

# QUESTIONI TENDENZIALMENTE DEFINITE E QUESTIONI ANCORA APERTE IN TEMA DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

di GASPARE LISELLA

SOMMARIO: 1. Questioni tendenzialmente definite. – 2. Questioni sufficientemente condivise. – 3. Questioni ancora aperte: protezione e promozione della persona. – 4. Incapacità d'agire speciale del beneficiario e «lacune» nel provvedimento di nomina. – 5. Limitazioni previste da disposizioni di legge per l'interdetto e applicabilità per analogia. – 6. Capacità di donare del beneficiario. – 7. Capacità testamentaria. – 8. Testamento olografo scritto dall'amministratore di sostegno. – 9. Donazione compiuta dall'amministratore. – 10. Obblighi di informazione tra regole di responsabilità e regole di validità. – 11. Una recente tesi sull'annullabilità dell'atto. – 12. Superamento. – 13. Tutela del beneficiario estromesso dal procedimento di formazione dell'atto.

1. QUESTIONI TENDENZIALMENTE DEFINITE. A quasi due lustri dall'entrata in vigore della l. 9.1.2004, n. 6, che ha introdotto l'amministrazione di sostegno, molte risposte su importanti questioni interpretative subito venute all'attenzione della giurisprudenza e della civilistica sono da considerare (per quanto possibile) oramai superate.

Tra le tante, si può pensare alla problematica, di fondamentale importanza, su come si delinei la relazione tra le diverse misure di protezione, in particolare tra interdizione e amministrazione di sostegno, considerate la flessibilità e la duttilità di quest'ultima, la portata generale della disposizione normativa che ne individua i presupposti (art. 404 cod. civ.)<sup>(1)</sup>, la estensibilità al beneficiario di «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previste da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato» (art. 411,

<sup>(1)</sup> Per tutti, RUSCELLO, *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, in *Famiglia*, 2004, I, 723 ss.; in giurisprudenza, v., di recente, CASS., 2.8.2012, n. 13917, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2587.

comma 4°, cod. civ.), nonché la «finalità» della legge istitutiva «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» (art. 1 l. n. 6/2004)<sup>(2)</sup>. Com'è noto, sul punto, dopo una pronuncia della Corte costituzionale<sup>(3)</sup>, è intervenuta anche la Supr. Corte<sup>(4)</sup>, la quale ha deciso che rispetto all'interdizione la sfera di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuata con riguardo non già al diverso e meno intenso grado di infermità o di impossibilità di provvedere ai propri interessi da parte del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle concrete esigenze del soggetto medesimo. Si tratta di un criterio che sicuramente risulta di una certa efficacia in molte situazioni. Ciononostante, la soluzione prospettata non può dirsi del tutto appagante, giacché comunque residuano non pochi dubbi su quando e come l'interdizione, con le sue rigidità, possa essere in concreto l'unico strumento in grado di proteggere convenientemente gli interessi dell'infermo<sup>(5)</sup>.

<sup>(2)</sup> Si tratta di finalità che costituisce la «stella polare» per l'interpretazione della nuova disciplina: CASS., 12.6.2006, n. 13584, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1671.

<sup>(3)</sup> CORTE COST., 9.12.2005, n. 440, in *Dir. e giust.*, 2006, 15.

<sup>(4)</sup> CASS., 12.6.2006, n. 13584, cit.; CASS., 26.10.2011, n. 22332, in *Il civilista*, 2011, 19; CASS., 25.10.2012, n. 18320, in *Dir. e giust.*, 2012; CASS., 22.4.2009, n. 9628, e CASS., 1°3.2010, n. 4866, analizzate da GORGONI, *L'infermità tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in <http://www.personae.com/mercato/wp-content/uploads/2010/04/linfermita-tra-amministrazione-di-sostegno-e-interdizione.pdf>.

<sup>(5)</sup> In argomento sia consentito richiamare LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, in LI-

Non a caso si auspica una riforma legislativa finalizzata al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>(6)</sup>.

Si può pensare ancora alla questione, per molti aspetti strettamente connessa con quella già riferita<sup>(7)</sup>, se nella struttura normativa del nuovo istituto vi sia spazio per l'attribuzione all'amministratore di sostegno anche di una funzione di cura della persona. L'orientamento dominante, sempreché questa sia prevista nel decreto di nomina<sup>(8)</sup>, ammette tale possibilità<sup>(9)</sup>, perfino nelle ipotesi nelle quali nell'oggetto dell'incarico conferito manchi qualsiasi riferimento agli interessi patrimoniali del beneficiario<sup>(10)</sup>.

Di recente, poi, ha trovato finalmente soluzione, se non ancora in dottrina almeno nella giurisprudenza di legittimità, anche il quesito, particolarmente delicato per le sue implicazioni etiche, se ai fini dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno sia essenziale l'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi a causa di una infermità o menomazione fisica o psichica, con la conseguenza che il giu-

dice adito non potrebbe accogliere il ricorso in assenza di tale presupposto (c.d. tesi costitutiva)<sup>(11)</sup>; oppure se, soprattutto sulla base della disposizione che consente di designare un amministratore di sostegno in previsione della propria eventuale futura incapacità (art. 408, comma 1°, cod. civ.), sia possibile l'istituzione della misura di protezione al momento dell'istanza, ma con produzione degli effetti al concreto insorgere dell'impossibilità di provvedere a se stessi (c.d. tesi ora e per allora)<sup>(12)</sup>. La Supr. Corte, chiamata a comporre la diatriba, pur non sottovalutando il ruolo della figura del soggetto indicato, ha precisato che la designazione, la quale «*si esplica mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, resta circoscritta nell'ambito di un'iniziativa privata, i cui effetti si dispiegano sul medesimo piano privatistico dal momento che non postula l'intervento del giudice*»; la sua funzione è destinata a compiersi soltanto al realizzarsi della condizione di impossibilità di provvedere ai propri interessi, accertata dal giudice nel procedimento giurisdizionale attivato, e all'intervento del conseguente decreto di nomina dell'amministratore. L'accoglimento del ricorso da parte del giudice tutelare, pertanto, non può che essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, dunque della situazione di infermità o menomazione da cui quell'esigenza origina, la quale rappresenta presupposto stesso dell'amministrazione di sostegno e non già dei suoi soli effetti<sup>(13)</sup>.

## 2. QUESTIONI SUFFICIENTEMENTE CONDIZIVE. Accanto a quelle richiamate, non manca

SELLA-PARENTE, *Persona fisica*, nel *Trattato C.N.N.*, diretto da PERLINGIERI, Esi, 2012, 253 ss., spec. 263 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. la *Bozza Cendon 2007* (Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione), in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1005 ss.

<sup>(7)</sup> LISELLA, *Gli atti di natura non patrimoniale dell'amministratore di sostegno*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2004, 178 ss.

<sup>(8)</sup> Lo precisa DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in questa *Rivista*, 2004, II, 33; ma, di recente, v. CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 1932 ss.

<sup>(9)</sup> Tra i tanti, v. ad es., RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, nota a TRIB. MODENA, decr. 15.9.2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 87 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr., per tutti, LISELLA, *Gli atti di natura non patrimoniale dell'amministratore di sostegno*, cit., 186 s.; BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsa, 2008, 269 ss.; in diverso senso, DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 33.

<sup>(11)</sup> V., ad es., TRIB. PISTOIA, 8.6.2009, in *Giur. merito*, 2010, 103; TRIB. VARESE, 25.8.2010, *ivi*, 2011, 1279; in dottrina, STANZIONE, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione*, in [http://www.comparazioneDirittoCivile.it/prova/files/stanzione\\_sostegno.pdf](http://www.comparazioneDirittoCivile.it/prova/files/stanzione_sostegno.pdf), 23 s.

<sup>(12)</sup> V., ad esempio, TRIB. FIRENZE, 22.12.2010, in *Il civilista*, 2011, 10; TRIB. MODENA, 5.11.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 277 ss., con nota adesiva di FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*.

<sup>(13)</sup> CASS., 20.12.2012, n. 23707, in *Dir. e giust.*, 2012, la quale ha confermato APP. TRENTO, 19.4.2011, in ed. che a sua volta aveva confermato TRIB. TRENTO, 29.11.2010, in ed.

no altresì altre problematiche che, seppur non abbiano ancora soluzioni di sicura tendenza, vedono la recente dottrina sempre più attestarsi su posizioni condivise.

Il riferimento è, ad esempio, al conflitto di interessi che può sussistere tra il beneficiario e l'amministratore di sostegno nonché alla sorte che tocca agli atti da questo realizzati. Per la verità, la prima questione ancora non sembra trovare una risposta univoca, giacché non è del tutto chiaro se sia possibile la nomina di un curatore speciale (tesi dominante) <sup>(14)</sup> oppure se si debba procedere alla sospensione dell'amministratore dall'incarico, limitatamente allo specifico atto, e alla nomina di un amministratore provvisorio <sup>(15)</sup>. Mentre non risulta che si nutrano più seri dubbi sull'annullabilità (*ex artt.* 411, comma 1°, 377 e 360 cod. civ. <sup>(16)</sup> o *ex art.* 410, comma 2°, cod. civ., là dove si fa riferimento agli «atti dannosi» <sup>(17)</sup>) dell'atto compiuto dall'amministratore in conflitto d'interessi (da valutarsi *ex ante*) <sup>(18)</sup> anche se non consti che questo fosse conosciuto o conoscibile dal terzo <sup>(19)</sup>. Analoga soluzione è avanzata (*ex artt.* 411, comma 1°, 378 e 396, comma 2°, cod. civ.) riguardo all'atto al quale l'amministratore in conflitto d'interessi abbia partecipato con funzioni assistenziali <sup>(20)</sup>.

Discusso era anche il regime delle autorizzazioni giudiziali necessarie per la realizzazione degli atti. Il riferimento contenuto nell'art.

411, comma 1°, cod. civ. agli artt. 374 e 375 cod. civ., che sicuramente rende necessaria l'autorizzazione per gli atti dell'amministratore di sostegno qui indicati, in un primo momento aveva indotto buona parte della dottrina, pur in assenza di un espresso richiamo all'art. 394, comma 3°, cod. civ., ad affermare la necessità della medesima anche con riguardo agli atti da compiersi personalmente dal beneficiario con l'assistenza dell'amministratore <sup>(21)</sup>. Attualmente, invece, soprattutto sulla base della considerazione che la disciplina della nuova misura di protezione attribuisce al giudice la più ampia discrezionalità nella determinazione delle modalità di funzionamento dell'istituto, se non espressamente stabilite dalla legge, si va consolidando la soluzione della necessità dell'autorizzazione soltanto se è prevista nel decreto di nomina <sup>(22)</sup>, sì che in mancanza l'atto risulterà annullabile per violazione non di «disposizioni di legge» ma «di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno» (art. 412, comma 2°, cod. civ.).

Sembra, infine, trovare sempre più conferma, anche in giurisprudenza <sup>(23)</sup>, nonostante ancora non manchino importanti voci di dissenso <sup>(24)</sup>, l'ammissibilità di un'amministrazione

<sup>(14)</sup> BONILINI, in BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, nel *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, 2008, *sub art.* 409 s., 373.

<sup>(15)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 118 s.

<sup>(16)</sup> LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., 295 s.; ipotizza il collegamento normativo, per poi escluderlo, ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di PATTI, Giuffrè, 2005, 140.

<sup>(17)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 119, ove riferimenti.

<sup>(18)</sup> In argomento, cfr. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Giuffrè, 2002, 449 ss., spec. 455.

<sup>(19)</sup> Per tutti e di recente, GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Cedam, 2012, 133.

<sup>(20)</sup> LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., 296 s.; GORGONI, *op. ult. cit.*, 132 s.

<sup>(21)</sup> DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 49; T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, cit., 130 ss.; in termini dubitativi, DELLACASA, in ROPPO-DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in «violazione di legge»*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di PATTI, Giuffrè, 2005, 161 s.; *contra*, LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di FERRANDO, Giuffrè, 2005, 122.

<sup>(22)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 109; GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 94 s., ed ivi indicazioni.

<sup>(23)</sup> Riferimenti in MASONI, *Nomina dell'amministratore di sostegno e regime pubblicitario*, in *Amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, a cura di MASONI, Maggioni, 2009, 173 ss.

<sup>(24)</sup> V., per tutti, DELLE MONACHE, nel *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, III, a cura di BALESTRA, Utet, 2009, *sub art.* 404, 175 ss., il quale con riferimento all'amministrazione di sostegno non in-

ne di sostegno non incapacitante <sup>(25)</sup> in presenza di specifici presupposti non soltanto fisici <sup>(26)</sup>. Il riferimento alla «rappresentanza esclusiva» nell'art. 409, comma 1°, cod. civ., che sembra proprio implicare anche una rappresentanza concorrente, ma soprattutto la scelta legislativa di proteggere «con la minore limitazione possibile della capacità di agire» la persona in difficoltà <sup>(27)</sup> giustificano una ricostruzione dell'amministrazione di sostegno nel segno della scissione tra attribuzione di funzioni di sostegno (contenuto necessario del provvedimento) e determinazione dell'incapacità (contenuto eventuale) <sup>(28)</sup>.

3. QUESTIONI ANCORA APERTE: PROTEZIONE E PROMOZIONE DELLA PERSONA. Vi sono poi questioni sulle quali il dibattito è ancora aperto.

Non appena la dottrina ha avuto occasione di riflettere sulla nuova forma di protezione, ha subito sottolineato il momento di rottura con gli arcaici istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione <sup>(29)</sup>. Se questi erano stati concepiti per tutelare il patrimonio dell'incapace, l'amministrazione di sostegno ha come scopo non soltanto la protezione, ma anche la pro-

---

capacitante discorre di «ipertrofia dell'amministrazione di sostegno nel diritto applicato».

<sup>(25)</sup> LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, cit., 124 ss.; CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., 63 ss.; VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità*, *ivi*, 165 s.; in diverso senso, DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 30 s. e 39 s.

<sup>(26)</sup> LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., 267 s. e 272 s.

<sup>(27)</sup> LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, cit., 126 s.; GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 117 ss.

<sup>(28)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 80 ss., spec. 85; FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 843 s.

<sup>(29)</sup> Cfr., per tutti, ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 163 ss.

mozione della persona beneficiaria. La prima finalità trova riscontro nel principio che la misura della tutela deve essere individuata in relazione alle concrete esigenze del sostenuto (v. art. 405, comma 5°, cod. civ.); la seconda nella disposizione che impone al giudice, nel procedimento di nomina, di «tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa» (art. 407, comma 2°, cod. civ.) e in quella che obbliga l'amministratore, oltre che di «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni» (art. 410, comma 1°, cod. civ.), di «tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso» (comma 2°). Insomma, l'amministratore di sostegno «è non solo "custode" dell'infermo e del suo patrimonio, ma è promotore della personalità del beneficiario» <sup>(30)</sup>. L'opzione normativa, d'altronde, si coordina perfettamente con la tendenza a valorizzare l'autonomia dei disabili che emerge non soltanto dalla Carta costituzionale ma anche da fonti sovranazionali <sup>(31)</sup>. Innanzitutto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale dispone che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (art. 26); poi la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratifica con l. 3.3.2009, n. 18, che assume tra i propri principi generali «il rispetto e la dignità intrinseca, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone» (art. 3, lett. a) nonché «la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società» (lett. c). Nessun dubbio perciò che il beneficiario di amministrazione di sostegno, compatibilmente con le sue condizioni di salute <sup>(32)</sup>, debba essere sempre sentito sulle questioni che lo riguardano e, per quanto possibi-

---

<sup>(30)</sup> ANELLI, *op. cit.*, 202.

<sup>(31)</sup> Lo ricorda, molto opportunamente, GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 5 s.

<sup>(32)</sup> Cfr. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 47.

le, debba essere reso protagonista della propria vita<sup>(33)</sup>.

Anzi, in un ordinamento che pone al centro del sistema lo sviluppo e la promozione della persona umana (art. 2 Cost.), al di là delle condizioni personali (art. 3, comma 1°, Cost.)<sup>(34)</sup>, una tale conclusione si impone non soltanto per il beneficiario di amministrazione di sostegno, ma per chiunque sia sottoposto ad una forma di protezione a causa della propria situazione di debolezza, anche se non riconducibile a nessuna patologia. A sostegno dell'assunto, ancora una volta, si rinvengono significative indicazioni normative di livello sovranazionale. Si può pensare alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, ratificata con l. 27.5.1991, n. 176, che riconosce al bambino capace di discernimento<sup>(35)</sup> il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa (art. 12, comma 1°), dandogli a tal fine la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerna, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato (comma 2°). Si può pensare alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, ratificata con l. 20.3.2003, n. 77, ove si sottolinea la necessità di far ricevere ai minori informazioni pertinenti, affinché i loro diritti e i loro interessi superiori possano essere promossi e affinché la loro opinione possa essere presa in debita considerazione (Preambolo). Ma soprattutto il pensiero va, considerato anche il rango della fonte, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale, dopo aver chiarito che i bambini possono esprimere liberamente la propria opinione, dispone che questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione

della loro età e della loro maturità (art. 24, comma 1°). Non soltanto. Da qualche tempo anche il legislatore ordinario ha manifestato sensibilità per la problematica, prevedendo in un primo momento l'obbligo di ascolto del minore in specifiche ipotesi, come ad esempio in materia di adozione (artt. 10, comma 5°, 15, comma 2°, e 25, comma 1°, l. 4.5.1983, n. 184) o di affidamento condiviso (art. 155 *sexies*, comma 1°, cod. civ.), e stabilendo poi, in una disposizione di portata generale dettata in materia di potestà dei genitori, che «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (art. 315 *bis*, comma 3°, cod. civ., inserito dalla l. 10.12.2012, n. 219). Ora, poiché nei casi nei quali la potestà non possa essere esercitata da nessuno dei genitori si determina l'apertura della tutela (art. 343 cod. civ.), è di tutta evidenza, almeno in una prospettiva rispettosa del dettato costituzionale, che il diritto in parola deve essere garantito anche al minore sotto tutela capace di discernimento. D'altro canto, come «Il figlio ha diritto di essere (...) educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni» (art. 315 *bis*, comma 1°, cod. civ.) e, corrispondentemente, i genitori hanno «l'obbligo di (...) istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli» (art. 147 cod. civ.), così il tutore deve «essere persona idonea all'ufficio, di ineccepibile condotta, la quale dia affidamento di educare e istruire il minore conformemente a quanto prescritto nell'art. 147» (art. 348, comma 4°, cod. civ.).

È noto, peraltro, che «Le disposizioni sulla tutela dei minori (...) si applicano (...) alla tutela degli interdetti» (art. 424, comma 1°, cod. civ.). Ebbene, alla luce di tale affermazione e delle indicazioni che si rinvengono nelle fonti sovranazionali relative ai disabili, sembra un percorso obbligato sostenere che anche l'interdetto, oltre a vedere soddisfatti i propri bisogni e le proprie aspirazioni, se ne ha, debba essere coinvolto dal tutore, nei limiti in cui lo consentano le sue condizioni di salute, in tutte decisioni che lo riguardano.

<sup>(33)</sup> Per tutti, GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 27 ss.

<sup>(34)</sup> Cfr., con autorevolezza, PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, 1972, *passim*.

<sup>(35)</sup> La capacità di discernimento dei minori di età è stata valorizzata, in particolare, da STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, 1975, 346 ss., spec. 362; in giurisprudenza, v. CASS., 26.3.2010, n. 7282, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2388.

4. INCAPACITÀ D'AGIRE SPECIALE DEL BENEFICIARIO E «LACUNE» NEL PROVVEDIMENTO DI NOMINA. Nell'amministrazione incapacitante le energie psichiche del beneficiario vengono valorizzate mediante la determinazione di una forma di incapacità o di semicapacità di agire (art. 405, comma 5°, nn. 3 e 4, cod. civ.) circoscritta a specifici atti o a categorie di atti e con la garanzia del diritto ad un suo coinvolgimento nell'ambito del procedimento di assunzione delle decisioni che lo riguardano (art. 410, comma 2°, cod. civ.)<sup>(36)</sup>.

Quanto al primo profilo, sul presupposto che il sostenuto «conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno» (art. 409, comma 1°, cod. civ.)<sup>(37)</sup>, è di gran lunga prevalente l'opinione che egli non acquista la qualità di incapace legale se non con riferimento a quelli espressamente menzionati a tal fine nel decreto di nomina<sup>(38)</sup>. Perciò con la misura di protezione non si instaura una forma di incapacità di agire generale, bensì eventualmente un regime di incapacità di agire speciale<sup>(39)</sup>. Ovviamente tra gli atti in questione possono essere ricompresi anche quelli che, secondo la legge, non tollerano, per loro natura, né la rappresentanza del tutore né l'assistenza del curatore e, dunque, nemmeno la partecipazione dell'amministratore di sostegno (ad esempio, testamento o donazione)<sup>(40)</sup>: l'effetto dell'incapaci-

<sup>(36)</sup> VOCATURO, *L'amministratore di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. not.*, 2004, 244.

<sup>(37)</sup> Sulle possibili forme di assistenza, cfr. ROPPO, in ROPPO-DELLACASA, *Amministrazione di sostegno*, cit., 156.

<sup>(38)</sup> DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 54; BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Familia*, 2005, I, 667; PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 709; BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 67 ss.

<sup>(39)</sup> CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, in questa *Rivista*, 2004, II, 559.

<sup>(40)</sup> Lo precisa DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 41.

tà, però, si può avere soltanto con l'estensione al beneficiario, mediante decreto motivato, delle «limitazioni» di cui all'art. 411, comma 4°, cod. civ.<sup>(41)</sup>.

L'incapacità potrebbe riguardare non soltanto gli atti presi in considerazione nel decreto di nomina, ma anche quelli a questi collegati, seppur non esplicitamente indicati<sup>(42)</sup>, là dove si riscontrino «lacune» nel provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno<sup>(43)</sup>. In tal caso, è evidente che la corretta soluzione va necessariamente colta mediante l'interpretazione del singolo decreto, nell'ambito della quale possono risultare decisive la ricostruzione della vicenda umana in esso tratteggiata, la natura degli interessi presi in considerazione, la motivazione a sostegno del dispositivo, le tipologie di infermità o di menomazione, seppur nella consapevolezza della specificità della loro incidenza sui singoli atti o su categorie di atti.

5. LIMITAZIONI PREVISTE DA DISPOSIZIONI DI LEGGE PER L'INTERDETTO E APPLICABILITÀ PER ANALOGIA. La problematica, particolarmente delicata, risulta essere strettamente collegata alla possibilità, normativamente sancita, che il giudice tutelare nel decreto di nomina o successivamente possa disporre, con provvedimento motivato, che «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno» (art. 411, comma 4°, cod. civ.). Le «limitazioni», le quali qui interessano specificamente, indicano le disposizioni normative che precludono all'interdetto o all'inabilitato il valido compimento di determinati atti giuridici: si pensi, ad esempio, all'art. 591, comma 2°, n. 2, cod. civ. che dispone l'incapacità testamen-

<sup>(41)</sup> V. *infra*, par. 5.

<sup>(42)</sup> Così PISCHETOLA, *Gli atti compiuti dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno in violazione di norme di legge o delle disposizioni del giudice*, in *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, a cura di BORTOLUZZI, Utet, 2005, 175.

<sup>(43)</sup> ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 204 s.

taria dell'interdetto<sup>(44)</sup>, o all'art. 774, comma 1° cod. civ., che prevede l'incapacità a donare sia per l'interdetto sia per l'inabilitato<sup>(45)</sup>; pur nella consapevolezza della complessità delle relative problematiche<sup>(46)</sup>, si può pensare, altresì, agli artt. 85 e 119 cod. civ., che disciplinano il matrimonio dell'interdetto per infermità mentale<sup>(47)</sup>, o all'art. 266 cod. civ., che sancisce l'impugnabilità del riconoscimento del figlio naturale per effetto di interdizione giudiziale<sup>(48)</sup>.

La possibilità di estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti per l'interdetto o l'inabilitato, è disposizione normativa di particolare importanza, giacché proprio la sua operatività fa sì che con la nuova misura di protezione si possa far fronte ad ogni tipo di situazione, anche a quelle più drammatiche<sup>(49)</sup>. Riguardo ad essa si pone, tuttavia, l'importante quesito se nel caso concreto possano risultare applicabili anche alcuni «divieti» non espressamente menzionati nel provvedimento del giudice. Se ci si ferma alla lettera della legge, la risposta non può che essere negativa. È evidente, però, che una tale soluzione non può risultare del tutto appagante, se non altro perché, in presenza di possibili lacune nel decreto di nomina, si correrebbe il rischio di lasciare il beneficiario senza alcuna protezione in relazione a certi atti. Ma nemmeno risulta

del tutto persuasiva la prospettiva di estendere per analogia disposizioni dettate per gli interdetti anche se non richiamate nel decreto di nomina<sup>(50)</sup>, giacché in tal guisa si finirebbe per contraddire lo stesso criterio che è alla base della nuova misura di protezione, cioè la costituzione non di una incapacità legale tendenzialmente diffusa, ma di una incapacità circoscritta all'essenziale, finalizzata sì a proteggere, ma anche ad agevolare al massimo la partecipazione del beneficiario all'attività giuridica che lo riguarda. D'altro canto, determinare l'applicazione analogica di disposizioni non espressamente richiamate facendo riferimento alle infermità, che avrebbero potuto giustificare l'interdizione, qualora questa fosse stata reputata necessaria per assicurare una adeguata protezione all'interessato (art. 414 cod. civ.)<sup>(51)</sup>, può risultare non del tutto corretto, posto che, da un lato, sia l'amministrazione di sostegno sia l'interdizione non sono giustificate dalla situazione di patologia in sé, ma dalla conseguente impossibilità (art. 404 cod. civ.) o incapacità (art. 414 cod. civ.) di provvedere ai propri interessi<sup>(52)</sup>; dall'altro, la capacità di discernimento, che costituisce il substrato materiale per la conservazione della capacità d'agire, non presenta connotazioni di carattere generale, bensì particolare, nel senso che essa non può essere mai configurata in assoluto, ma soltanto in relazione a specifici atti o a categorie di atti<sup>(53)</sup>. Allora, seppur con i rischi segnalati in dottrina, ancora una volta la soluzione non può non essere rinvenuta se non nell'interpretazione del singolo decreto<sup>(54)</sup>.

<sup>(44)</sup> BONILINI, in BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, sub art. 411, cit., 434 ss.

<sup>(45)</sup> Cfr., per tutti, PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, cit., 723 s.

<sup>(46)</sup> Al riguardo sia consentito richiamare LISELLA, *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 773 ss., spec. 786 ss.

<sup>(47)</sup> CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, 2004, 133; PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di PATTI, cit., 113 s.; *contra*, ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 220 ss., secondo il quale una privazione della capacità di contrarre matrimonio può intervenire soltanto per effetto di sentenza d'interdizione.

<sup>(48)</sup> In senso critico *ibidem*, 223 s.

<sup>(49)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 163.

<sup>(50)</sup> La tesi è sostenuta da GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 147 ss.; ma v. BONILINI, in BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, sub art. 411, cit., 416.

<sup>(51)</sup> Così GORGONI, *op. ult. cit.*, 150 ss.

<sup>(52)</sup> Sulla necessità di un nesso eziologico tra le precarie condizioni di salute e le difficoltà a provvedere ai propri interessi nonché sulle relative implicazioni, v. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., 270 s. e 319 s.

<sup>(53)</sup> Sul punto essenziale è il riferimento a STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., 370 ss., spec. 374 ss.

<sup>(54)</sup> ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 203 e 210 ss.

Nel dubbio, la riserva va sciolta nel senso della capacità, giacché la finalità della nuova misura di protezione è sì proteggere la persona in difficoltà, ma sempre con la minore limitazione possibile della capacità d'agire<sup>(55)</sup>. Così, a titolo meramente esemplificativo e circoscrivendo il discorso agli atti di natura patrimoniale, quindi a situazioni omogenee, là dove all'amministratore di sostegno sia conferita la rappresentanza esclusiva per la concessione in locazione di beni immobili, perché il beneficiario a causa della sua infermità non è in grado di cogliere il significato economico dell'operazione, è evidente che l'incapacità d'agire riguarderà anche la vendita dei beni medesimi. Ma non concernerà la possibilità di disporre di uno dei beni in questione, per esempio, a titolo di legato. D'altronde, opinando in diverso senso, si porrebbe non soltanto a soluzioni mutevoli e come tali poco soddisfacenti, ma anche a risultati in aperta contraddizione con il tessuto normativo.

#### 6. CAPACITÀ DI DONARE DEL BENEFICIARIO.

In effetti, se si argomentasse secondo un criterio esclusivamente quantitativo, sarebbe d'uopo concludere che in presenza di un'incapacità dettata, ad esempio, per tutti gli atti di straordinaria amministrazione<sup>(56)</sup>, questa sicuramente coinvolgerebbe anche gli atti di donazione, ancorché non esplicitamente richiamati nel decreto di nomina. E, appunto, in dottrina non si manca di affermare che, poiché non «possono fare donazione coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni» (art. 774, comma 1°, cod. civ.), tale limitazione sicuramente trova applicazione con riguardo al beneficiario di amministrazione di

sostegno<sup>(57)</sup>, tranne quando questa manchi della funzione incapacitante<sup>(58)</sup>. Altri, invece, sostiene che il problema della sussistenza della capacità di donare del beneficiario vada risolto caso per caso, alla luce del principio di cui all'art. 409, comma 1°, cod. civ., che vuole conservata la capacità d'agire per tutti gli atti che non rientrano nell'oggetto dell'amministrazione di sostegno<sup>(59)</sup>. Altri ancora reputa che, se è «operazione ermeneutica del tutto illegittima» negare la capacità di donare del beneficiario, comunque è possibile applicare per analogia l'art. 774 cod. civ., allorché, seppur in presenza di una grave malattia di mente, l'interdizione non sia stata disposta soltanto perché non ritenuta necessaria nella specifica situazione<sup>(60)</sup>.

In realtà, è stato opportunamente chiarito che la donazione, poiché risulta caratterizzata dalla personalità e dalla spontaneità, non può rientrare tra quegli atti per i quali si possa disporre nel decreto di nomina la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria (art. 409, comma 1°, cod. civ.). Né si può dimenticare che l'art. 411 cod. civ., nel rendere applicabile all'amministratore di sostegno l'art. 779 (comma 2°), afferma «in ogni caso valide (...) le convenzioni» in suo favore quando egli «sia parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente» (comma 3°). Ed è di tutta evidenza che, se il sostenuto è configurato dalla legge capace di donare ad alcuni, sarebbe irragionevole considerarlo incapace di donare ad altri<sup>(61)</sup>. La conclusione allora può essere una

<sup>(55)</sup> PATTI, *L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di PATTI, cit., 221, mette in evidenza che nella nuova misura di protezione la «capacità di agire (...) permane e le sue limitazioni hanno carattere eccezionale».

<sup>(56)</sup> Generalmente si ammette la possibilità di un riferimento nel decreto di nomina agli atti di straordinaria amministrazione: in dottrina, CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., 105 s.; in giurisprudenza, CASS., 25.10.2012, n. 18320, cit.

<sup>(57)</sup> ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 228 s.; ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, cit., 134 s., secondo cui «la donazione compiuta dal beneficiario sembra l'unico caso di annullabilità per il compimento di un atto da parte del beneficiario in violazione di norme di legge».

<sup>(58)</sup> CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., 130.

<sup>(59)</sup> DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 55.

<sup>(60)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 180.

<sup>(61)</sup> BONILINI, in BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, sub art. 411, cit., 440 s.

soltanto: la capacità di donare del beneficiario è regola che trova sempre applicazione, tranne nel caso di esplicito richiamo dell'art. 774 cod. civ. nel decreto del giudice, adeguatamente motivato (art. 411, comma 4°, cod. civ.)<sup>(62)</sup>; in tal caso la donazione non è ammessa nemmeno se a favore dei parenti entro il quarto grado, del coniuge o della persona stabilmente convivente<sup>(63)</sup>.

7. **CAPACITÀ TESTAMENTARIA.** Alla medesima soluzione generalmente si perviene riguardo al testamento<sup>(64)</sup>, considerata anche la portata tassativa dell'elenco degli incapaci di cui all'art. 591, comma 2°, cod. civ. Tuttavia, di recente, v'è chi reputa che, nonostante la mancata estensione ex art. 411, comma 4°, cod. civ. dell'incapacità di testare prevista per l'interdetto per infermità di mente (art. 591, comma 2°, n. 2, cod. civ.), sia comunque possibile procedere all'annullamento per incapacità legale del testamento redatto dal beneficiario di amministrazione di sostegno, là dove le sue condizioni di salute avrebbero giustificato in astratto l'interdizione, in concreto poi non disposta soltanto perché non considerata necessaria<sup>(65)</sup>. Si sostiene, infatti, che se ricorrono le condizioni ipotizzate deve trovare applicazione per analogia il n. 2 del comma 2° dell'art. 591 cod. civ., che dichiara incapaci di testare gli interdetti per infermità di mente, e non il n. 3, che fa riferimento agli incapaci di intendere e di volere, con notevoli ripercussioni sulla disciplina: l'incapacità legale, a differenza dell'incapacità naturale, non tollera la prova del c.d. lucido intervallo al momento della redazione della scheda<sup>(66)</sup>.

<sup>(62)</sup> BONILINI, *op. loc. ultt. citt.*; la tesi è condivisa, tra gli altri, da PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, cit., 722 s.

<sup>(63)</sup> BONILINI, *op. loc. ultt. citt.*; GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 179.

<sup>(64)</sup> BONILINI, *op. cit.*, 437 s.; GAMBINI, *Riflessi di diritto successorio degli stati personali patologici*, in *Scritti in memoria di Bruno Carboni*, Esi, 2010, 448 ss., ove altre indicazioni anche in senso dubitativo.

<sup>(65)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 147 ss., spec. 158 s.

<sup>(66)</sup> *Ibidem*, 159, testo e nt. 38.

Pur apprezzando lo sforzo di una interpretazione tendente a cogliere identità di soluzioni in presenza di situazioni in fatto analoghe, l'opinione che prospetta (anche in assenza di estensione del limite di cui all'art. 591, comma 2°, n. 2, cod. civ.) la possibile annullabilità per incapacità legale del testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno non sembra condivisibile. Infatti, sensibile e attenta dottrina, anche sulla scorta di esperienze straniere, da tempo ha stigmatizzato il divieto assoluto di testare posto all'interdetto per infermità mentale, giacché si corre il rischio di mortificare non soltanto una sua eventuale volontà, ma anche un suo sentimento e in definitiva la sua stessa dignità. D'altro canto, il testamento in nessun caso può pregiudicare il suo autore dato che è atto che produce i suoi effetti *post mortem*. Quanto poi alla necessità di salvaguardare i familiari, per quelli più stretti vi sono appositi rimedi posti a loro tutela (art. 536 ss. cod. civ.); mentre per gli altri successibili legittimi, sul piano normativo, è del tutto «indifferente» che essi «possano essere privati della disponibile, che, per sua natura, è destinabile a chicchessia»<sup>(67)</sup>. Pertanto, si giustifica una volta di più la conclusione che il testamento redatto da beneficiario di amministrazione di sostegno, al quale non sia stato esteso ex art. 411, comma 4°, cod. civ. il limite dell'art. 591, comma 2°, n. 2, cod. civ., sia sicuramente valido sotto il profilo della capacità legale e che eventualmente possa essere impugnato soltanto per incapacità d'intendere e di volere (comma 2°, n. 3, e comma 3°), peraltro nel caso in esame di facile dimostrazione. D'altro canto, ragionando in tal guisa si consegue il non trascurabile risultato di valorizzare al massimo le residue capacità intellettive del beneficiario o magari un suo momento di lucido intervallo, che è proprio uno degli obiettivi della legge istitutiva della nuova misura di protezione. Non a caso v'è chi ipotizza che, in presenza dei necessari presupposti, possa essere riconosciuta la *testamenti factio* attiva anche all'interdetto giudiziale.

<sup>(67)</sup> BONILINI, *Il testamento dell'infermo di mente*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di CENDON, Esi, 1988, 511 ss., spec. 517.

le, mediante apposito provvedimento dell'autorità giudiziaria emanato a norma dell'art. 427, comma 1°, cod. civ. <sup>(68)</sup>.

8. TESTAMENTO OLOGRAFO SCRITTO DALL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO. Come constatato, la legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno favorisce la promozione della personalità del beneficiario non soltanto conservandone quanto più possibile la capacità legale, ma anche imponendo che l'azione dell'amministratore sia orientata in funzione dei bisogni e delle aspirazioni del soggetto protetto. Proprio in questa linea di tendenza <sup>(69)</sup> andrebbe inquadrato un caso recentemente venuto all'attenzione della giurisprudenza, che per non pochi profili ricorda quello del signor Noirtier de Villefort, magistralmente narrato da Alexandre Dumas ne *Il conte di Montecristo* <sup>(70)</sup>. Si tratta di una persona, affetta dalla malattia di Charcot, «perfettamente vigile, cosciente e ben orientat[a] con pieno sensorio integro», ma non in condizione «di esternare, con i canali tipici, le proprie volontà», non essendo in grado né di parlare né di «utilizzare gli arti per i movimenti finalistici», dunque nemmeno di firmare. Riesce soltanto a esprimere il suo pensiero mediante l'utilizzo di «comunicatori a controllo oculare (o a "puntamento oculare") che profittano dell'unico movimento ancora controllabile dal paziente: quello degli occhi». Poiché il malato manifesta la volontà di redigere testamento, nell'impossibilità fisica di sottoscrivere la scheda, si chiede al giudice di autorizzare la sostituzione del beneficiario con l'amministratore di sostegno (o con un curatore speciale) per consentire a questo di presentare, nella qualità, le volontà testamentarie esterne mediante il comunicatore a controllo oculare. Il giudice, reputando una discriminazione inaccettabile ex artt. 2 e 3 Cost. che il desiderio di testare non si possa concretizzare a causa di una patologia fisica e superando la presunta assoluta insostituibilità

dell'interessato nel compimento di alcuni atti personalissimi, anche alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, rinviene nell'art. 409, comma 1°, cod. civ. la disposizione normativa che gli consente di nominare un curatore speciale (considerato il conflitto d'interessi) con il compito di raccogliere (riportando su supporto fotografico la scheda video), alla presenza dell'amministratore di sostegno, e di trascrivere le volontà testamentarie del beneficiario, di sottoscrivere il testamento ai sensi dell'art. 602 cod. civ., di depositarlo in luogo indicato dal beneficiario nella sua casa e di allegare copia e rappresentazioni fotografiche agli atti del procedimento <sup>(71)</sup>.

Per quanto non si sia mancato di apprezzare, soprattutto in ragione della delicatezza della situazione, lo sforzo interpretativo operato dal giudice e l'«accattivante soluzione del caso concreto», che costituisce un «lodevole e meritorio tentativo» di consentire a colui che, a causa della malattia, non possa né parlare né scrivere di fare testamento olografo <sup>(72)</sup>, la decisione, forse a ragione, non ha trovato il favore della maggior parte dei commentatori <sup>(73)</sup>. Non pochi rilievi sono stati mossi al percorso argomentativo seguito dal giudice, sia sotto il profilo dell'ammissibilità della c.d. rappresentanza sostitutiva per un atto personalissimo

<sup>(71)</sup> TRIB. VARESE, 12.3.2012, in questa *Rivista*, 2012, I, 779 ss., con nota di LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, la quale nelle frequenti resistenze dei notai a ricevere testamenti pubblici da parte di soggetti in amministrazione di sostegno rinviene «la possibile giustificazione della complessa soluzione proposta» (ivi, 783).

<sup>(72)</sup> BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Fam., pers. succ.*, 2012, 440 s.

<sup>(73)</sup> Cfr. ACHILLE, *Autonomia privata e amministrazione di sostegno, ovvero il testamento del beneficiario dell'amministrazione di sostegno (affetto da Sla)*, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1868 ss.; MATTIONI, *Il testamento eterografo o per rappresentanza: un nuovo ritrovato giurisprudenziale*, in *Fam., pers. succ.*, 2012, 597 ss.; SCALERA, *Testamento olografo e malato di Sla: un caso di rappresentanza di atti personalissimi?*, in *Fam. e dir.*, 2012, 494 ss.

<sup>(68)</sup> ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 227, nt. 159.

<sup>(69)</sup> Cfr. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 162 ss.

<sup>(70)</sup> Parte II, ca 60, *Il testamento*.

qual è il testamento, sia sotto il profilo del mancato rispetto delle formalità di cui all'art. 602 cod. civ. <sup>(74)</sup>, disposizione che risulta di particolare importanza anche in considerazione della riserva di legge in materia successoria imposta a livello costituzionale (art. 42, comma 4°, Cost.) <sup>(75)</sup>. Si è anche opportunamente precisato che nel caso in esame non si configura nessuna ingiustificata disparità di trattamento, giacché la discriminazione trova origine non in una qualità della persona, ma nell'impossibilità materiale di poter utilizzare una forma testamentaria per carenza di un presupposto di fatto (concreta capacità di scrivere) configurato come essenziale dal disposto normativo <sup>(76)</sup>. D'altro canto, si osserva, non ammettere nel caso in esame la possibilità di redigere testamento olografo, non significa escludere in assoluto l'interessato dalla possibilità di testare, potendo egli utilizzare altre forme testamentarie predisposte proprio per chi non è in grado di scrivere, quali il testamento segreto, qualora sappia leggere, o il testamento pubblico, qualora non sappia o non possa nemmeno leggere <sup>(77)</sup>.

9. DONAZIONE COMPIUTA DALL'AMMINISTRATORE. Sempre al fine di consentire al beneficiario di amministrazione di sostegno di vedere soddisfatti in qualche modo i suoi bisogni e realizzate le sue aspirazioni, si è pure autorizzato (superando le limitazioni di cui agli artt. 779 e 599 cod. civ., richiamati nell'art. 411, comma 2°, cod. civ., e applicando il comma 3°) il «pro-amministratore» a donare (il nominato amministratore era figlio della donante e padre della donataria) un bene della sostenuta alla nipote *ex filio* <sup>(78)</sup>. Nella consapevolezza

del carattere personalissimo della donazione, la decisione assunta è motivata, sotto il profilo dell'ammissibilità, sulla constatazione che ormai in giurisprudenza «viene ammessa amministrazione sostitutiva per certi atti personalissimi» (per esempio, rilasciare il consenso informato); mentre sotto il profilo dell'accertamento della volontà, in considerazione della più volte manifestata («nella cerchia parentale e degli amici» e «mai ritrattata») intenzione della beneficiaria, quando era nel pieno possesso delle sue capacità intellettive, di volere donare quell'immobile di sua proprietà alla nipote. Così, accertato in via presuntiva che, se la nonna non fosse stata colpita dal morbo di Alzheimer, avrebbe sicuramente dato seguito al suo intento e che perciò «la donazione si rappresenta sicuramente come conforme alla volontà della beneficiaria», si è consentito al pro-amministratore di donare il bene alla nipote sulla scorta della volontà storica della donante.

La singolarità della fattispecie, l'originalità della soluzione adottata e la complessità della problematica sono di tutta evidenza. Ciononostante, v'è chi sembra non avere dubbi nel valutare in senso positivo la decisione <sup>(79)</sup>, argomentando dalle vigenti disposizioni normative che attribuiscono importanza alla presunta volontà della persona <sup>(80)</sup> e proprio da quell'orientamento giurisprudenziale che ammette, a tutela di diritti fondamentali, l'intervento dell'amministratore di sostegno nel compimento di taluni atti personalissimi <sup>(81)</sup>. La conclusione è un'interpretazione dell'art. 410, comma 1°, cod. civ. nel senso di rendere ammissibile la donazione da parte dell'amministratore di sostegno, qualora sia possibile ricostruire la volontà del beneficiario alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova. L'obiezione sul carattere personale della donazione viene superata con la considerazione che l'amministratore di sostegno attua

<sup>(74)</sup> BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario*, cit., 444 s.

<sup>(75)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 167 e 174.

<sup>(76)</sup> BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario*, cit., 445.

<sup>(77)</sup> *Ibidem*, 445 s.; GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 174 ss.

<sup>(78)</sup> TRIB. LA SPEZIA, 2.10.2010, in questa *Rivista*, 2011, I, 77 ss., con osservazioni di DONADIO, *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*.

<sup>(79)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 187 ss.; v. anche DONADIO, *op. cit.*, 80.

<sup>(80)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 189 s., il quale richiama l'art. 5, comma 1°, d. legis. 24.6.2003, n. 211.

<sup>(81)</sup> *Ibidem*, 190, il quale ricorda, in particolare, CASS., 16.10.2007, n. 21748 (caso Englaro).

una volontà completamente espressa, seppur nel passato, sì che egli non assume la funzione di rappresentante, ma quella di *nuncius* <sup>(82)</sup>.

Pur apprezzando lo scopo ultimo dello sforzo ermeneutico compiuto, cioè appagare la «aspirazione» della nonna, «degnata di tutela in quanto connessa con la personalità», di voler «donare un proprio bene alla nipote della quale si è avuto cura negli anni cruciali della sua vita» <sup>(83)</sup>, la decisione adottata nel caso in esame suscita non poche perplessità, giacché motivata con argomentazioni sulle quali si possono avanzare almeno due riserve. Di là dall'osservazione che la giurisprudenza utilizzata nel percorso interpretativo seguito è relativa ad atti di carattere esistenziale e non patrimoniale, una prima obiezione che si può muovere è che, se è vero che nell'art. 411, comma 1°, cod. civ. non è menzionato l'art. 777, comma 1°, cod. civ., che vieta le donazioni dei rappresentanti legali degli incapaci, è altrettanto vero che comunque vi si rinviene un espresso richiamo all'art. 374 cod. civ., ove il tutore è sì considerato in relazione alle donazioni, ma limitatamente all'accettazione (n. 3). Ciò induce a reputare che all'amministratore di sostegno non possa essere proprio conferito il potere di donare, se non quando si tratti di liberalità, espressamente contemplate nel decreto di nomina, in occasione di nozze a favore dei discendenti del beneficiario (art. 777, comma 2°, cod. civ.) <sup>(84)</sup>. Un secondo, ma non meno importante rilievo, attiene alla forma della manifestazione di volontà della sostenuta. In effetti, se è verosimile che nella fattispecie presa in considerazione l'amministratore abbia agito non con funzioni rappresentative ma quale mero *nuncius*, l'intenzione della nonna di donare alla nipote è stata comunque esternata in maniera non formale, là dove la volontà di donare deve essere «sotto pena di nullità» consacrata in un atto pubblico (art. 782, comma 1°, cod. civ.) o quantomeno accompagnarsi alla «tradizione» (art. 783, comma 1°, cod. civ.). Sul piano sostanziale si può poi osservare che, quand'anche la volontà della

nonna, prima dell'intervento della misura di protezione, si fosse già concretata in una proposta di donazione (art. 782, comma 2°, cod. civ.), questa comunque sarebbe risultata inidonea a realizzare una valida fattispecie a seguito della sopravvenuta incapacità naturale della proponente <sup>(85)</sup>. Anche qui, dunque, come già nel caso di nomina di un curatore speciale con il compito di redigere il testamento del beneficiario *ex* art. 602 cod. civ., non è assolutamente possibile approvare la decisione del giudice.

#### 10. OBBLIGHI DI INFORMAZIONE TRA REGOLE DI RESPONSABILITÀ E REGOLE DI VALIDITÀ. I

due casi giurisprudenziali analizzati, seppur non condivisibili nelle conclusioni raggiunte, costituiscono comunque una straordinaria testimonianza di sensibilità, di diffusa consapevolezza del «nuovo spirito» della legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno, di avvertita esigenza di dover utilizzare al meglio le potenzialità del testo normativo in funzione della protezione e della promozione del beneficiario. Obiettivo questo che, come già messo in evidenza, va sì perseguito con la conservazione e l'amministrazione del patrimonio e con «la cura della persona interessata» (art. 405, comma 4°, cod. civ.; v. anche art. 408, comma 1°, cod. civ.; art. 44 disp. trans.), ma anche tenendo conto, sia in fase di procedimento istitutivo, sia in fase di attuazione della misura di protezione, dei «bisogni», delle «richieste» e delle «aspirazioni» di questa (artt. 407, comma 2°, e 410, comma 1°, cod. civ.). Ecco perché la si deve «tempestivamente informare [...] circa gli atti da compiere». Ecco perché si deve portare a conoscenza il giudice del dissenso <sup>(86)</sup> o del contrasto con l'amministratore di sostegno,

<sup>(85)</sup> La dottrina è divisa sull'applicabilità dell'art. 1330 cod. civ. in caso di incapacità naturale; in materia di donazione, tuttavia, si reputa che si imponga la risposta positiva anche perché in tal caso le esigenze di tutela dell'affidamento non vengono in evidenza: così GALLO, *Formazione del consenso*, in *I contratti di donazione*, a cura di PALAZZO, nel *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, XI, Giuffrè, 2009, 39, ove riferimenti.

<sup>(86)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 151, reputa che l'ipotesi del dissenso non vada tenuta distinta da quella del contrasto.

<sup>(82)</sup> GORGONI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(83)</sup> *Ibidem*, 189.

<sup>(84)</sup> LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., 280 s.

nonché di scelte o di atti dannosi da questo già compiuti o in via di realizzazione, di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste della persona sostenuta, al fine di consentire l'adozione dei provvedimenti più opportuni (art. 410, comma 2°, cod. civ.).

All'inadempimento dell'obbligo di tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario o dell'obbligo di informazione circa gli atti da compiere l'art. 410 cod. civ. *prima facie* non ricollega alcuna specifica conseguenza, come del resto in caso di atto realizzato dall'amministratore nonostante il dissenso manifestato dal beneficiario. Perciò si è immediatamente posta la questione se l'illegittimo comportamento possa determinare *ex art. 412, comma 1°, cod. civ.* l'annullabilità dell'atto compiuto per «violazione di disposizioni di legge»<sup>(87)</sup>. Ad una risposta in senso negativo<sup>(88)</sup>, se ne è subito aggiunta altra di segno opposto<sup>(89)</sup>, accompagnata peraltro da una fondata preoccupazione per l'introduzione di «una causa di invalidità piuttosto volatile e eterea, in quanto difficile da accertare e da comprovare nel caso concreto»<sup>(90)</sup>. La prima opinione si è progressivamente consolidata, giacché in dottrina ci si è convinti sempre più che la violazione dell'art. 410 cod. civ. determina soltanto la inosservanza di una prescrizione procedimentale, di difficile accertamento da parte del terzo, sì che la conseguenza non può essere altra che un'azione di responsabilità e la rimozione dell'amministratore di sostegno *ex art. 384 cod. civ.* Ar-

gomentando diversamente, si osserva, si dovrebbe immaginare che il terzo per salvaguardarsi debba sempre verificare la presenza del consenso del beneficiario, anche per gli atti di esclusiva competenza dell'amministratore di sostegno, che magari non richiedono nemmeno la preventiva autorizzazione del giudice: «ma una tale conseguenza appare estranea al sistema complessivamente delineato dalla legge»<sup>(91)</sup> e comunque rappresenterebbe un *vulnus* per la certezza del diritto<sup>(92)</sup>. Ora, se si considera che gli atti realizzati in assenza di autorizzazione giudiziale già risultano annullabili *ex art. 377 cod. civ.* (richiamato nell'art. 411, comma 1°, cod. civ.) e se si esclude che il mancato rispetto dell'art. 410 cod. civ. possa determinare l'annullabilità dell'atto *ex art. 412, comma 1°, cod. civ.*, si può pervenire alla conclusione che questa disposizione, nella parte che qui interessa, non ha alcuna autonoma portata normativa<sup>(93)</sup>. Per la verità, tra gli assertori di questa tesi v'è anche chi non nasconde che la possibilità di esperire l'annullamento, con la conseguente eliminazione degli effetti dell'atto, proteggerebbe al meglio il beneficiario; mentre né l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore né la eventuale rimozione garantiscono un'efficace tutela in concreto<sup>(94)</sup>. Ciononostante, si preferisce la diversa soluzione in ragione di un *favor* per le limitazioni delle cause di invalidità che induce, da un lato, a non gravare l'amministratore di sostegno di un difficoltoso onere probatorio in relazione alla correttezza della sua azione<sup>(95)</sup>; dall'altro, a non sacrificare la sicurezza dei traffici giuridici con l'imposizione in capo al terzo

(87) Si tratta evidentemente di fattispecie diversa da quella del contratto concluso in conflitto di interessi: lo ricorda, tra gli altri, GIARDINA, nel *Commentario Gabrielli, Dei contratti in generale*, IV, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, Utet, 2011, sub art. 1425, 31.

(88) BONILINI, in BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, 2007, 236; DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 48; DOSSETTI, in DOSSETTI-M. MORETTI-C. MORETTI, *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Ipsoa, 2004, 85.

(89) CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, 130.

(90) DELLACASA, in ROPPO-DELLACASA, *Amministrazione di sostegno*, cit., 158.

(91) ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 207 s., nt. 105.

(92) ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, cit., 129 s.; GIARDINA, nel *Commentario Gabrielli*, sub art. 1425, cit., 32.

(93) DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 55; TESCARO, *L'invalidità degli atti posti in essere dall'amministratore di sostegno e dal beneficiario della misura di protezione*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 336.

(94) BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 152.

(95) Cfr. BONILINI, in BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, sub art. 412, cit., 470.

contraente di un onere di verifica dell'adempimento da parte dell'amministratore di sostegno di obblighi attinenti al rapporto (interno) con il beneficiario.

11. UNA RECENTE TESI SULL'ANNULLABILITÀ DELL'ATTO. Tale ricostruzione, tuttavia, di recente è criticata da uno studioso particolarmente sensibile all'esigenza di valorizzare l'autonomia del beneficiario. Il fulcro dell'indagine è costituito proprio dall'art. 410 cod. civ. Considerate le finalità, anche promozionali, della legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno, si reputa che tale disposizione non sia «una norma isolata che disciplina un aspetto di dettaglio [...] del funzionamento dell'istituto»; al contrario, si tratta di «una norma centrale», che attua sia il principio della minore limitazione possibile della capacità di agire sia quello della necessità di garantire al beneficiario, compatibilmente con le sue capacità intellettive e volitive, una piena partecipazione alle scelte che l'amministratore va a compiere nel suo interesse<sup>(96)</sup>. Da qui, rispetto alle altre forme di protezione, una diversa e nuova relazione tra capacità e incapacità. Queste, in effetti, nel contesto delineato non possono essere più configurate come due condizioni giuridiche distinte che operano su piani paralleli, giacché alla perdita della capacità d'agire non consegue l'irrelevanza della volontà della persona protetta<sup>(97)</sup>.

Ricondotta la posizione del beneficiario nella categoria della incapacità legale<sup>(98)</sup>, con conseguente applicabilità dell'art. 1425, comma 1°, cod. civ.<sup>(99)</sup>, il quale va interpretato nel senso che determina l'annullabilità sia degli atti compiuti dall'incapace di contrattare sia degli atti realizzati irregolarmente dall'amministratore di sostegno<sup>(100)</sup>, si ripercorrono criticamente le argomentazioni individuate dalla dottrina contraria alla tesi dell'annullabilità. In estrema sin-

tesi, si rileva innanzitutto che se si ricollega il mancato adempimento degli obblighi dell'amministratore di sostegno alla «violazione di disposizioni di legge» di cui all'art. 412, comma 1°, cod. civ. si supera la prospettata inutilità della disposizione<sup>(101)</sup>. Quanto all'osservazione che l'art. 410 cod. civ. non individuerrebbe regole di validità, bensì di mera responsabilità, si mette in evidenza come «le determinazioni del beneficiario conformino il contenuto del contratto, quando non ne giustifichino addirittura la causa»<sup>(102)</sup>. Di talché sembra proprio che si postuli la «fattispecie dell'atto complesso», con il beneficiario che concorre alla sua formazione nel contesto del procedimento delineato dalla legge<sup>(103)</sup>. Del resto, salvaguardare l'autonomia del beneficiario mediante l'intervento del giudice diretto a dirimere il contrasto altro non significa che far assurgere la sua volontà a elemento costitutivo dell'atto. Allora, la conclusione non può essere altra che «il dovere di informazione, prescritto dall'art. 410 co. 2 cod. civ., è una regola di validità». La preoccupazione poi di un eccessivo ampliamento dell'annullabilità, che ne determinerebbe il carattere virtuale a detrimento della certezza della circolazione, si reputa che possa essere superata sol che si consideri che «il legislatore è libero di introdurre in un determinato ambito l'annullabilità virtuale, ove questa sia ritenuta la migliore forma di tutela dell'interesse selezionato»<sup>(104)</sup>. E non si può negare che, nel sistema della nuova misura di protezione, la partecipazione del beneficiario agli atti dell'amministratore di sostegno si pone come esigenza fondamentale, che addirittura si può configurare quale «interesse pubblico, nel senso di interesse della cui realizzazione si fa carico l'ordinamento con particolare forza». In quest'ottica potrebbe trovare idonea giustificazione anche la legittimazione del p.m. all'esercizio dell'azione di annullamento sancita nel comma 1°, ma non nel comma 2°, dell'art. 412 cod. civ.<sup>(105)</sup>.

<sup>(96)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 3 s.

<sup>(97)</sup> *Ibidem*, 28 s.

<sup>(98)</sup> *Ibidem*, 32 ss., spec. 36 s., testo e nt. 74.

<sup>(99)</sup> *Ibidem*, 37, il quale mette in evidenza che nel sistema dell'incapacità legale la violazione di una regola del procedimento di formazione dell'atto ne importa la invalidità (20).

<sup>(100)</sup> *Ibidem*, 32 ss., spec. 37 s.

<sup>(101)</sup> *Ibidem*, 43.

<sup>(102)</sup> *Ibidem*, 45.

<sup>(103)</sup> *Ibidem*, 53 s.

<sup>(104)</sup> *Ibidem*, 75 s.

<sup>(105)</sup> *Ibidem*, 191 ss.; ma sulla legittimazione del

Rimane sullo sfondo l'obiezione più seria sul piano sostanziale: quella relativa alla tutela del terzo contraente, il quale nei termini ipotizzati difficilmente sarebbe in condizione di controllare la regolarità del procedimento di formazione della fattispecie. Nondimeno, si pensa di poter superare anche questo ostacolo, distinguendo il caso in cui il beneficiario sia in grado di manifestare una propria volontà da quello nel quale sia in condizioni psichiche tali da essere completamente incapace di comunicare con l'amministratore. In questa seconda ipotesi è chiaro che l'art. 410 cod. civ. risulta inapplicabile e, dunque, il terzo contraente non ha nulla da temere. Se, invece, ricorre una sufficiente capacità d'intendere e di volere e viene in evidenza un atto di straordinaria amministrazione, che necessita dell'autorizzazione giudiziale, è evidente che dal provvedimento del giudice devono risultare l'audizione del beneficiario, la sua conforme volontà ovvero le ragioni della mancata informazione<sup>(106)</sup>. La presenza di tali elementi, verificabili dalla controparte, rende il procedimento regolare; l'assenza, invece, determina sicuramente l'annullabilità dell'atto, anche perché in tal caso non ricorre alcun motivo di giustificazione della tutela del terzo contraente o dei suoi aventi causa<sup>(107)</sup>. Qualche difficoltà in più si può riscontrare riguardo agli atti di ordinaria amministrazione. Ma anche qui, pur non sottovalutando il rischio di una possibile esclusione dai traffici, si reputa di poter affermare l'annullabilità dell'atto irregolarmente realizzato dall'amministratore di sostegno mettendo in evidenza come il terzo abbia comunque la possibilità di esaminare il decreto di nomina, il quale deve fornire elementi chiari sia sui poteri conferiti sia sulle condizioni psichiche del beneficiario. Del resto, si osserva, è proprio sul terreno dell'ordinaria amministrazione che questo più frequentemente

manifesta i propri bisogni e i propri desideri<sup>(108)</sup>.

Verificata l'inconciliabilità dell'art. 742 cod. proc. civ. con la rilevanza della volontà del beneficiario, nonché l'inammissibilità della figura dell'amministratore di sostegno apparente<sup>(109)</sup>, la conclusione, in controtendenza con l'opinione dominante, è che non ci sono particolari ostacoli ad ammettere che l'inadempimento degli obblighi di cui all'art. 410 cod. civ. determini *ex art. 412, comma 1°*, cod. civ. l'annullabilità per incapacità legale dell'atto compiuto dall'amministratore di sostegno, con conseguente applicabilità dell'art. 1445 cod. civ.<sup>(110)</sup>.

12. SUPERAMENTO. È agevole constatare che l'indagine è condotta con scrupolosità, che le argomentazioni in critica all'orientamento prevalente sono degne di attenzione, che la ricostruzione della fattispecie normativa è ben articolata anche sotto il profilo sistematico, che la soluzione prospettata è coerente con l'esigenza normativa da cui si muove, cioè quella di valorizzare al massimo l'autonomia del beneficiario di amministrazione di sostegno. Eppure, forse ancora residua uno spazio per qualche ulteriore riflessione su una questione che, come rilevato, pone importanti interrogativi interpretativi anche in funzione di esigenze pratiche: efficace tutela delle ragioni del beneficiario, certezza del diritto, rischio di esclusione dai traffici.

Sotto il profilo ermeneutico una delle argomentazioni forti alla base della tesi è che considerare la violazione dell'art. 410 cod. civ. quale mera inosservanza di una prescrizione di responsabilità vuol dire non attribuire alcun senso al lemma «violazione di disposizioni di legge» di cui all'art. 412, comma 1°, cod. civ.; là dove, se ci si muove nell'ottica della regola di validità, esso assume un preciso significato. L'osservazione appare congruente, ma non decisiva. Poiché nell'amministrazione di sostegno, a differenza di quanto accade nelle altre misure di protezione, il regime delle invalidità

p.m., v. in senso critico LISELLA, *Amministratore di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 225 s.; ID., *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., 286 ss.

<sup>(106)</sup> GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 235 ss., testo e nt. 19.

<sup>(107)</sup> *Ibidem*, 91 e 269.

<sup>(108)</sup> *Ibidem*, 57 ss., 259 e 277 ss.

<sup>(109)</sup> *Ibidem*, 260 ss., 266 ss., 269 ss.

<sup>(110)</sup> *Ibidem*, 194 s. e 267 ss.

degli atti per incapacità legale (come, del resto, quello delle funzioni dell'amministratore: art. 405, comma 5°, nn. 3 e 4, cod. civ.) è sempre retto dal contenuto del decreto di nomina (art. 409, comma 1°, cod. civ.), è di tutta evidenza che o si rientra in una specifica fattispecie espressamente prevista dalla legge, anche mediante la tecnica del richiamo, oppure l'annullabilità va necessariamente ricollegata all'«oggetto dell'incarico o ai poteri» conferiti dal giudice (art. 412, comma 1°, cod. civ.). Si può capire, pertanto, perché si sia ipotizzato che la locuzione *de qua* possa non avere alcuna autonomia portata normativa. Né si può dire che, là dove non si configuri l'annullabilità dell'atto, l'inadempimento degli obblighi fissati nell'art. 410 cod. civ. rimarrebbe privo di risvolti. A parte la rimozione dell'amministratore e l'azione di responsabilità, già ricordate, in realtà altra specifica conseguenza è espressamente prevista ed è costituita dal possibile ricorso al giudice <sup>(111)</sup>.

Quanto agli aspetti funzionali, un'importante osservazione di carattere sostanziale potrebbe veramente essere la pietra d'angolo sulla quale fondare la tesi dell'annullabilità. Infatti, l'azione risarcitoria talvolta può davvero non risultare idonea a salvaguardare il concreto interesse del beneficiario. Si pensi all'ipotesi nella quale questo, pur desiderando e avendo di conseguenza manifestato la volontà di lasciare la casa di famiglia in eredità, la veda alienata su iniziativa dell'amministratore di sostegno <sup>(112)</sup>. Qui effettivamente l'annullabilità per incapacità legale sembrerebbe essere l'unica strada da seguire per una soddisfacente tutela di quel beneficiario che, seppur indebolito nell'uso delle sue facoltà intellettive, comunque dimostri chiarezza di idee su ciò che desidera. Come accennato, a sostegno della tesi si è richiamata la possibilità che avrebbe il terzo contraente di verificare la presenza delle condizioni necessarie per la corretta realizzazione dell'atto: menzione nel provvedimento di autorizzazione dell'audizione del beneficiario, della sua eventuale

volontà, delle ragioni di una mancata informazione, da un lato; poteri dell'amministratore di sostegno e condizioni psichiche del beneficiario, dall'altro. E tuttavia, se già con riguardo all'autorizzazione giudiziale si può osservare che un provvedimento a contenuto troppo specifico, peraltro non espressamente previsto in alcuna disposizione normativa, sicuramente è a rischio di incompletezza (e ciò potrebbe suscitare dubbi nel terzo contraente sulla convenienza a concludere un contratto potenzialmente invalido), le perplessità aumentano là dove vengano in evidenza valutazioni concernenti situazioni di fatto (come le infermità poste alla base del decreto di nomina), le quali sembra che mal si accordino con l'operatività dell'incapacità legale. In effetti, questa, con riferimento agli atti di natura patrimoniale <sup>(113)</sup>, svolge un ruolo particolarmente importante sia per la protezione dell'interessato, sia per la certezza dei traffici. In relazione alla prima, giacché determina l'annullabilità dell'atto senza che alla controparte sia data la possibilità di dimostrare la eventuale effettiva capacità di fatto del soggetto protetto; in relazione alla seconda, perché, a parte la verifica dei requisiti formali previsti dalla legge, il terzo contraente sembra esonerato da qualsiasi altra incombenza <sup>(114)</sup>. Pertanto, si correrebbe il rischio di pregiudicare un profilo funzionale considerevole dell'incapacità legale se gli si chiedesse di valutare le condizioni di salute che hanno determinato l'istituzione della misura di protezione o di entrare nel merito dell'utilità dell'atto da compiere: soluzione quest'ultima che, nella prospettiva che si tenta di confutare, sembrerebbe im-

<sup>(111)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 152.

<sup>(112)</sup> L'esempio è di GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 44.

<sup>(113)</sup> Se si tratta invece dell'esercizio di situazioni di natura esistenziale, s'impone il superamento della dicotomia capacità giuridica-capacità di agire e il riferimento alla concreta capacità di discernimento: per i minori di età, cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., *passim*, spec. 131 e 249 s.; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, nel *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, 2006, *sub* art. 320, 46 ss.; per gli interdetti, LISELLA, *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Esi, 1984, 106 ss.

<sup>(114)</sup> Cfr. LISELLA, *La minore età e la capacità di agire*, in LISELLA-PARENTE, *Persona fisica*, cit., 222 ss., ove riferimenti.

porsi se si considera che *ex art. 410 cod. civ.* tra i doveri dell'amministratore di sostegno, oltre all'obbligo di informazione, v'è anche quello di tener conto dei bisogni del beneficiario, da valutarsi evidentemente in senso oggettivo quando egli non sia dotato di un sufficiente grado di discernimento.

13. TUTELA DEL BENEFICIARIO ESTROMESSO DAL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELL'ATTO. In quest'ordine di idee bisogna fare ogni sforzo per esplorare percorsi alternativi, che, nel non sacrificare la sicurezza delle relazioni, consentano ad un tempo di attuare una effettiva tutela del beneficiario estromesso dal procedimento di formazione dell'atto che lo riguarda. La chiave di volta del problema forse può essere rinvenuta proprio nell'art. 410, comma 2°, cod. civ., là dove è prevista, in caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza dell'amministratore di sostegno, la possibilità del ricorso al giudice, onde adottati, con decreto motivato, gli «opportuni provvedimenti». Questi possono consistere in rimedi successivi, se intervengono quando l'atto è già stato compiuto o la scelta è già stata effettuata; oppure in rimedi preventivi, se relativi alla fase di elaborazione della scelta o alla fase anteriore al compimento dell'atto<sup>(115)</sup>. Riguardo ai primi si può far riferimento ancora una volta alla rimozione dell'amministratore di sostegno. Riguardo ai secondi, si può pensare all'autorizzazione del giudice (che potrebbe assumere importanza ai fini della responsabilità) al compimento di un atto reputato necessario, nonostante il dissenso del beneficiario non sufficientemente lucido; oppure alla nomina di un curatore speciale, nel caso in cui l'amministratore di sostegno non reputi utile acconsentire al compimento dell'atto voluto dal beneficiario<sup>(116)</sup>. Considerata l'ampia portata della locuzione «opportuni provvedimenti», se ne potrebbero però immaginare anche altri per così dire a contenuto atipico<sup>(117)</sup>, quale ad esempio

<sup>(115)</sup> BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., 151.

<sup>(116)</sup> DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 48 s.

<sup>(117)</sup> ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di pro-*

quello che, al fine di non lasciare dubbi sull'apagamento delle richieste del beneficiario, imponga la sua necessaria partecipazione ad un atto da compiersi su iniziativa dell'amministratore<sup>(118)</sup>. Tuttavia, una volta configurata ammissibile *ex art. 410, comma 2°, cod. civ.* una decisione del giudice in tal senso con riguardo ad una specifica fattispecie, sarebbe irragionevole escluderla, più in generale, quale possibile contenuto dell'«oggetto dell'incarico», là dove si consideri che sia le funzioni dell'amministratore di sostegno sia il regime di invalidità degli atti nella nuova misura di protezione vanno determinati secondo criteri di duttilità e di adeguatezza.

Ebbene, in relazione agli atti riservati all'iniziativa dell'amministratore di sostegno si potrebbero delineare due modalità di partecipazione del beneficiario: l'una di coinvolgimento a rilevanza interna e caratterizzata da mere regole di responsabilità; l'altra, che viene in evidenza soltanto nei casi espressamente stabiliti dal giudice (artt. 405, comma 5°, n. 3, e 407, comma 4°, cod. civ.), a rilevanza esterna, con conseguente annullabilità dell'atto compiuto dall'amministratore di sostegno senza l'intervento del beneficiario, perché realizzato «in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli» (art. 412, comma 1°, cod. civ.)<sup>(119)</sup>. Al riguardo, oltre alla vendita della casa di famiglia già menzionata, si può pensare alla gestione dei redditi del beneficiario. Se l'amministratore, come spesso accade, è autorizzato dal giudice a prelevare periodicamente una certa somma di denaro dal conto corrente per la realizzazione di atti di ordinaria amministrazione, non c'è dubbio che egli (pur dovendo tenere informato il beneficiario e ottenere, se vi sono le condizioni, il suo assenso) possa procedere autonomamente al prelievo; se, in-

---

*tezione*, cit., 227 s., testo e nt. 164, si domanda se, in presenza di una espressa limitazione della capacità di testare, si possa avere un ulteriore provvedimento del giudice di autorizzazione alla redazione del testamento con l'assistenza dell'amministratore e nella forma dell'atto pubblico.

<sup>(118)</sup> Sebbene in una ottica *de iure condendo*, v. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., 75.

<sup>(119)</sup> LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, cit., 118 s.

vece, nel decreto di nomina è stabilito che ogni operazione debba essere espressamente voluta anche dal sostenuto, è evidente che l'istituto di credito non potrà erogare la somma se non in presenza della richiesta dell'amministratore di sostegno e di una esplicita approvazione del beneficiario. Il primo percorso sarebbe comune a tutti gli incapaci di agire, se in grado di partecipare di fatto alle scelte che li riguarda-

no, dunque anche ai minori di età e agli interdetti. Il secondo sarebbe circoscritto a quelle misure di protezione che prevedono l'attribuzione al titolare dell'ufficio di poteri non predeterminati dalla legge, ma individuati nel provvedimento dell'autorità giudiziaria: l'amministrazione di sostegno (art. 405, comma 5°, nn. 3 e 4, cod. civ.) e, per un certo profilo, l'interdizione (art. 427, comma 1°, cod. civ.).