuso di cui il minore è stato vittima²².

Sotto il profilo delle conseguenze, queste non sono espressamente indicate dalla legge: certamente il genitore dichiarato decaduto non può essere affidatario del minore e, quindi, in questo caso si dovrà far luogo ad un affidamento esclusivo, se non addirittura ad un affidamento super esclusivo, essendo il genitore decaduto privato di tutti quei diritti e poteri che integrano il concetto di responsabilità genitoriale.

Il genitore decaduto, tuttavia, conserva l'obbligo di concorrere al mantenimento del figlio. Infatti, in tema di violazione degli obblighi di

tema del genitore che interferisca in modo pregiudizievole sul diritto del figlio a conservare significativi rapporti con gli ascendenti.

²¹ *Ex multis* cfr. Cass. Civ. Sez. I, ordinanza 1 marzo 2023, n. 6186: la decadenza dalla responsabilità genitoriale non costituisce una sanzione a comportamenti inadempienti dei genitori, ma si fonda sull'accertamento degli effetti lesivi che hanno prodotto e possono ulteriormente produrre a danno dei figli, tali da giustificare una limitazione o l'ablazione della responsabilità genitoriale. Qualora i genitori, presi singolarmente, interagiscano positivamente con i minori e i pregiudizi del passato al benessere di questi ultimi risultino derivati dal malsano rapporto di coppia che li coinvolgeva, non vi è ragione, nel contesto della separazione coniugale in atto, di incidere sulla responsabilità genitoriale, risultando sufficiente l'adesione dei genitori a un progetto, predisposto dai servizi sociali, di coordinazione genitoriale finalizzato a sostenerli e affiancarli nel percorso finalizzato a permetter loro di assumere congiuntamente le decisioni di maggiore importanza per i figli, ammonendo entrambi a intraprendere tali percorsi, pena l'assunzione di provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale.

²² L. D'ALESSANDRO, *La decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)*, in GIOVANNI BONILINI, MASSIMO CONFORTINI, *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, I, UTET, 2014.

assistenza familiare, il provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale non esclude il reato di cui all'art. 570 c.p., lasciando inalterati i doveri di natura economica e morale del genitore decaduto²³.

Questa considerazione porta a ritenere che nel concetto di responsabilità genitoriale a dispetto di quanto affermato nella relazione illustrativa del d.lgs. n.154 del 2013²⁴, non possa essere annoverato il dovere al mantenimento economico del figlio che nasce con la filiazione²⁵ e, come noto, non termina con il compimento della maggiore età. Se così fosse, infatti, con la pronuncia di decadenza sarebbe sospeso anche il dovere di contribuire al mantenimento del figlio.

5. Bigenitorialità e affidamento condiviso

L'istituto dell'affidamento rappresenta un concetto cardine nel diritto di famiglia. Esso, infatti, ha subito una profonda evoluzione dal 1975 fino ai giorni nostri²⁶.

Con la riforma del diritto di famiglia del 1975, il legislatore, all'art.155 c.c., aveva introdotto un concetto di affidamento che prevedeva da parte del genitore affidatario un diritto di custodia sul figlio, con esercizio in via esclusiva di tutti i diritti e doveri derivanti dal rapporto di filiazione. Costui aveva l'unico obbligo di concordare le decisioni di maggior interesse per il figlio con l'altro genitore non affidatario, il quale conservava doveri di visita, contribuzione e vigilanza.

²³ Cfr. Cass. pen. 12 novembre 2009, n. 43288.

²⁴ A p. 26 si legge che «il concetto di responsabilità genitoriale è necessariamente più ampio, in quanto nella sua "componente" economica vincola i genitori al mantenimento dei figli ben oltre il raggiungimento della maggiore età, fino cioè al raggiungimento della indipendenza economica». La dottrina ha a lungo criticato questa visione, ritenendo invece che il dovere al mantenimento da parte del genitore nei confronti del figlio abbia origine non dalla titolarità della responsabilità genitoriale, bensì dal rapporto di filiazione, con la conseguenza che la decadenza dalla responsabilità genitoriale vincola comunque il genitore ad adempiere all'obbligo di mantenimento, viceversa, aderendo alla visione del legislatore del 2013 alla decadenza seguirebbe una liberazione del genitore decaduto dal predetto obbligo, violando il dettato costituzionale che annovera tra i diritti fondamentali del figlio quello di essere mantenuto (art. 30, co. 1, Cost.).

²⁵ G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in «Nuove Leggi Civili Commentate», 2014.

²⁶ PAOLO CENDON (a cura di), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, 2006. FRANCESCO RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*. Artt. 315-319, GIUFFRÈ, 2006.

Successivamente, la legge 6 marzo 1987 n. 74 sul divorzio ha introdotto la locuzione affido congiunto oppure alternato. La dicitura «congiunto» ha scatenato diversi contrasti dottrinali perché ci si interrogava sulle modalità di gestione di un affido congiunto da parte di una coppia divorziata, che pertanto risiedeva in due abitazioni distinte²⁷.

La rivoluzione vera e propria è stata introdotta con la riforma attuata dalla legge 8 febbraio 2006 n. 54. Tale legge ha introdotto l'affidamento condiviso. Essa contempla una disciplina unitaria della crisi familiare, la quale impone un identico trattamento dei figli, nonostante all'epoca dell'emanazione della legge, persistesse la distinzione tra figli c.d. legittimi e figli c.d. naturali. In particolare, il riferimento è alle conseguenze della dissoluzione della relazione personale tra i genitori, anche per quanto attiene all'esercizio delle responsabilità nei confronti dei minori²⁸.

Essa costituisce un'attuazione del diritto del minore alla bigenitorialità, che sussiste indipendentemente dalle circostanze della nascita, ma soprattutto indipendentemente dal tenore del rapporto tra la coppia genitoriale disgregata²⁹. Questo diritto consiste nel mantenere il rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare i rapporti significativi con gli ascendenti e con i propri parenti di ciascun ramo genitoriale.

La legge n. 54/2006, realizzando una massiva risistemazione dei principi in tema di affidamento dei figli ed introducendo il concetto di affidamento condiviso fondato sulla tutela della bigenitorialità, ha spostato il centro di interessi focalizzandolo non più sul genitore affidatario, ma sul minore³⁰.

²⁷ La giurisprudenza è giunta all'unanime risultato di leggere in questa disposizione una promozione della bigenitorialità, pertanto, tale lettura è stata estesa anche alla separazione. Cfr. Cass. sez. I, 13 dicembre 1995, n. 12775, Cass. sez. I, 4 maggio 1991, n. 4936.

²⁸ MICHELE SESTA, ALESSANDRA ARCIERI, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2011.

²⁹ Tribunale di Napoli, 9 giugno 2006 rimarca che «le decisioni sull'affidamento prescindono dall'accertamento della responsabilità per il fallimento del matrimonio, in quanto sono esclusivamente volte alla tutela dei figli», a recuperare, cioè, il rapporto affettivo reciproco di essi verso i genitori. In tema, sottolinea CARMELO PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, 2006, che proprio la nozione normativa di «contrarietà all'interesse del minore» impone di utilizzare quale parametro di riferimento il rapporto genitoriale e non il rapporto di coppia.

³⁰ L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in «Giurisprudenza italiana», 2014, V. Per E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale*, cit., p. 478, siamo di fronte ad una nuova dimensione dei rapporti tra genitori e figli che mostra come il legislatore abbia tenuto conto della pluralità dei modelli «perseguendo l'obiettivo di garantire al figlio la maggiore coesione possibile della rete familiare che lo circonda»; ID., *Dalla potestà alla responsabilità*

Secondo questa legge, infatti, il minore non è più oggetto, bensì soggetto di diritto, titolare di posizioni giuridiche soggettive, in ossequio ai principi contenuti nella Convenzione di New York del 1989 ratificata con legge n.176/1991 e della Convenzione europea di Strasburgo del 1996, resa esecutiva con legge n.77/2003, seppur con un notevole ritardo da parte del legislatore nazionale.

Questa nuova forma di affidamento pone finalmente al centro il minore, le sue esigenze e necessità e costituisce quindi la regola che prevede che entrambi i genitori siano equidistanti nell'esercizio della responsabilità genitoriale, sia sotto il profilo dei doveri che dei poteri riconosciuti ad essi, ma solo per realizzare il "the best interest del minore"³¹.

In sede di separazione, divorzio e di figli non matrimoniali, il giudice deve avere sempre presente tale esigenza, che diventa il criterio guida esclusivo, valutando prioritariamente che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, dove tale locuzione diventa equipollente a quella di affidamento condiviso.

La legge 54/2006, di fatto, ha creato una sorta di assioma tale per cui bigenitorialità coincide con affido condiviso, fatta eccezione per tutti quei casi nei quali si renda necessario contravvenire a questa regola e disporre un tipo diverso di affidamento del figlio minore, adeguatamente valutato e motivato caso per caso.

Il concetto di bigenitorialità funge da criterio di salvaguardia nella fase patologica di crisi della famiglia, che è il momento di rottura di ogni legame che innesca la necessità di garantire al minore uno stabile legame coi propri genitori, a prescindere dalle scelte degli stessi o del giudice in tema di collocamento.

Il criterio della bigenitorialità non contraddistingue solo l'affidamento condiviso ma anche quello esclusivo per quanto possibile, come si legge nell'art.155 bis c.c., abrogato dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, secondo il quale la bigenitorialità è da intendersi come "presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione"³².

genitoriale, in «Giurisprudenza italiana», 2014; in chiave critica: L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2013, II.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*.

³¹ FILOMENA ALBANO, *I best interests of the child tra passato, presente e futuro* in MIRZIA BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università editrice, 2021.

³² cfr. Cass. civ. 23 settembre 2015, n. 18817.

Naturalmente, si sottolinea che affidamento condiviso o affidamento della prole ad entrambi i genitori non significa che i figli debbano essere collocati in modo paritetico³³ presso ciascun genitore, dal momento che questa modalità di esercizio attiene al profilo della collocazione e non a quello dell'affidamento.

6. L'affidamento esclusivo

Come noto, l'affidamento può assumere due forme principali: condiviso e esclusivo, di cui la seconda forma è subordinata e residuale rispetto alla prima in termini di priorità di applicazione.

La previsione di cui all'art.337 quater cc., introdotta con d. lgs.n.154/2013, disciplina l'affidamento esclusivo, stabilendo che *«il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 337 ter. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile. Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse»*.

La disposizione va letta anche in combinato disposto con la norma ex art.337 bis cc., che stabilisce che *«in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo»*. Da ciò si ricava che l'affidamento esclusivo è residuale,

³³ Questa soluzione può comunque essere praticata in presenza di genitori in grado di condividere la gestione di un collocamento paritetico o che l'abbiano espressamente richiesto (o già sperimentato): cfr. Tribunale di Treviso, sentenza n. 944/2019.

costituendo l'affido condiviso la regola generale. Invece, è lasciata alla valutazione discrezionale del giudice la scelta di disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori.

Sotto il profilo processuale, ciò comporta che una tale decisione possa essere assunta, concorrendone i presupposti, anche in via ufficiosa da parte del giudice e, quindi, pure in mancanza di specifica domanda sul punto, senza incorrere nel vizio di ultra petizione³⁴. Ciò viene desunto dalla norma di chiusura contenuta nell'art. 337 ter, co. 2, c.c., che attribuisce al giudice il potere di adottare «*ogni altro provvedimento relativo alla prole*», in aggiunta a quelli espressamente indicati.

Tale decisione derogatoria rispetto ai principi generali, deve essere motivata da parte dell'autorità giudiziaria che deve obbligatoriamente esplicitare, eventualmente anche succintamente, il percorso logico che ha condotto a tale scelta.

Inoltre, la ragione che giustifica tale scelta si sostanzia nella circostanza che l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del minore, che deve essere sempre prioritario³⁵.

Generalmente, questa contrarietà si identifica nella incapacità ovvero nell'inefficienza genitoriale grave. Dall'esame della casistica giurisprudenziale³⁶ si possono individuare le ragioni che possono portare a disporre l'affidamento esclusivo, ma anche etero familiare, nel caso in cui riguardino entrambi i componenti della coppia genitoriale. La causa più comune riguarda il persistente disinteresse materiale e morale di uno

³⁴ Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 185 in «Foro italiano», 1986, I: «*i giudizi di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di separazione personale non attengono né si riflettono, quale che sia il loro esito, sullo stato dei figli*», con ciò intendendo che il formante normativo e giurisprudenziale in materia di crisi familiare deve impedire che questa possa sortire per effetto di legge o di provvedimento giudiziale, conseguenze negative sul minore, già psicologicamente debilitato.

³⁵ LILIANA CARLEO ROSSIL., SALVATORE PATTI (a cura di), *Provvedimenti riguardo i figli* in FRANCESCO GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro primo: Persone e famiglia art. 155-155 sexies*, Zanichelli Ed. Bologna, il Foro italiano Roma, 2010.

³⁶ *Ex multis*: Cass., 22 settembre 2016, n. 18559, che stabilisce che «*in caso di grave conflittualità tra i genitori, certificata dalla commissione dei reati di maltrattamento commessi da uno a danno dell'altro, a cui ha assistito il figlio, destinati a riflettersi su sentimenti ed equilibri affettivi, personali e familiari, l'affidamento condiviso può non corrispondere all'interesse del minore*»; Cass., 17 gennaio 2017, n. 977, che rileva il disinteresse morale e materiale basandolo sulla totale inadempienza al diritto di visita di un genitore perché residente all'estero; Cass., 18 giugno 2008 n. 16593 e Cass., 11 agosto 2011, n. 17191 che escludono l'affido al genitore denigrante; Cass., 14 dicembre 2018, n. 11170 che dispone l'affido esclusivo di minore che rifiuta motivatamente di incontrare l'altro genitore.

dei genitori, ragionevolmente protratto per un certo tempo, caratterizzato dall'omessa contribuzione per il mantenimento della prole e dall'assenza nella vita quotidiana del figlio.

L'affidamento esclusivo può essere disposto allorché il minore manifesti difficoltà di relazione con uno dei genitori al punto anche di rifiutare di incontrarlo³⁷, oppure quando sia il genitore ad avere tali difficoltà, in ragione di una incapacità di controllo dell'impulsività dell'agire (anche se tale impulsività non sia direttamente riferibile ad una psicopatologia, ma determini una condizione di pericolo per la prole).

Ulteriori ragioni giustificative di affidamento esclusivo consistono in un genitore che sottoponga il minore a cure eccessive con stress continuo, o che, al contrario, non si procuri una soluzione abitativa idonea ad ospitare il figlio nei giorni di propria pertinenza.

Infine, nel novero delle ragioni rientrano anche il genitore che versi in stato di dipendenza da alcool o altre sostanze stupefacenti e genitore che ha usato violenza nei confronti dell'altro e in presenza del figlio.

In ossequio all'assoluta preminenza dell'affidamento condiviso come scelta prioritaria da parte dell'autorità giudiziaria, sono stati esclusi dal novero delle ragioni che possono condurre all'affido esclusivo dei casi per lungo tempo considerati di "dubbia natura", come l'instaurazione di una nuova relazione sentimentale da parte dei genitori, seppur omosessuale³⁸, o nel caso in cui uno dei genitori svolga una attività moralmente discutibile (senza che ciò tuttavia incida sulla sua affidabilità verso il figlio). Lo stesso vale nel caso di distanza tra i luoghi di abitazione dei due genitori, in quanto le moderne tecnologie sono in grado di sopperire a problemi pratici un tempo insormontabili (seppur non in modo assoluto)³⁹, divenendo così la distanza un aspetto che impatta unicamente sulla disciplina

³⁷ Evidentemente questa situazione impone un approfondimento sulle ragioni di tale rifiuto e qui si apre la problematica del genitore alienante che può giustificare ed imporre un affidamento all'altro genitore o addirittura un affidamento etero familiare.

³⁸ Cfr. Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in «Giurisprudenza di merito», 2007, VI; Tribunale di Bologna, 15 luglio 2008, in «Diritto, famiglia e persone», 2009, 1; Tribunale di Nicosia, 14 dicembre 2010; Corte d'Appello di Napoli, 11 aprile 2007; Cass., 22 dicembre 2004, n. 23786, in «Famiglia e diritto», 2005 (si afferma che il graduale inserimento dei nuovi compagni nella vita dei figli dei genitori separati ben può corrispondere al loro benessere, se madre e padre hanno «cura e premura di far comprendere alla prole che le nuove figure non si sostituiscono a quelle genitoriali»).

³⁹ In dottrina, è opinione diffusa che la lontananza delle residenze dei genitori non è un fattore, di per sé, decisivo in ordine alla statuizione dell'affidamento: L. DE SISTO, *Sulla praticabilità dell'affidamento condiviso anche quando i genitori vivano in località molto distanti o addirittura in Stati diversi*, in «Giurisprudenza di merito», 2007.

dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso il genitore non collocatario. Infine, anche nel caso di conflittualità genitoriale non vige alcun automatismo in relazione alla scelta dell'affido esclusivo in luogo del condiviso, purché tale conflittualità non dia luogo a pregiudizio per il minore⁴⁰.

Il genitore affidatario esclusivo esercita la responsabilità genitoriale sulla prole; tuttavia, l'art.337 *quater* c.c. prevede espressamente che, salva diversa disposizione del giudice, le decisioni di maggiore interesse per la prole siano adottate da entrambi i genitori.

Prima facie una simile disposizione appare contraddittoria, dal momento che attribuire la responsabilità esclusiva ad un genitore contrasta con il fatto di lasciare all'altro poteri che, di fatto, sono tipici dell'affidamento condiviso.

La giurisprudenza ha superato questo scoglio interpretativo in considerazione dei poteri anche ufficiosi che la legge riserva al giudice del conflitto. Infatti, ci sono casi di affidamenti esclusivi disposti per ragioni di opportunità: si pensi all'ipotesi di un genitore che risieda all'estero o detenuto in carcere e che solo per tali ragioni non possa materialmente essere abbastanza presente nella vita del minore. In questo caso escludere il genitore non affidatario dalle scelte importanti della vita del figlio sarebbe ingiusto e immotivato.

Al di fuori di questi casi, invece, quando l'affidamento esclusivo è dettato da ragioni di pregiudizio per il minore, la norma consente al giudice, nell'interesse del minore, di estromettere il genitore non affidatario da tale potere, senza però che costui perda la responsabilità genitoriale, e conservando il potere/dovere di vigilare sulla istruzione ed educazione della prole con possibilità di ricorrere al giudice.

Infine, qualora il genitore non affidatario non sia meritevole di conservare neppure tali poteri residuali, potrà sempre essere azionato il procedimento per la declaratoria di decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Merita da ultimo ricordare che la materia dell'affidamento del minore ha per lungo tempo prestato il fianco a strumentalizzazioni della relativa domanda giudiziale, considerata l'altissima conflittualità che spesso permea questi procedimenti. Ma l'ordinamento ha reagito di fronte alle forme di abuso del processo anche nell'ambito del diritto di famiglia, perciò anche una domanda di affidamento manifestamente infondata può essere considerata dal giudice non solo ai fini dell'applicazione della previsione

⁴⁰ A titolo d'esempio: Tribunale di Treviso, sent. n. 1126/2019, sent. n. 1691/2021; Tribunale di Padova, sent. n. 2273/2018.

di cui all'art.96 c.p.c., ma anche per assumere provvedimenti in tema di affidamento⁴¹.

7. L'affidamento super esclusivo

Di fronte a casi di particolare gravità e fonte di forte pregiudizio per il minore, la giurisprudenza è intervenuta con l'introduzione del cosiddetto affidamento super esclusivo⁴². Si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale che trova il suo aggancio normativo all'art. 337 *quater*, nella parte in cui dispone che “*salva diversa disposizione del giudice*” spettano al genitore affidatario esclusivo tutti i compiti riconnessi all'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale. Ciò significa che il giudice può escludere il genitore non affidatario dalla partecipazione alle scelte di maggior interesse del figlio, attribuendo al genitore affidatario un ampliamento totale dei propri poteri.

È evidente che in questo caso la decisione del giudice deve essere a maggior ragione motivata e che tale scelta va effettuata secondo il criterio del *best interest of the child*. Essa può essere disposta anche d'ufficio, sottendendo interessi di natura pubblicistica⁴³. Costituisce un esempio la sentenza n. 1279/2022 del Tribunale di Treviso, che prevede un affidamento superesclusivo del soggetto minore alla madre senza che ciò sia stato espressamente richiesto dalla stessa nella formulazione delle pro-

⁴¹ Tribunale di Milano, decreto 4 marzo 2011: “L'art. 96, comma 3, c.p.c. è applicabile alle controversie in materia di famiglia, in virtù dell'art. 155-bis c.c. e ha la precipua finalità di sanzionare l'abuso del processo al di fuori dell'area della responsabilità aquiliana.[...] Tale effetto è maggiormente pervasivo laddove, come nelle procedure ex art. 317-bis c.c., non si tratti solo di prestazioni economicamente valutabili – ad esempio la determinazione del contributo al mantenimento della prole minore – ma anche, e soprattutto, di tutela di diritti personalissimi e costituzionalmente garantiti, come quello alle relazioni parentali. [...] il fattore tempo toglie al minore ed al suo genitore, ed al reciproco rapporto interpersonale di cura, affetto, costruzione dell'identità personale e familiare, “pezzi di vita” che non consentono alcuna restituzione in *pristinum* poiché ciò che è andato perduto è difficilmente recuperabile”.

⁴² Tra le prime pronunce in tal senso si veda: Tribunale di Milano, sez. IX, ordinanza del 20 marzo 2014 (Est. G. Buffone); Tribunale di Pavia, ordinanza 29 dicembre 2014 (Est. M. Frangipane).

⁴³ Nella suddetta ordinanza del Tribunale di Milano del 20 marzo 2014 i giudici hanno rilevato «*un profilo del padre inidoneo all'esercizio della responsabilità genitoriale: in primo luogo si tratta di persona del tutto assente dalla vita del figlio [...]e che ha lasciato alla madre il carico integrale dei costi di mantenimento ordinario e straordinario, inoltre si tratta di persona che, nel conflitto con la moglie, risulta avere utilizzato il figlio come “argomento di scambio”, minacciando la madre di una sottrazione dove questa non avesse aderito alle richieste del marito*».

prie conclusioni. Le motivazioni a fondamento della decisione riguardano la totale mancanza di sostegno economico da parte del padre e la sua lontananza geografica riconnessa ad un disinteresse morale, oltre che materiale.

Generalmente, infatti, il ricorso a questa forma di affidamento si manifesta nella prassi in presenza di totale disinteresse morale e materiale del genitore non affidatario o in presenza di evidente incapacità genitoriale pregiudizievole per il figlio.

8. Altre forme di affidamento e collocamento del minore

L'affidamento condiviso si fonda sul presupposto che, nonostante la disgregazione della coppia dal punto di vista personale e affettivo, entrambi i genitori siano idonei all'esercizio della responsabilità genitoriale; parimenti, l'affidamento esclusivo presuppone che solo un genitore abbia manifestato tale idoneità.

Esistono, però, casi in cui nessuno dei due genitori appare in grado di sostenere il proprio ruolo nei confronti del minore. Pertanto, l'ordinamento prevede forme ulteriori di affidamento, quali quello familiare ed etero familiare. E come *extrema ratio* anche una forma di collocamento in struttura accompagnata da affidamento esclusivo ad un solo genitore o ai servizi sociali.

8.1. L'affidamento familiare

L'istituto dell'affidamento familiare trova applicazione in presenza di separazione, divorzio, nullità, annullamento del matrimonio, figli non matrimoniali e in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori. La conferma si individua nella disposizione di cui all'art.337 bis c.c. secondo la quale « *in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo*». I soggetti individuati come affidatari sono generalmente parenti del minore, possibilmente già di fatto coinvolti nella vita e nella crescita dello stesso. La collocazione di norma viene disposta presso uno od entrambi i genitori che conservano l'obbligo al mantenimento come nel caso dell'affidamento ai servizi sociali.

Si tratta di una soluzione raramente applicata anche per la difficoltà di trovare un parente in grado di assumere in modo responsabile e con-

sapevole un ruolo così delicato. Nella prassi, quando si addivene all'affidamento familiare, esso molto spesso individua come figure affidatarie i nonni⁴⁴, se ne concorrono i presupposti di fatto, primo tra tutti l'esistenza di un significativo legame degli stessi col minore. Sempre i nonni sono generalmente le figure presso le quali il minore viene collocato quando si renda necessario allontanarlo per più svariati motivi dalla casa familiare⁴⁵. Il Tribunale di Treviso, con sentenza n. 1152/2020, ha stabilito che il soggetto minore dovesse essere allontanato dalla figura materna per non rischiare di subire il medesimo conflitto di lealtà già vissuto dalla sorella ed affidato ai servizi sociali. Essendo il padre impossibilitato a ospitare il minore per ragioni lavorative, il Tribunale ha stabilito di collocare il medesimo presso i nonni.

Sovente avviene che il collocamento etero familiare venga disposto per ratificare una situazione di fatto già esistente: è proprio questo il caso trattato nella sentenza n. 824/2020 del Tribunale di Treviso, nella quale il soggetto minore viene affidato ai servizi sociali (in vista dell'imminente compimento della maggiore età), ma collocato presso l'abitazione dei nonni, poiché essa costituiva già la soluzione abitativa *de facto* adottata dalla famiglia nei confronti del minore. Lo stesso dicasi per il caso deciso dalla sentenza n. 2621/2018 del Tribunale di Treviso che colloca il soggetto minore presso uno zio in ragione del suo precedente insediamento nell'abitazione del medesimo, al quale i genitori dovranno corrispondere il mantenimento a favore del figlio.

⁴⁴ Secondo l'ordinanza di Cassazione 29 settembre 2022 n. 28372 è necessario valorizzare le «figure vicarianti inter-familiari il cui contributo al mantenimento del rapporto con la famiglia di origine è criterio guida di ogni scelta in materia di affido, anche temporaneo, dei minori», vista «l'esigenza imperativa di garantire al minore che vive una condizione familiare difficile - ma non irreversibile - un percorso che favorisca quanto più il rafforzamento del vincolo familiare, piuttosto che allentarlo con interventi esterni alla famiglia benché adeguatamente supportati, ... marginalizzando, per l'effetto, scelte di collocamento esterno in apparenza soltanto dirette a proteggere il minore, ma a volte capaci di sradicarlo dal contesto familiare, che invece, deve essere sostenuto, protetto e aiutato attraverso interventi immediati, pronti ed efficaci».

⁴⁵ Sia nel caso di affidamento ai nonni, sia in quello di collocamento presso di essi, si deve tenere presente che nel nostro ordinamento entrambi costituiscono una misura temporanea che rappresenta un intervento "ponte", volto a rimuovere situazioni di difficoltà e disagio familiare, che si pone in funzione «strumentale» rispetto «alla tutela riconosciuta, con carattere prioritario, dall'ordinamento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia d'origine». Cfr. *ex multis*, Cass. 16 dicembre 2021 n. 40494; Cass. 4 novembre 2019, n. 28257.

8.2. Il collocamento in struttura

Il collocamento in struttura costituisce una soluzione residuale, che generalmente si accompagna, sotto il profilo dell'affidamento, ad un affidamento ai servizi sociali o ad un affidamento monogenitoriale. La *ratio* è rappresentata dall'inopportunità di collocare il minore presso la famiglia d'origine. Questa forma di collocamento si attua, ad esempio, in presenza di una accertata alienazione parentale ove il conflitto di lealtà che il minore manifesta a favore del genitore alienante impedisce una collocazione immediata presso il genitore ritenuto idoneo ma non in grado di avere fin da subito il figlio presso di sé.

È di facile comprensione che tali decisioni presentano difficoltà sotto il profilo attuativo⁴⁶, basti pensare al materiale trasporto del minore presso la struttura, o prima ancora al suo prelievo dalla casa familiare o dai luoghi che egli abitualmente frequenta senza che ciò possa generare in lui un trauma. Una soluzione intermedia è rappresentata dal collocamento del minore presso uno dei due genitori, prevedendo, però, l'inserimento diurno presso una comunità. Il Tribunale di Treviso, con sentenza n. 1027/2020 ha stabilito che i figli minori fossero affidati ai servizi sociali, collocati per loro scelta presso il padre ed inseriti in una comunità diurna per contrastare il fenomeno di abbandono scolastico che stavano vivendo.

8.3 L'affidamento etero familiare

L'affidamento etero familiare è una tipologia di affidamento che comprende la titolarità della responsabilità genitoriale rispetto ai genitori, assegnandone la gestione ad un soggetto terzo: generalmente i servizi sociali⁴⁷. Quando si parla di affidamento ai servizi sociali si ha riguardo alle

⁴⁶ La disciplina delle modalità attuative di consegna di un minore e la titolarità della loro individuazione è questione ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza. Autorevole dottrina ritiene che il giudice di merito possa anche definirne le modalità di attuazione; in questo senso BRUNO DE FILIPPIS, GIANFRANCO CASABURI, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam, 2001. Di diverso avviso Tribunale di Treviso, che nell'ordinanza del 31 gennaio 2018 stabilisce che il potere del giudice non possa estendersi fino all'attribuzione di poteri decisori in ordine alle modalità di attuazione, in particolare è da escludersi la nomina di un consulente tecnico d'ufficio al fine di elaborare un piano di attuazione coattiva del provvedimento.

⁴⁷ È molto frequente che anche nei casi di affidamento etero familiare ad altra famiglia diversa da quella di origine il tribunale scelga di affidare comunque in prima battuta il minore ai servizi sociali, non essendo ancora pronte ad un rapporto diretto la famiglia di origine e quella di destinazione, come invece è richiesto dal disposto dell'art. 5, comma 1, secondo il quale la famiglia affidataria assume le decisioni «tenendo conto delle indi-

persone minorenni bisognose di aiuto e sostegno e la legge distingue tra diverse tipologie di affidamento. In primo luogo, l'affidamento familiare disciplinato dalla l. n.184/1983 e successive modificazioni; dopodiché, quello preadottivo un minore dichiarato adottabile. Infine, quello giudiziale disposto sulla base della normativa *de potestate* ex art. 333 cc.

L'affidamento familiare disciplinato dalla l. n.184/1983 e modificato dalla legge n.149/2001 è quel tipo di affidamento attraverso il quale un minore temporaneamente privo di ambiente familiare idoneo è affidato ad una famiglia o ad una persona singola per un periodo massimo di ventiquattro mesi e, se vi è il consenso dei genitori, viene disposto dai servizi sociali e reso esecutivo dal giudice tutelare. Quando, invece, manca il consenso viene disposto dal tribunale per i minorenni⁴⁸.

L'affidamento preadottivo, invece, riguarda un minore dichiarato adottabile e, come suggerisce la parola stessa, si inserisce all'interno del procedimento di adozione e ne costituisce una fase essenziale. Il minore, infatti, prima che sia formalizzata la sua adozione presso la famiglia adottante, trascorre presso la medesima un periodo di tempo della durata di un anno, nel corso del quale il tribunale per i minorenni si avvale dei servizi sociali affinché conducano un'attività di monitoraggio relativamente all'inserimento dell'adottando nel nuovo nucleo familiare.

La terza tipologia di affidamento è quella disposta dal tribunale ordinario. È un istituto che trova la sua giustificazione normativa dapprima nell'art 25, co. 1, n. 1) del R.D n. 1404/34⁴⁹ e successivo art. 26⁵⁰, nonché nell'art.10 co. 3 della l.149/2001, esteso per interpretazione giurisprudenziale anche alle controversie aventi ad oggetto separazione, divorzio e figli non matrimoniali. Anche questa forma di affidamento, al pari di quello esclusivo e super esclusivo, può essere assunta dal giudice in assenza di apposita domanda giudiziale sul punto, senza incorrere nel vizio di ultra petizione.

cazioni dei genitori». Soprattutto negli affidi disposti senza il consenso dei genitori una forma di serena interlocuzione non può essere disposta e pretesa senza mettere a rischio la serenità degli affidatari e del minore stesso. Essa costituisce, piuttosto, un obiettivo del progetto di tutela e sostegno.

⁴⁸ Vedi *infra* §8.1. per l'affido familiare nel quale la famiglia affidataria viene individuata all'interno della rete parentale del minore, si parla in tal caso di affidamento intra familiare.

⁴⁹ Il quale prevede, quale alternativa al collocamento del minore in comunità, l'affidamento ai servizi sociali dei cosiddetti minori "irregolari", ovvero i procedimenti amministrativi di competenza dei Tribunali per i minorenni.

⁵⁰ La norma estende la misura dell'affidamento ai servizi sociali ai provvedimenti civili limitativi della responsabilità genitoriale.

Si tratta generalmente di un rimedio a cui il giudice ricorre sulla base della segnalazione contenuta nella consulenza tecnica d'ufficio, fin dalla prima udienza di comparizione delle parti o, comunque, come *extrema ratio* tutte le volte in cui emergono comprovate criticità genitoriali nella gestione dell'affidamento della prole che rendono impossibile procedere ad un affidamento condiviso o mono genitoriale.

Le ragioni che lo giustificano possono essere sintetizzate in una reciproca incapacità dei coniugi nella gestione dell'affidamento del minore, anche per le ragioni già prima esposte in ordine all'affido esclusivo. Tale inidoneità della coppia genitoriale coinvolge sia le decisioni di ordinaria amministrazione sia, a maggior ragione, quelle di straordinaria⁵¹.

Le decisioni di ordinaria amministrazione sono quelle che riguardano il normale evolversi della quotidianità dei figli, per questa ragione in regime di affidamento condiviso dei figli è prevista la possibilità da parte del giudice di disporre un esercizio separato della responsabilità genitoriale sulle decisioni di ordinaria amministrazione.

Le decisioni di straordinaria amministrazione sono quelle di maggiore interesse per i figli, a differenza di quelle di ordinaria amministrazione, sono quelle che definiscono le linee di indirizzo educativo, formativo, religioso⁵². Esse, quindi, sono destinate ad incidere profondamente sulla formazione della prole. Questa è la ragione per cui sono rimesse ad un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale sia in regime di affidamento condiviso dei figli sia in regime di affidamento esclusivo, con l'eccezione dell'affido super esclusivo⁵³.

⁵¹ Nel caso deciso dal Tribunale di Treviso, con la sentenza n. 583/2020: la minore viene affidata ai servizi sociali perché i genitori manifestano una conflittualità che li rende inidonei al proprio ruolo, in quanto non in grado di contenere le proprie emozioni nemmeno davanti alla figlia.

⁵² A titolo esemplificativo, sono considerate questioni di maggiore interesse per i figli la scelta tra scuola pubblica e privata, in particolare se si tratta di scuola appartenente ad un ordine religioso; oppure, la scelta dell'indirizzo scolastico al termine del ciclo delle elementari e delle medie. Una delle questioni di maggior importanza è sicuramente quella che riguarda la salute del figlio. Si pensi al caso del genitore che aderisce integralmente all'omeopatia, precludendo al figlio la possibilità di avvalersi della medicina tradizionale. Oppure, alla scelta di autorizzare il minore a sottoporsi ad un intervento di chirurgia estetica. Quindi, in sintesi, laddove si incide sulla formazione, sulla salute, su scelte cruciali di indirizzo di vita del figlio, si rientra nel novero delle questioni di maggior interesse.

⁵³ Si ricordi che nei casi di affido super esclusivo al genitore affidatario vengono delegate tutte le decisioni inerenti la salute, l'educazione, l'istruzione o la fissazione della residenza abituale, normalmente spettanti ad entrambi i genitori anche in regime di affidamento esclusivo. Si specifica, tuttavia, che provvedimento di affido super esclusivo non priva l'altro genitore della propria responsabilità genitoriale, ma ne modifica solo l'esercizio,

In tema di collocazione, l'affidamento ai servizi sociali comporta la collocazione del minore presso uno dei genitori, mentre è assai eccezionale la collocazione del medesimo presso una struttura per le evidenti conseguenze che una tale misura può determinare anche in tema di compromissione del diritto alla bigenitorialità, oltre che per le considerazioni già svolte in tema di accettazione da parte del minore ad essere sottoposto ad una misura tanto invasiva.

Con l'affidamento ai servizi sociali i genitori conservano la titolarità ma anche l'esercizio della responsabilità genitoriale, che chiaramente non è diritto cedibile. Tuttavia, la stessa necessariamente subisce una restrizione e compressione, poiché se i minori sono affidati ai servizi sociali i genitori sono tenuti a conformarsi alle prescrizioni impartite dallo stesso e dovranno allineare la loro guida educativa alle indicazioni fornite.

L'affidamento ai servizi sociali costituisce l'ambito più rappresentativo della differenziazione tra i concetti di responsabilità genitoriale e affidamento del minore, che costituisce presupposto essenziale del sistema. L'affidamento, infatti, può presentare tipologie diverse, ma la titolarità della responsabilità genitoriale rimane sempre in capo ai genitori che la acquistano nelle forme e nei modi previsti dalla legge⁵⁴.

Pertanto, sono di pertinenza dei servizi sociali le decisioni di ordinaria amministrazione che riguardano il minore sulle quali il più delle volte si manifesta la conflittualità genitoriale. Quelle di straordinaria amministrazione, invece, dovranno essere assunte di concerto con i genitori. In caso di contrasto i servizi sociali dovranno interpellare il giudice tutelare preposto alla vigilanza, il quale ex art.337 c.c. deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della responsabilità genitoriale e per l'amministrazione dei beni del minore.

Esiste sempre un referente a cui i servizi sociali possono fare riferimento e a cui devono, inoltre, trasmettere le relazioni periodiche indicate nel provvedimento di affido. Inoltre, è sufficiente la segnalazione pervenuta al tribunale perché si apra d'ufficio un procedimento con assegnazione al giudice tutelare tabellarmente designato.

Il provvedimento che affida il minore ai servizi sociali, indica oltre che la collocazione dello stesso, i progetti e i programmi di sostegno alla bigenitorialità che è auspicabile che il genitore (talvolta entrambi) intra-

pertanto, resta invariato il suo diritto/dovere di vigilare sull'educazione e l'istruzione del figlio minore, nonché la facoltà di rivolgersi all'autorità giudiziaria se nel caso decisioni pregiudizievoli per il figlio.

⁵⁴ Vedi infra paragrafo §2.

prenda. Infatti, il tribunale non ha poteri coercitivi verso il genitore ma è evidente che la sua condotta potrà e dovrà essere valutata qualora si ritenga di adire nuovamente il tribunale per eventuali modifiche in tema di affido.

Il progetto elaborato dal tribunale con l'affido ai servizi sociali, riguardando la gestione genitoriale della prole, impone che la struttura pubblica debba essere attrezzata e preparata per far fronte a tali adempimenti ma soprattutto per gestire un vero e proprio affido del minore con tutto quello che ciò comporta.

Generalmente nel provvedimento non viene indicato un termine di durata ma la misura è per definizione temporanea e deve essere finalizzata a ripristinare la normalità nella gestione della prole⁵⁵.

È importante sottolineare, infatti, che questo tipo di affidamento non ha alcuna funzione punitiva nei confronti della coppia genitoriale inidonea all'esercizio del proprio ruolo, anzi, mira a dare un aiuto professionale ai genitori, attraverso un progetto di sostegno alla bigenitorialità. E tanto meno colpisce direttamente il minore. Il minore, infatti, rimane nella quasi totalità dei casi collocato presso uno dei due genitori, quindi, di fatto, egli non percepisce nessun cambiamento nelle proprie abitudini di vita.

Saranno gli stessi servizi sociali che in presenza di disfunzioni notizieranno, il giudice preposto alla vigilanza che, previa convocazione delle parti e di tutti i soggetti coinvolti, potrà rimettere gli atti alla competente procura perché sia promossa d'ufficio una procedura per la decadenza della responsabilità genitoriale o, viceversa, fornire le indicazioni utili per far fronte a tale disfunzione.

⁵⁵ La temporaneità è connaturata alla misura dell'affido, tuttavia la prassi rivela che spesso gli affidi finiscono per essere *sine die*. A favore di questo esito MARCO CHISTOLINI, *Affido sine die e tutela dei minori. Cause, effetti e gestione*, 2015, secondo il quale «L'affido sine die è una condizione di vita permanente, nonostante si chiami affido e sia, in teoria, temporaneo. Gli affidi sine die costituiscono un collocamento definitivo, la cui stabilità, pur essendo priva di certezze giuridiche, si basa sulla comprovata impossibilità del minore di far rientro nella propria famiglia di origine». Egli ritiene si tratti dell'unica speranza del minore di poter costruire un progetto di vita stabile, attesa l'impossibilità del rientro in famiglia. Di segno opposto MARTINA LUCIA LANZA, *Quando l'affidamento familiare è sine die: opinioni e rappresentazioni del Veneto*, Minori giustizia, 2013, secondo cui l'affido sine die è il «fallimento prognostico di recuperabilità della famiglia biologica».

9. La Riforma Cartabia in relazione ai Servizi Sociali

Quanto all'istituto dell'affidamento dei minori ai servizi sociali, la riforma Cartabia ha recepito gli orientamenti giurisprudenziali che si sono consolidati dinanzi ai Tribunali per i minorenni, poi nei Tribunali ordinari ed infine accolti anche dalla Corte di Cassazione⁵⁶, che definivano l'affidamento ai servizi sociali come un importante strumento di sostegno in caso di carenze genitoriali bilaterali, tali da rendere necessario un intervento pubblico a tutela del minore. E dal momento che lo strumento si è rivelato prezioso, la mancanza di una relativa disciplina dettagliata ed uniforme si è fatta particolarmente sentire, rendendo prioritario un intervento normativo di riassetto ed integrazione⁵⁷.

La lettura della disciplina normativa da cui l'istituto dell'affidamento del minore ai servizi sociali trae origine denota fin da subito una certa carenza dal punto di vista delle procedure attuative, con la conseguenza che questo tipo di affidamento si è tradotto, nella prassi applicativa, in un tentativo di matrice giurisprudenziale di fornire una cornice giuridica e dei confini maggiormente comprensibili e garantisti a tale istituto⁵⁸.

I tribunali nei propri provvedimenti di affidamento ai servizi sociali si sono limitati per lungo tempo a disporre l'affidamento del minore al comune di residenza, senza specificazioni ulteriori circa i compiti e i poteri attribuiti ai servizi sociali, nonché quali doveri e diritti permanessero in capo ai genitori⁵⁹;

Altra prassi applicativa adottata da alcuni tribunali per i minorenni, non prevista legislativamente ma desumibile da alcune pronunce della Corte di Strasburgo, è stata quella di individuare un termine anche per l'affidamento ai servizi sociali, in modo analogo a quanto previsto dall'art. 4, co. 4, della l. n. 184/83 per l'affido familiare, nonché l'invio di relazioni periodiche, sempre in base a quanto previsto dall'art. 4, co. 3, della predetta legge⁶⁰.

⁵⁶ cfr. Cass, 10 dicembre 2018, n. 31902.

⁵⁷ A. BARBAZZA, *Guida alla riforma del processo civile. Cosa cambia dopo il d.lgs. 149/2022*, «Nuove Leggi Nuovo Diritto», 2022.

⁵⁸ A. BARBAZZA, *Guida alla riforma del processo civile. Cosa cambia dopo il d.lgs. 149/2022*.

⁵⁹ Si deve tenere presente che l'affidamento ai servizi sociali può disporsi sia in presenza di provvedimenti che mantengono il minore collocato presso uno od entrambi i genitori, sia in presenza di collocamenti etero familiari (comunità, comunità di tipo familiare, famiglie affidatarie o parenti del minore), perciò a seconda del tipo di collocamento è necessario modulare l'affidamento ai servizi sociali, indicando quali decisioni spettano al soggetto collocatario, quali al soggetto affidatario e quali ai genitori.

⁶⁰ Alla luce della casistica esaminata nell'ambito del progetto Uni4Justice si può conferma-

È questa l'evoluzione giurisprudenziale che costituisce il presupposto giustificativo della scelta del legislatore delegato di intervenire modificando la legge sull'adozione. In particolare l'introduzione dell'art 5 *bis* all'interno della legge n. 184/1983 si propone di dare un inquadramento giuridico all'istituto dell'affidamento ai servizi sociali, attribuendogli contorni definiti e un maggiore grado di certezza in punto di attuazione.

Esso prevede che possa essere disposto l'affidamento ai servizi sociali del luogo di residenza abituale quando il minore si trova nella condizione prevista dall'articolo 333 del codice civile, ossia quando i genitori versino in una situazione di limitazione della propria responsabilità genitoriale⁶¹.

Successivamente, viene specificata la disciplina che il tribunale deve dettare con il provvedimento con cui dispone la limitazione della responsabilità genitoriale e affida il minore ai servizi sociali.

Deve indicare: a) il soggetto presso il quale il minore è collocato; b) gli atti che devono essere compiuti direttamente dai servizi sociali dell'ente locale, anche in collaborazione con il servizio sanitario, in base agli interventi previsti dall'art. 4, comma 3; c) gli atti che possono essere compiuti dal soggetto collocatario del minore; d) gli atti che possono essere compiuti dai genitori; e) gli atti che possono essere compiuti dal curatore nominato ai sensi dell'art. 333, secondo comma, c.c.; f) i compiti affidati ai servizi sociali ai sensi dell'art. 5, comma 2; g) la durata dell'affidamento, non superiore a ventiquattro mesi; h) la periodicità, non superiore a sei mesi, con la quale i servizi sociali riferiscono all'autorità giudiziaria che procede ovvero, in mancanza, al giudice tutelare, sull'andamento degli interventi, sui rapporti mantenuti dal minore con i genitori, sull'attuazione del progetto predisposto dal tribunale.

Il terzo comma della norma, poi, stabilisce che i servizi sociali, nello svolgimento dei compiti affidati e nell'adozione delle scelte demandate loro, debbano tener conto delle indicazioni dei genitori (che non siano stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale) e del minore stesso, nonché, nel caso in cui siano stati nominati, del curatore e del curatore speciale. Ai sensi del quarto comma, entro quindici giorni dalla notifica del provvedimento, i servizi sociali comunicano il nominativo del responsabile dell'affidamento al tribunale, ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, al curatore se nominato ed al soggetto collocatario.

re la tendenza dei tribunali ordinari a non specificare i poteri attribuiti ai servizi sociali, ma a stabilire un termine per l'invio di relazioni periodiche.

⁶¹ Sono rimasti invariati i presupposti che possono determinare il ricorso a questa misura.

Il quinto comma dispone che se l'affidamento ai servizi sociali territorialmente competenti è disposto con il provvedimento che definisce il giudizio, la decisione debba essere comunicata al giudice tutelare del luogo di residenza abituale del minore, per la vigilanza sulla sua attuazione.

In tema di decisioni relative al minore, il nuovo art 5 *bis* specifica al terzo comma che l'affidamento ai servizi sociali determina che la responsabilità genitoriale non sia esercitata dal soggetto terzo previo consenso dei genitori, ma solamente tenendo conto della loro opinione: come è evidente ciò comporta una notevole differenza sul piano pratico.

Inoltre, è stato inserito sempre in tema di decisioni relative al minore il riferimento al curatore speciale, la cui opinione, nel caso in cui sia nominato, deve essere tenuta in considerazione, venendo così in rilievo la funzione di raccordo del curatore speciale con poteri sostanziali tra il minore e i servizi sociali⁶².

Si noti come, nonostante il manifesto intento del legislatore delegato di riordinare la materia definendone le modalità attuative, non sono state indicate espressamente le singole decisioni assumibili. Questa scelta è mutuata sulla felice esperienza dei giudici tutelari nell'articolare i decreti di nomina degli amministratori di sostegno, indicando solo i soggetti chiamati ad interloquire a seconda delle varie decisioni da adottare nell'interesse del minore, così consentendo al giudice di adattare il provvedimento alla singola fattispecie⁶³.

La norma ha, poi, reso obbligatoria l'indicazione di un termine periodico entro il quale i servizi sociali affidatari devono provvedere a depositare le relazioni di aggiornamento, nonché l'individuazione della durata dell'affidamento, per evitare che si dispongano affidamenti senza una fine prestabilita, posto che la misura è per definizione temporanea e funzionale alla riattribuzione della potestà genitoriale ai genitori. Il comma ha introdotto l'obbligo per i servizi sociali di indicare il responsabile del progetto di affido, in modo tale da consentire al giudice, all'affidatario, al genitore, al curatore, di individuare agevolmente l'interlocutore dei servizi cui rivolgersi, mutuando la struttura della norma dalla disciplina del procedimento amministrativo ai sensi della l. n. 241/1990.

Il sesto comma fa riferimento prevalentemente agli affidamenti ai servizi sociali disposti dal tribunale ordinario all'esito dei procedimenti

⁶² ELISA BRUNO, *Il ruolo degli assistenti sociali e i rapporti con il curatore speciale del minore* in ALESSANDRA CAGNAZZO (a cura di), *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore*, Giuffrè, 2022.

⁶³ A. BARBAZZA, *Guida alla riforma del processo civile. Cosa cambia dopo il d.lgs. 149/2022*.

di separazione, divorzio o di affidamento dei figli non matrimoniali. L'istanza di modifica di tali provvedimenti è una facoltà rimessa alle parti private e non è prevista nessuna forma di potere autonomo di intervento del pubblico ministero in tal senso. Tuttavia, è ben possibile che si verifichino due situazioni opposte tra loro, nei confronti delle quali la coppia genitoriale rimanga inerte: da un lato può accadere che, trascorso un certo periodo di tempo, i servizi sociali ritengano eccessiva o inefficace la misura disposta, ma le parti non si attivino, per le ragioni più varie, incluse quelle economiche, per la sua modifica.

Dall'altro lato può capitare che, decorso il termine previsto, la situazione di pregiudizio non sia rientrata ed i servizi sociali o il curatore con poteri sostanziali reputino di far perdurare il regime di affidamento disposto, non essendo ancora in grado i genitori di gestire il minore senza la presenza di un soggetto terzo. Giacché l'obiettivo è quello di impedire gli affidamenti ai servizi sociali *sine die*, ma anche di evitare di riaffidare un minore ad una coppia inadatta, o peggio conflittuale, e non potendo il pubblico ministero chiedere una modifica o una proroga dell'affidamento al tribunale ordinario, è stata riconosciuta la competenza del tribunale per i minorenni, che potrà intervenire a seguito del ricorso del pubblico ministero a tal fine sollecitato dai servizi sociali.

10. Le modalità di interazione tra i servizi sociali e l'autorità giudiziaria

Il coinvolgimento dei servizi sociali nell'ambito del diritto di famiglia non si esaurisce con l'affidamento etero familiare, che anzi costituisce forse la forma più invasiva di tutela del minore che l'autorità giudiziaria possa disporre, in quanto coinvolge il pregnante profilo della responsabilità genitoriale. Più frequenti, invece, sono altri tipi di attività. Tra queste si annoverano l'indagine socio familiare⁶⁴, la richiesta di monitoraggio, la presa in carico del nucleo familiare da parte dei servizi sociali territorialmente competenti e la valutazione delle capacità genitoriali, che non presuppongono alcuna compressione dei poteri/doveri spettanti ai genitori. Queste attività possono svolgersi nel corso del giudizio di separazione, divorzio o relativo ai figli non matrimoniali, ma anche all'esito dello stesso, nel qual caso l'autorità giudiziaria di riferimento sarà il giudice tutelare.

⁶⁴ Chiamata anche socio ambientale o psico sociale, a seconda della prassi in uso nell'ambito territoriale di riferimento.

10.1. L'indagine socio – familiare

Il giudice può richiedere ai servizi sociali territorialmente competenti l'espletamento di un'indagine socio-familiare, nel caso in cui ciò risulti necessario ai fini della decisione delle cause di natura contenziosa o quando risulti opportuno per verificare se le condizioni di affidamento del minore, concordate tra i coniugi, rispondono o meno all'interesse del medesimo. L'indagine socio-familiare è lo strumento attraverso il quale il tribunale acquisisce informazioni in ordine alle condizioni familiari del minore, alle sue relazioni con i genitori, alle sue condizioni abitative e al suo inserimento nel mondo scolastico e sociale.

La finalità della relazione socio-familiare è quella di dare conto del contesto socio-familiare ed ambientale del minore, avendo cura di approfondire l'ambito delle relazioni familiari tra genitori e figli e tra genitori e famiglia di origine. Gli aspetti su cui l'incaricato dei servizi sociali deve concentrarsi nella stesura della relazione sono la storia e caratteristiche individuali dei genitori e della coppia genitoriale ed eventuali eventi critici. Deve, poi, dare conto dell'organizzazione attuale della vita personale e lavorativa dei genitori e della situazione di vita del minore anche nel contesto scolastico di riferimento.

I servizi sociali devono anche indicare se la famiglia è già da essi conosciuta e, in caso positivo, indicarne la ragione; nel caso in cui i servizi siano a conoscenza di procedimenti, pendenti o già conclusi, relativi al medesimo minore presso il tribunale dei minorenni ciò va esplicitato nella relazione.

I servizi sociali devono poi indicare gli incontri avuti con il minore, con i genitori e con eventualmente con altri familiari; se svolti, si deve anche dare conto degli incontri avuti con gli insegnanti del minore. Di questi incontri generalmente vengono forniti minuziosi dettagli, infatti i servizi sociali specificano il luogo in cui l'incontro si è tenuto, le persone che vi hanno partecipato e la data. Si possono anche riportare eventuali fatti avvenuti in occasione degli incontri che appaiano significativi rispetto alla condizione di vita del minore, nonché quanto riferito dalle persone contattate.

Di particolare importanza è l'indicazione se i genitori del minore e i suoi familiari hanno collaborato o se, invece, vi sono state delle difficoltà per arrivare ad avere un contatto diretto con gli interessati⁶⁵; inoltre,

⁶⁵ VITTORIO CIGOLI, *Dalla parte della storia: separazione coniugale e continuità parentale*, Giuffrè, Milano, 1986, afferma che «nei momenti critici del processo di affidamento

quando sia stata richiesta la valutazione dell'adeguatezza del domicilio di una o entrambe le parti, l'incaricato dei servizi sociali ha l'onere di effettuare un sopralluogo e di indicare poi la data dell'accesso e descrivere le caratteristiche dell'abitazione. Nel caso in cui i servizi sociali, al fine di redigere la relazione richiesta, acquisiscano informazioni da altri servizi esistenti sul territorio, a titolo di esempio si cita il SERT.⁶⁶, devono riportare le informazioni ottenute e se disponibile, la documentazione trasmessa dagli altri servizi. Una volta valutati tutti gli aspetti appena indicati, nella parte finale della relazione si devono esporre le valutazioni sulle condizioni socio familiari ed ambientali vissute dal minore, nonché evidenziare eventuali criticità rilevate. Infine, la relazione va trasmessa al giudice che ne ha disposto la redazione.

10.2. Il monitoraggio

Il monitoraggio da parte dei servizi sociali nei confronti del minore e del suo nucleo familiare è la più frequente tipologia di interazione tra l'autorità giudiziaria e i servizi stessi. Esso può essere disposto dal tribunale nei casi in cui vi sia la necessità che la situazione familiare del minore o le sue condizioni psicologiche vengano sottoposte a controllo. Dal punto di vista cronologico esso può essere richiesto nelle more del giudizio oppure una volta che lo stesso si sia concluso. L'attività di monitoraggio non implica la presa in carico della famiglia né determina alcun effetto sul piano della responsabilità genitoriale delle parti, si tratta semplicemente di una forma di controllo nei confronti della famiglia, finalizzata alla tutela del minore, per verificare il rispetto delle prescrizioni stabilite dal giudice o dalle parti nel corso o all'esito del giudizio⁶⁷.

le persone costituenti la coppia sono necessariamente molto più centrate su sé stesse e la loro relazione con il partner piuttosto che sull'esercizio delle loro funzioni genitoriali; i figli sembrano fornire uno spunto per esprimere un conflitto che si materializza intorno al di chi è la colpa ed alle conseguenti punizioni e sofferenze». La specificità di una tale situazione sembra guidare la coppia disgregata verso la ricerca del conflitto, anziché verso forme di aiuto e supporto che garantiscano la tutela del minore.

⁶⁶ Il SERT (Servizio per le Tossicodipendenze) è un servizio pubblico del Sistema Sanitario Nazionale dedicato alla cura, alla prevenzione alla riabilitazione delle persone che hanno problemi derivanti dall'abuso di sostanze psicoattive, come ad esempio droghe e alcool, in grado di generare dipendenza.

⁶⁷ A conferma di questa affermazione si evidenzia che il monitoraggio dei servizi sociali viene predisposto anche, e soprattutto, nei casi di affidamento condiviso, sia quando quest'ultimo sia oggetto di valutazione in corso di causa, sia quando sia in corso una sperimentazione di un programma di visita e permanenza da parte della coppia genitoriale.

I servizi sociali si incaricano di acquisire durante il periodo di monitoraggio tutte le informazioni necessarie dai genitori o da parte di terzi, come ad esempio gli insegnanti dell'istituto frequentato dal minore, al fine di supervisionarne le condizioni di vita.

È anche possibile che il giudice intenda sottoporre a monitoraggio non l'intera routine del minore, ma solo un aspetto specifico venuto in rilievo in corso di causa. Qualora l'autorità giudiziaria intenda sottoporre a monitoraggio un aspetto specifico della vita del minore (ad esempio la regolarità della frequentazione tra il minore e il genitore collocatario o la sua frequenza scolastica), ciò deve emergere nel provvedimento con cui viene disposto il monitoraggio stesso. Se il monitoraggio viene compiuto nelle more del processo, i servizi sociali, di regola, redigono una relazione socio-familiare ed ambientale che dia conto dell'opera di controllo svolta nelle modalità già esplicitate. Se invece il monitoraggio viene disposto con il provvedimento definitivo del giudizio la relazione verrà trasmessa al giudice tutelare.

La fase del monitoraggio spesso si rivela cruciale perché grazie all'acquisizione diretta e mirata delle informazioni sulla condotta e sulla vita del minore e del suo nucleo familiare emergono elementi essenziali per assumere la decisione finale. Non raramente, accade, infatti, che tale decisione finale in ordine all'affidamento del minore sia diversa rispetto a quella provvisoria. Nel caso deciso con sentenza n. 982/2022 del Tribunale di Treviso il monitoraggio è risultato decisivo per trasferire il collocamento della minore dalla madre al padre, essendo emerso nel corso del medesimo che nella minore si era instaurato un conflitto di lealtà. Esso si manifestava attraverso la non menzione del genitore assente alla presenza dell'altro, in quanto la minore temeva che la madre fosse in apprensione quando lei si trovava col padre.

10.3. La presa in carico da parte dei servizi sociali

La presa in carico da parte dei servizi sociali presuppone che costoro pongano in essere un'attività positiva, non solo di mero controllo esterno.

Il giudice chiede ai servizi sociali la presa in carico del minore e del suo nucleo familiare quando vi è la necessità di un'attività che non sia di mera raccolta di informazioni o di controllo della situazione socio-familiare del minore, ma di supporto in favore dello stesso e dei suoi genitori. Anche la presa in carico, come il monitoraggio, non implica alcun effetto sul piano della responsabilità genitoriale delle parti. Nell'ambito di questa

attività, dunque, potranno essere disposti interventi quali per esempio l'organizzazione d'incontri assistiti e percorsi d'aiuto alla genitorialità.

Per quanto concerne l'organizzazione di incontri assistiti, spetta ai servizi sociali stabilire quali siano le modalità organizzative più opportune nell'ambito della loro autonomia organizzativa, ossia se sia più adatto alle esigenze del minore e del suo nucleo familiare organizzare questi incontri in uno spazio cosiddetto neutro oppure in un luogo esterno. Spetta sempre ai servizi sociali stilare un programma di incontri assistiti di concerto con i genitori, tenendo però sempre conto del grado di urgenza indicato dal tribunale in relazione a quello specifico caso. In caso di criticità manifestatesi durante gli incontri, tali da rendere necessaria la sospensione degli incontri stessi o la loro organizzazione secondo modalità diverse, i servizi sociali sono tenuti a relazionarsi tempestivamente con il giudice per le determinazioni più opportune a salvaguardare il minore.

Nel caso in cui gli incontri siano stati disposti con il provvedimento che definisce il giudizio, il compito di organizzarli si protrarrà per un periodo di tempo stabilito nel provvedimento stesso ed eventualmente rinnovabile. All'esito ai servizi sociali spetterà di valutare se, durante o all'esito del piano degli incontri, sia possibile reintrodurre la frequentazione libera.

Al termine degli incontri è prevista la redazione di una relazione sull'andamento degli stessi da inviare al giudice che li ha disposti se il processo non è ancora definito, oppure al giudice tutelare se il processo è già terminato.

Il ciclo di incontri stabiliti dai servizi sociali può assumere anche la veste di progetto di sostegno alla bigenitorialità. I percorsi di aiuto ai genitori nell'esercizio delle funzioni genitoriali coinvolgono in prima persona la coppia genitoriale e presuppongono, pertanto, che la stessa presti il proprio consenso e manifesti disponibilità alla partecipazione, oltre che un reale coinvolgimento, dal momento che si tratta di attività non coercibili. Generalmente, essa viene disposta a seguito della valutazione sulle capacità genitoriali, compiuta dai servizi stessi o nel corso di una consulenza tecnica d'ufficio. Questo tipo di percorso può coinvolgere i consultori o soggetti giuridici convenzionati col servizio.

L'organizzazione del percorso avverrà di concerto con le parti che dovranno essere informate del tipo di percorso a cui devono partecipare e della durata minima dello stesso, tenendo comunque di conto della eventuale urgenza segnalata dal giudice nel provvedimento.

Nel caso in cui il progetto di sostegno fallisca o si ravvisi la concreta impossibilità di proseguirlo, ne saranno indicate le ragioni, avendo cura di specificare quanto avvenuto durante gli incontri tra l'operatore e le parti, nonché le valutazioni finali.

L'esame della prassi applicativa ha dimostrato che gli incontri assistiti e i percorsi d'aiuto alla genitorialità possono avere esiti tra loro molto diversi, proprio in ragione della necessità di una spontanea collaborazione da parte della coppia genitoriale per garantirne l'efficacia. Nell'ambito di due procedimenti⁶⁸ di competenza del Tribunale di Treviso, i servizi sociali - incaricati nel primo caso della sorveglianza e nel secondo del monitoraggio per la verifica delle migliori condizioni di affidamento - sono giunti ad esiti opposti. La famiglia sottoposta a monitoraggio ha frequentato con cadenza mensile gli incontri stabiliti con i servizi sociali per un intero anno, al termine del percorso questi ultimi hanno proposto l'affidamento condiviso, giacché la coppia genitoriale aveva compreso e superato le ragioni della propria conflittualità, elaborando ed accettando la patologia del figlio. La famiglia sottoposta a vigilanza, invece, non è stata in grado di giungere al medesimo esito, costringendo i servizi sociali a dichiarare di non poter ottemperare all'incarico. Il padre, infatti, aveva opposto un categorico rifiuto a presenziare ad incontri protetti col figlio, a costo di non vederlo più, così come si era opposto a incontri individuali e di coppia con la madre del bambino, la quale a propria volta si era finta collaborativa, senza però essere in nessun modo mediatrice verso l'ex partner, facendo così naufragare l'attività dei servizi sociali.

10.4. La valutazione sulle capacità genitoriali

La valutazione delle capacità genitoriali rappresenta la prima azione di cui i servizi sociali vengono investiti quando nel corso del giudizio emergano criticità in tema di affidamento o si paventi una qualche forma di inidoneità genitoriale *prima facie* non infondata.

L'esigenza di valutare le capacità genitoriali, tuttavia, può emergere anche in un secondo momento, quando sia già in atto una consulenza tecnica d'ufficio o una attività di monitoraggio. In tutti questi casi, comunque, i servizi sociali sono tenuti a redigere una relazione che dia conto delle risultanze ottenute, alle quali può fare seguito un giudizio positivo

⁶⁸ Entrambi i procedimenti erano ancora pendenti al momento dello svolgimento dell'indagine.

o, viceversa, la richiesta di presa in carico da parte dei servizi sociali o il suggerimento di intraprendere percorsi specifici di sostegno e recupero.

11. Considerazioni comparative tra l'intervento dei servizi sociali e la consulenza tecnica d'ufficio

Dall'esame complessivo delle attività poste in essere da parte dei servizi sociali emerge che gli stessi non si limitano ad essere incaricati degli affidamenti etero familiari dei minori, ma svolgono plurime attività di tipo istruttorio e valutativo. L'ampliamento della base di intervento dei servizi sociali è senz'altro stata favorita nel corso del tempo dall'evoluzione normativa che ha imposto il rispetto del principio di bigenitorialità, la motivazione obbligatoria dei provvedimenti di affido esclusivo e l'ascolto del minore. Ciò ha condotto al progressivo affiancamento dell'operato dei servizi sociali a strumenti codificati, quali la consulenza tecnica d'ufficio, spesso per ragioni economiche.

Si deve, però, sottolineare che il monitoraggio (o altra attività analoga) dei servizi sociali e la consulenza tecnica non si fondano sui medesimi presupposti e non hanno lo stesso perimetro d'azione.

Il compito del consulente tecnico d'ufficio è quello di dare risposta, mediante una relazione tecnica, a dei quesiti del giudice e il suo ruolo è definito dalle norme del codice di procedura civile⁶⁹ che indicano esattamente cosa può e deve fare. All'attività del consulente tecnico d'ufficio, che è qualificato come ausiliario del giudice, si affiancano i consulenti tecnici di parte, il cui ruolo, invece, è quello di assistere la propria parte, contribuire alla realizzazione della CTU attraverso la propria attività, dando suggerimenti al CTU, formulando nelle note di parte finali richieste, critiche e chiarimenti a supporto delle conclusioni della propria parte⁷⁰.

L'intervento dei servizi sociali, invece, si fonda su norme estranee al codice di procedura civile e non è sottoposto al medesimo rigore delle norme processuali. Inoltre, i servizi sociali, in quanto appartenenti alla Pubblica Amministrazione, sono dotati di una certa discrezionalità nelle

⁶⁹ Artt. 61, 62, 63, 64, 191, 192, 193, 194, 195, 196 c.p.c.

⁷⁰ P. CAPRI, *Tra psicologia e diritto. Il ruolo dei consulenti e la scientificità del metodo*, in «Newsletter AIPG», n. 48, gennaio-marzo 2012. ID, *Il ruolo dei consulenti tecnici di parte e del consulente tecnico d'ufficio del tribunale in ambito civile* in ALESSANDRA CAGNAZZO A. (a cura di), *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore*, Giuffrè, 2022.

modalità di svolgimento dell'attività, stante anche l'assenza di un rapporto gerarchicamente subordinato con l'autorità giudiziaria.

Le modalità operative e la durata dell'intervento costituiscono un'ulteriore differenza tra le figure del consulente tecnico e dell'assistente sociale. L'elaborato peritale è circoscritto al quesito formulato dal giudice e il potere di intervento del consulente si esaurisce con il deposito della relazione; i servizi sociali, invece, si fanno carico di un'attività che deve necessariamente protrarsi nel tempo per condurre ad un risultato senza poter *ab origine* stabilire una durata certa, poiché lo scopo non è quello di rispondere ad un quesito peritale.

Anche dal punto di vista della garanzia del contraddittorio si rileva un'importante diversità tra i due strumenti a disposizione del giudice, dal momento che non è possibile nominare un consulente di parte a tutela della propria posizione processuale nel corso dello svolgimento delle attività di indagine da parte dei servizi sociali nominati, né tanto meno sono previsti nell'ordinamento appigli normativi per poter procedere a ricusare un'equipe facente parte dei servizi sociali, pur essendo auspicabile un intervento normativo in tale direzione⁷¹. Ne consegue che la flessibilità che rappresenta il punto di forza dell'intervento dei servizi sociali costituisce al tempo stesso un rilevante aspetto critico.

⁷¹ Tribunale di Venezia, ord. 1 settembre 2020: «L'ordinamento processuale e la normativa sostanziale che regolano i poteri dell'autorità giudiziaria non contemplano gli istituti della ricusazione e della sostituzione con riferimento ai Servizi Sociali e non è neppure possibile ipotizzare un'estensione analogica degli artt.51, 192 e 196 c.p.c., in quanto i Servizi Sociali non sono come il CTU un ausiliario del giudice per l'analisi dei fatti acquisiti in giudizio, ma un'articolazione della P.A a cui vengono richieste informazioni, dotata di autonomia organizzativa e contabile. Il provvedimento richiesto dal ricorrente si risolverebbe in un'indebita ingerenza nell'ambito della discrezionalità della PA in quanto comporterebbe un'inammissibile pronuncia di condanna della stessa ad adottare delle scelte nell'organizzazione dei pubblici uffici, nella ripartizione degli affari tra il personale amministrativo e nell'opzione di avvalersi di collaboratori esterni, che appunto costituiscono apprezzamenti riservati all'autonomia organizzativa della PA anche per quel riguarda i vincoli contabili (cfr.dpr n. 3/1957 e d. lgs n.165/2001, nonché con riferimento ai limiti interni della giurisdizione del G.O. cfr artt.4 e 5 dell'allegato E alla legge 2248/1865; proprio in ragione di quanto detto al punto precedente, sarebbe necessaria una norma espressa che conferisca al giudice il potere di sostituire i pubblici dipendenti dei Servizi Sociali a cui è affidato il nucleo familiare, ma come si è detto, difetta un'esplicita previsione in tal senso».

12. Criticità sull'operato dei servizi sociali

La recente riforma si pone l'obiettivo di dare una veste giuridica ad un sistema basato principalmente sulla prassi applicativa consolidata nei diversi tribunali d'Italia. Infatti, solo apparentemente la disciplina attuativa di matrice giurisprudenziale sembra delineare un sistema efficiente, idoneo alla gestione dei nuclei familiari critici e dei minori problematici da parte dei servizi sociali⁷².

La prima criticità è ontologicamente collegata alla struttura dei servizi sociali, i quali sono gravati da una mole di lavoro alla quale è spesso difficile fare fronte, sia in termini di risorse umane che economiche⁷³. Infatti, le attività di vigilanza e presa in carico assegnate loro dai tribunali rappresentano solo una delle numerose competenze trasversali che i servizi sociali sono chiamati a esercitare sul territorio in cui operano, con conseguente dilatazione dei tempi di intervento e pregiudizio degli interessati.

In secondo luogo, anche laddove i servizi sociali siano in grado di svolgere regolarmente l'incarico assegnato, necessitano della collaborazione del nucleo familiare coinvolto, la quale non è però coercibile dall'autorità giudiziaria in alcun modo e deve, quindi, essere libera e spontanea. Sono, invece, numerosi i casi di rifiuto da parte di uno o entrambi i genitori a rendersi partecipi dei percorsi di recupero, paralizzando, di fatto, ogni iniziativa assunta dai servizi sociali e il suo esito positivo.

La terza criticità attiene alla questione del coordinamento tra le diverse figure poste a tutela del minore, quindi tra i servizi sociali e eventuali altre figure ausiliarie nominate dal tribunale, anche in sede di esecuzione, e tra i servizi sociali e l'autorità giudiziaria.

Dal punto di vista prettamente tecnico, infatti, l'attività di comunicazione tra il tribunale e i servizi sociali deve essere particolarmente curata, poiché il sistema Sicid⁷⁴ non prevede la possibilità di inviare attraverso

⁷² Di fatto, non è questa la conclusione a cui si giunge all'esito dell'esame dei provvedimenti in materia, anzi, la Corte di Strasburgo è spesso intervenuta in passato censurando la legislazione italiana per l'inefficacia e la lacunosità del sistema di vigilanza sull'operato dei servizi sociali, soprattutto in tema di diritto di visita. Tale critica ha coinvolto soprattutto gli affidamenti ai servizi disposti con provvedimenti conclusivi del giudizio.

⁷³ ELISA BRUNO, *Il ruolo degli assistenti sociali e i rapporti con il curatore speciale del minore* in ALESSANDRA CAGNAZZO (a cura di), *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore*.

⁷⁴ Sicid è l'acronimo di Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale e gestisce i registri del contenzioso civile, della volontaria giurisdizione e del contenzioso del lavoro ed è utilizzato nei tribunali e nelle corti di appello per gestire la movimentazione degli atti contenuti nei fascicoli relativi alle cause iscritte a ruolo.

la piattaforma il provvedimento dell'autorità giudiziaria direttamente ai servizi sociali, come invece avviene, ad esempio, con le sentenze che vanno annotate a margine degli atti del comune. Ne consegue che oltre ad un pregiudizio in termini di tempestività, è anche necessario che la trasmissione della documentazione passi attraverso un sistema di gestione esterno rispetto al sistema informatico interno usato nei tribunali. Ciò impone che la trasmissione dei provvedimenti in materia di affidamento, monitoraggio e presa in carico sia curata da un soggetto autorizzato ad accedere all'indirizzo di posta elettronica certificata riferibile al tribunale, ossia il direttore. La cancelleria dovrà dunque comunicare il provvedimento al direttore che tramite la propria pec procederà all'invio dello stesso presso la pec dell'Ulss, che a propria volta lo indirizzerà ai servizi sociali territorialmente competenti.

Sovente si legge nei provvedimenti di archiviazione e chiusura dell'attività di vigilanza⁷⁵ che le relazioni non sono pervenute e che i servizi sociali sono rimasti silenti, senza che sia possibile individuare la ragione di tale condotta.

È auspicabile, dunque, un intervento nel senso di permettere la comunicazione tra la cancelleria e i servizi sociali direttamente tramite piattaforma per snellire questo aspetto procedurale, ma soprattutto per ridurre al minimo la possibilità di interruzione delle comunicazioni.

La criticità relativa al coordinamento coinvolge anche le diverse autorità giudiziarie, ossia il giudice ordinario e il giudice tutelare, in quanto diversi erano i presupposti di legge che fondano la loro competenza. La competenza territoriale del giudice tutelare ha come criterio la residenza abituale del minore, mentre nei procedimenti di separazione e divorzio il criterio era quello dell'ultima residenza comune dei coniugi, divenuto ora parificato al criterio per le cause relative ai figli non matrimoniali e coincidente anch'esso con la residenza abituale del minore. Nonostante questo intervento legislativo in tema di individuazione del criterio di competenza permane comunque un problema di coordinazione perché è assai probabile che la residenza abituale del minore, a seguito della crisi della famiglia, muti in corso di causa e che quindi il giudice tutelare competente a conoscere della causa appartenga ad un ufficio giudiziario diverso rispetto a quello del giudice ordinario.

La riforma Cartabia, al comma 5 dell'art. 5 bis introdotto nella l. n. 184/1983, sembra voler rispondere a questa esigenza stabilendo che “Se

⁷⁵ *Ex multis* Tribunale di Treviso, decreto n. 16767/2020, decreto n. 3202/2021, decreto n. 3200/2021.

l'affidamento al servizio sociale è disposto con il provvedimento che definisce il giudizio, la decisione è comunicata al giudice tutelare del luogo di residenza abituale del minore, per la vigilanza sulla sua attuazione". Ogni valutazione circa l'efficacia di questa disposizione è naturalmente prematura, ma in ogni caso non sembra ravvisabile una soluzione per quello che appare essere il problema di fondo, ossia che a vigilare sull'attuazione delle misure poste a tutela del minore sarà un soggetto diverso rispetto a quello che ha seguito in prima persona l'*iter* processuale che ha condotto ad una determinata decisione, indipendentemente dall'appartenenza o meno allo stesso ufficio giudiziario.

13. Conclusioni

La riforma della filiazione ha senza dubbio permesso di fare un grande passo in avanti all'impianto legislativo nazionale nell'ambito del diritto di famiglia. Tuttavia, dal momento che accanto all'unicità dello *status* di figlio si rinviene anche l'introduzione di un'unitaria posizione giuridica del genitore, non sono mancati coloro che l'hanno definita una riforma adultocentrica. Anche la giurisprudenza sembra avere accolto questa impostazione in alcune pronunce relative all'attribuzione della genitorialità e delle responsabilità ad essa connessa⁷⁶.

Alla riforma va comunque riconosciuto il ruolo creatore di un nuovo concetto di famiglia in senso giuridico: una famiglia non più fondata esclusivamente sul presupposto del vincolo matrimoniale, ma imperniata sull'esistenza e sulla cura di un figlio, che diventa elemento accentratore di un sistema di tutele in cui il suo benessere appare prioritario.

Tuttavia, non si può negare che questo traguardo legislativo faticosamente raggiunto è presto diventato insufficiente a garantire una tutela ef-

⁷⁶ Un esempio è rappresentato dal caso deciso dal Tribunale di Roma con sentenza del 10 maggio 2016 relativo ad uno scambio di embrioni. Il Tribunale ha rigettato il ricorso di una coppia di genitori che chiedeva venisse accertato il rapporto di filiazione nei confronti di due bambini, geneticamente legati alla coppia, nati a seguito di scambio di embrioni durante un percorso di procreazione medicalmente assistita. I giudici hanno deciso di negare anche ogni rapporto tra i minori e genitori biologici. Le ragioni del rifiuto sono state individuate nella impossibilità da parte delle due coppie di genitori di porre in essere rapporti collaborativi per crescere i gemelli. In questo caso specifico il *best interest of the child* l'impedire che i minori vivano uno stravolgimento delle figure da identificare come genitori. Questa decisione coinciderebbe con un ulteriore diritto dei minori, al rapporto coi genitori biologici, in considerazione dell'impossibilità delle coppie di instaurare un rapporto di collaborazione.

fettiva che dia conto della complessa realtà sociale e familiare nella quale ci troviamo attualmente.

Talvolta è la giurisprudenza a garantire una estensione di tutele che non sono previste dalla legge: siamo di fronte ad una funzione a tratti creativa del principio di effettività che supplisce alla carenza del formante legislativo mediante l'opera del giudice.

In conclusione, si può affermare che la modalità di formazione della regola giuridica necessita di un ripensamento da parte del legislatore, perché spesso si verifica una discrasia tra l'enunciazione formale della regola e l'effettività della tutela. Essa appare colmata con frequenza da interventi del formante giurisprudenziale. Questi ultimi, tuttavia, per loro stessa natura non godono del carattere della generalità e dell'astrattezza che è proprio del formante legislativo, il quale è indispensabile per garantire uniformità nell'ordinamento e rendere effettiva non solo la tutela del minore, ma anche quella dell'intera collettività.

Bibliografia

- AL MUREDEN E., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *G. it.*, 2014.
- AL MUREDEN E., *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2014.
- ALBANO F., *I best interests of the child tra passato, presente e futuro* in BIANCA M. (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università editrice, 2021.
- ANCESCHI A., *Rapporti tra genitori e figli*, Giuffrè, 2014.
- AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, 2008.
- BARBAZZA A., *Guida alla riforma del processo civile. Cosa cambia dopo il d.lgs. 149/2022*, Nuove Leggi Nuovo Diritto, 2022.
- BELVEDERE A., voce. *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. Vol. 2. La Famiglia. Le Successioni*, Giuffrè, 2001.
- BONILINI G., *Trattato di diritto di famiglia, Volume IV. La filiazione e l'adozione*, UTET, 2016.
- BRUNO E., *Il ruolo degli assistenti sociali e i rapporti con il curatore speciale del minore* in CAGNAZZO A. (a cura di), *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del*

- minore*, Giuffrè, 2022.
- BUCCIANTE A., *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), IV, Persone e famiglia, III, 1997.
- CAPRI P., *Il ruolo dei consulenti tecnici di parte e del consulente tecnico d'ufficio del tribunale in ambito civile* in CAGNAZZO A. (a cura di), *Il curatore speciale del minore. Nuovi orientamenti giurisprudenziali nella rappresentanza del minore*, Giuffrè, 2022.
- CAPRI P., *Tra psicologia e diritto. Il ruolo dei consulenti e la scientificità del metodo*, in *Newsletter AIPG*, n. 48, gennaio-marzo 2012.
- CARLEO ROSSI L., *La famiglia dei figli*, in *G. it.*, 2014, V.
- CARLEO ROSSI L., PATTI S. (a cura di), *Provvedimenti riguardo i figli* in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro primo: Persone e famiglia art. 155-155 sexies*, Zanichelli Ed. Bologna, il Foro italiano Roma, 2010.
- CENDON P. (a cura di), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, 2006.
- CHISTOLINI M., *Affido sine die e tutela dei minori. Cause, effetti e gestione*, 2015.
- CIGOLI V., *Dalla parte della storia: separazione coniugale e continuità parentale*, Giuffrè, Milano, 1986.
- COCCHI A., *Il dovere educativo dei genitori ex art. 147 c.c. e la correlata responsabilità in caso di condotte abusanti*, in *Resp. civ.*, 2014.
- D'ALESSANDRO L., *La decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)*, in GIOVANNI BONILINI, MASSIMO CONFORTINI, *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, I, UTET, 2014
- DE CRISTOFARO G., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014.
- DE FILIPPIS B., CASABURI G., *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam, 2001.
- DE SISTO L., *Sulla praticabilità dell'affidamento condiviso anche quando i genitori vivano in località molto distanti o addirittura in Stati diversi*, in «Giurisprudenza di merito», 2007.
- LANZA, M. L., *Quando l'affidamento familiare è sine die: opinioni e rappresentazioni del Veneto*, Minori giustizia, 2013.

- LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, II..
- PADALINO C., *L'affidamento condiviso dei figli*, GIAPPICHELLI, 2006.
- RECINTO P., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *federalismi.it*, 17 gennaio 2018.
- RUSCELLO F., *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico"*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015.
- RUSCELLO F., *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, Giuffrè, 2006.
- SESTA M., ARCIERI A., *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2011.
- SESTA M., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013.

Annullabilità del testamento per incapacità naturale: indici e valutazione giudiziale

Anna Chiara Rinaldi

Abstract. Il contributo si focalizza sui procedimenti in materia successoria che contengono una domanda di accertamento dell'incapacità di testare del *de cuius* ex art. 591 c.c. Attraverso un'analisi delle prassi giurisprudenziali dei tribunali di merito, viene enucleato e disaminato l'orientamento maggioritario, sintetizzabile nella massima «la capacità è la regola, l'incapacità l'eccezione». L'analisi si sofferma altresì sugli indici di incapacità presi in considerazione nelle decisioni di merito. Segue uno spunto di comparazione con ordinamenti stranieri.

Parole chiave: testamento olografo – testamento pubblico – capacità d'intendere e volere – indici dell'incapacità – testamento pubblico – tutela dei soggetti fragili.

Sommario: 1. La capacità testamentaria e l'incapacità naturale. 2. La valutazione giudiziale ex art. 591 c.c. 3. La prova dell'incapacità. 4. Altri indici di (in)capacità. 5. La posizione della giurisprudenza degli Uffici Giudiziari coinvolti nel progetto. 6. Il testamento pubblico come possibile soluzione? 7. La valutazione della *testamenti factio activa* nel diritto inglese. 8. Conclusioni.

1. La capacità testamentaria e l'incapacità naturale

L'articolo 763 del codice civile del 1865 prevedeva l'incapacità di testare dei minori d'età, degli interdetti e di tutti coloro che, ancorché non interdetti, si provasse «non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento». Il codice del 1865 optava per una concezione clini-

ca¹ di infermità mentale che, atteso il generico riferimento del legislatore al “tempo” del testamento, non doveva necessariamente affliggere il testatore nel momento della redazione del testamento, ben potendo altresì sopravvenire².

L'articolo 591 del vigente codice civile stabilisce che non possono disporre per testamento le persone che non hanno compiuto la maggiore età, gli interdetti per infermità di mente nonché i soggetti che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e volere nel momento in cui fecero testamento. A ben vedere, l'attuale formulazione dell'articolo 591 c.c. è il risultato di un'evoluzione storica che, sebbene tendenzialmente recettiva del codice Pisanelli, mostra la sua innovazione nella più puntuale individuazione del lasso temporale oggetto da analizzare. La c.d. *testamenti factio activa*³ dovrebbe dunque sussistere al “momento” della redazione del testamento, a nulla rilevando ciò che sopravviene o ciò che è già passato.

Appare poi opportuno fare alcune distinzioni con riguardo alle cause di incapacità di cui all'articolo 591 del codice civile. Mentre la minore età e l'interdizione per infermità mentale sono facilmente individuabili e ve-

¹ G. CORAPI, *L'annullabilità del testamento*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, *La successione testamentaria*, diretto da G. Bonilini, Giuffrè, Milano 2009, 1581.

² C. LOSANA, *La capacità di testare del non ancora interdetto per infermità di mente*, nota a Cass. 25 luglio 1930, «Il Foro Italiano», 1930, I, p. 1025 e ss.; U. LA PORTA, *Infermità di mente, capacità di agire e regime probatorio*, «Rassegna di diritto civile», 1993, I, p. 195 e ss.

³ ALBERTO BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino 1993, pp. 659-660: «*Testamenti factio* è designata nelle fonti tanto la capacità di porre in essere un valido testamento quanto quella di essere validamente istituiti eredi, vuoi in generale vuoi con riferimento a una determinata persona (*testamenti factio cum aliquo*, erede o rispettivamente testatore): la dottrina romanistica distingue tra *testamenti factio activa*, o capacità di testare, e *testamenti factio passiva*, o capacità di essere eredi *ex testamento*. La capacità di testare dipende anzitutto da requisiti di capacità giuridica, che si richiedono, di regola, nei momenti della perfezione del testamento e della morte, senza riguardo, almeno per diritto pretorio e giustiniano, al lasso intermedio di tempo. [...] La capacità di testare dipende poi da requisiti di capacità di agire del testatore, che si richiedono solo nel momento della perfezione del testamento. [...] La capacità di testare presuppone infine la *certa voluntas* del testatore, intesa come sicurezza di porre in essere un valido testamento [...]».

rificabili⁴, l'ipotesi di c.d. incapacità naturale⁵ del testatore solleva più di qualche interrogativo⁶. *A fortiori* se si rilevano due precisazioni ulteriori:

⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, nel *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, 2° ed., Cedam, Padova 2010, 747; A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, cit., p.83 e ss. In particolare, G. TAMBURRINO, voce «Testamento (dir. priv.)», in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè, Milano 1992, 475: «Prima ipotesi è il non avere il testatore «compiuta l'età di diciotto anni». La norma è stata emanata sotto il vigore dell'articolo 2 c.c., che nella stesura originaria prevedeva la maggiore età al ventunesimo anno: oggi (a seguito della l. 8 marzo 1975, n. 39) la capacità di disporre per testamento coincide con la capacità giuridica generale. Poiché la norma del 591 rimane ed è tassativa, riteniamo che siano incapaci di testare i minori degli anni diciotto, anche se sono emancipati per matrimonio (art. 390 c.c.). Il compimento dell'età richiesta si calcola, secondo i principi generali, secondo il computo civile (*ad dies numeratio*). Seconda ipotesi è che il testatore sia «interdetto per infermità di mente» (art. 414 c.c.). Anche qui si fa riferimento al momento della redazione del testamento, onde è incapace colui che, con sentenza passata in giudicato, è stato interdetto anteriormente alla *testamenti factio*, mentre è capace se il giudicato interviene successivamente, anche se prima dell'apertura della successione (ciò ai sensi dell'art. 421 che fissa al momento del passaggio in giudicato la produzione degli effetti dell'interdizione): parimenti, poiché anche la revoca dell'interdizione produce i suoi effetti dal momento del passaggio in giudicato della relativa sentenza (art. 431 c.c.), a nulla rileva la revoca che sia intervenuta dopo la redazione del testamento».

⁵ Sull'incapacità naturale v. G. ARENA, voce *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè, Milano 1992, 909.

⁶ Si ritiene che il sentimento ostile, la fissazione o gli stati emotivi passionali non possano, in linea di massima, essere annoverate tra le cause di annullamento del testamento per incapacità del testatore. Sul punto si cita Cass. 22 marzo 1985, n. 2074, «Il Foro Italiano - Repertorio», 1985, voce *Successione ereditaria*, n. 76, in cui la Corte d'Appello di Firenze, 19 gennaio 1962, ha - nello specifico - ritenuto annullabile il testamento del monomaniaco unicamente nell'ipotesi in cui lo stesso fosse sotto il completo dominio della propria monomania e, pertanto, del tutto privo dell'attitudine a giudicare; cfr., altresì, Cass. 30 gennaio 2003, n. 1444, la quale ha rilevato - sempre in ordine alla incisività degli stati passionali sulla validità della scheda testamentaria - come «l'incapacità naturale del disponente, che ai sensi dell'art. 591 c.c. determina l'invalidità del testamento, non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà». In dottrina, *ex multis*, E. ONDEI, *Gli stati emotivi e passionali nel diritto civile*, nota a Cass., 5 gennaio 1950, n. 48, «Il Foro Padano», 1951, I, 22; A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, *La successione testamentaria*, diretto da G. Bonilini, Giuffrè, Milano 2009, 83 ss.; A. SASSI, *Commento sub art. 591 cod. civ.*, in A. Sassi, S. Stefanelli, *Incapacità testamentarie. artt. 591-600*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2014, p. 49 e ss.; V. BRIZZOLARI, *Annulamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, «La Nuova giurisprudenza civile commentata», 2018, 5, 763 e ss.

in primis, la capacità di testare può sussistere anche qualora il soggetto sia inabilitato⁷ o sottoposto ad amministrazione di sostegno⁸, *in secundis*, il testamento dell'interdetto non è radicalmente nullo, bensì solamente annullabile ai sensi dell'articolo 591, ultimo comma, del codice civile⁹.

Nella società odierna, il miglioramento delle aspettative di vita appare un dato di fatto incontrovertibile: l'età media aumenta¹⁰ e con essa l'inci-

⁷ Si veda un caso recente in cui è stata vagliata positivamente la capacità di testare di un soggetto inabilitato: V. ATTADEMO, *Testamento redatto dall'inabilitato e capacità a ricevere del curatore*, nota a Cass. civ. 4 marzo 2020, n. 6709, «Familia», 2020, 515 e ss.

⁸ S. MONOSI, N. TACCONI, Studio CNN n. 623-2016/C, *L'amministrazione di sostegno*, ove si precisa come «alla luce della tassatività delle ipotesi previste dal codice civile, è stata affermata dalla dottrina maggioritaria la piena capacità di testare del soggetto amministrato. In linea di principio, questi può confezionare valido testamento, salvo che la disposizione testamentaria sia a favore di un amministratore di sostegno che non sia suo parente entro il IV grado, coniuge e stabile convivente (art. 411 terzo comma c.c.)». Da ultimo, in tale direzione pare essersi orientata anche la Suprema Corte; il riferimento è a Cass. civ. 21 maggio 2018, n. 12460 secondo la quale: «in tema di amministrazione di sostegno, il giudice tutelare può prevedere d'ufficio, ex artt. 405, comma 5, nn. 3 e 4, e 407, comma 4, c.c., sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà. Infatti – esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità di testare, prevista per l'interdetto dall'articolo 591, comma 2, c.c., al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ed escluso che il combinato disposto degli articoli 774, comma 1 e 411, commi 2 e 3, c.c., non consenta di limitare la capacità di donare del beneficiario – la previsione di tali incapacità può risultare strumento di protezione particolarmente efficace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi, rispondendo tale interpretazione alla volontà del legislatore che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ha voluto realizzare un istituto duttile, e capace di assicurare risposte diversificate e personalizzate in relazione alle differenti esigenze di protezione».

⁹ Critico sul punto G. BONILINI, in *Il testamento dell'infermo di mente*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, ESI, Napoli 1988, p. 511 e ss., che evidenzia: «che il testamento di chi sia infermo di mente al momento della sua redazione debba avere effetti, può apparire razionalmente necessario; che l'interdetto giudiziale, testando, sicuramente manifesti una volontà non riconoscibile dal diritto, quindi invalidabile per iniziativa di chiunque vi abbia interesse, è marcatamente forzato, come forzata appare la conseguenza che il suo testamento possa considerarsi valido se redatto nelle more del giudizio, ed invalido, invece, se confezionato subito dopo la pubblicazione della sentenza di interdizione. Né risulta tranquillante il rilievo, che il testamento dell'interdetto non è nullo, sebbene soltanto impugnabile da chi abbia interesse: l'esperienza mostra quanto poco virtuale sia detta conseguenza; è sin troppo noto lo zelo con il quale gli eredi legittimi si attivano per prevalere sugli eredi scritti».

¹⁰ Cfr. Istat, *Una popolazione che invecchia, La quota degli ultraottantenni è quasi raddoppiata tra il 2001 e il 2020*, <https://www.istat.it/demografiadelleuropa/bloc-1c.html> (16 dicembre 2023): «la popolazione dell'UE sta invecchiando e questo è dimostrato da diversi indicatori statistici: l'aumento della quota della popolazione anziana, l'indice di dipen-

denza di malattie e infermità psico-fisiche, soprattutto nella c.d. terza età. La consapevolezza dell'innalzamento dell'aspettativa di vita implicitamente induce il testatore medio alla procrastinazione del momento in cui redigere testamento che, sovente, viene confezionato quando il testatore è ormai già anziano¹¹ (peraltro, nella maggior parte dei casi, nelle forme olografe, ritenute più "comode"¹²).

denza degli anziani e l'età mediana, per fare solo alcuni esempi. Cominciamo col guardare l'evoluzione della quota di anziani nella popolazione: nel 2020 il 21 % della popolazione aveva 65 anni e più, rispetto al 16 % del 2001, con un aumento di 5 punti percentuali (p.p.). Osservando nello specifico il gruppo di 80 anni e oltre, la loro quota è quasi del 6 % nel 2020, mentre era del 3.4 % nel 2001, il che significa che la loro quota è quasi raddoppiata durante questo periodo. D'altra parte, la quota dei giovani (da 0 a 19 anni) nell'UE era del 20 % nel 2020, una diminuzione di 3 p.p. rispetto al 23 % nel 2001. Osservando la quota di persone di 65 anni e più sulla popolazione totale, l'Italia (23 %), la Grecia, la Finlandia, il Portogallo, la Germania e la Bulgaria (tutti al 22 %) avevano le quote più alte, mentre l'Irlanda (14 %) e il Lussemburgo (15 %) avevano quelle più basse. Nel periodo 2001-2020 si è potuto osservare un aumento della quota di persone di 65 anni e più in tutti gli Stati membri, dall'aumento più alto in Finlandia (+7 p.p.) a quello più basso in Lussemburgo (+1 p.p.). La quota di persone di 80 anni e più è aumentata in tutti gli Stati membri tra il 2001 e il 2020, ad eccezione della Svezia dove è rimasta costante (5 %). In alcuni Stati membri, questa percentuale è più che raddoppiata: in Lituania e Croazia dal 2 % nel 2001 al 6% nel 2020, in Romania, Bulgaria e Slovenia dal 2 % al 5 %. Passando ai giovani, le quote più alte di coloro che hanno meno di 20 anni sulla popolazione totale sono state rilevate in Irlanda (27 %), Francia (24 %) e Svezia (23 %), mentre le quote più basse sono state registrate a Malta, in Italia e in Germania (tutte al 18 %). Nel periodo 2001-2020 c'è stata una diminuzione della quota di giovani in tutti gli Stati membri, dalla diminuzione più rilevante a Malta e Cipro (-9 p.p.) alla più bassa osservata in Svezia (quasi -1 p.p.) e in Belgio (-1 p.p.) [...]». Cfr., per la situazione dell'Italia sempre Istat, *Rapporto annuale – Anno 2023, 2023*, <<https://www.istat.it/it/archivio/286191>>, (16 dicembre 2023), pp. 37-38: «nonostante l'elevato numero di decessi di questi ultimi tre anni, oltre 2 milioni e 150 mila, di cui l'89,7 per cento riguardante persone con più di 65 anni, il processo di invecchiamento della popolazione è proseguito, portando l'età media della popolazione da 45,7 anni a 46,4 anni tra l'inizio del 2020 e l'inizio del 2023. La popolazione ultrasessantacinquenne ammonta a 14 milioni 177 mila individui al 1° gennaio 2023, e costituisce il 24,1 per cento della popolazione totale. Tra le persone ultraottantenni si rileva comunque un incremento, che le porta a 4 milioni 529 mila e a rappresentare il 7,7 per cento della popolazione totale. Risultano al contrario in diminuzione tanto gli individui in età attiva, quanto i più giovani: i 15-64enni scendono a 37 milioni 339 mila (63,4 per cento), mentre i ragazzi fino a 14 anni sono 7 milioni 334 mila (12,5 per cento). Il numero stimato di ultracentenari raggiunge il suo più alto livello storico, sfiorando, al 1° gennaio 2023, la soglia delle 22 mila unità, oltre 2 mila in più rispetto all'anno precedente. Da inizio millennio, grazie a un incremento di oltre 17 mila, il numero di ultracentenari è triplicato [...]».

¹¹ G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, «Jus», 1997, p. 277: «il testamento è un particolare negozio, che suole essere redatto in età tarda, o quantomeno redatto per l'ultima volta in età tarda [...]».

¹² Tale dato emerge anche dalla presente ricerca. Dei 344 provvedimenti estratti negli

Non può dunque essere trascurato come il soggetto anziano, sia speso solo¹³ e influenzabile a causa dell'età avanzata. Tuttavia, tale circostanza non è in sé sufficiente a sostenere che all'anzianità corrisponda un'automatica perdita della capacità di intendere e volere¹⁴. Invero, non appaiono rare le ipotesi in cui l'avanzata età del testatore, perfettamente *compus sui*, venga strumentalizzata all'interno di azioni volte a minare la stabilità del lascito¹⁵.

Per effetto dell'accoglimento dell'azione ex art. 591 c.c. le volontà irripetibili del *de cuius* vengono poste nel nulla e, altresì, vengono frustrate le aspettative di coloro che hanno ricevuto (o dovrebbero ricevere) in base a tali volontà. I presenti rilievi sono alla base del principio di conservazione degli effetti del testamento, principio fondamentale in materia ereditaria¹⁶, in forza del quale si ritiene preminente il rispetto delle ultime volontà del testatore alle istanze sollevate dai legittimari; ciò quando, chiaramente, non siano sostenute da prove – per così dire – “schiaccianti” di incapacità.

Uffici Giudiziari di Padova, Treviso e Rovigo ne sono stati reputati utili 281 ai fini della presente indagine. Alla base delle liti giudiziarie, nel 41% dei casi analizzati, vi è una vocazione di tipo testamentario (in totale 116), mentre nel 27% dei casi la successione è *ab intestato* (in totale 76); il rimanente 31% dei casi non forniva indicazioni sulla vocazione (89 ipotesi). In seno alla vocazione testamentaria risulta preponderante il testamento olografo (circa il 70%: 81 testamenti su 116), mentre il ricorso al testamento pubblico è minimo (solamente in 18 casi); tuttavia, in tale sotto distinzione non sempre è stato possibile stabilire con certezza il tipo di testamento (17 successioni testamentarie non specificate).

¹³ È noto che nella società odierna si assiste sempre più ad un isolamento della persona anziana, dovuta sia dal drastico calo delle nascite sia dalla disgregazione dei nuclei familiari tradizionali. Sul punto: E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, «La Nuova giurisprudenza civile commentata», 2015, II, p. 293 e ss.

¹⁴ Sul punto, almeno: A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, «Giurisprudenza Italiana», 1961, I, 1304; F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore e forma del testamento*, in *Nuovi modelli di Diritto Successorio: prospettive interne, europee e comparate. Atti del convegno*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste 2020, pp. 43-85; C. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, «Familia», 2019, 549; A. BUCCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, «Familia, persone e successioni», 2006, 711 e ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, «Rivista di diritto civile», 2016, 562 e ss.; A. SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, «Corriere giuridico», 2020, 2.

¹⁵ M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., p. 562 e ss.

¹⁶ S. PATTI, *Testamento della persona «vulnerabile», principio di conservazione e ragionevolezza*, «Familia», 2017, 6, 635 e ss. Si ritiene di condividere la riflessione dell'autore, il quale sostiene che il ricorso da parte dei Giudici al principio del *favor testamenti* è totalmente ingiustificato quando, «in realtà, non si ravvisa una (effettiva) volontà del testatore da rispettare e da attuare, essendo la dichiarazione la conseguenza della situazione di debolezza in cui versa la persona [...]».

Il *favor testamenti*, per parte della dottrina¹⁷, sarebbe alla base di una precisa scelta del legislatore del 1942, che avrebbe posto l'articolo 591 c.c. in un rapporto di specialità con l'articolo 428 c.c. (regola generale in tema di annullamento degli atti dell'incapace). Ciò in quanto la prima norma, ai fini dell'impugnabilità dell'atto, richiede l'incapacità di intendere «e» volere, mentre la seconda sembrerebbe porre tali capacità su un piano di alternatività, essendo legate dalla congiunzione disgiuntiva «o». Inoltre, l'accertamento dell'incapacità non è sufficiente per l'annullamento dell'atto ai sensi dell'articolo 428 c.c., dovendo sussistere altri due requisiti, ossia il grave pregiudizio per l'agente e la mala fede dell'altro contraente, requisiti non presenti nell'articolo 591 del codice civile. L'assenza di tale richiamo dimostrerebbe implicitamente la finalità del disposto del 591 c.c., cioè quella di salvaguardare la libertà di volere del testatore in sé e per sé e non quella, diversa, di conservazione del volere del testatore¹⁸.

Autorevole dottrina¹⁹ auspica l'inserimento di una tutela analoga a quella prevista per i minori, con l'introduzione di una presunzione *iuris et de iure* di incapacità di compiere determinati atti una volta raggiunti certi limiti d'età. Non si può tuttavia tacere come tale concezione aprioristica si rivelerebbe discriminatoria nei confronti di coloro che, seppur anziani, siano perfettamente in grado di esprimere i propri *desiderata* e che verrebbero, in tal guisa, privati di uno dei diritti dal più alto valore morale per il sol fatto di essere anziani.

Sempre al fine di tutelare il testatore e, indirettamente, le sue ultime volontà, altra parte della dottrina²⁰, concentrandosi sulla forma del testamento, suggerisce una riforma legislativa che limiti l'ammissibilità del testamento olografo solo ai casi di patrimoni molto esigui, escludendo, invece, la possibilità di usufruirne all'anziano qualora debba disporre di un patrimonio ingente.

¹⁷ A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura di S. Pagliantini e A.M. Benedetti, ESI, Napoli 2013, p. 69.

¹⁸ V. BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, cit., p. 763 e ss.

¹⁹ S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, «Rivista di diritto civile», 2014, 2, 1001; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, «Famiglia, persone e successioni», 2007, 586.

²⁰ S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1001 e ss..

Un ulteriore spunto²¹ di riforma attiene alla opportunità di imporre all'anziano le forme del testamento per atto di notaio, con contestuale veto al ricorso al testamento olografo per tali soggetti²².

Sempre attuale, infine, anche a riguardo di ciò che qui ci occupa, è il tema dei patti successori²³: si volge lo sguardo all'ordinamento tedesco, ove si incoraggia la stipulazione del contratto testamentario (*Erbvertrag*) tra genitori e figli. Il fine precipuo della contrattazione testamentaria è proprio quello di evitare che i paciscenti possano, successivamente, proporre azioni giudiziarie volte all'accertamento dell'incapacità del *de cuius* al momento della redazione²⁴.

2. La valutazione giudiziale ex art. 591 c.c.

In applicazione dell'articolo 2697 del codice civile – in forza del quale è necessaria la dimostrazione dei fatti che costituiscono il fondamento del

²¹ F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testamento e forma del testamento*, in *Nuovi modelli di Diritto Successorio: prospettive interne, europee e comparate. Atti del convegno*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste 2020, 43; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1001 e ss.

²² Per l'esame di questa ipotesi si rinvia *infra*, para. 6.

²³ Per l'inquadramento storico sui patti successori si veda GIULIO VISMARA, *Storia dei patti successori*, Giuffrè, Milano 1986. Sull'opportunità o meno del superamento del divieto si vedano, almeno: MARIA VITA DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976; ZACCARIA ALESSIO, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, CEDAM, Padova 1988; FABIO PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Giuffrè, Milano 1990; PUTORTÌ VINCENZO, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Giuffrè, Milano 1991; BARBA VINCENZO, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, ESI, Napoli 2015. Sull'incidenza dell'introduzione del Regolamento 650/2012 UE sul divieto di patti successori: V. PUTORTÌ, *Il divieto di patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, *Diritto delle successioni e della famiglia*, II, 3, ESI, 2016, pp. 845 e ss.; FRANCESCO PAOLO TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, ESI, Napoli 2014.

Sulla devoluzione dell'eredità attraverso istituti alternativi al testamento: PALAZZO ANTONIO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Jovene, Napoli, 1983; Id., *Istituti alternativi al testamento*, ESI, Napoli 2003; P. RESCIGNO, *Attualità e destino dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, G. Bonilini et al., CEDAM, Padova 1995; MARIA VITA DE GIORGI, cit.; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, «Rivista del notariato», 1988, p. 1216; V. PUTORTÌ, *I contratti post mortem*, «Rassegna di diritto civile», 2012, p. 768 e ss. C. CICERO, *Il (falso?) problema della contrattualizzazione del diritto successorio*, «Rivista del notariato», 2, 2022, p. 153 e ss.

²⁴ S. PATTI, *Testamento della persona «vulnerabile», principio di conservazione e ragionevolezza*, cit.; C. CERSOSIMO, *Ageing testator*, in «Familia», 15 ottobre 2019; MARIA VITA DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 580 e ss.

diritto fatto valere – l'articolo 591 c.c. comma 2, n. 3 del codice civile, nelle impugnative testamentarie, richiede che siano individuate le condizioni mentali del soggetto al momento della redazione dell'atto.

Circa l'oggetto della prova da fornire, la posizione della giurisprudenza è sintetizzabile con la seguente massima: «l'incapacità naturale del testatore postula la esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi²⁵». Negli anni successivi all'avvento del nuovo codice, la giurisprudenza è rimasta fedele all'orientamento consolidatosi durante la vigenza del codice Pisanelli, richiedendo che il *de cuius* fosse affetto da un male talmente grave da poter giustificare una pronuncia d'interdizione.

Di diversa opinione la dottrina²⁶ la quale contesta una certa irragionevolezza nell'orientamento giurisprudenziale appena ricordato, evidenziando la gravosità di provare l'incapacità totale del testatore²⁷. Inoltre,

²⁵ Così Cass., 19 febbraio 2018, n. 3934, «Foro italiano – Repertorio», 2018, voce *Successione ereditaria*, n. 132; Cass., 23 dicembre 2014, n. 27351, *ivi*, voce *cit.*, n. 131; Cass., 10 marzo 2014, n. 5527, «Diritto delle successioni e della famiglia», 2015, 577, con nota di A. GENOVESE, *Annulamento del testamento per incapacità naturale e onere della prova*; Cass., 11 gennaio 2012, n. 166, «Famiglia e diritto», 2012, 894, con nota di L. VIGNUDELLI, *Sull'unità di misura dell'incapacità naturale del testatore*; Cass., 15 aprile 2010, n. 9081, «Foro italiano – Repertorio», 2011, voce *Successione ereditaria*, n. 133; Cass., 11 giugno 2009, n. 13630, «Rivista del notariato», 2010, 500; Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, «Famiglia e diritto», 2007, 676, con nota di A. BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*; Cass., 6 maggio 2005, n. 9508, «Foro italiano – Repertorio», 2005, voce *Successione ereditaria*, n. 115; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, «Rivista del notariato», 2006, 559, con nota di G. MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*; Cass., 6 dicembre 2001, n. 15480, «Rivista del notariato», 2002, 1531, con nota di G. MUSOLINO, *La capacità di testare*; Cass., 24 ottobre 1998, n. 10571, «Giurisprudenza italiana», 1999, 1815 e ss.; Cass., 23 gennaio 1991, n. 652, «Il Foro italiano», 1991, I, 758; Cass., 5 novembre 1987, n. 8169, «Il Foro italiano – Repertorio», 1988, voce *Successione ereditaria*, n. 62; Cass., 22 marzo 1985, n. 2074, *ivi*, 1985, voce *cit.*, n. 76; Cass., 17 giugno 1983, n. 4171, *ivi*, 1983, voce *cit.*, n. 61; Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, *ivi*, 1982, voce *cit.*, n. 56; Cass., 8 gennaio 1981, n. 162, *ivi*, 1981, voce *cit.*, nn. 79–81; Cass., 28 aprile 1981, n. 2578, *ibid.*, n. 78; Cass., 29 luglio 1981, n. 4856, *ibid.*, n. 76; Cass., 10 novembre 1960, n. 3010, «Giurisprudenza italiana», 1961, I, 1, 1304, con nota di A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*.

²⁶ S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, *cit.*; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità senile»*, «Diritto delle successioni e della famiglia», 2015, 361 e ss.; ARIANNA FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli 2019.

²⁷ In tal senso, ARIANNA FUSARO, *cit.*, 167, la quale sostiene che la giurisprudenza abbia assunto «una nozione astratta di incapacità, che prescinde da qualunque dimensione relazio-

sostiene la necessità di superare la distinzione²⁸, già ricordata, tra l'incapacità naturale richiesta per l'annullamento degli atti ai sensi dell'articolo 428 c.c. e del testamento, ai sensi dell'articolo 591 codice civile.

Invero, parte della dottrina²⁹ rileva l'avvenuto superamento della citata posizione da parte della giurisprudenza, in favore dell'accoglimento di un concetto di incapacità naturale maggiormente duttile e in grado di ricomprendere anche situazioni non riferibili a patologie. In particolare, tutte le fattispecie astrattamente riconducibili al *genus* incapacità possono fondare la domanda giudiziale quando diano luogo ad un'incapacità totale e escludano l'autodeterminazione del soggetto.

Il fatto che si richieda una totale incapacità di autodeterminarsi è stato giustificato³⁰ sulla scorta della riconosciuta capacità di testare dei soggetti inabilitati, i quali non sono menzionati nell'art. 591 c.c.: se colui che è giuridicamente inabilitato è dotato della *testamenti factio activa*, allora chi versa in condizioni tali da comportare una pronuncia di inabilitazione potrà compiere un testamento valido. La conclusione che si trae è che i gradi intermedi tra la capacità e la sua assenza non rilevino ai fini dell'impugnativa testamentaria³¹.

Per quanto sin qui esposto e in conseguenza della formulazione dell'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c., si ritiene che la valutazione del Giudice dovrebbe concentrarsi su un aspetto diverso: pur muovendo dalla verifica della patologia, dovrebbe indagare gli effetti che una qualunque alterazione delle normali facoltà mentali possa produrre sul regolare processo di

nale, come se la persona – oltre ad essere sempre uguale a se stessa e alle altre – fosse avulsa dal suo contesto, dal suo ambiente, non avesse relazioni e non potesse essere influenzata dal rapporto con gli altri»; MARIO ALLARA, L'elemento volitivo nel negozio testamentario. Appunti a cura dell'assistente Carlo Sarasso, Giappichelli, Torino 1964; F.P. PATTI, Valutazione della capacità del testamento e forma del testamento, cit.

²⁸ Sulla distinzione si veda P. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Digesto (discipline privatistiche)*, sezione civile, II, Torino 1998, 209 –217: 214.

²⁹ A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano 2009, 83 e ss.; V. BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2018, 5, 763 e ss.

³⁰ Come già ricordato, alcuni fondano tale stringente requisito anche sul c.d. *favor testamenti* e sull'impossibilità per il *de cuius* di ripetere le proprie volontà e nel dovuto rispetto dell'articolo 42 comma 4 della Carta Costituzionale. Sul punto, A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., p. 78.

³¹ V. BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, cit.

formazione della volontà, senza limitarsi, quindi, all'indagine sulle patologie che possono portare ad una pronuncia ex art. 414 c.c.³².

La difficoltà di fornire la prova della incapacità assoluta del testatore viene mitigata, secondo parte della dottrina³³, dal precipitato finale della massima, già citata: «poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo»³⁴. L'ultimo inciso prevede una vera e propria inversione dell'onere probatorio che impone a colui il quale voglia conservare gli effetti dell'atto di provare il lucido intervallo del testatore e, quindi, la giusta stabilità delle disposizioni contenute nel testamento³⁵. Tuttavia, tale inversione dell'onere probatorio non vale in ogni ipotesi in cui la situazione di partenza sia quella di incapacità, essendo necessario distinguere l'infermità abituale dall'infermità intermittente: «in tema di annullamento del testamento, nel caso di infermità tipica, permanente ed abituale, l'incapacità del testatore si presume e l'onere della prova spetta a chi ne afferma la validità; qualora, invece, detta infermità sia intermittente o ricorrente, poiché si alternano periodi di capacità e di incapacità, non sussiste tale presunzione e, quindi, la prova dell'incapacità deve essere data da chi impugna il testamento»³⁶. In tale ultima ipotesi, secondo

³² A. GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», 2018, I, pp. 193 e ss.

³³ ARIANNA FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 164.

³⁴ Cass., 19 febbraio 2018, n. 3934, che giunge alle medesime conclusioni sulla base della distinzione tra regola, rappresentata dallo stato di capacità, ed eccezione (l'incapacità), ricavandone che spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava invece su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo; conformi: Cass. civ. 19 luglio 2016, n. 14746; Cass. civ., 23 dicembre 2014, n. 27351; Cass. civ. 10 marzo 2014, n. 5527; Cass. civ. 11 giugno 2009, n. 13630.

³⁵ Molto critico sulla possibilità di invertire l'onere probatorio MARIO ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario. Appunti a cura dell'assistente Carlo Sarasso*, cit., p. 66, ove sostiene: «Non ci sembra che tale corrente dottrinale e giurisprudenziale possa essere seguita, mancando ad essa una base normativa».

³⁶ Cass. civ., 10 ottobre 2018, n. 25053 con parole simili, afferma che in caso di infermità tipica, permanente ed abituale l'incapacità del testatore si presume e l'onere della prova che il testamento sia stato redatto in un momento di lucido intervallo spetta a chi ne afferma la validità; conformi: Cass. civ. 23 gennaio 1991, n. 652; Cass. civ. 4 maggio 1982, n. 2741; Cass. civ. 11 febbraio 1967, n. 341.

la giurisprudenza, non ricorre alcuna presunzione e, pertanto, il riparto dell'onere probatorio deve rimanere invariato.

L'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale, chiaramente, si riverbera sul piano probatorio. L'accoglimento di un orientamento rigido da parte delle Corti di merito costituisce un ostacolo per i legittimari nel tentativo di far valere le proprie ragioni in opposizione a quelle degli eredi nominati in base a un testamento che si suppone invalido. La criticità del giudizio ex art. 591 c.c. sta proprio nella difficoltà di fornire la prova dell'incapacità a testare³⁷, *a fortiori* se si pensa che, nei casi dubbi, si fa salva la validità del testamento³⁸.

3. La prova dell'incapacità

Quanto sin qui osservato porta a volgere l'attenzione sui mezzi di prova ammessi in materia e, in particolare, alla loro utilità, avuto riguardo al fine che perseguono, cioè la dimostrazione di incapacità di intendere e volere. La nuova formulazione dell'articolo 591 comma 2, n.3 c.c., omette il riferimento alla sanità mentale presente nel codice Pisanelli e, dunque, determina un ridimensionamento della consulenza tecnica d'ufficio di tipo psichiatrico³⁹.

Nell'ordinamento vigente la prova dell'incapacità può essere offerta con qualunque mezzo. Il giudice può basare il proprio convincimento sul rifiuto o sulla mancata comparizione dei convenuti a prestare l'interrogatorio formale, nonché trarlo dalla formulazione di presunzioni semplici (sempre se gravi, precise e concordanti ai sensi dell'articolo 2729 c.c.). Quest'ultimo mezzo di prova, invero, si rivela molto utile nell'indagine sull'incapacità del testatore nel caso in cui vi sia prova della di lui incapacità prima e dopo la stesura del testamento, permettendo di ritenere

³⁷ Tribunale di Napoli, 16 marzo 2005, «Famiglia, persone e successioni», 2005, 711, con nota di A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*. In tale caso, il Tribunale partenopeo non ha ritenuto di annullare il testamento di un soggetto che era uso rovistare tra le immondizie emettendo parole incomprensibili, sostenendo che tali comportamenti, sia pure anormali, non sono sufficienti a fondare un'azione di annullamento ai sensi dell'articolo 591 del codice civile.

³⁸ Corte d'appello di Torino, udienza 31 luglio 1941, «Il Foro Italiano», 1941, 66, p. 1165-1169, con nota di F. CARNELUTTI.

³⁹ La perizia psichiatrica, invece, sotto la vigenza del vecchio codice costituiva la c.d. prova regina per l'accoglimento dell'impugnativa testamentaria. A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 118; A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 81; ANTONIO CICU, *Testamento*, Giuffrè, Milano 1951, p. 111.

provata anche la incapacità “intermedia”⁴⁰ secondo *l'id quod plerumque accidit*⁴¹. Un'operazione deduttiva non dissimile dalla presunzione *iuris tantum* prevista in tema di possesso dall'articolo 1142 del codice civile che, come è noto, permette di presumere provato il possesso intermedio di un bene se colui che agisce prova il proprio possesso in due diversi momenti successivi nel tempo.

Ancora, il giudice potrà fondare la sua decisione sull'escussione testimoniale di coloro che siano venuti in contatto con il *de cuius* nel periodo in cui è avvenuta la redazione dell'atto. È noto l'atteggiamento dell'ordinamento moderno circa la prova testimoniale⁴², attesa la poca affidabilità della memoria umana: tali criticità si percepiscono ancora più nettamente nella materia oggetto di indagine, data la possibilità che i testimoni siano chiamati a deporre su fatti che risalgono a molti anni prima⁴³.

Molto utile può essere anche il ricorso alle neuroscienze⁴⁴, ovvero quell'insieme di discipline aventi ad oggetto vari aspetti del sistema nervoso cerebrale mediante l'apporto di numerose branche della ricerca biomedica, che includono, tra le altre, la neurofisiologia, la farmacologia,

⁴⁰ Così A. QUERCI, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime?*, in «Contratto e imprese», 6, 2012, 1466 e ss. Per un'applicazione della presunzione nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. civ. 22 ottobre 2019, n. 26873: «In tema di incapacità di testare a causa di incapacità di intendere e di volere al momento della redazione del testamento, il giudice del merito può trarre la prova dell'incapacità del testatore dalle sue condizioni mentali, anteriori o posteriori, sulla base di una presunzione, potendo l'incapacità stessa essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova; conseguentemente, quando l'attore in impugnazione abbia fornito la prova di una condizione di permanente e stabile demenza nel periodo immediatamente susseguente alla redazione del testamento, poiché in tal caso la normalità presunta è l'incapacità, spetta a chi afferma la validità del testamento la prova della sua compilazione in un momento di lucido intervallo»; conformi: Cass. civ., 4 marzo 2016, n. 4316; Cass. civ. 24 giugno 2011, n. 13989.

⁴¹ L'incapacità del soggetto di intendere e volere, registrata sia prima che dopo la stesura del testamento costituisce il fatto noto e, secondo *l'id quod plerumque accidit*, permette di risalire al fatto ignoto, ovvero lo stato di salute del testatore nel periodo intermedio.

⁴² Si riporta il caso deciso dal Tribunale di Parma, 2 febbraio 2018, n. 174, in *De Jure*. Nel caso di specie il medico curante visitava il paziente solamente due giorni prima del testamento e, in tale occasione, concludeva per l'incapacità di intendere e volere dell'anziano al quale mancava persino la consapevolezza dell'avvenuto (da anni, al momento a cui ci si riferisce) passaggio di conio dalla Lira all'Euro. Il Tribunale, tuttavia, non teneva in considerazione la valutazione del medico curante, ritenendo che tale testimonianza non potesse far ritenere un'infermità transitoria o permanente tale da rendere il *de cuius* totalmente privo della capacità di autodeterminarsi.

⁴³ E cioè al tempo della redazione del testamento che non necessariamente è prossimo a quello del decesso o a quello dell'impugnativa testamentaria.

⁴⁴ Termine comparso negli anni Sessanta del XX secolo.

la biochimica, la biologia molecolare, la biologia cellulare, le tecniche di neuroradiologia e la genetica. Come prospettato dalla dottrina più moderna⁴⁵, attraverso tali studi si potrebbero indagare, dunque, le condizioni mediche del soggetto, il suo funzionamento cognitivo e quello emozionale, le abilità del soggetto nella vita quotidiana⁴⁶.

Nonostante l'astratta possibilità per il giudice di valersi di qualunque mezzo, nella maggior parte dei casi pratici la prova si sostanzia nell'esame dei documenti medici e delle cartelle cliniche del *de cuius* ad opera di un consulente tecnico d'ufficio. Non è infrequente che il consulente concluda in termini probabilistici, rilevando alcuni segni di cedimento nel *de cuius*, senza, tuttavia, poter escludere con certezza la capacità di agire⁴⁷. Tant'è che, a fronte di un contenzioso nutrito, sono molto poche le pronunce di annullamento del testamento, probabilmente spinte anche dal ricordato *favor testamenti* e dal rispetto delle volontà irripetibili del *de cuius*.

4. Altri indici di (in)capacità

La difficoltà dell'esame postumo sulla capacità d'intendere e volere del testatore e l'incertezza del suo esito, ha condotto parte della dottrina⁴⁸ a sostenere la opportunità di indagare altresì l'atto del testamento sia nella forma che nel contenuto, al fine di carpire qualche indizio circa la presenza o "evanescenza" del *de cuius* al momento della redazione. In

⁴⁵ Per uno spunto sulle neuroscienze nell'ambito del diritto civile: E. LECCESE, *Capacità e neuroscienze cognitive: un dialogo con il Prof. Stanzione*, «Comparazione e diritto civile», 1, 2020, p. 87 e ss.; V. ZAMBRANO, *Le neuroscienze, la capacità e la radiografia della macchina del pensiero*, «Comparazione e diritto civile», 2018, 2, pp. 6-32; C. PERLINGERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, «Rivista di diritto civile», 2015, II, 330 e ss.

⁴⁶ S. CANTELLI, C. LA MASTRA, S. PERUZZI, *Strumenti tecnici per la valutazione delle capacità*, in *La valutazione delle capacità di agire*, a cura di A. Bianchi, P.G. Macrì, Cedam, Padova 2011.

⁴⁷ S. BONZIGLIA, A. ANGLESIO, *Testamento e capacità*, in *Il testamento dell'incapace. Introduzione di Roberto Calvo*, a cura di R. Ambrosio, A. Anglesio, M. Anselmi, G. M. D. Arnone, S. Bonziglia, G. Re, M. Zettin, ESI, Napoli 2013.

⁴⁸ Sul punto, *planis verbis*, A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit: «Se, infatti, oggetto della valutazione giudiziale è il discernimento del *de cuius*, essa non potrà che muovere dal contenuto e dalla forma della scheda testamentaria»; ID., *Incapacità naturale del testatore e conoscibilità dell'esecuzione testamentaria*, «Famiglia, persone e successioni», 2011, p. 759 e ss. G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, «Rassegna di diritto civile», 2005, 273 e ss.

proposito, la dottrina è divisa sulla possibilità di effettuare una verifica di “normalità” delle disposizioni testamentarie⁴⁹.

Tradizionalmente, si è sostenuto che «il testamento dev'essere considerato come il regno dell'arbitrio, e una disposizione che favorisca un capriccio non è meno valida, e giuridicamente giustificata, della disposizione più santa⁵⁰». Di conseguenza, l'ultima volontà del *de cuius*, per quanto possa apparire o essere bizzarra e capricciosa, sarebbe sempre valida e meritevole della stessa tutela della disposizione animata da spiriti più nobili. Invero, è pacifico che il Giudice non possa accogliere l'impugnativa di annullamento dell'atto solamente perché ritenga che la disposizione testamentaria sia stravagante; l'unico limite espresso che da solo può insidiarne la validità è quello della liceità delle disposizioni contenute.

Né la scelta degli eredi può rivelare alcunché sullo stato di salute del *de cuius*, qualora essa non sia ricaduta su tutti o alcuni dei riservatari di cui agli articoli 565 e seguenti del codice civile, dovendosi considerare gli affetti coltivati dal *de cuius* anche al di fuori della cerchia familiare. Qualora vi sia la preterizione di uno degli eredi necessari, è preferibile⁵¹ analizzare le ragioni che hanno portato il testatore a non menzionare tale soggetto nelle sue ultime volontà, sebbene il rapporto di stretta parentela farebbe ragionevolmente ritenere una vicinanza affettiva tra i soggetti⁵². Appare fondamentale, in questo ambito, analizzare l'allocazione decisa dal *de cuius* per i propri beni e la sua storia personale, indagando quali siano stati i rapporti affettivi maggiormente coltivati e più sentiti. Qualora le disposizioni siano corroborate dall'esistenza di rapporti personali “stretti”, si dovrà chiaramente rigettare la domanda di annullamento per incapacità anche ove il testatore abbia disposto a favore di soggetti estranei alla cerchia familiare, senza tra l'altro che rilevi che si tratti di soggetti entrati a far parte della vita del *de cuius* solo nell'ultimo periodo.

In ogni caso, da quanto sin qui esposto non può essere dedotto, *a contrario*, che la redazione di una scheda testamentaria logica, congruente e

⁴⁹ Critici sul punto: A. M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace*, cit., p. 83; ARIANNA FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit.

⁵⁰ A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, cit., p. 1304.

⁵¹ Si intende ai fini che qui ci occupano, sempre ferme le conseguenze che la preterizione di un legittimario porta con sé.

⁵² L'omessa chiamata all'eredità del parente prossimo può essere valutata, verificando: a) se questo parente abbia demeritato verso il testatore; b) se il beneficiario (non parente) abbia invece compiuto atti a favore dello stesso testatore che possano dirsi idonei ad attirare su di sé il beneficio. F. INTRONA, *Il deterioramento mentale su base organica: valutazioni medico-legali diverse in ambiti diversi*, in «Rivista italiana di medicina legale», 2000, p. 134.

rispettosa delle quote di riserva, sia necessariamente espressione di una capacità piena del testatore⁵³, potendo anche far deporre, invece, per la presenza di condizionamenti esterni se insinua il dubbio che testatore per età, estrazione sociale, grado di scolarizzazione, etc. non l'avrebbe confezionata in tal modo⁵⁴.

Anche la scheda testamentaria, come detto, può contenere indizi che possono guidare il Giudice nell'esame dello stato di capacità del testatore. Sovente, infatti, all'interno dei procedimenti di impugnativa testamentaria vengono disposte perizie grafologiche che offrono un quadro psichico del soggetto e indicazioni sulla sua evoluzione, confrontando la scheda con altri precedenti scritti; tuttavia, le valutazioni grafologiche non possono spingersi fino a fondare statuizioni relative alle funzioni cognitive del soggetto⁵⁵.

Si precisa, oltretutto, che il codice civile, all'articolo 602, nell'indicare i requisiti del testamento olografo non prevede nemmeno la sua redazione su carta e che, in generale, non dedica alcuna norma per rendere noto al testatore il *modus scrivendi* della disposizione testamentaria, limitandosi a richiedere autografia, sottoscrizione e apposizione della data⁵⁶. Si esclu-

⁵³ F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore*, cit. p. 51; S. BONZIGLIA, A. ANGLÉSIO, *Testamento e capacità*, cit. 23.

⁵⁴ Cass. civ., 11 aprile 2017, n. 9309, con nota di S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova dei mezzi fraudolenti*, «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2017, p. 1063 e ss. Nel caso commentato si discute della validità del testamento di un soggetto di 92 anni, che viene descritto in preda a confusione mentale e irascibilità (ad un livello tale da aver reso necessario il ricorso a misure di contenzione nel corso di un ricovero ospedaliero), senza tenere conto che il *de cuius*, era parso versare in preda ad allucinazioni nell'ultimo suo periodo di vita. Il *de cuius*, oltretutto, era ipovedente e, pertanto, si faceva aiutare da un cugino, beneficiario dei lasciti, nella redazione di un testamento molto tecnico, con l'utilizzo di un linguaggio giuridico preciso che si dubita che il *de cuius* potesse aver conosciuto. Sul caso citato si esprime criticamente anche ARIANNA FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., p. 171: «una serie di elementi poteva dunque far dubitare che si trattasse di una valida manifestazione di volontà. Ma la domanda di annullamento del testamento viene respinta dai giudici di merito in primo e secondo grado e le pronunce vengono confermate in Cassazione. Viene infatti escluso che il testatore fosse incapace di intendere e volere o che fossero stati utilizzati mezzi fraudolenti tali da integrare un'ipotesi di dolo. [...] Una situazione in cui non risultano veri e propri raggiri e non risulta nemmeno una totale e assoluta incapacità di comprendere e volere. Ma di fatto, con l'applicazione dei principi giurisprudenziali anzidetti (*ndr*: l'incapacità di intendere deve essere totale ed assoluta), si afferma la validità di un testamento in presenza di forti condizionamenti esterni su un volere e una capacità assai fragili».

⁵⁵ S. BONZIGLIA, A. ANGLÉSIO, *Testamento e capacità*, cit. 23.

⁵⁶ I. COPPOLA, *Sul contenuto, sulla scrittura e sulla conservazione del testamento olografo*,

de che segni di stanchezza psichica e fisica, pur emergenti dalla lettura del testamento o dalla grafia del *de cuius*, possano invalidare le volontà irripetibili⁵⁷, se non affiancati da altri riscontri inerenti la persona del testatore, il suo stato di salute, la sua capacità di gestire i propri interessi⁵⁸.

Si ritiene, invece, che l'esame approfondito del testamento in sé, nella forma e nel contenuto, possa essere molto proficuo per il Giudice. Il testamento, infatti, può fornire indizi utili a dimostrare se il *de cuius*, al momento della redazione dell'atto, fosse o meno *compus sui* o se si tratti di redazioni avvenute in condizioni tali da turbare il processo intellettuale e volitivo del testatore (come nei casi di ubriachezza, delirio febbrile, sonnambulismo⁵⁹) ovvero in stato d'ira tale da obnubilare le facoltà intellettive⁶⁰. La stessa analisi può condurre anche a sostenere la validità di un testamento concluso in condizioni molto particolari, come nel caso del testamento redatto prima di intraprendere un viaggio aereo oltreoceano per paura di morire in un disastro aereo⁶¹ oppure confezionato dal c.d.

«Familia», 24 maggio 2022.

⁵⁷ Così, ad esempio, Trib. Terni 10 aprile 1996, «Rassegna giuridica umbra», 1996, 381 e ss.: «non può essere annullato per incapacità naturale del testatore un testamento olografo nel quale, pur essendo evidenti, secondo i periti calligrafici, tracce di stanchezza fisica e psichica del redattore, emerga una costante leggibilità e coerenza del pensiero»; nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. civ., 17 febbraio 1947, n. 217, cit. p. 78: «la struttura del testamento [...] può ben fornire al giudice elementi di giudizio circa la capacità o non del testatore. Ma l'aver il giudice trascurato tale esame, ritraendo il proprio convincimento da altri fattori determinanti, non costituisce omesso esame di un fatto decisivo».

⁵⁸ Così, A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 122 e ss.

⁵⁹ F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova 1979, p. 326; A. PISCHETOLA, *L'accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, «Rivista del notariato», 2003, II, p. 397; M.L. DE ROSA, *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, «Persone, famiglia e successioni», 2012, p. 912 e ss.; M. MARTINO, *Casi d'incapacità (art. 591)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, I, Giuffrè, Milano 2011, p. 1167; M. GAMBINI, *Commento sub art. 591*, in *Delle Successioni, artt. 565-712*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. Gabrielli, Giuffrè, Milano 2010, p. 215; Cass. civ., 18 aprile 2005, n. 8079, «Rivista del notariato», 2006, 2, p. 564, con nota di G. MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*.

⁶⁰ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, ottava ed. aggiornata, UTET, Torino 2016; A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace*, cit. p. 76; M.L. DE ROSA, *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, cit., p. 913; M. GAMBINI, *Commento sub art. 591*, cit., 215 e ss.; Cass. civ., 5 gennaio 1950, n. 48, «Il Foro padano», 1951, I, p. 23 e ss., con nota di E. ONDEI, *Gli stati emotivi e passionali nel diritto civile*.

⁶¹ Ci si riferisce a Tribunale di Viterbo, 14 aprile 1987, in «Giurisprudenza di merito», 1988, 767, con nota di G. AZZARITI. Il Tribunale, in tal caso, pur ammettendo che le ultime volontà erano state espresse sotto l'impulso di un motivo poco razionale, non ha ritenuto tale circostanza sufficiente a statuirne l'annullamento, in ossequio del principio secondo il

monomaniaco, ossia il soggetto psicotico, tormentato da un'ossessione fissa a cui rivolge tutte le sue facoltà mentali⁶².

5. La posizione della giurisprudenza degli Uffici Giudiziari coinvolti nel progetto

Si ritiene interessante, dopo aver tracciato la linea sul piano nazionale, volgere l'indagine su quale sia l'orientamento (e l'approccio) in tema di valutazione e accertamento dell'incapacità naturale del testatore da parte degli Uffici Giudiziari⁶³ coinvolti nel progetto.

Ad una prima indagine, i Tribunali osservati appaiono porsi perfettamente in linea con la giurisprudenza di legittimità: essi fanno un'applicazione (quasi) pedissequa dei principi sin qui esposti. Ci si riferisce in particolare al fatto di richiedere, per l'accoglimento dell'azione di annullamento, l'esistenza, non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, il soggetto fosse assolutamente privo della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi, a ragione di una infermità transitoria o permanente ovvero di altra causa perturbatrice.

Anche per quanto riguarda il riparto dell'onere probatorio vi è una sostanziale aderenza con il principio espresso dalla Suprema Corte. Dal momento che lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a colui che impugna dimostrare l'incapacità assoluta del *de cuius* al momento della redazione del testamento. Di contro, qualora il testatore risulti affetto da incapacità totale e permanente, sarà compito di chi sostiene la bontà del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo.

Altresì gli esiti dei procedimenti si pongono in linea con l'andamento nazionale, atteso che la maggior parte delle domande formulate ai sensi

quale è richiesta un'incapacità di intendere e volere totale in capo al *de cuius*.

⁶² Come accennato *supra* (v. nota 3), tuttavia, la monomania non rileva ai fini dell'incapacità di testare finché non si dimostri che sia stata tale da escludere in radice l'autodeterminazione del testatore, offuscandone completamente il giudizio. Così, A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 124; A. SASSI, *Commento sub art. 591 cod. civ.*, cit., p. 49 e ss.

⁶³ Si ricorda che oggetto d'analisi sono state le pronunce pubblicate nel periodo 2017-2022 dagli Uffici Giudiziari di Padova, Treviso e Rovigo.

dell'articolo 591 comma 3 c.c. risultano rigettate per mancato assolvimento dell'*onus probandi* da parte di colui che impugna.

In particolare, alcune delle pronunce esaminate permettono di corroborare quanto detto *supra* circa l'onere del Giudice di porre alla base della propria decisione tutto ciò che egli reputi utile per accertare lo stato di capacità del *de cuius*, non dovendosi limitare solamente a recepire le risultanze della consulenza tecnica eventualmente⁶⁴ disposta.

Alcuni casi possono ben esemplificare gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza della Regione sul tema.

In uno dei casi analizzati⁶⁵, le parti adivano il Tribunale al fine di ottenere l'annullamento del testamento redatto dal *de cuius*, asserendo non si trovasse in uno stato di capacità tale da permettergli di comprendere la valenza dell'atto. Allegavano, a supporto della propria tesi, della documentazione sanitaria (in particolare, si trattava di un responso specialistico, ove veniva riscontrata nel *de cuius* una demenza di Alzheimer di grado medio elevato e si suggeriva la necessità di un'assistenza continua). Il Tribunale, dopo aver ridimensionato la portata dei responsi specialistici prodotti in atti⁶⁶, compie un'attenta disamina di tutta una serie di questioni collaterali rispetto alla malattia del *de cuius*.

Particolarmente interessante appare l'esame condotto dal Tribunale sulla scheda testamentaria, un po' singolare: il *de cuius* lasciava il proprio patrimonio a due fratelli già deceduti alla data della redazione dell'atto. La circostanza che i beneficiari dei lasciti fossero premorti da tempo è stata ritenuta irrilevante⁶⁷ ai fini del vaglio della capacità di intendere e

⁶⁴ Sulla mera eventualità di una consulenza tecnica d'ufficio si segnala Tribunale di Treviso 6 aprile 2020, n. 600. In tal caso, il Tribunale, rigetta la richiesta di espletamento di una CTU medico-legale avanzata da parte attrice, «in linea con la consolidata giurisprudenza per cui la consulenza tecnica viene generalmente disposta per fornire al giudice un ausilio per la valutazione di fatti già acquisiti, salva l'ipotesi in cui essa possa costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, quando si risolve in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica, anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate cognizioni tecniche; ipotesi quest'ultima che va esclusa nella vicenda atteso il decesso del soggetto e, soprattutto, a fronte dell'assenza di altri elementi sintomatici, circa l'asserita incapacità del testatore nonché la presenza di significativi dati in senso contrario».

⁶⁵ Tribunale di Rovigo, 13 luglio 2021, n. 527.

⁶⁶ Sempre in base a quanto prodotto dalle parti nel corso del procedimento, il Tribunale, pur non negando che il *de cuius* fosse affetto dal morbo di Alzheimer, evidenziava come la malattia si trovasse in una fase di minor gravità al tempo in cui il testamento veniva redatto (rispetto al tempo delle risultanze cliniche).

⁶⁷ Il Tribunale non ha ritenuto quindi che la circostanza che il *de cuius* si fosse riferito a due fratelli premorti fosse significativa della sua salute mentale, atteso che, per il resto, il

volere, ben potendo tale disposizione essere interpretata come volontà di lasciare il patrimonio invero non ai due fratelli deceduti, ma «a quel determinato ramo della famiglia».

Il Tribunale conduceva anche un esame su alcune operazioni bancarie e assicurative (nella specie, la richiesta di emissione di un Vaglia Postale Circolare e la stipula di una polizza) poste in essere dal *de cuius* circa un mese e mezzo dopo la redazione degli atti impugnati. La mancata contestazione di tali atti da parte di coloro che successivamente impugnavano il testamento, secondo il Tribunale, dimostrava la fiducia che essi riponevano nelle capacità del *de cuius*, evidentemente in grado di comprendere le proprie azioni da un punto di vista finanziario. Secondo il Tribunale, la pretestuosità dell'azione di annullamento per incapacità era desumibile altresì dal fatto che né i familiari del *de cuius* né l'attore si fossero mai attivati per ottenere alcuna misura di protezione per il presunto incapace.

Si è riscontrato che la presenza (o l'assenza) di misure di protezione a favore del *de cuius* costituisce un elemento spesso valorizzato dalla giurisprudenza degli Uffici Giudiziari in esame per fondare i ragionamenti in ordine alla capacità di testare. Su tale tema, particolarmente interessanti appaiono, nello specifico, tre pronunce.

Appare condivisibile il ragionamento posto alla base di una decisione del Tribunale di Treviso⁶⁸ in cui il Tribunale esclude che vi possa essere un automatismo *tout court* tra l'apertura di un'amministrazione di sostegno e accertamento dell'incapacità di testare, quando non sia espressamente prevista come limitazione all'interno del decreto⁶⁹: «la nomina

testamento risultava coerente, logico e chiaro, sia nella scrittura che nel contenuto.

⁶⁸ Tribunale di Treviso, 2 ottobre 2018, n. 1903.

⁶⁹ La incapacità di testare può essere limitata solo per espressa previsione del Giudice Tutelare. Sul punto, G. BONILINI, *Beneficiario di amministrazione di sostegno, e privazione, da parte del giudice tutelare, della capacità di testare*, «Famiglia e diritto», 2016, 3, 288: «la regola, riguardo al beneficiario di amministrazione di sostegno, è quella della capacità di disporre *mortis causa*. Eccezionalmente, il giudice tutelare può privarlo di detta capacità; nel qual caso, il suo testamento è annullabile *ex se*, senza possibilità di provare che le disposizioni furono dettate in un momento di lucido intervallo. Nel caso in cui, invece, il beneficiario di amministrazione di sostegno, non essendo stato privato della capacità di disporre *mortis causa*, abbia testato, si potrà provare l'assenza, al momento di redazione dell'atto, della capacità intellettuale, come può avvenire, del resto, riguardo a chi non sia beneficiario di amministrazione di sostegno. Il che val dire, peraltro, che occorre provare, di volta in volta, codesta situazione, quindi si rifugge dall'automatismo dell'incapacità, che costituisce la regola, in caso d'interdizione giudiziale, e l'eccezione, da evitare, nella fattispecie in esame». Sempre G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit, p. 271, rileva come il Giudice Tutelare «debba evitare di provvedere nel senso dell'estensione, al beneficiario di amministrazione di sostegno, dell'incapacità di testare, conse-

dell'amministratore di sostegno è stata infatti disposta non perché la *de cuius* fosse totalmente incapace, ma in considerazione della consistenza del di lei patrimonio e della semplice necessità, condivisa peraltro dalla stessa beneficiaria, "di essere assistita e/o rappresentata nella gestione" dei propri beni». Tale conclusione riposa sulla diversità sostanziale tra l'istituto dell'amministrazione di sostegno e quelli, diversi sia per presupposti che per effetti, dell'interdizione e inabilitazione⁷⁰.

Proprio sulla scorta di quanto appena osservato, si ritiene che vi sia stata una incauta sovrapposizione delle discipline a tutela dei soggetti fragili in Tribunale di Padova, 23 giugno 2020, n. 916. Le conclusioni dell'elaborato peritale depositato in corso di causa evidenziavano come non sussistesse con certezza, all'epoca della redazione del testamento, una situazione clinica tale da privare in modo assoluto la testatrice della coscienza e del significato dei propri atti nonché della capacità di autodeterminarsi. Il Tribunale, condividendo le conclusioni del perito, aggiungeva che «il fatto che alla data della redazione della scheda testamentaria non fosse stato nominato a favore della testatrice un amministratore di sostegno, [è un] dato che fa presumere l'assenza in uno stato di decadimento cognitivo tale da comprometterne in modo assoluto la capacità di intendere e di volere⁷¹».

Sul punto in esame, si ritiene che la circostanza per cui sia stato attivato un istituto di protezione non si rifletta in una dimostrazione inconfutabile di una diminuita capacità a testare, essendo un elemento che si presta ad essere letto in un'ottica ambivalente. *Prima facie*, si potrebbe ritenere che il soggetto sia portatore di qualche menomazione cognitiva, atteso che si è avvertita l'utilità di affiancargli un amministratore di sostegno. Allo stesso modo, tuttavia, si potrebbe affermare che non vi siano ragioni di dubitare dell'idoneità del *de cuius* nel redigere il proprio testamento, atteso che, nel valutare la situazione di salute fisica e mentale del sogget-

guentemente privandolo di una libertà fondamentale, poiché, in tal caso, si avrebbe la prova di un'infermità così grave da giustificare, in definitiva, la pronuncia di interdizione».

⁷⁰ L'attenzione ai presupposti e agli effetti che ne discendono deve essere finalizzata a compiere «il *best interest* della persona mediante la scelta di una misura di sostegno proporzionata e differenziata sotto il profilo funzionale e qualitativo». Così C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, cit. 339.

⁷¹ Sul punto, ampiamente, A. QUERCI, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime?*, cit. p. 1470.: «per rendere annullabili i (soli) atti *mortis causa*, occorrerà qualcosa di più, ossia una totale incapacità di autodeterminarsi e di rendersi conto degli effetti giuridici delle proprie azioni». Si vedano: Cass. civ. 30 gennaio 2003, n. 1444, «Massimario del Foro italiano»; Cass. civ. 22 maggio 1995, n. 5620, «Massimario giustizia civile»; Cass. civ. 11 marzo 1995, n. 286, «Massimario del Foro italiano».

to *de quo*, il giudice non ha ritenuto opportuno provvedere con istituti di protezione più invasivi né abbia previsto alcuna limitazione in ordine alla capacità di testare nel decreto di apertura dell'amministrazione⁷². Si ritiene che non esista una relazione biunivoca tra l'istituto in parola e l'incapacità totale. Non necessariamente l'amministrazione di sostegno postula un'incapacità di tal fatta, potendo essere disposta anche in casi di disordini mentali molto meno invadenti. D'altro canto, nemmeno l'incapacità assoluta di intendere e volere conduce necessariamente all'amministrazione di sostegno, ben potendo portare anche ad una pronuncia di interdizione. In altre parole, la nomina dell'amministratore – ove vi sia – non dimostra automaticamente l'assenza della capacità di testare, potendo essere disposta anche in relazione a fragilità fisiche che hanno ben poco a che vedere con la mancanza di capacità di intendere e volere. La pronuncia patavina, invero, è esemplificativa della prassi invalsa in giurisprudenza secondo cui per riconoscere un'incapacità di intendere e volere tale da caducare il testamento, è necessaria la prova del fatto che il soggetto versava in stati da giustificare una pronuncia di interdizione.

In relazione al rapporto tra istituti a tutela di soggetti fragili e incapacità ex art. 591 comma 3 c.c. si cita anche una diversa decisione del Tribunale di Padova⁷³. Nel caso in esame, nonostante il giudizio del CTU medico-legale fosse espresso in termini solamente probabilistici e dunque non concludesse per la sicura esclusione della capacità, il Tribunale accoglieva la domanda di annullamento formulata. Il Collegio poneva alla base della sua decisione la tesi del consulente, corroborandola attraverso la valorizzazione di altri indici di incapacità. *In primis*, il Tribunale evidenziava la circostanza per cui, nell'anno antecedente la stesura del testamento, interveniva la nomina in favore del *de cuius* di un amministratore di sostegno, con l'incarico di compiere in sostituzione del beneficiario le attività direttamente collegate all'ordinaria e straordinaria amministrazione del denaro. L'amministrato, infatti, risultava affetto da infermità psicologiche e fisiche, da deficit cognitivi riverberanti anche nello svolgimento delle attività quotidiane oltre che da un'iniziale demenza di tipo degenerativo. Il tenore del colloquio in sede di audizione del beneficiario⁷⁴ avvalorava il quadro clinico.

⁷² M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., p. 577; G. BONILINI, *La capacità di disporre per testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, II, Giuffrè, Milano 2009, p. 157 e ss.

⁷³ Tribunale di Padova, 24 marzo 2022, n. 573.

⁷⁴ Il Tribunale riporta l'incapacità del *de cuius* di dire l'esatto importo della pensione percepita, chi fosse il suo procuratore e la terapia farmacologica in corso.

Il Tribunale, in aggiunta, analizzava il contenuto di una lettera indirizzata a parte attrice, ovvero la figlia del *de cuius*, a firma del fratello di quest'ultimo, subito dopo la notifica del ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno (dunque, circa un anno prima della redazione del testamento impugnato): «seppure priva della rilevanza tipica della refertazione medica, dalla missiva emerge la preoccupazione per le condizioni del fratello, risultando evidente un grave peggioramento della memoria ed una sempre più pesante immobilità; accennando, in particolare, alla poca capacità di ricordare quello che gli si dice, al non riuscire a copiare attraverso una dettatura un numero telefonico e a non riuscire ad espletare anche le più piccole incombenze che appartengono alla vita quotidiana. (...) ed aggiungendo che le telefonate si facevano sempre più corte e generiche e non si riescono con lui ad affrontare anche i più semplici ragionamenti». Infine, il Tribunale rilevava come il testamento *de quo* veniva redatto dal *de cuius* solamente tre giorni prima del suo ultimo ricovero, dovuto dall'aggravamento repentino delle condizioni di salute e che, dalle documentazioni cliniche dei giorni immediatamente successivi al ricovero, emergesse lo stato di gran confusione in cui versava il paziente.

La pronuncia in esame desta interesse, ponendosi in linea con una certa parte della dottrina⁷⁵ che sostiene la possibilità di fondare una presunzione di incapacità di testare nel caso in cui il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno preveda l'esclusione della capacità del beneficiario per gli atti di natura patrimoniale, con necessità di sostituzione del medesimo da parte dell'amministratore di sostegno. La conseguenza di tale presunzione sarebbe l'inversione dell'onere probatorio, spettando perciò a chi vuole avvalersi del testamento redatto dall'amministrato la prova della sua capacità di intendere e volere al momento dell'atto.

6. Il testamento pubblico come possibile soluzione?

Le esigenze di protezione della formazione, prima, e del rispetto, poi, della volontà del *de cuius* portano ad indagare gli effetti che può produrre la partecipazione del notaio alla formazione dell'atto.

Ci si interroga, in particolare, sulla possibilità che le formalità dell'atto pubblico riescano ad assicurare maggior certezza circa la capacità del testatore e, di conseguenza, maggior stabilità all'atto.

⁷⁵ S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit. 1005 e ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit. 578.

È opportuno muovere dall'articolo 27 della legge notarile, che stabilisce per il notaio l'obbligo di prestare il suo ministero ogni volta che ne sia richiesto; la violazione dell'obbligo comporta conseguenze di natura disciplinare (artt. 138, comma 2, e 142, lett. b), l. not.) e penale (art. 328 c.p.). Le eccezioni all'obbligo di rogare l'atto sono previste all'articolo successivo, che elenca i casi in cui al notaio sia fatto obbligo, al contrario, di rifiutare l'atto: tra queste ipotesi vi è quella di atti «espressamente proibiti dalla legge» (art. 28, n. 1).

Detta eccezione, in passato, è stata interpretata dalla giurisprudenza di legittimità in maniera tale da potervi ricomprendere tutti gli atti comunque contrari a disposizioni di legge e non solamente agli atti nulli. Dunque, ricadevano nell'ambito di applicazione dell'art. 28 n. 1 tutti gli atti non aderenti alla normativa legale, di ordine formale e sostanziale, prevista a pena di inesistenza, di nullità o annullabilità. Tuttavia, nel 1997, la Corte di Cassazione⁷⁶ ha operato un notevole *revirement* del proprio orientamento, ancorando alla sfera di applicazione dell'art. 28 le sole ipotesi di nullità assoluta ed inequivoca, escludendo le fattispecie di annullabilità⁷⁷.

Attualmente, atteso il mutato indirizzo giurisprudenziale, la base giuridica dell'impossibilità per il notaio di ricevere l'atto qualora si avveda dell'inconsapevolezza del soggetto riguardo all'atto che sta compiendo⁷⁸ viene ricercata altrove. L'articolo 47, comma 2 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 e l'articolo 67 reg. not. impongono al notaio un diritto-dovere di indagare la volontà delle parti; da ciò dovrebbe discendere l'obbligo per il pubblico ufficiale di vagliare la capacità del soggetto, prima di ricevere le ultime volontà⁷⁹. Ciò posto, nonostante i principi di deontologia

⁷⁶ Cass., sent. 11 novembre 1997, n. 11128.

⁷⁷ Critico sull'esclusione degli atti annullabili F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore*, cit., p. 60: «In ambito testamentario, l'indirizzo non appare condivisibile. La ratio sottesa all'orientamento riposa sulla distinzione tra atto nullo, per il quale l'ordinamento preclude in modo assoluto il perseguimento dell'intento delle parti, e atto annullabile, la cui efficacia è rimessa alla scelta degli interessati. La distinzione sembra aver minor rilievo nel contesto degli atti di ultima volontà, in cui i soggetti interessati ad annullare l'atto sono sempre diversi rispetto a chi l'ha redatto». In tema, si veda: AN. FUSARO, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2011, 9, p. 408; AN. FUSARO, *Il notaio indagatore della capacità di autodeterminazione*, «Notariato», 2020, I, p. 7 e ss.

⁷⁸ M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'“ageing testator”*, «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2011, I, 1030 e ss.

⁷⁹ Disposizione ripresa, coerentemente, dai Principi di deontologia professionale dei notai

professionale impongano al professionista di adottare «tutti i comportamenti necessari [...] per l'indagine della volontà delle parti, da svolgere in modo approfondito e completo, mediante proposizione di domande e scambio di informazioni intese a ricercare anche i motivi e le possibili modificazioni della determinazione volitiva come prospettategli», le norme citate non stabiliscono in cosa dovrebbe estrinsecarsi la verifica del notaio. Parte della dottrina ritiene che il controllo coincida con il dovere di non ricevere atti da soggetti la cui incapacità sia palese o evidente⁸⁰. In definitiva, non si richiede una vera e propria indagine sulla capacità naturale del soggetto (e, forse, non la si può nemmeno pretendere, atteso che il notaio non è dotato di competenze mediche⁸¹); il rifiuto dovrebbe limitarsi alle ipotesi patenti in cui l'incapacità dovesse emergere durante la redazione dell'atto stesso. Ciò posto, anche volendo sostenere che la presenza del pubblico ufficiale possa portare la giurisprudenza⁸² ad assumere la sussistenza dello stato di capacità sulla base delle dichiarazioni rese dal notaio circa gli accertamenti da egli compiuti al momento stesso della redazione⁸³, rimarrebbe comunque un altro tema da affrontare. Il notaio, soggetto all'obbligo di prestare il proprio ministero e alla conseguente responsabilità professionale, con gran probabilità affermerà la capacità del soggetto, o quanto meno, la sua non-incapacità⁸⁴. Tuttavia, nei casi sospetti, il notaio dovrebbe andare oltre l'ordinaria diligenza, procedendo con attenzione, al fine di formulare un giudizio sulla capacità della parte quanto più possibile veritiero e fondato su elementi oggettivi, che non si limiti, quindi, all'attestazione di elementi esteriori quali l'immagine, la cura della persona ed altri dettagli analoghi (cosiddetto "effetto facciata",

approvati con deliberazione del CNN n. 2/56 del 5 aprile 2008 e pubblicati in Gazzetta Ufficiale n. 177 del 30 luglio 2008.

⁸⁰ A. M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 87.

⁸¹ A. M. BENEDETTI, *Ibidem*, cit. 88: «il notaio non è un tecnico [...], ha solo "visto" il testatore». Offre una soluzione diversa F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore*, cit. p. 66: «(il notaio) ha la possibilità di operare con l'ausilio di un medico per ottenere un parere tecnico in merito alla capacità di intendere e di volere del testatore».

⁸² In tal senso, Cass. civ. 23 gennaio 1991, n. 652. Tuttavia, non si registra uniformità di vedute in giurisprudenza.

⁸³ Che è proprio il momento durante il quale deve sussistere la capacità, ai sensi dell'articolo 591 c.c.

⁸⁴ M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'"ageing testator"*, cit., p. 1034; C. COPPOLA, *L'incapacità naturale del testatore*, «Famiglia, persone e successioni», 2005, 521 e ss., sostiene che le attestazioni del notaio costituiscono elemento di prova circa il vero atteggiamento assunto dal testatore durante la redazione dell'atto.

ricorrente nei casi in cui il notaio è tratto in inganno dalle condizioni esteriori di cura, ordine e pulizia in cui si presenti il *de cuius*)⁸⁵.

In ogni caso, anche qualora si voglia accordare una valenza probatoria alle dichiarazioni del notaio circa lo stato di intendere e volere in cui si trovava il *de cuius* al momento dell'atto, la Cassazione⁸⁶ ha precisato che la prova contraria può essere fornita con ogni mezzo: «in tema di testamento pubblico, lo stato di sanità mentale del testatore, seppure ritenuto e dichiarato dal notaio per la mancanza di segni apparenti di incapacità del testatore medesimo, può essere contestato con ogni mezzo di prova, senza necessità di proporre querela di falso, poiché, ai sensi dell'art. 2700 c.c., l'atto pubblico fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ma nei limiti della sola attività materiale, immediatamente e direttamente richiesta, percepita e constatata dallo stesso pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni».

Una riforma che imponesse l'utilizzo delle forme solenni per il testamento dell'anziano non basterebbe a portare una maggior stabilità degli atti *mortis causa* posti in essere da soggetti potenzialmente vulnerabili. Al suo fianco, si ritiene che dovrebbe diventare obbligatorio per il notaio l'esame della capacità di intendere e volere del testatore e che dovrebbero essere precisate di conseguenza le procedure relative a tale indagine. Diversamente, l'introduzione dell'obbligo delle forme pubbliche senza mitigazione o revisione della posizione del notaio, rischierebbe di sortire come unico effetto quello di sottrarre le preziose schede testamentarie alla ricerca condotta dal Giudice sugli indici di capacità.

⁸⁵ G. BARIONI, *La verifica dell'incapacità nell'atto pubblico. Il ruolo ed il rischio del notaio, in Il crepuscolo della persona, l'incapacità oggi*, Relazione convegno nazionale Modena 21 novembre 2014.

⁸⁶ Cass. civ. 30 gennaio 2019, n. 2702. In senso conforme, Cass. civ. 4 luglio 2023, n. 18848: «L'efficacia probatoria privilegiata dell'atto notarile - sancita dall'art. 2700 c.c. e relativa alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese e agli altri fatti innanzi a questo compiuti - non si estende al contenuto intrinseco e alla veridicità delle dichiarazioni rese dalle parti, né agli apprezzamenti e alle valutazioni del notaio rogante; tuttavia, qualora il comparente abbia dichiarato di essere affetto da sordità perché parzialmente privo dell'udito, ma in grado di leggere e scrivere, tale dichiarazione, in quanto proveniente dalla stessa parte interessata e documentata dal notaio come evento avvenuto in sua presenza, può essere rimossa soltanto con la querela di falso, non trattandosi di una valutazione personale del professionista».

7. La valutazione della *testamenti factio activa* nel diritto inglese

Analoghe problematiche, generate sostanzialmente dall'invecchiamento della popolazione e dall'insorgere di malattie senili, sono percepite anche negli ordinamenti stranieri, in particolare nel diritto inglese. La *Law Commission* nel 2017 ha avviato una consultazione pubblica sull'opportunità di una riforma della legge sui testamenti, chiaramente riguardante anche il tema della valutazione della capacità di testare⁸⁷.

Va premesso che nel diritto inglese la libertà di disporre a causa di morte gode di un'autonomia molto più ampia di quella prevista nell'ordinamento italiano, mancando oltremania un istituto assimilabile alla quota di riserva dei legittimari ex art. 536 e ss. del codice civile. Ai parenti più stretti del *de cuius* (coniuge e figli) che si trovino in stato di bisogno finanziario è riconosciuto solo un assegno in denaro a carico dell'eredità⁸⁸. Di conseguenza, l'impugnativa del testamento per vizi del volere o incapacità si presta a un possibile uso difforme da quello suo proprio, essendo l'unico strumento azionabile dai soggetti che vogliono modificare lo *status quo* deciso dal testatore. Alla luce di ciò, l'esame sulla capacità a testare è fondamentale e molto delicato.

Nel diritto inglese vige un criterio assimilabile a quello italiano: la legge attribuisce a chiunque la capacità di testare, salvo casi espressamente previsti, tra cui l'ipotesi in cui il testatore sia *of unsound mind* (di mente non sana)⁸⁹.

Per valutare la capacità del testatore si ricorre ad un test elaborato nel *leading case Banks v. Goodfellow* del 1870⁹⁰, sostanziantesi in una prognosi

⁸⁷ Il periodo di consultazione si è chiuso il 10 novembre 2017; nel 2019 la Commissione ha dovuto sospendere il completamento del progetto sui testamenti per intraprendere la revisione della legge sui matrimoni, accettando la richiesta del Governo in tal senso. La Commissione ha riavviato il progetto sui testamenti e intende pubblicare un documento di consultazione supplementare nel settembre 2023. Gli esiti del primo periodo di consultazione sono confluiti nel report *Making a will (consultation paper 231)* del 2017.

⁸⁸ Si tratta della c.d. *financial provision*, istituita con l'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* del 1975.

⁸⁹ ANTONELLO MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Cedam, Padova 1995.

⁹⁰ Il caso riguardava il testamento di John Banks, proprietario di una considerevole proprietà di 15 cottage nel Lake District. Durante la sua vita, il signor Banks aveva sofferto di allucinazioni e di epilessia a causa delle quali aveva trascorso un periodo in manicomio. In particolare, il signor Banks credeva di ricevere frequentemente visite da diavoli o spiriti maligni e di essere perseguitato e molestato da un certo signor Alexander (soggetto

postuma di quattro elementi. In primo luogo, il *de cuius* deve essere consapevole della natura e degli effetti del testamento, comprendendo che si tratta dell'allocazione delle proprie risorse per il tempo in cui avrà cessato di vivere. In secondo luogo, il testatore deve rendersi conto del volume – ma non nel dettaglio – del proprio patrimonio. In terzo luogo, il *de cuius* deve essere capace di indicare i propri parenti superstiti, nonché i soggetti estranei alla famiglia che, tuttavia, potrebbero avanzare pretese verso l'eredità; ossia, è necessario che il *de cuius* sia in grado di comprendere i rapporti affettivi che lo legano ai beneficiari e la misura delle loro pretese qualora non venissero indicati come beneficiari nel testamento. Infine, il testatore non deve essere affetto da disordini mentali.

Il test di Banks, nonostante risalga al XIX secolo, continua ad essere utilizzato dai giudici⁹¹ nel condurre le indagini circa la capacità di intendere e volere del *de cuius*, alle volte con qualche modifica per adattarlo ai tempi moderni. Tuttavia, la *Law Commission* si interroga sull'attualità che esso può rivestire, atteso che è stato formulato prima di molti sviluppi fondamentali della medicina moderna. Uno dei rilievi è che l'attenzione rivolta ai disturbi della mente non riflette l'ampia gamma di fattori che – oggi – si ritiene possano influire sulla capacità di una persona. In particolare, secondo la *Law Commission*, il test non rifletterebbe l'importanza della demenza nel contesto della valutazione della capacità di intendere e di volere, risalendo ad un'epoca in cui “raramente le persone sopravvivevano alla loro mente”. Diversamente, nel mondo moderno, nel contesto di una società che invecchia sempre di più e in cui la demenza è sempre maggiormente diffusa, sostiene che vi sia spazio per la formulazione di nuovo test per la capacità testamentaria che, finalmente, consegnerebbe

defunto). Il 2 dicembre 1863, due anni prima di morire, il *de cuius* redigeva testamento lasciando i propri beni alla nipote, la quale, a sua volta, morì due anni dopo il *de cuius*. Il suo patrimonio, comprendente l'eredità del signor Banks, passò al suo fratellastro che, tuttavia, non era parente del signor Banks. A questo punto, il figlio del fratellastro di Banks intentava una causa di annullamento del testamento per incapacità di intendere e di volere.

⁹¹ È stato ripreso anche dal diritto nordamericano, ove prende il nome di *Greenwood-Baker test*, dai due *leading cases* *Greenwood v. Greenwood* e *Harwood v. Baker*. Anche se ogni Stato ha una propria versione giurisprudenziale del Greenwood-Baker test, ogni variante contiene generalmente i tre elementi seguenti: 1. capacità di conoscere la natura e il volume della propria ricchezza, 2. capacità di conoscere la natura e l'estensione della propria proprietà, e 3. capacità di fare un piano razionale per la distribuzione *post mortem* di tale proprietà. In questi termini, R. KEETON, *Balancing testamentary incapacity and undue influences: how to handle will contest of testators with diminishing capacity*, in 57 *S. Tex. L. Rev.* 53, 2015, 58 e ss.

il *Banks-test* alla storia. A riguardo, si può citare un caso⁹² in cui si discuteva sulla possibilità che la sofferenza e il dolore patiti dal *de cuius* in ragione di un lutto potessero riverberarsi sulla sua capacità a testare. Si è affermato che il *Banks-test* dovesse essere condotto in guisa da tenere conto dell'effetto del lutto tra gli altri fattori in grado di compromettere la capacità testamentaria: un'accortezza, questa, che il giudice del 1870, forse, non avrebbe avuto. In un caso del 2006, invece, la corte inglese confermava l'opportunità di mantenere il test in tutti i suoi elementi⁹³.

Quanto all'onere probatorio, tendenzialmente, anche nel diritto inglese, la *testamenti factio activa* non viene indagata fino a che qualcuno non impugni il testamento⁹⁴. Secondo un consolidato orientamento, è colui che vuole far valere il testamento ad essere onerato della prova della capacità al momento in cui il testamento è stato redatto⁹⁵; tuttavia, se il "*propounder*", colui che propone l'azione, riesce a dimostrare che il testamento è formalmente valido e abbia un contenuto razionale⁹⁶, l'onere della prova si sposta sulla controparte. Se questi, poi, adduce prove sufficienti a mettere in dubbio la capacità, spetterà al proponente darne accurata dimostrazione.

La giurisprudenza inglese ha, inoltre, individuato una c.d. *golden rule*⁹⁷ che dovrebbe essere sempre osservata in ipotesi di testatore anziano o affetto da una grave malattia, richiedendo, in questi casi, la presenza e l'assistenza nella redazione⁹⁸ del testamento di un medico che si sia

⁹² V. *Key v Key* [2010] EWHC 408 (Ch).

⁹³ V. *Sharp v Adam* [2006] EWCA Civ 449. Nella recente revisione dei vari test sulla capacità presenti nel common law, il British Columbia Law Institute ha concluso per la possibilità di mantenere immutato il *Banks-test*, osservando come sia ben consolidato nella giurisprudenza, con centinaia di anni di precedenti; si veda British Columbia Law Institute, *Report on Common-Law Tests of Capacity (BCLI Report no 73)*, 2013, pp. 40-46.

⁹⁴ V. *Kostic v Chaplin & Ors* [2007] EWHC 2298 (Ch).

⁹⁵ V. *Smee v Smee* (1879) 5 PD 84.

⁹⁶ V. *Symes v Green* (1859) 1 Sw & Tr 401.

⁹⁷ La *golden rule* viene individuata compiutamente in *Re Simpson* (1977) 121 SJ 224; in nuce: v. *Kenward v Adams* Times, November 29, 1975 (Ch D).

⁹⁸ È il Wills Act del 1837 a regolare la forma del testamento nel diritto inglese. Alla sezione 9 stabilisce che "nessun testamento sarà valido a meno che: (a) sia redatto per iscritto e firmato dal testatore o da un'altra persona in sua presenza e sotto la sua direzione; (b) risulti che il testatore intendeva con la sua firma dare effetto al testamento; (c) la firma è stata apposta o riconosciuta dal testatore in presenza di due o più testimoni presenti contemporaneamente; (d) ciascun testimone (i) attesti e firmi il testamento; o (ii) riconosce la propria firma, alla presenza del testatore (ma non necessariamente alla presenza di altri testimoni), ma non è necessaria alcuna forma di attestazione". Tuttavia, spesso, il testatore si fa assistere da un *draftman*, ossia da un avvocato incaricato di redigere la bozza del

accertato della capacità di intendere e di volere del testatore. Tuttavia, la *golden rule* è considerata una *best practice*⁹⁹ piuttosto che una norma di legge: la sua inosservanza non implica necessariamente l'invalidità del testamento e, coerentemente, il fatto che sia stata seguita non garantisce la validità del testamento qualora la capacità del testatore venga poi messa in discussione¹⁰⁰.

La *Law Commission* inglese, invero, sostiene l'insufficienza della *golden rule* e ne mette in evidenza alcuni aspetti critici, suggerendo al legislatore l'introduzione di un codice di condotta, rivolto ai professionisti (giuridici e medici) coinvolti nella redazione di un testamento, che definisca compiutamente quando, come e da chi debba essere valutata la capacità di testare¹⁰¹.

In particolare, si vorrebbero individuare una serie di "segnali d'allarme" al ricorrere dei quali compiere una valutazione più approfondita circa la capacità del testatore al momento della redazione dell'atto, in guisa da evitare controversie e limitare il più possibile le valutazioni retrospettive sulla capacità. Queste "*red flags*" potrebbero ricorrere in ipotesi di testatori non consapevoli del proprio patrimonio o che non ricordano se hanno già fatto testamento (o, eventualmente, il testamento precedente a chi giova), ovvero nei casi in cui il testamento venga redatto subito dopo un lutto o a seguito di una diagnosi di demenza.

Si discute, poi, sul chi debba condurre questo esame. La giurisprudenza rivela un contrasto di opinioni sulla preferibilità di demandare all'avvocato l'esame della capacità, ovvero ottenere una prova medica a posteriori nell'alveo di una causa di impugnazione. Parte della giurisprudenza sostiene¹⁰² che un parere di un avvocato abituato a prestare l'ufficio nei confronti di clienti anziani e che abbia presenziato all'atto, sia difficilmente sostituibile dalle dichiarazioni di un medico che non ha mai avuto un contatto con il *de cuius* e si limita all'esame della refertazione medica.

testamento, non paragonabile alla figura italiana del notaio.

⁹⁹ Il professionista che riceve il testamento non è obbligato ad adoperarsi per ottenere il parere del medico; tuttavia, tale omissione può comportare una responsabilità professionale. Così, F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore*, cit., p. 72-73.

¹⁰⁰ La finalità è quella di evitare che soggetto sprovvisto di adeguata capacità rediga un testamento, nell'ottica deflattiva del contenzioso che potrebbe derivarne. La presenza del parere positivo del medico, infatti, determina una presunzione di capacità che non è di semplice superamento da parte di coloro che sostengono l'incapacità.

¹⁰¹ Dal report della *Law Commission*, *Making a will (consultation paper 231)*, p. 40 e ss.

¹⁰² Il riferimento è a *Burges v Hawes*, [2013] EWCA Civ 94.

In altra pronuncia¹⁰³, invece, la giurisprudenza ha affermato che il parere dell'avvocato può non bastare nei casi in cui il *de cuius*, pur affetto da demenza, fosse in grado di mantenere una sufficiente *social façade to deceive an "incurious interlocutor"*, compreso il suo avvocato.

Infine, il codice di condotta auspicato dalla *Law Commission* dovrebbe stabilire in termini chiari come debba essere valutata la *testamenti factio activa*, ossia come debba essere applicato nella pratica il test operativo. Il test di riferimento potrebbe essere una revisione al *Banks-test* oppure il test del *Mental Capacity Act*. Quest'ultima legge, del 2005, prevede un test generalizzato per valutare la capacità di un soggetto, che si svolge in due punti: i) valutare l'esistenza di un disturbo nel funzionamento della mente; ii) in caso di risposta affermativa, valutare se il disturbo è sufficiente a far sì che il soggetto non abbia la capacità di prendere una determinata decisione. Un ulteriore problema sorto a riguardo del *Banks-test* è proprio quello del suo rapporto con il *Mental Capacity Act 2005* ("MCA"), poiché quest'ultima legge fornisce un unico test di capacità per un'ampia gamma di decisioni – in particolare quelle finanziarie, sanitarie e assistenziali – che possono essere prese per conto di una persona la quale non sia in grado di agire per i propri interessi. Dall'entrata in vigore dell'MCA, non è chiaro se i tribunali chiamati a decidere sulla validità di un testamento debbano utilizzare il test di capacità contenuto nell'MCA o continuare ad applicare il test di *Banks v Goodfellow*: l'opinione prevalente è che la capacità testamentaria continui a essere determinata da quest'ultimo.

8. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto è evidente l'urgenza di un intervento legislativo che indichi con maggior certezza le maglie attraverso cui l'interprete debba muoversi nella valutazione dei casi ove il testamento sia da ritenersi invalido per incapacità di intendere e volere, con il pregio di tutelare sia il testatore, sia gli eredi nominati e legittimari. Ciò in quanto, allo stato, ogni testamento redatto da un soggetto anziano è a rischio di impugnazione solamente perché promana da un anziano. Tuttavia, la prova dell'incapacità del testatore è talmente ardua da fornire e i suoi confini sono così labili che si potrebbe ritenere una *probatio diabolica*.

La proposta di introdurre l'obbligo per il *de cuius* anziano di affidare le proprie volontà ad un notaio, con conseguente rivisitazione della respon-

¹⁰³ Il riferimento è a *Ashkettle v Gwinnett*, [2013] EWHC 2125 (Ch).

sabilità notarile in materia di indagine sulla capacità e parallelo divieto di utilizzo delle forme olografe, non pare condivisibile fino in fondo, lasciando aperti molti interrogativi.

D'altronde, non può essere nemmeno condivisa la tesi che vede l'anziano sempre come un soggetto debole, solo e, perciò stesso, esposto a condizionamenti esterni idonei a fargli assumere decisioni non pienamente consapevoli. Non si può sostenere che il legislatore, per proteggere l'anziano dal decadimento fisico e psichico che naturalmente affligge quest'ultimo, debba necessariamente introdurre una presunzione di incapacità di agire.

Non appare ragionevole, infatti, ragionare sugli assoluti né in termini aprioristici, poiché è forte il rischio di veder sacrificate la partecipazione, la dignità e l'indipendenza del testatore. A voler prescindere dal caso concreto, si teme che, introducendo una presunzione di tal fatta, poiché insufficiente a garantire il raggiungimento dell'obiettivo, si possa giungere ad una privazione immotivata di un diritto fondamentale.

Allo stato, dunque, è centrale il ruolo del giudice nell'interpretazione della concreta vulnerabilità del testatore anziano. Nessuna situazione è uguale ad altra: l'eterogeneità dei fattori che possono portare a ritenere un certo soggetto capace ovvero incapace impediscono (al momento) l'individuazione di alcuna regola da seguire. Spetta al giudice¹⁰⁴, pertanto, l'esame pedissequo delle condizioni di psicologiche e fisiche del *de cuius*, dando rilievo anche ad altri indici utili contenuti nella scheda testamentaria, al fine di individuare la miglior tutela – sia pure postuma – per il testatore.

Bibliografia

- ALLARA M., *L'elemento volitivo nel negozio testamentario. Appunti a cura dell'assistente Carlo Sarasso*, Giappichelli, Torino, 1964.
- ARENA G., voce *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 909.
- ATTADEMO V., *Testamento redatto dall'inabilitato e capacità a ricevere del curatore*, nota a Cass. civ. 4 marzo 2020, n. 6709 in *Famiglia*, 2020, 515 e ss..

¹⁰⁴ Al giudice in composizione monocratica e non più al Collegio, tenuto conto della modifica introdotta dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 che ha disposto la modifica dell'articolo 50 bis del codice di procedura civile.

- AZZARITI F.S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1979, p. 326.
- AZZARITI G., nota a Tribunale di Viterbo, 14 aprile 1987, in *Giur. merito*, 1988, 767.
- BACCIARDI E., *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 293 e ss..
- BARBA V., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, ESI, Napoli 2015.
- BARIONI G., *La verifica dell'incapacità nell'atto pubblico. Il ruolo ed il rischio del notaio*, in "Il crepuscolo della persona, l'incapacità oggi", Relazione convegno nazionale Modena 21 novembre 2014.
- BENEDETTI A.M., *Il testamento dell'incapace naturale*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura di S. Pagliantini e A.M. Benedetti, ESI, Napoli, 2013, p. 69.
- BONILINI G. *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, ottava ed. aggiornata, UTET, Torino, 2016.
- BONILINI G., *Beneficiario di amministrazione di sostegno, e privazione, da parte del giudice tutelare, della capacità di testare*, in *Fam. dir.*, 2016, 3, 288.
- BONILINI G., in *Il testamento dell'infermo di mente*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, ESI, Napoli, p. 511 e ss.
- BONILINI G., *La capacità di disporre per testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, Giuffrè, Milano 2009, p. 157 e ss.
- BONILINI G., *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 586.
- BONZIGLIA S., ANGLÉSIO A., *Testamento e capacità*, in *Il testamento dell'incapace. Introduzione di Roberto Calvo*, a cura di R. Ambrosio, A. Anglesio et al., ESI, Napoli, 2013.
- BRIZZOLARI V., *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 5, 763 e ss.
- BUCELLI A., *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 711 e ss.
- BULDINI A., *Incapacità naturale e invalidità del testamento*, nota a Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. dir.*, 2007, 676.

- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino, pp. 659-660.
- CANTELLI S., LA MASTRA C., PERUZZI S., *Strumenti tecnici per la valutazione delle capacità*, in *La valutazione delle capacità di agire*, a cura di A. Bianchi, P.G. Macrì, Cedam, Padova, 2011.
- CARICATO C., *La solitudine del testatore anziano*, in *Familia*, 2019, 549.
- CARNELUTTI F., nota a Corte d'appello di Torino, udienza 31 luglio 1941, in *Il foro italiano*, 1941, 66, p. 1165-1169.
- CERSOSIMO C., *Ageing testator*, in *Familia*, 15 ottobre 2019.
- CICERO C., *Il (falso?) problema della contrattualizzazione del diritto successorio*, «Rivista del notariato», 2, 2022, p. 153 e ss.
- CICU A., *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 111.
- CINQUE M., *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità senile»*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 361 e ss.
- CINQUE M., *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'«ageing testator»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1030 e ss.
- COPPOLA C., *L'incapacità naturale del testatore*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 521 e ss.
- COPPOLA I., *Sul contenuto, sulla scrittura e sulla conservazione del testamento olografo*, in *Familia*, 24 maggio 2022.
- CORAPI G., *L'annullabilità del testamento*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, 1581.
- DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976.
- DE NOVA G., *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, p. 277.
- DE ROSA M.L., *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, in *Pers. fam. e succ.*, 2012, p. 912 e ss.
- FUSARO A., *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2019.
- FUSARO A., *Il notaio indagatore della capacità di autodeterminazione*, in *Notariato*, 2020, I, p. 7 e ss.
- FUSARO A., *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, p. 408.
- GAMBINI M., *Commento sub art. 591*, in *Delle Successioni*, artt. 565-712, a

- cura di V. Cuffaro e F. Delfini, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. Gabrielli, Giuffrè, Milano, 2010, p. 215.
- GENOVESE A., *Annulamento del testamento per incapacità naturale e onere della prova*, nota a Cass., 10 marzo 2014, n. 5527, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 577.
- GENOVESE A., *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, I, pp. 193 e ss.
- GIROLAMI M., *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 562 e ss.
- INTRONA F., *Il deterioramento mentale su base organica: valutazioni medico-legali diverse in ambiti diversi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 134.
- KEETON R., *Balancing testamentary incapacity and undue influences: how to handle will contest of testators with diminishing capacity*, in *57 S. Tex. L. Rev.* 53, 2015, 58 e ss.
- LA PORTA U., *Infermità di mente, capacità di agire e regime probatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, I, p. 195 e ss.
- LECCESE E., *Capacità e neuroscienze cognitive: un dialogo con il Prof. Stanzone*, in *Comp. dir. civ.*, 1, 2020, p. 87 e ss.
- LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, «Rivista del notariato», 1988, p. 1216.
- LOSANA C., *La capacità di testare del non ancora interdetto per infermità di mente*, nota a Cass. 25 luglio 1930, in *Foro.it*, 1930, I, p. 1025 e ss.
- MARTINO M., *Casi d'incapacità (art. 591)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1167.
- MIRANDA A., *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Cedam, Padova, 1995.
- MONOSI S., TACCONE N., Studio CNN n. 623-2016/C, *L'amministrazione di sostegno*.
- MUSOLINO G., *L'incapacità naturale nel testamento*, nota a Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, 559.
- MUSOLINO G., *La capacità di testare*, nota a Cass., 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Riv. not.*, 2002, 1531.
- ONDEI E., *Gli stati emotivi e passionali nel diritto civile*, nota a Cass. civ., 5 gennaio 1950, n. 48, in *Foro pad.*, 1951, I, p. 23 e ss.
- PADOVINI F., *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Giuffrè, Milano 1990.
- PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Jovene, Napo-

li, 1983.

PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, ESI, Napoli 2003.

PATTI F.P., *Valutazione della capacità del testatore e forma del testamento*, in *Nuovi modelli di Diritto Successorio: prospettive interne, europee e comparate. Atti del convegno*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2020, pp. 43 e ss.

PATTI S., *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, 992 e ss.

PATTI S., *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova dei mezzi fraudolenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1063 e ss.

PATTI S., *Testamento della persona «vulnerabile», principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Famiglia*, 2017, 6, 635 e ss.

PERLINGERI C., *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, 330 e ss.

PERLINGIERI G., *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. Dir. civ.*, 2005, 273 e ss.

PISCHETOLA A., *L'accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, in *Riv. not.*, 2003, II, p. 397.

PUTORTÌ V., *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Giuffrè, Milano 1991.

PUTORTÌ V., *Il divieto di patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, *Diritto delle successioni e della famiglia*, II, 3, ESI, 2016, pp. 845 e ss.

PUTORTÌ V., *I contratti post mortem*, «Rassegna di diritto civile», 2012, p. 768 e ss.

QUERCI A., *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime?*, in *Contr. Impr.*, 6, 2012, 1466 e ss.

RESCIGNO P., voce *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1998, p. 214.

RESCIGNO P., *Attualità e destino dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, G. Bonilini et al., CEDAM, Padova 1995.

SASSI A., *Commento sub art. 591 cod. civ.*, in A. Sassi, S. Stefanelli, *Incapacità testamentarie. artt. 591-600*, in *Cod. civ. comm.*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2014,

p. 49 e ss.

- SCOGNAMIGLIO C., *La capacità di disporre per testamento*, nel *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, 2° ed., Cedam, Padova, 2010, 747.
- SPATUZZI A., *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, in *Corr. giur.*, 2020, 2.
- TAMBURRINO G., voce «*Testamento (dir. priv.)*», in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 475.
- TRABUCCHI A., *Ancora sulla capacità a far testamento*, nota a Cass., 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. It.*, 1961, I, 1304.
- TRAISCI FRANCESCO PAOLO, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, ESI, Napoli 2014.
- VENTURELLI A., *Incapacità naturale del testatore e conoscibilità dell'esecuzione testamentaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 759 e ss.
- VENTURELLI A., *La capacità di disporre per testamento*, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, 83 ss.
- VIGNUDELLI L., *Sull'unità di misura dell'incapacità naturale del testatore*, nota a Cass., 11 gennaio 2012, n. 166, in *Fam. dir.*, 2012, 894.
- VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Giuffrè, Milano 1986.
- ZAMBRANO V., *Le neuroscienze, la capacità e la radiografia della macchina del pensiero*, in *Comp. dir. civ.*, 2018, 2, pp. 6-32.
- ZACCARIA A., *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, CEDAM, Padova 1988.

L'utilizzo dello schema negoziale del trust a sostegno della persona: punti fermi e questioni aperte a trent'anni dalla ratifica della Convenzione dell'Aja sui trust

Giulia Binato

Abstract. A oltre trent'anni dalla ratifica della Convenzione de L'Aja del 1985, il trust è un istituto che, in Italia, incontra ancora notevoli difficoltà applicative. Ciò appare particolarmente vero con riferimento al c.d. trust di sostegno, cioè al trust destinato alla tutela di soggetti fragili, anche dopo l'adozione della legge n. 112 del 2016 (c.d. legge sul "dopo di noi"). Il contributo si propone di riflettere su se e in quali termini, allo stato attuale, si possa parlare di un modello italiano di trust. A tal fine, analizza il modello di trust proposto dalla Convenzione de L'Aja e le sue interpretazioni applicative in Italia. L'indagine si sofferma sul contenuto minimo della legge regolatrice del trust, sul perfezionamento del trust e sulla validità degli atti di trasferimento di beni in trust. Da ultimo, analizza una recente decisione del Tribunale di Padova, che qualifica l'intestazione a titolo gratuito a terzi di conti correnti da amministrarsi in favore di un beneficiario disabile alla stregua di un trust *inter vivos* con effetti *post mortem*.

Parole chiave: trust – Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento – legge sul "dopo di noi" – atti di trasferimento di beni in trust – trust di diritto interno

Sommario: 1. Il trust nella Convenzione de L'Aja del 1985. 2. Il significato di "trust creato volontariamente" e l'*express trust* nel diritto inglese. 3. La legge regolatrice ed il riconoscimento del trust: la distinzione dottrinale tra trust di diritto estero e trust interno. 4. Il rapporto tra atto istitutivo e atti di trasferimento dei beni in trust. 5. Il trust nella legge 22 giugno 2016, n. 112

(c.d. legge sul “dopo di noi”). 6. L’intestazione a terzi di un conto corrente da amministrarsi temporaneamente nell’interesse di un beneficiario come ipotesi di trust? 7. Conclusioni.

1. Il trust nella Convenzione de L’Aja del 1985

La Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento è stata ratificata dall’Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992¹. Ad oltre trent’anni dalla ratifica, il trust ha trovato una sua diffusione in Italia, come testimoniano sia le numerose decisioni in materia civile e tributaria², sia le prassi notarili³.

La Convenzione sui trust contiene un complesso di 30 articoli, suddivisibili in due macroaree. Un primo gruppo di norme include gli elementi che consentono all’interprete di identificare l’esistenza di un trust tutelato dalla Convenzione. In tale alveo vanno ricondotte le disposizioni relative al campo di applicazione della Convenzione (Capitolo I, artt. 1-5) e la tematica della legge applicabile al trust (Capitolo II, artt. 6-10). Un secondo gruppo di norme, invece, si occupa della riconoscibilità di un atto – configurabile come trust ai sensi delle disposizioni precedenti - in un ordinamento diverso da quello a cui appartiene la legge scelta dal disponente (Capitolo III, artt. 11-14). In questo contesto sono stabilite anche disposizioni che consentono agli Stati di non riconoscere effetti al trust, ai fini di tutelare le proprie norme imperative (Capitolo IV, artt. 15-25).

Se si intenda comprendere l’istituto del trust a partire dalla Convenzione è necessario fare riferimento, *in primis*, all’art. 2, co. 1, CAT, il quale afferma che «per trust s’intendono i rapporti giuridici istituiti da una

¹ Da ora in poi, anche la “Convenzione sui trusts”, la “Convenzione del 1985”, la “Convenzione” o “CAT”.

² Nel 2012, la dottrina aveva raccolto quasi duecento pronunce – civili, penali e tributarie – in materia di trust. Si veda, M. LUPOLI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, «Rivista del notariato», 2012, pp. 513-523: 513.

³ Plurimi contributi dottrinali si occupano delle responsabilità del notaio nella redazione di atti istitutivi di trust. *Ex multis*, si vedano: R. LENZI, *Responsabilità del notaio nelle operazioni difensive del patrimonio*, «Giurisprudenza italiana», 2017, pp. 2541-2549; M.C. ANDRINI, *Nullità del trust autodichiarato: la responsabilità del notaio*, «Trusts e attività fiduciarie», 2021, pp. 116-129; C. NATOLI, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell’esperienza notarile*, «NGCC», 2020, pp. 851-866.

persona, il disponente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato».

Innanzitutto, la Convenzione non fornisce una definizione di trust, al pari di quanto accade anche nella stessa dottrina anglosassone⁴. Piuttosto, le disposizioni convenzionali cercano di ottimizzare il processo di individuazione del fenomeno giuridico da parte dell'interprete di *civil law*. A tal fine, forniscono una descrizione di alcuni requisiti sostanziali che determinano l'ossatura minima del trust.

Nello specifico, l'istituto del trust può venire in considerazione ogni qualvolta un soggetto - che assume la qualità di disponente o, in inglese, di *settlor of the trust* -intenda destinare un singolo bene - o un complesso di beni, diritti e/o rapporti giuridici - al perseguimento di specifici obiettivi, da lui stesso determinati. A tal fine, il *settlor* si priva del patrimonio che ha individuato allo scopo e lo trasferisce a un soggetto denominato trustee, a cui compete la gestione di esso. Di conseguenza, l'art. 2, co. 2, lett. a), CAT statuisce che i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee. La successiva lettera b) del medesimo comma specifica che i beni devono comunque essere intestati al trustee o ad altra persona per conto del trustee.

Viene così circoscritto uno dei "dati tipologici"⁵ del trust. Da un lato, i beni vengono sottratti alla libera disponibilità del disponente e ancorati allo scopo della destinazione, corrispondente agli interessi dei relativi

⁴ Per tutti, nella dottrina di *common law*, si veda Parkinson: «There can be no area of law in which there is more confusion about basic definitions than the law of trusts»; P. PARKINSON, *Reconceptualising the express trust*, «Cambridge Law Journal», 2002, p. 657. Maurizio Lupoi, uno dei maggiori studiosi della materia dei trusts, evidenzia come la mentalità del giurista di diritto civile debba necessariamente arrendersi all'inesistenza di una definizione di trust. Egli scrive: «Un giurista di diritto civile cercherebbe per istinto una definizione di "trust" su cui fare affidamento, sperando di trovarla in una legge o altrimenti in una frase generalmente adottata dalla dottrina (una mente di diritto civile non annovera l'autorità giudiziaria tra i soggetti autorizzati a pronunciare definizioni legali), e allora si trova sbilanciato quando la ricerca di una simile definizione non lo conduce ad alcunché»; M. LUPOI, *I trust e la loro comprensione comparatistica*, «Trusts», 2022, p. 5. Allo stesso tempo, una perimetrazione del fenomeno appare sempre indispensabile, «per ragioni di allineamento di vocabolario (e di ragionamento) tra chi parla (o scrive) di trust e chi ascolta (o legge)»; A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2020, p. 2.

⁵ L'espressione è di G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, «Rivista del notariato», 2020, pp. 1091-1165: 1110.

beneficiari⁶. Contestualmente, la segregazione patrimoniale⁷ si verifica anche con riguardo al patrimonio del trustee, che mai acquista la libera disponibilità dei beni a lui formalmente intestati⁸. Tale elemento appare indispensabile perché la destinazione del patrimonio agli interessi dei beneficiari sia effettiva⁹.

Il trustee diviene dunque titolare dei beni e dei diritti che gli sono attribuiti¹⁰. Tuttavia, egli può disporre solo nella misura necessaria a

⁶ Scrive D'Amico: «[...]se ci si interroghi su cosa significhi “destinare” un bene ad uno scopo (ovvero – detto altrimenti- imporre ad un bene un vincolo di destinazione), è agevole rispondere che ciò significa (comunque, e anzi tutto) limitare la facoltà di uso e la facoltà di disposizione del proprietario di tale bene»; G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, «Rivista di diritto civile», 2014, pp. 525-546: 525.

⁷ La dottrina italiana si è occupata del fenomeno della separazione patrimoniale sin da tempi risalenti. Un elemento comune alle varie definizioni proposte sembra essere la distinzione tra due diverse ipotesi di separazione. In una prima ipotesi di separazione, il patrimonio separato risponde delle sole obbligazioni collegate alla destinazione ed il patrimonio generale risponde per obbligazioni diverse dalla destinazione. Una seconda ipotesi riguarda una separazione in cui il patrimonio generale risponde sussidiariamente delle obbligazioni collegate alla destinazione. Con riferimento a tale binomio si è parlato di separazione bilaterale e unilaterale, v. AUGUSTO PINO, *Il patrimonio separato*, CEDAM, 1950, p. 19; di patrimoni separati chiusi e aperti, v. GIUSEPPE DONADIO, *I patrimoni separati*, Luigi Macrì Editore, 1941, p. 17. Ancora, si è fatto riferimento all'esistenza di una separazione patrimoniale perfetta e imperfetta e ritenuto che si dovrebbe parlare di patrimonio “autonomo” e non di patrimonio segregato nell'ipotesi in cui il nucleo patrimoniale sia in mano a più soggetti e sia distinto dai patrimoni individuali di ciascuno; A. BUONFRATE, *Patrimonio destinato e separato (voce)*, «Digesto Civile», 2007.

⁸ Qualora la legge istitutiva del trust preveda la c.d. separazione patrimoniale bilaterale o perfetta, l'art. 11 co. 2 CAT esplicita che il riconoscimento del trust implica che «a) che i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust; b) che i beni in trust siano segregati rispetto al patrimonio del trustee in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento; c) che i beni in trust non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del trustee». Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2020, p. 9 ss.

⁹ Cfr., *ex multis*, A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 40; S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione e trust*, «Giurisprudenza Italiana», 2007, pp. 1298-1312.

¹⁰ Nel diritto anglosassone si ritiene che il trust costituisca una forma di proprietà. Ogni volta che viene creato un trust, infatti, avviene anche una distinzione tra “*legal ownership*”, che corrisponde alla titolarità formale dei beni, ed “*equitable ownership*”, la quale descrive i diritti di godimento dei beneficiari. In tal senso, per tutti, P. PARKINSON, *Reconceptualising the express trust*, cit., p. 657; D.W.M. WATERS, *The nature of the Trust Beneficiary's Interest*, 1967, «Can. B.R.», p. 221. Per tali ragioni, la dottrina risalente escludeva la compatibilità del trust con il nostro ordinamento. In particolare, si riteneva che il trust introducesse una “proprietà fiduciaria”, cioè una proprietà solo formale, in quanto fortemente compressa dal vincolo di destinazione e circoscritta anche nel tempo, incompatibile tanto con le caratteristiche della proprietà nel nostro ordinamento, quanto con il

conseguire le finalità che il disponente ha impresso al trust, le quali, generalmente, consistono nell'attribuzione di un vantaggio ad uno o più beneficiari individuati.

L'indipendenza del trust dalla persona del trustee richiede altresì di porre l'attenzione sulla necessità che l'atto istitutivo consideri la successione nell'ufficio di trustee¹¹ e individui una norma che espliciti la destinazione dei fondi residui alla cessazione dell'ufficio di trustee¹². Analogamente, andrà regolata l'ipotesi di cessazione del trust. Con frequenza, infatti, in sede di istituzione del trust il disponente stabilisce un termine finale, dopo il quale il patrimonio del trust va devoluto in favore di soggetti che divengono i beneficiari finali del trust¹³.

Si ritiene comunque in dottrina che il trust possa cessare anche per una serie di cause "patologiche"¹⁴, ipotesi cioè conseguenti a fatti non previsti dal disponente, che rendono non più possibile la continuazione della gestione fiduciaria da parte del trustee. Tra queste, appare opportuno in questa sede ricordare le tre cause più frequenti. In particolare, il trust potrebbe cessare *ante tempore*, per l'impossibilità sopravvenuta di perseguire gli obiettivi a cui era preordinato, per il perimento dell'intero patrimonio vincolato in trust, nonché per la sopravvenuta mancanza dei beneficiari¹⁵.

Infine, il trustee è investito del potere - e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto - di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee. Il tema dei diritti, obblighi e responsabilità del trustee appare in sé estremamente articolato¹⁶. Quanto preme sottolineare, tuttavia, è

numero chiuso dei diritti reali. Cfr. *ex multis*, C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, «Rivista di diritto commerciale», 1936, p. 548 ss: 551; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012⁹, p. 180.

¹¹ Per tali ragioni, l'atto istitutivo determina il numero massimo di trustee, le caratteristiche personali che devono possedere e a chi spetta il potere di nominare trustee successivi al primo; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 38.

¹² Solo alcuni diritti stranieri consentono al trustee di appropriarsi del residuo, quale "indennità" per le attività svolte. Cfr. N.D. LATROFA, A. SEMPRONI, *Il passaggio di consegne tra trustee: dagli ordinamenti d'origine alla prassi italiana*, «Trusts e attività fiduciarie. Quaderni 15», Wolters Kluwer Italia, 2023, p. 139 ss.

¹³ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 66.

¹⁴ Così, A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 246.

¹⁵ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 67.

¹⁶ A titolo esemplificativo e non esaustivo, il trustee potrebbe avere diritto a un compenso,

che l'individuazione di tali profili in atto istitutivo del trust o – in difetto, secondo la legge applicabile al trust – è essenziale rispetto alle finalità dell'istituto.

Non è un caso, dunque, che l'art. 8, co. 2, CAT preveda che la legge regolatrice del trust deve regolamentare: «a) la nomina, le dimissioni e la revoca dei trustee, la capacità di esercitare l'ufficio di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee; b) i diritti e obblighi dei trustee tra di loro; c) il diritto del trustee di delegare in tutto o in parte l'adempimento dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri; d) il potere del trustee di amministrare e di disporre dei beni in trust, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni; e) il potere del trustee di effettuare investimenti; f) i limiti relativi alla durata del trust ed ai poteri di accantonare il reddito del trust; g) i rapporti tra trustee e beneficiari, compresa la responsabilità personale del trustee nei confronti di questi ultimi; h) la modifica o la cessazione del trust; i) la distribuzione dei beni in trust; j) l'obbligo del trustee di rendere conto della sua gestione».

Tale norma è stata dunque interpretata in dottrina nei termini di espressione di un contenuto minimo che la legge applicabile deve regolamentare affinché l'atto negoziale in questione sia riconoscibile come trust ai sensi della Convenzione¹⁷.

2. Il significato di trust “creato volontariamente” e l'*express trust* del *common law* inglese

Negli anni che hanno seguito la ratifica della Convenzione, la dottrina italiana si è ampiamente interrogata sulla sua portata e natura giuridica. Al centro del dibattito, si collocava la necessità di comprendere se la Convenzione sui trust appronti esclusivamente degli strumenti di diritto internazionale privato uniforme o, piuttosto, persegua l'intento di introdurre una disciplina di diritto sostanziale uniforme¹⁸.

la facoltà di effettuare investimenti o, ancora, di delegare alcune delle sue attività. Tra i doveri, si enumerino quelli di rendiconto, ma anche gli obblighi di imparzialità e la risoluzione di ipotesi di conflitto di interessi. Sul punto, *ex multis*, si vedano le pagine scritte da A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 307 ss.

¹⁷ In tal senso, *ex multis*, R. LENZI, *Operatività del trust in Italia*, «Rivista del notariato», 1995, A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 40.

¹⁸ Sulla distinzione tra convenzioni di diritto internazionale privato uniforme e norme di diritto materiale uniforme si veda, per tutti, FRANCO MOSCONI, CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I. Parte Generale*, UTET Giuridica, 2020, pp. 24-26.; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2021,

Tale distinzione, che *prima facie* può apparire meramente accademica, non è affatto priva di conseguenze.

La qualifica della Convenzione come trattato di diritto internazionale privato uniforme significa infatti ritenere che essa ponga esclusivamente un numero di norme di diritto internazionale privato comuni agli Stati firmatari, per consentire il riconoscimento dell'efficacia dell'istituto di *common law* del trust¹⁹. Qualora si aderisca a tale impostazione, la Convenzione non solo recepirebbe la descrizione dell'istituto del trust nei Paesi di *common law*, ma andrebbe comunque anche interpretata alla luce di alcuni principi che caratterizzano l'istituto nel mondo anglosassone²⁰.

A sostegno di tale prospettazione potrebbero deporre almeno due argomenti. Innanzitutto, la stessa premessa della Convenzione espressamente cita il trust anglosassone, come istituto giuridico creato dalle corti di *equity* dei paesi di *common law*²¹. Inoltre, un implicito riferimento ai principi di *common law* in materia di trust apparirebbe conforme alla non

p. 15 ss; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, 2005, p. 64 ss.; L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, «Rivista critica del diritto privato», 2012, pp. 211-240.

¹⁹ Tra gli autori italiani che aderiscono a tale impostazione, A. GAMBARO, *Il trust in Italia*, «Le Nuove Leggi Civili Commentate», 1993, p. 1211; R. LENZI, *Operatività del trust in Italia*, cit., p. 1382. Secondo il giurista britannico Honoré, le disposizioni convenzionali avrebbero eliso solo gli elementi "inessenziali" del trust di *common law*. Nelle sue parole, elementi inessenziali sarebbero, da un lato, la configurazione espressa di due diversi titoli proprietari (*legal and equitable title*), dall'altro il riferimento al sistema di *equity*; T. HONORÉ, *Trusts: The Inessential*, in J. GETZLER, *Rationalising Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, Oxford University Press, 2005, p. 7 ss.

²⁰ In particolare, nella dottrina straniera, tale impostazione sarebbe preferibile anche perché la materia dei trust male si concilia con i principi di *civil law* in materia di proprietà e obbligazioni; E.G. GAILLARD, D.T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, «American Journal of Comparative Law», 1987, p. 310. Tali difficoltà apparirebbero ben spiegate dalla corrispondenza intercorsa nella metà del Novecento tra lo storico del diritto inglese Maitland ed il costituzionalista tedesco Von Gierke. Quest'ultimo, infatti, scriveva al collega di non comprendere l'istituto del trust e se lo stesso dovesse annoverarsi tra i diritti reali o i diritti personali. A causare le sue difficoltà di comprensione era la circostanza che il diritto inglese non riconoscesse una distinzione netta tra diritti che possono farsi valere solo nei confronti della persona che li ha garantiti (caratteristica delle obbligazioni nei diritti di *civil law*) e diritti che possono farsi valere *erga omnes* (caratteristica della proprietà). Sul tema, si vedano le analisi di P. MATTHEWS, *The place of the trust in English law and in English life*, «Trusts & Trustees», 2013, pp. 242-254.

²¹ Il testo inglese della premessa alla Convenzione sui trust è il seguente: «[...]Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution [...]».

riconducibilità dell'istituto alle categorie concettuali degli ordinamenti di *civil law*²².

A contrario, la dottrina maggioritaria in Italia ritiene che la Convenzione sui trust abbia dettato delle norme materiali uniformi e introdotto una propria figura di trust²³, dotata di connotati autonomi²⁴. Secondo tale interpretazione, la Convenzione si sarebbe preoccupata di individuare una struttura base per l'istituto del trust. Questa struttura sarebbe compatibile con tutti i sistemi giuridici e sufficientemente elastica da tutelare anche atti negoziali che non sarebbero propriamente riconducibili alla figura del trust anglosassone²⁵. Per essere più precisi, essa definirebbe i fondamenti di un negozio – sia unilaterale che bilaterale – che produce effetti di destinazione patrimoniale, cioè segrega un patrimonio per scopi considerati meritevoli di tutela²⁶. Supporterebbe questa interpretazione anche la circostanza che la Convenzione abbia “spogliato” l'istituto del trust da ogni riferimento ai principi di *equity*²⁷.

Nella persistente divergenza delle opinioni dottrinali, l'analisi delle disposizioni della Convenzione non appare dirimente. Risulta tuttavia arduo cercare di ricostruire l'istituto del trust, se non si abbia contezza dei caratteri che esso ha assunto storicamente nel diritto inglese.

²² Come evidenziato da Giardini, nell'ambito del *common law*, la modalità di distinguere le materie è di carattere funzionale e non concettuale; FEDERICA GIARDINI, *Testamento e sopravvenienza*, CEDAM, 2003, p. 35. Ivi già si postulavano anche le possibili difficoltà che il trust pone rispetto ai principi che regolano la successione nell'ordinamento italiano.

²³ Diffusa in dottrina è la dicitura “trust amorfo”, elaborata negli anni Novanta da M. LUPOI, *Il trust amorfo*, «Vita notarile», 1992, p. 51 ss.

²⁴ Nel senso che l'istituto del trust introdotto dalla Convenzione de L'Aja non sia sovrapponibile al trust anglosassone, in dottrina, tra gli altri: CLELIA BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, G. Giappichelli Editore, 2015, p. 47; L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, «NGCC», 2013, pp. 622-643; MAURIZIO LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit.; M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Convention with particular regard to the Italian experience*, in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, pp. 29-82: 52.

²⁵ CLELIA BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, cit., p. 58 ss; L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., pp. 622-643.

²⁶ Così, L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, «NGCC», 2013, pp. 622-643: 629.

²⁷ M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Convention with particular regard to the Italian experience*, in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, pp. 29-82: 50.

Innanzitutto, la Convenzione recepisce la terminologia di *common law* “*legal relationship*”. La dottrina anglosassone concorda infatti nel riferirsi al trust come una «relazione, riconosciuta dall'*equity*, che si crea quando la proprietà è trasferita ad una persona (chiamata trustee) che è obbligata a custodirla o amministrarla nell'interesse di un'altra persona (chiamata beneficiaria)»²⁸. L'utilizzo del termine “*relationship*” risponde ad un dato acquisito dalla scienza comparatistica, cioè che, anche quando sia configurabile come accordo, l'atto istitutivo del trust non è mai un contratto²⁹ nei sensi della mentalità giuridica di *civil law*³⁰.

Inoltre, l'art. 3 CAT specifica che la Convenzione si applica ai soli trust istituiti volontariamente (“*created voluntarily*”) e provati per iscritto. Secondo la dottrina anglosassone, tale regola sarebbe espressione di consapevolezza rispetto all'estraneità del trust alla mentalità giuridica del giurista di *civil law*: di conseguenza, la Convenzione si applicherebbe alle sole ipotesi in cui il trust risulti in maniera chiara e certa, cioè al c.d. trust espresso³¹.

Nel mondo anglosassone, tre sono considerati gli aspetti essenziali del trust espresso, generalmente indicati come le c.d. tre certezze (*three certainties*). Il primo elemento attiene alla esistenza di una seria volontà di creare un trust, cioè alla c.d. certezza dell'intenzione (*certainty of intention*). Negli anni, la giurisprudenza inglese ha specificato che non appare necessario che l'atto negoziale sia stato espressamente denominato come “trust” dal disponente. Tuttavia, l'intenzione di creare un trust deve essere desumibile in maniera inequivocabile dalle parole che egli

²⁸ In tal senso, per tutti, si vedano: LIONEL ARISTON SHERIDAN, GEORGE WILLIAMS KEETON, *The Law of Trusts*, Barry Rose Law Publishers, 1993, p. 3; THE HONORABLE SOCIETY OF KING'S INNS, *Equity and the Law of Trusts: Course Manual*, The Honorable Society of King's Inns, 2022, p. 194; JAMIE GLISTER, JAMES LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, Sweet and Maxwell, 2015²⁰, p. 244.

²⁹ La circostanza sarebbe confermata anche dall'art. 1, co. 2, lett. H) del Regolamento EU n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali che esclude dall'ambito di applicazione «la costituzione di «trust» e i rapporti che ne derivano tra i costituenti, i «trustee» e i beneficiari». In senso contrario, nella dottrina italiana non sono mancate le configurazioni dell'istituto in termini contrattuali. Così, in particolare, P. PARDOLESI, *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, «Trusts e attività fiduciarie», 2020, pp. 503-528. Parla invece di una “moda” di riferirsi ad aspetti “contractarian” del trust, M. LUPOI, *I trust e la loro comprensione comparatistica*, cit., p. 11.

³⁰ Sul punto, *ex multis*, si vedano le analisi di M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 6-8.

³¹ E.G. GAILLARD, D.T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, cit., p. 318.

ha utilizzato³². L'analisi delle espressioni e degli intenti del disponente è indispensabile, ad esempio, ai fini di distinguere un trust da una donazione, considerato che, in quest'ultima ipotesi, chi riceve i beni ne ottiene la piena e totale disponibilità³³.

La seconda caratteristica fondamentale del trust espresso è che esso può esistere solo in relazione ad un bene o ad un complesso di beni o diritti che siano esattamente determinati (c.d. certezza dei beni, *certainty of subject matter*). Tale profilo merita di essere approfondito, per comprendere come i requisiti dell'oggetto del trust non siano affatto sovrapponibili ai requisiti dell'oggetto del contratto dettati dal codice civile italiano. Innanzitutto, non sono ammessi trust su beni futuri³⁴. Inoltre, non appare sufficiente che i beni oggetto del trust siano determinabili: la giurisprudenza di *common law* ha tradizionalmente ritenuto inefficaci disposizioni generiche quali "la totalità dei miei beni" o "tutto ciò che sarà rimasto alla mia morte"³⁵.

Infine, con l'espressione *certainty of objects* si fa riferimento alla certezza circa l'individuazione dei beneficiari. In particolare, quando i beneficiari siano più di uno o vengano individuati sulla base della loro appartenenza a una categoria (ad esempio, "nipoti") non deve apparire dubitabile chi appartenga a tale categoria³⁶.

Sarebbero dunque esclusi dal novero dei trust riconoscibili ai sensi della Convenzione le forme di trust che, nel diritto anglosassone, hanno la loro fonte in una pronuncia giurisprudenziale³⁷. Tale limitazione apparirebbe confermata anche dal successivo art. 20, comma 1, CAT, il quale consente agli Stati firmatari di dichiarare, in ogni momento, «che le

³² J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, cit., p. 293.

³³ C. BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, cit., p. 20.

³⁴ J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, cit., p. 295.

³⁵ Inoltre, ad esempio, è stato ritenuto indeterminato un trust che abbia ad oggetto "le risorse necessarie secondo diritto ad assicurare alla persona gli alimenti"; J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, Sweet and Maxwell, 2015, p. 296.

³⁶ L'incertezza di alcuni termini, come "parenti" o "familiari" è stata talvolta superata attribuendo al *trustee* l'interpretazione "autentica" del termine, a mezzo di una clausola espressa; J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, cit., p. 301.

³⁷ La figura più diffusa nella prassi è quella del *constructive trust*. Si tratta di una figura in cui, pur mancando gli elementi identificativi del trust espresso, avuto riguardo alle concrete circostanze e ad una serie di plausibili indici interpretativi, la Corte ravvisi il fondamento equitativo del trust nella fattispecie. Sul punto, per tutti, si vedano gli studi di M. SERIO, *Profili del trust nel diritto inglese: uno studio per fattispecie*, «Europa e Diritto Privato», 2021, 221-295: 238-242.

disposizioni della Convenzione saranno estese ai trusts costituiti in base ad una decisione giudiziaria»³⁸.

Sulla base di tali premesse, sembrerebbe doversi escludere anche la riconoscibilità dei c.d. *implied trusts*³⁹. Si tratta di trust che originano da comportamenti concludenti: manca il ricorso ad un atto istitutivo espresso, ma ci si troverebbe comunque davanti ad una manifestazione non equivocabile di volontà⁴⁰. Secondo parte della dottrina italiana, non sarebbe possibile escludere a priori che essi, se provati per iscritto, possano trovare riconoscimento ai sensi della Convenzione de L'Aja⁴¹. Secondo altra parte della dottrina, tale estensione sarebbe invece difficilmente realizzabile, in virtù delle norme che la Convenzione detta in materia di legge applicabile al trust⁴². In mancanza di un espresso atto istitutivo di trust, infatti, mancherà anche la scelta di legge applicabile. Qualora i criteri di collegamento del trust conducano in maniera uniforme all'ordinamento italiano, ad esempio, dovrà applicarsi la legge italiana, la quale, come si vedrà ampiamente nel prosieguo, non apparirebbe ad oggi in grado di fornire una regolamentazione organica del trust.

³⁸ Va precisato che l'Italia non ha esercitato tale facoltà, né in sede di ratifica della Convenzione, né in altro momento. Tra gli Stati che hanno esercitato tale opzione in sede di ratifica della Convenzione si annovera invece la Svizzera nel 2007; A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la convenzione dell'Aja. Parte seconda: Le regole giuridiche operative*, «Rivista di diritto civile», 2017, pp. 608-630: 608.

³⁹ E.G. GAILLARD, D.T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, cit., p. 317.

⁴⁰ Cfr. D. ZANCHI, *Trust. Dizionario ragionato*, G. Giappichelli Editore, 2021.

⁴¹ In tal senso, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 241. In particolare, tale opinione si fonda su un'analisi dei lavori preparatori della Convenzione. In un prima bozza, infatti, si parlava di trust "costituiti espressamente" (*constituted expressly*). L'espressione è stata poi sostituita con "creati volontariamente" (*created voluntarily*), scelta che, secondo parte della dottrina, potrebbe significare che non sia fondamentale la volontà "espressa" di istituire un trust, ma la mera sussistenza di una volontà istitutiva. Cfr. anche G. D'ALFONSO, A. MIGNOZZI, *La Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento. La sua ratifica ed integrale esecuzione nell'ordinamento giuridico italiano*, in (a cura di) C. BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, cit., pp. 33-78: 48.

⁴² Così, A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 55.

3. La legge regolatrice ed il riconoscimento del trust: la distinzione dottrinale tra trust di diritto estero e trust interno

Sebbene posto nel Capitolo II della Convenzione, il tema della legge applicabile al trust è centrale. Da essa, infatti, dipende la stessa esistenza di un trust a cui si applichino le norme convenzionali. L'art. 8, co. 1, CAT prescrive che spetta alla legge determinata sulla base degli articoli 6 e 7 della Convenzione disciplinare «la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del trust». In particolare, l'art. 6 della Convenzione riconosce al disponente la piena libertà di scegliere la legge regolatrice del trust. La scelta deve essere espressa «oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il trust o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso».

Un limite significativo alla libertà di scelta del disponente è contenuto all'art. 6, co. 2, CAT. Esso rende inefficace la scelta del disponente ogni qual volta essa conduca ad un ordinamento che non prevede l'istituto del trust o la categoria di trust in questione. In quest'ultima ipotesi, si applica l'art. 7 della Convenzione, il quale individua come applicabile la legge con cui il trust ha collegamenti più stretti. In particolare, la norma fa riferimento: «a) al luogo di amministrazione del trust designato dal disponente; b) alla ubicazione dei beni in trust; c) alla residenza o domicilio del trustee; d) allo scopo del trust e al luogo ove esso deve essere realizzato». Se nemmeno con l'applicazione di tali criteri sussidiari si arrivi all'individuazione di un ordinamento che disciplini l'istituto, la Convenzione non può essere applicata, così come stabilito dall'art. 5 CAT.

Nelle ipotesi in cui il trust sia costituito in conformità ad una legge che regola l'istituto, gli Stati firmatari sono tenuti a riconoscere il trust, ai sensi dell'art. 11 CAT. In particolare, il riconoscimento implica «quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio o di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica» (art. 11, co. 1, CAT). La norma rappresenta una conferma della tutela che la Convenzione intende offrire all'effetto tipico della costituzione di un trust, cioè la c.d. segregazione dei beni trasferiti al trustee e destinati alla realizzazione del programma gestorio⁴³.

⁴³ Cfr. *ex multis*, P. PARDOLESI, *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, cit., p. 507.

Andrebbero poi letti in combinato disposto gli artt. 13, 14, 15, 16 e 18 CAT. L'art. 13 CAT, infatti, stabilisce che «nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione». L'art. 14 CAT chiarifica che la Convenzione non costituisce un ostacolo all'applicazione di norme di legge maggiormente favorevoli al riconoscimento del trust.

L'art. 15 CAT stabilisce poi che il trust non possa derogare alle norme imperative del foro in materia di «a) protezione dei minori e degli incapaci; b) effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria; d) trasferimento della proprietà e garanzie reali; e) protezione dei creditori in caso di insolvenza; f) protezione dei terzi in buona fede».

La dottrina italiana ha qualificato tale elenco come non tassativo, ma esemplificativo⁴⁴. Infine, gli artt. 16 e 18 CAT fanno salve le norme di applicazione necessaria secondo il diritto privato internazionale del foro e consentono la disapplicazione della Convenzione qualora gli effetti della sua applicazione siano manifestamente contrarie all'ordine pubblico.

Complessivamente, dunque, le norme che la Convenzione detta in materia di riconoscimento del trust sembrerebbero attribuire ai giudici dei Paesi firmatari anche un potere di non riconoscere il trust. La dottrina italiana appare tuttavia divisa sugli estremi applicativi di tale facoltà.

Da un lato, c'è chi guarda all'art. 13 come norma di chiusura, la quale consentirebbe sempre al giudice di valutare se sia interesse riconoscere il trust quando esso presenti elementi di collegamento con l'ordinamento italiano⁴⁵.

Dall'altro lato, vi è chi ritiene che una tale ampiezza vanificherebbe gli scopi della Convenzione e lederebbe il principio di libertà di scelta di cui all'art. 6 CAT⁴⁶. In particolare, secondo taluni, il potere di non rico-

⁴⁴ Cfr. *ex multis*, LUCILLA GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Editoriale Scientifica, 2010.

⁴⁵ F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, «Riv. not.», 2001, pp. 1247 ss.; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, «Europa e dir. priv.», 1998, pp. 441 ss.

⁴⁶ Cfr. A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit. p. 402; S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, «Trusts», 2000, pp. 145-151.

noscimento sarebbe limitato a quelle ipotesi in cui il giudice ricostruisca la vicenda come un “abuso di diritto”, una “frode alla legge” o comunque ritenga che il trust persegua interessi “immeritevoli” alla luce dei principi inderogabili dell’ordinamento italiano⁴⁷.

In generale, quanto appare condivisibile è che la Convenzione sembri richiedere al giudice di esaminare sempre il trust su un duplice piano⁴⁸. Innanzitutto, il giudice dovrebbe sempre indagare la validità del trust alla luce della legge straniera scelta per regolare il trust o comunque applicabile. In un secondo momento, egli dovrà dedicarsi alla compatibilità dello specifico trust con i principi imperativi dell’ordinamento interno.

Infine, particolarmente diffusa in Italia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁴⁹, è un’analisi della materia secondo la dicotomia tra c.d. trust di diritto estero o internazionale e trust interno. La nozione di trust interno viene proposta a partire dal testo dell’art. 13 della Convenzione ed è volta ad individuare un trust regolato (oltre che dal proprio atto istitutivo) da una legge diversa dalla legge italiana, ma per il resto caratterizzato da elementi soggettivi o oggettivi tutti prevalentemente connessi al territorio italiano o all’ordinamento italiano⁵⁰. A contrario, i trust c.d. internazionali sarebbero dunque trust regolati da leggi straniere ed effettivamente collegati con ordinamenti c.d. trust o, comunque, diversi da quello italiano. Secondo la dottrina maggioritaria⁵¹, il trust interno potrebbe operare solo se faccia riferimento ad una legge regolatrice stra-

⁴⁷ Le espressioni sono di R. LUZZATTO, “*Legge applicabile*” e “*riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell’Aja*”, «Riv. Dir. Int. Proc. Civ.», 1999, p. 5-16.

⁴⁸ In tal senso, M.A. CIOCIA, *Il trust interno: processo di tipizzazione tra dispute dottrinali e prassi giurisprudenziale*, in C. BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, cit., pp. 79-99.

⁴⁹ Ad accogliere la nozione di trust di diritto interno sono ormai numerosi precedenti di merito e diverse sentenze di legittimità, tra cui, recentemente, Cass., 29 maggio 2018, n. 13388; Cass., 3 agosto 2017, n. 19376; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735; Cass., 9 maggio 2014, n. 10105.

⁵⁰ L’espressione “trust interno” è coniata da Lupoi, e poi acquisita alla dottrina comparatistica. Ne ripercorre i passi in un suo saggio M. LUPOI, *L’interazione fra il diritto civile italiano e il diritto straniero in un originale atto istitutivo di trust*, «Vita notarile», 2013, p. 1049 ss.

⁵¹ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 2016, p. 263. Nel senso che un negozio di destinazione regolato dal diritto italiano possa assumere esclusivamente le forme dell’istituto di cui all’art. 2645 *ter c.c.* S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, cit., p. 1298. Per la tesi contraria ai trusts interni F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, cit., p. 1247; C. CASTRONOVO, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, cit., p. 441.

niera, la quale contenga la disciplina almeno di tutti gli elementi indicati all'art. 8 CAT.

Una parte minoritaria della dottrina ritiene inoltre problematica la distinzione tra trust internazionale e trust interno, la quale introdurrebbe una eccessiva rigidità⁵². In particolare, si sostiene che tale categorizzazione apparirebbe esclusa dalla stessa Convenzione. Dai lavori dei delegati, infatti, emergerebbe un'espressa rinuncia a parlare di trust internazionali o con elementi di internazionalità, con l'intento di evitare qualsiasi specificazione che avrebbe messo in ulteriore difficoltà gli interpreti di *civil law*⁵³.

Per altra parte della dottrina, la distinzione andrebbe rivista per motivi diversi. Alcuni autori ritengono, infatti, che la ratifica della Convenzione de L'Aja non sarebbe che uno – nemmeno unico – indice legislativo dell'avvenuta accettazione nel diritto italiano del trust e dei suoi effetti⁵⁴. Andrebbe dunque affiancata alla nozione di “trust interno” anche la diversa nozione di “trust di diritto interno”, la quale indicherebbe un trust sottoposto esclusivamente al diritto italiano⁵⁵. In tal senso, vi è chi sottolinea l'importanza dell'esperienza ultratrentennale notarile di redazione di trust compatibili con il nostro ordinamento. Tramite un vaglio puntuale della compatibilità di clausole redatte su ispirazione di diverse leggi straniere con le norme inderogabili italiane, essa avrebbe portato alla formazione di veri e propri modelli di “trust italiano”⁵⁶. Di trust di diritto interno si potrebbe parlare dunque in presenza di un atto istitutivo redatto in conformità alla legge italiana e privo di rinvio a una legge straniera applicabile. In questo caso, la validità del trust andrebbe vagliata in virtù dei principi di autonomia privata di cui all'art. 1322, co. 2, c.c. come negozio atipico diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela⁵⁷. *A fortiori*,

⁵² Si vedano, in particolare, le riflessioni di D. MURITANO, C. ROMANO, *Il trust discrezionale alla prova dell'azione di riduzione*, «Notariato», 2023, pp. 283-297; A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit., pp. 398-422

⁵³ In tal senso, A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit., 401. In particolare, Reali riporta anche le riflessioni sui lavori dei delegati effettuate da E.G. GAILLARD, D.T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, cit., pp. 307-340.

⁵⁴ L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., p. 637.

⁵⁵ A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 100.

⁵⁶ Così, espressamente, L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., p. 633.

⁵⁷ A. BUSANI, *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, cit., p. 100.

secondo taluni, l'avvenuta ratifica della Convenzione de L'Aja dovrebbe portare l'interprete a ritenere superfluo anche indagare la "meritevolezza degli interessi" sottesi ad un trust di diritto interno⁵⁸.

Vi è dunque oggi una parte della dottrina che sostiene la piena configurabilità di un trust regolato sulla base del solo diritto italiano⁵⁹, in particolare dopo l'introduzione della c.d. legge dopo di noi, sulla quale si tornerà ampiamente nel prosieguo.

4. Il rapporto tra atto istitutivo e atti di trasferimento dei beni in trust

Come si è già visto, nel *common law* il trust espresso non può prescindere dalla sussistenza di tre certezze: l'esistenza dell'intenzione di costituire il trust, la chiara individuazione dei beni oggetto del trust e la certa determinazione dei beneficiari. Tradizionalmente, questi elementi non sono ritenuti sufficienti a perfezionare la costituzione del trust. Nel *common law*, infatti, il trust può dirsi perfettamente costituito solo quando al trustee vengano trasferiti i beni che egli deve amministrare nell'interesse dei beneficiari⁶⁰.

Per questo motivo, la norma dettata dall'art. 4 della Convenzione de L'Aja appare di rilevanza saliente. Essa stabilisce che le disposizioni contenute nella Convenzione non si applichino «alle questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali i beni sono trasferiti al trustee». In altre parole, la norma distingue espressamente il trust dall'atto di assegnazione di beni in trust. Dai lavori preparatori emerge che tale soluzione è stata caldeggiata per ottenere un numero significativo di firmatari⁶¹, soprattutto perché le leggi nazionali

⁵⁸ In tal senso, G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in R. SACCO, *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, UTET Giuridica, 2011, p. 222; A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit., p. 409.

⁵⁹ In tal senso, L. GATT, *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, cit., p. 643; G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi". Prima parte*, «Studium Iuris», 2019, pp. 718-726: 725-726.

⁶⁰ Si vedano, per tutti: J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, cit., p. 333 ss. THE HONORABLE SOCIETY OF KING'S INNS, *Equity and the Law of Trusts: Course Manual*, cit., p. 223 ss.

⁶¹ A. E. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition*, «HCCC Publications», 1985, n. 54 <<https://assets.hcch.net/docs/ec6fb7e0-deda-417f-9743-9d8af6e9e79b.pdf>> (21 dicembre 2023)

spesso contengono requisiti formali e limitazioni per quanto attiene al contenuto del testamento.

Pertanto, ai sensi della Convenzione, alla nascita del trust si perverrebbe sempre attraverso l'intreccio di due atti⁶². Da un lato, vi è l'atto istitutivo del trust, attraverso il quale il *settlor* predispone il programma segregativo dei beni e determina le obbligazioni fiduciarie in capo al trustee. Dall'altro lato, vi sono gli atti dispositivi, per mezzo dei quali il disponente trasferisce al trustee il bene o il complesso di beni da amministrare. Concretamente, poi, il negozio di trasferimento dei beni potrebbe anche coincidere con l'atto istitutivo del trust. In ogni caso, ai fini convenzionali, l'eventuale coincidenza documentale dei due atti non incide sulla reciproca autonomia dei due negozi⁶³.

La formulazione dell'art. 4 CAT richiede di interrogarsi sulla sua rispondenza o meno al modello di trust anglosassone. In effetti, nel *common law* non esisterebbe una così netta distinzione tra atto istitutivo del trust e atto dispositivo dei beni⁶⁴. Non raramente, poi, il trust anglosassone potrebbe sorgere in virtù di un unico atto. In particolare, nel c.d. trust auto-dichiarato è sufficiente una dichiarazione del disponente che esplicita che, da uno specifico momento temporale in poi, egli deterrà beni già esistenti nel suo patrimonio in qualità di trustee⁶⁵.

⁶² Nella dottrina italiana, si soffermano in particolare sull'importanza di tale distinzione PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, cit., p. 507; A.REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit., pp. 415-416.

⁶³ In tal senso, A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit., p. 416.

⁶⁴ Secondo la dottrina anglosassone, anzi, l'art 4 CAT espliciterebbe una distinzione che nel *common law* non viene mai espressa. Cfr. D. WATERS, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 71: «*The distinction between (i) the vehicle for the creation of the trust and (ii) the trust itself has always been the common law, though no Commonwealth courts have explicitly recognised it and more than one has violated it. This international Convention has finally confirmed it*». Cfr. anche P. SPOLAORE, *Azione revocatoria di atto istitutivo di trust tra "disposizione", "separazione" e "protezione"*, «Banca, borsa, titoli di credito», 2021, pp. 87-102, p. 98-99.

⁶⁵ Cfr. THE HONORABLE SOCIETY OF KING'S INNS, *Equity and the Law of Trusts: Course Manual*, cit, p. 223. Secondo la dottrina italiana e la giurisprudenza più recente, il trust auto-dichiarato non risulterebbe incompatibile con la Convenzione. Essa specifica infatti, all'art. 2, co. 3, che il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non appare incompatibile con l'esistenza di un trust. In Italia, la figura del trust auto-dichiarato è stata comunque con frequenza contrastata in giurisprudenza, in quanto ritenuta finalizzata ad eludere la garanzia patrimoniale generica. Cfr. A. LEPORE, *Il trust autodichiarato e il trust Onlus. Trascrizione, art. 2645 ter c.c. e soggettività giuridica*, in C. BUCICCO, cit., p. 161 ss; A. REALI, *I trusts, gli atti di*

Nel 2014, la Corte di appello inglese ha deciso un caso in cui l'interpretazione dell'art. 4 CAT era il punto di diritto fondamentale ed ha qualificato la questione come totalmente nuova⁶⁶. I giudici hanno analizzato le opere dottrinali di uno dei redattori inglesi della Convenzione ed un unico precedente scozzese in materia. Sulla base dell'analisi dei materiali, la Corte d'appello ha concluso che la Convenzione de L'Aja non ha l'effetto di rendere la legge scelta dal *settlor* per regolare il trust anche la legge che governa "gli step necessari per creare il trust"⁶⁷. Diversamente, si dovrebbe ritenere che la Convenzione consentirebbe al *settlor* di alienare, a mezzo del trust, beni di cui non potrebbe validamente disporre secondo la legge del luogo dove si trovano i beni⁶⁸. Di conseguenza, l'art. 4 CAT, con l'espressione "*preliminary issues*" si riferirebbe alla validità di tutti gli atti in virtù dei quali i beni o diritti sono trasferiti al trustee, da risolversi secondo le ordinarie leggi di conflitto del foro⁶⁹.

La soluzione giurisprudenziale inglese appare in linea con il pensiero di parte della dottrina italiana, la quale sostiene che, se l'atto di trasferimento di un bene o diritto non sia valido secondo le norme della *lex situs*, si dovrebbe ritenere il trust mai venuto in esistenza o comunque inefficace, per la mancanza di un elemento essenziale⁷⁰. Ciò sarebbe testimoniato anche dalle prassi notarili in materia di passaggio di consegne tra trustees. Le leggi straniere regolatrici del trust, infatti, spesso prevedono che i successivi passaggi di titolarità sul patrimonio del trust siano un effetto automatico della presa d'ufficio del nuovo trustee, soluzione che potrebbe non sopravvivere all'applicazione delle leggi di conflitto italiane

assegnazione di beni in trust e la convenzione dell'Aja. Parte seconda: Le regole giuridiche operative, «Rivista di diritto civile», 2017, pp. 608-630: 615.

⁶⁶ Il caso in questione è rubricato come *Akers (and others) v Samba Financial Group [2014] EWCA Civ 1516*. La fattispecie è particolarmente complessa. Essa attiene ad un'ipotesi di trust auto-dichiarato regolato dalla legge del Bahrein, da parte di un cittadino e residente dell'Arabia Saudita. In particolare, vi è la necessità di comprendere quale legge sia applicabile alla validità dei trasferimenti delle quote di un fondo di investimento familiare operante nelle isole Cayman. Si legge nella decisione: «*The Court of Appeal found it surprising that the questions raised by the appeal had seemingly never been fully addressed before*»; in J. WHEELER, *The English Court of Appeal considers the governing law of trusts and the Hague Trusts Convention*, «Trusts & Trustees», 2015, pp. 776-785: 781.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 781.

⁶⁸ Nel caso di specie, l'invalidità atteneva ad una disposizione di legge inglese che vieta il trasferimento di quote sociali dopo che sia stata aperta la procedura di fallimento dell'impresa; *Ibid.*, p. 776.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 782.

⁷⁰ Cfr. A. REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, cit., 417.

sul trasferimento dei diritti reali⁷¹. Di conseguenza, gli atti istitutivi di trust redatti da notai italiani contengono spesso clausole specifiche sul passaggio di consegne tra trustee, in cui i soggetti interessati si obbligano a sottoscrivere gli atti formali di trasferimento dei beni necessari⁷². Tali prassi rivelerebbero dunque una sensibilità, nel nostro ordinamento, rispetto al timore che il trust divenga inefficace se non vi sia un titolo proprietario valido, secondo le nostre leggi ordinamentali, in qualsiasi momento dell'esistenza del trust.

Ad oggi, sembra che la giurisprudenza di legittimità italiana abbia considerato il rapporto tra l'atto istitutivo del trust e l'atto di trasferimento dei beni al trustee solo in una delle possibili direzioni. Infatti, in tema di revocazione ordinaria, la Suprema Corte⁷³ ha ritenuto che l'inefficacia dell'atto istitutivo del trust comporterebbe automaticamente l'inefficacia dell'atto di trasferimento dei beni al trustee, poiché il secondo è causalmente dipendente dal primo⁷⁴. Secondo i giudici, l'atto di trasferimento dei beni al trustee ha la sua causa giustificatrice nell'atto istitutivo. In particolare, poiché la proprietà dei beni viene intestata al trustee solo nell'interesse dei beneficiari, è indispensabile che l'atto che contiene il programma gestorio definito dal *settlor* sia valido ed efficace. La peculiare proprietà del trustee non potrebbe dunque sopravvivere se cade l'atto che plasma i diritti dei beneficiari⁷⁵, sicché l'inefficacia dell'atto istitutivo comporterebbe automaticamente l'inefficacia dell'atto dispositivo.

⁷¹ N.D. LATROFA, A. SEMPRONI, *Il passaggio di consegne tra trustee: dagli ordinamenti d'origine alla prassi italiana*, cit., p. 76.

⁷² *Ibid.*, p. 77. In particolare, l'autore sottolinea che le clausole relative al passaggio di consegne tra trustee contengono spesso norme del presente tenore: «In forza delle disposizioni dell'atto istitutivo, il trasferimento della proprietà dei beni inclusi nel fondo in trust dal trustee cessato al nuovo trustee è un effetto naturale della sostituzione del trustee [...] Al solo fine di rendere opponibile a terzi detto trasferimento, il trustee cessato e il nuovo trustee sottoscrivono gli atti formali di trasferimento aventi ad oggetto quei beni il cui trasferimento, per essere reso opponibile a terzi, è soggetto a forme di pubblicità».

⁷³ Cass. Civ., Sez. I, 15 aprile 2019, n. 10498.

⁷⁴ Storicamente, la dottrina aveva sempre ritenuto che l'atto istitutivo del trust sia in sé "neutrale" sotto il profilo patrimoniale e dovesse essere revocato esclusivamente l'atto di trasferimento dei beni al trustee. Si vedano, A. GALLARATI, *Il trust*, in O. CAGNASSO, L. PANZANO, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, UTET Giuridica, 2016, p. 2882; I.L. NOCERA, *Trust e composizione negoziale della crisi d'impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, «Dir. fal.» 2015, p. 658; G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, «Trusts e attività fiduciarie», 2003, p. 29.

⁷⁵ P. SPOLAORE, *Azione revocatoria di atto istitutivo di trust tra "disposizione", "separazione" e "protezione"*, cit., p. 92.

La distinzione tra atto istitutivo del trust e atto di trasferimento dei beni in trust appare ulteriormente interessante se si considerino gli orientamenti della Corte di Cassazione sul trust come forma di liberalità indiretta. Tali configurazioni trovano la loro base – come noto – in materia fiscale⁷⁶. A fini tributari, infatti, la Suprema Corte fa ricadere nel concetto di liberalità indirette «tutti quegli atti di disposizione mediante i quali viene realizzato un arricchimento (del donatario) correlato ad un impoverimento (del donante), pur senza l'adozione della forma solenne del contratto di donazione tipizzato dall'art. 769 c.c.»⁷⁷. La dottrina generalmente richiede un elemento ulteriore per parlare di liberalità indiretta e ritiene che, a caratterizzare la causa concreta dell'operazione negoziale, debba essere un interesse non economico, obiettivamente percepibile dal comportamento negoziale delle parti o dal contenuto del negozio⁷⁸.

La giurisprudenza di legittimità sembrerebbe adottare una configurazione “unitaria” del trust, per cui, anche quando l'operazione complessiva abbia esclusivamente scopo liberale, i giudici non ritengono che gli atti di trasferimento dei beni debbano soggiacere alle formalità dell'atto pubblico, previste per la donazione. Sotto questo profilo, appaiono di particolare rilevanza due recenti decisioni adottate in materia successoria⁷⁹. Ivi la Corte di Cassazione si occupa di trust costituiti con atto *inter vivos*, nei quali l'evento della morte del disponente rappresenta un termine iniziale per l'esecuzione di parte o della totalità del programma gestorio da parte del trustee (denominati “trust *inter vivos* con effetti *post-mortem*”). Va innanzitutto sottolineato che, in entrambi i casi, la Suprema Corte giudica su trust espressamente regolati da una legge straniera e che presentano elementi di collegamento con altri ordinamenti⁸⁰.

⁷⁶ In particolare, in interpretazione dell'art. 56-bis nel Testo Unico sull'imposta di successione e donazioni (d. lgs. n. 246/1990). Si veda, Cass. Civ., Sez. V, ordinanza 9 febbraio 2020, n. 28047, con nota di F. PINTO, *L'imposizione indiretta delle liberalità diverse dalle donazioni non risultanti da atto scritto soggetto a registrazione*, «Diritto e Pratica Tributaria», 2022, pp. 197-220.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 208.

⁷⁸ In tal senso, *ex multis*, si vedano le sintesi delle diverse opinioni dottrinali succedutesi nel tempo effettuate da G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, «I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato», 2008, p. 17.

⁷⁹ Cass. Civ., S.U., ord. 12 luglio 2019, n. 18831; Cass. Civ., Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 5073, con note di D. MURITANO, C. ROMANO, *Il trust discrezionale alla prova dell'azione di riduzione*, «Notariato», 2023, pp. 283-297; M. CENINI, *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, «Giurisprudenza Italiana», 2023, pp. 1535-1542.

⁸⁰ Nella fattispecie di cui alla Cass. Civ., S.U., ord. 12 luglio 2019, n. 18831 si è dinanzi a

Una volta premesso che il trust può rispondere a diverse finalità, i giudici esplicitano che, qualora l'intento del *settlor* sia esclusivamente quello di avvantaggiare i beneficiari tramite l'attività gestoria del trustee, si è al cospetto di una liberalità non donativa⁸¹. Secondo la Corte, in queste ipotesi, il depauperamento del disponente avviene nei confronti del trustee, mentre l'arricchimento dei beneficiari si realizza mediante un meccanismo indiretto, cioè a mezzo degli atti del trustee, il quale dispone del patrimonio di cui il *settlor* gli aveva trasferito la proprietà in vita⁸².

Ciò esclude, da un lato, che l'atto abbia natura *mortis causa*, in quanto l'evento della morte del disponente non è mai giustificazione causale dell'attribuzione. Dall'altro lato, tale ricostruzione assume che i trasferimenti dei beni al trustee non sottostiano mai ai requisiti di forma della donazione tipica, in quanto causalmente fondati sull'atto istitutivo del trust, individuato come il negozio che realizza lo scopo di liberalità⁸³. Viene fatta dunque applicazione dell'art. 809 c.c., il quale, nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c.

un trust regolato dalla legge neozelandese, di cui sono beneficiarie due cittadine italiane. Il trust ha ad oggetto le quote di alcune società con sede fuori dall'Italia e il trustee è una società svizzera. La Cassazione è interpellata in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, in un caso di annullamento per dolo della divisione ereditaria intervenuta tra le due sorelle beneficiarie del trust. Il tema di cui in Cass. Civ., Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 5073 è invece quello dell'esperibilità dell'azione di riduzione del legittimario pretermesso quando l'intero patrimonio ereditario sia stato conferito in trust a favore di alcuni soltanto tra i legittimari. Qui la Suprema Corte qualifica espressamente il trust in questione come "trust di diritto estero". Nei primi commenti dottrinali, tale qualifica è stata messa in dubbio, in considerazione della circostanza che apparirebbero collegati all'ordinamento italiano la gran parte degli elementi caratterizzanti il trust. Se è vero che il trust è stato creato a Londra ed è soggetto alla legge inglese, italiani sono sia i disponenti che i beneficiari ed il trust avrebbe dovuto verosimilmente essere eseguito in Italia, considerata la presenza tra i beni in trust di partecipazioni in società italiane; D. MURITANO, C. ROMANO, *Il trust discrezionale alla prova dell'azione di riduzione*, cit., p. 290.

⁸¹ Cass. Civ., Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 5073, in M. CENINI, *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, «Giurisprudenza Italiana», 2023, pp. 1535-1542: 1535.

⁸² M. CENINI, *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, cit., p. 1536.

⁸³ L'argomento non viene trattato espressamente dalla Corte, ma appare considerato in maniera marginale, tramite un inciso che qualifica l'atto (istitutivo del trust) come "diverso per forma dalla donazione tipica"; M. CENINI, *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, cit., p. 1535.

che prescrive la forma dell'atto pubblico a pena di nullità per la donazione tipica⁸⁴.

Sembrerebbe dunque doversi ritenere accettato nella giurisprudenza italiana che, ogni qualvolta il trust ha finalità di liberalità indiretta, gli atti di trasferimento dei beni al trustee non siano comunque qualificabili alla stregua di donazioni e non soggiacciono al requisito di forma dell'atto pubblico.

In chiusura, appare tuttavia opportuno evidenziare come la dottrina abbia più volte sostenuto che gli atti istitutivi di trust "di diritto interno" ed i trasferimenti dei beni al trust dovrebbero sempre avvenire a mezzo di atto pubblico. Tale opinione dottrinale si era formata già all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.⁸⁵, in virtù delle similarità tra la segregazione patrimoniale ivi prevista e gli effetti del trust ed ha trovato ulteriori sostenitori dopo l'introduzione della legge n. 112/2016⁸⁶.

5. Il trust nella legge 22 giugno 2016, n. 112 (c.d. legge sul "dopo di noi")

A partire dagli anni Duemila⁸⁷, uno degli ambiti di massima elezione del trust si è rivelato il trust per la persona, anche denominato "trust di sostegno"⁸⁸.

In particolare, soprattutto nell'attività dei giudici tutelari, si è diffuso l'uso del trust come strumento di supporto per la gestione della quotidianità e del patrimonio di persone in difficoltà, sole, malate, minori o incapaci. Gli effetti di segregazione patrimoniale e gli obblighi puntuali che interessano il trustee sono stati infatti ritenuti una maggiore garanzia

⁸⁴ Sul punto, *ex multis*, cfr. anche G. IUDICA, P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2023²⁴, p. 702.

⁸⁵ S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione e trust*, cit., p. 1299.

⁸⁶ F. AZZARRI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22 giugno 2016, n. 112*, «Nuova giurisprudenza civile», 2017, p. 120.

⁸⁷ Un primo esempio di utilizzo giurisprudenziale del trust per la tutela di interessi di soggetti fragili risale al 2003, quando il Giudice Tutelare presso il Tribunale di Bologna autorizzò l'istituzione di un trust per tutelare gli interessi successori di un minore; Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, in A. TONELLI, *Prassi applicativa dei trust interni*, in C. BUCICCO, cit., 2015, pp. 101-159: 119.

⁸⁸ In tema si rinvia a A. TONELLI, A. BULGARELLI, *Il Trust di sostegno*, «Trusts & Attività fiduciarie», 2010, p. 375.

di conservazione del patrimonio dell'incapace, in vista di un momento in cui egli acquisti la capacità⁸⁹.

Nelle prassi notarili italiane, il trust ha poi trovato utilizzo anche per la pianificazione da parte di persone capaci, interessate ad individuare i soggetti deputati alle funzioni assistenziali per il caso di propria incapacità futura e a stabilire un programma gestorio a cui gli stessi possano e debbano attenersi⁹⁰.

Tale funzione di supporto alla persona appare oggi consacrata dal legislatore, anche se con riguardo alle sole persone con disabilità grave. La legge 22 giugno 2016, n. 112 (Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare) - comunemente conosciuta come legge sul "dopo di noi"⁹¹ - è stata infatti emanata con il dichiarato obiettivo, enunciato al suo art. 1, di «favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità»⁹².

Tale obiettivo viene perseguito attraverso il riconoscimento di un regime fiscale di favore per tre diversi istituti, individuati dalla legge. Ai sensi dell'art. 6, co. 1, l. n. 112/2016, a godere delle agevolazioni fiscali previste dalla legge sono «i beni e i diritti conferiti in trust ovvero gravati da vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile ovvero destinati a fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1, istituiti in favore delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma

⁸⁹ Cfr. anche Trib. Monza, 15 febbraio 2019 con nota di S. BARTOLI, *Trust familiare: accettazione di posizione beneficiaria attribuita ad un minore e conflitto di interessi con i genitori*, «Fam. Dir.», 2020, pp. 391 ss.; GIOVANNI BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia. Volume primo: Famiglia e matrimonio – Regime patrimoniale*, UTET Giuridica, 2022, pp. 1792-1794.

⁹⁰ A. TONELLI, *Prassi applicativa dei trust interni*, in C. BUCICCO, cit., 2015, pp. 101-159: 118.

⁹¹ L'espressione "dopo di noi" è stata criticata dalla dottrina costituzionale, che l'ha ritenuta stigmatizzante. Appare infatti indubbio che il "noi" si riferisca ai familiari delle persone con disabilità, in una prospettiva che guarda ai diritti della persona disabile sotto il prisma dei soggetti che se ne prendono cura. Così, G. ARCONZO, *La legge sul dopo di noi e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, «Quaderni costituzionali», 2016, pp. 787-790: 789.

⁹² La normativa interviene a distanza di quasi vent'anni da una prima proposta del 1998, che conteneva una regolamentazione del trust a tutela di persone portatrici di handicap. A tale proposta erano seguite, tra la fine degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila, cinque diverse bozze di legge, tutte basate esclusivamente sull'istituto del trust. Per un'analisi storica si vedano M. FOCOSI, *Analisi delle iniziative per introdurre il trust (o istituti analoghi) nella legislazione italiana* in A. BARBA, D. ZANCHI, *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 101-120; TAMBORRINO A., *Tutela giuridica delle persone con disabilità*, Key Editore, 2019, p. 523.

3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge»⁹³. Il successivo comma specifica che le esenzioni sono ammesse a condizione che gli istituti nominati «perseguano come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti. La suddetta finalità deve essere espressamente indicata nell'atto istitutivo del trust, nel regolamento dei fondi speciali o nell'atto istitutivo del vincolo di destinazione». Infine, il comma 3 dello stesso articolo elenca otto diversi elementi che devono esistere, congiuntamente, per il godimento delle agevolazioni fiscali.

Secondo parte della dottrina, la legge sul “dopo di noi” consacrerebbe in maniera definitiva la tipicità del trust nel nostro ordinamento e la sua piena legittimità alla luce dei principi fondamentali del sistema⁹⁴. In particolare, se si aderisca a tale tesi, il contributo dato dalla legge n. 112/2016 non sarebbe solo di valenza fiscale, ma anche sostanziale e civilistica e l'Italia non dovrebbe più leggersi come un Paese “che non prevede il trust”⁹⁵. Una tesi

⁹³ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 104 del 1992, disabili sono coloro «che presentano una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». Il successivo comma 3 afferma che «qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazioni di gravità». La dottrina osserva che la limitazione soggettiva di operatività della legge sul “dopo di noi” alle persone gravemente disabili non risulta conforme all'obiettivo della legge stessa. In particolare, l'art. 1, co. 1, della legge n. 112/2016 esplicita che essa attua la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Quest'ultima mira a favorire la piena inclusione ed il benessere di persone con disabilità, indipendentemente dalla sua gravità. Rimarrebbero d'altronde anche esclusi tutti quei soggetti con un'invalidità al 100%, ma certificata sulla base di una diversa legge. Per una più completa analisi dei limiti dei presupposti soggettivi della legge sul “dopo di noi” si veda, per tutti, G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del “dopo di noi”. Prima parte*, cit., pp. 720-722.

⁹⁴ In particolare, Azzarri parla di un “disinvolto riferimento” della legge al trust, tale da non poter dubitare del suo definitivo accoglimento nell'ordinamento italiano; F. AZZARRI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22 giugno 2016, n. 112*, «Nuova giurisprudenza civile», 2017, p. 122. In senso conforme, T. TASSANI, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul “dopo di noi”, tra agevolazione e impatto sistematico*, «Notariato», 2016, p. 517 ss; G. SEPIO, *Il “dopo di noi” e le misure fiscali a tutela del patrimonio delle persone con disabilità grave*, «Il fisco», 2016, p. 2735 ss; E. DI MAGGIO, *Commento alla Legge per il “dopo di noi”*, «Notariato», 2016, p. 430 ss.

⁹⁵ Così, espressamente, L.F. RISSO, *Destinazioni, affidamenti e trust. Una premessa alle destinazioni esposte al convegno*, in M. BIANCA (a cura di), *La destinazione del patrimonio*:

più moderata, sostiene invece che l'ammissibilità di un trust costituito sulla base della sola legge italiana dovrebbe ritenersi limitata a quel trust munito di tutte le caratteristiche previste dalla legge del "dopo di noi"⁹⁶.

Sebbene tali orientamenti siano diffusi, sembra difficile configurare la legge sul "dopo di noi" come espressa e completa regolamentazione dell'istituto del trust⁹⁷. Appare infatti opportuno confrontare le norme dettate dall'art. 6 della legge n. 112/2016 con i requisiti contenutistici che l'art. 8 CAT richiede alla legge regolatrice del trust. Tale raffronto consente, d'altronde, di riscontrare anche alcuni elementi di originalità della legge n. 112/2016.

Innanzitutto, l'art. 6, co. 3, lett. a) l. n. 112/2016 impone al trust la forma dell'atto pubblico per il godimento del regime fiscale di favore⁹⁸. Sotto questo profilo, si è dunque di fronte a un requisito "fortificato" rispetto a quello contenuto all'art. 3 CAT, dal quale si evince la forma scritta solo *ad probationem*⁹⁹.

Tra le norme dettate dal legislatore, centrali appaiono le prescrizioni di cui dall'art. 6, co. 3, lettere b)¹⁰⁰ e c)¹⁰¹ che richiedono all'atto istitutivo

dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina, Giuffrè Editore, 2016, p. 259-272: 262.

⁹⁶ F. GIGLIOTTI, *Trust interno e atto di destinazione*, «Giustizia Civile», 2016, p. 745 ss.

⁹⁷ Sul punto, si segnala che una proposta di legge del 2019 in materia successoria (d.d.l. delega 19.03.2019, n. 1151) prendeva in considerazione l'ipotesi di disciplinare le modalità di costituzione e funzionamento del trust, conciliandolo con le norme a tutela dei legittimari; F.P. PATTI, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, «NGCC», 2023, pp. 968-979: 971.

⁹⁸ In dottrina, vi è chi ha sostenuto che la legge n. 112/2016 dovrebbe spingere l'interprete a ritenere che l'atto pubblico sia divenuto *forma ad substantiam* per la validità dei c.d. trust di diritto interno; F. AZZARRI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22 giugno 2016, n. 112*, cit., p. 120. Cfr. anche S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione e trust*, cit., p. 1299.

⁹⁹ SAVERIO BARTOLI, *Strumenti di protezione dei soggetti deboli e legge sul "dopo di noi". Trust, atto di destinazione e affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2022, p. 95.

¹⁰⁰ Si riporta in nota il testo di legge: «l'atto istitutivo del trust [...] identifichino in maniera chiara e univoca i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli; descrivano la funzionalità e i bisogni specifici delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti; indichino le attività assistenziali necessarie a garantire la cura e la soddisfazione dei bisogni delle persone con disabilità grave, comprese le attività finalizzate a ridurre il rischio della istituzionalizzazione delle medesime persone con disabilità grave».

¹⁰¹ Il testo della lettera c) è il seguente: «individuino, rispettivamente, gli obblighi del trustee, del fiduciario e del gestore, con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore delle persone con disabilità grave, adottando ogni misura idonea a salvaguardarne i diritti; [...] indichino inoltre gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del trustee o del fiduciario o del gestore».

di esplicitare i ruoli dei soggetti coinvolti, i bisogni assistenziali del beneficiario e le attività da svolgere per il suo benessere. Il negozio dovrà dunque essere ritagliato sulla persona disabile tutelata, di cui deve considerare le specificità personali e patrimoniali¹⁰². Tali considerazioni entrano nel piano dettagliato dal disponente, che la legge indica come “progetto di vita”. In dottrina, il progetto di vita è stato descritto come «un piano a lungo termine per la cura e la gestione del disabile dopo la scomparsa dei genitori o di altri *caregiver* primari¹⁰³». In tal senso, appaiono orientati gli stessi obblighi fondamentali del trustee. Agli obblighi ordinari, quali la rendicontazione, si aggiungono infatti quelli di rispondenza e idoneità della attività da egli svolte al progetto di vita del disabile. Inoltre, il progetto di vita non dovrebbe essere considerato come un documento immutabile e “cristallizzato” nel tempo, ma essere aggiornato periodicamente, tenendo conto di ogni esigenza sopravvenuta¹⁰⁴. Parimenti, dovrebbero parametrarsi le azioni del trustee.

Le successive lettere d) ed e) dell’art. 6, co. 3, l. n. 112/2016 prevedono, rispettivamente, che non possano esservi beneficiari ulteriori diversi dalla persona disabile e che i beni e diritti trasferiti in trust siano destinati esclusivamente alle finalità assistenziali di cui in atto istitutivo e al solo interesse del beneficiario. Infine, vanno lette alla luce delle stesse finalità, le prescrizioni di cui alle lettere g) ed h) dell’art. 6, co. 3, l. n. 112/2016, le quali vogliono il trust di una durata pari alla vita del beneficiario e, di conseguenza, richiedono una espressa indicazione della destinazione del patrimonio residuo alla morte del beneficiario.

Se si rapportano le prescrizioni dell’art. 6 della legge n. 112/2016 ai contenuti dell’art. 8 CAT, le norme italiane sembrano individuare una serie di vincoli rispetto agli interessi che il trust “dopo di noi” può e deve tutelare. Esse apparirebbero dunque più come prescrizioni di dettaglio rispetto ad un modello “generico” di trust.

È vero che alcune delle richieste contenutistiche di cui all’art. 8 CAT si trovano nel testo della legge “dopo di noi”: ad esempio, la durata espressa

¹⁰² S. BARTOLI, *Strumenti di protezione dei soggetti deboli e legge sul “dopo di noi”. Trust, atto di destinazione e affidamento fiduciario*, cit., pp. 125-126.

¹⁰³ La definizione è di M. DE PAOLI, *Il trust “dopo di noi”: disciplina e atto istitutivo*, «Co-operative e enti non profit», 2023, pp. 18-45: 21.

¹⁰⁴ Nei formulari di trust, il progetto di vita viene configurato come un documento allegato e redatto con l’ausilio di personale medico. Suggestiscono poi l’esigenza di un periodico aggiornamento del progetto di vita GIANMATTEO RIZZONELLI, PIERO BERTOLASO BRISOTTO, *La protezione patrimoniale dei soggetti disabili. Come applicare la legge sul dopo di noi*, Maggioli Editore, 2017, p. 151 ss.

del trust, la regolamentazione della sua cessazione o, ancora, la previsione di obblighi di rendiconto del trustee. Tuttavia, mancano nella legge n. 112/2016 numerose considerazioni di merito che appaiono essenziali per un corretto funzionamento del trust, in particolare per quanto attiene alla figura del trustee. La legge n. 112/2016 tace, ad esempio, sulla necessità di regolare le ipotesi di revoca, dimissione o trasmissione delle funzioni di trustee, nonché si limita ad una configurazione degli obblighi del trustee, ignorando i profili dei suoi poteri (ad esempio, la delega di alcune funzioni o il potere di effettuare investimenti).

Rimane da considerare un ultimo, peculiare, profilo del trust “dopo di noi”. La lettera f) dell’art. 6, co. 3, della l. 112/2016 richiede che venga individuato nell’atto istitutivo un soggetto preposto al controllo dell’operato del trustee. Tale obbligo risulta forse il più interessante, almeno sotto il profilo comparatistico.

La nomina di un soggetto preposto al controllo dell’operato del trustee non è necessaria nel modello convenzionale. Essa non è diffusa nemmeno nel modello anglosassone, dove si trova esclusivamente nei c.d. *charitable trusts*, i quali perseguono scopi di interesse generale, ritenuti meritevoli di tutela nell’interesse della collettività¹⁰⁵. In particolare, la dottrina inglese ricostruisce i *charitable trusts* come trust di scopo, in quanto l’atto istitutivo non designa un beneficiario, ma prevede che il compito affidato al trustee si rivolga a vantaggio di una generalità di soggetti. Nel diritto anglosassone, il trust di scopo è dunque generalmente ritenuto nullo, in quanto l’assenza di beneficiari comporta anche che non vi sia alcun soggetto deputato a far valere gli inadempimenti del trustee¹⁰⁶. Esso risulta valido solo ove soddisfatti i requisiti espressamente richiesti dai *Charities Acts 2006 e 2011*, leggi che specificano le finalità ammesse e la pubblica autorità deputata al controllo dell’operato del trustee¹⁰⁷. In particolare, tra i *charitable trusts* figurano anche quelli volti a fornire supporto a persone

¹⁰⁵ Vedi, per tutti, LEE, J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, Sweet and Maxwell, cit., p. 659. In particolare, la dottrina inglese rileva un utilizzo dei trust di scopo caritatevole a favore di persone “anziane, incapaci o povere” diffuso già a partire dall’inizio del 1600. Cfr. *Ibidem*, p. 686.

¹⁰⁶ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 169.

¹⁰⁷ Gli scopi caritatevoli che possono oggi essere perseguiti sono individuati dalla Sezione 3(1) del *Charities Act 2011*. Per un’analisi completa si veda LEE, J. GLISTER, J. LEE, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, cit., pp. 672 ss.

bisognose di aiuto in ragione della loro gioventù, età, stato di salute, disabilità, indigenza o altre situazioni di svantaggio¹⁰⁸.

La figura del guardiano ha invece avuto una notevole diffusione nella prassi notarile italiana nei c.d. trust interni, dove è emersa la tendenza ad attribuire ad un soggetto terzo specifiche funzioni di controllo sull'attività del trustee, attraverso poteri di gestione, direttive e pareri¹⁰⁹.

Non appare chiaro, dunque, se l'ordinamento italiano, nell'adottare la figura del guardiano, si sia avvalso dei modelli notarili, oppure sia stato fatto un uso dello strumento comparatistico, riconoscendo che, ogni volta in cui si è di fronte ad un beneficiario incapace, manca quella figura che tradizionalmente può far valere le inadempienze e gli abusi del trustee.

Ciò che resta innegabile è che la legge n. 112/2016 consideri un modello di trust che, da un lato, contiene delle prescrizioni originali, dall'altro, non sembra includere tutti quegli elementi strutturali essenziali che la Convenzione sui trusts richiede alla legge regolatrice del trust¹¹⁰. Apparirebbe dunque condivisibile l'opinione di chi ritiene che, anche dopo la legge n. 112/2016, difficilmente si possa prescindere dalla scelta di una legge straniera che regoli il trust¹¹¹ per assicurarne la validità ed il corretto funzionamento. Ciò in quanto, in assenza di una regolamentazione negoziale estremamente dettagliata, il diritto italiano appare oggi comunque insufficiente a dare una risposta a tutti i problemi che nascono dalle peculiarità dell'istituto del trust.

¹⁰⁸ Così il testo inglese del *Charities Act 2011*, S3(1), lett. j): «*the relief of those in need because of youth, age, ill-health, disability, financial hardship or other disadvantage*».

¹⁰⁹ Analizza le prassi interne in materia di guardiano del trust, a cui è fatto riferimento anche in termini di *protector* o *enforcer*, A. D'ALESSANDRO, *Obbligazioni e responsabilità del guardiano di un trust interno*, «Trusts & Attività fiduciarie», 2010, pp. 333-339.

¹¹⁰ In senso contrario, in dottrina vi è chi ritiene che la legge sul dopo di noi possa essere considerata una prima "e sia pur incompleta" legge sul trust; G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi". Prima parte*, cit., p. 725-726. L'autrice stessa, tuttavia, rileva che nella legge sul dopo di noi non ricorrerebbero comunque tutti gli elementi indicati dall'art. 8 CAT affinché una determinata legge possa qualificarsi come legge sul trust, ma solo "buona parte".

¹¹¹ In tal senso, M. DE PAOLI, *Il trust "dopo di noi": disciplina e atto istitutivo*, «Cooperative e enti non profit», 2023, p. 21.

6. L'intestazione a terzi di un conto corrente da amministrarsi temporaneamente nell'interesse di un beneficiario come ipotesi di trust?

Alla luce delle analisi sinora svolte, appare particolarmente interessante una sentenza di merito adottata nel 2022 dal Tribunale di Padova¹¹². Nello specifico, il caso risolto dal Tribunale patavino presenta diversi profili di complessità. Esso richiede all'interprete di riflettere sull'opportunità di utilizzare lo schema negoziale del trust quando ci si trovi di fronte ad un atto negoziale atipico non denominato come trust, che richiami gli effetti segregativi patrimoniali tipici del trust in favore di un beneficiario disabile ed appaia soggetto alla sola legge italiana.

I fatti di causa sono piuttosto articolati. Nell'estate del Duemila, un mese prima della propria morte, una signora vedova, la cui unica figlia è interdetta e affetta da sindrome di Down, conclude una scrittura privata con quattro suoi nipoti. Il documento recita che le disposizioni in esso contenute sono volte ad assicurare alla figlia «l'assistenza di cui ha bisogno, ed allo scopo di rendere più semplice e pratico il modo per ottenere tutto ciò»¹¹³.

Per raggiungere tale obiettivo, la scrittura privata prevede il trasferimento con effetto immediato di due depositi bancari, di cui era titolare la disponente a quattro dei suoi nipoti. La disponente stabilisce che ella conserverà, fino alla propria morte, la piena disponibilità di detti depositi, con impegno dei nuovi contitolari, a firma congiunta, ad eseguire tutte le necessarie operazioni da ella richieste. Alla propria morte, la disponente prevede altresì che le somme ancora presenti su detti conti pur «rimanendo ovviamente in piena proprietà e disponibilità degli intestatari sopraddetti¹¹⁴» vengano destinate, a cura degli intestatari, ad assicurare alla figlia interdetta l'assistenza di cui necessita ed il mantenimento del tenore di vita a cui è abituata, fornendo quanto di volta in volta necessario a tale scopo.

Infine, la scrittura privata contiene un obbligo, in capo ai quattro cointestatari dei conti, a seguito della morte della figlia della disponente, di ripartire il saldo residuo fra tutti i nipoti ancora in vita della dispo-

¹¹² Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678. La sentenza è inedita e fa parte dei provvedimenti raccolti e anonimizzati dal Team di Diritto Privato Comparato e Diritto Privato dell'Unione Europea dell'Università di Padova nel corso del progetto Uni4Justice.

¹¹³ Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678, p. 20.

¹¹⁴ Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678, p. 21.

nente. Sul punto, appare opportuno evidenziare che questi comprendono, all'apertura della causa, anche alcuni altri nipoti non intestatari dei conti alla cessione.

Quattordici anni dopo, all'interno di una complessa causa successoria, il fratello della defunta disponente – nonché unico erede legittimo della figlia della sorella – chiede al Tribunale di dichiarare la nullità della scrittura privata intervenuta tra la sorella e i quattro nipoti. In particolare, egli sostiene che la convenzione sarebbe nulla nella dimensione in cui contiene delle disposizioni *mortis causa* in un documento che non ha la forma e natura del testamento. Contestualmente, egli domanda che venga accertato che i beni avrebbero dovuto ritenersi parte del patrimonio della figlia della disponente, di cui egli è unico erede, con condanna al pagamento a suo favore delle somme che esistevano sui conti al momento della morte della sua dante causa e dei frutti percepiti.

Tale ricostruzione non viene condivisa dal Collegio giudicante. In particolare, il Tribunale ritiene indubbio che la scrittura privata vada qualificata come un atto *inter vivos*, in cui l'effetto di spoglio della titolarità dei conti correnti in capo alla disponente è stato voluto espressamente come effetto principale ed immediato dell'atto¹¹⁵.

Chiamato a questo punto ad interrogarsi sulla natura e validità dell'atto negoziale in questione, il Tribunale ritiene di poterlo ricondurre allo schema del trust. Si legge nella decisione: «Nel caso che ci occupa, la proprietà dei beni è stata trasferita a tutti i nipoti dalla *de cuius*, indicati dalla stessa come beneficiari finali, il cui acquisto era subordinato a un termine iniziale, ovvero la morte della figlia, evento che, per altro, coincide con il venir meno dello scopo per cui la *de cuius* ha istituito il trust (garantire soddisfazione alle esigenze della figlia)¹¹⁶». Proposta la qualificazione della scrittura privata come trust – *rectius*, atto istitutivo di trust – il Collegio si sofferma ulteriormente sulla riconducibilità del negozio ad un atto *inter vivos*.

Per l'inquadramento della fattispecie, il Tribunale effettua un espresso riferimento all'ordinanza della Cassazione a Sezioni Unite n. 18831/2019¹¹⁷. In particolare, i giudici ritengono che la scrittura privata di cui è causa andrebbe ricondotta ad un c.d. "trust *inter vivos* con effetti *post mortem*". La morte (della disponente), infatti, non sarebbe la causa dell'attribuzione ai nipoti dei conti, ma un elemento accidentale che rileva come tempo a

¹¹⁵ Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678, p. 23.

¹¹⁶ Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678, p. 22.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, para. 4.

decorrere dal quale si verificano determinati effetti e cessano quelli di una precedente disposizione.

Infine, nell'opinione del Tribunale, nella fattispecie risolta «del trust sussisterebbero sia i requisiti formali (forma scritta *ad probationem*, ai sensi dell'art. 2 Convenzione de L'Aja), sia quelli sostanziali»¹¹⁸. Secondo il collegio, dunque, la *de cuius*, nella sua qualifica di *settlor*, si sarebbe spogliata immediatamente dei beni a favore dei *trustees* e la morte del *settlor* si sarebbe qualificata come termine iniziale per dare corso alle istruzioni contenute nel trust. All'evento della morte della figlia della disponente andrebbe invece ricondotta la cessazione del trust, con conseguente obbligo di ripartire il residuo tra tutti i nipoti, indicati dalla disponente come beneficiari finali¹¹⁹.

Una volta proposta tale configurazione, il Tribunale non si sofferma oltre sulle caratteristiche dell'atto, in quanto ritiene comunque intervenuta la prescrizione decennale. Viene accolta, infatti, la ricostruzione dei convenuti, i quali sostengono che la figlia della disponente, in qualità di legittimaria e tramite il tutore, sarebbe stata legittimata ad aggredire l'uscita delle consistenti liquidità materne dall'asse ereditario, tramite l'azione di riduzione. Ciò anche considerato che il tutore era a conoscenza dell'atto potenzialmente lesivo, poiché i conti erano stati utilizzati, subito dopo la morte della disponente, per il pagamento di un immobile acquistato in nome e per conto dell'interdetta.

Nella ricostruzione fornita dai giudici, dunque, la validità dell'atto appare ancorata alla Convenzione de L'Aja, della quale l'atto soddisferebbe sia i requisiti formali che i requisiti sostanziali.

Tuttavia, se si analizzi l'intera operazione alla luce delle estese considerazioni sinora svolte sulla Convenzione de L'Aja, la ricostruzione della scrittura privata di cui è causa alla stregua di un (atto istitutivo di) trust appare debole.

Vanno innanzitutto operate due premesse. La prima è di carattere temporale: sebbene la causa venga risolta nel 2022, l'atto in contestazione viene sottoscritto dalle parti nel 2000, a circa otto anni dall'entrata in vigore della legge di ratifica della Convenzione de L'Aja e sedici anni prima dell'adozione della legge n. 112/2016. La seconda è che l'analisi dei giudici si focalizza sul sorgere delle finalità del trust a partire dal momento della morte della disponente. Essa dunque tace su quanto, nel regolamento negoziale, dovrebbe avvenire prima della morte della disponente, la quale si

¹¹⁸ Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678, p. 24.

¹¹⁹ Tribunale di Padova, sentenza del 7 aprile 2022, n. 678, p. 22.

era riservata, fino alla propria morte, la piena disponibilità dei conti che ha trasferito ai nipoti. Ipotizzando di volere ricostruire l'intero atto negoziale alla stregua di un trust, esso conterrebbe comunque una "catena" di beneficiari successivi: *in primis*, la stessa disponente del trust, in secondo luogo, la figlia della disponente e da ultimo, quali beneficiari finali alla cessazione del trust, tutti i nipoti ancora in vita della disponente.

Operate queste premesse sui fatti di causa, va innanzitutto rilevato che, nella fattispecie in questione, manca qualsiasi elemento di internazionalità.

La disponente è cittadina italiana e residente in Italia, così come in Italia si trovano i beni di cui ella dispone, nonché i supposti beneficiari del trust ed i trustees. Non vi è dubbio poi che l'intera operazione possa essere regolata solo sulla base della legge italiana, mancando qualsiasi indicazione in senso diverso. Va altresì ricordato che l'art. 5 CAT prevede che, se i criteri di collegamento del trust non portino all'individuazione di una legge che prevede e regola l'istituto, la Convenzione non si applichi.

La ricostruzione della scrittura privata di cui è causa come trust richiede dunque, innanzitutto, di aderire ad una visione di piena ammissibilità del trust di diritto interno, cioè interamente regolato dalla sola legge italiana. Tale opinione, come si è ampiamente visto¹²⁰, non appare pienamente condivisa in dottrina e giurisprudenza. In particolare, è infatti spesso comunque richiesto che nell'atto istitutivo sia scelta una legge regolatrice straniera.

Anche a volere considerare valido un trust costituito sulla base della sola legge italiana, i problemi del negozio in questione non appaiono infinitesimali. La scrittura privata del 2000, sulla base della quale viene anche effettuato il trasferimento immediato dei conti ai nipoti, dovrebbe rappresentare, in un unico supporto documentale alquanto "scarno", sia l'atto istitutivo del trust che il negozio di trasferimento dei beni in trust.

Quanto andrebbe indagato *in primis*, per poter parlare di trust, sarebbe la volontà della disponente di dare luogo a un trust e non ad un diverso negozio. In particolare, andrebbero ricercati gli effetti tipici del trust, ovvero l'avvenuta creazione di un patrimonio destinato, distinto dalle masse proprietarie dei soggetti che ne sono formalmente titolari.

Nella scrittura privata di cui è causa, nessuna menzione espressa è fatta dalla disponente della volontà di istituire un trust, né tanto meno si può ritenere che una intenzione in tal senso risulti in maniera chiara,

¹²⁰ Cfr. *supra*, para. 3.

certa ed inequivocabile¹²¹. Sotto questo profilo, in realtà, proprio il tenore letterale del documento appare incompatibile con uno degli elementi essenziali del trust, ove i beni non solo escono dal patrimonio del *settlor*, ma mai sono in piena disponibilità del trustee. Apertamente in contrasto con la qualificazione in termini di trust appare la volontà espressa della disponente che, alla sua morte, i titoli trasferiti rimangano “ovviamente in piena titolarità e disponibilità” dei nipoti. Questi ultimi, come noto, ove assumessero la qualità di trustee non potrebbero invece che detenere i beni nell'interesse esclusivo dei beneficiari. Non si può poi negare che manchi nella scrittura privata qualsiasi ulteriore disposizione che risulti in sé idonea a qualificare la posizione dei nipoti alla stregua di trustees. Non vi sono disposizioni atte a garantire la sopravvivenza del trust, né esplicitazioni di direttive, obblighi o poteri a cui i nipoti debbano attenersi. Essi rimangono, invece, piuttosto liberi nella gestione dei fondi.

Esclusa la configurabilità di un trust, l'operazione negoziale richiama facilmente alla mente la riserva di usufrutto nella donazione¹²². Rimarrebbe peraltro problematica la disposizione di ripartizione finale del residuo che grava i donatari, considerato che l'art. 796 c.c. consente al donante di riservare l'usufrutto dei beni donati a proprio vantaggio e dopo di lui a vantaggio di un'altra persona, ma vieta ulteriori usufrutti successivi¹²³. Solo la qualificazione della scrittura privata come trust (e dunque come liberalità non donativa) “elude” inoltre la questione della forma del trasferimento dei beni, ove la donazione diretta con riserva di usufrutto sarebbe certamente stata soggetta alla forma dell'atto pubblico *ad substantiam*.

Senza addentrarsi oltre nelle complessità connesse ad una diversa qualificazione della scrittura privata, sembra comunque difficile che si possa sostenere che l'atto contenga “tutti i requisiti” del trust. In ogni caso, la sentenza del Tribunale di Padova appare utile ad inquadrare le tante difficoltà che si riscontrano tuttora, nella prassi, all'atto di configurare un negozio come trust. Tali difficoltà appaiono intrinsecamente

¹²¹ Cfr., *supra*, para. 2.

¹²² Peraltro, l'espressione della disponente che vuole i nipoti diventare “pienamente proprietari” alla sua morte richiama chiaramente gli effetti della morte dell'usufruttuario sull'acquisto del donatario; G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, *Codice civile commentato. Art. 796 c.c. Riserva di usufrutto*, Wolters Kluwer – One Legale, 2023, p. 2.

¹²³ In particolare, è opinione diffusa che la *ratio* del divieto di usufrutto successivo nella donazione sia la necessità di evitare che il proprietario dei beni sia complessivamente privato del godimento degli stessi per un tempo prolungato e obbligato ad assicurarne il godimento a terzi; A. SEMPRINI, *Riflessioni sul divieto di usufrutto successivo*, «NGCC», 2018, p. 298 ss.

connesse alla pluralità di profili che l'autonomia privata – o, in sua supplenza, la legge – devono regolamentare perché un trust possa essere considerato valido, i quali non sempre appaiono enucleati con chiarezza dalle prassi giurisprudenziali e professionali.

7. Conclusioni

La consacrazione nel nostro ordinamento del trust a sostegno della persona con disabilità grave, operata dalla legge n. 112/2016, non ha ridotto le difficoltà applicative dell'istituto. In parte, tali difficoltà sembrano comunque risalire alla stessa Convenzione de L'Aja del 1985 e alle persistenti perplessità sulla circostanza che il trust possa operare in Italia in assenza del richiamo ad una legge regolatrice straniera.

Da un lato, appare innegabile l'emersione e diffusione, particolarmente nell'attività notarile, di modelli di trust "italiani", dove le clausole ricavate dalle leggi straniere sono adattate ai principi dell'ordinamento italiano. Tali prassi sembrerebbero avere ispirato anche la stessa attività legislativa, in particolare con riferimento all'adozione della figura del guardiano nel trust "dopo di noi".

Dall'altro lato, diversi degli aspetti che caratterizzano il trust nella stessa Convenzione de L'Aja appaiono oggi comunque incerti nella prassi italiana. Ad esempio, appare sottovalutato il rapporto tra atto istitutivo del trust e atti di disposizione dei beni, nonché poco valorizzata l'essenzialità, per il funzionamento del trust, di una disciplina puntuale dei poteri ed obblighi gravanti sul trustee, nonché della successione nell'ufficio o della sua cessazione.

Sotto questo profilo, appaiono condivisibili le preoccupazioni di quella parte della dottrina che immagina che la disciplina del trust rimanga ad oggi per lo più ignota alla platea dei potenziali beneficiari, soprattutto per quanto attiene alle sue possibili finalità di sostegno alla persona¹²⁴.

Ciò emergerebbe anche dalla *Seconda Relazione trasmessa alle Camere sullo stato di attuazione della legge 112/2016*, pubblicata il 14 gennaio 2020¹²⁵. L'art. 9, co. 1, della l. n. 112/2016 prevedeva che il regime di

¹²⁴ In tal senso, si vedano le estese riflessioni di M. VERGA, *Il "Dopo di noi" e il "Durante noi". Brevi riflessioni a cinque anni dall'approvazione della legge 112/2016*, «Sociologia del diritto», 2021, pp. 149-173.

¹²⁵ CAMERA DEI DEPUTATI, *#DopodiNoi: qui la Seconda Relazione trasmessa alle Camere sullo stato di attuazione della legge 112/2016*, 14 gennaio 2020, <<https://temi.camera.it/leg18/post/OCD15-13899/dopodinoi-qui-seconda-relazione-trasmessa-alle-camere-sul>>

agevolazione fiscale avrebbe comportato un onere a carico della finanza pubblica, derivante dal mancato gettito, pari a circa cinquantadue milioni di euro per il 2017 e di circa trentaquattro milioni a decorrere dal 2018. Negli anni di riferimento della Relazione, invece, le minori entrate si attestano complessivamente a circa due milioni di euro, per l'intero triennio 2016-2018. Di tale totale, appena 318.000 euro sono riferibili ad imposte relative al trasferimento di beni in trust¹²⁶. D'altronde, lo stesso art. 7 della legge n. 112/2016 aveva previsto, a carico della Presidenza del Consiglio dei ministri, l'onere di attuare delle campagne informative al fine di diffondere la conoscenza delle disposizioni della legge. Da quanto emerge dalla citata *Relazione* tali attività sono state delegate quasi interamente alle Regioni, con esiti distanti tra loro su modalità e pervasività della pubblicizzazione¹²⁷. Per tali ragioni, la Relazione opportunamente sottolinea come sia necessario comprendere «se le agevolazioni fiscali in questione sottendano una platea di potenziali beneficiari realmente ridotta rispetto alle stime, ovvero se le stesse agevolazioni abbiano rappresentato strumenti poco attrattivi»¹²⁸.

Quanto appare condivisibile è l'auspicio che venga adottata, in futuro, una strategia di sensibilizzazione che sia concretamente in grado di raggiungere i potenziali beneficiari e campagne di formazione specifica per le categorie legali. Ciò al fine di supportare la popolazione nella comprensione delle potenzialità della legge n. 112/2016 e garantire che gli interessati si avvalgano di professionisti per la scelta della soluzione più opportuna e la redazione di atti che contengano tutti i requisiti necessari per una loro corretta operatività.

Bibliografia

AMADIO G., *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, «I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato», 2008, p. 17.

AMORE G., *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella leg-*

lo-stato-attuazione-della-legge-112-2016.html> (20 dicembre 2023).

¹²⁶ Si vedano i dati più completi riportati nella citata *Relazione*, *Ibidem*, p. 34.

¹²⁷ Dalle schede allegate emerge che la gran parte delle Regioni ha limitato la promozione informativa a contenuti nei siti istituzionali della Regione e delle Aziende USL e al coinvolgimento delle associazioni di categoria, talvolta anche tramite incontri mirati con la popolazione. All'esame della documentazione, esclusivamente la Regione Puglia avrebbe fatto ricorso a campagne più estese, ideando spot per le tv locali, inserzioni per la stampa, contenuti per i social network e mailing list. *Ibidem*, pp. 40-72.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 34.

- ge del “dopo di noi”. *Prima parte*, «Studium Iuris», 2019, pp. 718-726.
- ANDRINI M.C., *Nullità del trust autodichiarato: la responsabilità del notaio*, «Trusts e attività fiduciarie», 2021, pp. 116-129.
- ARCONZO G., *La legge sul dopo di noi e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, «Quaderni costituzionali», 2016, pp. 787-790.
- AZZARRI F., *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22 giugno 2016, n. 112*, «Nuova giurisprudenza civile», 2017, p. 122.
- BARTOLI S., *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione e trust*, «Giurisprudenza Italiana», 2007, pp. 1298-1312.
- BARTOLI S., *Trust interno e liberalità non donativa*, «Liberalità non donative e attività notarile - Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato», 2008, p. 59 ss.
- BARTOLI S., *Trust familiare: accettazione di posizione beneficiaria attribuita ad un minore e conflitto di interessi con i genitori*, «Fam. Dir.», 2020, pp. 391 ss.
- BARTOLI S., *Strumenti di protezione dei soggetti deboli e legge sul “dopo di noi”. Trust, atto di destinazione e affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2022.
- BONLINI G., *Trattato di diritto di famiglia. Volume primo: Famiglia e matrimonio – Regime patrimoniale*, UTET Giuridica, 2022.
- BUCICCO C., *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, G. Giappichelli Editore, 2015.
- BUONFRATE A., *Patrimonio destinato e separato (voce)*, «Digesto Civile», 2007.
- BUSANI A., *Il trust. Istituzione, gestione, cessazione*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2020.
- CASTRONOVO C., *Il trust e “sostiene Lupoi”*, «Europa e dir. priv.», 1998, pp. 441 ss.
- CARBONE S.M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell’Aja del 1985*, «Trusts», 2000, pp. 145-151.
- CENINI M., *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, «Giurisprudenza Italiana», 2023, pp. 1535-1542.
- CIOCIA M.A., *Il trust interno: processo di tipizzazione tra dispute dottrinali*

- e prassi giurisprudenziale*, in C. BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 79-99.
- D'ALESSANDRO A., *Obbligazioni e responsabilità del guardiano di un trust interno*, «Trusts & Attività fiduciarie», 2010, pp. 333-339.
- D'ALFONSO G., MIGNOZZI A., *La Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento. La sua ratifica ed integrale esecuzione nell'ordinamento giuridico italiano*, in (a cura di) C. BUCICCO, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 33-78.
- D'AMICO G., *La proprietà «destinata»*, «Rivista di diritto civile», 2014, pp. 525-546.
- DE PAOLI M., *Il trust “dopo di noi”: disciplina e atto istitutivo*, «Cooperative e enti non profit», 2023, pp. 18-45.
- DI MAGGIO E., *Commento alla Legge per il “dopo di noi”*, «Notariato», 2016, p. 430 ss.
- DONADIO G., *I patrimoni separati*, Luigi Macrì Editore, 1941.
- ERRANI G., *Il trust come liberalità indiretta “anomala” e il suo rapporto con le norme a tutela dei legittimari*, «Trusts e attività fiduciarie», 2019, pp. 381-390.
- FOCOSI M., *Analisi delle iniziative per introdurre il trust (o istituti analoghi) nella legislazione italiana* in A. BARBA, D. ZANCHI, *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 101-120.
- GAILLARD E.G., TRAUTMAN D.T., *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, «American Journal of Comparative Law», 1987, pp. 307-340.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, 2005.
- GALLARATI A., *Il trust*, in CAGNASSO O., PANZANO L., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, UTET Giuridica, 2016, p. 2882.
- GAMBARO A., *Il trust in Italia*, «Le Nuove Leggi Civili Commentate», 1993, p. 1211 ss.
- GATT L., *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Editoriale Scientifica, 2010.
- GATT L., *Il trust italiano. La nullità della clausola di rinvio alla legge straniera nei trust interni*, «NGCC», 2013, pp. 622-643.
- GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera*

- aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle*), «Riv. not.», 2001, pp. 1247 ss.
- GIARDINI F., *Testamento e sopravvenienza*, CEDAM, 2003.
- GIGLIOTTI F., *Trust interno e atto di destinazione*, «Giustizia Civile», 2016, p. 745 ss.
- GLISTER J., LEE J., *Hanbury & Martin: Modern Equity*, Sweet and Maxwell, 2015.
- GRASSETTI C., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, «Rivista di diritto commerciale», 1936, p. 548 ss.
- GRAZIADEI M., *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Convention with particular regard to the Italian experience*, in SMITH L., *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 29-82.
- HON.RÉ T., *Trusts: The Inessentials*, in GETZLER J., *Rationalising Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, Oxford University Press, 2005.
- IACCARINO G., *Liberalità indirette*, IPSOA, 2011.
- IUDICA G., ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2023²⁴.
- LATROFA N.D., SEMPRONI A., *Il passaggio di consegne tra trustee: dagli ordinamenti d'origine alla prassi italiana*, «Trusts e attività fiduciarie. Quaderni 15», Wolters Kluwer Italia, 2023.
- LENZI R., *Operatività del trust in Italia*, «Rivista del notariato», 1995, p. 1382 ss.
- LENZI R., *Responsabilità del notaio nelle operazioni difensive del patrimonio*, «Giurisprudenza italiana», 2017, pp. 2541-2549.
- LEPORE A., *Il trust autodichiarato e il trust Onlus. Trascrizione, art. 2645 ter c.c. e soggettività giuridica*, in C. BUCICCO, op. cit., pp. 161-183.
- LUPOI M., *Il trust amorfo*, «Vita notarile», 1992, p. 51 ss.
- LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, «Rivista del notariato», 2012, pp. 513-523.
- LUPOI M., *L'interazione fra il diritto civile italiano e il diritto straniero in un originale atto istitutivo di trust*, «Vita notarile», 2013, p. 1049 ss.
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2020⁴.
- LUPOI M., *I trust e la loro comprensione comparatistica*, «Trusts», 2022,

pp. 3-17.

- LUZZATTO R., *“Legge applicabile” e “riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell’Aja*, «Riv. Dir. Int. Proc. Civ.», 1999, p. 5-16.
- MATTHEWS P., *The place of the trust in English law and in English life*, «Trusts & Trustees», 2013, pp. 242-254.
- MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I. Parte Generale*, UTET Giuridica, 2020.
- MURITANO D., ROMANO C., *Il trust discrezionale alla prova dell’azione di riduzione*, «Notariato», 2023, pp. 283-297.
- NATOLI C., *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell’esperienza notarile*, «NGCC», 2020, pp. 851-866.
- NIVARRA L., *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, «Rivista critica del diritto privato», 2012, pp. 211-240.
- NOCERA I.L., *Trust e composizione negoziale della crisi d’impresa: causa in concreto, riconoscibilità e azione revocatoria*, «Dir. fal.» 2015, p. 658.
- PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, «Trusts e attività fiduciarie», 2020, pp. 503-528.
- PARKINSON P., *Reconceptualising the express trust*, «Cambridge Law Journal», 2002, pp. 657-683.
- PATTI F.P., *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, «NGCC», 2023, pp. 968-979.
- PATTI S., *Trust, quota di riserva e causa concreta*, «Famiglia, persone e successioni», 2011.
- PETRELLI G., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, «Rivista del notariato», 2020, pp. 1091-1165.
- PINO A., *Il patrimonio separato*, CEDAM, 1950.
- PINTO F., *L’imposizione indiretta delle liberalità diverse dalle donazioni non risultanti da atto scritto soggetto a registrazione*, «Diritto e Pratica Tributaria», 2022, pp. 197-220.
- REALI A., *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell’Aja. Parte prima: i principi generali*, «Rivista di diritto civile», 2017, pp. 398-422.
- REALI A., *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la convenzione dell’Aja. Parte seconda: Le regole giuridiche operative*, «Rivista di

- diritto civile», 2017, pp. 608-630.
- RISSO L.F., *Destinazioni, affidamenti e trust. Una premessa alle destinazioni esposte al convegno*, in M. BIANCA (a cura di), *La destinazione del patrimonio: dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina*, Giuffré Editore, 2016, p. 259-272.
- RIZZONELLI G., BERTOLASO BRISOTTO P., *La protezione patrimoniale dei soggetti disabili. Come applicare la legge sul dopo di noi*, Maggioli Editore, 2017.
- ROLLI R., *Il diritto privato nella società 4.0*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2021.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012⁹.
- SEMPRINI A., *Riflessioni sul divieto di usufrutto successivo*, «NGCC», 2018, p. 298 ss.
- SEPIO G., *Il “dopo di noi” e le misure fiscali a tutela del patrimonio delle persone con disabilità grave*, «Il fisco», 2016, p. 2735 ss.
- SERIO M., *Profili del trust nel diritto inglese: uno studio per fattispecie*, «Europa e Diritto Privato», 2021, 221-295.
- SHERIDAN L.A., KEETON G.W., *The Law of Trusts*, Barry Rose Law Publishers, 1993.
- TAMBORRINO A., *Tutela giuridica delle persone con disabilità*, Key Editore, 2019.
- TASSANI T., *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul “dopo di noi”, tra agevolazione e impatto sistematico*, «Notariato», 2016, p. 517 ss.
- THE HONORABLE SOCIETY OF KING’S INNS, *Equity and the Law of Trusts: Course Manual*, The Honorable Society of King’s Inns, 2022.
- TONELLI A., BULGARELLI A., *Il Trust di sostegno*, «Trusts & Attività fiduciarie», 2010.
- TUCCI G., *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, «Trusts e attività fiduciarie», 2003, p. 29.
- VERGA M., *Il “Dopo di noi” e il “Durante noi”. Brevi riflessioni a cinque anni dall’approvazione della legge 112/2016*, «Sociologia del diritto», 2021, pp. 149-173.
- WATERS D.W.M., *The nature of the Trust Beneficiary’s Interest*, 1967, «Can. B.R.», p. 219 ss.

WHEELER J., *The English Court of Appeal considers the governing law of trusts and the Hague Trusts Convention*, «Trusts & Trustees», 2015, pp. 776-785.

ZANCHI D., *Trust. Dizionario ragionato*, G. Giappichelli Editore, 2021.

Sitografia

BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile commentato. Art. 796 c.c. Riserva di usufrutto*, Wolters Kluwer – One Legale (16 dicembre 2023).

CAMERA DEI DEPUTATI, #DopodiNoi: qui la Seconda Relazione trasmessa alle Camere sullo stato di attuazione della legge 112/2016, 14 gennaio 2020, <<https://temi.camera.it/leg18/post/OCD15-13899/dopodinoi-qui-seconda-relazione-trasmessa-alle-camere-sullo-stato-attuazione-della-legge-112-2016.html>> (20 dicembre 2023).

VON OVERBECK A.E., *Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition*, «HCCC Publications», 1985, n. 54 <<https://assets.hcch.net/docs/ec6fb7e0-deda-417f-9743-9d8af6e9e79b.pdf>> (21 dicembre 2023).

L'audizione del beneficiando di amministrazione di sostegno ed il potenziale emancipativo dei residui spazi di autonomia della persona fragile

Maria Giulia Bassan

Abstract. Con l'introduzione della Legge n. 6/2004, la persona fragile è passata da "oggetto" di tutela a protagonista di un procedimento che pone l'individuo vulnerabile al suo centro. Nel cambio di prospettiva, un primo passo da compiere appare quello di ri-concepire l'audizione del beneficiando di amministrazione di sostegno, come strumento di ascolto empatico ed effettivo. A vent'anni dalla legge istitutiva, non mancano criticità applicative da parte dei Tribunali. Nel presente contributo vengono analizzati alcuni provvedimenti di merito, per evidenziare come il momento dell'ascolto, se svolto in modo empatico, consenta di ricondurre la persona vulnerabile in un progetto di sostegno personalizzato, dal potenziale emancipativo.

Parole chiave: Amministrazione di sostegno – Progetto di sostegno – Progetto emancipativo – Audizione beneficiando

Sommario: 1. L'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Il primo passo verso un cambiamento giuridico e culturale. 2.1. L'ascolto tra l'essere e il dover essere. 2.2. Difficoltà applicative e prassi giudiziarie. 2.3. Le prassi giudiziarie e la valorizzazione dell'ascolto. 3. La prospettiva emancipativa. 4. Conclusioni.

1. L'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Il primo passo verso un cambiamento giuridico e culturale

Nel nostro ordinamento giuridico, la nozione di capacità d'agire viene intesa come capacità di esercitare i propri diritti e doveri¹. La *ratio* di questa concezione è funzionalmente connessa alla necessità di garantire certezza e stabilità nelle relazioni patrimoniali che coinvolgono più soggetti. Inoltre, così intesa, il riconoscimento della capacità di agire consegue dalla presunzione che, dopo il compimento del diciottesimo anno, l'individuo ha completato il processo di crescita e, dunque, sarà in grado di comprendere gli effetti che una data attività ha nella propria sfera giuridica². Pertanto, il riconoscimento della stessa non richiede alcuna indagine sulla concreta situazione che interessa il singolo soggetto.

Al raggiungimento della maggiore età, quindi, o si possiede l'attitudine a compiere responsabilmente e scientemente gli atti che vengono attribuiti e riconosciuti, oppure si è destinati alla dichiarazione di incapacità. A tal fine, l'ordinamento aveva inizialmente predisposto due forme di protezione, attuate mediante gli istituti di interdizione ed inabilitazione. L'interdizione rappresenta una forma di protezione severa ed invasiva, che, difatti, comporta la dichiarazione di una "incapacità legale assoluta". L'inabilitazione, invece, è una misura concepita per forme di vulnerabilità meno gravi e comporta una limitazione soltanto parziale della capacità d'agire³.

Il quadro così delineato è stato rivoluzionato dalla legge n. 6 del 9 gennaio 2004, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Gli istituti di inabilitazione ed interdizione si sono ridotti a ruoli sempre più marginali, mentre l'amministrazione di sostegno è divenuta istituto di applicazione generalizzata⁴.

¹ Nel nostro ordinamento, infatti, la "capacità di agire" è ispirata all'idea di uomo titolare di diritti patrimoniali, propria dell'"individualismo possessivo", ed alla visione del soggetto di diritto come soggetto unico ed indifferenziato. Si vedano, in particolare, LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1981, p. 312 e SALVATORE AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Giappichelli, Torino 1990, p. 48.

² Si veda, in particolare, C. CROCETTA, *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo*, «DPCE», 2020, I, p.75-76. L'autore presenta la distinzione tra una nozione di capacità in astratto, delimitata da un "criterio-soglia", al raggiungimento del quale si definisce uno spartiacque tra soggetti capaci e incapaci, e una capacità in concreto, relativa all'attitudine di una persona di capire, riflettere, valutare e agire in una situazione concreta.

³ *Ibid.*, p.77.

⁴ In tal senso, P. CENDON, *No all'interdizione! (Parere pro/veritate)*, «Diritto di Famiglia e

La *ratio*⁵ del nuovo istituto è rappresentata dalla volontà di privilegiare la libertà individuale dell'incapace rispetto all'esigenza di tutelare i suoi interessi prettamente patrimoniali⁶.

La novella del 2004, dunque, ha introdotto una forma di garanzia nuova, che ha superato la preesistente contrapposizione tra capacità ed incapacità, nel pieno rispetto degli articoli 2 e 3 della Costituzione. Con l'amministrazione di sostegno, infatti, non si priva il soggetto beneficiario della sua capacità, ma si accorre in suo aiuto per sostenerlo nella ricerca della migliore realizzazione di sé stesso. Si è passati, quindi, da una logica di tipo assistenziale ad una logica emancipativa. Infatti, la legge n. 6/2004 «si basa su una visione nuova, più di promozione della capacità che di protezione incapacitante: l'amministrazione di sostegno, infatti, non priva il soggetto che ne è beneficiario della sua capacità di agire, ma intende sostenerlo in quegli atti che non potrebbe compiere autonomamente, con un'ottica che appare sempre complementare e mai surrogatoria»⁷. Il concetto di tutela, quindi, si avvicina a quello di cura, assumendo una dimensione soggettiva e relazionale, dove l'individuo non è più una monade isolata, che siede dinanzi al giudice per la valutazione oggettiva della propria incapacità, bensì è una persona che, nella sua vulnerabilità, va ascoltata ed accompagnata⁸.

delle Persone», 2012, III, p. 1205. Lo studioso dà atto del ruolo marginale degli istituti di interdizione ed inabilitazione: «si coglie, anzitutto, dalla nuova formulazione degli artt. 414 e 415 c.c.: norme che consentono, ormai, di interdire o inabilitare qualcuno solo allorché difetti un'altra strada (ecco il punto) onde assicurare all'interessato adeguata protezione. Dal nuovo testo dell'art. 414 c.c. emerge un'ottica ben diversa rispetto a quella tradizionale (dell'anno 1942, in vigore fino al 2004): tempi in cui l'ablazione a 360° della capacità d'agire - sullo sfondo di una visione manichea e semplificatoria della malattia psichica ("tutto bianco o tutto nero") - veniva prospettata come sorte ineluttabile per ogni grave infermo psichico: con la sola alternativa, nel vuoto allora esistente entro il c.c., di un completo "abbandono giuridico" per la persona ("o matti, oppure sani di mente, chi non è matto vuol dire che sta bene, di nessun presidio legale avrà allora bisogno")»

⁵ Lo stesso art. 1 della L. n. 6/2004 sancisce la finalità della norma: «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente».

⁶ FRANCESCO CARINGELLA, LUCA BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile*, Dike, Roma 2019, pp. 97 -100.

⁷ C. CROSETTA, *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo*, cit., p.79.

⁸ L. CECCHINI, *L'amministratore di sostegno nel sistema di cura dei soggetti vulnerabili*, «Persona & Danno», 22 dicembre 2020.

Infatti, l'articolo 2 della nostra Carta costituzionale è il punto da cui occorre partire quando ci si avvicina all'amministrazione di sostegno. Il principio pluralista⁹, così come delineato dalla Carta Costituzionale, sancisce la necessità che il nostro ordinamento appresti riconoscimento e tutela a tutti gli strumenti necessari per il pieno sviluppo della persona¹⁰. Risulta, altresì, fondamentale in questa ri-concezione del tema della "capacità" anche l'interpretazione dell'art. 3 Cost. Difatti, se si guarda all'amministrazione di sostegno con le lenti del principio di uguaglianza, è possibile riconoscere come la garanzia di accesso a diverse forme di tutela sia piena espressione del principio di uguaglianza sostanziale¹¹.

La legge n. 6/2004 si presenta come un istituto estremamente elastico e duttile, in grado di ricomprendere al proprio interno una molteplicità infinita di situazioni diverse. L'art. 404 c.c.¹² non fa riferimento a parti-

⁹ Il principio pluralista, o del pluralismo sociale, è sancito all'articolo 2 della Costituzione italiana e riconosce la precedenza della persona umana rispetto allo Stato, sancendo la necessaria socialità della persona ed il necessario riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone come dei diritti della comunità, anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato. L'intento della disposizione è quello di promuovere lo sviluppo della personalità dell'uomo nelle "formazioni sociali". Nella categoria "formazioni sociali" si riconducono, tra le altre aggregazioni, la famiglia, la scuola, le confessioni religiose, i partiti politici, i sindacati, le minoranze linguistiche, le varie forme di associazioni, le cooperative, oltre agli altri "tipi" organizzativi che sebbene non previsti dalla Costituzione sono venuti affermandosi nella realtà sociale e anche in quella legislativa. Si pensi, ad esempio, alle organizzazioni di volontariato, alle comunità di recupero per soggetti tossicodipendenti, alle "imprese sociali" ed in generale alle c.d. organizzazioni non lucrative di utilità sociale, alle organizzazioni non governative e anche agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, E. ROSSI, *Articolo 2 Costituzione, Commentario alla costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, «OneLegale», Wolters Kluwers, 2023.

¹⁰ Utilizzando le parole di Pietro Rescigno, il riconoscimento delle formazioni sociali tende ad offrire una risposta alle «ragioni opposte di angoscia in cui si muove la condizione umana, sospesa tra la paura dello Stato e il deserto della solitudine» in PIETRO RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna 1966, rist. 1987, p. 58.

¹¹ La bozza elaborata dal Professor Cendon - alla base del progetto di legge che ha condotto all'introduzione dell'amministrazione di sostegno - metteva in evidenza un vuoto normativo presente nel nostro ordinamento. Infatti, i soli istituti di interdizione e inabilitazione non permettevano a tutte le situazioni di fragilità di accedere a istituti di supporto. Dunque, alcune situazioni venivano, di fatto, escluse dall'applicazione di questi istituti. Ad esempio, non era possibile accedere a tali forme di protezione per il soggetto con infermità fisica, anche temporanea o per il tossicodipendente.

¹² Così recita l'articolo 404 c.c.: «La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal Giudice Tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio».

colari tipologie di impedimento, ma si parla di una generale «*infermità o menomazione fisica o psichica*» che comporta l'impossibilità, anche temporanea, di provvedere da soli ai propri interessi. A fronte di una tale situazione, il legislatore ha previsto che il beneficiario, per alcune attività specificatamente individuate, venga coadiuvato da una specifica figura, individuata nell'amministratore di sostegno.

La vera e propria rivoluzione, però, come si è già avuto modo di affermare, è rappresentata dalla tipologia di strumento offerto dalla legge n. 6/2004: si tratta di un istituto di supporto, e non solo di protezione, che pone al centro la persona vulnerabile. Da ciò consegue un maggiore rispetto per la sua dignità, realizzato mediante la dotazione di strumenti non eccessivamente invasivi e che possano essere "calibrati" in modo puntuale per la situazione specifica¹³. Questa è dunque la vera novità della legge sull'amministrazione di sostegno: una logica nuova e diversa rispetto quella che guidava l'applicazione dell'interdizione e inabilitazione.

A fronte di un simile mutamento di *ratio*, nonché alla luce dell'introduzione della Convenzione di New York del 13 dicembre 2006, la cd. "Convenzione ONU sul diritto delle persone con disabilità", da più parti giungono considerazioni circa la necessaria abrogazione delle norme sull'interdizione¹⁴.

Vi è chi sostiene che l'abrogazione sia avvenuta "di fatto"¹⁵, in conseguenza di una corretta interpretazione della legge n. 6/2004 letta alla luce dei principi costituzionali. In tal caso, quindi, l'interdizione troverebbe spazio di applicazione solo ed esclusivamente allorquando rappresenti

¹³ Sul punto, si veda, Cass. sent. n. 13584 del 12 giugno 2006. Qui la Suprema Corte ha affermato che lo stato psicologico del soggetto non è sufficiente a giustificare il ricorso all'interdizione, essendo altresì necessaria una valutazione sul tipo di incarico da affidare al tutore. Pertanto, si applicherà l'istituto interdittivo quando questo risulti necessario ad evitare il pericolo di compimento di atti dannosi o pregiudizievoli e sempre che la misura dell'interdizione risulti la più idonea. Ancora, Cass. sent. n. 9628 del 22 aprile 2009, dove la Corte di legittimità, valorizzando l'elasticità dell'amministrazione di sostegno, ha sottolineato la possibilità per il Giudice Tutelare di potenziare il campo di azione di tale istituto, anche in quei casi in cui vi sia il rischio di operazioni dissennate o auto-lesive. Infine, con sent. n. 22332 del 26 ottobre 2011, la Corte di Cassazione ha preso le distanze dalla propria precedente sentenza nella quale veniva dichiarata l'interdizione a carico di un giovane affetto da sindrome di *Down*. Infatti, nelle proprie motivazioni, la Corte di Cassazione ha affermato che non sussiste alcun parallelismo tra l'invasività dell'interdizione e la gravità della situazione autonoma. Si veda il commento alle sentenze in P. CENDON, *No all'interdizione! (Parere pro/veritate)*, cit., pp. 1206-1207.

¹⁴ P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili, opinioni*, «NGCC», 2021, I, p.9.

¹⁵ P. CENDON, *No all'interdizione! (Parere pro/veritate)*, cit.

l'unico strumento idoneo ad assicurare adeguata protezione, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà strumentale¹⁶.

La tesi dell'abrogazione, poi, troverebbe nuova linfa anche dalla ratifica della suddetta Convenzione ONU, ratificata dall'Italia con Legge del 3 marzo 2009. Infatti, la Convenzione sul diritto delle persone con disabilità vieta il ricorso a misure di annullamento o compromissione permanente della capacità di agire¹⁷. Pertanto, con la legge di ratifica della Convenzione vi è stata, secondo alcuni autori, una abrogazione della disciplina dell'interdizione. Ciò sarebbe avvenuto in forza del principio *lex posterior derogat prior*, di cui all'art. 15 delle preleggi, essendovi un'assoluta incompatibilità tra le due disposizioni¹⁸.

Ad ogni modo, anche a non voler appoggiare la tesi dell'abrogazione, appare *ictu oculi* come la legge sull'amministrazione di sostegno abbia offerto lo strumento migliore per garantire tutela e protezione a tutti i soggetti fragili¹⁹. Con la sua introduzione, difatti, si è consacrato il passag-

¹⁶ S. TRENTANOVI, *Schema di una lettura attualizzata dell'amministrazione di sostegno*, «Persona & Danno», 10 giugno 2015, <<https://www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trentanovi>> (18 dicembre 2023).

¹⁷ L'articolo 12 comma 4 della Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 così sancisce: «Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone». Sul punto, giova rammentare che il concetto di "capacità legale" indicato nella convenzione e la nozione di "capacità d'agire" di cui all'art. 2 del nostro codice civile sono da ritenersi perfettamente sovrapponibili.

¹⁸ S. TRENTANOVI, *Schema di una lettura attualizzata dell'amministrazione di sostegno*, «Persona & Danno», 10 giugno 2015, <<https://www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trentanovi>> (18 dicembre 2023).

¹⁹ Il concetto di fragilità è complesso e multidisciplinare. «La letteratura medica definisce una persona fragile quando è portatrice di patologie multiple croniche e/o di un importante decadimento fisico e cognitivo, o quando è un paziente geriatrico 'elettivo', cioè caratterizzato da un fabbisogno assistenziale continuo, multi-disciplinare, multi-specialistico, multi-settoriale. Ma spesso la condizione di fragilità è il risultato della combinazione di più fattori: sanitari, economici, ambientali, relazionali, sociali. Si parla allora di fragilità funzionale, clinica o assistenziale e sociale. La fragilità funzionale è quella relativa alle difficoltà di svolgimento di funzioni quotidiane (alimentazione, movimento, igiene per-

gio, almeno da un punto di vista teorico, da un sistema di tutela passiva, ove la persona incapace era mero oggetto di tutela, ad un meccanismo attivo, di supporto e sostegno, che pone al suo centro la persona umana, con le proprie fragilità, ma anche con le proprie capacità²⁰. Non si è più dinanzi all'alternativa capacità/incapacità, ma oggi si richiede di guardare alla persona in maniera omnicomprensiva, avendo quale unico *focus* la sua dignità e lo sviluppo delle sue abilità, cercando di imporre la minore limitazione possibile alle capacità residue.

Pertanto, l'introduzione della disciplina dell'amministrazione di sostegno ha dato, da un lato, la possibilità di superare - sebbene non ancora *in toto* - l'applicazione indiscriminata dell'istituto dell'interdizione²¹. Dall'altro, però, ha mostrato qualche zona grigia, soprattutto nella sua concreta applicazione nelle aule giudiziarie.

1.1 L'ascolto tra l'essere ed il dover essere

Alla luce di quanto sopra descritto, appare lapalissiano il cambio di paradigma di cui siamo stati partecipi con l'introduzione della legge sull'amministrazione di sostegno. La persona fragile è passata dall'essere oggetto di tutela a vera e propria protagonista del procedimento. Infatti, la legge n. 6 del 2004 ha il merito di aver dato impulso ad una vera e propria rivoluzione, non solo a livello giuridico, ma soprattutto a livello culturale. Per la prima volta, infatti, si è superata la logica delle competenze settoriali, in favore di una logica "più umana" che ha come obiettivo l'immedesimazione integrale nella situazione del soggetto beneficiario²².

sonale, ecc.). La fragilità clinica o assistenziale si caratterizza, invece, per la presenza di più patologie, dolori cronici, disturbi cognitivi, disorientamento, alterazioni del comportamento, depressione, patologie psichiatriche, ecc.

Infine, la fragilità sociale è quella determinata da fattori socioeconomici quali, ad esempio, la solitudine, l'isolamento sociale, il basso reddito, la povertà culturale, l'impossibilità di far valere i propri diritti o di accedere a servizi, presidi, ausili, sussidi, indennità, contributi economici, o l'assenza dell'aiuto di familiari, amici, conoscenti, ecc.» in G. CRESTA, *Il ruolo determinante del "buon amministratore di sostegno" nell'organizzazione della rete tutelante*, «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2020, II, p. 668.

²⁰ M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, «NGCC», 2021, III.

²¹ L'interdizione, di fatto, continua ad essere applicata da alcuni Tribunali. Infatti, allorché i beneficiari risultano affetti da una forte compromissione della capacità d'intendere e di volere, dovuta a situazioni di grave infermità, alcuni Giudici, seppur sporadicamente ricorrono a tale istituto, cfr. ex multis, Tribunale di Torino, sez. VII, sent. 19/01/2022 o Tribunale di Aosta sent. 03/02/2021.

²² S. TRENTANOVI, *Schema di una lettura attualizzata dell'amministrazione di sostegno*,

Al centro vi è la persona, intesa come soggetto di diritto, centro di interessi, diritti, aspirazioni e bisogni, che va protetta, accompagnata e guidata e mai sostituita.

Tale logica, che permea tutta la legge sull'amministrazione di sostegno, trova il suo primo campo di applicazione nel momento dell'ascolto.

L'art. 407 del codice civile, infatti, nel descrivere il procedimento che conduce all'emanazione del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, illustra non solo il contenuto che deve avere il ricorso, ma disciplina, quale primo momento celebrato dinanzi al giudice, il momento dell'ascolto. Infatti, il co. 2 dell'articolo in questione afferma «il Giudice Tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa». Da queste poche righe si può da subito percepire come il momento descritto dal legislatore richieda un'attenzione omnicomprensiva, che deve investire la persona nella sua globalità. Dunque, non rileveranno solo le ragioni che hanno condotto alla richiesta di nomina di un amministratore di sostegno, ma si dovrà indagare anche la vita personale, la salute, il patrimonio, le relazioni sociali e le aspirazioni del futuro beneficiario²³.

Da una semplice analisi della struttura dell'art. 407 c.c. si può da subito comprendere il ruolo cruciale che è stato riservato al momento dell'ascolto. Infatti, l'audizione del beneficiario viene disciplinata al secondo comma, prima della descrizione, al terzo comma, della vera e propria fase istruttoria. Ciò dimostra che l'ascolto non è riconducibile ad un mezzo di prova in senso stretto, bensì dev'essere considerato come lo strumento primario, atto a comprendere la persona fragile, soggetto del procedimento. L'ascolto rappresenta un dovere per il giudice, a cui lo stesso non può sottrarsi. Tale obbligo non viene meno neppure nel caso in cui il beneficiario non si presenti (o non possa presenziare) all'udienza. Infatti, in quest'ultimo caso, è previsto l'ascolto domiciliare²⁴.

«Persona & Danno», 10 giugno 2015, <<https://www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trentanovi>> (6 settembre 2023).

²³ GLORIA CARLESSO, *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT*, intervento al convegno *Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative* (Venezia), 29 maggio 2015.

²⁴ G. CARLESSO, M. T. GENTILE, R. M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, «NGCC», 2021, III, p.717.

Secondo parte della giurisprudenza di merito, il momento dell'audizione potrebbe venir meno allorquando venga dimostrato documentalmente che il futuro beneficiario sia in uno stato assoluto di incapacità cognitiva, poiché non vi sarebbe alcuna possibilità di instaurare un dialogo con esso. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, nel caso di patologie che compromettono le facoltà mentali in forma grave. Sul punto, la lettera della legge non dà indicazioni su come sia opportuno procedere. Infatti, il codice non considera la mancata audizione una condizione ostativa alla nomina dell'amministratore di sostegno. Tuttavia, una simile prassi mal si concilierebbe con l'essenza del momento dell'ascolto: una valutazione diretta dell'effettiva situazione di vita dell'interessato, che va valutata caso per caso²⁵.

L'ascolto, infatti, non è un mero esame meccanico ed oggettivo che valuta solo in modo superficiale i presupposti per l'applicazione della misura di protezione, bensì necessita di un *quid pluris*.

Infatti, quando ci si avvicina al momento dell'ascolto è necessario allontanarsi dalle logiche che guidavano gli istituti di interdizione e inabilitazione²⁶. Già dalla lettura delle parole utilizzate dal legislatore all'articolo 407 codice civile si comprende l'enorme distanza tra l'audizione del beneficiario e l'esame dell'interdicendo. Il legislatore, infatti, all'articolo 407 c.c., usa il termine "sentire", il quale si pone agli antipodi rispetto al termine "esame dell'interdicendo" previsto per il procedimento di interdizione. La distanza si coglie se pensiamo che «mentre chi esamina si pone dall'alto verso il basso, chi sente si pone dal basso verso l'alto o al massimo si pone sullo stesso piano»²⁷. Il termine "sentire" evoca, infatti, un aspetto più umano, attento alle emozioni, alle impressioni e alle sensa-

²⁵ C. TAGLIAFERRI, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, «La tribuna», 2015, p. 175-177.

²⁶ Infatti, l'esame previsto nel procedimento di interdizione è cosa diversa e lontana dall'audizione descritta nell'art. 404 c.c. Sul punto, la giurisprudenza è sempre stata unanime nel ritenere che, nel caso di passaggio da interdizione ad amministrazione di sostegno, il Giudice Tutelare deve sempre e comunque procedere all'esame del beneficiario. Da ultimo, con ordinanza n. 1667 del 19 gennaio 2023 si è pronunciata la I sezione della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che l'audizione rappresenta un adempimento imprescindibile «anche quando la misura intervenga a seguito di una revoca di un'interdizione nel corso del cui procedimento il Giudice istruttore abbia già provveduto all'esame dell'interessato, dovendo il Giudice Tutelare valutarne in concreto le condizioni psico-fisiche al fine di emetterne un provvedimento adeguato alla persona cui è destinato».

²⁷ GLORIA CARLESSO, *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT*, intervento al convegno *Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative* (Venezia), 29 maggio 2015.

zioni. Richiama l'attenzione del giudice su aspetti non solo razionali, ma anche su cuore, istinto ed emozioni²⁸. Si richiede al giudice uno spirito di "alleanza costruttiva"²⁹.

"Ascoltare"³⁰ è un termine che richiama la necessità di entrare in relazione con la persona destinataria della misura: conoscerla e comprenderla a fondo. L'obiettivo dell'ascolto, infatti, è quello di valutare e raccogliere interessi, aspirazioni e desideri del beneficiario, verificare le sue relazioni con l'ambiente in cui vive, con le persone che lo circondano. Viene richiesto al giudice di indagare sul grado di abilità dello stesso, sugli spazi di autonomia da preservare, sulle abitudini quotidiane a cui non può (e non deve) rinunciare. Più l'ascolto sarà attento, più la tutela offerta alla persona fragile sarà effettiva. L'audizione, inoltre, consente di indagare su aspetti utili nella scelta dell'amministratore di sostegno e permette di raccogliere informazioni che poi saranno indispensabili per la redazione del "progetto di sostegno"³¹. Sul punto, le parole di autorevole dottrina sono sicuramente le più puntuali: «il momento dell'audizione è particolarmente delicato: costituisce infatti un'occasione preziosa per cogliere e misurare nei dettagli il fabbisogno di protezione dell'interessato e per mettere a fuoco le richieste dello stesso [...] è un'occasione per fotografare le dimensioni del disagio in cui versa l'interessato, nelle sue varie sfumature. Soltanto così il magistrato avrà gli elementi utili per stabilire il da farsi; per definire esattamente il sé, il che cosa, fino a quando, della protezione da attivare»³².

Nella celebrazione di questa fase, il Giudice Tutelare riveste un ruolo essenziale: è il soggetto prescelto per dare risposta alle istanze di tutela del soggetto fragile. Il Giudice può, dunque, esser visto come il collegamento tra la staticità della norma ed il carattere dinamico che la legge n. 6/2004 prescrive. D'altronde, è proprio mediante l'ascolto che il Giudice

²⁸ Vi è chi sostiene che questo rappresenta il limite più evidente della legge n. 6/2004. Infatti, non si è in grado attraverso la norma di prescrivere l'empatia, la cura affettuosa. «Anche l'ascolto, pur essendo oggetto di prescrizione, si traduce in immagini a media definizione: che possono imporre solo la recitazione corretta di un atteggiamento», cit. P. ZATTI, *L'intendance suivra...?*, «NGCC», 2021, I, p. 182.

²⁹ P. CENDON, R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, «Questione Giustizia», 2018, III, p. 81.

³⁰ Dalla definizione in Treccani, «ascolto: udire con attenzione».

³¹ E. CESARONI, *Le frontiere invisibili dell'amministrazione di sostegno*, «Welforum», 20 giugno 2022 <https://welforum.it/le-frontiere-invisibili-dellamministrazione-di-sostegno/> (18 dicembre 2023).

³² P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, tomo II, UTET Giuridica, Milano 2009, p. 934-935.

è in grado di tramutare i precetti legislativi in un vero e proprio progetto di vita e sostegno³³. Il “progetto di vita” è rappresentato dall’insieme delle misure che vengono disposte dal Giudice Tutelare nel decreto di apertura dell’amministrazione di sostegno. Tale provvedimento, infatti, per essere un vero e proprio “progetto di sostegno” necessita di essere quanto più ancorato alle esigenze del beneficiario, emerse durante il procedimento, in particolare nel momento dell’ascolto. Per questa ragione, il decreto – si afferma – dev’essere un “abito su misura”, tagliato e cucito addosso al beneficiario.

Il ruolo affidato al Giudice Tutelare, dunque, è delicato. Non vi sono risposte preconfezionate da fornire alle istanze di tutela rappresentate nei ricorsi. Non vi è un unico *modus operandi*. Ciascuna situazione richiederebbe un’analisi con lenti nuove, che possano leggere quanto necessario per fornire alla persona fragile il massimo grado possibile di tutela. Una corretta audizione permetterebbe al giudice di formarsi uno sguardo a tutto tondo, che consentirebbe di far emergere gli aspetti più significativi per il beneficiario. È un momento che richiederebbe estrema sensibilità e la sua complessità rappresenta una diretta espressione della delicatezza della decisione che il giudice è chiamato ad assumere. Una decisione che andrà ad investire la persona nella sua globalità: vita privata, salute, patrimonio e relazioni sociali.

A fronte di queste premesse, dunque, l’audizione del beneficiando di amministrazione di sostegno dev’essere più simile ad un colloquio, un dialogo, una normale conversazione tra due persone al loro primo incontro. Ciò permette di mettere il beneficiario a proprio agio, rendendolo vero e proprio protagonista del procedimento e non solo un mero spettatore. A questo fine, pochi e semplici sono gli accorgimenti che si potrebbero adottare per creare una perfetta collaborazione tra giudice e beneficiando. A titolo meramente esemplificativo, si riportano alcuni degli accorgimenti - suggeriti dalla dottrina - che permetterebbero al giudice di raggiungere questa particolare relazione con il beneficiando. Ad esempio, ricordare e chiamare per nome il beneficiando metterebbe lo stesso a proprio agio, eliminando le distanze che le aule di tribunale naturalmente costruiscono. Nel corso del colloquio, poi, le domande dovrebbero sorgere spontaneamente, in un andamento “a ruota libera”, allontanandosi dalla logica meccanica dell’interdizione, dove le domande risultavano precon-

³³ G. CARLESSO, M. T. GENTILE, R. M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, cit., p.717.

fezionate e ripetitive: “quanto costa un kilogrammo di pane?”, “chi è questa signora che la accompagna oggi?”, “dove ci troviamo?”³⁴.

L’attenzione, poi, dovrebbe essere posta anche al linguaggio non verbale. Dunque, il Giudice Tutelare sarebbe chiamato a porre l’attenzione anche a sospiri, braccia incrociate, sguardi e colpi di tosse. Il compito del giudice, in questa prima e delicata fase, dovrebbe essere quello di individuare eventuali situazioni di paura o di chiusura rispetto al procedimento in corso, così da porre il beneficiario nelle condizioni di esporre le proprie preoccupazioni. In questo modo si creerebbero le condizioni per instaurare una vera e propria collaborazione, tra il giudice e il beneficiario, nell’assunzione della decisione. Ad esempio, potrebbe risultare utile chiedere al beneficiario se ha qualche preferenza sulla nomina di amministratore di sostegno, anche solo il genere, oppure, una volta individuati, affrontare assieme i timori o le preoccupazioni che il procedimento potrebbe causare, così che possa sentirsi al sicuro³⁵. Risulta fondamentale, quindi, «saper vedere il mondo con i suoi occhi»³⁶.

Parimenti importante è l’ascolto dei familiari e dei soggetti che circondano il beneficiario. Infatti, mediante questi ultimi il Giudice Tutelare è in grado di indagare le condizioni di vita e le relazioni che scandiscono la quotidianità della persona vulnerabile. Dall’ascolto dei familiari è altresì possibile comprendere se vi è la presenza di qualche dissidio familiare che potrebbe causare dissapori o diffidenze con l’amministratore di sostegno³⁷.

L’ascolto di tutti questi soggetti è indispensabile anche per comprendere le preferenze fornite circa il soggetto su cui dovrebbe ricadere la nomina ad amministratore di sostegno. Durante l’ascolto potrebbe emergere in modo chiaro una preferenza di quest’ultimo, il quale potrebbe individuare la persona che vorrebbe rivestisse un simile ruolo³⁸.

³⁴ GLORIA CARLESSO, *L’art. 407 e l’ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT*, intervento al convegno *Il Giudice Tutelare e l’amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative* (Venezia), 29 maggio 2015.

³⁵ *Id.*, cit.

³⁶ P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 163.

³⁷ P. CENDON, R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, cit., p. 81

³⁸ Sulla necessità di ascoltare il beneficiario di amministrazione di sostegno si è pronunciata, di recente, la Corte di Cassazione. Infatti, con ordinanza n. 1667 del 19 gennaio 2023, la Suprema Corte, primariamente, ha affermato che l’audizione del beneficiario è compatibile con i diritti sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con L. n. 18/2009. Inoltre, ha sancito l’indispensabilità dell’audizione per la completa realizzazione dello scopo dell’istituto dell’amministrazione di sostegno. Infatti «l’audizione del beneficiario è strumentale anche alla

Al momento della decisione sulla nomina ad amministratore di sostegno, il giudice potrebbe trovarsi dinanzi ad una situazione conflittuale, che potrebbe rispecchiare i dissapori latenti nel contesto familiare. In questo caso, come suggerito da autorevole dottrina, sarebbe auspicabile che il Giudice valuti attentamente ogni possibile alternativa, analizzando i pro e i contro di ciascuna scelta, senza dimenticare le possibili ripercussioni che ciascuna decisione potrebbe comportare. Il giudice dovrebbe altresì effettuare un'analisi profonda delle vicissitudini che hanno condotto al conflitto e appurare sia l'oggetto del contendere, sia i sentimenti dei familiari³⁹. Il codice, sul punto, non dà indicazioni precise. Infatti, l'articolo 408 codice civile⁴⁰ fornisce all'operatore del diritto solo alcune linee guida, accordando una preferenza alla scelta endo-familiare⁴¹, rispetto alla nomina di un amministratore esterno. Questa ultima opzione che, nella logica del codice, dovrebbe essere di *extrema ratio*, in realtà spesso potrebbe rappresentare la soluzione più adatta alla tutela della persona

individuazione del soggetto più adeguato ad assumere i compiti e i poteri dell'amministrazione di sostegno [...]” ancora, “attraverso l'audizione sarà inoltre possibile verificare l'effettiva volontà della beneficiaria». Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha cassato il decreto di nomina di un amministratore di sostegno esterno alla famiglia, in quanto il giudice emittente aveva ritenuto inopportuna la nomina di uno dei genitori, per il clima di conflittualità esistente tra essi. Il provvedimento, tuttavia, era stato adottato senza procedere all'audizione della beneficiaria e senza prendere in considerazione la volontà della stessa, la quale aveva espressamente richiesto che venisse nominata la propria madre.

³⁹ P. CENDON, R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, cit.

⁴⁰ Articolo 408 codice civile: «1. La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario. L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il Giudice Tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso. Nella scelta, il Giudice Tutelare preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il Quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata. 2. Le designazioni di cui al primo comma possono essere revocate dall'autore con le stesse forme. 3. Non possono ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario. 4. Il giudice tutelare, quando ne ravvisa l'opportunità, e nel caso di designazione dell'interessato quando ricorrano gravi motivi, può chiamare all'incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l'ufficio del Giudice Tutelare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste nel presente capo».

⁴¹ P. CENDON, R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, cit.

fragile⁴². Nulla vieta, in ogni caso, di poter procedere alla nomina di un duplice amministratore di sostegno, con funzioni distinte. Si può, così, procedere alla nomina di un amministratore per le funzioni prettamente economiche ed uno per gli aspetti più attinenti alla cura della persona⁴³. Quest'ultima opzione risulta essere la soluzione preferibile nei casi di maggiore conflittualità familiare. Infatti, essa consentirebbe, da un lato, di affidare la gestione economica a soggetti esterni all'ambito familiare e, dall'altro lato, di mantenere le decisioni attinenti la salute o la vita personale all'interno del nucleo familiare.

Tra le varie opzioni, comunque, vi è anche la possibilità che -a seguito dell'audizione- il giudice decida di non procedere alla nomina di un amministratore di sostegno. Ciò avviene qualora il beneficiario abbia espresso in modo chiaro il proprio dissenso. Quest'ultimo dev'essere comunque motivato e compatibile con le esigenze di protezione.

Il momento dell'ascolto dovrebbe poi tradursi in un verbale, nel quale dovrebbero essere descritte non solo le informazioni raccolte durante il colloquio, ma anche le sensazioni che il Giudice, nel corso dello stesso, ha -appunto- "sentito"⁴⁴. Dunque, non basta una semplice descrizione della realtà fattuale, ma è necessario un *quid pluris*⁴⁵. Il verbale, infatti, rappresenta lo strumento mediante il quale è possibile fotografare il beneficiario, non solo, nelle sue caratteristiche fisiche (tra cui anche il grado di capacità o incapacità), ma anche in tutti quegli elementi di contorno che risultano però essenziali per la comprensione della persona (passioni, *hobby*, abitudini, paure). Il verbale dev'essere, inoltre, privo di giudizi o di diagnosi, per questa ragione il giudice dovrebbe «preferire all'espressione la persona è ben orientata nel tempo e nello spazio, la descrizione delle sue concrete abilità»⁴⁶. Ancora, il verbale non dovrebbe essere redatto in forma sintetica, ma dovrebbe essere quanto più descrittivo, indicando anche le sensazioni e le percezioni che sono state riscontrate dal giudice. Sarebbe utile, poi, che vengano riportate non solo le risposte fornite, ma

⁴² In queste eventualità è necessario che il giudice si adoperi per motivare ampiamente la decisione, non potendo limitarsi a clausole di stile generiche, si veda P. CENDON, R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, cit.

⁴³ ID, cit., p. 82.

⁴⁴ GLORIA CARLESSO, *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT*, intervento al convegno *Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative* (Venezia), 29 maggio 2015.

⁴⁵ ID, cit., p. 82.

⁴⁶ ID, cit., p. 82.

anche le domande svolte, così da comprendere le dinamiche dell'intero colloquio.

Il verbale è uno strumento utile al giudice che ha svolto in prima persona il colloquio, allorquando, nel redigere il decreto di apertura, dovrà tornare a quel momento, ma rappresenta, altresì, un atto fondamentale nel caso in cui altri magistrati debbano riferirsi a quel momento.

2.2 Difficoltà applicative e prassi giudiziarie

A venti anni dalla sua introduzione, la legge sull'amministrazione di sostegno ha rappresentato una vera e propria novità nel sistema di protezione delle persone fragili. Tuttavia, nella sua concreta applicazione, ha anche mostrato alcune zone grigie. Le principali difficoltà che sono state riscontrate in questo ventennio sono principalmente dovute ai «problemi della giuridificazione, laddove [la riforma, ndr] attribuisce al giudice [...] "poteri" inediti rispetto alla possibile incidenza sull'intera esistenza della persona "beneficiaria"»⁴⁷. Solo un'analisi calata nella prassi, infatti, consente di comprendere se la riforma dell'amministrazione di sostegno sia stata, non solo innovatrice, ma anche effettiva.

L'attività di ricerca, svolta in seno al progetto Uni4Justice, "Università per la Giustizia"⁴⁸, ha portato all'analisi delle prassi giudiziarie, anche in tema di tutela dei soggetti vulnerabili, di alcuni Tribunali veneti. Quest'attività ha reso possibile riscontrare una fondatezza delle critiche dottrinali mosse al procedimento di amministrazione di sostegno. In particolar modo, per quanto concerne il momento dell'audizione.

È indubbio che dalla sua introduzione la legge sull'amministrazione di sostegno abbia fornito tutela non solo a soggetti che non potevano appellare agli strumenti dell'interdizione e inabilitazione, ma anche a coloro

⁴⁷ M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, cit., p.691.

⁴⁸ Nel periodo 2022-2023, infatti, il Team di diritto privato comparato (IUS02) dell'Università degli Studi di Padova, con il coordinamento della Responsabile scientifica, prof.ssa Federica Giardini e grazie alle disponibilità offerte dal progetto Uni4Justice "Università per la Giustizia", ha collaborato con i Tribunali di Padova, Rovigo e Treviso per uno studio di alcuni aspetti per l'efficientamento del sistema giustizia. Durante gli accessi a tali Tribunali sono stati estratti e anonimizzati diversi provvedimenti giurisdizionali. Per quanto concerne, in particolare, il tema dell'effettività della tutela dei soggetti vulnerabili sono stati estrapolati, nel corso di diverse occasioni, provvedimenti aventi ad oggetto non solo le amministrazioni di sostegno (accolte o rigettate), ma anche i procedimenti di interdizione o inabilitazione. La lettura dei provvedimenti estratti ha concesso, quindi, di trarre alcune considerazioni, parte del presente saggio.

che pur potendo rientrare tra i requisiti delle misure *ante* legge n. 6/2004, hanno preferito ricorrere a strumenti più duttili ed elastici. La mole di ricorsi è la prova della preferenza dello strumento dell'amministrazione di sostegno; infatti, il numero di nuovi procedimenti ha visto un enorme incremento: per quanto concerne la Regione Veneto dal 2005 al 2021⁴⁹, si è passati da valori pari a 2.545 amministrazioni di sostegno aperte nel 2005 a valori raddoppiati nel 2021 (5.724)⁵⁰.

Un simile *trend* ha causato alcune difficoltà a livello organizzativo⁵¹. Infatti, alcuni distretti giudiziari hanno avvertito l'esigenza di creare alcuni sistemi "alternativi" di gestione dei procedimenti in tema di amministrazione di sostegno⁵², attraverso l'adozione di protocolli o di accordi con istituzioni ed enti statali e parastatali⁵³. Il problema è che l'adozione

⁴⁹ A livello nazionale, per lo stesso arco temporale, i valori sono più che quadruplicati, passando da 12.583 amministrazioni di sostegno aperte nel 2005 a 58.929 procedimenti nel 2021, cfr. INGRID BERTO et al, *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministratore di sostegno*, «Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone», 2022, V-VI, pp. 55-56.

⁵⁰ Cfr. tabelle in *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministratore di sostegno*, «Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone», 2022, V-VI, pp. 55-56

⁵¹ Le principali difficoltà hanno riguardato la carenza di personale non solo nei servizi di cancelleria, ma anche nel numero di Giudici Tutelari destinati alla funzione. Per ovviare, in parte, al problema del sovraffollamento di ricorsi, un primo tentativo di "riforma" si è visto allorquando- con apposita circolare- il CSM ha riconsiderato il proprio precedente divieto di delega dei procedimenti di amministrazione di sostegno ai giudici onorari. Il problema di questa decisione è che spesso ai giudici onorari vengono delegate singole fasi del procedimento. Ad esempio, il giudice onorario potrebbe condurre solo l'audizione del beneficiando, la quale rappresenta una fase centrale dell'intero procedimento, senza essere investito della successiva fase di emissione del decreto. Questa prassi ha come effetto una vera e propria duplicazione del procedimento che comporta l'elisione della connessione che deve sussistere tra audizione, nomina e decreto. Sul punto, si veda quanto affermato da GLORIA CARLESSO, *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT, intervento al convegno Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative* (Venezia), 29 maggio 2015.

⁵² M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, cit., p. 691.

⁵³ Su questa tendenza si sono infatti sviluppati anche i cd. "sportelli di prossimità", i quali rientrano nell'ampio concetto di "giustizia di prossimità", ossia la presenza sul territorio di punti di contatto e accesso al sistema giudiziario fruibili da tutti i cittadini. Gli sportelli di prossimità, in particolare, sono nati dall'esigenza sia di costituire un luogo di mediazione tra tribunale e territorio, sia un canale di comunicazione tra enti ed associazioni e Giudici Tutelari. Questi sono veri e propri *front desk* dotati di collegamento sia al Pct sia alle banche dati del Ministero della Giustizia e sono preposti all'erogazione di servizi diversi, quali l'orientamento e l'informazione sugli istituti di protezione, supporto per la predisposizione di ricorsi, aiuto agli amministratori di sostegno per la compilazione dei

di questi meccanismi risulta estremamente frammentaria e crea una mappa disomogenea di prassi. Non essendovi linee guida nazionali, i singoli protocolli stipulati esplicano la propria validità solo all'interno delle specifiche mura giudiziarie.

Tra le maggiori critiche mosse alla legge n. 6/2004 vi è la necessità di riponderare la figura del Giudice Tutelare, soggetto a cui sono state delegate funzioni multidisciplinari. Infatti, il Giudice dovrebbe dimostrare, nel corso del procedimento di amministrazione di sostegno, competenze non solo giuridiche, ma anche psicologiche, antropologiche, culturali e, talvolta, anche mediche⁵⁴.

Per far fronte a tale criticità alcuni autori⁵⁵ e giudici tutelari⁵⁶ sostengono che il potere istruttorio nei procedimenti di amministrazione di sostegno dovrebbe essere affidato ai servizi sanitari locali (Asl o Ausl), lasciando ai tribunali esclusivamente la competenza in caso di impugnazione. Una simile soluzione se, *prima facie*, potrebbe risolvere il problema del carico giudiziario, in realtà pone dei problemi in ordine al fatto che il ruolo rivestito dal Giudice Tutelare nell'amministrazione di sostegno richiede una particolare attenzione, dedizione e delicatezza, soprattutto dovuta ai diritti costituzionalmente garantiti su cui la misura incide.

rendiconti e consulenza giuridica per casi complessi, informazioni reperibili al seguente link < <https://www.csm.it/web/csm-internet/assistenza-al-cittadino/sportelli-di-prossimita/sintesi> > (18 dicembre 2023).

⁵⁴ M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, «NGCC», III, 2021, p. 695.

⁵⁵ Si veda, GLORIA CARLESSO, *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT in Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative*, Venezia, 29 maggio 2015.

⁵⁶ INGRID BERTO et al., *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministrazione di sostegno*, «Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone», 2022, Fondazione «E. Zancan», n. V- VI, p. 159. La Fondazione Zancan si occupa di «ricerca scientifica di rilevante interesse sociale», promuove l'elaborazione e la diffusione di politiche sociali fondate su valori quali il bene comune, la solidarietà e la pari dignità delle persone. La Fondazione svolge altresì attività di sviluppo e qualificazione di una cultura scientifico-professionale su servizi e sistemi di welfare con una particolare attenzione all'aspetto etico-valoriale. Lo Studio, a cui si fa riferimento, procede all'analisi e al confronto delle esperienze attuative della legge introduttiva dell'amministrazione di sostegno nelle diverse realtà territoriali- regionali italiane. In particolare, analizza l'effettività dell'attuazione della legge n. 6/2004 e le eventuali criticità riscontrate in sede applicativa. Infine, viene posta l'attenzione sul valore aggiunto, derivante dall'amministrazione di sostegno, riscontrato in alcune regioni italiane. Le risultanze presentate nello Studio in esame sono anche il frutto di alcuni questionari erogati agli operatori del settore: amministratori di sostegno, assistenti sociali, nonché giudici tutelari.

Come già ampiamente esplicitato, il momento dell'audizione del beneficiario di amministrazione di sostegno rappresenta, secondo l'interpretazione che ne dà la maggiore dottrina, l'occasione per cogliere e misurare le istanze di protezione e di bisogno del soggetto fragile.

La realtà giudiziaria riscontrata, tuttavia, spesso si allontana dal nuovo percorso tracciato dalla L. n. 6/2004, ritornando alla vecchia prassi dei procedimenti tutelari o cautelari. Infatti, dalla lettura dei provvedimenti estratti, nella maggioranza dei casi, il momento dell'audizione non apparirebbe adeguatamente valorizzato. In questa fase, infatti, i giudici sembrano maggiormente concentrati sull'accertamento della presenza dei presupposti oggettivi dell'amministrazione di sostegno. Ciò mette in secondo piano il dialogo empatico e sincero che il "sentire" del secondo comma dell'articolo 404 codice civile prescriverebbe.

Tale considerazione è ricavabile, principalmente, dal tenore delle domande che vengono mosse al beneficiario. Nella maggior parte dei casi, esse riguardano le generalità. Spesso vengono riportate solo le risposte mediante frasi generiche come «il soggetto è orientato nel tempo, parzialmente nello spazio», «inconsapevole delle proprie condizioni di salute e dell'entità del proprio patrimonio» o ancora «il soggetto è in grado di comprendere solo parole semplici legate al contesto di vita quotidiana». Vengono presentati al beneficiario alcuni *test* come la richiesta del prezzo di un kilogrammo di pane o di un litro di latte, i quali raramente permettono di comprendere l'esatto grado di autonomia o di incapacità del soggetto.

Dalla lettura dei verbali, poi, traspare in modo chiaro come, in diverse situazioni, il giudice fondi la propria decisione sulle conclusioni pervenute mediante certificazioni sanitarie o su quanto affermato da consulenti, psicologi o psichiatri, eventualmente nominati dal giudice per una valutazione del soggetto.

L'audizione concepita come dialogo faticherebbe, dunque, a trovare uno spazio nella prassi dei Tribunali. Appaiono rari i casi in cui il Giudice indossa i panni del beneficiario e cerca di comprendere non solo il grado di incapacità o fragilità, ma anche le condizioni di vita, l'ambiente circostante, i desideri, le aspirazioni e i bisogni.

Anche i verbali risultano poco dettagliati e talvolta frettolosi nel descrivere la situazione di vita dei beneficiari. Per meglio comprendere quanto affermato, un primo esempio utile è rappresentato dal procedimento per la nomina di amministrazione di sostegno di un soggetto affetto da una «grave disabilità deambulatoria e nelle attività di vita quoti-

diana in sclerosi multipla in trattamento farmacologico, colite ulcerosa in follow-up clinico strumentale». Tale situazione lo aveva reso invalido con totale e permanente inabilità lavorativa al 100%. Il ricorso alla misura era principalmente motivato dal fatto che il beneficiario, a causa della propria condizione, non era più in grado di apporre la propria firma e, dunque, si rendeva necessario che la moglie potesse procedere con le incombenze burocratiche per la gestione della situazione sia sanitaria sia patrimoniale del beneficiario. Il beneficiario, quindi, non presentava alcuna compromissione mentale, infatti, il verbale afferma che «il soggetto è apparso capace di comprendere le domande e di sostenere un dialogo efficace». Nel verbale, poi, vengono riportate poche e semplici frasi, quali: «reso edotto dell'iniziativa intrapresa nel suo interesse dalla moglie ha dichiarato di avere bisogno di un A.d.s. perché non riesce più a firmare». Queste ultime, tuttavia, non permettono di comprendere la persona in tutte le sue possibili estrinsecazioni o esigenze.

Talvolta, poi, si è riscontrato che il Giudice Tutelare, nell'incontrare alcune difficoltà nel condurre l'audizione, non abbia fatto ricorso agli strumenti che il codice appresta. In particolare, ci si riferisce alla possibilità che lo stesso venga affiancato da un ausiliario specializzato, facoltà riconosciuta dall'articolo 344, comma 2 codice civile⁵⁷.

Ciò avviene, in particolar modo, allorché il beneficiario si presenti con atteggiamenti difficili e diffidenti a causa dei quali il giudice riscontra delle difficoltà ad instaurare o proseguire un dialogo. Un esempio emblematico è stato riscontrato con il caso di un giovane ragazzo, orfano di madre ed abbandonato dal padre, il cui comportamento durante l'udienza destinata all'audizione viene descritto con le seguenti parole: «si presenta al colloquio con atteggiamento inadeguato al contesto (postura adagiata allo schienale della sedia, gambe a cavalcioni) atteggiamento di sfida nei confronti della zia presente contraddicendo ogni sua parola», e a fronte della richiesta circa la sua opinione sulla misura risponde «non mi interessa stare al guinzaglio». Il verbale, poi, non dà atto se il giudice abbia tentato di spiegare il motivo e l'utilità della misura: evitare che il giovane dilapidi tutto il proprio patrimonio. L'udienza procede con l'esame della zia/ricorrente e si chiude con il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, dove il ragazzo viene descritto come immaturo,

⁵⁷ Articolo 344 comma 2 così recita: «Il Giudice Tutelare può chiedere l'assistenza degli organi della pubblica amministrazione e di tutti gli enti i cui scopi corrispondono alle sue funzioni».

superficiale, inconsapevole del problema di prodigalità e poco incline ad ascoltare consigli e ad osservare le regole.

In questo caso, quindi, il Giudice non ha instaurato alcun dialogo con la persona fragile, ma ha solo preso atto delle difficoltà comportamentali del giovane, lasciando che l'audizione non consentisse di indagare a fondo desideri e bisogni. Senza dubbio si trattava di una situazione difficile e complessa che l'ausilio di persone esperte nel condurre questo tipo di dialogo, ad esempio uno psicologo, avrebbe potuto risolvere.

Talvolta, invece, a fronte di situazioni delicate il Giudice dispone una consulenza tecnica d'ufficio del soggetto fragile, affidandosi totalmente alla stessa. Un esempio è offerto dal ricorso presentato in favore di una signora affetta da depressione ansiosa e da un quadro di agorafobia a causa della quale non esce di casa da diverso tempo. Durante l'audizione, la beneficianda è restia al dialogo, infatti «il giudice osserva che dal colloquio non è possibile raccogliere informazioni utili in quanto la sig.ra risponde con poche parole, solo se stimolata e pare subire l'influenza delle persone presenti. Rappresenta la necessità di disporre una Ctù medico-legale». La decisione non veniva presa di buon grado dalla beneficianda, dal momento che la stessa è affetta da agorafobia, ma veniva rassicurata sul fatto che sarebbe stato il medico a recarsi presso l'abitazione della stessa. A tali condizioni, la beneficianda acconsentiva. Tuttavia, la perizia veniva svolta tramite l'esame della documentazione sanitaria e mediante una visita avvenuta con collegamento da remoto, in quanto la beneficiaria si era rifiutata di recarsi presso lo studio del Consulente Tecnico. Il consulente instaurava tramite videochiamata un dialogo con i familiari e con la beneficiaria stessa. Quest'ultima -si legge nella consulenza- appare «poco accessibile al colloquio, scarsamente collaborante. Spesso intercala risate fatue. Dal punto di vista comportamentale, appare molto reticente e minimizzante. Non ha consapevolezza di malattia. La coscienza appare integra: è lucida ed orientata in senso temporo-spaziale». Si concludeva, quindi, che «la perizianda è da considerarsi soggetto influenzabile ed incapace a provvedere ai propri interessi, sia riguardo agli atti di natura patrimoniale, che a quelli della vita civile in genere». Seguiva, quindi, la nomina dell'amministratore di sostegno. In questo caso, la beneficiaria non è riuscita ad instaurare un dialogo né con il giudice, né con il consulente. Infatti, dalla lettura di questo caso, la signora sembrerebbe rappresentare un mero oggetto del procedimento e non un soggetto di diritti che, con le proprie fragilità,

andrebbe aiutata nel superamento degli ostacoli che la separano dalla piena realizzazione della propria persona.

2.3. Le prassi giudiziarie e la valorizzazione dell'ascolto

L'analisi condotta sul campo ha potuto mostrare anche alcune prassi virtuose che caratterizzano i Tribunali oggetto di ricerca. In primo luogo, occorre osservare come nella quasi totalità dei casi analizzati, il Giudice Tutelare svolga il momento dell'audizione. Infatti, l'esame diretto del beneficiario nonché, in moltissime occasioni, anche dei familiari dello stesso è una prassi ormai consolidata nei tre circondari analizzati. Il momento dell'ascolto, infatti, viene percepito come fase imprescindibile della procedura di amministrazione di sostegno. Tale prassi comporta che, di fatto, anche quando il beneficiario viene descritto nell'atto introduttivo come soggetto con gravi *deficit* fisici o mentali, il Giudice Tutelare appresta sistemi alternativi che la tecnologia offre (videochiamate, zoom o altre modalità che maggiormente si prestano a far fronte alla situazione). La prassi riscontrata presso i tribunali di Padova, Rovigo e Treviso è quella di voler sempre e comunque accertare personalmente le condizioni psico-fisiche del beneficiario, anche laddove le stesse siano chiaramente descritte dalle documentazioni sanitarie allegate nei ricorsi per amministrazione di sostegno. Ciò mette in luce una forte sensibilità dei magistrati operanti nel territorio verso il proprio ruolo di garanzia delle tutele apprestate alla persona fragile nel procedimento di amministrazione di sostegno.

Un ulteriore aspetto di pregio che si è riscontrato in questi mesi di ricerca è la particolare attenzione riservata dai giudici nei confronti di particolari categorie di soggetti. Infatti, nei casi di prodigalità, tossicodipendenza o ludopatia, i Giudici Tutelari hanno dimostrato di svolgere il proprio ruolo con maggiore delicatezza e sensibilità, cercando di cogliere l'essenza della situazione rappresentata, investendo energie per far comprendere ai soggetti l'amministrazione di sostegno, lo scopo della stessa e le potenzialità che questa potrebbe rappresentare per la vita degli stessi.

Un esempio interessante di questo aspetto è rappresentato dal caso di un signore affetto da ludopatia. Il ricorso era stato presentato personalmente dal beneficiario in quanto resosi conto che necessitava di assistenza perché spendeva tutto «in divertimento, con la compagnia, sia nel bere che nel gioco». Nel corso del colloquio il beneficiario affermava che da quando la cognata lo aiutava a gestire il denaro la sua vita era cambiata «è stato un cambiamento enorme». Il ricorso dimostrava che lo stesso era consapevole non solo della propria situazione, ma anche della propria

incapacità di gestirla. Dal verbale, dunque, traspare un dialogo attento tra giudice e beneficiando volto ad indagare non solo la fragilità, ma anche le reali intenzioni, i desideri. Si legge nel verbale: «è contento di come sta procedendo la gestione perché è riuscito ad accumulare una buona provvista in conto e a fare piccoli acquisti: divano, bicicletta elettrica, ora ci sarebbe anche la cucina da cambiare ma un po' alla volta si fa tutto». Dal verbale traspare che il momento dell'audizione si è svolta come un vero e proprio dialogo tra due soggetti che si stanno conoscendo.

Un altro esempio è offerto dalla vicenda di un giovane ragazzo che, a causa dell'abuso di sostanze stupefacenti, è stato coinvolto in alcuni fatti di rilevanza penale. All'udienza per l'audizione, il beneficiando si dimostrava aperto alla misura dell'amministrazione di sostegno, infatti, dichiarava egli stesso di voler intraprendere un percorso terapeutico anche per affrontare gli episodi di depressione che lo affliggevano. Il Giudice, a seguito dell'ascolto, pur dando atto che il ragazzo non ha né beni, né redditi, nominava un amministratore di sostegno, in quanto «la pregressa condizione di dipendenza e la conseguente fragilità (dal punto di vista psicologico) rendono opportuna una misura di protezione».

Particolare attenzione durante l'analisi dei provvedimenti è stata posta, poi, sull'uso improprio che spesso viene fatto dello strumento offerto dall'amministrazione di sostegno. I ricorsi, infatti, in molte occasioni celavano aspettative ereditarie, interessi economici personali dei familiari, istanze di vendita di beni di proprietà dei beneficiari. Situazioni in cui il benessere e la tutela del soggetto fragile venivano poste in secondo piano.

Su queste situazioni grava il compito del Giudice Tutelare, il quale dovrebbe bloccare le operazioni che, una volta intraprese potrebbero esporre il soggetto vulnerabile al rischio di una lesione della propria sfera giuridica. Per far fronte a ciò è fondamentale l'esame del beneficiario, il quale può manifestare il proprio dissenso alla misura o alla singola operazione e consegnare al Giudice la propria volontà.

Un esempio della centralità dell'audizione, anche per comprendere le volontà del beneficiando, è offerto dal procedimento a carico di un signore anziano oppostosi, sin da principio, alla misura. In particolare, la figlia del beneficiando, un signore facoltoso di novantun anni, ricorreva al Giudice Tutelare, affinché nominasse un amministratore di sostegno. La richiesta era giustificata dal fatto che la ricorrente temeva che il padre potesse risposarsi. L'anziano signore, tuttavia, si opponeva alla nomina, in quanto si riteneva perfettamente in grado di provvedere alle proprie necessità. Il giudice, quindi, provvedeva all'audizione e concludeva per il

rigetto del ricorso, così affermando: «ritenuto, pertanto, che quanto rappresentato da parte ricorrente nell'atto introduttivo risulta inconferente rispetto alla finalità della misura dell'amministrazione di sostegno, volta alla miglior tutela del soggetto debole, non potendo tale misura essere aperta in modo strumentale rispetto al raggiungimento di scopi terzi rispetto a quelli suoi propri». Nel caso di specie, il diretto interessato aveva dato prova di essere perfettamente in grado di provvedere a sé stesso ed aveva anche dimostrato al Giudice la sua lucidità nel comprendere le ragioni che avevano spinto la figlia a proporre il ricorso, esplicitando sul punto il suo totale dissenso.

Un ulteriore esempio di controllo, svolto dal giudice, sui reali scopi della richiesta di apertura dell'amministrazione di sostegno è offerto dal caso di un'anziana signora che richiedeva personalmente la nomina dell'amministratore di sostegno, ma per fini meramente patrimoniali. Il procedimento origina dal ricorso presentato dal legale dell'anziana al fine di richiedere la pronuncia di interdizione o inabilitazione. La signora, infatti, risultava affetta da decadimento cognitivo in stato di avanzamento, tale da aver indotto la stessa a spogliarsi di tutto il proprio patrimonio a favore della figlia, unica erede in vita. Il Tribunale, tuttavia, invitava la ricorrente all'esame, al fine di stabilire se procedere con l'interdizione o se preferire la via dell'amministrazione di sostegno⁵⁸. Alla successiva udienza, la sig.ra veniva ascoltata dal giudice e l'audizione della stessa

⁵⁸ Il Tribunale, infatti, ha aderito all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità. Infatti, in particolare la sentenza n. 22332 del 26 ottobre 2011, si è stabilito che: «L'amministrazione di sostegno - introdotta nell'ordinamento dall'art. 3 della legge 9 gennaio 2004, n. 6 - ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli artt. 414 e 427 del codice civile. Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie», riteneva di dover procedere all'audizione della beneficianda per comprendere a quale istituto ricorrere per offrire la migliore tutela possibile alla persona fragile ricorrente.

ha permesso di comprendere le reali intenzioni che l'avevano indotta al ricorso: un profondo astio verso la figlia, principalmente dovuto a ragioni economiche. «Non mi ricordo quando sono nata con esattezza. Mi pare di chiamarmi [nome 1]. Non capisco niente e sono rimbambita. Non sono sicura di che giorno sia oggi, ho bisogno di vedere il calendario per ricordarmelo, ma mi pare sia venerdì. (...) non sono più libera di vivere a casa mia, mia figlia è una iena e mi ha lasciata al freddo. Tra poco faccio 100 anni e mia figlia mi ha lasciata in questa situazione, senza nulla per me. (...) So quello che faccio, ma ho difficoltà e faccio malanni perché mi trema la mano e non ci sento bene. Anche mia figlia mi dice che faccio solo danni. Non ci vedo tanto bene e devo cambiare gli occhiali, ma mia figlia non vuole accompagnarmi, è falsa con me e non dice la verità. (...) Il mio interesse è quello di avere indietro soldi, non capisco il senso di questa procedura se non posso avere subito soldi. Adesso ho capito che con questa procedura non mi date i soldi subito e mi pare una brutta idea. Peggio di così non può andare. Non ho interesse al tutore a questo punto, per me la procedura può finire qui, se non porta a riavere subito quello che mi spetta. Non ho interesse neanche all'amministratore di sostegno, non voglio spendere soldi per queste persone». A fronte di tali dichiarazioni, il Tribunale riconosceva la signora capace di provvedere ai propri interessi e riteneva che, al più, alla stessa potesse venir nominato un amministratore di sostegno che la aiutasse sul piano pratico e non come supporto ad eventuali criticità cognitive, ma la signora rinunciava al ricorso. Anche questa occasione ha dimostrato come un ascolto attento, interessato e approfondito può essere uno strumento indispensabile per giungere a comprendere la situazione che si cela dietro la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno.

Ulteriore elemento di pregio riscontrato è stata la scarsissima incidenza dei procedimenti di interdizione. Infatti, la misura dell'amministrazione di sostegno viene concepita dai tribunali nella sua massima applicazione e duttilità.

Un esempio riscontrato nell'analisi dei provvedimenti è il seguente. La Procura della Repubblica, a seguito della proposta pervenuta dal Giudice Tutelare, chiedeva al Tribunale di pronunciare l'interdizione di un signore, già sottoposto alla misura dell'amministrazione di sostegno. L'aggravamento della misura veniva giustificato per il fatto che l'Amministratore nominato riscontrava diverse difficoltà nello svolgimento del proprio compito, in particolare, nella gestione del contesto abitativo in cui il beneficiario viveva, ritenuto insalubre e pericoloso per lo stesso.

Il beneficiario veniva definito dal Tribunale come «fragile, vulnerabile, solo, insicuro, pauroso, non del tutto capace di comprendere quello che il mondo gli chiede e per quale motivo dovrebbe adattarsi a regole e richieste normative». Infatti, lo stesso risultava affetto da un ritardo mentale lieve, in cui si era innestata una patologia psicotica riconducibile alla schizofrenia di tipo indifferenziato. Tale quadro diagnostico, tuttavia, non ha mai impedito allo stesso di poter lavorare negli anni come operaio e di instaurare un legame di fiducia con il proprio vicino di casa. Preso atto di tale particolare condizione, il Tribunale riteneva di rigettare la richiesta di dichiarazione di interdizione. Infatti, si legge nel provvedimento di rigetto, a causa della patologia che lo rendeva diffidente ed insicuro nei confronti del mondo esterno, il beneficiario necessitava di veri e propri intermediari. La sussistenza di capacità in capo allo stesso veniva provata, altresì, dal fatto che nel corso del giudizio - seppur con difficoltà - il signore aveva compreso la necessità di rendere più sicuro il proprio contesto abitativo, tanto che gli interventi manutentivi necessari erano stati accettati. La sensibilità dimostrata dal Tribunale è risultata evidente nel momento in cui, compresa la situazione di insicurezza e timore che caratterizzava il beneficiario, i giudici hanno utilizzato, come strumento di comunicazione, il vicino di casa, una persona già di fiducia. Nel caso di specie, dunque, il Tribunale ha saputo fornire un esempio virtuoso di audizione del beneficiario. Con l'ascolto, infatti, è stato possibile garantire alla persona vulnerabile una tutela piena ed effettiva, e proprio grazie all'audizione è stata data al beneficiario la possibilità di esprimere in prima persona il proprio consenso ai lavori, valorizzando i suoi spazi di autodeterminazione.

Un ulteriore esempio interessante emerso dall'indagine è rappresentato dal caso di un giovane che ricorreva al Tribunale per richiedere la revoca dell'inabilitazione. La stessa era stata disposta in suo favore in quanto l'inabilitato risultava essere affetto da «disturbo della personalità con instabilità dell'umore che gli impediva una lettura critica ed obiettiva della realtà, con il rischio di processi di "iperidealizzazione" che potevano rivelarsi pregiudizievoli per i suoi interessi». Nel corso del procedimento veniva sentita la dott.ssa del Centro di Salute Mentale che ha in cura il ricorrente, la quale rappresentava che «il [signore 1] vive con estremo disagio sia la propria condizione di individuo isolato e mai identificato con il proprio genere anatomico, sia in rapporto con gli altri, siano essi i passanti sconosciuti che incrocia o gli operatori del Servizio psichiatrico o del Comune». Il quadro descritto veniva confermato anche nel corso

dell'audizione, durante la quale il beneficiario affermava «non mi sento accettato, ma io faccio di tutto per farmi accettare e farmi conoscere per come sono; ogni volta che esco, però, vengo offeso e discriminato; i bambini vengono sotto casa mia e mi suonano il campanello; vengo bullizzato; a [città 1] andrebbe diversamente; vorrei riprendere il percorso di transizione». A fronte del colloquio, il Tribunale concludeva quindi per la revoca dell'inabilitazione in favore della meno stringente misura dell'amministrazione di sostegno. Una misura che ha come obiettivo la tutela delle esigenze inerenti alla cura della persona. Il beneficiario, infatti, ha fatto ricorso al giudice per ottenere il riconoscimento della propria condizione e per poter re-intraprendere il percorso di transizione di genere. Questa esigenza, tuttavia, è emersa solo in fase di audizione, grazie al dialogo instauratosi in quella sede.

Da ciò si evince l'importanza che riveste l'audizione. Se questa viene svolta in modo corretto è possibile affermare di assicurare al soggetto fragile una tutela piena ed effettiva, comprensiva di tutti gli aspetti.

Solo l'ascolto è in grado di consegnare al giudice la corretta visione d'insieme cosicché possa creare un progetto di sostegno che valorizza tanto le istanze protettive, quanto gli spazi di autonomia. Ciascun soggetto, dovrebbe essere ricondotto, dal giudice, all'interno della propria «cornice prediletta»⁵⁹.

Quanto più l'ascolto sarà un dialogo in grado di carpire l'essenza della persona e la sua esistenza, tanto più sarà semplice tramutare l'insieme delle informazioni raccolte nel "progetto di sostegno".

3. La prospettiva emancipativa

Un ascolto effettivo conduce ad una tutela piena, che si riflette in un progetto di sostegno individuale, che ha come obiettivo la concreta protezione della persona fragile⁶⁰. Tale tutela, tuttavia, non dovrebbe rappresentare una limitazione per le espressioni di piena capacità del soggetto vulnerabile. Anzi, il progetto di sostegno dovrebbe essere in grado di in-

⁵⁹ P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili, opinioni*, cit., p. 174.

⁶⁰ S. TRENTANOVI, *In margine al "Monitoraggio su ads della Fondazione Zancan" - Note per il Convegno sul futuro dell'ads - Padova 12 giugno 2023*, «Persona & Danno», 22 giugno 2023, <<https://www.personaedanno.it/articolo/in-margine-al-monitoraggio-su-ads-della-fondazione-zancan-note-per-il-convegno-sul-futuro-dellads-padova-12-6-2023-sergio-trentanovi>> (18 dicembre 2023).

individuare quelle aree all'interno delle quali il soggetto fragile è in grado, o potrà essere in grado, di autodeterminarsi⁶¹.

Fondamentale a questo fine risulta la creazione di una rete tra i diversi attori, non solo del procedimento per la nomina di un amministratore di sostegno, ma anche nel percorso che si sviluppa in seguito alla nomina: familiari, Giudice Tutelare, psicologi, assistenti sociali e amministratore di sostegno. Una rete di sostegno in grado di collaborare e cooperare con la persona fragile, la quale è unica e sola protagonista, in una logica di "porsi accanto ed assieme, non sopra"⁶². Il progetto diviene quindi un progetto esistenziale condiviso, all'interno del quale ciascuno deve realizzare la propria parte in uno spirito di leale collaborazione⁶³.

Spesso, infatti, al Tribunale giungono ricorsi di familiari del beneficiario, nei quali si lamenta la scarsa condivisione di informazioni da parte dell'amministratore di sostegno. È vero che la legge non sancisce

⁶¹ «Privare una persona della possibilità di compiere gli atti che riesce a porre in essere da sola contro la sua volontà non significa assicurarle piena tutela, ma limitarne senza ragione i diritti umani che le competono e cui non intende rinunciare» in V. AMENDOLAGINE, *L'amministrazione di sostegno a dieci anni dalla sua introduzione*, «Giurisprudenza italiana», 2014, pp. 1244-1245.

⁶² GLORIA CARLESSO, *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT*, intervento al convegno *Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative* (Venezia), 29 maggio 2015. Nel saggio l'autrice illustra come trascorsi undici anni dall'entrata in vigore della legge n. 6/2004 la logica della condivisione viene spesso fronteggiata dalla logica delle competenze specialistiche, da pregiudizi e riserve che comportano valutazioni che talora non vengono inseriti nel percorso esistenziale del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questa logica comporta la prassi della «negatoria di competenza», ossia continui rimpalli tra i vari attori di questioni considerate, di volta in volta, prettamente sociali, mediche, culturali o psicologiche. L'autore afferma che siamo dinanzi a «mentalità diagnostiche più che correttamente prognostiche e solidamente progettualistiche».

⁶³ In Veneto con Legge Regionale n. 10/2017 è stata riconosciuta la necessità di superare la logica dell'amministrazione di sostegno come fatto esclusivamente individuale. Al fine di inserire l'istituto in un sistema integrato di servizi alla persona è stata adottata la Delibera della Giunta Regionale n. 241/2018, nella quale si è stabilito che ogni Azienda Ulss e Conferenza dei sindaci possono definire un "progetto amministrazione di sostegno". Il contenuto di questo "progetto" deve includere la formazione, l'aggiornamento e la promozione di rete di soggetti la cui posizione risulta di rilievo all'interno di famiglie che vivono situazioni di fragilità, tra questi soggetti sono inclusi amministratori di sostegno, operatori dei servizi sanitari, sociali e sociosanitari, i responsabili delle formazioni del terzo settore, i referenti di organizzazioni attive nel territorio che gestiscono attività culturali e di aggregazione sociale. La previsione è funzionale a creare una rete integrata tra differenti soggetti, privati e pubblici, e per alcuni di essi (amministratori di sostegno e responsabili dei servizi sociosanitari) la formazione è obbligatoria e riguarda l'approfondimento di tematiche attinenti le persone fragili.

alcun dovere dell'amministratore di sostegno di fare rete con familiari e parenti, ma tale vuoto legislativo non dovrebbe condurre all'adozione di compartimentazioni tra la gestione dell'amministratore e i familiari del beneficiario⁶⁴. La *ratio* dovrebbe comunque essere quella di garantire la maggior tutela possibile al beneficiario, assicurando che tutte le istanze e i desideri di quest'ultimo vengano ascoltati e, per quanto possibile, realizzati. L'amministratore dovrebbe, quindi, operare come un «agevolatore di comunicazione»⁶⁵.

Questa logica emancipativa del progetto di vita, inteso come un percorso di responsabilizzazione, risulta per alcune situazioni, come la tossicodipendenza o la prodigalità, la chiave di volta dell'intero sistema.

In tali contesti, infatti, fondamentali risultano due elementi: da un lato, la rete familiare che dev'essere di sostegno; dall'altro lato, l'atteggiamento del beneficiario, che dev'essere collaborativo.

Questo aspetto, dalla lettura provvedimenti estratti, è emerso in poche occasioni. La logica che guida i procedimenti è più tipicamente assistenziale. In pochi casi, infatti, dai provvedimenti è emersa una particolare attenzione alla rete di sostegno. Tuttavia, un procedimento risulta emblematico per comprendere quanto la sinergia tra i diversi attori del procedimento di amministrazione di sostegno potrebbe condurre la persona vulnerabile a responsabilizzarsi, emancipandosi.

Il caso è quello che riguarda una signora bisognosa di cure. Il ricorso veniva presentato dal medico curante della signora, il quale lamentava l'esigenza di nominare un amministratore di sostegno che esprimesse il consenso informato all'indirizzo terapeutico che prevedeva un ricovero ospedaliero. La paziente, infatti, sebbene informata dell'assoluta importanza di procedere alle cure, continuava a manifestare la propria opposizione per motivi futili, quali ad esempio il fatto di non voler abbandonare i propri gatti. Dopo la nomina in via temporanea di un'amministratrice di

⁶⁴ In G. CRESTA, *Il ruolo determinante del "buon amministratore di sostegno" nell'organizzazione della rete tutelante*, «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2020, II, p.669, si legge «il "buon amministratore di sostegno" deve prima di tutto avere piena e diretta conoscenza della situazione personale, sanitaria e patrimoniale del beneficiario, del contesto in cui vive, della situazione residenziale, dell'ambiente di lavoro, delle dinamiche familiari e sociali, degli aspetti relazionali, dei casi di coazione esterna (...) deve poi instaurare con lui un costante confronto, sapere ascoltare e dialogare, al fine di costruire un rapporto amichevole (...). Contemporaneamente l'amministratore di sostegno deve coinvolgere il più possibile tutti i soggetti, pubblici e privati, facenti parte della rete, rapportarsi e dialogare continuamente con loro, al fine di instaurare, anche con loro, una relazione leale, costruttiva e non conflittuale».

⁶⁵ P. CENDON, R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, cit., p. 81.

sostegno, il Giudice Tutelare procedeva all'audizione della signora, e nel verbale si dà atto del fatto che «la relazione dell'A.d.s. provvisorio lascia intravedere la possibilità di un miglioramento delle attuali condizioni di salute in quanto si dà conto che le sorelle della beneficiaria, da quando ricevono le visite periodiche e discrete dell'A.d.s., appaiono più serene accettandone il ruolo di supervisore. L'opera di persuasione messa in atto dall'A.d.s. ha avuto l'effetto di convincere la beneficiaria ad accettare il ricovero e le trasfusioni di sangue dimostrando con ciò l'utilità della misura di protezione applicata».

Ulteriore caso emblematico di come il progetto di sostegno possa aiutare i soggetti più fragili ad emanciparsi è offerto dal ricorso di un signore che lamentava una situazione di disagio familiare ed economico. Lo stesso, difatti, risultava sposato da qualche anno, ma la moglie aveva abbandonato il tetto coniugale, si era trasferita in un altro Stato e pretendeva che lo stesso le consegnasse gran parte della propria modesta pensione. Il ricorrente affermava, altresì, di aver già versato alla moglie l'intero importo liquidato a titolo di t.f.r. e di aver apposto la firma su un finanziamento rivolto ad esclusivo vantaggio della stessa. Durante l'audizione, lo stesso manifestava il timore che la moglie potesse rientrare in Italia per chiedergli ulteriore denaro e affermava di sentirsi maggiormente tutelato grazie alla presenza dell'amministrazione di sostegno, provvisoriamente nominato. Infatti, grazie alla collaborazione con l'amministratore di sostegno, il ricorrente era riuscito ad uscire dalla situazione di soggiogazione psicologica in cui versava ed aveva presentato il ricorso per richiedere la separazione dalla moglie.

Un altro caso in cui l'obiettivo di emancipare la persona fragile è emerso con grande forza è stato il seguente. Nel corso del 2020 i genitori di una ragazza giovanissima presentavano ricorso, affinché venisse nominato un amministratore di sostegno, in quanto la figlia era dedita all'uso di sostanze stupefacenti. Il ricorso alla misura era necessario dal momento che la stessa viveva da alcuni mesi lontana dalla propria famiglia e i rapporti familiari erano difficili. Il ricorso vedeva come prima preoccupazione il lato economico. Si chiedeva, infatti, il vincolo del conto corrente, la gestione di risorse derivanti da risarcimenti del danno e la gestione di eventuali sussidi, nonché- dal punto di vista personale- la rappresentanza della stessa con il SERD. Dunque, il ricorso delineava una situazione chiara: provvedere in via urgente a limitare i danni economici che l'abuso di sostanze avrebbe potuto causare alla stessa. Il Giudice Tutelare provvedeva tempestivamente alla nomina provvisoria dell'amministratore di so-

stegno, mentre l'audizione della beneficiaria avveniva dopo alcuni mesi, durante i quali la beneficiaria non solo era tornata nel proprio contesto familiare, ma aveva altresì iniziato un percorso di riabilitazione. Dalla lettura del verbale dell'audizione si evince come la beneficiaria abbia totalmente compreso l'importanza del procedimento per l'amministrazione di sostegno. I passaggi dell'ascolto sono molto toccanti. La beneficiaria, infatti, ammette le proprie fragilità e dichiara di voler spontaneamente intraprendere un percorso riabilitativo. Durante il colloquio, giudice e beneficiaria parlano anche dell'amministratrice di sostegno, temporaneamente affidatale, e la ragazza afferma che le è stata utile, perché si sentiva sola contro il mondo e in quella situazione le serviva una mediatrice. Poi, con un'espressione di massima lucidità dichiara «non voglio che mi venga tolto adesso, perché non mi sono ancora messa alla prova». È la stessa beneficiaria, quindi, che chiede che ancora per qualche anno, la sua amministratrice di sostegno la accompagni giorno per giorno. La richiesta viene accordata dal giudice, nonostante la sua capacità non sia più compromessa e non vi sia più il rischio di prodigalità che aveva aperto la misura.

Questo, dunque, è un esempio emblematico di come l'amministratore di sostegno non sia solo qualcuno che si occupa degli aspetti patrimoniali, ma sia molto di più. L'espressione usata nel colloquio è estremamente eloquente: il suo amministratore di sostegno è il mediatore tra lei e il mondo. L'unico in grado di comprenderla e tradurre i propri desideri, aspirazione e bisogni al mondo esterno. Non è qualcuno che la sostituisce, ma qualcuno che l'accompagna, che la aiuta a superare le sue fragilità, nel lungo percorso che la porterà a responsabilizzarsi, emancipandosi.

4. Conclusioni

La legge sull'amministrazione di sostegno, introdotta due decenni fa, ha indubbiamente permesso di realizzare significativi progressi nella tutela e nella protezione dei soggetti più vulnerabili.

Tuttavia, lo studio e la ricerca sul campo hanno mostrato alcune zone grigie che, sebbene da molti autori e da molto tempo segnalate, minano l'attuale sistema di protezione dei soggetti fragili nel suo complesso.

Ci si riferisce, innanzitutto, all'assenza di un coordinamento con gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, i quali risultano improntate a logiche lontane dalla valorizzazione della persona umana, come sancito dalla Carta costituzionale.

Ancora, lo stesso legislatore non è stato in grado di ricondurre nella norma le logiche che hanno guidato la “rivoluzione” che ha condotto alla legge n. 6/2004, con la conseguenza che questa si è arrestata alla lettera della legge, senza proseguire nella vera missione: una rivoluzione culturale.

Per giungere, poi, alle modalità di applicazione della misura dell'amministrazione di sostegno, mediante le quali risulta evidente la discrepanza esistente tra il paradigma teorico e le sue concrete applicazioni. Discrepanze che mostrano le carenze di un sistema che ha come effetto l'indebolimento della tutela a garanzia dei soggetti più vulnerabili, che già si trovano in situazioni di fragilità.

Le cause di tutto possono ricondursi alla realtà fattuale: il numero di fascicoli di nuova iscrizione dal 2004 ad oggi è in crescita⁶⁶. Dinanzi a questa mole di ricorsi, si dispiegano le forze dell'autorità giudiziaria, la quale si trova con un organico estremamente ridotto.

La scarsità di risorse, poi, trova un altro grande nemico: la richiesta di abbattimento delle pendenze, pervenuta in seguito al PNRR (Piano Nazionale di ripresa e resilienza)⁶⁷. A fronte di simili richieste, le logiche dell'efficientamento e dell'ottimizzazione divengono despote, trascurando la logica della personalizzazione, del dialogo, dell'empatia.

In tale quadro si innesta, infine, un ultimo elemento che impedisce all'amministrazione di sostegno di divenire l'istituto che era stato inizialmente concepito: la formazione. Formazione dei magistrati, degli amministratori di sostegno, dei familiari, dei volontari e degli avvocati.

Importanza dovrebbe essere data all'introduzione di corsi di formazione sulla corretta gestione del momento dell'audizione. Una fase fondamentale per tutto il procedimento di amministrazione di sostegno, l'unica in grado di offrire una fotografia della realtà della persona fragile. Tale formazione dovrebbe essere volta a far comprendere quanto una corretta audizione è in grado di consegnare al Giudice Tutelare: le volontà del beneficiario, le paure e i timori dello stesso, il contesto familiare e di vita, l'individuazione degli scorcì di autonomia che il soggetto vuole mantenere, ma anche le richieste di aiuto che dallo stesso pervengono.

La formazione, poi, non deve riguardare solo i Giudici Tutelari, ma anche gli amministratori di sostegno, siano essi volontari, familiari o av-

⁶⁶ cfr. nota n. 49.

⁶⁷ Come si evince dalla *Circolare del Ministero della Giustizia*, «Ministero della giustizia», 2 dicembre 2021, <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=-SDC357877&previousPage=mg_1_8#> (18 dicembre 2023)

vocati, i quali dovrebbero essere richiamati al loro ruolo di grandissimo impatto sociale e sulla vita della persona fragile, verso la quale la logica dovrebbe essere di cura e di sostegno.

Davvero rilevante, però, risulta l'opera di sensibilizzazione di tutti i cittadini alla problematica della non autonomia, a tutti i livelli e mediante organizzazioni e strutture pubbliche e private, così da sostenere la formazione di "reti" tra diversi attori che potranno concorrere in futuri progetti di sostegno.

A fronte di tutto ciò e considerato il dato, ormai noto, dell'aumento dell'età media della popolazione italiana⁶⁸, che comporta l'inevitabile aumento di richieste di aiuto da parte di soggetti vulnerabili, la necessità di una riforma del sistema di tutela di tali soggetti è quanto più impellente.

Il codice civile, infatti, non è sempre in grado di adattarsi alla realtà, per questo sarebbe necessario rivedere le categorie di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno. È quanto più auspicabile una riforma che incida nella lettera della legge il passaggio dalla concezione assistenzialistica, che ha guidato per decenni il titolo XII del libro I, ad una logica emozionale, che guarda al soggetto fragile nella sua interezza: con bisogni, speranze, desideri, obiettivi.

La persona vulnerabile dev'essere vista come un soggetto di diritti da attivare, che di per sé solo non ha la forza di raggiungere. Dalla presa d'atto di questa situazione, come dichiarato dalla nostra Carta costituzionale, è compito dell'ordinamento eliminare gli ostacoli che si frappongono tra la persona e la piena realizzazione di sé stesso.

Bibliografia

AMATO S., *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Giappichelli, 1990.

AMENDOLAGINE V., *L'amministrazione di sostegno a dieci anni dalla sua introduzione*, «Giurisprudenza italiana», 2014, pp. 1244 ss.

BERTO I., *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministratore di sostegno*, «Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone», 2022, V-VI.

⁶⁸ Come si può leggere in *Rapporto Annuale ISTAT 2023: delineato il quadro demografico e i suoi effetti di lungo periodo sulla capacità di crescita dell'Italia*, «Camera dei deputati», 7 luglio 2023, <[https://temi.camera.it/leg19/post/OCD15_14972/rapporto-annuale-istat-2023-delineato-quadro-demografico-e-i-suoi-effetti-lungo-periodo-sulla-capacita-crescita-italia.html#:~:text=L%27età%20media%20della%20popolazione,un%20quarto\)%20della%20popolazione%20totale.](https://temi.camera.it/leg19/post/OCD15_14972/rapporto-annuale-istat-2023-delineato-quadro-demografico-e-i-suoi-effetti-lungo-periodo-sulla-capacita-crescita-italia.html#:~:text=L%27età%20media%20della%20popolazione,un%20quarto)%20della%20popolazione%20totale.)> (18 dicembre 2023)

- BONILINI G., *L'anzianità non può giustificare, da sola, l'attivazione dell'ads*, «Famiglia, Persone e Successioni», 2006, IV, pp. 335 ss.
- CARINGELLA F., BUFFONI L., *Manuale di Diritto Civile*, Dike, 2019.
- CARLESSO G., GENTILE M.T., GIGANTESCO R., MAZZEI I., SANTARONI S., *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, «NGCC», 2021, III, pp.702 ss.
- CARLESSO G., *L'art. 407 e l'ascolto del beneficiario. Il ruolo del GOT*, in *Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative*, Atti dell'Incontro di formazione decentrata della Scuola Superiore della Magistratura, (Venezia, 29 maggio 2015), in assostegno.it.
- CECCHINI L., *L'amministratore di sostegno nel sistema di cura dei soggetti vulnerabili*, «Persona & Danno», 22 dicembre 2020, accessibile al link: < <https://www.welforum.it/lamministratore-di-sostegno-nel-sistema-di-cura-dei-soggetti-vulnerabili/> > (8 settembre 2023).
- CENDON P., *No all'interdizione! (Parere pro/veritate)*, «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2012, III, pp. 143 ss.
- CENDON P., *Persone fragili, diritti civili*, Key Editore, 2021.
- CENDON P., *Rispetto persuasione ascolto*, «Persona & Danno» accessibile al link: <<https://www.personaedanno.it/articolo/rispetto-persuasione-ascolto-paolo-cendon>> (8 settembre 2023).
- CENDON P., ROSSI R., *Amministrazione di sostegno*, II, UTET Giuridica, 2009.
- CENDON P., ROSSI R., *Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, «Famiglia, Persone e Successioni», 2007, VII, pp. 662 ss.
- CENDON P., ROSSI R., *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, «Questione Giustizia», 2018, III, pp. 561 ss.
- CENDON P., *Sopassedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è siamo ormai scesi dagli alberi...*, «Giurisprudenza Italiana», 2007, pp. 85 ss.
- CRESTA G., *Il ruolo determinante del "buon amministratore di sostegno" nell'organizzazione della rete tutelante*, «Diritto di Famiglia e delle Persone», 2020, II.
- CROCETTA C., *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo*, «DPCE», 2020, I, pp. 1 ss.
- LOMBARDI VALLAURI L., *CORSO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO*, CEDAM, 1981.

- PICCINNI M., *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, «NGCC», 2021, III, pp. 691 ss.
- RESCIGNO P., *Le società intermedie*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, 1987.
- ROMA U., *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, «NGCC», 2021, III, pp. 694 ss.
- ROSSI E., *Articolo 2 Costituzione, Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, «OneLegale», Wolters Kluwers, 2023.
- TAGLIAFERRI C., *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, La Tribuna, 2015.
- TRENTANOVI S., *In margine al "Monitoraggio su ads della Fondazione Zancan" - Note per il Convegno sul futuro dell'ads- Padova 12 giugno 2023*, «Persona & Danno», 22 giugno 2023, <<https://www.personaedanno.it/articolo/in-margine-al-monitoraggio-su-ads-della-fondazione-zancan-note-per-il-convegno-sul-futuro-dellads-padova-12-6-2023-sergio-trentanovi>>.
- TRENTANOVI S., *Schema di una lettura attualizzata dell'amministrazione di sostegno*, «Persona & Danno», 10 giugno 2015, <<https://www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trentanovi>>.
- ZATTI P., *L'intendance suivra...?*, «Opinioni NGCC», 2021, I, pp. 196 ss.

Esigenze di controllo sull'operato dell'amministratore di sostegno: la visibilità del fascicolo come strumento di tutela del beneficiario

Claudia Barro

Abstract. L'istituto dell'amministrazione di sostegno, così come oggi applicato nella prassi, sembra difettare di sufficienti meccanismi e garanzie per i soggetti terzi, interessati alla verifica sull'andamento della tutela del beneficiario. Questi ultimi apparirebbero invece indispensabili per prevenire abusi e disfunzioni nell'applicazione della misura. Il saggio riflette sulla fondamentale importanza della visibilità – non solo temporanea e/o di breve durata – del fascicolo telematico da parte degli interessati, come i familiari e le persone care all'amministrato. In particolare, il contributo analizza gli abusi che si possono verificare, anche tramite l'esame delle vicende di cronaca e dei casi giudiziari. Esso valuta poi le ragioni dei protocolli di oscuramento del fascicolo in uso nei Tribunali italiani. Infine, il saggio mira a porre in evidenza il rapporto che intercorre tra la verifica, anche da parte di soggetti terzi rispetto al procedimento, dell'operato dell'amministratore di sostegno, ed una effettiva tutela del beneficiario.

Parole chiave: amministratore di sostegno – fascicolo telematico – richiesta di visibilità – verifica – rendicontazione amministrazione di sostegno

Sommario: 1. Criticità dell'istituto dell'amministratore di sostegno a vent'anni dalla sua introduzione. 2. Illiceità dei comportamenti degli amministratori di sostegno. 3. Accesso agli atti e visibilità del fascicolo telematico. 4. Interessi in conflitto ed esigenze di bilanciamento. 5. Conclusioni.

1. Criticità dell'istituto a vent'anni dalla sua introduzione

La misura dell'amministrazione di sostegno viene introdotta nel 2004 nel nostro ordinamento giuridico con l'obiettivo di promuovere significativi mutamenti nell'ambito della tutela dei cd. soggetti fragili. Scopo dichiarato della riforma era, in particolare, quello di favorire la progressiva sostituzione degli anacronistici istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione (destinati tuttalpiù ad una applicazione residuale – i.e. solo allorquando l'amministrazione di sostegno si fosse rivelata inidonea a proteggere adeguatamente il beneficiario –), con la nuova misura. Una misura, quest'ultima, concepita come uno strumento innovativo, capace di rispondere alle più diverse esigenze di tutela e, soprattutto, modulabile sulle effettive necessità, nonché sui desideri e sulle aspirazioni del beneficiario¹.

La rotta delineata era chiara: passare da forme di protezione incapacitanti, quali la tutela e la curatela, caratterizzanti per rigidità dei presupposti alla base della loro attivazione, nonché per forte standardizzazione, ad un istituto che, invero, permettesse di proteggere la persona fragile con un progetto *ad hoc*, 'cucito' su misura dell'interessato. In altre parole, abbandonare le tutele convenzionali, calate dall'alto ed uguali per tutti, e fare spazio ad una tutela personalizzata, agile e flessibile. Così facendo, si perseguiva il fine di spostare il focus della vulnerabilità dall'infermità alla persona, restituendo a quest'ultima dignità di essere umano ed autonomia.

L'obiettivo, se pur ambizioso, può dirsi essere stato raggiunto. Cionondimeno, nella prassi applicativa dell'amministrazione di sostegno sono emerse numerose criticità, delle quali si darà evidenza nelle pagine a seguire².

¹ Si veda l'articolo 1 della legge 9 gennaio 2004, n. 6, il quale recita: «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.».

² Sul punto, si rimanda alla riflessione di P. ZATTI, *L'intendance suivra...?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, n. 1, p. 182 ss., secondo cui: «Il nostro sistema politico-giuridico-amministrativo, purtroppo, anche quando riesce a produrre – rara avis – una legge “buona” negli intenti, e, più raramente, una legge valida sia nei fini che nella tecnica, non riesce a realizzarne una buona attuazione: quel rivolo di buone intenzioni che la legge raccoglie, e traduce in norme, si insabbia o si deforma nell'inerzia, nell'impreparazione, nella disorganizzazione, nelle ottusità e nelle ostilità dell'*intendance*.».

L'analisi condotta sul campo, a circa vent'anni di distanza dall'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2004, n. 6, introduttiva della nuova misura, ha dimostrato, infatti, che molte delle aspirazioni che avevano animato i promotori della riforma non hanno purtroppo avuto un chiaro riscontro pratico.

L'esame della prassi seguita nei Tribunali di Padova, Treviso e Rovigo e svoltasi nell'alveo del progetto Uni4justice nell'arco di un intenso anno di ricerca, in punto di tutela dei cd. soggetti fragili, ha permesso di rilevare quanto segue³.

Per un verso, sotto il profilo della personalizzazione, i decreti di apertura sono, al netto dei dati anagrafici dei soggetti coinvolti, perfettamente sovrapponibili tra loro⁴. Per l'altro, per quanto concerne il momento cardine della fase istruttoria, i.e. l'audizione del beneficiario, questa, più che configurarsi come un colloquio, sovente si muove nel solco di moduli fissi e preconfezionati, rievocando più propriamente le forme dell'esame dell'interdicendo. Ciò accade nonostante da più parti sia stato sottolineato come le modalità sottese all'una e all'altro siano affatto differenti, con chiare ed inevitabili conseguenze sotto il profilo della qualità della tutela erogata⁵. Non bisogna infatti dimenticare che ove l'obiettivo sia quello di cucire un abito su misura dell'interessato, la strada da seguire sarà quella di un dialogo attento ed autentico tra le parti (Giudice Tutelare e beneficiando). Un dialogo che dunque riesca a far emergere le caratteristiche del beneficiando, le sue abitudini e le sue passioni, così come le sue fragilità

³ Uni4Justice è un progetto finanziato dal Ministero della Giustizia nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), con l'obiettivo di favorire una collaborazione virtuosa tra mondo accademico e sistema giustizia, al fine di promuovere l'efficientamento degli Uffici Giudiziari.

⁴ Sul punto pare opportuno rievocare le parole di P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, n. 1, p. 173: «Non esistono schemi di condotta – di interfacciamento sociale – applicabili a chiunque; scritti in alto, una volta per sempre, con lo scalpello da marmo. [...] molte appaiono le uniformità nei bisogni, le costanti da accogliere applicativamente [...] Nei dettagli ogni itinerario diverge spesso, tuttavia, dagli altri. [...] Il criterio è necessariamente quello dell'inconfondibilità sartoriale, antropologica; della relatività come per Einstein. Vestiti cuciti su misura dal magistrato.».

⁵ Dai verbali esaminati nel corso del progetto di cui sopra si evince che, nel corso dell'audizione, vengono generalmente richieste al beneficiando le generalità. Si stabilisce se lo stesso sia orientato nello spazio e nel tempo; in taluni casi si somministra a quest'ultimo l'esame della banconota. Spesso si tralascia di indagare la quotidianità dell'interessato, rinunciando per esempio a rivolgere a quest'ultimo specifiche domande sulla propria routine quotidiana o sulla propria eventuale vita sociale. Così facendo, tuttavia, si omette di saggiare la di lui o di lei possibile tensione verso l'autonomia.

ed esigenze. Un'audizione che, all'opposto, si svolga sulla base di schemi predefiniti finirà per dar luogo a conversazioni ampiamente predeterminabili nel loro aspetto contenutistico⁶.

Tutto questo, naturalmente, si riverbera nel c.d. progetto di sostegno, componente tanto importante quanto scarsamente implementata, e, se presente, rimessa sotto il profilo della sua efficacia, alla sola buona volontà dell'amministratore di sostegno⁷.

⁶ Sulla centralità dell'ascolto si veda la recente pronuncia Cass. civ., sez. I, ord., 19 gennaio 2023, n. 1667, in tema di necessità di audizione del beneficiario di amministrazione di sostegno pur già ascoltato in sede di procedimento di tutela. Più diffusamente sul punto, si veda S. TRENTANOVI, *La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del Giudice Tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi*, «Altalex.com», 17 giugno 2005, <<https://www.altalex.com/documents/news/2005/06/16/la-protezione-delle-persone-prive-di-autonomia>> (6 agosto 2023), secondo cui: «il giudice tutelare deve cercare di mettersi dal punto di vista del beneficiario per capirne esigenze, interessi, bisogni, aspirazioni, tenendo conto dei condizionamenti fisici – psichici – ambientali che incidono sulla sua situazione, tentando di eliminarne o ridurne l'incidenza negativa (mancanza di autonomia), anche innestando un meccanismo solidaristico privato e pubblico. È evidente che questo tentativo [...] non può prescindere dall'ascolto del protagonista, del beneficiario, ponendolo nelle migliori condizioni per potersi esprimere e conoscendone la realtà esistenziale (anche, ove occorra, recandosi nel luogo in cui il beneficiario si trova)». ID., *Amministrazione di sostegno, schema di una lettura attualizzata*, «Persona e danno», 10 giugno 2015, <<https://www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trethanovi>> (6 agosto 2023), il quale ivi annovera la logica dell'immedesimazione-ascolto e la logica dell'affiancamento con ascolto tra i punti-cardine dello strumento Ads. Cfr. altresì G. GRASSO, *Tra norma e prassi: i poteri del giudice e l'audizione del beneficiario nel procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e diritto*, 2009, n. 4, p. 377 ss.: «il contatto tra il Giudice e il beneficiario appare un momento ineludibile. Il Giudice tutelare, come chiarito dalla Suprema Corte, si deve muovere nell'ottica dell'interesse del beneficiario al fine di individuare gli strumenti di sostegno necessari con riferimento alle sole categorie di atti al cui compimento lo ritenga idoneo [...] l'audizione rappresenta un momento essenziale in cui il Giudice è chiamato a effettuare un compiuto apprezzamento delle condizioni complessive del beneficiario [...] modulando il contenuto del provvedimento e i poteri dell'amministratore di sostegno». In senso adesivo rispetto all'orientamento citato si vedano anche V. ZAMBRANO, *L'audizione dell'interessato*, in *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, G. Salito e P. Matera (a cura di), CEDAM, Padova, 2013, («Il diritto applicato – I grandi temi. Collana diretta da Giuseppe Cassano»), p.153 ss.; P. CENDON, *Rispetto, persuasione, ascolto*, «Persona e danno», 11 luglio 2008, <<https://www.personaedanno.it/articolo/rispetto-persuasione-ascolto-paolo-cendon>> (6 agosto 2023); R. MASONI, *Competenza ed istruzione nella procedura di amministrazione di sostegno*, in *Dir. Famiglia*, 2012, n. 2, p. 873 ss.

⁷ Sul punto cfr. S. CELENTANO, *L'amministrazione di sostegno tra personalismo, solidarismo e sussidiarietà ed il ruolo del Giudice della Persona*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3., p. 65 ss. Cfr. altresì P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, cit., p. 176, e P. ZATTI, cit., p. 182.

Altro aspetto critico su cui, tuttavia, pare si stiano compiendo significativi passi in avanti negli ultimi tempi riguarda la carenza formativa in capo alla persona dell'amministratore di sostegno, con tutto ciò che ne deriva in termini di successiva inidoneità del procedimento a sorreggere e proteggere effettivamente il soggetto vulnerabile.

Infine, un'ultima nota critica, riguarda, in prospettiva *de iure condendo*, la mancata previsione normativa di quelle che, in dottrina, sono state indicate come "coazioni benigne", espressione con la quale ci si vuole riferire a dei «possibili momenti di 'impositività/vincolatività' [...] se possibile approvati a monte dalla persona fragile; all'occorrenza fatti valere in concreto», laddove gli stessi si rendono necessari per la sicurezza e l'incolumità della persona del beneficiario⁸.

Ebbene, quanto alla presenza di una forte standardizzazione, tale circostanza, com'è intuibile, è in buona parte da imputare alla presenza di organici ridotti nei Tribunali; organici ridotti chiamati, cionondimeno, a fronteggiare carichi di lavoro che al contrario sono in crescita esponenziale; con la conseguenza che laddove dovrebbe prevalere la logica della personalizzazione della tutela e del cd. progetto di sostegno governano, invero, logiche di razionalizzazione ed ottimizzazione dei tempi di lavorazione dei carichi⁹. Questo, tuttavia, va inevitabilmente a scapito della finalità principale dell'istituto, vale a dire la realizzazione della minor limitazione possibile delle capacità del beneficiario attraverso l'individuazione di poteri, in capo all'amministratore di sostegno, puntualmente correlati al caso specifico e, in ultima analisi, a scapito di quella prospettiva che ha fortemente animato i promotori della riforma, volta a favorire la

⁸ Così P. CENDON, *Fragilità 'borderline', rischi esistenziali, come fronteggiarli?*, in *La tutela del soggetto debole* (Corte di Cassazione, Roma, 16-17 maggio 2018) a cura di T. Orrù, A. M. Perrino e C. Scognamiglio, «Corte di Cassazione», 17 maggio 2018, < https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Saluti_diritti_Cendon.pdf > (15 agosto 2023). Per ulteriori criticità cfr. U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2021, n. 3, p. 694 ss. Cfr. altresì E. DIQUIGIOVANNI, et al., *Esiti e criticità della l. n. 6/2004 nell'esperienza dei Servizi in Veneto*, in *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2021, n. 3, p. 727 ss., per un resoconto delle criticità relative all'applicazione dell'istituto con specifico riferimento alla regione Veneto.

⁹ Sul punto, cfr. G. CARLESSO et. al., *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2021, n. 3, p. 702 ss. Cfr. altresì M. GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, n. 5, p. 854 ss., e M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, n. 3, p. 691 ss.

promozione dei diritti di tali soggetti, presidiando i possibili spazi di autonomia degli stessi.

Quanto, invece, ai rimanenti aspetti critici, sono vari i fattori che contribuiscono al risultato – di cui si è detto – da tenere in considerazione.

Per esempio, dalla lettura e dal confronto fra le relazioni sullo stato delle persone dei beneficiari che ciclicamente l'amministratore è tenuto a produrre, è emerso chiaramente come, pur in presenza di un decreto non propriamente su misura dell'interessato, la buona riuscita dell'amministrazione dipenda quasi esclusivamente dalla presenza di un buon amministratore di sostegno, vale a dire di un soggetto che si spenda concretamente nel senso di risollevarne le sorti della persona vulnerabile, attivandosi nei limiti delle proprie competenze al fine di creare una rete di sostegno a salvaguardia di quest'ultima; nonché di un soggetto che dia prova di saper integrare le proprie doti umane nello svolgimento dell'incarico. Infatti, quando si ha a che fare con il multiforme universo delle fragilità, proprio quelle doti costituiscono la chiave di volta affinché il beneficiario riesca ad innescare in proprio favore una spirale virtuosa.

Ad ogni modo, a questo proposito, vale la pena di evidenziare come, laddove l'amministrazione difetti di un vero e proprio progetto di valorizzazione delle capacità residue, sia molto difficile che si possa realizzare un progressivo ancorché lento processo di emancipazione della persona fragile. Sicché, nella maggior parte dei casi, accade che l'amministrazione di sostegno venga a configurarsi come una sorta di assistenza a un incapace. Eppure, tale istituto, nella mente dei suoi ideatori, è stato concepito per essere molto di più di una semplice 'stampella' di sostegno.

È emerso inoltre, altrettanto chiaramente, come tale misura possa rivelarsi del tutto inutile – quando non addirittura dannosa e controproducente – laddove l'amministratore non operi nell'interesse del beneficiario bensì nel proprio, quando non in completo spregio ai dettami della legge.

Ancora. Lasciando da parte l'esperienza dei tre Tribunali veneti e spostando l'attenzione sulle notizie che giungono dalla cronaca, le riflessioni che si è indotti a fare sono, purtroppo, ancora più amare, e ciò in quanto, come vedremo nelle pagine a seguire, quello che ci viene raccontato è indice del fatto che l'amministrazione di sostegno, nella sua configurazione attuale, si presti molto facilmente alla commissione di reati a danno delle persone dei beneficiari¹⁰.

¹⁰ Poiché molto spesso gli amministratori di sostegno hanno accesso ai conti correnti e, più in generale, alle risorse finanziarie degli amministrati per ragioni connesse al loro ufficio, uno dei reati che più di frequente ricorre nella prassi è quello del peculato (art.

Da un canto, infatti, la legge in questione prevede che l'amministratore di sostegno debba rispondere in via esclusiva al Giudice Tutelare, il quale espleta il suo mandato di controllo e verifica attraverso l'analisi dei rendiconti e delle relazioni che il primo è periodicamente chiamato a redigere¹¹. Dall'altro, in virtù della diffusa pratica, invalsa presso i Tribunali italiani, di disporre l'oscuramento del fascicolo telematico e la contestuale estromissione di eventuali parti costituite, accade che, all'indomani della nomina in via definitiva dell'amministratore di sostegno, dell'operato di quest'ultimo e, più in generale, dell'andamento dell'amministrazione, i parenti e le persone vicine al beneficiario non sappiano più nulla e, comunque, non abbiano neppure modo di acquisire tali importanti informazioni¹².

In sostanza, accade che nelle pieghe di questi meccanismi si consumino autentiche violazioni dei principi giuridici che dovrebbero governare qualsivoglia forma di tutela dei soggetti privi in tutto o in parte di autonomia.

2. Illiceità dei comportamenti degli amministratori di sostegno

Come già accennato, del dato fattuale secondo cui le verifiche che il Giudice Tutelare periodicamente conduce su relazioni e rendiconti non

314 c.p.).

¹¹ Sul punto, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 24 gennaio 2020, n. 1606, ove si afferma che: «Se l'amministratore di sostegno, come il tutore, è tenuto ogni anno a "rendere conto" della contabilità della sua amministrazione [...] e a periodicamente "riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario" [...], ciò è per consentire al giudice tutelare di adottare "anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio" [...], anche eventualmente modificando e integrando le decisioni assunte con il decreto di nomina [...]. Si rivela così la *ratio* dell'istituto emergente dalle disposizioni di legge che non attribuiscono al giudice tutelare una funzione notarile, a garanzia della legittimità formale degli atti incidenti sulla sfera personale e patrimoniale del beneficiario, ma di effettiva tutela di quest'ultimo, spettando al giudice il compito di modellare i poteri dell'amministratore di sostegno, di stabilirne di volta in volta l'estensione in relazione alle necessità concrete e alle disponibilità finanziarie del beneficiario e di vigilare sulla sua attività [...]».

¹² Delle difficoltà connesse al voler fare luce sull'operato degli amministratori di sostegno dà atto anche la Federazione italiana a tutela dei contribuenti e dei consumatori. Cfr. «Federcontribuenti», *Amministratori di sostegno. Non basta la buona fede occorre maggior controllo sulla gestione patrimoniale*, 26 novembre 2019, <<https://www.federcontribuenti.it/amministratori-di-sostegno-non-basta-la-buona-fede-occorre-maggior-controllo-sulla-gestione-patrimoniale/>> (18 settembre 2023).

siano uno strumento di per sé sufficiente a garantire un controllo effettivo sull'operato dell'amministratore di sostegno abbiamo piena conferma dalle notizie di cronaca, le quali ci rendono edotti dell'esistenza di numerose inchieste portate avanti, nel corso degli ultimi anni, a carico di amministratori di sostegno, a causa di comportamenti dagli stessi posti in essere a danno degli amministrati, e integranti, a seconda dei casi, gli estremi di reati quali peculato (art. 314 c.p.), abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), falso materiale (art. 476 c.p.) e falso ideologico (art. 479 c.p.). L'antecedente logico del descritto quadro fattuale è la circostanza che, a partire dal momento dell'assunzione delle funzioni attraverso il giuramento, l'amministratore di sostegno diviene pubblico ufficiale, intendendosi per tale, agli effetti della legge penale, colui che esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa (v. art. 357 c.p.). Questo determina una conseguente assoggettabilità dell'amministratore di sostegno alla responsabilità penale scaturente dalla commissione dei cd. reati propri, i.e. quei reati che possono essere commessi soltanto da coloro che rivestono una determinata qualifica o posizione¹³. Nel caso del reato di peculato, questo può essere integrato dal contegno dell'amministratore di sostegno, il quale si appropria di denaro o altri beni mobili dell'amministrato di cui aveva il possesso o la disponibilità per ragioni connesse al proprio ufficio¹⁴. L'abuso d'ufficio si verifica,

¹³ Sul punto, cfr., tra le altre, Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 3 dicembre 2014, n. 50754 e Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 13 luglio 2016, n. 29617. Si evidenzia altresì che, nel caso tutt'altro che infrequente nella pratica di nomina di amministratore di sostegno di un avvocato, ben può accadere che alla responsabilità penale si aggiunga anche la responsabilità disciplinare, per aver l'amministratore-avvocato agito contrariamente ai dettami della deontologia professionale. Sul tema cfr. M. MONEGAT, *Amministratore di sostegno: il ruolo dell'avvocato e i profili deontologici*, in *Famiglia e diritto*, 2019, n. 8-9, p. 811 ss. Per qualche interessante recente pronuncia sul punto, si veda, per esempio, CNF sent. 20 dicembre 2022, n. 257, con cui il Consiglio nazionale forense, a seguito della condanna per il reato di tentato abuso d'ufficio, ha disposto la sospensione per due anni nei confronti di un avvocato-amministratore di sostegno il quale, grazie anche alla connivente collaborazione di un Giudice Tutelare, era riuscito a farsi autorizzare ad acquistare, per conto del beneficiario, un immobile in proprietà del proprio coniuge (ragion per cui aveva chiesto ed ottenuto la nomina di un Curatore speciale; nomina ricaduta sulla persona del fratello del legale) per un importo pari ad euro 320.000, occultando tuttavia la circostanza che su tale immobile era stata iscritta ipoteca per un importo pari ad euro 518.500. Si veda, inoltre, CNF sent. 5 settembre 2022, n. 127, relativa al caso di un avvocatessa-amministratore che per effetto di condotte plurime, gravi e reiterate nel tempo, si è vista inflitta la sanzione disciplinare della radiazione per aver la stessa arrecato un grave pregiudizio non solo ai propri assistiti ma anche all'immagine dell'avvocatura.

¹⁴ Dal punto di vista soggettivo, il delitto di peculato richiede la sussistenza del dolo gene-

invece, quando l'amministratore di sostegno, in violazione degli obblighi su di lui gravanti, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procuri un ingiusto vantaggio patrimoniale a sé o a terzi, ovvero arrechi un danno ingiusto al beneficiario¹⁵. Il rifiuto di atti d'ufficio può configurarsi allorché l'amministratore rifiuti od ometta di redigere rendiconti e relazioni periodiche¹⁶. Infine, il falso materiale ed il falso ideologico possono materializzarsi rispettivamente quando l'amministratore di sostegno formi, in tutto o in parte, atti falsi oppure alteri atti veri, e quando non attesti il vero, rappresentando per esempio al Giudice Tutelare circostanze fattuali non attendibili relative alla persona del beneficiario o alla gestione dell'amministrazione¹⁷.

rico, consistente, da un lato, nella volontà di realizzare la condotta delittuosa di appropriazione e, dall'altro, nella consapevolezza del fatto che ciò di cui si vuole appropriare è nel proprio possesso o, comunque, nella propria disponibilità per ragioni legate alla posizione ricoperta. Cfr., sul punto, Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 21 dicembre 2018, n. 58237. Cfr. altresì Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 16 febbraio 2022, n. 10624 e Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 26 maggio 2022, n. 31378. Sempre con specifico riguardo alla fattispecie criminosa del peculato, cfr. inoltre Cass. Pen., Sez. VI, Sent., 17 maggio 2018, n. 29262. La pronuncia è particolarmente interessante in quanto, in un caso di amministratore di sostegno condannato ai sensi dell'art. 314 c.p., per essersi appropriato di denaro dell'amministrato, viene affermata l'infondatezza del motivo dedotto dal ricorrente, fondato sulla intervenuta riparazione del fatto delittuoso con denaro proprio. Questo, a giudizio del reo, avrebbe determinato l'insussistenza di qualsivoglia danno patrimoniale quale conseguenza della propria condotta. Richiamandosi alla natura plurioffensiva del reato di peculato, la Suprema Corte afferma infatti che: «l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse protetto dalla norma, diverso da quello patrimoniale, cioè quello del buon andamento della pubblica amministrazione.».

¹⁵ Sul punto, si veda Cass. Pen., Sez. VI, Sent. 20 settembre 2019, n. 38875, ove si afferma che: «è configurabile l'abuso d'ufficio quando si sia in presenza di una distrazione che, seppur finalizzata a profitto proprio, si concretizzi in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene».

¹⁶ Con riguardo all'ipotesi di amministratore di sostegno 'inerte', si veda Cass. Pen., Sez. VI, 14 dicembre 2016, n. 10879, che sancisce il seguente principio di diritto: «La condotta dell'amministratore di sostegno che omette di adempiere al deposito del rendiconto finale delle sue attività integra il reato di cui all'art. 328, comma 1, c.p. L'omissione del provvedimento di cui si sollecita la tempestiva adozione costituisce un reato di pericolo in quanto incide su beni di valore primario tutelati dall'ordinamento, nella specie da compiere per ragioni di giustizia e senza ritardo, indipendentemente dallo specifico atto e dal documento che possa derivarne.».

¹⁷ Con riferimento al delitto di falso ideologico, cfr. Tribunale di Firenze, Sez. I, 22 ottobre 2012, n. 3802.

Come già accennato, se si guarda alle cronache locali, numerose sono le notizie che confermano l'autenticità di quanto sinora evidenziato. In Sardegna, per esempio, a seguito di un'indagine guidata dalla Guardia di Finanza, è finito sotto inchiesta un avvocato, il quale, investito della nomina di amministratore di sostegno nell'ambito di ben quaranta procedimenti – tutte amministrazioni aperte in un arco di tempo che va dal 2012 al 2020 – avrebbe illegittimamente sottratto ai propri assistiti una somma complessiva pari ad almeno 620 mila euro attraverso una fitta rete di bonifici e prelievi¹⁸. A Piacenza, invece, un'avvocata è stata rinviata a giudizio con l'accusa di peculato aggravato, per aver sottratto 14 mila euro dal conto corrente dell'anziano amministrato¹⁹. Qualcosa di simile si è verificato a Monza, dove il Tribunale ha condannato a tre anni e mezzo di reclusione un altro amministratore di sostegno per peculato e abuso in atti d'ufficio²⁰. Ancora. A Bologna un decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di euro 150 mila è stato disposto a carico di un amministratore di sostegno, ritenuto anch'egli responsabile di peculato aggravato²¹. Nella Provincia di Padova, infine, un sessantenne è stato condannato a quattro anni e due mesi di carcere per il reato di peculato continuato, per aver sottratto poco più di euro 74 mila da un libretto postale intestato alla propria zia, della quale era stato nominato amministratore di sostegno²². Sono queste solo alcune delle tante storie che nella loro drammaticità palesano come l'attuale meccanismo di controllo sull'operato degli amministratori di sostegno non sia, in generale, affatto

¹⁸ Cfr. «L'Unione Sarda», *Cagliari, amministratore di sostegno ruba 620 mila euro ai suoi assistiti*, 25 maggio 2023, <<https://www.unionesarda.it/news-sardegna/cagliari/cagliari-amministratore-di-sostegno-ruba-620-mila-euro-ai-suoi-assistiti-anmj8ba1>> (13 settembre 2023).

¹⁹ Cfr. «Il Piacenza», *Come amministratore di sostegno si appropria di 14mila euro di un 84enne*, *avvocato rinviato a giudizio*, 5 febbraio 2021, <<https://www.ilpiacenza.it/cronaca/come-amministratore-di-sostegno-si-appropria-di-14mila-euro-di-un-84enne-avvocato-rinviato-a-giudizio.html>> (13 settembre 2023).

²⁰ Cfr. «Il Giorno», *Tre anni per peculato all'avvocato monzese*, 8 giugno 2022, <<https://www.ilgiorno.it/monza-brianza/cronaca/tre-anni-per-peculato-allavvocato-monzese-5967254b>> (13 settembre 2023).

²¹ Cfr. «Il Resto del Carlino», *Bologna, amministratore infedele: la finanza gli sequestra 150mila euro*, 23 settembre 2022, <<https://www.ilrestodelcarlino.it/bologna/cronaca/amministratore-sequestro-1.8108503>> (13 settembre 2023).

²² Cfr. «Telenuovo», *60enne si intasca i risparmi della zia della quale è amministratore di sostegno: condannato*, 15 giugno 2023, <<https://tgpadova.telenuovo.it/cronaca/2023/06/14/60enne-si-intasca-i-risparmi-della-zia-della-quale-e-amministratore-di-sostegno-condannato>> (13 settembre 2023).

efficace²³. Ed è del resto evidente come, alla luce dell'attuale carico dei ruoli, le cose non potrebbero andare diversamente, giacché è ovvio concludere che un controllo efficace, e dunque effettivo, richiederebbe tutt'altre risorse in termini numerici, e ciò tanto nell'ambito della magistratura quanto nell'ambito del personale amministrativo. Peraltro, il fatto che la mancanza di controllo sull'operato degli amministratori sia un problema fortemente avvertito quando si parla di amministrazione di sostegno trova piena conferma nelle pagine del monitoraggio recentemente pubblicato dal Centro studi e ricerca sociale fondazione Emanuela Zancan²⁴. Al capitolo intitolato "Prospettive e proposte", si può leggere che:

Nell'ottica di un miglioramento complessivo nella applicazione dell'istituto, è opinione diffusa tra i testimoni intervistati che occorra potenziare gli strumenti istruttori di controllo, quindi la capacità complessiva del sistema di verificare la gestione dell'istituto, anche in chiave di controllo reciproco fra tutte le figure coinvolte. Nella maggior parte dei casi non esiste né una rete di supporto né – tantomeno – quella rete di controlli reciproci previsti dal legislatore [...] è importante che ci sia una funzione di controllo su come vengono usati i fondi degli amministrati molto precisa e puntuale²⁵.

²³ L'associazione "Diritti alla follia", nata con l'obiettivo di operare in materia di tutela e promozione dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a forme di privazione della libertà personale connesse perlopiù alla presenza di condizioni di disagio psichico, si è occupata a fondo delle molteplici distorsioni cui si presta l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Ciò ha fatto non solo attraverso il lancio di una campagna d'informazione dal titolo emblematico "Se la tutela diventa ragnatela", ma anche giungendo a chiedere l'istituzione di una Commissione d'inchiesta parlamentare alla luce dei tanti, troppi, casi di furto commessi da amministratori di sostegno, successivamente condannati in sede penale. Cfr. «Diritti alla follia», *Ruberie di amministratori di sostegno. Condannati. Indispensabile una Commissione d'inchiesta parlamentare*, 22 giugno 2023, <<https://dirittiallafollia.it/2023/06/22/ruberie-di-amministratori-di-sostegno-condannati-indispensabile-una-commissione-dinchiesta-parlamentare/>> (29 settembre 2023).

²⁴ Così I. BERTO et al., *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministrazione di sostegno*, in *Studi Zancan: Politiche e servizi alle persone*, Padova, Fondazione «E. Zancan», 2022, n. 5-6. Attività principale della Fondazione è la «ricerca scientifica di rilevante interesse sociale». Essa promuove l'elaborazione e la diffusione di politiche sociali fondate su valori quali il bene comune, la solidarietà e la pari dignità delle persone. Si occupa altresì di ricerca in materia di sicurezza sociale con l'obiettivo di innovare e migliorare i servizi e gli interventi sociali ad ampio raggio, nonché in materia di progettazione e organizzazione dei servizi. Svolge, infine, attività di sviluppo e qualificazione di una cultura scientifico-professionale su servizi e sistemi di welfare che sia attenta alla componente etico-valoriale.

²⁵ Così I. BERTO et al., cit., p. 122. Cfr., inoltre, la successiva p. 125, ove, tra le raccomandazioni formulate dai soggetti intervistati, vi è: «prevedere un complessivo sistema di

Nelle riflessioni poc'anzi citate vi è, dunque, una chiara conferma dell'inadeguatezza o, comunque, dell'insufficienza di relazioni e rendiconti a fungere da strumenti di verifica dell'operato degli amministratori. Vi è da considerare, invero, che laddove tali relazioni e rendiconti riportino un quadro della gestione dell'amministrazione che è solo parziale oppure non fedele al vero, non necessariamente tali falle verranno a galla in sede di controllo da parte del Giudice Tutelare, perché le modalità con cui tale controllo è condotto non garantiscono l'accuratezza della verifica. E ciò, ancora una volta, è da imputare principalmente all'insufficienza dell'organico avuto riguardo all'alto numero di procedimenti pendenti²⁶. Sul punto, pare opportuno evidenziare come tali lacune – normative ed operative – contrastino con quanto richiesto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18. Secondo l'art. 12, co. 4, di tale Convenzione, infatti, gli Stati Parti devono assicurare «che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità delle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure [...] rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita [...]». È evidente che la

verifica più puntuale in merito a: a) le azioni poste in essere dai diversi attori coinvolti (Ads, giudici, ...) anche per evitare distorsioni e abusi nella pratica dell'istituto; b) i risultati conseguiti dai percorsi di accompagnamento a vantaggio dei beneficiari dell'istituto», nonché «prevedere adeguate risorse umane e finanziarie per il sistema giudiziario al fine di garantire, in modo uniforme nei diversi territori, la rapidità delle risposte e la qualità delle procedure (decreti di nomina, controlli e verifiche sull'operato degli ads [...])».

²⁶ In taluni casi, il controllo sull'operato dell'amministratore di sostegno può connotarsi persino come superficiale. Sul punto, si veda per esempio Cass. civ., Sez. Un., 24 gennaio 2020, n. 1606, che in tema di responsabilità disciplinare del magistrato ha sancito il seguente principio di diritto: «configura l'illecito disciplinare previsto dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006, la condotta del magistrato che, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, violando i doveri di diligenza, laboriosità e correttezza, cagioni ad una delle parti un danno ingiusto, a carattere patrimoniale ed oggettivamente apprezzabile, non rilevando la percezione che dello stesso possa avere il danneggiato. (Nella fattispecie, relativa alle funzioni esercitate da un giudice tutelare in una procedura di amministrazione di sostegno, la S.C. ha cassato la sentenza di assoluzione pronunciata dalla sezione disciplinare del C.S.M. per avere omesso la valutazione sull'effettivo svolgimento, ad opera del magistrato, di un controllo estrinseco sulla gestione dell'amministratore di sostegno, dai cui rendiconti emergevano uscite superiori alle disponibilità finanziarie della beneficiaria, con conseguente depauperamento del patrimonio mobiliare della stessa).».

strada da fare per rendere il nostro Paese *compliant* a tale addentellato normativo, in relazione a questo specifico profilo, è ancora molta²⁷.

A favorire il verificarsi di episodi di tal fatta, vi è anche il sopravvenuto superamento della gratuità dell'ufficio. Beninteso, l'art. 379 c.c. continua a prevedere la gratuità dell'incarico²⁸, tuttavia il sistematico riconoscimento nella prassi delle cd. eque indennità in favore degli amministratori ha agevolato l'affermarsi della percezione dell'ufficio alla stregua di una professione remunerata, nonché della sua conseguente ed inevitabile appetibilità per molti professionisti²⁹. La percezione, peraltro,

²⁷ A tal riguardo, si evidenzia come, recentemente, il nostro Paese sia stato condannato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per aver violato l'art. 8 della Convenzione sul diritto al rispetto della vita privata, proprio in relazione alla mancata previsione di garanzie atte a prevenire gli abusi nell'ambito di un procedimento in materia di amministrazione di sostegno. Si legge nel caso Calvi e C.G. c. Italia: «La Corte è pienamente consapevole della difficoltà che rappresenta per le autorità interne la necessità di giungere a conciliare, in determinate circostanze, il rispetto della dignità e dell'autodeterminazione della persona con le esigenze di protezione e di salvaguardia degli interessi di quest'ultimo, in particolare nei casi in cui l'interessato, per il suo atteggiamento e la sua situazione individuale, si trova in uno stato di grande vulnerabilità. La Corte ritiene che non sia stato garantito un giusto equilibrio nel caso di specie. Essa constata che non esistevano, nel procedimento interno, garanzie effettive proprie a prevenire gli abusi, come richiedono le norme del diritto internazionale relativo ai diritti dell'uomo, che avrebbero potuto assicurare, nel caso di specie, che fossero presi in considerazione i diritti, la volontà e le preferenze del secondo ricorrente. Quest'ultimo non ha partecipato alle decisioni che sono state prese nelle diverse fasi del procedimento (si veda, a contrario, K. c. Lussemburgo, n. 51746/18, § 66, 18 maggio 2021), è stato sentito personalmente solo una volta nel corso della sua permanenza nella RSA, ed è stato sottoposto a restrizioni per quanto concerne i suoi contatti con i suoi parenti, e tutte le decisioni che lo riguardano sono state prese dall'amministratore di sostegno.» Così Corte EDU, sent. 6 luglio 2023, Calvi e C.G. c. Italia, consultabile al sito https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU438964.

²⁸ La disposizione normativa citata è collocata nel capo relativo all'istituto della Tutela, cionondimeno essa trova applicazione anche in materia di amministrazione di sostegno in forza del richiamo di cui all'art. 411, co. 1, c.c.

²⁹ Non è un caso che nell'ambito del già citato studio condotto dalla Fondazione Zancan, il 20% degli intervistati abbia dichiarato di aver intrapreso il percorso di amministratore di sostegno per motivi professionali e che, tra gli intervistati appartenenti alla categoria dei professionisti, i vantaggi principali connessi al ricoprire tale ruolo siano stati ravvisati nella crescita professionale (19%). Da segnalare inoltre che l'86% degli amministratori-professionisti (avvocati e commercialisti) ha dichiarato di ricevere l'equa indennità e che, più in generale, tra gli amministratori di sostegno che seguono più di 5 persone, l'88% ha dichiarato di ricevere l'equa indennità. Così I. BERTO et al., cit., pp. 131-132. Cfr. altresì lo studio dell'associazione radicale Diritti alla follia, *La realtà dell'amministrazione di sostegno in Italia. La sistematica violazione della "Convenzione ONU sulla disabilità" e le necessità formative ed informative a beneficio dei giudici tutelari*, giugno 2021, p. 2, <<https://dirittiallafollia.it/2021/06/05/la-realta-dellamministrazione-di-sostegno-in-ita->

si rafforza ove si guardi a quei soggetti che vengono nominati amministratori di sostegno in decine e decine di procedimenti³⁰.

Non a caso, da più parti perviene l'indicazione volta a sensibilizzare i Giudici Tutelari alla nomina di persone di fiducia del beneficiario, laddove, per contro, sarebbe opportuno che essi si orientassero alla nomina di soggetti esterni alla cerchia 'familiare' solo in presenza di gravi motivi³¹.

lia> (29 settembre 2023), ove si parla di «deriva affaristica» assunta dall'esercizio della funzione di Ads, «con la conseguente realtà della continua "caccia" a nuovi potenziali beneficiari.». Sulla discussa qualificazione dell'indennità riconosciuta per l'espletamento di tale ufficio ai fini IVA, cfr. L. LODI, *Imponibilità IVA dell'attività dell'amministratore di sostegno?* [Nota a Corte di Giustizia UE, sez. III, 15 aprile 2021, causa C-846/19], in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2021, n. 8-9, p. 664 ss.

³⁰ Cfr. L. LODI, cit., p. 669, ove l'Autore opportunamente evidenzia come se in astratto rimanga «non scalfito» il principio della gratuità dell'ufficio di amministratore di sostegno, nella pratica l'indennità venga quasi sempre riconosciuta. In particolare, egli scrive: «La prassi dei Tribunali è, infatti, nel senso di riconoscere sempre, ove l'assistito abbia sostanze alle quali attingere, un'indennità, parametrata alle attività svolte e al valore complessivo del patrimonio del soggetto. Inoltre, parecchi Tribunali hanno sottoscritto appositi protocolli con gli ordini professionali e/o con le associazioni che riuniscono gli amministratori di sostegno, nei quali sono indicati chiaramente i criteri in forza dei quali l'indennità sarà determinata. Nei fatti, dunque, l'amministratore nominato ha, nella maggior parte dei casi, la legittima aspettativa di ricevere, in relazione all'attività dallo stesso prestata, una somma parametrata alle prestazioni rese e alle disponibilità dell'assistito. E dai citati protocolli si desume che le cifre erogate non sono irrisorie, e anzi consentono, ai professionisti specializzati in questo settore, entrate più che dignitose».

³¹ Cfr. Si veda P. CENDON e R. ROSSI, *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, in *Questioni giustizia*, 2018, n. 3, p. 80 ss., nonché le «Proposte di linee guida per la corretta applicazione della legge 6/2004 sull'istituto dell'amministratore di sostegno» formulate in data 5 maggio 2021 da parte dell'Unasam, l'Unione nazionale delle associazioni per la salute mentale e sottoposte all'attenzione del CSM, nonché dei Ministri di Giustizia, Salute e Disabilità allora in carica, consultabili al link <http://www.unasam.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/07/PROPOSTA-LINEE-GUIDA-PER-APPLICAZIONE-LEGGE-6-DEL-2004-ISTITUTIVA-DELLAMMINISTRAZIONE-DI-SOSTEGNO-2.pdf> (26 settembre 2023). La lettera che racchiude tali proposte si rivela particolarmente interessante, in quanto, oltre a denunciare il 'business' dell'equa indennità e l'eccessiva concentrazione di nomine in capo agli stessi soggetti, dà conto di un'ulteriore grave disfunzione connessa all'istituto in esame: «Un'altra anomalia [...] riguarda il massiccio ricorso, da parte dei servizi pubblici (in particolare i servizi di salute mentale) all'amministrazione di sostegno, con indicazione di persona di fiducia del servizio, per togliere alle persone in cura o ai loro familiari qualsiasi possibilità di discutere, valutare o se del caso contrastare l'operato del servizio, in particolare per quanto riguarda i percorsi di cura personalizzati, la prescrizione e somministrazione di farmaci, l'invio in strutture residenziali, e persino le pratiche coercitive nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura o altri luoghi della cura e della assistenza. In sostanza, agli amministratori di sostegno viene chiesto, dai servizi ospedalieri o dalle RSA, di firmare l'autorizzazione ad una pratica coercitiva, in aperta violazione con quanto impone l'art. 13 della Costituzione.». Dello stesso avviso anche

Sul punto, peraltro, la Suprema Corte ha da tempo chiarito che il criterio fondamentale cui il Giudice deve attenersi nella scelta dell'amministratore di sostegno è quello relativo alla cura e agli interessi del beneficiario, e tanto dovrebbe bastare a dissuadere i Giudici dall'elevare a ruolo di amministratori di sostegno individui che già sono investiti di tale gravoso incarico in altri procedimenti, giacché, proprio a cagione di tale loro condizione, tali soggetti non dispongono del tempo necessario a intessere una relazione di fiducia con l'amministrato né, di conseguenza, possono garantire prestazioni adeguate nell'adempimento dei doveri su di essi gravanti nell'espletamento della *cura personae* e della *cura patrimonii* che la lettera della legge invece gli impone³².

3. Accesso agli atti e visibilità del fascicolo telematico

Nel panorama sopra descritto, emergeva in molti Tribunali italiani la prassi di imporre alle cancellerie di provvedere all'oscuramento del fascicolo telematico – con contestuale estromissione di eventuali parti costituite – all'indomani della nomina in via definitiva dell'amministratore di sostegno.

Prima di approfondire le ragioni che si radicano alla base di tale consuetudine, pare tuttavia opportuno evidenziare come la cd. richiesta di accesso alla visibilità del fascicolo telematico sia un atto che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento in concomitanza con l'entrata in funzio-

l'associazione Diritti alla follia che in *La realtà dell'amministrazione di sostegno in Italia*, cit., p. 11, afferma: «Grazie a “parchi buoi” di venti, trenta, cinquanta “amministrati”, si creano così rendite cospicue a spese delle spesso magre sostanze del “disabile”, che vede depauperate le risorse di cui dispone al cospetto di un istituto che: a) dovrebbe essere essenzialmente gratuito, e che come tale si presenterebbe se fosse affidato a familiari e/o soggetti individuati dal beneficiario, come la legge impone; b) se fosse esercitato con la serietà e la delicatezza imposte dal buon senso non potrebbe che riguardare un “beneficiario”, eccezionalmente due [...]».

³² Tale principio è stato enunciato in Cass. Civ., Sez. I, Sent., 20 marzo 2013, n. 6861 in tema di potere del Giudice Tutelare di adottare d'ufficio i provvedimenti ritenuti opportuni nell'ambito dell'amministrazione di sostegno. Cfr. altresì P. ZATTI, cit., p. 183, ove afferma: «Come è possibile lasciare una figura come questa [...] alla tradizione che affidava le tutele e le curatele a commercialisti e avvocati, senza – parlo della figura “media” – formazione specifica, senza disponibilità del tempo necessario a fare bene questo difficile lavoro? Così che spesso, quando incombe la decisione di questioni delicatissime di salute e di vita o di morte – di scelte tragiche – o all'opposto, di piccole correzioni che richiedono una conoscenza del quotidiano dell'assistito – la figura centrale si fa sfuggente, evanescente, formale proprio quando il suo ruolo esigerebbe un pronto, e intenso, “prendersi cura”?».

ne del Processo Civile Telematico, in ragione della necessità di adattare le regole del processo civile ordinario - prima fra tutte il principio del contraddittorio - alle modalità di svolgimento telematico³³.

Ciò considerato, appare utile esaminare i principi sui quali apparirebbe fondata la prassi di oscuramento del fascicolo telematico. A fini esemplificativi, un provvedimento che fornisce un'analisi particolareggiata in punto di accesso agli atti e visibilità nell'ambito del processo civile telematico in materia di amministrazione di sostegno apparirebbe l'Ordine di Servizio emesso in data 23 aprile 2018 dal Tribunale di Genova, nella persona del Presidente della Sezione Famiglia del medesimo Tribunale, d'intesa con i Giudici Tutelari³⁴. Ebbene, volendo riassumere, ancorché sinteticamente, i principali motivi addotti a fondamento di tale prassi, si può affermare che essi siano legati: a) alla natura non pubblica degli atti relativi alle procedure di amministrazione di sostegno; b) al fatto che gli amministrati non perdono la capacità giuridica e che, pertanto, debbono essere tutelati da indebite intromissioni di terzi; c) alla circostanza che è prioritario ed indispensabile salvaguardare la riservatezza degli ammi-

³³ A occuparsi della regola della visibilità delle informazioni contenute nel fascicolo telematico è l'art. 27 del D.M. 21 febbraio 2011, n. 44. Tale disposizione prevede che: «1. [...] il dominio giustizia consente al soggetto abilitato esterno l'accesso alle informazioni contenute nei fascicoli dei procedimenti in cui è costituito o svolge attività di esperto o ausiliario. L'utente privato accede alle informazioni contenute nei fascicoli dei procedimenti in cui è parte mediante il portale dei servizi telematici e, nei casi previsti dall'articolo 23, comma 6, lettere e) ed f), e comma 7, mediante il punto di accesso. 2. È sempre consentito l'accesso alle informazioni necessarie per la costituzione o l'intervento in giudizio in modo tale da garantire la riservatezza dei nomi delle parti e limitatamente ai dati identificativi del procedimento. 3. In caso di delega, rilasciata ai sensi dell'articolo 9 regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, il dominio giustizia consente l'accesso alle informazioni contenute nei fascicoli dei procedimenti patrocinati dal delegante, previa comunicazione, a cura di parte, di copia della delega stessa al responsabile dell'ufficio giudiziario, che provvede ai conseguenti adempimenti. L'accesso è consentito fino alla comunicazione della revoca della delega. 4. La delega, sottoscritta con firma digitale, è rilasciata in conformità alle specifiche di strutturazione di cui all'articolo 35, comma 4. 5. Gli esperti e gli ausiliari del giudice accedono ai servizi di consultazione nel limite dell'incarico ricevuto e della autorizzazione concessa dal giudice. 6. Salvo quanto previsto dal comma 2, gli avvocati e i procuratori dello Stato accedono alle informazioni contenute nei fascicoli dei procedimenti in cui è parte una pubblica amministrazione la cui difesa in giudizio è stata assunta dal soggetto che effettua l'accesso.».

³⁴ Tale documento può essere consultato tanto sul sito degli Uffici Giudiziari di Genova al link <https://www.ufficijudiziari.genova.it/documentazione/D_13125.pdf> (16 settembre 2023), quanto sul sito dell'Ordine degli Avvocati del medesimo foro al link <<https://www.ordineavvocatigenova.it/news/09-05-2018-tribunale-genova-accesso-agli-atti-e-visibilita-nel-pct-procedure-amministrazione-di-sostegno.html>> (16 settembre 2023).

nistrati, tenuto conto in particolare del fatto che nei procedimenti dei quali si va discorrendo sovente ricorre la presenza dei cd. 'dati sensibili' attinenti alla salute; d) al fatto che non sussiste un diritto di soggetti diversi da amministratore di sostegno e beneficiario ad accedere agli atti della procedura, motivo per cui l'accesso di qualunque altro soggetto è subordinato a previa autorizzazione del Giudice Tutelare; e) all'ulteriore fatto che il sistema informatico in uso presso gli uffici giudiziari non fornisce alcuno strumento atto a consentire una distinzione e, quindi, una selezione tra dati ostensibili e dati non ostensibili, in quanto lo stesso è pensato e conformato ai fini dell'applicazione delle regole del contraddittorio proprie del processo civile ordinario e dunque alla piena conoscenza degli atti tra tutte le parti costituite; f) all'opportunità di distinguere tra fase 'decisoria' e fase 'gestoria', con la conseguenza che deve essere ammessa l'autorizzazione alla costituzione nel fascicolo telematico principale di tutte le parti che hanno diritto ad interloquire nella prima fase del procedimento; così come che, nel passare alla fase decisoria, deve invero disporsi l'estromissione dal procedimento di tutte le parti costituite (ivi compreso il difensore che eventualmente abbia seguito l'amministrato nella prima fase della procedura) in quanto tale sarebbe l'unica soluzione praticabile e concretamente gestibile dalla cancelleria – Volontaria Giurisdizione, alla luce delle scarse risorse disponibili; g) le istanze di visibilità che sistematicamente vengono formulate nell'ambito del processo civile ordinario al fine di permettere al difensore di prendere visione dei documenti prodotti dalla controparte non sono ammissibili nell'abito delle procedure in esame, se non per l'eventuale difensore del beneficiario, nominato da quest'ultimo con mandato; h) affinché un terzo possa accedere agli atti, è necessaria previa predisposizione e presentazione di istanza motivata e documentata che provi un interesse reale ed attuale alla consultazione del fascicolo, un'autorizzazione del Giudice Tutelare attraverso un provvedimento adeguatamente motivato³⁵.

Tali prassi andrebbero oggi anche rapportate agli esiti dell'aggiornamento dei sistemi ministeriali - avvenuto nel maggio 2024 - in adeguamento anche alle nuove specifiche tecniche per i procedimenti di volontaria giurisdizione adottate il 31 gennaio 2024³⁶.

³⁵ Le precisazioni di cui alle lettere g) e h) non sono contenute nell'Ordine di Servizio di cui sopra, ma sono tratte da un ulteriore comunicato del Presidente delle IV Sezione del Tribunale di Genova, datato 4 maggio 2023, reperibile sul sito degli Ufficiali Giudiziari di Genova al link <https://www.ufficijudiziarigenova.it/allegatinews/A_55835.pdf>.

³⁶ Le modifiche parrebbero intervenire a seguito del Provvedimento di adozione delle Specifiche Tecniche per il deposito telematico nei procedimenti di volontaria giurisdizione

Nello specifico, sono state operate alcune rilevanti modifiche ai criteri di visibilità del fascicolo telematico. Dopo il giuramento dell'Amministratore di Sostegno la consultazione del fascicolo diviene possibile solo ad opera del soggetto nominato amministratore – personalmente –, nonché del beneficiario stesso e di eventuali ausiliari nominati dal giudice. Tali modifiche sembrerebbero dunque supportare quelle prassi già in atto nei Tribunali, volte ad escludere dalla consultazione del fascicolo tutte le parti – diverse dal beneficiario - che avevano comunque un diritto ad interagire nella procedura di nomina dell'amministratore di sostegno.

4. Interessi in conflitto ed esigenze di bilanciamento

Ad una prima analisi, le ragioni a supporto di una limitata accessibilità del fascicolo telematico dell'amministrazione di sostegno potrebbero sembrare dettate da un'esigenza di mantenere la maggiore riservatezza possibile sulle condizioni di salute psico-fisica del beneficiario e sulle limitazioni di capacità che egli subisce. C'è, tuttavia, da domandarsi se una prassi così rigorosa non possa contribuire a fare più danni di quanti vorrebbe prevenirne, avuto riguardo in particolare alla (a più riprese censurata) insufficienza di relazioni e rendiconti, ai fini di un esatto monitoraggio sull'operato dell'amministratore e sulle condizioni dell'amministrato. Non si può, inoltre, non tener conto di quello che può essere definito come il principale effetto collaterale di un simile 'protocollo': la possibile perdita di contatti tra l'amministrato e la sua cerchia di familiari e amici. Tale problema è stato sollevato anche in dottrina, ove di recente è stato rilevato un incremento di ricorsi promossi da familiari degli amministrati volti a denunciare l'insufficienza delle comunicazioni con l'amministratore di sostegno³⁷. Anche altri studiosi hanno rilevato il problema, e, nel far ciò, hanno dato atto di come la prassi conosca la sperimentazione di soluzioni completamente differenti tra loro. Alcuni Tribunali, in ossequio al principio della trasparenza e del più ampio controllo sull'operato degli amministratori di sostegno, pacificamente ammettono l'accesso all'intero fascicolo processuale. Altri Tribunali, al contrario, nel valorizzare il diritto alla riservatezza e alla privacy del beneficiario, negano ogni accesso, giustificando tale chiusura sul presupposto che unico soggetto titolato a verificare la bontà dell'attività dell'amministratore di sostegno sarebbe il

di atti processuali e di documenti, effettuato dalle persone fisiche che stanno in giudizio personalmente del 31 gennaio 2024.

³⁷ Cfr. P. CENDON e R. ROSSI, cit., p. 82 ss.

Giudice Tutelare. Infine, la prassi conosce anche esperienze intermedie, ove, nel tentativo di operare un bilanciamento tra contrapposte esigenze, si ammette l'accesso unicamente al rendiconto annuale di gestione dell'amministratore di sostegno³⁸.

La ragione di tanta varietà è da rinvenirsi nella circostanza che l'accesso agli atti del procedimento di amministrazione di sostegno da parte di soggetti diversi dall'amministratore, così come le comunicazioni tra quest'ultimo ed i primi, sono entrambi aspetti non disciplinati né considerati dal nostro legislatore. La fisiologica conseguenza di una simile impostazione è rappresentata dal fatto che il concreto svolgersi di tali dinamiche viene a determinarsi alla luce del punto di vista adottato dal singolo Tribunale. Tali questioni si trascinano senza trovare soluzione da oramai parecchi anni, come dimostra questa pronuncia del 2012 del Tribunale di Novara, di cui si riporta un breve stralcio:

Quanto alla denunciata mancata consultazione dei congiunti da parte dell'ads, deve rilevarsi che gli stessi, in quanto, appunto, congiunti del beneficiario, hanno il potere di sollecitare il controllo del GT sull'operato dell'ads ma non sono titolari di alcun diritto di essere, dallo stesso, informati o consultati in merito all'attività compiuta o da compiersi, atteso l'obbligo dell'ads (come del tutore) di riferire, in via esclusiva, al GT.

La mancata codificazione del diritto dei familiari del beneficiario ad essere coinvolti nella gestione dell'amministrazione è, dunque, la principale causa all'origine di tali prassi. Ma ancora:

Addirittura, secondo alcuni Tribunali (principalmente quello di Roma e quello di Torino), ai parenti dell'amministrato, così come dell'interdetto, è precluso persino l'accesso agli atti del fascicolo della Tutela, sulla base dell'art. 380, co. 2, c.c. (richiamato espressamente, per l'ADS, dall'art. 411, co. 1, c.c.) il quale, nel prevedere il potere discrezionale del GT di sottoporre il solo conto annuale della gestione ad un prossimo parente, escluderebbe qualsivoglia "diritto" dei familiari ad accedere agli altri atti del fascicolo. Tale interpretazione, pur autorevolmente sostenuta e normativamente fondata, secondo questo GT si palesa, tuttavia, eccessivamente gravatoria nei confronti dei parenti dell'interessato, ai quali, proprio perché è impedita la possibilità di agire direttamente per ottenere informazioni sulla salute ed il patrimonio del congiunto, dev'essere, almeno, garantita la possibilità di conseguirle in via mediata, attraverso l'accesso al fascicolo, richiesto al GT e debitamente autorizzato³⁹.

³⁸ Così G. CARLESSO et al., cit., p. 721.

³⁹ Così Tribunale Novara, 26 novembre 2012. Est. Guendalina Pascale.

Ebbene, le parole usate dal Giudice ben rendono il problema di fondo che l'approccio più rigorista in materia reca in sé: l'eccessiva gravosità nei confronti della cerchia familiare del beneficiario. L'accesso al fascicolo, infatti, non deve essere visto unicamente alla stregua di un mezzo per controllare l'operato dell'amministratore. Molto spesso, infatti, tale strumento rappresenta l'unico viatico per riuscire ad ottenere informazioni sullo stato del proprio parente 'fragile'⁴⁰. Del resto, come è stato autorevolmente sottolineato, non di rado quando un soggetto viene assoggettato ad amministrazione di sostegno sono anche i parenti prossimi ad esprimere la necessità di un supporto⁴¹. Bisogna invero considerare che l'amministrazione di sostegno è un procedimento che non si esaurisce nella nomina dell'amministratore; quando ciò avviene si passa dalla fase prettamente decisoria a quella successiva, di natura propriamente gestoria, destinata a rimanere in essere per tutta la durata della misura (cosa che in molti casi equivale a dire fino alla morte dell'individuo)⁴². È dunque impensabile che, all'indomani della nomina, i parenti del beneficiario debbano ingaggiare dure 'lotte' con l'amministratore di sostegno, ovvero con il Giudice Tutelare, tutte le volte che desiderino avere informazioni sul proprio caro. Non è a questo che un istituto come l'amministrazione di sostegno dovrebbe condurre, fatte salve naturalmente le ipotesi in cui ciò corrisponda al superiore interesse del beneficiario. Peraltro, dietro tali istanze non necessariamente si celano parenti desiderosi di ingerirsi nella gestione della cura della persona o del patrimonio dell'amministrato. Nella maggioranza dei casi, si tratta della fisiologica necessità di continuare ad essere partecipi delle vicissitudini delle persone amate⁴³. Pertanto, tra gli aspetti che dovrebbero essere tenuti maggiormente in considerazione quando si discute di formazione per gli amministratori di sostegno, vi dovrebbe essere quello del dialogo con la cerchia di amici e familiari. Come

⁴⁰ Si pensi, per esempio, al caso non infrequente in cui viene nominato amministratore di sostegno un soggetto estraneo alla famiglia.

⁴¹ Cfr. P. CENDON e R. ROSSI, cit., p. 83.

⁴² Sul punto cfr. G. CARLESSO et al., cit., p. 721, ove si evidenzia che l'amministrazione di sostegno richiede un coinvolgimento continuo del Giudice Tutelare nelle vicende patrimoniali e personali del beneficiario al fine di verificare l'attualità e il persistere dell'idoneità della misura.

⁴³ Sul punto, cfr. lo studio dell'associazione Diritti alla follia, *La realtà dell'amministrazione di sostegno in Italia*, cit., p. 13 ss., ove si ipotizza che sia proprio la presenza dell'amministratore di sostegno, a maggior ragione quando esterno al nucleo familiare, a costituire di per sé «elemento generatore di conflitti»: Nata «con la scusa» di mediare nel conflitto, l'Ads «esterna» esaspera, potenzia e drammatizza il conflitto stesso, spesso «scegliendo» una delle parti in causa ed annichilendo l'altra.».

è stato autorevolmente sostenuto in dottrina, essere amministratori di sostegno significa anche «voler “fare rete”», ed il fatto che il legislatore nulla abbia previsto su questo tema non può in ogni caso «autorizzare saracinesche o deserti comunicativi». Al contrario, prescindendo dal silenzio normativo, l'amministratore di sostegno dovrebbe sempre adoperarsi affinché «il dialogo lieviti a ogni passaggio»⁴⁴. Quest'ultimo, ad ogni buon conto, è un aspetto che, come accennato, può essere affrontato e gestito attraverso la messa a punto di specifici percorsi formativi, ovvero attraverso la creazione di protocolli *ad hoc*. Con riguardo a quest'ultimo punto, per esempio, in dottrina si è prospettata la possibilità di predisporre «protocolli di trasparenza», consistenti nella creazione di calendari di incontri tra amministratori di sostegno e parenti che ne facciano espressa richiesta. Significativo è il fatto che a suffragare la fondatezza di tale proposta sia stato richiamato l'addentellato normativo di cui all'art.1, co. 2 e 3, della legge sul cd. consenso informato (legge 22 dicembre 2017, n. 219). Tale disposizione, invero, in punto di relazione tra medico e paziente, prevede che: «2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia 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. [...] In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo. 3. Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile [...]. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole [...]».

Tale previsione, dunque, se rapportata al contesto in esame, assurge ad emblematica dimostrazione di come in talune circostanze, in nome della tutela del soggetto debole, si ammetta pacificamente il coinvolgimento di familiari e persone di fiducia, e di come, in ultima analisi, sia ragionevole concedere una maggiore trasparenza nella relazione con i familiari⁴⁵.

A rimanere insuperata è invece la questione dell'accesso agli atti del procedimento, che, come si è avuto modo di verificare, viene declinata e gestita diversamente a seconda che l'orientamento abbracciato dal Tribunale cui ci si rivolge sia più incline a favorire la trasparenza e il controllo sulla misura, ovvero all'opposto la privacy e la riservatezza dell'am-

⁴⁴ Cfr. P. CENDON e R. ROSSI, cit., p. 83.

⁴⁵ Cfr. P. CENDON e R. ROSSI, cit., p. 83.

ministrato. Considerato che quest'ultimo pare essere l'orientamento maggioritario, si rende necessaria ancora un'ultima riflessione. Tornando all'Ordine di Servizio del Tribunale di Genova, pare opportuno soffermarsi sulle parole spese con riguardo al sistema informatico in uso presso i Tribunali italiani, il quale, pensato per il contenzioso ordinario, non consente la selezione tra dati ostensibili e dati non ostensibili. Ebbene, se, per un verso, possono apparire comprensibili le ragioni che, a partire da questo problema di natura 'tecnica', possono disincentivare i Giudici a concedere la visibilità del fascicolo telematico, per l'altro, alla luce di tutto quello che si è detto, è da ritenere che, a fronte di un'attenta disamina delle ragioni addotte alla base della richiesta di visibilità, nonché sentito sul punto il parere del diretto interessato, non residui spazio in capo al Giudice per trincerarsi dietro il diritto alla riservatezza del beneficiario⁴⁶. Invero, la tutela di un diritto, ancorché di rango primario come quello alla privacy, non può mai spingersi al punto tale da annichilire gli altri diritti altrettanto importanti che con esso entrino in conflitto. In questo caso, sugli altri, spicca il diritto alla vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, disposizione che prevede che: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.». Del resto, come è stato autorevolmente sottolineato, non è unicamente attraverso una impeccabile gestione contabile-amministrativa che si fa il bene del beneficiario⁴⁷.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto sinora affermato, parrebbe quanto mai necessario riflettere sulla adeguatezza della prassi di escludere dall'accesso al fascicolo i soggetti diversi dal beneficiario e dall'amministratore nominato ed, in particolare, la totalità dei familiari del beneficiario, quando il soggetto

⁴⁶ La prassi di oscurare il fascicolo telematico è vista in maniera negativa anche dall'associazione Diritti alla follia, *La realtà dell'amministrazione di sostegno in Italia*, cit., p. 14 ss.

⁴⁷ Così P. CENDON e R. ROSSI, cit., p. 83.

nominato come amministratore di sostegno sia un terzo, estraneo al nucleo dei familiari. Gli organici sottodimensionati soverchiati dalla crescita esponenziale del numero dei procedimenti; la difficoltà dei Giudici Tutelari di esercitare verifiche effettive sui procedimenti in fase gestoria e la conseguente frequenza con cui gli amministratori vengono meno al loro 'mandato', ponendo in essere comportamenti riprovevoli e dannosi nei confronti dei loro amministrati; la sofferenza della cerchia di parenti e amici che, dall'oggi al domani, si ritrovano a non disporre di canali di comunicazione con il proprio caro fino al punto di non sapere più nulla sul di lui o di lei conto; il fatto che il benessere dell'amministrato passi anche – e spesso soprattutto – dal poter fare affidamento su una rete di sostegno 'familiare'; la natura eminentemente fiduciaria del rapporto che dovrebbe intercorrere tra amministratore ed amministrato. Sono questi i principali argomenti ai quali ci si appella al fine di stimolare il germogliare di una discussione che possa portare ad un cambio di passo.

Beninteso, non si vuole suggerire di guardare alla visibilità del fascicolo telematico come alla panacea di tutti i mali che attualmente 'affliggono' questo istituto. Ruolo centrale in un'ottica di un complessivo miglioramento delle funzionalità della misura spetterebbe alla formazione/sensibilizzazione di Giudici Tutelari, amministratori di sostegno (o aspiranti tali), nonché, più in generale, tutti gli operatori coinvolti. Ciò, naturalmente, con il precipuo fine di innalzare la qualità delle prestazioni offerte da quanti, a vario titolo, sono implicati nella gestione delle amministrazioni di sostegno, e di scongiurare, per contro, condotte improvviste. Altrettanto fondamentale sarebbe poi puntare, finalmente, sull'ampliamento dell'organico in forza ai Tribunali. Questo sarebbe particolarmente importante per la Volontaria Giurisdizione, atteso che, se il personale impiegato in questo specifico ambito della giurisdizione può dirsi già ora insufficiente, con l'invecchiamento della popolazione ed il numero dei procedimenti in costante ascesa la situazione non potrà che aggravarsi ulteriormente nel prossimo futuro.

Cionondimeno, nell'attesa che queste ed altre proposte di riforma guadagnino spazio presso gli interlocutori istituzionali, si dovrebbe riconsiderare l'opportunità di abbracciare un atteggiamento più aperto ed inclusivo in materia di accesso al fascicolo telematico dell'amministrato. Ad essere in gioco sono i diritti fondamentali di quest'ultimo e ciò non può non essere tenuto in debita considerazione. Se non è pensabile – oltre che opportuna – l'idea di un'apertura indiscriminata del fascicolo della procedura a qualsivoglia familiare che ne faccia eventualmente richiesta,

per contro, tale accesso dovrebbe poter essere garantito laddove i familiari diano effettivamente prova di essere coinvolti nella cura e nella tutela della persona del beneficiario, sempre che ciò non entri in conflitto con i *desiderata* e/o con il benessere dell'amministrato.

L'accesso al fascicolo della procedura ('perpetuo' e non temporaneo) contribuirebbe a garantire un maggiore e più efficace controllo sulla gestione dell'amministrazione e sulle reali condizioni di vita del beneficiario. Esso consentirebbe quindi di assicurare un presidio continuo dei diritti fondamentali della persona del beneficiario, e, non meno importante, permetterebbe di mantenere in essere (o ricostituire) un canale di comunicazione e di dialogo tra la più stretta cerchia di familiari e amici e lo stesso beneficiario.

Bibliografia

- BERTO I., et al., *Monitoraggio e ricognizione nazionale delle esperienze di amministrazione di sostegno*, in *Studi Zancan: Politiche e servizi alle persone*, Padova, Fondazione «E. Zancan», 2022, n. 5-6.
- CARLESSO G., *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2021, n. 3, p. 702 ss.
- CELENTANO S., *L'amministrazione di sostegno tra personalismo, solidarietà e sussidiarietà ed il ruolo del Giudice della Persona*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 3., p. 65 ss.
- CENDON P., *Rispetto, persuasione, ascolto*, «Persona e danno», 11 luglio 2008, <<https://www.personaedanno.it/articolo/rispetto-persuasione-ascolto-paolo-cendon>> (6 agosto 2023).
- CENDON P., *Fragilità 'borderline', rischi esistenziali, come fronteggiarli?*, in *La tutela del soggetto debole* (Corte di Cassazione, Roma, 16-17 maggio 2018) a cura di T. Orrù, A. M. Perrino e C. Scognamiglio, «Corte di Cassazione», 17 maggio 2018, <https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Saluti_diritti_Cendon.pdf> (15 agosto 2023).
- CENDON P., ROSSI R., *Questioni attuali in tema di amministrazione di sostegno*, in *Questioni giustizia*, 2018, n. 3, p. 80 ss.
- CENDON P., *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, n. 1.
- DIQUIGIOVANNI E., et al., *Esiti e criticità della l. n. 6/2004 nell'esperienza dei Servizi in Veneto*, in *La nuova giurisprudenza civile e commen-*

tata, 2021, n. 3, p. 727 ss.

Diritti alla follia, *La realtà dell'amministrazione di sostegno in Italia. La sistematica violazione della "Convenzione ONU sulla disabilità" e le necessità formative ed informative a beneficio dei giudici tutelari*, giugno 2021, <<https://dirittiallafollia.it/2021/06/05/la-realta-dellamministrazione-di-sostegno-in-italia>> (29 settembre 2023).

Diritti alla follia, *Ruberie di amministratori di sostegno. Condannati. Indispensabile una Commissione d'inchiesta parlamentare*, 22 giugno 2023, <<https://dirittiallafollia.it/2023/06/22/ruberie-di-amministratori-di-sostegno-condannati-indispensabile-una-commissione-dinchiesta-parlamentare/>> (29 settembre 2023).

Federcontribuenti, *Amministratori di sostegno. Non basta la buona fede occorre maggior controllo sulla gestione patrimoniale*, «Federcontribuenti», 26 novembre 2019, <<https://www.federcontribuenti.it/amministratori-di-sostegno-non-basta-la-buona-fede-occorre-magior-controllo-sulla-gestione-patrimoniale/>> (18 settembre 2023).

GIROLAMI M., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, n. 5, p. 854 ss.

GRASSO G., *Tra norma e prassi: i poteri del giudice e l'audizione del beneficiario nel procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e diritto*, 2009, n. 4, p. 377 ss.

«Il Giorno», *"Tre anni per peculato all'avvocato monzese"*, 8 giugno 2022, <<https://www.ilgiorno.it/monza-brianza/cronaca/tre-anni-per-peculato-allavvocato-monzese-5967254b>> (13 settembre 2023).

«Il Piacenza», *«Come amministratore di sostegno si appropria di 14mila euro di un 84enne»*, 5 febbraio 2021, <<https://www.ilpiacenza.it/cronaca/come-amministratore-di-sostegno-si-appropria-di-14mila-euro-di-un-84enne-avvocato-rinviato-a-giudizio.html>> (13 Settembre 2023).

«Il Resto del Carlino», *Bologna, amministratore infedele: la finanza gli sequestra 150mila euro*, 23 settembre 2022, <<https://www.ilrestodelcarlino.it/bologna/cronaca/amministratore-sequestro-1.8108503>> (13 settembre 2023).

LODI L., *Imponibilità IVA dell'attività dell'amministratore di sostegno?* [Nota a Corte di Giustizia UE, sez. III, 15 aprile 2021, causa C-846/19], in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2021, n. 8-9, p. 664 ss.

- «L'Unione Sarda», *Cagliari, amministratore di sostegno ruba 620 mila euro ai suoi assistiti*, 25 maggio 2023, <<https://www.unionesarda.it/news-sardegna/cagliari/cagliari-amministratore-di-sostegno-ruba-620-mila-euro-ai-suoi-assistiti-anmj8ba1>> (13 settembre 2023).
- MASONI R., *Competenza ed istruzione nella procedura di amministrazione di sostegno*, in *Dir. Famiglia*, 2012, n. 2, p. 873 ss.
- MONEGAT M., *Amministratore di sostegno: il ruolo dell'avvocato e i profili deontologici*, in *Famiglia e diritto*, 2019, n. 8-9, p. 811 ss.
- PICCINNI M., *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, n. 3, p. 691 ss.
- ROMA U., *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *La nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2021, n. 3, p. 694 ss.
- «Telenuovo», *60enne si intasca i risparmi della zia della quale è amministratore di sostegno: condannato*, 15 giugno 2023, <<https://tgpadova.telenuovo.it/cronaca/2023/06/14/60enne-si-intasca-i-risparmi-della-zia-della-quale-e-amministratore-di-sostegno-condannato>> (13 settembre 2023).
- TRENTANOVI S., *La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del Giudice Tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi*, «*Altalex.com*», 17 giugno 2005, <<https://www.altalex.com/documents/news/2005/06/16/la-protezione-delle-persone-prive-di-autonomia>> (6 agosto 2023).
- TRENTANOVI S., *Amministrazione di sostegno, schema di una lettura attualizzata*, «*Persona e danno*», 10 giugno 2015, <<https://www.personaedanno.it/articolo/amministrazione-di-sostegno-schema-di-una-lettura-attualizzata--sergio-trentanovi>> (6 agosto 2023).
- UNASAM, *Proposte di linee guida per la corretta applicazione della legge 6/2004 sull'istituto dell'amministratore di sostegno*, 5 maggio 2021, consultabili al link <http://www.unasam.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/07/proposta-linee-guida-per-applicazione-legge-6-del-2004-istitutiva-dellamministrazione-di-sostegno-2.pdf> (26 settembre 2023).
- ZAMBRANO V., *L'audizione dell'interessato*, in *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Salito G., Matera P. (a cura di), CEDAM, Padova, 2013, («Il diritto applicato – I grandi temi. Collana di

retta da Giuseppe Cassano»), p.153 ss.

ZATTI P., *L'intendance suivra...?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, n. 1, p. 182 ss.

Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno: una riflessione sulla prassi applicativa

Giovanni Calabrese

Abstract. La l. n. 6/2004 pone il principio della massima conservazione della capacità di agire del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno. Pertanto, il Giudice è chiamato ad una valutazione concreta del *best interest* del beneficiario e dovrebbe conformare il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno in modo da limitare il meno possibile la capacità di agire del soggetto. Tuttavia, nella prassi si assiste ad una standardizzazione eccessiva che pregiudica fortemente i principi ispiratori della riforma. Le ragioni di tale problematicità possono essere individuate, dall'un lato, nell'elevato e sempre crescente numero di nuovi procedimenti di amministrazione di sostegno e, dall'altro lato, nella difficoltà per il Giudice di valutare il residuo grado di capacità di intendere o di volere del soggetto fragile o infermo.

Parole chiave: Amministrazione di sostegno – Interdizione – Decreto di nomina – Poteri dell'amministratore - Elasticità e flessibilità – Best interest del beneficiario – Standardizzazione dei provvedimenti

Sommario: 1. Premessa. 2. Il principio della massima conservazione della capacità di agire del beneficiario. 3. Specifici poteri dell'amministratore di sostegno e limitazioni alla capacità di agire. 3.1 Gli atti personalissimi e il divieto di contrarre matrimonio. 3.2. Il divieto di donare e di testare. 4. I problemi nella prassi applicativa. 5. Il problema dell'individuazione degli spazi residui di capacità. 5.1. L'incapacità di intendere e di volere. 5.2. La fragilità psichica che provoca alterazione della realtà e suggestionabilità. 6. Prova dello stato di incapacità. 7. Conclusioni.

1. Premessa

Prima dell'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno¹ ad opera della l. 9.1.2004, n. 6², dottrina ed interpreti avevano sottolineato la necessità di superare l'eccessiva rigidità palesata dall'alternativa tra interdizione giudiziale e inabilitazione³.

Si riteneva opportuno, infatti, delineare un sistema di protezione del soggetto fragile o infermo, che fosse compatibile con il principio della dignità della persona umana. Ciò non solo nel senso di garantire la protezione del soggetto, ma anche – e soprattutto – nel senso di garantire la più piena e libera esplicazione della sua personalità, ossia la capacità di autodeterminazione della persona, già compromessa proprio in ragione dello stato di infermità in cui il medesimo si trova.

Le differenti ipotesi in cui si può esplicitare la sofferenza psichica del soggetto rendevano, di fatto, inadeguato un sistema giuridico fondato sulla secca alternativa tra la limitazione della possibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione, nel caso dell'inabilitazione, oppure la totale ablazione della capacità di agire, nel caso dell'interdizione giudiziale.

¹ La letteratura sul tema è molto ampia; si vedano, tra gli altri: G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, «Rivista di diritto civile», 2004, II, p. 481 ss; V. AMENDOLAGINE, *La tutela degli interessi del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*, «Giurisprudenza italiana», 2020, p. 690; L. ATTADEMO, *Amministrazione di sostegno e incapacità a provvedere ai propri interessi*, «Giurisprudenza italiana», 2014, p. 1889; T. BONAMINI, *Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno*, «Famiglia e diritto», 2020, 12, p. 1164; G. BONILINI, *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 102; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2004, II, p. 29; M. GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, «Rivista di diritto civile», 2021, 5, p. 854; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione*, «Obbligazioni e contratti», 2009, 10, p. 821; G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2013, II, p. 284; S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, «Famiglia, persone e successioni», marzo 2009, p. 259; M. PICCINI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2021, II, p. 691.

² La legge è rubricata: "Introduzione nel Libro primo, Titolo XII, del codice civile del Capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli artt. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 c.c. in materia di interdizione ed inabilitazione, nonché le relative norme di attuazione, di coordinamento e finali".

³ T. BONAMINI, *Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno*, «Famiglia e diritto», 2020, 12, p. 1164.

La *ratio* della l. n. 6/2004 è dunque quella di introdurre uno strumento il più possibile elastico e flessibile, fornendo al giudice la possibilità – e l'obbligo – di strutturare la misura di protezione con il contenuto più appropriato a far fronte alla specifica situazione, secondo il principio della minima limitazione della capacità di agire del beneficiario.

A distanza di quasi vent'anni dall'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, appare opportuno interrogarsi sull'applicazione dei principi della riforma, in particolare con riferimento all'effettività della tutela del soggetto fragile o infermo.

2. Il principio della massima conservazione della capacità di agire del beneficiario

Con l'affiancamento all'interdizione e all'inabilitazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, è compito del Giudice scegliere lo strumento di protezione più adatto a tutelare le esigenze del soggetto fragile, individuando lo strumento che meglio si attaglia al caso di specie.

In una sentenza resa poco dopo l'introduzione dell'istituto, la Corte costituzionale⁴ ha affermato che la complessiva disciplina inserita dalla l. n. 6/2004 affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, al contempo, garantisca all'infermo la tutela più adeguata alla fattispecie concreta, ma limitando nella misura minore possibile la sua capacità di autodeterminarsi ed agire; laddove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, al Giudice è consentito che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia conformato alle caratteristiche del caso concreto.

La Corte precisa che «solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno status di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria»⁵.

Tale principio è stato recepito dalla giurisprudenza di legittimità che, nella prima sentenza in tema di amministrazione di sostegno, ha affermato che la l. n. 6/2004 affida al giudice il compito di individuare l'istituto che garantisca la tutela più adeguata, limitando la capacità del soggetto

⁴ Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440.

⁵ Corte cost., cit., par. 5. Sulla differenza tra l'amministrazione di sostegno e l'interdizione, cfr. anche Trib. Trani, 28 ottobre 2009, in *Dejure*.

nella minore misura possibile: il Giudice deve ricorrere alla interdizione solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare tale protezione⁶.

Come sottolineato dalla citata giurisprudenza di legittimità, la finalità della legge, enunciata nella sacrale formula dell'articolo 1 della stessa, è, infatti, quella di «*tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente*». Questa finalità «*rappresenta la “stella polare” destinata ad orientare l'interprete nella esegesi della nuova disciplina, anche con riguardo ai rapporti tra la figura dell'amministrazione di sostegno e le altre forme di protezione degli incapaci*» e non risulta attenuata per effetto del suo mancato recepimento nel codice civile, tra le disposizioni novellate dalla stessa legge in esame (il mancato inserimento dell'art. 1 all'interno del Codice Civile non è, peraltro, andato esente da critiche della dottrina⁷).

Dunque, emerge in modo incontrovertibile la tendenza diretta alla massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà. Si supera concettualmente il momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente imposto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia di attività, in correlazione al grado di incapacità, «a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo»⁸.

Rispetto agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, il perimetro applicativo dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia. Infatti, il legislatore ha configurato uno strumento elastico, modellato a misura delle esigenze del caso concreto, che si distingue dalla interdizione non sotto

⁶ Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13584, «Diritto e famiglia», 2007, p. 126, con nota di A. Venchiarutti, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la corte costituzionale si pronuncia la corte di cassazione*.

⁷ S. TRENTANTOVI, *Pillole di proposte*, in margine al “Monitoraggio su ads della fondazione Zancan” - Note per il Convegno sul futuro dell'ads, Padova, 12.6.2023; Id., *Tutela e amministrazione di sostegno: strumenti di protezione delle persone fragili o di compressione dei loro diritti ?*, Relazione al Convegno “Ripensare la salute mentale – La tutela della vulnerabilità – criticità, urgenze e priorità”, Bologna, 5.5.2023.

⁸ Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit.

il profilo quantitativo, ma sotto quello funzionale. Non è dunque cruciale il grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto deve porsi attenzione alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze del soggetto infermo, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa.

Dunque, l'individuazione delle aree di applicabilità dei due istituti (amministrazione di sostegno e interdizione) va svolta tenendo in considerazione proprio il principio della necessità di limitare nel modo meno invasivo la capacità di agire del soggetto, consentendogli di conservarla per tutti gli atti che non richiedano la rappresentanza esclusiva, o l'assistenza necessaria, dell'amministratore di sostegno (art. 409 c.c.). Ciò in quanto il beneficiario di amministrazione di sostegno "*non è un incapace*"⁹, salvo che riguardo agli atti ricadenti nell'oggetto dell'amministrazione di sostegno¹⁰.

3. Specifici poteri dell'amministratore di sostegno e limitazioni alla capacità di agire

Sulla base dei principi dettati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, sono state svolte, in dottrina e giurisprudenza, approfondite analisi per individuare quali atti, personali e patrimoniali, dovrebbero potere ancora essere compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno e quanto possano essere estese le limitazioni della capacità di agire fissate nel decreto di nomina dell'amministratore.

Tale indagine parte dal testo dell'art. 411 c.c., che estende al beneficiario dell'amministrazione di sostegno talune limitazioni di capacità previste in tema di interdizione e inabilitazione, imponendo al giudice di valutare se dette limitazioni rispondano ad una effettiva esigenza di protezione del soggetto, ossia rispondano al suo *best interest*. Tale valutazione va compiuta, occorre ribadirlo, nel pieno rispetto del più generale

⁹ G. BONILINI, *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano 2018, pp. 381 e 382. Cfr., anche, sul punto, A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova 2012, 37 ss.; 659.

¹⁰ La giurisprudenza osserva che "*l'amministrazione di sostegno, istituito a tutela e protezione del beneficiario, ha un contenuto meno afflittivo dell'interdizione, in quanto è volto a preservare per quanto è possibile l'autonomia e la libera autodeterminazione del beneficiario*" (Cass. civ., 14 marzo 2022, n. 8247, in *Dejure*).

principio della massima conservazione possibile della capacità di agire del soggetto amministrato.

Tale assunto sarebbe confermato dal fatto che le eventuali limitazioni alla capacità devono essere supportate da idonea motivazione del giudice, il quale dovrebbe, pertanto, individuare specificamente, nel proprio decreto, a quale ragione di protezione corrisponde ogni limitazione che sia stata eventualmente prevista¹¹.

Peraltro, non può escludersi che, proprio per garantire la massima tutela e protezione del beneficiario, il giudice possa estendere al beneficiario tutte le ipotesi di decadenza e limitazione previste nell'ambito dell'interdizione. Secondo la dottrina, tuttavia, il giudice dovrebbe optare per tale soluzione con rigidissima cautela, poiché una simile limitazione potrebbe pregiudicare in modo eccessivo i diritti della personalità del beneficiario¹².

In sintesi, il giudice, nel valutare se applicare al beneficiario le limitazioni di capacità previste per l'interdetto, non trova alcun limite quantitativo, purché ciò risponda all'interesse del beneficiario e la relativa decisione sia assunta con motivazione adeguata, che evidenzii le ragioni di protezione che abbiano reso necessaria tale estensione.

3.1 Gli atti personalissimi e il divieto di contrarre matrimonio

Un primo tema di interesse riguarda il compimento, da parte del beneficiario, dei c.d. atti personalissimi, ossia di quegli atti che costituiscono l'estrinsecazione dei diritti relativi alla sfera più valoriale e personale del soggetto¹³: in considerazione della delicatezza degli interessi sottesi da tali atti, deve essere opportunamente soppesato il potere del giudice di limitarne l'esecuzione.

Tra tali atti possiamo indicare, a titolo esemplificativo: il matrimonio, la separazione personale e il divorzio, il riconoscimento del figlio, l'impugnazione del riconoscimento, il disconoscimento di paternità, l'adozione di maggiorenni e quella di minori in casi particolari, l'unione civile¹⁴.

¹¹ M.N. BUGETTI, *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*, «Il corriere giuridico», 2019, 1, p. 63

¹² S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, p. 33; G. BONILINI, *op. ult. cit.*

¹³ M.N. BUGETTI, *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*, «Il corriere giuridico», 2019, 1, p. 63; M. Dogliotti, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, «Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo», Giuffrè, 2019, p. 707.

¹⁴ M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, cit.

Punto di partenza è il presupposto, unanimemente riconosciuto, secondo cui, in assenza di una specifica ed espressa disposizione legislativa di segno contrario, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non è incapace. Egli, dunque, conserva la piena capacità, salvo che non vi sia una specifica disposizione limitatrice all'interno del decreto del giudice che nomina l'amministratore di sostegno.

Con specifico riguardo al matrimonio, è discusso se il giudice possa vietarlo, sulla base dell'art. 411 c.c. che consente di estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno le limitazioni previste in tema di interdizione, tra cui proprio la limitazione al matrimonio (art. 85 c.c.).

In via generale, secondo una prima opinione, le limitazioni estensibili ex art. 414 c.c. all'amministrazione di sostegno non potrebbero riguardare gli atti personalissimi, con la conseguenza che, accertata la necessità di impedire al soggetto anche il compimento degli atti personalissimi, il giudice dovrebbe procedere con la dichiarazione di interdizione del soggetto interessato¹⁵.

Secondo una diversa interpretazione sarebbe invece possibile procedere alla nomina di amministrazione di sostegno, prevedendo una specifica tutela per il caso in cui il beneficiario intendesse contrarre matrimonio. Infatti, potrebbe consentirsi tale atto con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, il quale sarebbe pertanto chiamato ad indagare la reale volontà ed aspirazione del beneficiario, per verificare che la scelta del matrimonio sia effettivamente conforme a tali aspirazioni e sia svolta con la necessaria consapevolezza degli effetti giuridici che derivano dal vincolo matrimoniale¹⁶.

Quest'ultima tesi è stata, tuttavia, rigettata dalla giurisprudenza, sulla base dell'assunto che non sarebbe possibile demandare all'amministratore di un sostegno una scelta che presupponga di indagare se il soggetto ha, o non ha, la piena consapevolezza e la capacità per il compimento di un atto, trattandosi di indagine che impone la valutazione di complessi elementi soggettivi e personali. Si tratterebbe, secondo tale assunto, di un giudizio che va compiuto necessariamente dal giudice, proprio perché attiene alla dichiarazione di piena – o assente – capacità di agire del soggetto¹⁷. Ed allora, il giudice sarebbe il solo chiamato a tale valutazione ed

¹⁵ G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in Bonilini - Chizzini, *op. cit.*, 275.

¹⁶ L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, «*Famiglia*», 2005, 4 - 5, pp. 659 - 672.

¹⁷ La Cassazione osserva che la dicotomia capacità-incapacità «è destinata inevitabilmente a riemergere in presenza di atti, come quelli personalissimi, rispetto ai quali, a fronte di

eventualmente ad applicare il divieto di contrarre matrimonio previsto dall'art. 85 c.c. per l'interdetto, secondo la possibilità di estensione prevista all'art. 414 c.c.

Nello specifico, partendo dalla considerazione che è necessario avere “*il fuoco puntato sul best interest dell'amministrato*”¹⁸, la Cassazione ha affermato che non è possibile escludere che, in circostanze particolarmente stringenti ed eccezionalmente gravi, possa essere anche imposto il divieto di contrarre matrimonio, nelle ipotesi in cui ciò sia conforme – occorre ribadirlo – all'interesse del beneficiario. Tale lettura pare meglio armonizzarsi con la *ratio* che sostiene la legge sull'amministrazione di sostegno, la quale non soltanto relega l'interdizione al rango di strumento residuale, ma «consente la nomina dell'amministratore di sostegno anche in situazioni talmente gravi da giustificare in astratto il ricorso all'interdizione, qualora ciò consenta di rispondere adeguatamente alle esigenze di protezione del beneficiario»¹⁹.

Nella medesima sentenza, la Corte ha preso posizione anche sulle conseguenze che derivano dalla violazione del divieto, escludendo che lo stesso possa essere invalidato con il rimedio previsto dall'art. 119 c.c. per il matrimonio contratto dall'interdetto.

Infatti, la Corte di cassazione ritiene che se il divieto di contrarre matrimonio può essere imposto al beneficiario di amministrazione di sostegno solo nel suo proprio interesse, «è del tutto ovvio che il matrimonio contratto in violazione del divieto non possa essere poi invalidato se non in funzione della soddisfazione del suo stesso interesse e non di quello all'astratta osservanza del provvedimento giudiziale di divieto, ovvero, tantomeno, dell'interesse di terzi». Pertanto, il matrimonio contratto dal beneficiario in violazione del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno può essere impugnato solo con l'azione per l'invalidità del matrimonio contratto dall'infermo di mente (art. 120 c.c.), oppure sulla base dell'azione di annullamento proposta dall'amministratore di sostegno ex art. 412, comma 2°, c.c.

una grave compromissione delle facoltà cognitive o volitive dell'autore, non sembrano agevolmente ipotizzabili forme d'intermediazione o integrazione da parte di terzi, a meno che le stesse non si traducano nella prestazione di un consenso al compimento dell'atto, la cui necessità si porrebbe però in stridente contrasto con il carattere personale dello stesso e con la valorizzazione della capacità del beneficiario, cui tende l'istituto in esame» (Cass. civ., 21.5.2018, n. 12460, par. 1.1).

¹⁸ Cass. civ., 11 maggio 2017, n. 11536 in *Foro it.*, 6, 1905.

¹⁹ Cass. civ., n. 11536/2017, cit.

Inoltre, dall'analisi della giurisprudenza di merito, emerge come si tenda a riconoscere – quasi all'unanimità – che il giudice possa estendere il divieto di cui all'art. 85 c.c. al beneficiario di amministrazione di sostegno. Risultano tuttavia davvero limitati i casi in cui i giudici hanno effettivamente fissato il divieto²⁰.

3.2 Il divieto di donare e di testare

Con riferimento agli atti di natura patrimoniale, l'attenzione degli studiosi si è concentrata soprattutto sulla donazione e sul testamento.

In via generale, vale richiamare l'assunto per cui il beneficiario di amministrazione di sostegno gode di piena capacità di disporre *mortis causa* e di stipulare atti di donazione.

Con specifico riferimento al testamento è stata evidenziata, innanzitutto, l'impossibilità di ritenere applicabile per via analogica l'incapacità a testare prevista ex art. 591, comma 2°, c.c. per l'interdetto²¹, considerando che tale disposizione, nel limitare la predetta incapacità all'interdetto, non fa alcun riferimento ad altre figure d'incapaci, primo fra tutti l'invalidato.

La giurisprudenza ritiene che il giudice possa prevedere d'ufficio, ex artt. 405, comma 5, nn. 3 e 4, e 407, comma 4, c.c. - sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche - la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà²².

²⁰ M.G. BUGETTI, *op. cit.* Si veda anche l'interessante caso segnalato dall'autrice, in cui il Tribunale di Trieste ha applicato il divieto di contrarre matrimonio ad una ragazza affetta da un ritardo mentale di grado medio. Ciò sulla base della considerazione che la stessa sarebbe stata incapace di comprendere e dare un assenso pienamente consapevole al matrimonio e ai diritti e doveri che ne discendono (Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2738). Tuttavia, in altri casi la giurisprudenza di merito ha escluso l'opportunità di estendere il divieto di cui all'art. 85 c.c., laddove la volontà di contrarre matrimonio era stata espressa con forte determinazione dal beneficiario, ancorchè quest'ultimo fosse affetto da un ritardo mentale di lieve gravità (si v. ad esempio Trib. Modena, 18 dicembre 2013, in *Dir. fam.*, 2014, 761; Trib. Varese, 6 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 848; Trib. Arezzo 16 gennaio 2008, in *DeJure*)

²¹ G. BONILINI, *Beneficiario di amministrazione di sostegno e privazione, da parte del giudice tutelare, della capacità di testare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 3, p. 285. F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in F. ANELLI, C. GRANELLI, G. IUDICA, A. LISERRE, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Giuffrè, 2004, p. 4244.

²² Cass. civ., Sez. I, 21 maggio 2018, n. 12460; Trib. Trieste, 6 maggio 2017; Trib. Vercelli, 4 settembre 2015; Trib. Varese, 12 marzo 2012.

Parimenti, la Cassazione si è espressa nel senso che sia possibile conformare detto provvedimento di nomina anche nel senso di vietare al beneficiario il potere di disporre tramite donazione, come risulta confermato dall'art. 411, comma 2°, c.c. che estende all'amministratore l'incapacità a ricevere prevista dallo art. 779 c.c. prevista per il tutore (e fatta salva comunque la validità delle donazioni in favore dell'amministratore che sia coniuge o convivente o parente entro il quarto grado)²³.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, il divieto di disporre per testamento sarebbe eccessivamente limitativo della personalità e del sentimento dell'uomo²⁴. A sostegno di tale tesi si osserva, inoltre, che il testamento, producendo effetti solo dopo la morte, non può invero arrecare alcun pregiudizio al beneficiario e che la disciplina delle successioni prevede già rimedi per garantire l'integrità della legittimità, nonché l'azione per dimostrare lo stato di incapacità di intendere o di volere al momento del testamento.

Viene peraltro ricordato che il testamento non necessariamente contiene solo disposizioni di carattere patrimoniale, potendo il testatore anche procedere al riconoscimento del figlio naturale o disporre, ad esempio, per la propria sepoltura. Pertanto, l'estensione del divieto di testare dovrebbe essere motivata in modo particolarmente approfondito dal giudice.

4. I problemi nella prassi applicativa

Come visto sinora, la l. n. 6/2004 ha modificato totalmente il sistema giuridico previsto per affrontare il problema degli infermi e della disabilità.

In attuazione degli artt. 2 e 3 Cost. e della Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10.12.1948, la legge 6/2004 ha conformato l'amministrazione di sostegno come istituto finalizzato alla protezione dei diritti umani e personali dell'infermo. Peraltro, il mutamento della prospettiva è stato così radicale che si è abbandonata la concezione del "disabile" quale soggetto da isolare e sostituire, per abbracciare una nuova nozione di persona "fragile", che deve essere supportata e protetta. Oggi, l'infermo è al centro del sistema di tutela e

²³ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114

²⁴ G. BONILINI, *Beneficiario di amministrazione di sostegno e privazione, da parte del giudice tutelare, della capacità di testare*, «Famiglia e diritto», 2016, 3, p. 285

debbono essere garantiti i suoi diritti fondamentali, i suoi interessi, le sue aspirazioni e i suoi bisogni²⁵.

Tuttavia, l'analisi della prassi dei tribunali di Padova, Rovigo e Treviso, effettuata nell'ambito del Progetto Uni4justice, ha dimostrato l'esistenza di notevoli problematiche applicative.

Innanzitutto, la riforma riconosce al giudice tutelare il ruolo di fissare, per ciascun soggetto "fragile", un differente progetto di sostegno, calibrato sulle specifiche esigenze di protezione del caso concreto.

Si tratta di un obiettivo difficilmente realizzabile in partenza, se si consideri l'enorme numero di nuovi procedimenti di amministrazione di sostegno che giungono ogni anno presso ciascun tribunale. Gli stessi servizi sociali affrontano il problema della scarsità di risorse, anche dal punto di vista degli operatori assegnati, con il risultato di inefficienze organizzative, peraltro non equamente distribuite nelle diverse Regioni italiane.

All'esito, i principi della l. n. 6/2004 ne escono lesi in primis sotto il profilo della standardizzazione dei provvedimenti di nomina dell'amministratore di sostegno: analizzando un campione di provvedimenti dei Tribunali di Padova, Treviso e Rovigo emerge che oltre il 90% dei decreti di nomina dell'amministratore sono tra loro quasi identici.

Di seguito si riporta il modello maggiormente in uso presso questi tribunali:

"Il Giudice AUTORIZZA il nominato amministratore di sostegno provvisorio a compiere in sostituzione dell'interessato, in nome e per conto dello stesso i seguenti atti:

- 1) riscossione della pensione e di eventuali indennità e versamento in un conto corrente, postale o bancario, intestato alla persona beneficiaria e vincolato all'ordine del giudice, con autorizzazione permanente a prelevare ogni mese, le somme necessarie al pagamento del personale di assistenza e per tutti i bisogni della persona beneficiaria;*
- 2) vincolare all'ordine del giudice eventuali altri conti correnti, libretti e depositi titoli di cui sia titolare il beneficiario;*
- 3) rappresentare il beneficiario in tutti i rapporti con la Pubblica Amministrazione, con Poste Italiane e con gli Istituti di Credito;*
- 4) presentare istanze presso i pubblici uffici per la richiesta di assistenza anche sanitaria e di sussidi;*
- 5) presentare l'eventuale dichiarazione dei redditi e sottoscrivere gli altri atti di natura fiscale ;*

²⁵ G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, p. 2021.

- 6) *compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione per la conservazione del patrimonio del beneficiario, fermo il disposto degli artt. 374 e 411 c.c.;*
 7) *l'amministratore potrà reinvestire in titoli dello Stato o garantiti dallo Stato i titoli giunti in scadenza;*
 8) *assumere tutte le determinazioni per la cura della persona del beneficiario, compresa la prestazione del consenso per eventuali trattamenti chirurgici o sanitari che non comportino il pericolo di vita".*

In sintesi, l'amministratore di sostegno è disegnato, da questi modelli, come soggetto che sostanzialmente è delegato ad operare con banche e pubblica amministrazione. Il suo compito principale, peraltro, non è tanto quello di garantire la regolarità della situazione finanziaria del soggetto, quanto quello di garantire ai soggetti terzi, come banche e pubblica amministrazione, di trovarsi di fronte ad un soggetto legittimato ad operare, così da esonerare tali soggetti terzi da ogni responsabilità.

Alla standardizzazione dei provvedimenti di nomina dell'amministrazione di sostegno si può correlare il mancato rispetto degli spazi di capacità residua del beneficiario. Essa comporta, inoltre, la mancata adozione di misure di protezione che sarebbero talvolta adeguate per il singolo caso di specie.

Partendo dalle considerazioni di cui ai paragrafi precedenti attorno agli atti che il beneficiario può compiere e il giudice può vietare, risulta un evidente iato rispetto alla prassi applicativa, ove il Giudice non sembrerebbero mai esercitare alcun potere di divieto di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Questa standardizzazione è determinata, dall'un lato, nell'elevato numero di fascicoli che ogni Giudice tutelare si trova a gestire e, inoltre, nella difficoltà per il giudicante di riuscire ad individuare, per ciascun beneficiario di amministrazione di sostegno, il livello residuo di capacità di intendere o di volere.

5. Il problema dell'individuazione degli spazi residui di capacità

Le principali difficoltà nell'individuazione degli spazi di capacità del beneficiario originerebbero dalla circostanza che i concetti di capacità di intendere e volere, nonché di fragilità del soggetto e di sua suggestionalità, non sono prettamente giuridici: si tratta di definizioni che possono essere correttamente approfondite dal giurista solo grazie alla dialettica con le altre scienze umane (tra cui la medicina, la psicologia, la sociologia,

ecc.), proprio perché si tratta di stati della psiche che non sono catalogabili dal giurista solo.

Secondo la metodologia, di origine statunitense, del cd. "*law and economics*", di cui Calabresi è stato uno dei principali pensatori²⁶, il giurista non deve limitarsi a studiare asetticamente il proprio campo giuridico di interesse, ma deve aprirsi al dialogo con gli altri saperi umani: ed è proprio il dialogo con gli specialisti del settore (psicologi, medici, assistenti sociali), che potrebbe portare il giudice a stabilire quali limiti porre alla capacità del beneficiario.

5.1 L'incapacità di intendere e di volere

L'incapacità naturale è figura di stampo giuridico/naturalistico, in quanto facente riferimento alla condizione del soggetto il quale risulti privo in tutto o in parte (in via transitoria o stabile, per ragioni generalmente di ordine clinico) delle attitudini cognitive e volitive.

Secondo le neuroscienze, è necessario suddividere la capacità di intendere rispetto alla capacità di volere²⁷: *i) la capacità di intendere* è l'attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ciò che si svolge al di fuori di lui, ma a rendersi conto del valore, positivo e negativo, di tali accadimenti e degli atti che lo stesso è chiamato a compiere rispetto alla propria sfera giuridica e patrimoniale; *ii) la capacità di volere* è l'attitudine del soggetto ad autodeterminarsi, ossia a determinarsi in modo autonomo tra i motivi antagonisti coscienti, in vista di ciò che il soggetto è chiamato a fare: la capacità di giudicare ciò che è preferibile fare e, quindi, adeguando il proprio comportamento alle scelte.

Da questo punto di vista, la capacità di volere presuppone necessariamente la capacità d'intendere il significato dei propri atti.

Dunque, sebbene la psiche umana sia unitaria e in essa interferiscano i momenti valutativi degli atti e dei comportamenti, è comunque opportuno distinguere il momento in cui l'individuo comprende il contenuto dell'atto e i suoi effetti giuridici, ossia la capacità d'intendere, dal momen-

²⁶ Cfr. G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven 1970; ID., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. di A. DE VITA-V. VARANO-V. VIGORITI; ID., *Ideals, beliefs, attitudes, and the law: private law perspectives on a public law problem*, Syracuse, 1985; ID., *The Future of Law and Economics*, New Haven, 2016.

²⁷ A. BIANCHI, F. BILOTTA, *La capacità di agire e l'incapacità naturale*, nel *Trattato di medicina legale e scienze affini*, a cura di Giusti, Cedam, Padova 2009, p. 251.

to in cui egli vuole effettivamente porre in essere l'atto e vuole gli effetti giuridici che ne conseguono, ossia la capacità di volere.

Secondo la scienza medico-legale²⁸, inoltre, il riferimento ad una nozione di "incapacità naturale" così ampia e comprensiva, peraltro rafforzata sul piano eziologico dall'esplicita ammissibilità di «*qualsiasi causa*» che possa determinarla, sembra ulteriormente confermare l'idea che la radice biologica dell'incapacità naturale – pur rappresentando, evidentemente, il cespite principale – possa non costituire l'unica sorgente di impedimento alla piena espressione della razionalità e volontà dell'agente. Pensiamo in particolare alla vasta e complessa fenomenologia dell'influenzabilità, suggestionabilità e financo vera e propria coercizione psicologica che a volte accompagnano l'affettività dei soggetti fragili.

5.2 La fragilità psichica che provoca alterazione della realtà e suggestionabilità

Gli stati della psiche umana non si risolvono, tuttavia, nella dicotomia capacità/incapacità²⁹. Questo è certamente uno degli aspetti più critici da considerare quando si deve delimitare gli spazi residui di capacità del beneficiario.

Va considerato, infatti, che vi è una zona grigia di fragilità del soggetto che, pur non determinando un'assoluta e totale incapacità, può portare ad una suggestionabilità del fragile, il quale di conseguenza esprime un consenso, apparentemente valido, ma in realtà viziato.

Gli stati di fragilità possono essere molteplici e di differente estrinsecazione, con ciò determinando difficoltà del giurista che deve interpretare la situazione psichica per verificare se il soggetto fragile "voleva" effettivamente porre in essere l'atto.

Queste zone intermedie di fragilità possono essere valutate esattamente solo se si ha riguardo alla tipologia e complessità degli atti che il fragile abbia stipulato o intenda stipulare. Ad esempio, un soggetto fragile potrebbe essere in grado di acquistare validamente un titolo di viaggio per salire in autobus; ma laddove si chiedesse al soggetto di stipulare una donazione particolarmente complessa, il giudizio sulla capacità dovrebbe tenere in considerazione la natura dell'atto.

²⁸ A. BIANCHI, F. BILOTTA, *La capacità di agire e l'incapacità naturale*, nel *Trattato di medicina legale e scienze affini*, cit.

²⁹ A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Jovene, 2019.

Va dunque verificata la situazione di particolare fragilità e vulnerabilità del soggetto in relazione alla natura, complessità, effetti degli atti impugnati.

In merito alla capacità d'intendere e/o di volere, è opportuno, come detto sopra, trattare separatamente il volere e l'intendere, pur consapevoli del carattere unitario di tali dimensioni psichiche. L'impostazione dottrinale, per quanto concerne la volontà, si dibatte infatti tuttora tra due antinomie fondamentali: la prima si concretizza nell'affermazione di un ipotetico e libero autodeterminarsi in vista di uno scopo, per cui presuppone non soltanto la rappresentazione intellettuale di questo, ma la sua scelta preliminare fra altri antagonisti³⁰.

La scelta decisionale si compie con una serie di processi che comportano comparazioni e valutazioni e termina ponendo fine al contrasto delle rappresentazioni di scopo. Il fatto è che l'anticipazione interiore di un futuro, in una situazione soprattutto improvvisa o nuova, vissuta in maniera ansiosa come pericolosa o ignota, può tanto sollecitare la persona da dare luogo a forme illogiche di condotta, come talvolta accade quando ci si trovi di fronte ad un soggetto fragile. In queste ipotesi, risulta allora compromesso ogni orientamento del soggetto, per cui può derivare che il comportamento non sia promosso da una scelta fra anticipazioni concorrenti, ma dalla spinta della circostanza in atto (ossia la cd. "suggerzione").

In quest'ultimo caso, la scelta decisionale del fragile potrebbe non essersi verificata tra forze operanti in uno spazio neutro, bensì coinvolgere l'intera persona nel suo declinarsi in momenti scissi l'uno dall'altro, o con una visuale limitata che mette fuori gioco ogni controllo della condotta. Si può, dunque, attualizzare la soddisfazione immediata dei bisogni in una situazione di disorientamento, per cui il "*poter decidere*" viene sostituito da una condizione di "*passività*" o "*suggestionabilità*". La scelta e la decisione si trasformano così in una sorta di "caduta senza fondo", per cui la perdita del procedere decisionale non consente che l'Io decida e governi secondo riferimenti abituali.

In questi casi, il soggetto fragile attua il proprio comportamento senza una libertà di scelta, data l'impossibilità di risolversi in senso contrario per le spinte esercitate dalla situazione in atto che può finire per sollecitare la persona tanto intensamente da portarla ad una "forma illogica" di condotta che appare quindi valutabile con una «*lecture en discontinuité*»³¹

³⁰ V. VOLTERRA, *La fragilità decisionale di natura psichiatrica*, in *La valutazione delle capacità di agire*, Cedam 2011, p. 149 ss.

³¹ P. LECONTE, *La sollicitude. Une lecture de Paul Ricœur*, «Dans L'Enseignement philo-

(locuzione che può essere tradotta, non del tutto precisamente, con “lettura discontinua”) costituendo un dispiegarsi del volere con un salto al di là di ogni preliminare riflessione critica³².

Secondo la dottrina, quindi, «la risposta ad eventi stressanti è allora dominata da paura, perdita della capacità critica, sentimenti di derealizzazione e depersonalizzazione, ecc. che possono pesantemente condizionare il comportamento, in quanto scemano la capacità di volere, oltre, spesso, a quella d'intendere, dimensione in cui sono da distinguere la comprensione e la rappresentazione ai fini del volere stesso. Tale comprensione non può essere limitata alla semplice consapevolezza, ma si estende fino alla consequenzialità dell'agire per una soluzione dei problemi originata da una riflessione e fondata sulla disamina comparativa dei motivi e dei contromotivi, con capacità di orientare la scelta. L'agire “ariflessivo” comporta allora l'impossibilità di cogliersi temporalmente nel presente e nel rapporto con il mondo per cui la frattura del vivere viene ad esprimersi con un atto apparentemente egodistonico»³³.

Da quanto sopra esposto si può desumere, inoltre, come non arbitrariamente il legislatore distingua la capacità d'intendere da quella di volere, indispensabile per meglio comprendere l'area di fragilità decisionale.

Entro determinati limiti appare fondata l'ipotesi di un'integrità dell'intelligenza alla quale non si associa un completo esercizio del volere, senza con ciò accedere a vedute atomistiche ma, per contro, conservando immutata l'impronta unitaria della persona.

Infatti, peculiari situazioni possono prendere vita da particolari sfasature in cui l'incapacità appare essere realizzata dall'“involontario”, con relativa carenza del potere decisionale: si verifica un deficit del “*poter volere*” (il cosiddetto “sforzo di volontà”) o del “*volere volere*” (volontà di compiere un dato atto), per cui è da ritenere che la volizione, al momento del fatto, possa talora avere una compromissione.

La configurazione di tale incapacità consente così di valorizzare uno stato acuto ed isolato di fragilità psichica che altera, al momento, lo svolgersi consueto delle volizioni: «*ne deriva che l'incapacità di agire può essere prodotta dall'incapacità del volere e che questa dipenda da una causa che impedisce l'espletamento della volontà, anche se lascia inalterata la capacità d'intendere*»³⁴. Il soggetto, allora, si trova posto nell'impossibilità

sophique» 2009/4, 59e Année, p. 3-13.

³² V. VOLTERRA, *op. cit.*

³³ V. VOLTERRA, *op. cit.*

³⁴ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, 1985.

di procedere secondo una deliberazione e una scelta consapevole e la sua condotta commissiva si verifica sotto la spinta di pulsioni e moventi che non sono il frutto di piena consapevolezza e volontà.

6. Prova dello stato di incapacità

Il principio della minima limitazione della capacità di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno è argomentato anche dal presupposto che l'ordinamento già prevede rimedi, generali e particolari, per portare alla dichiarazione di invalidità dell'atto compiuto dal soggetto incapace.

Si tratta di un argomento certamente fondamentale, ma va pure considerato che la prova della diminuzione delle facoltà intellettive del soggetto al momento della stipulazione dell'atto si rivela, nel concreto, particolarmente ardua se non addirittura diabolica.

Infatti, la giurisprudenza è chiara nell'affermare che, per la dichiarazione di invalidità dell'atto, deve essere fornita la prova che l'infermo non aveva capacità proprio al momento della stipulazione.

Questo principio è stato temperato, ammettendosi che la prova della situazione di incapacità naturale del soggetto «è di norma indiziaria»³⁵, in quanto «il più delle volte va accertata in base a indizi e presunzioni che, anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità»³⁶.

Si è pure precisato che la prova dell'incapacità naturale non deve essere necessariamente riferita alla situazione esistente al momento in cui l'atto impugnato è stato concluso. Sarebbe dunque cogliere tale situazione di incapacità da un quadro generale anteriore e posteriore al momento della redazione dell'atto, traendo da circostanze note, mediante prova logica, elementi probatori conseguenti³⁷.

Quindi, l'incapacità naturale, ove si tratti di situazione non transitoria – ma sia pure relativamente perdurante quale una malattia – può essere provata anche attraverso il dato induttivo costituito dalle condizioni del soggetto antecedenti o successive al compimento dell'atto pregiudizievole³⁸.

³⁵ Cass. civ., 15 gennaio 2004, n. 515, par.

³⁶ Cass. civ., 16 gennaio 2007, n. 856, «Guida al diritto», 2007, 13, p. 70, par. 3; cfr. anche Cass. civ., 7.4.2004, n. 4344, «Dejure».

³⁷ Cass. civ., 6 agosto 1990, n. 7914, «Massimario Giustizia civile», 1990, p. 8.

³⁸ Cass. civ., 16 marzo 1990, n. 2212, «Rivista del notariato», 1990, p. 1115.

Anche la giurisprudenza più risalente³⁹ ha affermato che, se è vero che la prova della sussistenza della incapacità naturale al momento della conclusione del contratto incombe a chi ne chieda l'annullamento, a tal fine può essere utilizzato qualsiasi mezzo probatorio ed il rigoroso criterio della dimostrazione circa la rispondenza temporale dell'incapacità al compimento dell'atto trova opportuno temperamento nella possibilità di trarre utili elementi di giudizio anche dalle condizioni del soggetto anteriori e posteriori all'atto; pertanto, specialmente nei casi di anormalità psichiche dipendenti da malattia, l'accertamento di questa in un determinato periodo, della sua durata e della sua suscettibilità di regresso o di stabilità o di peggioramento, può offrire chiare indicazioni sull'alterazione della sfera intellettuale e volitiva al momento dello atto.

In conclusione, «la prova dei fatti posti a base della domanda di annullamento di un atto per incapacità naturale può essere fornita con ogni mezzo»⁴⁰ (Cass. 2085/1995).

Se dunque è ammesso che la prova dell'incapacità possa essere fornita in via indiziaria, non può negarsi che si tratti di circostanze ben difficili da provare. Ciò soprattutto quando si agisce per la dichiarazione di invalidità dopo anni dalla stipulazione dell'atto, quando l'infermo potrebbe nel frattempo essere anche deceduto.

7. Conclusioni

Il lavoro di ricerca condotto nell'ambito del progetto Uni4justice ha permesso di verificare le prassi positive e le criticità delle procedure di amministrazione di sostegno. Inoltre, attraverso il dialogo con magistrati e cancellieri è stato possibile comprendere come gli stessi soggetti che si occupano attivamente di tali procedure vivono le criticità.

Evidentemente, il numero delle procedure di sostegno è oramai elevatissimo e i ruoli dei magistrati sono più che anormali.

Peraltro, va ricordato che il nostro sistema rimediale, in relazione agli atti degli infermi, è fondato sulla dicotomia capacità/incapacità, mentre non sembra considerare adeguatamente la differente nozione di fragilità e suggestionabilità⁴¹. Ci si può trovare di fronte a situazioni in cui non sono integrati tutti i presupposti del singolo vizio del volere ma risultano integrati parziali presupposti di molteplici vizi del volere: in tali fattispecie,

³⁹ Cass. civ., 4 novembre 1983, n. 6506, «Massimario Giustizia civile», 1983, p. 10.

⁴⁰ Cass. civ., 23 febbraio 1995, n. 2085, «Massimario Giustizia civile», 1995, p. 432.

⁴¹ A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit.

il sistema rimediale, successivo alla stipulazione dell'atto, si rivela scarsamente efficiente e ciò, incide, negativamente, sul giudizio di effettività della tutela dei soggetti fragili.

Poiché il sistema rimediale rivela difficoltà applicative, è necessario apprestare un più adeguato sistema di tutela preventiva e anticipata degli anziani fragili.

Debbono essere destinate risorse maggiori al sistema di giustizia che si occupa delle procedure di amministrazione di sostegno, assumendo nuovi magistrati, che andranno formati e comunque scelti privilegiando criteri non solo di conoscenza giuridica. In questa ottica, sarebbe opportuno allargare la gestione di tali procedure ai giudici onorari, superando l'ossimoro di delegargli la fase dell'ascolto senza che risultino titolari formali dei fascicoli.

Tuttavia, per creare un vero sistema di supporto agli anziani fragili, deve ragionarsi in una chiave oltre il solo diritto.

Dev'essere creata una rete di sostegno esterna al tribunale, ma che inizi al suo interno, deburocratizzando l'accesso alle procedure di sostegno (anche superando il dogma secondo cui l'accesso a tali procedure dev'essere informatico); vanno create sezioni di cancelleria *ad hoc*, a cui attribuire addetti che siano anch'essi adeguatamente formati. Potrebbe valutarsi l'inserimento di operatori dei servizi sociali all'interno delle cancellerie, o comunque una modalità di comunicazione quotidiana e più celere con gli stessi.

Bibliografia

- AMENDOLAGINE V., *La ricerca del "best interest" del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 8-9, p. 801.
- AMENDOLAGINE V., *La tutela degli interessi del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 690.
- ATTADEMO L., *Amministrazione di sostegno e incapacità a provvedere ai propri interessi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1889.
- BIANCHI A., BILOTTA F., *La capacità di agire e l'incapacità naturale*, nel *Trattato di medicina legale e scienze affini*, a cura di Giusti, Cedam, 2009.
- BONAMINI T., *Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 12, p. 1164.
- BONILINI G., *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da*

- seguire nello svolgimento dell'ufficio*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, p. 102.
- BONILINI G., *Beneficiario di amministrazione di sostegno e privazione, da parte del giudice tutelare, della capacità di testare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 3, p. 285.
- BOTTA C., *Inviolabilità della persona, consenso informato e trattamenti sanitari*, in *Notariato*, 2019, 6, p. 609.
- BUGETTI M.N., *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*, in *Il corriere giuridico*, 2019, 1, p. 63
- CARLESSO G., GENTILE M.T., GIGANTESCO R.M., MAZZEI I., SANTARONI S., *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, p. 2021.
- CIAN G., *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, p. 481.
- COSENTINI L., *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 4, p. 409.
- DELLE MONACHE S. *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 29.
- DONATO A., *La questione se il consenso matrimoniale possa essere dichiarato in via sostitutiva dall'amministratore di sostegno, quale nuncius*, in *Famiglia e diritto*, 2021, 12, p. 1169.
- FUSARO A., *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, *Jovene*, 2019.
- GIROLAMI M., *La procura degli incapaci*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, 6, p. 1388.
- GIROLAMI M., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, 5, p. 854.
- GORGONI A., *Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 10, p. 821.
- LISELLA G., *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 284.

- MASSARO M., *Dieci anni di applicazione dell'amministrazione di sostegno; certezze e questioni aperte*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 405.
- MATTIONI M., *Forza espansiva dell'amministrazione di sostegno e disapplicazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, p. 479.
- MATTUCCI F.S., *Atto compiuto dall'amministratore di sostegno e dissenso espresso dal beneficiario*, in *Famiglia e diritto*, 2019, 12, p. 1168.
- G. MERCANTI, *Amministrazione di sostegno e capacità di donare*, in *Studium iuris*, 2021, 4, p. 449
- MORETTI M., *La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 4, p. 423.
- OLIVERO L., *Incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 310.
- PATTI S., *Amministrazione di sostegno: una corretta applicazione della nuova disciplina*, in *Famiglia, persone e successioni*, luglio 2005, p. 132
- PATTI S., *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Famiglia, persone e successioni*, marzo 2009, p. 259.
- PICCINNI M., *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, II, p. 691.
- ROMA U., *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, 5, p. 993.
- SCALERA A., *I poteri sostitutivi dell'amministratore di sostegno in materia di cura personae*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, p. 18.
- TESCARO M., *Un (quasi integralmente) encomiabile esempio di interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, I, p. 498.
- VENCHIARUTTI A., *Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, p. 973.
- VENCHIARUTTI A., *La sfera affettiva e sessuale della persona fragile: il ruolo per l'amministratore di sostegno*, in *Rivista di diritto civile*, 2022, 2, p. 379.
- VENCHIARUTTI A., *Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdi-*

zione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 1105.

VOLTERRA V., *La fragilità decisionale di natura psichiatrica*, in *La valutazione delle capacità di agire*, Cedam 2011.

ZATTI P., *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. dir.*, 1986, 425 ss.

ZATTI P., *Oltre la capacità*, in *Follia e diritto*, a cura di FERRANDO e VISINTINI, Bollati Boringhieri, 2003, 49 ss.

ZATTI P., *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, 2009, 113 ss., 114

ISBN 978-88-6938-462-2



9 788869 384622

30,00 €

La ricerca giuridica applicata, i cui esiti in termini di pubblicazione hanno condotto al lavoro scientifico raccolto in questo volume, nasce dalla sintesi tra l'esperienza accademica in ambito giuridico e quella pratico-applicativa svolta nelle aule giudiziarie. In questa logica l'occasione data dal progetto Uni4Justice, promosso dal Ministero della Giustizia nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ha colto la possibilità di perseguire gli scopi istituzionali del progetto, facendone anche uno strumento di approfondimento di alcune tra le tematiche giuridiche più significative, che nell'ambito privatistico incidono in modo saliente sulle percentuali di carico giudiziario che le corti attualmente esprimono. Allo stesso tempo il percorso svolto è diventato vero e proprio materiale didattico, consentendo agli studenti dei corsi di Diritto Privato Comparato e di Diritto Privato dell'Unione Europea della Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, di seguire passo dopo passo le dinamiche di sviluppo della ricerca e di porsi in un'ottica non solo di studio accademico tradizionale, ma di prospettiva attuativa di istituti e nozioni nelle aule giudiziarie.

Se quindi da una parte il tema di carattere generale della ricerca condotta, correlato alla tutela dei diritti attraverso l'opera del Giudice, nella sua più ampia portata, evoca anche aspetti e temi tradizionali alla base della funzione e dell'esercizio della giurisdizione, il taglio pratico applicativo correlato alle modalità con le quali l'attività di ricerca è stata svolta, consente di considerare i contributi che il volume raccoglie anche in materia di Diritto di Famiglia, Diritto delle Successioni, Diritto delle persone fragili, come report qualificato di quanto accade oggi nelle aule di giustizia in questi ambiti. La preziosa collaborazione svolta tra Università e Corti (in particolare nei Tribunali di Padova, Treviso e Rovigo), è ancora una volta espressione di quel *Law in Action*, che in ambito giuridico-sociale fa del profilo formativo e di quello applicativo due distinte facce della medesima medaglia, costituita dal sistema giustizia nel suo complesso. Anche le trattazioni in materia di Amministratore di sostegno, alla cui attenzione alcuni dei contributi di questo volume dirigono la loro analisi, evidenziano - tra le altre - la pressante necessità che l'ordinamento sia progressivamente in grado di adattarsi non solo in modo idoneo, ma anche in tempi brevi, alle nuove esigenze che la società esprime. Infine, dalla ricerca emerge ancora una volta la necessità che la formazione della regola giuridica, la cui applicazione si chiede al Giudice, sia idonea allo scopo per la quale essa viene posta in essere. Un adeguato procedimento di formazione della regola giuridica nell'ambito di una società complessa, espressione di ordinamenti multilivello, come quella attuale, è e deve essere infatti considerato come la *conditio sine qua non* nel processo di realizzazione di una tutela non solo formale, ma anche sostanziale e concreta dei diritti.