



GLI ATTI DI NATURA PERSONALE DELL'INTERDETTO*

MARIA GABRIELLA STANZIONE

SOMMARIO **1.** Cenni introduttivi sull'evoluzione giuridica della tutela dell'infermo di mente. **2.** Gli atti di natura personale dell'interdetto. **2.1.** Rapporti tra gli istituti di protezione dell'incapace a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 6/2004. **3.** Il matrimonio dell'interdetto. **3.2.** Il sopraggiungere dell'interdizione durante il matrimonio: effetti sui rapporti patrimoniali tra i coniugi e sul *ménage* della vita familiare. **4.** Interdizione e filiazione: il riconoscimento di figlio naturale. **4.1.** I rapporti con i figli minori. **5.** Lo scioglimento del matrimonio: l'intervento del tutore nei giudizi di separazione e divorzio. **6.** Interdizione e cure mediche: la potestà di cura del tutore.

1. La tutela del soggetto debole è ambito in cui il diritto è sempre stato restio a entrare, in ragione tanto della stretta connessione di profili etici, esistenziali e giuridici quanto della difficoltà di disciplinare fenomeni, come la malattia mentale e in senso ampio la disabilità, sui quali non è possibile limitarsi a calare una gabbia di norme¹, prescindendo dalla considerazione del singolo caso concreto.

Sembra opportuno, perciò, in via di premessa, ripercorrere brevemente il cammino degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, inquadrandoli nel contesto storico culturale in cui si è svolto, fino a giungere all'introduzione del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno².

L'evoluzione del pensiero giuridico in tema di tutela dell'infermo di mente è tutta percorsa dall'esigenza di una piena affrancazione dalla visione di stampo ottocentesco - cui si informa la disciplina del codice del 1942 - fondata sull'antitesi malattia mentale-normalità, che contrappone il "diverso" al resto della società e lo isola dalle relazioni umane, in quanto soggetto pericoloso per se stesso e per gli altri.

Gli originari istituti di protezione fanno discendere automaticamente la perdita totale o parziale della capacità d'agire dall'inidoneità dell'individuo a provvedere ai propri interessi, inidoneità rinvenuta sostanzialmente, secondo una logica puramente economicistica, nella impossibilità di conservazione e amministrazione del patrimonio.

* Il presente lavoro è destinato all'opera collettanea *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione. Trattato teorico-pratico*, dir. da G. Cassano, Cedam, Padova (di prossima pubblicazione).

¹ S'interroga S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007, p. 9: "Può il diritto, la regola giuridica, invadere i mondi vitali, impadronirsi della nuda vita, pretendere anzi che il mondo debba 'evadere dalla vita'? Gli usi sociali del diritto si sono sempre più moltiplicati e sfaccettati. Ma questo vuol dire pure che nulla può essergli estraneo, e che la società deve rassegnarsi a essere chiusa nella gabbia d'acciaio di una onnipresente e pervasiva dimensione giuridica?".

² Cfr. F. NADDEO, *Della interdizione, dell'inabilitazione e dell'incapacità naturale*, in *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004 n. 6* a cura di G. Autorino Stanzione e V. Zambrano, Milano, 2004, p.185 ss.



Si deve pronunciare l'interdizione ove la patologica alterazione delle facoltà mentali produce la totale incapacità di provvedere ai propri interessi
(Cass. 19.6.1962, n. 1573).

Il che si traduce in una rigida e ingiustificata compressione della personalità del sofferente, soprattutto ai danni dell'interdetto, reso, con espressione di Proudhon, “*étranger à la vie civile et au commerce de ses semblables*”.

La *ratio* della disciplina del 1942 viene messa in crisi dalle innovazioni che a partire dagli anni '60 interessano la scienza psichiatrica, mutando profondamente il rapporto tra quest'ultima e il diritto. La nuova costruzione respinge la teoria medico-organicistica fondata su un paradigma univoco di malattia mentale, a favore di un atteggiamento che considera l'infermo persona, inserita in una rete di relazioni umane, necessarie non soltanto dal punto di vista terapeutico ma soprattutto in funzione dello sviluppo della sua personalità.

Lungo questa scia, nell'arco di un trentennio diversi paesi europei provvedono a modificare i rispettivi codici civili³. Si susseguono così, per citare soltanto i casi più significativi, la legge francese n. 5/1968 che introduce l'istituto della *sauvegarde de justice* che, accanto alla tutela e alla curatela, sostituisce le vecchie figure dell'*interdiction* e del *conseil judiciaire*; la riforma spagnola, che abolisce il principio della *unidad de guarda* per sostituirlo con la regola della *graduación* della capacità in base alla valutazione del discernimento; fino alla legge tedesca 1.1.1992, che ripudia radicalmente i tradizionali istituti di protezione dell'incapace, istituendo un'unica forma di tutela, la *Betreuung*, ispirata ai principi di necessità e di sussidiarietà.

Nell'ordinamento italiano, tralasciando i marginali ritocchi apportati dalla legge n. 151/1975 alla disciplina codicistica sull'infermità mentale, un primo importante esito della rivoluzione ideologica e scientifica in tema di protezione dei malati mentali è la legge 13.5.1978, n. 180 sugli “accertamenti e trattamenti sanitari e obbligatori”, (cd. legge Basaglia), che ha decretato la scomparsa degli istituti manicomiali, abbattendosi sull'art. 420 c.c., ai sensi del quale dall'internamento in manicomio discendeva automaticamente l'ablazione totale della capacità.

Tuttavia, il legislatore non si spinge oltre - fatta eccezione per la legge 22.5.1978, n.194 che ha riconosciuto alla donna interdetta la legittimazione a formulare personalmente la richiesta di interruzione di gravidanza - e il sistema predisposto dall'originario titolo XII del Libro I del codice civile rimane immutato.

Successivamente, consapevole dell'inadeguatezza del meccanismo di tutela predisposto dal codice civile, giudicato “sproporzionato se non addirittura contraddittorio e dannoso”⁴, la dottrina avverte sempre più forte la necessità di una rimeditazione dell'intera

³ Per un'indagine comparatistica sulla materia, v. G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Napoli, 1990, *passim*.

⁴ Sono parole di A. VENCHIARUTTI, voce *Incapaci*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ., IX*, Torino, 1993, p. 379. Secondo l'A., a risultare “sproporzionato, se non addirittura contraddittorio e dannoso, è proprio



posizione civilistica di chi si trovi in una situazione di disagio, rimeditazione che per i più sensibili deve essere condotta in una prospettiva di attuazione del dettato costituzionale scaturente dall'art. 32 Cost., letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.⁵.

Il dibattito è vivace per tutto il trentennio successivo, che vede la messa a punto di una bozza di riforma della normativa, la c.d. Bozza Cendon, fino a culminare nella legge 9.1.2004, n. 6, che introduce l'istituto dell'amministrazione di sostegno e modifica incisivamente la disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione.

In primo luogo, il nuovo istituto di protezione non si fonda più sulla mancanza, totale o parziale, di capacità della persona, ma sull'insufficienza di autonomia; esso, in ragione della sua estrema flessibilità, è destinato a trovare applicazione in relazione a situazioni profondamente diverse.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno ha introdotto una sorta di "rivoluzione" nell'ordinamento imponendo di considerare che la capacità di agire, pure in casi di ridotta autonomia, resti la "regola" cui fa eccezione ogni limitazione, necessitata dall'esigenza di protezione del soggetto debole; l'istituto consente così di elaborare un progetto adatto al singolo caso con una flessibilità attenta ai bisogni e alle richieste della persona
(Trib. Trieste 5.10.2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, V, 404).

L'art. 1 della legge citata individua il fine perseguito nella minore limitazione possibile della capacità di agire di chi sia privo in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, in una prospettiva di funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali⁶. Pertanto, anche in materia di atti patrimoniali, il giudice tutelare deve decidere "non solo in relazione alle esigenze di conservazione del patrimonio, ma anche in funzione della necessità di disporre delle risorse necessarie a soddisfare, nel miglior modo, le esigenze di vita del beneficiario, i suoi bisogni esistenziali fondamentali e, compatibilmente con le sue condizioni psicofisiche, quelli connessi alla vita di relazione"⁷.

l'ablazione della capacità totale, e comunque predeterminata nell'ampiezza, che consegue alla pronuncia di interdizione. Ad essere criticato insomma è il meccanismo che con una sorta di automaticità collega l'adozione di qualsiasi misura di salvaguardia alla preventiva e stabile «incapacitazione» del soggetto bisognoso di assistenza e sostegno - come se insomma la sola strada (...) fosse quella di intervenire drasticamente sul terreno della sua capacità legale".

⁵ Cfr., G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 12 ss. V., altresì, G. LISELLA, *Interdizione giudiziale e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984, p. 107 ss.

⁶ In tal senso P. STANZIONE, *Gli effetti dell'amministrazione di sostegno sulla capacità di agire*, in *Amministrazione di sostegno a cura di G. Autorino Stanzone e V. Zambrano*, cit., p. 61 ss. Si veda, altresì, P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*. A proposito dell'andicappato psichico permanente, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 54 ss.

⁷ In questi termini, G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, VI, p. 490.



2. Il discorso si fa ancora più pregnante quando entrano in gioco situazioni giuridiche soggettive di natura personale, cui appartengono i cd. atti personalissimi, soprattutto quando afferiscono a diritti costituzionalmente garantiti, attraverso i quali l'individuo tutela la propria dignità e realizza lo sviluppo della sua personalità.

Per quanto concerne tale categoria, da lungo tempo la dottrina più attenta avvalorava la teoria della irrilevanza della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, poiché "se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (arg. ex artt. 2 e 3 Cost.), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente"⁸. Il criterio da seguire, al fine di realizzare l'interesse del disabile a condurre la migliore vita possibile, appare pertanto quello della capacità di discernimento⁹, ossia la capacità di compiere una scelta esistenziale con la consapevolezza dell'uomo situato in una trama di relazioni tra soggetti intesi come centri di imputazione di interessi.

Ne discende l'ulteriore profilo dell'impossibilità per gli atti personalissimi di essere compiuti dal rappresentante, dal momento che in essi si realizza la coincidenza del soggetto dell'atto con il soggetto del rapporto che si pone in essere. Tali atti "o sono posti in essere dal titolare della situazione giuridica e perciò da chi sarà soggetto del relativo rapporto, o non possono venire compiuti: nessuno può essere sostituito da altri nella decisione di passare a nozze e nella scelta del coniuge, nella separazione personale, nell'adozione, nel riconoscimento di figlio naturale e via dicendo"¹⁰.

La giurisprudenza, di merito e di legittimità, è univoca nell'affermare il principio della inammissibilità della rappresentanza negli atti in questione.

In una importante pronuncia¹¹, la Suprema Corte ha ribadito che:

la rappresentanza dell'interdetto per infermità di mente da parte del tutore (...) non comprende i c.d. atti personalissimi, che coinvolgono interessi strettamente legati alla persona dell'interessato al quale solamente può essere rimessa la scelta in ordine alle determinazioni da adottare (Cass. civ., 21.7.2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, I, 250).

Secondo i giudici di legittimità¹², quanto si afferma è confermato dal fatto che l'ordinamento prevede determinate ipotesi, insuscettibili di interpretazione analogica, in cui si conferiscono al tutore poteri specifici in materie che riguardano interessi di carattere strettamente personale dell'interdetto per infermità di mente, quali l'art. 119 c.c. sull'impugnazione del matrimonio, l'art. 264 c.c. sull'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, l'art. 273 c.c. in tema di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, l'art. 13 della legge n. 194/1978 in materia di interruzione della gravidanza.

⁸ Sono parole di P. STANZIONE, voce *Capacità (dir. priv.)*, in *Enc. giur.* Treccani, V, Roma, 1988, p. 23.

⁹ ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975.

¹⁰ A. FALZEA, *Capacità, teoria generale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 28.

¹¹ Cass. civ., 21.7.2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, I, 250.

¹² Tali argomentazioni sono state riprese dalla Suprema Corte nell'ordinanza 20.4.2005, n.8291, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2359.



Tali disposizioni non avrebbero ragione di essere se la generica rappresentanza del tutore dell'infermo di mente in tutti gli atti civili comprendesse anche gli atti personalissimi. Da quest'ultima ipotesi deriverebbero, inoltre, conseguenze che non sembrano accettabili, riconoscendosi al tutore dell'interdetto per infermità di mente il potere di compiere delicatissime scelte di carattere strettamente personale, quali, ad esempio, la presentazione della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso *ex* art. 2 della legge 14.4.1982, n.164 (Cass. civ., 21.7.2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, I, 250).

Nelle ipotesi in parola, l'intervento sostitutivo del tutore sembra ammissibile soltanto quando vi sia "sufficiente discernimento del soggetto da determinare quanto meno l'impulso all'esercizio di altri in suo nome"¹³.

Assordante è, sotto altro profilo, il silenzio del legislatore riguardo al caso in cui il soggetto non sia in grado di esprimere una volontà consapevole¹⁴. Ciò non ha impedito alla giurisprudenza di intervenire a tutela degli interessi personali del disabile, quando entri in gioco la salute del medesimo, come ha fatto una significativa sentenza di merito in tema di interruzione della gravidanza, che ha stabilito che:

qualora la condizione psichica impedisca alla donna interdetta di manifestare alcuna volontà in ordine alla prosecuzione o all'interruzione della gravidanza, e quest'ultima possa minacciare gravemente la già labile salute fisica e psichica dell'interdetta, il giudice tutelare può accogliere la richiesta di interruzione di gravidanza, avanzata dal tutore in assenza di conferma da parte della donna (Pret. Genova, 20.3.1986, in *Foro it. Rep.*, 1987).

Diverso è il profilo delle cd. incapacità speciali, previste da alcune norme del codice civile. Si pensi al divieto di contrarre matrimonio, sancito dall'art. 85 c.c., al divieto di riconoscere il figlio naturale (art. 266 c.c.) o a quello di stipulare testamento (art. 591 c.c.) o di donare (art. 774 c.c.).

Tali previsioni sono state ritenute perpetrare una violazione del principio di uguaglianza; tuttavia il legislatore del 2004 non è intervenuto sulla questione, ignorando le voci di chi invocava una modifica o un'abrogazione delle norme citate¹⁵.

¹³ G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale*, cit., p. 169.

¹⁴ Al riguardo, appare condivisibile il monito di Corte Cost., 19.1.2007, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 875, secondo cui "il legislatore non può sostituire arbitrariamente le proprie valutazioni e scelte sulla cura degli interessi delle persone a quelle operate dagli stessi interessati sulla base della propria personale e insindacabile scala di valori senza violare la dignità della persona e la relativa sfera di libertà giuridica riconosciuta e tutelata dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, non potendo il sacrificio di tale libertà essere legittimato semplicemente dal rischio di un pessimo uso della stessa.

¹⁵ Ne è esempio il progetto di legge del 1986, cd. "prima bozza Cendon", nel quale era prevista l'introduzione dell'art. 85 *bis* che ammetteva il matrimonio dell'interdetto sul presupposto dell'accertamento che le sue condizioni non fossero tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale. Si eliminava inoltre la norma dell'art. 266 c. c., riducendo le ipotesi di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale ai casi di difetto di veridicità e di violenza (*ex* artt. 263 e 265 c.c.) e si consentiva infine al giudice - sentito il parere di un



Tuttavia, non è minoritario l'orientamento che ritiene che le norme comminanti le cd. incapacità speciali si ritrovano sostanzialmente svuotate di contenuto, dato il carattere residuale dello strumento interdittivo, destinato a trovare applicazione soltanto nei casi più estremi e sfortunati a seguito dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno.

E' opportuno, pertanto, in via preliminare, spostare l'attenzione sul piano dei rapporti tra l'interdizione e l'inabilitazione, da un lato, e il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno, dall'altro, e delle incertezze che emergono circa la scelta che occorra compiere tra gli strumenti di protezione, tenuto conto che

l'istituto dell'amministrazione di sostegno si propone nell'ordinamento come lo strumento ordinario per la protezione dei soggetti deboli rispetto al quale, i pur vigenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione rivestono un ruolo residuale, subentrando qualora l'amministrazione di sostegno si riveli inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario (Trib. Trieste 5.10.2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, V, 404).

2.1. Una delle questioni più rilevanti originate dalla normativa sull'amministrazione di sostegno riguarda l'ambito applicativo del nuovo istituto rispetto all'interdizione e all'inabilitazione tanto sotto il profilo dei presupposti quanto sotto quello degli effetti. Se si pone a confronto, infatti, la norma enunciata dall'art. 404 c.c. con quella dell'art. 414 c.c., emerge la sostanziale coincidenza dei presupposti delle due misure di protezione, quando si faccia riferimento alla nozione di "infermità", che per l'art. 404 può anche essere "totale" o "permanente" e dunque coincidere con la nozione di infermità abituale su cui si fonda il provvedimento di interdizione. Inoltre il legislatore non chiarisce la distinzione tra l'"impossibilità", richiesta dall'art. 404, e l'"incapacità" di provvedere ai propri interessi, ex art. 414 c.c., consentendo di sussumere l'ipotesi della grave e abituale infermità di mente nella sfera di applicazione dell'amministrazione di sostegno.

Per quanto attiene agli effetti, poi, il discorso non si chiarisce se si prende in considerazione la norma ex art. 405 c.c., che prevede la possibilità di attribuire all'amministratore di sostegno i poteri del tutore o del curatore, e certamente si fa ancora più complicato in ragione dell'art. 411, comma 4, c.c., che consente al giudice di estendere al beneficiario tutti gli "effetti, limitazioni o decadenze" previsti per l'interdetto e per l'inabilitato¹⁶.

Non stupisce pertanto che, in mancanza di una chiara delimitazione compiuta dal legislatore, fin dalle prime applicazioni della disciplina, dottrina e giurisprudenza si siano interrogate sui confini dei tre istituti, sussistendo il pericolo di violazioni del principio di eguaglianza derivanti dall'effettiva sovrapposibilità dei medesimi.

consulente - di ammettere l'interdetto a redigere testamento con l'assistenza del tutore o di un curatore appositamente nominato.

¹⁶ In tal senso, A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione*, in *Obbl. e contr.*, 2009, X, p. 820 ss.



La Corte Costituzionale, con sentenza 9.12.2005, n. 440, è intervenuta sull'argomento e, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 404, 405, n. 3, 4 e 409 c.c., avanzata dal Tribunale di Venezia, ha affermato la possibilità di coordinare le norme in tema di amministrazione di sostegno con quelle in tema di interdizione, individuando una gradualità delle misure di protezione per cui il giudice deve scegliere l'istituto più adatto tenendo conto del principio che impone di limitare la capacità della persona nella minore misura possibile, posto a fondamento della legge n. 6/2004, in un'ottica di *favor* nei confronti dell'amministrazione di sostegno¹⁷.

La complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità; e consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. 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

(Corte Cost, 9.12.2005, n. 440, in *Fam. pers. succ.*, 2006, II, 136).

In riferimento all'art. 411, comma 4, c.c., la Consulta afferma, che:

il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre 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». Ne discende che in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere “integralmente” con quelli del tutore o del curatore, come invece le ordinanze mostrano di ritenere

(Corte Cost, 9.12.2005, n. 440, in *Fam. pers. succ.*, 2006, II, 136).

Non sembra, tuttavia, come è stato osservato in dottrina, che la Corte abbia risolto il problema di fondo sollevato dall'ordinanza di rinvio, che rilevava il pericolo di un'inammissibile discrezionalità del giudice nei casi di incerta applicazione della normativa, limitandosi a indicare la via conforme alla Costituzione.

Successivamente, la Corte di Cassazione si è pronunciata sul medesimo tema, dichiarando il criterio “quantitativo” accreditato dalla Corte Costituzionale insufficiente a fornire un utile strumento di distinzione tra i presupposti per l'amministrazione di sostegno e quelli per l'interdizione: esso deve essere affiancato da un criterio funzionale¹⁸.

Il legislatore ha inteso configurare uno strumento elastico, modellato a misura delle esigenze del caso concreto, che si distingue dalla interdizione non solo sotto il profilo quantitativo, ma sotto quello funzionale: ciò induce a non escludere che, in linea generale, in presenza di patologie particolarmente

¹⁷ Cfr. G. BONILINI, *Residualità dell'interdizione giudiziale e non necessarietà dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. succ. pers.*, 2007, V, p. 404 ss.

¹⁸ Cass., 12.6.2006, n.13584, *ibidem*, 2006, p. 675.



gravi, possa farsi ricorso sia all'uno che all'altro strumento di tutela, e che soltanto la specificità della singola fattispecie, e delle esigenze da soddisfare di volta in volta, possano determinare la scelta tra i diversi istituti, con l'avvertenza che quello dell'interdizione ha comunque carattere residuale, intendendo il legislatore riservarlo, in considerazione della gravità degli effetti che da essa derivano, a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura (Cass., 12.6.2006, n.13584, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 675).

La Suprema Corte prosegue rilevando che, ai fini della scelta della misura più idonea, il giudice non può prescindere dalla valutazione del tipo di attività che deve essere compiuta in nome del destinatario della tutela, distinguendo tra attività minime “tali da non rischiare di pregiudicare gli interessi patrimoniali del soggetto” in ragione della scarsa entità del patrimonio disponibile o della semplicità delle operazioni da svolgere, e attività che pongono in essere situazioni più complesse, in cui la condotta del soggetto potrebbe arrecargli un pregiudizio.

L'evidenziato criterio del tipo di attività da compiersi in nome del beneficiario, quale elemento di valutazione ai fini della scelta dello strumento meglio rispondente alle esigenze di tutela dello stesso non esclude, peraltro, la necessità della considerazione, in via concorrente, di quelli concernenti la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento (Cass., 12.6.2006, n.13584, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 675).

Severe critiche sono state avanzate in dottrina avverso il criterio adottato dalla Suprema Corte; esso non appare condivisibile per una serie di valide ragioni. In primo luogo, l'applicabilità in presenza di un patrimonio di scarsa entità o di attività minime comporta la residualità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, il che si risolve in un inammissibile *favor* nei confronti dell'interdizione, in contrasto con i principî della disciplina vigente. Il pericolo è quello di tornare ad una applicazione rigida delle misure di protezione, venendo meno anche in tal senso alla *ratio* della riforma. Ancora, si rileva che in nessun altro ordinamento giuridico europeo è prevista una tale soluzione¹⁹. Parrebbe quasi che l'applicazione di un criterio squisitamente economicistico, seppur temperato dalla necessaria concomitanza della valutazione della gravità e della durata della malattia, costituisca un inaccettabile ritorno alle concezioni di matrice ottocentesca, tese prevalentemente alla tutela della proprietà privata.

¹⁹ Cfr. S. PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, *ibidem*, 2006, X, p. 811 ss. Su posizioni meno rigorose, G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, *ibidem*, 2007, VI, p. 494, secondo il quale “la proposta di considerare la consistenza e la complessità del patrimonio del soggetto infermo, e di propendere, quindi, per la sua interdizione giudiziale, allorché, beninteso, concorra l'assoluta gravità e abitualità dell'infermità, è bensì insoddisfacente, ma si rivela l'unica atto a consentire di mantenere un senso alla scelta legislativa, affidata al novellato art. 414 c.c., sebbene smentisca, platealmente l'adeguatezza dell'amministrazione di sostegno.



Di conseguenza, occorre prendere atto di come il problema della distinzione degli istituti di protezione sia rimasto privo di soluzioni²⁰, e non sia stato individuato un criterio certo su cui fondarla, tanto da ridestare le voci di chi da gran tempo chiede un'abrogazione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione²¹.

De iure condendo, non resta che auspicare una netta presa di posizione da parte del legislatore, dal momento che troppi sono i nodi irrisolti dalla normativa del 2004. Su tutti, la questione dell'art. 411, comma 4, c.c., in virtù del quale il giudice tutelare può estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno "determinati effetti, limitazioni e decadenze" previste dalla legge per l'interdetto o l'inabilitato, avuto riguardo all'interesse del medesimo e a quello tutelato dalle predette disposizioni. Nonostante la Corte Costituzionale abbia chiarito che in nessun caso i poteri dell'amministratore di sostegno possono coincidere del tutto con quelli del tutore, sembra opportuno un intervento chiarificatore del legislatore che impedisca che al beneficiario dell'amministrazione di sostegno possa essere sostanzialmente attribuita la posizione dell'interdetto anche nei casi in cui si sarebbe potuto ricorrere a misure meno incisive, in palese violazione del criterio di residualità dell'interdizione. Ciò vale ancora di più ove si consideri che tra le limitazioni di cui discorre l'art. 411 c.c. si annoverano disposizioni, quali le c.d. incapacità speciali, che attengono alla sfera delle situazioni esistenziali dell'individuo, legate indissolubilmente alla dignità e all'essenza stessa dell'essere umano.

3. In virtù dell'art. 85 c.c., non può contrarre matrimonio l'interdetto per infermità di mente. Diverso è il discorso per l'inabilitazione e l'incapacità naturale: se entrambe non costituiscono impedimenti alla celebrazione del matrimonio, soltanto l'incapacità di intendere e di volere, come l'interdizione, è causa di annullabilità. La norma, inoltre, non fa alcun riferimento all'interdetto legale dal momento che, com'è noto, l'interdizione legale esaurisce i propri effetti nell'ambito patrimoniale.

La previsione dell'art. 85 c.c. è netta e perentoria: si tratta di impedimento non dispensabile e di ordine pubblico internazionale, che pertanto esplica i suoi effetti anche nei confronti dello straniero che contragga matrimonio in Italia, anche qualora nel suo ordinamento di appartenenza un tale impedimento non esista ovvero sia suscettibile di dispensa. In virtù dell'art. 4 del Protocollo Addizionale all'Accordo del 18.2.1984, esso rende inoltre intrascrivibile il matrimonio canonico.

²⁰ Nonostante in dottrina e in giurisprudenza siano state avanzate numerose teorie, sulle quali v. le riflessioni di G. SALITO E P. MATERA, *Amministrazione di sostegno tra Sein und Sollen*, in *Giur. merito*, 2005.

²¹ Su tale scia si pone una nuova proposta di legge presentata da P. Cendon, presentata in Parlamento nel luglio 2007.



E' ormai fuor di dubbio in dottrina²² che l'impedimento in questione sorga in seguito alla pubblicazione del provvedimento di interdizione (art. 421 c.c.), anche qualora la sentenza non sia ancora passata in giudicato o non siano state adempiute le formalità previste per la sua annotazione nei registri dello stato civile, sebbene nella giurisprudenza si rinvenga una remota decisione, rimasta tuttavia senza seguito, che vincola l'operatività dell'impedimento al passaggio in giudicato della sentenza (Trib. Napoli, 10.3.1955).

Nell'ipotesi in cui sussista l'infermità di mente di uno degli sposi, che non sia stato interdetto o contro il quale non penda procedimento di interdizione, l'infermità non costituisce causa di opposizione alla celebrazione del matrimonio (Trib. Milano, 9.12.1957).

Se il procedimento di interdizione è ancora in corso, il pubblico ministero ha la facoltà, e non l'obbligo, di chiedere la sospensione della celebrazione del matrimonio, che non potrà avere luogo fino alla conclusione del procedimento (art. 85, comma 2, c.c.). Ai fini della sospensione non è sufficiente l'opposizione dei genitori, ma è necessario l'intervento del pubblico ministero.

L'art. 102, comma 5, c.c. sancisce che il p.m. ha l'obbligo di fare opposizione se ritenga sussistere "l'infermità di mente di uno degli sposi, nei confronti del quale, a causa dell'età, non possa essere promossa l'interdizione". Per la gran parte della dottrina, tale disposizione sembra avere scarsa rilevanza pratica, a seguito della riforma del diritto di famiglia, in quanto l'infermità già risulterebbe dalla valutazione da parte del giudice della maturità psicofisica del minore al fine di autorizzarlo al matrimonio²³. Superata è anche la questione, assai dibattuta, sulle modalità di esercizio del potere di sospensione. In dottrina e in giurisprudenza sussistevano due orientamenti: da un lato si avvalorava la facoltà del p.m. di indirizzare l'ordine direttamente all'ufficiale di stato civile, dall'altro si propendeva per la sollecitazione del tribunale. In favore della prima tesi, un precedente giurisprudenziale del 1956 argomentava che:

in pendenza del giudizio di interdizione per infermità mentale di uno dei nubendi, può il pubblico ministero richiedere che frattanto sia sospesa la celebrazione del matrimonio, sino al passaggio in giudicato della pronuncia sull'istanza di interdizione. Tale richiesta deve essere però rivolta dal pubblico ministero direttamente all'ufficiale dello stato civile, mentre è inammissibile un'azione proposta in giudizio dal medesimo pubblico ministero, intesa ad ottenere dal tribunale l'ordine di sospensione
(Trib. Milano, 12.3.1956, in *Giur. it.*, I, 353).

In realtà, questa tesi è venuta meno a seguito dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 396/2000 sulla riforma dell'ordinamento dello stato civile, che ha trasferito i poteri di indirizzo e vigilanza sugli atti dell'ufficiale di stato civile dalla sfera di competenza del Ministero di Grazia e Giustizia a quella del Ministero degli Interni attraverso l'organo prefettizio (art. 9).

²² V., tra gli altri, M. R. SPALLAROSSA, *Il matrimonio civile*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, I, p. 526 e P. MATERA e G. SALITO, *Dei singoli impedimenti matrimoniali*, in *Diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da G. Autorino Stanzione, Torino, 2005, p. 122 ss.

²³ V., per tutti, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2004, p. 63.



Di conseguenza, deve ritenersi che la richiesta vada inoltrata al Tribunale adito con l'istanza di interdizione. Del resto, tale conclusione era già stata raggiunta dalla dottrina maggioritaria, a sostegno della quale si rinvennero numerosi precedenti giurisprudenziali.

In pendenza del processo di interdizione di uno dei nubendi, il Tribunale investito del relativo giudizio, su richiesta del pubblico ministero, può sospendere la celebrazione del matrimonio (Trib. Milano, 12.6.1953, in *Foro pad.*, 1953, II, 46).

Strettamente collegata alla norma *ex art.* 85 c.c. è quella enunciata dall'art. 119 c.c., che pone l'infirmità di mente tra le cause di annullabilità del matrimonio. Ai fini dell'annullamento, l'incapacità deve sussistere nel momento della formazione del consenso: se, infatti, la sentenza di interdizione è pronunciata successivamente alla celebrazione, è sufficiente che sussista l'infirmità di mente di uno degli sposi al tempo della celebrazione.

Ai sensi dell'art. 119 c.c., il matrimonio può essere impugnato dal tutore, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo.

Qualora una persona contraiga matrimonio durante la procedura di interdizione, che in seguito sia dichiarata, e dalla stessa si accerti la sussistenza dello stato patologico dell'incapacità di intendere e di volere da sindrome demenziale al tempo della celebrazione, il matrimonio può impugnarsi per nullità da chiunque vi abbia un interesse legittimo e non dai soli coniuge, genitori e pubblico ministero (App. Roma, 19.4.2002).

La legittimazione all'impugnativa è espressamente riconosciuta anche in capo al medesimo interdetto, una volta revocata l'interdizione.

L'art. 120 c.c., che disciplina l'ipotesi dell'incapacità di intendere e di volere al momento della celebrazione del matrimonio, attribuisce la legittimazione all'incapace. Controversa è invece la questione della legittimazione ad agire dell'altro coniuge, rinvenendosi due orientamenti dottrinali: il primo, maggioritario, propende per la soluzione affermativa fondandola sulla sussistenza di un interesse del coniuge all'annullamento. Altri, argomentando che si tratterebbe di una protezione eccessiva, in particolare nei casi in cui l'un coniuge è consapevole della infirmità dell'altro, sostengono la tesi secondo la quale il coniuge può agire soltanto se incorso in errore sulle condizioni dell'altro, e dunque in virtù dell'art. 122 c.c. Al riguardo la Corte di Cassazione ha ritenuto che:

integrando, com'è doveroso, l'art. 120 con il 122, risulta quindi che, secondo il nostro ordinamento, in relazione ad un matrimonio contratto da un incapace mentale, la legittimazione ad impugnare spetta sì soltanto al coniuge affetto da incapacità al momento del matrimonio, ma ciò soltanto nel caso che l'altro coniuge ne conoscesse l'infirmità, o comunque nel caso si accerti che, per ragioni particolari, avrebbe egualmente prestato il suo consenso anche se l'avesse esattamente conosciuta. Quando, invece, come di solito accade, l'incapacità di uno dei due coniugi al momento della celebrazione del matrimonio sia ignorata dall'altro, sicché quest'ultimo possa addurre di essere stato indotto a consentire al matrimonio per effetto di errore essenziale di qualità personali del coniuge riguardante l'esistenza di una malattia psichica e che certamente non avrebbe prestato il suo



consenso, se l'avesse esattamente conosciuta, anche il coniuge sano di mente - ma caduto in errore - può ben impugnare il matrimonio (Cass. Civ., 1.8.1986, n. 4910).

L'ultimo comma dell'art. 119 c.c. stabilisce che l'impugnazione non può essere proposta se, una volta revocata l'interdizione, vi sia stata coabitazione ininterrotta per un anno.

In verità, il concetto di coabitazione è stato assai diversamente inteso in dottrina: per alcuni esso attiene a una situazione meramente oggettiva e materiale, ovverosia la condivisione del medesimo tetto. Un secondo orientamento, che ha raccolto maggiori adesioni, lo interpreta come convivenza coniugale, espressione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Una tale soluzione appare in linea con la *ratio* dell'art. 119 c.c. - come delle altre norme che prevedono ipotesi di sanatoria-decadenza dall'azione - imperniata sulla "esplicazione di un rapporto coniugale fondato sul reciproco consenso, libero e consapevole"²⁴.

Qualora non si verifichi la decadenza *ex art.* 119 c.c., l'azione si prescrive nel termine ordinario di dieci anni, decorrendo dalla celebrazione del matrimonio o dal passaggio in giudicato della sentenza di revoca dell'interdizione nell'ipotesi in cui l'azione sia stata promossa dalla persona che era interdetta.

Com'è noto, la disciplina presa in considerazione è rimasta sostanzialmente immutata dal 1942; la legge di riforma del diritto di famiglia, definita "un'occasione mancata" per il ripensamento della condizione dell'incapace in ambito familiare²⁵, si è limitata a modifiche di scarso rilievo. Eppure il dibattito non si è mai sopito e si è da più parti richiamata l'attenzione sull'incostituzionalità delle norme citate, in riferimento agli artt. 2 e 3, comma 2, cost. Tuttavia autorevole dottrina ha ritenuto insufficiente la soluzione della rimozione per incostituzionalità dell'impedimento matrimoniale, poiché se da un lato esso comporta la preclusione della scelta matrimoniale anche per coloro che sono in grado di realizzare una stabile convivenza, dall'altro sussisterebbe il pericolo per l'interdetto di diventare vittima di speculazioni²⁶. Scarso seguito sembra ottenere anche l'orientamento, pur apprezzabile, che avvalorava un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, dell'art. 85 c.c., fondata sulla teoria del lucido intervallo²⁷. Altri si attestano, seppur autorevolmente²⁸, sulla posizione conservatrice, oramai superata che, tuttavia, pur con la

²⁴ In questi termini, G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 61.

²⁵ ID., *Infermità mentale e tutela del disabile*, cit., p. 17.

²⁶ C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 25.

²⁷ La necessità di un'interpretazione evolutiva è stata sostenuta, tra gli altri, da G. LISELLA, *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 738 ss., e ID., *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Camerino-Napoli, 1984, p. 56 ss., non soltanto con riferimento alla norma *ex art.* 85 c.c. ma anche alla previsione dell'art. 266 c.c., al fine di escludere ogni automatismo invalidante per il riconoscimento di figlio naturale posto in essere dall'interdetto giudiziale.

²⁸ A. DE CUPIS, *Il matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 118 ss. Vivace è stato il dibattito, in quegli anni, sull'ammissibilità dell'interdetto a contrarre matrimonio. In proposito, v., del medesimo autore, *Amoenitas iuris*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 354 e *Nuove riflessioni sul matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 270. Sul fronte opposto, C.M. BIANCA, *Questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 533.



finalità di attuare la maggiore protezione possibile dell'incapace, finisce col coincidere con l'ottica patrimonialistica fondata su una concezione monolitica della malattia mentale. Si è prospettata allora la soluzione di dettare una disciplina che, ispirandosi all'art. 506 *code civil*, consenta all'interdetto di sposarsi, sul presupposto dell'accertamento giudiziale della sua attitudine a svolgere la vita coniugale (come previsto dall'art. 85 *bis* della "Bozza Cendon"²⁹) e cioè della sussistenza della maturità psicofisica sufficiente a vivere il rapporto coniugale, avvalorata ad esempio da una pregressa situazione di convivenza.

Se è vero che la nuova disciplina degli istituti di protezione dell'infermo di mente (*rectius* della persona debole) relega l'applicazione dello strumento interdittivo ai casi in cui si accerta la totale inesistenza della capacità di intendere e di volere sia per le situazioni patrimoniali che per quelle esistenziali, allora potrebbero prospettarsi due soluzioni *de iure condendo*. O si sceglie la via di limitare espressamente l'interdizione (e l'inabilitazione) alle ipotesi più estreme oppure si dà un ambito più ampio alle norme in tema di applicazione dell'amministrazione di sostegno.

Nel silenzio del legislatore, spetta al giudice valutare nel caso concreto la capacità di discernimento della persona. Ne è esempio, la decisione del giudice tutelare di Trieste³⁰ di nominare un amministratore di sostegno all'inferma di mente in procinto di contrarre matrimonio, la cui infermità non è tale da giustificare un provvedimento di interdizione, al fine di estendere, in virtù dell'art. 411, comma 4, c.c., l'impedimento *ex art. 85 c.c.*, affidando all'amministratore di sostegno "un ruolo di guida e di mediatore tra la coppia, i servizi sociali, le famiglie, per seguire l'evoluzione di questa esperienza affettiva e la connessa maturazione della giovane".

3.1. Tutti gli atti posti in essere nell'esercizio della comunione di vita morale e materiale da parte dei coniugi, attengono alla sfera delle libertà personali dell'individuo. Innanzitutto, è opportuno chiedersi se il sopraggiungere di una malattia o di uno stato di sofferenza psichica di un coniuge possa incidere sulla comunione di vita materiale e spirituale, fino a determinarne la cessazione. Al riguardo la Corte di Cassazione, che si era già pronunciata sull'argomento rilevando che il sopraggiungere di uno stato di malattia non può legittimare l'assunzione di comportamenti contrastanti con i doveri di solidarietà e assistenza³¹, ha ribadito che:

il grave stato di infermità di uno dei coniugi, perdurante nel tempo e non reversibile, può costituire, per le modalità in cui si manifesti e per l'implicazione nella vita degli altri componenti il nucleo familiare, specialmente se investa la sfera psichica della persona, precludendo ogni possibilità di

²⁹ In particolare, l'art. 85 *bis* in parola prevede l'ammissibilità dell'interdetto per infermità mentale a contrarre matrimonio, qualora il giudice, su istanza del tutore o dell'interdetto stesso, "accerti che le condizioni di questi non siano tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale".

³⁰ Con dec. Giudice tutelare 28.9.2007.

³¹ V. Cass. civ. 6.9.1985, n. 4639, in *Foro it.*, 1986, I, p. 119.



comunicazione e di intesa, un elemento di così grave alterazione dell'equilibrio coniugale, da determinare per se stesso un'oggettiva impossibilità di prosecuzione della convivenza (Cass., 20.12.1995, n. 13021, in *Giur. it.*, 1, 1, 855.).

Per quanto riguarda le situazioni di natura esistenziale, è evidente che l'insorgenza della malattia mentale può incidere sulla comunione di vita materiale e spirituale e sulla tollerabilità della convivenza, giustificando in tal modo la possibilità per l'altro coniuge di ottenere un provvedimento di separazione e successivamente di divorzio. Per le medesime ragioni si può invocare il grave pregiudizio per la prole di cui all'art. 151 c.c., mai tuttavia una pronuncia di addebito a carico del sofferente. Anzi, occorre che siano adempiuti, prima e dopo il provvedimento di separazione o di divorzio, gli obblighi di assistenza materiale e morale e di solidarietà familiare in favore dell'infermo a pena di una pronuncia di addebito comminata, se richiesta, al coniuge istante. Probabilmente, tuttavia, il rispetto del principio di solidarietà non può tradursi nel rifiuto dei provvedimenti, entrambi basati sulla constatazione obiettiva l'uno della intollerabilità della convivenza, l'altro della scomparsa della comunione di vita materiale e spirituale. Spetterà al giudice valutare se gli accordi di natura patrimoniale, per il tempo successivo alla separazione o al divorzio consentano la soddisfazione di quegli obblighi prima citati.

Diverso è il profilo delle convenzioni patrimoniali tra coniugi. Qui rileva la questione della esistenza prima del matrimonio della capacità di intendere e di volere. E' noto che in materia di convenzioni matrimoniali vale il brocardo "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*". In ragione di ciò, il codice civile si limita a regolare le ipotesi di convenzioni stipulate dal minore d'età e dall'inabilitato o inabilitando agli artt. 165 e 166 c.c. Per quanto attiene a questi ultimi soggetti, è espressamente prevista la facoltà di stipulare tali accordi con l'assistenza del curatore o del curatore speciale.

La dottrina si divide sulla questione della stipulazione delle convenzioni matrimoniali da parte dell'interdicendo. E' fuor di dubbio che, qualora intervenga la pronuncia di interdizione e di conseguenza non si pervenga alle nozze, la convenzione stipulata dall'interdicendo non ha alcun valore e, in quanto priva di causa, è destinata a rimanere lettera morta³²; pertanto il discorso sarà limitato alle ipotesi in cui, data la sussistenza di una sufficiente capacità di intendere e di volere, non si applichi l'interdizione.

Al riguardo, si individuano due correnti dottrinali: una prima visione ammette l'interdicendo a concludere convenzioni matrimoniali senza alcuna limitazione, affidandosi se del caso al rimedio *ex post* di cui all'art. 427 c.c. All'interno dell'orientamento che accoglie la soluzione negativa, la dottrina si divide ulteriormente. Taluni fondano il divieto di stipulare sulla norma *ex art.* 166 c.c. che equipara l'inabilitato all'inabilitato, applicando lo stesso principio all'interdicendo³³. Altri, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 85, comma 2,

³² A. SATURNO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* a cura di G. Autorino Stanzione, cit., III, p. 107 ss.

³³ In tal senso, M. CANNIZZO, *Le convenzioni matrimoniali e gli incapaci*, in *Vita not.*, 1993, I, 1, p. 1009 ss.



c.c., non ammettono la stipula di convenzioni matrimoniali durante il periodo di sospensione della celebrazione.

Parte della dottrina nega, sulla base del divieto di contrarre matrimonio *ex art. 85 c.c.*, che l'interdetto possa validamente stipulare convenzioni matrimoniali.

Altra questione è quella della possibilità per l'interdetto di stipulare convenzioni atte ad incidere sui rapporti patrimoniali scaturenti dal vincolo matrimoniale anteriore all'interdizione. Nel silenzio del legislatore, la questione deve fondarsi sulla qualificazione delle convenzioni matrimoniali: taluni le considerano atti personalissimi e, pertanto, non ammettono la rappresentanza, legale o volontaria che sia. Già in precedenza in maniera assai autorevole si era intuito, in tempi certamente non favorevoli ad interpretazioni evolutive della disciplina in questione, che l'esigenza sottesa al carattere personalissimo dei negozi familiari non è necessariamente contraddetta dalla rappresentanza legale degli incapaci, intesa come strumento dell'organizzazione familiare³⁴. In effetti si può affermare che occorre distinguere almeno tre ipotesi differenti: che si tratti di atti personalissimi a contenuto esclusivamente esistenziale, che si tratti di atti personalissimi a contenuto esclusivamente patrimoniale o ancora che si tratti di atti personalissimi a contenuto patrimoniale ma strumentali alla realizzazione di situazioni esistenziali.

Sulla base dell'inquadramento delle convenzioni matrimoniali in quest'ultima categoria, l'orientamento maggioritario ammette la legittimazione del tutore, debitamente autorizzato o, in caso di conflitto di interessi, del protutore. A sostegno della tesi positiva, inoltre, si è fatto notare che in virtù del potere del rappresentante legale e del coniuge dell'interdetto di domandare la separazione giudiziale dei beni *ex art. 193 c.c.*, sarebbe incongruo non riconoscere la possibilità di ottenere lo stesso risultato in via negoziale, qualora vi sia concordanza di valutazioni tra il coniuge e il rappresentante dell'interdetto.

Ovviamente, la convenzione che non rispetti la normativa dettata in tema di incapaci è annullabile secondo la regola generale.

E' noto che la legge n. 6/2004 ha trascurato di disciplinare la condizione del beneficiario dell'amministrazione di sostegno rispetto alla stipulazione di accordi riconducibili alla categoria delle convenzioni matrimoniali. Parte della dottrina esclude del tutto l'intervento dell'amministratore di sostegno, sul presupposto del carattere personalissimo degli atti in questione. Al riguardo si può opporre la medesima considerazione espressa a proposito dell'interdetto, in base alla quale ci si trova in presenza di un atto personalissimo a contenuto patrimoniale finalizzato però alla realizzazione di situazioni esistenziali.

Sul fronte opposto, taluni ammettono la possibilità di un'applicazione analogica della norma *ex art. 166 c.c.*, sebbene rilevino l'impossibilità di porre il beneficiario sullo stesso piano dell'inabilitato: nel caso dell'amministrazione di sostegno - fatta eccezione per gli atti

³⁴ V. F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 382 ss, in cui l'A. sviluppa le teorie sui negozi familiari e l'autonomia privata che, secondo E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario al codice civile* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2004, p. 33, "hanno costituito il punto di partenza per la costruzione del nuovo diritto di famiglia".



espressamente indicati nel decreto di nomina (art. 405 n. 3 c.c.), che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario - il soggetto conserva una capacità negoziale generale³⁵. Altri, in conformità alla nuova disciplina, discorrono di estensione della disposizione dettata per l'inabilitato in virtù dell'art. 411, comma 4, c.c.³⁶ Da entrambe le considerazioni deriva che, privilegiando un regime di assistenza, si consente al soggetto di porre in essere tali atti personalmente e senza la necessità dell'autorizzazione giudiziale anche per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, sul presupposto della sussistenza di una sufficiente capacità di intendere e di volere.

L'interdizione di uno dei coniugi comporta la sua esclusione "di diritto" dall'amministrazione dei beni rientranti nella comunione legale fino a quando permanga lo stato di incapacità (art. 183, comma 3, c.c.).

Qualora sussista l'impossibilità di amministrare ovvero la minore età o la pregressa cattiva amministrazione, invece, ciascun coniuge è legittimato a chiedere al giudice l'esclusione dell'altro dall'amministrazione (art. 183, comma 1, c.c.).

Innanzitutto, occorre porre in rilievo la distinzione con i presupposti dell'art. 182 c.c., che prevede l'affidamento dell'amministrazione ad uno solo dei coniugi in caso di lontananza o impedimento dell'altro. Il *discrimen* è il carattere temporaneo dell'impedimento *ex art. 182 c.c.*:

la nozione di "impedimento" di cui all'art. 182 c.c. ha riguardo ai soli casi in cui questo abbia natura temporanea, e non ricomprende quindi anche il caso di incapacità di intendere e di volere conseguente a malattia la quale, per le sue caratteristiche interne, sia destinata a protrarsi indefinitamente nel tempo
(Trib. Torino, 25.10.1999, *Riv. not.*, 2000, 948).

E ancora:

L'autorizzazione prevista dall'art. 182, comma 1, c.c., presuppone un impedimento di carattere temporaneo e transeunte, mentre in caso di impedimento di carattere permanente si deve ricorrere alla esclusione del coniuge dalla amministrazione, *ex art. 183, comma 1, c.c.*, ovvero al procedimento di interdizione, se l'impedimento è determinato da abituale incapacità di intendere e di volere
(App. Milano, 7.3.2003, in *Fam. Dir.*, 2003, 465).

In dottrina si è criticata la scelta del legislatore, che si è limitato a comminare l'esclusione, senza preoccuparsi di determinare l'estensione dei poteri dell'altro coniuge. Secondo alcuni, quest'ultimo sarebbe pertanto tenuto a richiedere il consenso del rappresentante legale del coniuge escluso o l'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione.

Anche per quest'ambito, in cui si ripropone la questione dell'ammissibilità della rappresentanza-sostituzione in situazioni che assommano in sé profili patrimoniali ed

³⁵ In questi termini, E. RUSSO, *op. ult. cit.*, p. 593.

³⁶ In tal senso, A. SATURNO, *op. ult. cit.*, p. 119.



esistenziali, sembra che possano valere la riflessioni addotte in tema di convenzioni matrimoniali.

Diverso è il discorso riguardo all'art. 193, comma 1, c.c., in virtù del quale il coniuge dell'interdetto può chiedere la separazione giudiziale dei beni. Secondo la dottrina più sensibile, la norma in parola, lungi dal perseguire un fine di protezione del coniuge debole, tradisce la sua appartenenza ad una logica di tipo conservativo. E' stato autorevolmente osservato che, dal momento che l'unica spiegazione della norma sembra essere quella della mancata contribuzione dell'interdetto all'incremento del patrimonio comune - non rilevando il pregiudizio derivante dagli atti di gestione dell'interdetto per il quale sussiste il rimedio *ex art. 183 c.c.* -, si tratta di una norma contraria al carattere solidaristico della comunione legale e intollerabilmente punitiva per il soggetto più debole³⁷.

4. Il legislatore del codice civile, in un'ottica di *favor* nei confronti del riconoscimento di figlio naturale, non ne ha precluso *ex ante* l'effettuazione all'interdetto, limitandosi a sancire la sua impugnabilità da parte del rappresentante legale o, una volta revocata l'interdizione, dello stesso autore del riconoscimento (art. 266 c.c.). La norma stabilisce, inoltre, il termine di decadenza dall'azione in un anno dalla revoca della pronuncia di interdizione.

E' evidente che la tematica si articola in termini diversi rispetto a quella matrimoniale, laddove il legislatore prevede uno specifico impedimento fondato sulla sussistenza della interdizione³⁸.

Tuttavia, anche la norma *ex art. 266 c.c.* non sfugge a un sospetto di incostituzionalità: la dottrina più attenta invoca, analogamente alle altre situazioni di natura esistenziale, la valutazione della capacità di discernimento in concreto esistente³⁹. Il presupposto per l'azione, al contrario, è la mera incapacità dichiarata⁴⁰, non la violenza o la non veridicità del riconoscimento richiesti dagli artt. 265 e 263 c.c. La *ratio* sembra potersi rinvenire in una esigenza di protezione del soggetto debole, inconsapevole del significato delle sue azioni e delle conseguenze giuridiche che ne discendono. Al riguardo si è rilevato come la previsione in parola si scontri con il principio di rango costituzionale della responsabilità da procreazione (art. 30 Cost.), ancor di più, se si considera che il tempo in

³⁷ In tal senso, C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, cit., p. 25.

³⁸ F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 4240.

³⁹ In tal senso, tra gli altri, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 245.

⁴⁰ Da considerare le autorevoli riflessioni *de iure condendo* di C. M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, cit., p. 32: "Sempre nel campo dei diritti familiari deve essere consentito all'interdetto il riconoscimento del figlio: il riconoscimento potrà essere impugnato non in quanto compiuto da un incapace ma in quanto non veridico".



cui rileva lo stato di incapacità è quello del riconoscimento e non quello della procreazione⁴¹.

Rilevanti dubbi sono stati espressi, inoltre, in merito alla previsione dell'art. 267 c.c., che estende la legittimazione agli eredi dell'autore del riconoscimento nelle ipotesi di violenza e interdizione, in ragione del fatto che si tratta di soggetti portatori di un interesse meramente patrimoniale.

Altra questione è quella dell'applicabilità della norma ex art. 266 c.c. all'incapace di intendere e di volere, che ha, sin dalle origini, diviso dottrina e giurisprudenza in due schieramenti opposti. La tesi giurisprudenziale respinge fermamente l'impugnabilità dell'atto ad opera dell'incapace non dichiarato⁴². Le argomentazioni solitamente addotte dalla giurisprudenza fanno leva sulla tipicità e compiutezza della disciplina del riconoscimento, derivandone l'impossibilità di individuare nuove cause di annullamento oltre a quelle previste dagli artt. 265 e 266 c.c. Per di più l'art. 428 c.c. richiede la condizione del "grave pregiudizio all'autore", che può verificarsi soltanto nel caso di non veridicità del riconoscimento, ipotesi di annullabilità già contemplata dall'art. 263 c.c., assorbendo così la causa dell'incapacità naturale e rendendola irrilevante⁴³.

Sulla medesima linea, una recente pronuncia di legittimità, nel rigettare il motivo di censura relativo alla valutazione delle prove sull'anormalità psichica dell'autore del riconoscimento, si è limitata ad affermare l'irrilevanza della presunta patologia, dal momento che

a norma dell'art. 266 c.c. l'incapacità naturale dell'autore del riconoscimento non determina l'invalidità di quest'atto
(Cass. civ., 5.11.1997, n. 10838, in *Dir. fam.*, 1998, II, 542).

Autorevole dottrina da tempo avvalorata la tesi contraria, che ammette l'incapacità di intendere e di volere tra le cause di impugnabilità del riconoscimento di figlio naturale, dividendosi tuttavia sulle motivazioni. Taluni si limitano ad affermare la rilevanza *tout court* della incapacità naturale come autonoma causa di impugnazione⁴⁴; altri la giustificano in

⁴¹ M. DI NARDO, *La filiazione non riconoscibile*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, II, p. 509.

⁴² L'orientamento è avvalorato da gran tempo dalle corti di merito, v. Trib. Bari, 29.11.1961, in *Foro it.*, 1962, I, p. 151 e Trib. Napoli, 25.2.1964, in *Riv. dir. civ.*, 1964. Anche la Corte di Cassazione si è pronunciata al riguardo in Cass. 8.10.1970, n. 1869, in *Giur. It.*, 1972, I, p. 823, ribadendo recentemente la sua posizione in Cass. civ., 5.11.1997, n. 10838, in *Dir. fam.*, 1998, II, p. 542.

⁴³ Sono le argomentazioni esplicitamente o implicitamente usate da Trib. Napoli, 25.2.1964, *cit.*, che si riassumono sostanzialmente nella tassatività delle cause di impugnazione espressamente previste dalla legge e nell'inapplicabilità alla fattispecie in parola dell'art. 428 c.c. Tali argomentazioni sono state sostanzialmente riprese dalla Corte di Cassazione, in Cass. 8.10.1970, n. 1869, *cit.*

⁴⁴ V., tra gli altri, F. CARRESI, *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940, p. 58 ss.



base a un'esigenza di etica sociale⁴⁵. Altri ancora equiparano la situazione dell'incapace non dichiarato a quella dell'interdetto⁴⁶.

La costruzione dottrinale, sebbene risalente, appare condivisibile, non tanto in forza delle argomentazioni in ordine all'applicabilità dell'art. 428 c.c., facenti capo alla *vexata quaestio* sulla natura giuridica del riconoscimento di figlio naturale⁴⁷, ma soprattutto perché, in conformità a quanto sancito dall'art. 30 Cost., in materia di filiazione il principio di veridicità non può essere disgiunto da quello di responsabilità e, allora, il rapporto di filiazione potrà nascere validamente soltanto quando “alla verità della procreazione si accomuna l'assunzione di responsabilità da parte del genitore”⁴⁸.

Minori problemi solleva l'interrogativo sull'ammissibilità del beneficiario di amministrazione di sostegno a proporre riconoscimento del figlio naturale, dal momento che la capacità costituisce la regola e la limitazione l'eccezione. Pertanto il beneficiario non potrà vedersi privato della facoltà di riconoscere il figlio naturale, fermo restando il regime di annullabilità assoluta per difetto di veridicità previsto dall'art. 263 c.c. Tuttavia, ai sensi dell'art. 411 c.c., il giudice tutelare potrebbe stabilire l'estensione dell'art. 266 c.c. al beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Ancora una volta, in attesa dell'intervento del legislatore, spetta al giudice salvaguardare il pieno esplicarsi della persona, tenuto conto delle concrete esigenze dei componenti del gruppo familiare, intesi come centri di imputazione di interessi.

4.1. L'infermità mentale non è da sola sufficiente a provocare l'ingerenza del diritto nei rapporti familiari e nell'ipotesi in cui sia il figlio ad esserne colpito, tanto da comprometterne in diversa misura le facoltà di comunicazione e di espressione, e nell'ipotesi in cui il genitore sia affetto da una patologia che comporti la necessità di un provvedimento di protezione⁴⁹.

L'ordinamento, infatti, individua gli interessi dei singoli componenti il gruppo familiare e ne disciplina i comportamenti e solo dai comportamenti che incidono sull'assetto di quegli interessi, alterandolo, fa discendere determinate conseguenze sul piano del diritto.

Ne è esempio tangibile la norma enunciata dall'art. 330 c.c., che disciplina le ipotesi di decadenza dalla potestà dei genitori. Tuttavia, ancora più importante in questa materia

⁴⁵ Secondo M. STELLA RICHTER - V. SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. al cod. civ.*, 1, I, II, Torino, 1958, p. 166: “ripugna ad una valutazione condotta sul metro della comune coscienza etica la validità di una dichiarazione emessa da un incapace di intendere e di volere”.

⁴⁶ A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1958, p. 174.

⁴⁷ Ampiamente sul tema V. PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale e incapacità di intendere e di volere*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 466 ss.

⁴⁸ Sono parole di G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 246. In tal modo la dottrina più recente funzionalizza l'opinione descritta alla tutela costituzionale della persona.

⁴⁹ Così M. DOGLIOTTI, *La famiglia del folle*, in *Follia e diritto* a cura di G. Ferrando e G. Visintini, Torino, 2003, p. 114 ss.



appare il ricorso all'art. 333 c.c., che consente al giudice di assumere qualsiasi decisione tesa a proteggere il minore da un comportamento pregiudizievole di uno o entrambi i genitori, indipendentemente da qualsiasi riferimento al dolo o alla colpa o addirittura alla consapevolezza del comportamento. Qui, l'assenza di qualsiasi intenzione sanzionatoria rende lo strumento duttile ed efficace, ogniqualvolta, in qualsiasi modo, anche su iniziativa dello stesso minore, il giudice tutelare venga a conoscenza della situazione di pericolo⁵⁰.

L'intera tematica è imperniata sulla nozione, assai sfuggente, di interesse del minore, elevato a cardine della nuova disciplina dalla legge di riforma del diritto di famiglia, che ha sancito la fine della antica centralità della posizione dei genitori. La stessa potestà genitoriale assume un significato nuovo, affatto diverso dalla concezione tradizionale: perde, infatti, il suo connotato autoritaristico e non è più funzionalizzata alle esigenze dei genitori bensì all'interesse del figlio, che ne diviene "motivo centrale"⁵¹. Tanto che di recente si moltiplicano le voci che ritengono preferibile sostituire terminologicamente e contenutisticamente all'espressione "potestà" quella di "responsabilità dei genitori"⁵².

Si tratta di una clausola generale, che di volta in volta deve essere riempita di contenuto, dal momento che la normativa si è limitata a sancirne il perseguimento. La scelta del legislatore è consapevole, dal momento che non è possibile dare una nozione astratta di interesse del minore, che deve continuamente conformarsi alle esigenze del caso concreto.

L'ordinamento rinviene nei genitori o nel giudice - a seconda che ci si trovi in una fase fisiologica o patologica delle relazioni familiari - i soggetti deputati alla individuazione dell'interesse del minore, prevedendo, tuttavia, soprattutto con riguardo alle situazioni esistenziali, la partecipazione del figlio alle scelte, qualora quest'ultimo abbia una sufficiente capacità di discernimento. Nella valutazione dell'interesse del minore gioca un ruolo fondamentale il tipo di rapporto in cui viene in rilievo. Nella prospettiva dei rapporti genitori - figli bisognerà assicurare la prevalenza dell'interesse del minore, soprattutto sotto il profilo educativo, in quanto si deve garantire lo sviluppo armonioso della sua personalità.

Diversa è la questione se l'interesse del minore è calato nel più vasto interesse della famiglia, che si identifica di volta in volta - in una visione che contemperi le esigenze di ciascuno dei componenti - in quello maggiormente meritevole di tutela e quindi da assumere, nel singolo contesto, come interesse dell'intera famiglia.

Ovviamente, l'operazione si fa più complessa quando il conflitto o il contemperamento comprende interessi posti sul medesimo piano di tutela o di rilevanza come per esempio quelli appartenenti ai figli minori. Valgono in proposito i criteri di valutazione desunti dalla gerarchia di valori a fondamento del nostro ordinamento, che pone in primo piano le situazioni esistenziali e a queste strumentalizza quelle di natura patrimoniale. Così, di fronte alla tutela della salute cede, ad esempio, quella di esigenze

⁵⁰ In tal senso, P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., p. 370 ss. e sulla sua scia numerosissima dottrina.

⁵¹ G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 317.

⁵² Vedi le motivazioni del DDL Bindi del febbraio 2007.



legate all'acquisizione di particolari professionalità e ancor di più quelle legate all'estetica o allo svago.

Nel caso in cui si tratti di assumere decisioni relativamente alla salute del minore non trova applicazione l'art. 78, 2° comma, c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale del rappresentato, in quanto dettato in previsione della tutela giudiziaria di un diritto di contenuto patrimoniale in relazione al quale sorga il conflitto tra l'esercente la potestà parentale ed il minore; in detta ipotesi, qualora si assuma che le decisioni dei genitori siano pregiudizievoli alla tutela del minore, il giudice, sulla base degli ampi poteri anche sostitutivi conferitigli dall'art. 333 c.c., può consentire all'intervento sanitario, demandando ad altri l'esecuzione, anche forzosamente, di tale provvedimento qualora esso non fosse eseguito spontaneamente dall'esercente la potestà parentale (App. min. Ancona, 26.3.1999, in *Famiglia e dir.*, 1999, 467).

Se è vero che le ipotesi di interdizione giudiziale sono ormai limitate ai casi estremi, in cui si versi in condizioni di incapacità assoluta, che non può non comportare l'impossibilità materiale e giuridica di esercitare la potestà genitoriale, altro discorso deve farsi per l'amministrazione di sostegno. Tale istituto, invero, copre una insieme assai variegato di situazioni, per cui di volta in volta sarà necessario valutare il discernimento in concreto esistente. Allora, si possono prospettare soluzioni come la separazione del profilo patrimoniale, affidato all'altro genitore, da quello delle scelte esistenziali. Ancora, si potrebbe applicare la diversa soluzione di sostituzione o assistenza per gli atti di straordinaria o ordinaria amministrazione, o ancora la nomina di un curatore speciale in caso di eventuale conflitto; insomma, secondo la tecnica del "vestito su misura", nell'ipotesi concreta adottare la situazione più opportuna. Così, il giudice tutelare può decretare l'incapacità soltanto per alcuni atti, o categorie di atti che possono interessare la potestà, senza sospendere la stessa, e in riferimento a tali atti si porranno le questioni dell'assistenza dell'amministratore di sostegno o della nomina di un curatore speciale, anche con riferimento a quelli di natura patrimoniale riguardanti l'esercizio della potestà parentale⁵³.

5. Come si è avuto modo di osservare, è fuor di dubbio che lo stato di infermità su cui si basa il provvedimento di interdizione ben può essere tale da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o comportare un grave pregiudizio all'educazione della prole, giustificando così la richiesta di separazione giudiziale ai sensi dell'art. 151 c.c. Tuttavia, sembra opportuno ribadire che essa non può mai costituire causa di addebito. Del resto, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale⁵⁴ aveva attenuato il carattere squisitamente sanzionatorio della previgente disciplina della separazione, teorizzando - ben prima della

⁵³ Cfr. G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno* a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 115 ss.

⁵⁴ V. Cass., 16.2.1963, n. 347, in *Rep. Giur. it.*, 1963, voce *Separazione dei coniugi*, n.8; Cass. 29.1.1955, n.244, in *Foro it.*, 1955, I, c. 163; App. Roma, 19.2.1957, in *Rep. Giur. it.*, voce *Separazione dei coniugi*, n. 43.



rivoluzione operata dalla legge n. 151/1975 - una separazione per “giusta causa”, che si rinveniva in una “situazione obiettiva che, anche se incolpevole, rende intollerabile, perché umanamente impossibile o eccessivamente penosa, e non semplicemente difficile, la convivenza”⁵⁵. La riforma del diritto di famiglia capovolge l'impostazione della fattispecie, tanto che la dottrina è ormai quasi del tutto concorde sul carattere di norma eccezionale della previsione di addebito, fondata sul comportamento del coniuge contrastante con i doveri discendenti dal matrimonio⁵⁶.

Sulla scorta di una tendenza radicata nella giurisprudenza di merito⁵⁷, la Corte di Cassazione ha dichiarato⁵⁸ che uno stato patologico grave, soprattutto qualora investa la sfera psichica del coniuge, comportando una rilevante alterazione dell'equilibrio coniugale, può determinare per se stesso una oggettiva impossibilità della convivenza, precisando che:

ove l'altro coniuge non adempia ai doveri di assistenza morale e materiale, ai fini della eventuale pronuncia di addebito, la violazione di tale dovere non può essere riguardata di per se stessa, ma occorre invece accertare in concreto - con riferimento a tutte le circostanze del caso ed alla successione temporale degli avvenimenti - se la condotta del coniuge rifletta un atteggiamento di mero rifiuto dell'impegno solidaristico assunto con il matrimonio, con efficacia diretta sulla definitiva dissoluzione del vincolo matrimoniale, o non costituisca piuttosto una presa d'atto di una non superabile e già maturata situazione di impossibilità della convivenza (Cass., 20.12.1995, n. 13021, in *Giur. it.*, 1996, 1, 1, 885).

Al riguardo, la dottrina si divide tra chi accoglie tale visione⁵⁹ e chi, contrariamente, accentua il ruolo del dovere di solidarietà nei confronti del coniuge malato⁶⁰. Tuttavia, essa è concorde sulla necessità di valutare di volta in volta gli interessi in gioco, in una prospettiva di funzionalizzazione della disciplina familiare alla persona, temperata da istanze solidaristiche.

Il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale è a carattere personalissimo: spetta esclusivamente ai coniugi esercitarlo (art. 150, comma 3, c.c.).

⁵⁵ A. FALZEA, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1943, p. 33 ss.

⁵⁶ Diffusamente sul punto G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 131 ss.

⁵⁷ V., tra le altre, Trib. Monza, 16.4.1986, in *Dir. fam.*, 1986, p. 649 e Trib. Torino, 7.6.1982, in *Giur. it.*, 1982, 1, 2, p. 356.

⁵⁸ Cass., 20.12.1995, n. 13021, in *Giur. it.*, 1996, 1, 1, p. 885 ss. La Suprema Corte si era già pronunciata sulla questione, rilevando che il sopraggiungere di uno stato di malattia non può legittimare l'assunzione di comportamenti contrastanti con i doveri di solidarietà e assistenza (Cass. civ. 6.9.1985, n.4639, in *Foro it.*, 1986, I, p. 119).

⁵⁹ V., tra gli altri, M. CALOGERO, *La separazione giudiziale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, I, 2, p. 1038 ss.

⁶⁰ In tal senso, F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., I, 1, p. 130 e P. PAJARDI e P. ORTOLAN, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1996, p. 82.



Assai controversa è la questione dell'ammissibilità della rappresentanza legale, qualora uno dei coniugi sia interdetto. Se in dottrina si fronteggiano diverse opinioni⁶¹, la giurisprudenza si attesta, invece, su una posizione di rigida chiusura nei confronti della legittimazione attiva dell'interdetto a mezzo del tutore⁶².

Il problema è complicato, poi, dal rischio di una sovrapposizione dei profili della legittimazione all'esercizio dell'azione di separazione o di divorzio e della rappresentanza in giudizio⁶³, laddove il primo attiene all'attitudine a proporre azione di divorzio e il secondo alle modalità di esercizio di tale facoltà nel processo.

A maggior ragione, anche il diritto di proporre domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio ha natura personalissima, sebbene la legge n. 898/1970 nulla dica al riguardo.

La legge sul divorzio si limita, infatti, a disciplinare l'ipotesi del coniuge convenuto malato di mente o legalmente incapace, sancendo la necessità della nomina di un curatore speciale per la legittimazione passiva e la rappresentanza processuale (art. 4, comma 5). Tuttavia, in una pronuncia recente la Suprema Corte si è espressa a favore della nomina di un curatore speciale, su istanza del tutore, anche per l'interdetto attore nel giudizio di divorzio⁶⁴, in virtù di una "interpretazione adeguatrice" fondata sull'applicazione analogica dell'art. 4, comma 5, l. div.

Ritiene il Collegio che debba individuarsi in un curatore speciale il soggetto legittimato a proporre la domanda di divorzio per l'interdetto infermo di mente, in base ad una interpretazione analogica del citato art. 4, comma 5, in relazione agli artt. 78 e 79 del codice di rito. In mancanza di una precisa disposizione che disciplini il caso in esame, la regola stabilita per l'ipotesi in cui l'interdetto infermo di mente sia convenuto in un giudizio di divorzio offre il modello applicabile, per la ricorrenza della stessa "ratio", anche nel caso in cui l'interessato al divorzio assuma la veste di attore.

(Cass. civ., 21.7.2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, I, 250).

La Corte di legittimità definisce la propria interpretazione costituzionalmente obbligata, in quanto volta ad evitare disparità di trattamento, rilevando che:

in mancanza dell'interpretazione analogica sopra enunciata, la nomina di un curatore speciale all'interdetto per infermità di mente convenuto in un giudizio di divorzio, prescritta dalla citata disposizione contenuta nell'art. 4 della legge n. 898 del 1970, potrebbe essere considerata come suscettibile di realizzare una disparità di trattamento (valutabile sotto il profilo dell'art. 3 Cost.) tra

⁶¹ Sostengono, tra gli altri, la necessità di un'attenuazione in via interpretativa della rigidità della disciplina dell'interdizione con riguardo all'esercizio dei diritti personalissimi L. BARBIERA, *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Bologna, 1997, p. 130; U. BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Digesto, disc. priv.*, IV, Torino, 1998, p. 355 ss.; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, p. 24; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1382. *Contra*, A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 451.

⁶² Per tutte, Cass., 27.1.1996, n. 364, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 27.

⁶³ Su questa linea, F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, p. 618.

⁶⁴ Cass. civ., 21.7.2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 250.



soggetti che si trovano nella medesima situazione (interdetti per infermità di mente la cui comunione spirituale e materiale con il coniuge è cessata), ma per i quali la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi attraverso il divorzio dipende da un elemento di carattere accidentale collegato al comportamento dell'altro coniuge non interdetto, e cioè dalla proposizione della domanda di divorzio ad opera di quest'ultimo
(Cass. civ., 21.7.2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, I, 250).

Nonostante ciò, la pronuncia in esame ha deluso quella dottrina che avvalorava l'ammissibilità dell'intervento diretto del tutore nel processo, sostenendo che questi possa chiedere il divorzio per conto dell'interdetto - seppure eventualmente su autorizzazione del giudice tutelare - limitando la nomina del curatore speciale all'ipotesi in cui la tutela sia affidata al coniuge, dato l'evidente conflitto di interessi⁶⁵.

Ma non è questo il punto essenziale. Occorre infatti partire dalla considerazione di carattere generale, che si è già sostenuta, che nelle situazioni di natura esistenziale, per l'esercizio di diritti personalissimi non vi è possibilità di sostituzione, in particolare nella valutazione dell'interesse e nell'autodeterminazione del titolare dei medesimi. Pertanto, l'intervento sostitutivo del tutore potrebbe essere ammissibile, dopo attenta valutazione dell'interesse del soggetto protetto, soltanto quando questi conserva quantomeno il discernimento sufficiente a dare impulso all'esercizio del diritto da parte di altri in suo nome. In caso contrario, l'intromissione nella sfera più intima della personalità comprometterebbe in tal modo la dignità della persona da scardinare il sistema di valori che sottostanno alla disciplina normativa delle situazioni personali e familiari.

Se questo è vero, la sentenza citata è assolutamente apprezzabile in un assetto normativo in cui l'amministrazione di sostegno non ha ancora spostato nell'ambito dell'eccezione e dell'estremo l'interdizione poiché espande, in presenza di sufficiente discernimento, la personalità dell'incapace. Occorre chiedersi, tuttavia, quanto spazio vi sia per la sostituzione nell'esercizio delle situazioni personalissime che toccano la sfera più intima del soggetto, in una dimensione dell'interdizione ridotta ad occuparsi delle ipotesi di totale e continua assenza di discernimento, se è vero che, quando questo è anche solo parzialmente presente, è legittimo soltanto il ricorso all'amministrazione di sostegno. Altrimenti il tutore, assumendo questa decisione delicatissima secondo sue proprie valutazioni, potrebbe agire in difesa non dell'interesse esistenziale del pupillo, bensì per la garanzia di interessi di natura patrimoniale o appartenenti a soggetti diversi, ad esempio i familiari.

Infatti, per quanto concerne l'amministrazione di sostegno, dottrina e giurisprudenza ritengono che, dal momento che il beneficiario conserva una capacità d'agire generale, non

⁶⁵ V. F. CIPRIANI, *Il processo di divorzio*, in *Commentario sul divorzio* a cura di P. Rescigno, Milano, 1980, p. 437; L. GRASSI, *La legge sul divorzio*, Napoli, 1971, p. 258; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, Torino, 1978, p. 762; F. SCARDULLA, *op. cit.*, p. 495.



possa escludersi il diritto di proporre la domanda di separazione personale o di divorzio anche attraverso un'attività sostitutiva o coadiutrice dell'amministratore⁶⁶.

Giustamente, una recentissima sentenza di merito, decidendo su una richiesta di autorizzazione formulata dall'amministratore di sostegno alla proposizione di un ricorso per scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto dal beneficiario, ha concluso per la possibilità da parte dell'amministratore di sostegno di comunicare, quale *nuncius*, la volontà del beneficiario, in presenza di una prova adeguata che dimostri l'intenzione del medesimo di perseguire quel determinato effetto giuridico⁶⁷.

Qualora sia stata raggiunta la prova presuntiva della volontà attuale del beneficiario di concludere definitivamente la propria vicenda matrimoniale mediante proposizione del ricorso "ex lege" n. 898 del 1970, è possibile autorizzare l'amministratore di sostegno ad agire come "nuncius" dell'amministrato, proponendo ricorso giudiziale o congiunto volto ad ottenere la pronuncia dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio da quest'ultimo contratto (Trib. Roma, 10.3.2009, in *Giur. merito*, IX, 2098).

6. In materia di salute, il principio di autodeterminazione discende direttamente dalla previsione costituzionale dell'art. 32 - letto in combinato disposto con gli artt. 2, 3, comma 2, e 13 cost. - che riconosce il diritto fondamentale alla salute⁶⁸, da intendere secondo la dottrina più sensibile come unitario benessere psico-fisico⁶⁹, e sancisce il divieto di imposizione del trattamento sanitario, ad eccezione dei casi tassativamente previsti dalla legge, che comunque non possono violare i limiti posti dal rispetto della persona umana.

Ne consegue che la sottoposizione alla cura medica⁷⁰, così come il rifiuto del trattamento, devono fondarsi sul consenso informato della persona, inteso come "lo strumento che consente di dar rilievo alla percezione che ciascuno ha di sé"⁷¹.

L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge". Ancor più incisivamente, l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina vieta qualsiasi

⁶⁶ Cfr. G. PIGNATARO, *La separazione personale dei coniugi. Profili introduttivi*, in *Il diritto di famiglia. Trattato teorico-pratico* diretto da G. Autorino Stanzone, Torino, 2005, II, p. 4 ss.

⁶⁷ Trib. Roma, 10.3.2009, in *Giur. merito*, 2009, IX, p. 2098.

⁶⁸ Sostiene P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, cit., p. 394., che "il diritto fondamentale alla salute, riconosciuto all'individuo dall'art. 32, comma 1, cost., non va interpretato nel senso che tutelato è soltanto l'aspetto negativo - ad esempio, l'eliminazione del dolore o di taluni difetti fisici - ma, in relazione con l'art. 3, comma 2, cost., anche quello positivo: sì che la salute è da intendere come stato di benessere della persona, che fra l'altro le consenta uno sviluppo armonico delle sue prerogative".

⁶⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela giuridica dell'«integrità fisica» (A proposito delle psicoterapie)*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972, p. 768 ss.

⁷⁰ Per un'analisi dell'attività sanitaria e delle implicazioni che attengono al rapporto del medico con il paziente, v. P. STANZIONE e V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, *passim*.

⁷¹ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 238.



intervento nel campo della salute che non poggia sulla prestazione del consenso libero e informato dell'individuo, che può ritirarlo in ogni momento, precisando che l'informazione relativa alla natura e allo scopo dell'intervento deve essere "adeguata"⁷². Dal momento che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che il consenso - o il rifiuto del trattamento - debba essere sempre esplicito, il problema sorge ogniqualvolta la persona che abbisogna di cure mediche si trovi nell'impossibilità materiale di esprimerlo ovvero di ritirarlo⁷³, con la precisazione della necessità di tenere ben distinte le ipotesi in cui la persona versi in uno stato di incoscienza per eventi di natura accidentale da quelle in cui l'incapacità sia dovuta ad uno stadio patologico avanzato⁷⁴.

Sotto il primo profilo, la Corte di Cassazione, in una recentissima sentenza⁷⁵, ha ritenuto inammissibile desumere la prestazione di un valido dissenso dal rinvenimento addosso al paziente, testimone di Geova, giunto in stato di incoscienza al momento del ricovero, di un cartellino recante l'indicazione "niente sangue", in quanto la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omesso trattamento.

Il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte; tuttavia, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata *ex ante* ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure

(Cass., 15.9.2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36).

In motivazione, ancora più chiaramente la Corte individua le qualità essenziali della manifestazione di volontà:

⁷² A tali previsioni si aggiungono quelle enunciate dal codice di deontologia medica del 1999, che sancisce che "il medico non deve intraprendere attività diagnostica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente" e, in caso di rifiuto, "deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi", nonché dal documento 20.6.1992 del comitato nazionale per la bioetica sul consenso informato.

⁷³ Ampiamente, sul tema, S. CACACE, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in *Diritto privato e diritti fondamentali* a cura di G. Comandé, Torino, 2004, p. 77 ss.

⁷⁴ Nella tematica si iscrive la questione dell'ammissibilità del testamento biologico, di grande rilievo nel dibattito attuale. Sulla difficoltà di operare una "*reductio ad unitatem*" dei diversi elementi che compongono la fattispecie, v. le riflessioni di P. STANZIONE e G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007, p. 43 ss. V., altresì, degli stessi Autori, *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, *ibidem*, 2008, p. 55 ss.

⁷⁵ Cass., 15.9.2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, p. 36.



E' convincimento del collegio, in sintonia con quanto in proposito opinato dalla corte territoriale, che, nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo debba essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata (Cass., 15.9.2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36).

Diverso è il discorso qualora l'impossibilità di manifestare la propria volontà dipenda dalla disabilità della persona e abbia carattere permanente, non ponendosi, almeno in prima approssimazione, un problema di rispetto della volontà riguardo alle scelte di cura.

In queste ipotesi, il ruolo dei familiari, sebbene di grande rilievo, non sembra da solo sufficiente a garantire la tutela del diritto alla salute dell'interessato *ex art. 32 cost.*⁷⁶.

La norma enunciata all'art. 357 c.c., in virtù del richiamo operato dall'art. 424 c.c., conferisce al tutore la "cura della persona" dell'interdetto⁷⁷.

Una prima riflessione può addursi sul termine "cura", cui è possibile riferire una molteplicità di significati⁷⁸ ed è quello più ampio che il legislatore del codice ha tradotto nella lettera dell'art. 357 c.c.

In secondo luogo, non appare inconsapevole la scelta del legislatore di tenere distinto il profilo della *cura personae* da quelli della rappresentanza negli atti civili e dell'amministrazione dei beni. Come si è avuto modo di precisare agli inizi dell'indagine, la cura della persona attiene soprattutto alle situazioni esistenziali, per le quali rileva il discernimento, la capacità di autodeterminarsi di volta in volta presente nell'individuo, di modo che a nulla giova invocare il dualismo capacità giuridica - capacità di agire, che tutt'al più conserva una sua valenza per le situazioni di ordine patrimoniale.

Tanto più che, ai sensi dell'art. 408 c.c., anche la scelta dell'amministratore di sostegno deve avvenire con "esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario", attuando in tal modo la subordinazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali.

Ciò vale ancor di più, se si consideri che la tecnologia medica, grazie agli incessanti progressi della scienza, sia ormai "in grado di procrastinare la fine oltre il punto in cui la vita ha ancora valore per il paziente stesso, anzi oltre il punto in cui questi è ancora in grado di darle un valore"⁷⁹, facendo emergere nel dibattito giuridico - così come in quello etico, teologico, scientifico - la delicata questione del "diritto di morire", che secondo il pensiero

⁷⁶ Cfr. G. SALITO, *Solidarietà familiare e testamento biologico*, in *Trattato di diritto di famiglia* a cura di G. Autorino Stanzione, cit., p. 542, che paventa il rischio di "valutazioni discrezionali, non obiettive o sicuramente attuali" a causa della mancanza di criteri certi di individuazione dei soggetti legittimati in via sostitutiva.

⁷⁷ Si veda A. SANTOSUOSSO e G. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Elnana Englaro*, in *NGCC*, 2006, I, p. 477, che richiamano le riflessioni di Martin Heidegger, il quale distingue tra il "prendersi cura" e l'"aver cura". Il prendersi cura appartiene all'esistenza inautentica e consiste nel prendere il posto dell'altro nella cura di sé. L'aver cura invece appartiene all'esistenza autentica ed è la relazione con l'altro, che lo determina e lo porta a prendersi cura di se stesso.

⁷⁸ Una lucida indagine sul concetto di cura e le sue declinazioni nella società moderna è condotta da S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 223 ss.

⁷⁹ Cfr. H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino, 1997, p. 190.



di Hans Jonas, è governato dal concetto di *vita*, e non da quello di morte, dal momento che il diritto di vivere è “fonte di tutti i diritti” e come tale include anche il diritto di morire⁸⁰.

Al riguardo, emerge la difficoltà di rinvenire soluzioni e risposte certe a interrogativi che si presentano con frequenza sempre maggiore al giudice⁸¹, soprattutto nell’anomia che connota il nostro ordinamento.

Ne è ben noto esempio il caso Englaro, sviluppatosi per numerose decisioni giurisprudenziali, di merito e di legittimità⁸², dalla cui rapida analisi, condotta ai limitati fini della presente trattazione, emerge che se da un lato è giustificato attribuire la rilevanza alla *voluntas aegroti* indipendentemente dal fatto che vi sia oppure no un provvedimento di incapacitazione, purché esista sufficiente discernimento, è dunque escluso l’intervento sostitutivo di chiunque. Al contrario, qualora non vi sia né coscienza né possibilità di manifestazione all’esterno della medesima, essendo esclusa l’attività sostitutiva nella disposizione del bene vita, il problema si sposta su una precedente manifestazione di volontà e quanto essa possa essere considerata libera attuale e informata al momento in cui s’impone la scelta.

Ulteriore questione è a chi tocchi la valutazione, cioè a chi spetta non la valutazione dell’interesse, perché questo è sempre autodeterminato, ma del fatto che quella manifestazione di volontà possa essere considerata utile, cioè “attualizzata”.

Nel caso che qui ci occupa, la Suprema Corte ha rilevato che:

Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell’incapace comporta che il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell’incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche (Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, 2609).

Ancora una volta, la giurisprudenza ha supplito a un’inadempienza del legislatore, inadempienza che ricade su coloro i quali o per impegno giuridico o per impegno morale, posizioni che spesso coincidono, devono compiere la scelta estrema. E’ il momento dunque

⁸⁰ In questi termini, H. JONAS, *op. ult. cit.*, p. 205.

⁸¹ Si pensi al caso Bland in Inghilterra o a quello Humbert in Francia. Nel nostro ordinamento, rilevante è il caso Welby, per il quale v. Trib. Roma, 16.12.2006, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 294 ss.

⁸² Si vedano, tra le più significative, App. Milano 16.12.2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 571 ss.; Trib. Lecco, 2.2.2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 470 ss.; Cass. ord. 20.4.2005, n.8291, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2359; App. Milano, 18.12.2003, in *Famiglia*, 2004, p. 1167 ss.; Trib. Lecco, 2.3.1999, in *Bioetica*, 2000, p. 83 ss.



che entri in campo il “diritto forte”⁸³, perché nell’ipotesi in cui si decida che in un certo momento storico e in una determinata società il valore dominante è la vita ne consegue necessariamente che il principio di solidarietà e quello di tutela della dignità della persona e della garanzia delle relazioni familiari, difese anche dai pericoli di stabilità che derivano dal far fronte a tali situazioni, allora il peso della “infinita morte” deve gravare, sia per le implicazioni di natura personale che per quelle patrimoniali, sulla responsabilità sociale⁸⁴.

⁸³ Si vedano le considerazioni di G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato* a cura di G. Comandé e G. Ponzanelli, Torino, 2004, p. 299 ss.

⁸⁴ Secondo il pensiero di H. JONAS, *Il principio di responsabilità*, Torino, 1990, *passim*, il principio di responsabilità fa da contrappeso al principio di autodeterminazione.