

La figura del soggetto debole: istituti, rimedi e problematiche attuali

Autore: Micaela Lopinto

In: Diritto civile e commerciale, Focus

Sommario: 1. Il soggetto debole: possibili definizioni; 1.1 Il minore, l'interdetto, l'inabilitato ed il beneficiario dell'amministrazione di sostegno; 1.2 Il soggetto debole nei contratti asimmetrici; 1.3 Il soggetto debole nei rapporti di lavoro; 1.4 Il soggetto debole nelle scelte di fine vita; 1.5 Ulteriori figure di soggetto debole; 2. La tutela del soggetto debole; 2.1 La tutela contrattuale; 2.2 La tutela nei contratti asimmetrici; 2.3 La nuova figura dell'amministratore di sostegno; 2.4 La legge sul biotestamento: i punti salienti della normativa; 2.5 La tutela del soggetto debole: la sostituzione fedecommissaria ed il trust; 3. Conclusioni; 4. Volume

1.

Il soggetto debole: possibili definizioni

La definizione di **soggetto debole** è particolarmente variegata. Si parte dalle figure più classiche del soggetto meritevole di protezione per la sola circostanza dell'essere **minore di età**, dell'**interdetto** e dell'**inabilitato** o dell'**amministrato**, passando attraverso la concezione di soggetto debole inteso come parte contrattualmente debole nei **contratti asimmetrici**, nonché nei **rapporti di lavoro subordinato** con particolare riferimento al lavoratore, in qualità di soggetto economicamente meno forte.

Si giunge, poi, al soggetto debole meritevole di tutela in relazione alle **scelte di fine vita**, oggi di grande attualità o, più in generale, alla figura del soggetto debole nel rapporto con il medico curante. La definizione di soggetto debole è poi di largo uso anche in ulteriori marginali ipotesi, esemplificativamente riconducibili alla tutela della **madre in caso di gravidanza** complicata dalla diagnosi di patologie del feto.

- **Il minore, l'interdetto, l'inabilitato ed il beneficiario dell'amministrazione di sostegno**

Ai sensi dell'art.1 cc. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita e conferisce al nato la capacità di essere titolare di diritti[1]. La norma successiva, ancora, fissa la soglia della maggiore età al compimento del **diciottesimo anno di vita**, così segnando un arco temporale tra la nascita ed il diciottesimo anno in cui ciascun individuo può esser considerato meritevole di tutela, in quanto considerato incapace legale.

A dire il vero, la tutela del giovane era particolarmente avvertita, nel diritto romano, anche oltre il diciottesimo anno di età. Si pensi alle garanzie di cui godevano **gli adulescentes**, ovvero ai soggetti di diritto minori di 25 anni, per i quali, su richiesta rivolta ai magistrati, era possibile la nomina di un curatore speciale (ad certam causam), che li assistesse nel compimento di alcuni atti o negozi[2].

Al di là di questa antica estensione, fino al diciottesimo anno di età il minore gode della rappresentanza legale del genitore, il quale esercita sul figlio quella che prima si definiva potestà genitoriale e che oggi si definisce responsabilità genitoriale.

Al genitore si attribuisce un potere rappresentativo che si esplica nel compimento, in nome e per conto dell'incapace, di tutti gli atti civili di ordinaria amministrazione[3]. Non a caso, particolarmente discussa è la possibilità di riservare al minore un margine di azione ovvero il diritto di compiere negozi giuridici strettamente funzionali allo svolgimento della **vita quotidiana**, come, ad esempio, l'acquisto di un biglietto dell'autobus o dell'occorrente per seguire le lezioni scolastiche.

Al riguardo occorre considerare che, secondo l'orientamento di gran lunga prevalente, devono ritenersi sottratti alla regola dell'incapacità quegli atti negoziali, inidonei ad arrecare pregiudizio a chi li compie, attraverso i quali il minore manifesta la propria partecipazione alla vita di relazione, ovvero attraverso i quali il minore esprime la sua personalità[4]. Ciò in quanto si rischierebbe di trasformare l'istituto della incapacità del minore da strumento di protezione a strumento di emarginazione sociale[5].

- **Una sottrazione alla disciplina della minore età è giustificata dall'art. 84 cc.**

A mente di tale norma, il Tribunale, **dopo aver accertato la maturità psicofisica del minore**, nonché dopo aver sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può, con decreto emesso in camera di consiglio, ammettere per gravi motivi al matrimonio il soggetto che abbia compiuto i sedici anni.

Il **minore cd. emancipato**, all'esito di questo accertamento, non gode più della stessa protezione normalmente apprestata al minore, **in quanto egli non è più "rappresentato" bensì assistito dal curatore**. Richiamando la distinzione primaria che sussiste tra tutela e curatela[6], occorre considerare come **la curatela** non comporti una sostituzione totale del minore, bensì lo svolgimento, da parte del soggetto nominato curatore con il predetto decreto, di una attività assistenziale che non preclude all'emancipato il compimento in autonomia degli atti di ordinaria amministrazione. La rappresentanza

legale si estende, inoltre, anche ai soggetti definiti deboli in quanto transitoriamente o stabilmente incapaci di provvedere ai propri interessi in ragione non dell'età anagrafica, bensì di altre circostanze riconducibili a menomazioni e malattie.

Ci si riferisce, in questo caso, alle distinte figure dell'**interdetto** e dell'**inabilitato**. Con il termine interdetto, si fa riferimento ad un soggetto, sia esso maggiore d'età o al minore emancipato, il quale versa in uno stato di totale infermità mentale, che lo rende incapace di provvedere ai propri interessi. L'**interdizione** può intervenire anche durante l'ultimo anno di età del minore, ma non prima, in ragione della protezione che l'ordinamento giuridico appresta ai soggetti al di sotto dei diciotto anni a prescindere dalle capacità psicofisiche.

L'interdicendo, dunque, è un soggetto che richiede di essere totalmente rappresentato e non solamente assistito. Si tratta, infatti, di una "**tutela**" nel senso più tecnico del termine, in quanto tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione sono compiuti in sua vece da un tutore. Fanno eccezione solamente, come nel caso del minore, gli atti strettamente indispensabili alla soddisfazione delle esigenze primarie della vita quotidiana. La rappresentanza apprestata dal tutore incontra pur sempre il limite degli **atti personalissimi**, tra i quali si annovera la celebrazione del matrimonio.

Tali atti, tuttavia, non sono compibili neanche dallo stesso soggetto interdetto, proprio in ragione della riduzione di capacità di cui è affetto. L'interdizione, infatti, **preclude non solo la celebrazione delle nozze, bensì anche il riconoscimento di figli e la redazione del testamento**.

Ai fini dell'ottenimento di questa forma di tutela[7], l'ordinamento consente al coniuge, alla persona stabilmente convivente, ai parenti entro il quarto grado, agli affini entro il secondo grado, al tutore o curatore ovvero al PM il diritto di proporre istanza di interdizione. L'elenco si riduce solamente al PM ed all'esercente la responsabilità genitoriale nell'ipotesi in cui si dovesse trattare di interdicendo non ancora maggiorenne per le ragioni prima evidenziate.

Gli stessi soggetti legittimati a richiedere l'interdizione del soggetto debole sono parimenti legittimati alla richiesta della diversa tutela predisposta dall'**inabilitazione**[8]. Tale istituto è posto a tutela di un soggetto, maggiore d'età, infermo di mente, la cui condizione psicofisica non è talmente grave da far luogo all'interdizione. Proprio per tale ragione, l'inabilitato può compiere autonomamente gli atti di ordinaria amministrazione. Dietro autorizzazione del giudice tutelare può essere ammesso al compimento di alcuni precisi atti eccedenti l'ordinaria amministrazione ed, inoltre, l'istituto non preclude il compimento degli atti personalissimi.

Ai sensi dell'art. 415 comma secondo, più precisamente, si considera inabilitato qualunque soggetto che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espone se stesso o la propria famiglia a gravi pregiudizi economici. La tutela si estende, inoltre, al sordomuto, al cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto una educazione sufficiente, salvo l'applicazione dell'art. 414 cc quando risulta che sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi.

Entrambi gli istituti sin qui sinteticamente descritti hanno subito nel corso degli anni Duemila una importante restrizione. Al fine di comprenderne la portata può essere utile l'analisi della rubrica di cui agli artt. 414 e 415 cc. Entrambe le norme chiariscono che i soggetti deboli **"possono"** essere interdetti e **"possono"** essere inabilitati. L'utilizzo del verbo potere è dovuto alle modifiche normative intervenute in relazione a tali istituti protettivi con legge del 9 Gennaio 2004, n. 6, in forza della quale è stato introdotto il diverso istituto dell'amministrazione di sostegno.

Più precisamente, la novella ha introdotto - agli artt. 404 cc e ss - la possibilità per la persona che, per effetto di **una infermità** ovvero di una **menomazione fisica o psichica**, si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, di farsi assistere da **un amministratore di sostegno**, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui ha la residenza o il domicilio[9].

La predetta menomazione non presuppone l'accertamento di una condizione di infermità mentale, bensì ricomprende in sé anche le ipotesi in cui sia riscontrata semplicemente una menomazione fisica o psichica che implichi anche transitoriamente o parzialmente una inidoneità alla cura dei propri interessi e della propria persona[10]. **La predetta inidoneità, ad esempio, non è stata ravvisata in un caso recentemente sottoposto al vaglio dei giudici di merito.** In particolare, il giudice tutelare ha ritenuto di dover escludere l'applicabilità del rimedio - e, conseguentemente, ha rigettato la richiesta avanzata dai Servizi Sociali - a favore di un soggetto celibe, senza figli, con parenti residenti a Milano, abituato a vivere da solo in abitazione di sua proprietà e descritto come soggetto affetto da "oligofrenia di tipo medio", ma portatore soltanto di un ritardo considerato come moderato[11].

Con decreto, di cui si dirà meglio più avanti, il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno sia su richiesta del coniuge, del padre, della madre, del figlio, del fratello o della sorella, del parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata ma anche dallo stesso soggetto beneficiario[12].

Tale considerazione ben si concilia con la precisazione di cui all'art. 408 cc, a mente della quale la scelta **dell'amministrazione di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla persona del beneficiario.**

La norma (come si vedrà meglio nel §2.3) ha assunto particolare rilievo anche in relazione alle scelte di fine vita del soggetto affetto da patologie che sin dallo stadio iniziale rendono evidente le conseguenze del decorso in termini di progressiva riduzione della capacità psicofisica del soggetto che ne è affetto.

Il comma secondo dell'art. 408 cc, infatti, chiarisce che l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Dalla descrizione sin qui evidenziata dell'istituto **non si comprende, tuttavia, con esattezza la differente portata dello stesso rispetto ai precedenti istituti di tutela esaminati** i quali, come visto,

pure si rivolgono a soggetti in situazione di incapacità psicofisica.

Tale difficoltà ricostruttiva è stata particolarmente avvertita a livello dottrinale prima e giurisprudenziale poi. Infatti, volendo schematizzare gli orientamenti emersi sul tema, individuando due principali filoni, si può provare ad affermare che :

1. Secondo un primo orientamento dottrinale, il nuovo istituto si atteggierebbe alla stregua di un istituto particolarmente **flessibile, multiforme**. Ciò in quanto l'entità della tutela apprestata varierebbe al variare del tipo di atto che concretamente il soggetto può essere chiamato a compiere. Per alcuni atti si tratterebbe di amministrazione di sostegno **di tipo rappresentativo**, con sostanziale sostituzione del soggetto legittimato. Per altri atti si parlerebbe, invece, **di amministrazione assistenziale**[13].
2. Secondo altro e consequenziale orientamento giurisprudenziale, la flessibilità della nuova figura dell'amministratore di sostegno richiederebbe di ricostruirne le diversità rispetto agli altri istituti classici a tutela dei soggetti deboli **non da un punto di vista qualitativo/quantitativo della patologia bensì da un punto di vista funzionale**[14]. In altri termini, tanto più **semplice** è l'attività che dovrebbe essere svolta dal soggetto meritevole di tutela, tanto più l'organo giudicante dovrà preferire uno strumento protettivo **meno invasivo e pertanto nominare un amministratore di sostegno**. Qualora, per contro l'attività da svolgere dovesse rivelarsi **particolarmente impegnativa**, a fronte di uno stato di infermità mentale abituale, sarà preferibile l'utilizzo dell'istituto dell'interdizione, il quale, pertanto, acquisisce un rilievo più che altro residuale e limitato alle situazioni più complesse[15].

• **Il soggetto debole nei contratti asimmetrici**

Altra figura di soggetto definito debole è il **contraente nell'ambito dei cd. contratti asimmetrici**. Il nostro ordinamento giuridico conosce, sulla base delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, tre diverse forme di contratto, ovvero di strumento degli scambi e di circolazione della ricchezza[16].

Il contratto tra **pari**, come è comunemente definito il contratto disciplinato dal codice civile; il contratto tra imprese o **terzo contratto** ed il contratto tra consumatore o professionista (**cd. secondo contratto**). La prima tipologia vede le parti contraenti in una situazione di totale parità, senza dunque che possa individuarsi una parte con maggiore margine di azione rispetto all'altra.

Nel secondo contratto, per contro, sussiste una profonda **asimmetria informativa** tra soggetto che, anche alla luce delle definizioni fornite nel codice del consumo, assume la veste di **professionista** e soggetto che, per contro, si qualifica come **consumatore** ed assume la veste di soggetto debole rispetto al primo contraente. Analogamente, si considera soggetto debole anche **l'impresa che, nel cd. terzo contratto, assume la veste di soggetto posto in condizione di dipendenza economica e tecnologico-organizzativa rispetto all'altra impresa**. Si tratta di ipotesi in cui << le due imprese sono poste in posizioni asimmetriche dal punto di vista della forza di mercato, sicché un'impresa più forte si trova a fronteggiare un'impresa debole, che il legislatore protegge contro i possibili abusi della prima. E' questo lo spirito che anima la legge sui contratti di affiliazione commerciale fra un franchisor parte forte ed un franchisee parte debole (l. 129/2004); e ugualmente si ritrova nella legge sulla subfornitura, della quale ora si dice[17]>>.

L'impresa debole, oltre a dover sopportare il rischio che l'impresa contrattualmente più forte possa recedere liberamente dal contratto, **si espone al rischio che l'impresa dominante determini anche il prezzo della prestazione**. Si pensi, più precisamente, **al contratto di subfornitura**, in cui la dipendenza economica è una situazione frequente.<<Essa è definita come la situazione in cui un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, **un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi e deve valutarsi tenendo conto anche della reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti** [18] >>.

• **Il soggetto debole nei rapporti di lavoro**

La definizione di soggetto debole si riscontra frequentemente nell'ambito dei rapporti di lavoro. Tale definizione emerge non soltanto nell'ottica della retribuzione spettante alle diverse categorie di lavoratore, ma anche e soprattutto nell'ambito dei numerosi e sempre più frequenti casi aventi risvolti sia penalistici e civilistici, inerenti l'installazione di **sistemi di videosorveglianza**, in grado di controllare a distanza l'attività dei lavoratori.

I predetti impianti richiedono, ai fini della loro installazione, che sussista sempre una forma di codeterminazione tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali dei lavoratori, con la conseguenza che se l'accordo collettivo non viene raggiunto, il datore di lavoro è obbligato alla richiesta di un provvedimento autorizzativo da parte dell'autorità amministrativa che faccia luogo del mancato accordo con le rappresentanze sindacali dei lavoratori.

Cosicché, in mancanza di accordo o di provvedimento alternativo di autorizzazione, l'installazione dell'apparecchiatura viene considerata illegittima[19]. Nella parte motiva di numerose sentenze, infatti, si legge che la scelta di stabilire una procedura così capillare e dettagliata per l'installazione prende le mosse dalla considerazione secondo la quale i lavoratori sono considerati alla stregua di **oggetti deboli**

del rapporto di lavoro subordinato. <<La diseguaglianza di fatto...[nonché] l'indiscutibile e maggiore forza economico-sociale dell'imprenditore, rispetto a quella del lavoratore, rappresenta la ragione per la quale la procedura codeterminativa sia da ritenersi inderogabile>>.

- **Il soggetto debole nelle scelte di fine vita**

La qualifica di soggetto debole meritevole di tutela viene attribuita ai pazienti affetti da **patologie irreversibili e degenerative** idonee a sfociare in situazioni **comatose**. In siffatti contesti, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate in ordine alla possibilità, per il paziente, di mantenere la titolarità dei diritti spettanti, quali il diritto di rifiutare le cure e, conseguentemente, di richiedere la rimozione dei macchinari per la ventilazione polmonare e la respirazione, pur versando nella impossibilità materiale di esercitare il predetto diritto in ragione della incapacità di esprimersi e/o di muoversi.

Nell'ipotesi in cui si intendesse negare la predetta facoltà, si priverebbe il soggetto debole della capacità giuridica che, come inizialmente indicato, postula proprio la capacità di esser titolari di diritti. Quando anche, infatti, si volesse considerare che il paziente, in condizioni di incoscienza, gode pur sempre della tutela del rappresentante legale, comunque apparirebbe arduo negare che l'atto del rifiuto di cure, propedeutico alla interruzione delle funzioni vitali, assuma la veste di atto personalissimo. **Tali atti, notoriamente, non sono compatibili dal rappresentante in sostituzione del rappresentato.**

Pur tuttavia, occorre altresì considerare che se si fosse data pedissequa e perentoria applicazione a tale aspetto dell'istituto della rappresentanza non si sarebbe neppure potuto provare ad attribuire al rappresentante la diversa qualità di **nuncius** del volere del rappresentato che versa in stato di incoscienza[20]. Invece, dottrina e giurisprudenza, si sono mostrate favorevoli ad accogliere questa soluzione, ovvero a riconoscere la possibilità che la volontà del "rappresentato" (inteso, in questo frangente, in senso atecnico) sia espressa da un soggetto che si limita ad esternarla.

Le difficoltà, tuttavia, sorgevano ugualmente in ragione della assenza di dichiarazioni scritte del paziente in ordine alla propria determinazione a non ricevere cure. Anche a voler attribuire, in questa particolare fase, la qualifica di nuncius al rappresentante, comunque resterebbe la considerazione secondo la quale le informazioni fornite dal nuncius dovrebbero essere considerate attendibili. Su tali basi, si è formulata la logica ricostruttiva del **cd. "best interest"** del paziente **nel caso Englaro**. In tale contesto, i familiari della paziente ricostruirono la volontà della stessa di interrompere i trattamenti sanitari tenendo conto della sua filosofia di vita e delle dichiarazioni espresse in fase di diagnosi della malattia degenerativa.

- **Ulteriori figure di soggetto debole**

Infine, un cenno può esser fatto a quelle figure marginali di soggetto debole.

Si definisce soggetto debole tanto il minore quanto la gestante nell'ambito delle pronunce in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Si pensi, all'ipotesi in cui il paziente incapace di intendere e di volere sia proprio una gestante. In tali contesti si applica il disposto **dell'art. 13 della legge n. 194 del 1978**, nell'ipotesi in cui sia il marito della donna a richiedere l'aborto. A fronte della richiesta del coniuge, l'organo giudicante è chiamato a tutelare la parte debole e, pertanto, non autorizza l'interruzione della gravidanza da altri richiesta, ma adotta una vera autonoma decisione, sulla scorta di **una adeguata documentazione sanitaria** che certifichi l'esigenza di interrompere la gravidanza in quanto la stessa sarebbe nociva per la gestante e per lo stesso concepito[21].

Ancora, si definisce soggetto debole o "**culturalmente debole**" chi viene indotto a subire gli effetti della **attività di cartomanzia**, contro la quale sono stati emanati gli artt. 121 Tups e 231 reg. Tups[22].

In linea di massima, conclusivamente, la giurisprudenza ha mostrato di voler attribuire la veste di soggetto debole, come tale meritevole di tutela, a tutti i soggetti diversamente abili, cercando di garantire loro non solo la necessaria **cura e riabilitazione**, ma anche **la garanzia di un pieno ed effettivo inserimento, oltre che nella famiglia, anche nella scuola e nel mondo del lavoro**[23].

2.

La tutela del soggetto debole

Alle diverse figure di soggetto debole poc'anzi individuate corrispondono, normalmente, diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento giuridico. In questa sede si vuole porre l'accento sulle principali modalità cautelative ed, a tal fine, può essere utile esaminare più da vicino la **tutela contrattuale**, approfondire la più recente figura **dell'amministratore di sostegno**, nonché soffermarsi sugli istituti del **trust** e della **sostituzione fedecommissaria**.

- **La tutela contrattuale**

Ai sensi dell'art. 1425 cc, il legislatore ha disposto che il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare. Al comma secondo, si chiarisce che **il contratto è parimenti**

annullabile, quando ricorrono le condizioni di cui all'art. 428 cc.

Tale seconda norma prevede che possono essere oggetto di annullamento tutti gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti.

La predetta ipotesi di annullamento richiede, per la sua verifica, da un lato, che sia presentata istanza dalla persona medesima o dai suoi eredi o aventi causa con la quale si dimostri che da tale situazione sia emerso un grave pregiudizio per l'autore del negozio giuridico. Dall'altro, si richiede che il pregiudizio che è derivato dall'atto o che può esser derivato dall'atto alla persona incapace d'intendere e di volere costituisca la conseguenza della mala fede dell'altro contraente.

L'art. 428 cc, sin qui esaminato, si riferisce genericamente a **qualsiasi ipotesi di incapacità naturale**. Si riferisce, dunque, alla incapacità dovuta da **"qualsiasi causa"** ed in ciò si differenzia rispetto alla incapacità di cui agli artt. 414 e 415 cc in materia di interdizione giudiziale ed inabilitazione. Tali due istituti, precedentemente individuati, richiedono una condizione di abituale infermità di mente che renda il soggetto totalmente incapace di provvedere ai propri interessi ovvero uno stato di infermità mentale di portata sufficientemente contenuta, tanto da non rendere necessaria l'interdizione[24].

Più precisamente, secondo la giurisprudenza, **l'incapacità naturale** dovrebbe sussistere in capo a tutti i soggetti che si trovino **nell'incapacità di intendere e di volere <<non solo a causa di infermità fisica o psichica, ma anche come conseguenza di un perturbamento psichico tale per cui le facoltà intellettive e volitive risultino diminuite in modo tale da impedire od ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente, facendo quindi venire meno la capacità di piena autodeterminazione del soggetto e la completa consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere[25]>>**.

Ne discende che non occorrerà, ai fini dell'annullamento ex art. 428 cc, un accertamento dell'esistenza di un decreto di nomina di un amministratore di sostegno o l'accertamento dell'avvenuta interdizione.

L'inutilità dell'accertamento giustifica, a sua volta, la previsione di cui all'art. 428 comma terzo, a mente del quale l'azione si prescrive dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto, diversamente rispetto all'art. 1442 cc, secondo il quale il termine quinquennale di prescrizione decorre dal giorno in cui è cessato lo stato di interdizione o di inabilitazione. Infine, occorre ricordare come anche il contratto stipulato con il minore è suscettibile di essere annullato. Tuttavia, l'ordinamento non appresta tutela al minore che, più scaltro degli altri, ponga in essere condotte che denotano una maggiore maturità intellettuale. Infatti, ai sensi dell'art. 1426 cc, il contratto non potrà essere annullato, se il minore ha con raggi occulti la sua minore età. Non rientra, tuttavia, nei comportamenti preclusivi dell'annullamento la semplice dichiarazione dello stesso minore di essere maggiorenne.

•

La tutela nei contratti asimmetrici

Come precedentemente evidenziato, nella nozione di soggetto debole vi rientrano anche i **consumatori** nell'ambito del rapporto con il professionista, nonché le **imprese deboli** nell'ambito dei rapporti con l'impresa dominante. In questa sede si vogliono, schematicamente, individuare i **principali strumenti cautelativi a favore dell'una e dell'altra categoria di soggetti**.

Con particolare riferimento al soggetto debole nell'ambito del secondo contratto, l'ordinamento giuridico appresta molteplici forme di tutela. Si pensi alla disciplina delle **clausole vessatorie** di cui agli artt. 33 e ss. del dlgs 205 del 2006. Il codice del consumo consente di definire vessatore quelle clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un **significativo squilibrio di diritti e di obblighi** derivanti dal contratto. Come chiarito da autorevole dottrina[26], la clausola ingenera una forma di squilibrio normativo ogniqualvolta generi a discapito del consumatore una modifica delle condizioni contrattuali.

Può, infatti, verificarsi un aggravamento delle responsabilità del consumatore con conseguente alleggerimento di quelle del professionista o, ancora, la presenza della suddetta tipologia di clausole può tradursi in una riduzione delle capacità difensive del consumatore dalle condotte della parte contrattualmente forte.

A tale squilibrio, l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 36 del codice del consumo, appresta una forte tutela. La norma garantisce la nullità parziale necessaria, ovvero consente di rimuovere la clausola vessatoria, considerandola nulla, senza tuttavia provocare automaticamente una caducazione dell'intero schema contrattuale. Ciò consente di preservare la posizione del consumatore il quale, se si vedesse applicato il regime della nullità protettiva in estensione di cui all'art. 1419 comma primo, probabilmente ne risulterebbe svantaggiato.

A tale tutela individuale **si affianca la tutela collettiva**, consistente nell'actio inibitoria di cui all'art. 37 codice del consumo, attribuita alle organizzazioni rappresentative di interessi collettivi e pubblici.

Tale azione ha finalità fortemente preventiva, in quanto consente di inibire l'uso di tali clausole da parte del professionista nei futuri contratti.

Ai rimedi classici si aggiungono, inoltre, **gli obblighi informativi** posti a tutela del consumatore ed il **cd. neoformalismo**. Più nel dettaglio, il legislatore, al fine di assicurare la parità informativa tra le parti, ha imposto in capo al professionista obblighi di comportamento, ovvero obblighi consistenti nel fornire precise e dettagliate informazioni alla parte contrattuale più debole.

La particolarità del rimedio, tuttavia, consiste nell'aver sanzionato la violazione dei predetti obblighi con la nullità contrattuale e non con la responsabilità precontrattuale o, al più contrattuale (a seconda che il

contratto sia poi giunto a conclusione o meno[27]) che, normalmente, consegue al verificarsi di un comportamento scorretto/inadempiente.

L'obbligo informativo, inoltre, si assolve anche mediante l'inserimento, all'interno del contratto, **di una serie di elementi, oggetto di specifica elencazione legislativa**, la cui mancanza autorizza il consumatore ad esercitare il diritto di recesso[28].

La richiesta di porre per iscritto nel contratto determinate informazioni, unitamente alla imposizione di specifici requisiti formali per i contratti bancari, i contratti del mercato finanziario o, ancora, i contratti di vendita di pacchetti turistici[29] dà vita a quello che si definisce oggi il più ampio fenomeno del **"neoformalismo negoziale"**. L'essenza del fenomeno risiede, non a caso e conseguentemente, nella attribuzione alla forma contrattuale di una finalità profondamente protettiva del contraente debole. Con essa si mira a garantire la libera estrinsecazione del suo consenso, nonché a garantire la massima trasparenza nella negoziazione con il professionista.

Con riguardo, ancora, alla tutela apprestata all'impresa debole nel cd. terzo contratto, la stessa si esplica principalmente in **una deroga alla tendenziale insindacabilità dell'equilibrio contrattuale**, in quanto generalmente, si consente all'organo giudicante di valutare lo svantaggio economico subito dalla parte contrattualmente più debole in ragione della **dipendenza tecnico-organizzativa** e dunque economica che lo lega alla parte contrattualmente forte.

A tale rimedio si aggiungono **la nullità di clausole vessatorie**, se inserite nei **contratti di subfornitura** - si pensi alle clausole che attribuiscono al subfornitore, del tutto arbitrariamente, la responsabilità dipendente da difetti materiali[30] - nonché la nullità di tutti i patti attraverso i quali si realizzi l'abuso di dipendenza economica, **ai sensi dell'art. 9, comma terzo, L. 192 del 1998**. La norma, non a caso, dispone che il giudice ordinario, competente a conoscere delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, può predisporre anche tutele inibitorie e risarcitorie.

Ciò consente, dunque, in linea più generale, di annoverare tra le forme di tutela anche l'accertamento della responsabilità (ed il conseguente risarcimento del danno) nell'ipotesi in cui, eventualmente, l'abuso di dipendenza economica si sia estrinsecato nella realizzazione di comportamenti scorretti ai danni dell'impresa economicamente più debole.

- **La nuova figura dell'amministratore di sostegno**

Al soggetto debole inteso come individuo incapace di provvedere autonomamente ai propri interessi, come precedentemente indicato, l'ordinamento giuridico riconosce la possibilità di avvalersi degli istituti della **inabilitazione, interdizione ed amministrazione di sostegno**.

Rinviando a quanto precedentemente esposto sui tre istituti, può essere utile soffermare l'attenzione su due particolari e discussi aspetti riguardanti la nuova figura dell'amministratore di sostegno: ovvero **la natura giuridica del decreto di nomina del predetto amministratore**[31] e la possibilità di utilizzare la predetta figura per la **redazione di un testamento olografo**.

La risoluzione della prima problematica, concernente **la natura del decreto di cui all'art. 405 cc**, ha indotto dottrina e giurisprudenza a riflettere su due diverse possibili qualificazioni: si potrebbe, in altri termini, ad esso attribuire valenza **"gestoria"** ovvero attribuire valenza **"decisoria"**. Si definiscono decisori solamente i decreti idonei ad incidere concretamente sui diritti soggettivi dell'amministrato; gestori, per contro, tutti gli altri[32]. Il riconoscimento dell'una o dell'altra qualifica ha risvolti processuali di non poco momento. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, soltanto i provvedimenti del giudice tutelare aventi natura e funzione **"decisoria"** possano essere impugnati in sede di reclamo dinanzi alla Corte d'Appello ai sensi **dell'art. 720 bis cpc**.

I provvedimenti aventi natura gestoria, per contro, secondo alcune recenti pronunce[33], dovrebbero ricevere tutela soltanto a mezzo **dell'art. 739 cpc**, a mente del quale, in tali contesti, è ammesso il reclamo dinanzi al Tribunale.

Nonostante, in molti casi, le Corti d'Appello abbiano optato per l'attribuzione al decreto di nomina in questione di una valenza puramente gestoria, occorre, tuttavia, **rilevare come tale convinzione venga spesso ribaltata dalla Corte di cassazione**. La Suprema corte, infatti, si è mostrata più che altro incline a riconoscere ed attribuire valenza decisoria al predetto decreto, così ammettendo l'utilizzo del rimedio di cui all'art. 720 bis cpc.

Il dibattito, tuttavia, può dirsi ancora aperto sul tema. Pertanto occorrerà, di volta in volta, un esame approfondito della **natura giuridica del provvedimento, da svolgere tenendo conto delle peculiarità del singolo caso concreto**.

Quale che sia la natura attribuibile al decreto di nomina, all'amministratore, come già più volte ribadito, non dovrebbe essere concesso di porre in essere atti personalissimi dell'amministrato, e dunque, gli dovrebbe essere preclusa la stesura di **un testamento (per di più, olografo)**.

Pur tuttavia, i recenti casi giurisprudenziali concernenti le scelte di fine vita dei pazienti affetti da patologie **degenerative ed irreversibili**, hanno posto in dubbio l'applicabilità pedissequa e letterale del predetto divieto, ammettendo che, ad esempio, un rappresentante legale possa anche eventualmente porsi come un mero nuncius del volere del paziente di interrompere le cure. Tali aperture si sono poi perpetrate automaticamente anche in altri istituti civilistici come quello oggetto d'esame.

Una soluzione negativa al problema, infatti, rischierebbe, in concreto ed analogamente a quanto si è detto in precedenza in ordine alle scelte di fine vita, **di privare l'infermo della possibilità di essere titolare**

del diritto di disporre dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere nel modo che ritiene più opportuno. Pertanto si è optato per una estensione della funzione dell'amministratore, al fine di consentirgli di provvedere alla stesura del testo dietro dettatura dell'infermo[34]. Nonostante i giudici di merito abbiano evidenziato l'esigenza di non privare il testatore del diritto di usufruire della modalità del testamento olografo per il solo fatto dell'infermità fisica, comunque restano aperte le problematiche inerenti la necessità di superare il limite **dell'olografia**, in questo caso assolutamente mancante[35].

• **La legge sul biotestamento: i punti salienti della normativa**

Le problematiche principali, precedentemente evidenziate, in ordine alla ammissibilità della trasposizione all'esterno della volontà di un soggetto versante in **stato comatoso** da parte di un altro individuo sono state oggetto di attenzione anche normativa.

Il legislatore, infatti, sensibile al dibattito emerso, **ha emanato la legge n. 219 del 2017**, contenente norme in materia di **consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento**. Più nel dettaglio, la legge in parola all'art. 1 comma cinque, chiarisce che ogni persona capace di agire **ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma quarto**[36], **qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso**.

Ai sensi dell'art. 3 commi primo, terzo e quarto, la persona minore di età o incapace **ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione** [...]. Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'articolo 414 cc è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità. Ancora, il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

Ancora ed infine, l'art. 4, **rubricato disposizioni anticipate di testamento**, chiarisce che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari. A tal fine, egli può indicare una persona di sua fiducia che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

Dal tenore complessivo delle norme sin qui riportate, appare evidente come il legislatore abbia inteso garantire a qualsiasi individuo capace di intendere e di volere, in previsione di un proprio futuro stato di incapacità, **il diritto di autodeterminarsi dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, individuando anche i soggetti attraverso i quali tale diritto può essere esercitato.**

La normativa, dunque, ha inteso dissipare i dubbi emersi in precedenza a livello giurisprudenziale, in ordine alla possibilità di utilizzare la figura del rappresentante e, più nello specifico, dell'amministratore di sostegno al fine di garantire l'espressione della volontà di interrompere le cure in caso di perdita di coscienza.

Giova ricordare che, in epoca anteriore all'emanazione della legge, nei casi in cui il soggetto avesse avuto sentore del **decorso degenerativo della patologia**, si era aperto un acceso dibattito in ordine alla utilizzabilità del predetto istituto, il più delle volte sfociato in una soluzione positiva. E ciò in ragione del dato normativo, rinvenibile nell'art. 408 cc, che, come già precedentemente e più volte indicato, ammette la designazione di un amministratore di sostegno da parte del soggetto interessato, in previsione della propria futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. La logica del **best interest**, anch'essa precedentemente descritta, per contro, garantiva al rappresentante legale di esternare la volontà del paziente, ricostruendola sulla base della filosofia di vita dello stesso, qualora tale sentore fosse mancato nella fase cosciente della patologia e l'interessato non avesse provveduto in forma scritta ad esprimere la propria posizione.

La nuova normativa, dunque, ha il pregio di aver codificato in maniera più precisa tali strade cautelative create a livello dottrinale e giurisprudenziale, restituendo, così, certezza alle situazioni di fine vita. Si potrebbe, prima facie, allora ritenere che così facendo il legislatore abbia ridotto, nei limiti del possibile, anche l'esigenza di ricorsi al giudice tutelare nella fase terminale della vita del beneficiario degli istituti di tutela o, più semplicemente, il ruolo di quest'ultimo in questo particolare settore[37].

Il giudice tutelare, infatti, a mente dell'art. 3 comma quinto della legge in commento, dovrebbe oggi intervenire più che altro nelle ipotesi di apparente conflitto tra volontà esternata dal rappresentante legale o dall'amministratore di sostegno - i quali, in assenza di DAT, dichiarino di voler procedere all'interruzione delle cure - e posizione del medico curante, il quale sostenga la necessità di proseguirle.

Nonostante il tenore letterale della norma lasci propendere per questa considerazione, occorre, tuttavia, dare atto dell'intervento di una recente sentenza della Corte Costituzionale, sentenza n. 144 del 2019, che ammette la possibilità che sia l'amministratore di sostegno ad avere il compito di "rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita" solamente ed esclusivamente all'esito di un esplicito potere attribuitogli dal predetto giudice tutelare all'atto della nomina o con atto posteriore alla nomina.

La Corte precisa, dunque, che, nonostante l'intervento normativo, l'amministratore comunque non godrebbe di un potere "autonomo", liberamente esercitabile, di rifiutare le cure essenziali al mantenimento in vita del paziente/beneficiario, ma occorrerebbe pur sempre un intervento giudiziale da parte del giudice tutelare in occasione della nomina o in data posteriore alla nomina, qualora il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda[38].

La Corte, dunque, rifugge da ogni automatismo nella attività di rappresentanza legale, ribadendo l'esigenza di tutela dell'incosciente nonché l'esigenza di predisporre una indagine scrupolosa sulla sua filosofia di vita, al fine di raggiungere un elevato livello di certezza in ordine alle scelte di fine vita che avrebbe autonomamente compiuto se avesse avuto la possibilità di esprimerle.

- **La tutela del soggetto debole : la sostituzione fedecommissaria ed il trust.**

La tutela del soggetto definito debole si perpetra anche attraverso istituti **non strettamente collegati alle nozioni di tutela e curatela.**

Si pensi, al riguardo, all'istituto della sostituzione fedecommissaria, poco ricordato in relazione alla più ampia tematica oggetto d'esame rispetto al **trust**. Ai sensi dell'art. 692 cc, ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La norma, a mente del comma secondo, amplia la sua portata applicativa al minore di età, il quale si trovi nelle condizioni di abituale infermità di mente, tali da far presumere che nel termine indicato dall'art. 416 cc interverrà pronuncia di interdizione. Ancora, il legislatore ha inteso privare di effetto la sostituzione, qualora l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. E' anche priva di effetto in caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza.

L'istituto, dunque, prevede: una doppia delazione, l'obbligo di conservazione e restituzione dei beni concessi, la cura di una persona incapace, ovvero di un interdetto, figlio, discendente o coniuge del testatore.

Il sostituito si prende cura dell'istituto/interdetto fino alla sua morte. L'istituto/interdetto, dunque, al momento della delazione ereditaria, è titolare di un diritto di proprietà sottoposto, ex lege, a condizione risolutiva. La predetta condizione consiste nella premorienza dell'interdetto/istituto al sostituito. La

seconda delazione, quella posta a favore del sostituto (sia esso, come visto nell'analisi della norma, singolo soggetto o ente), si aprirà, dunque, a condizione che l'istituto interdetto gli sia premorto ed a condizione che, nel lasso di tempo precedente la morte, il sostituto abbia prestato tutta l'assistenza necessaria alla cura degli interessi della persona incapace[39].

Ne discende, sulla base della ricostruzione dell'istituto sin qui evidenziata, che l'istituto è il beneficiario solo apparentemente "indiretto" dell'intera operazione, la quale, infatti, ha ragion d'essere proprio per assicurare l'assistenza di un soggetto che versa in condizione di minorazione psicofisica. La ratio attuale dell'istituto, dunque, può essere identificata nell'esigenza di sollecitare la cura dell'incapace, più che nell'esigenza, forse oggi solo storica, di assicurare un passaggio generazionale del patrimonio familiare.

La tutela, per contro, si appalesa imprescindibilmente "**diretta**" e non "**apparentemente indiretta**" nell'istituto del cd. "**trust a tutela del soggetto debole**". Tale modalità cautelativa, particolarmente diffusa nei sistemi angloamericani, in cui l'istituto del trust svolge finalità perfino previdenziali, si è diffusa anche nel nostro sistema.

Ad esempio, sono divenuti frequenti i trust per la gestione del patrimonio mobiliare del beneficiario ed a scopo successorio <<**finalizzate alla garanzia delle esigenze di mantenimento ed alla cure mediche al beneficiario[40]>>. La ratio della diffusione del predetto istituto, seppur avversato, può essere ricollegata a due principali questioni.**

In primo luogo, è la stessa struttura del trust a garantire l'esistenza di una finalità assistenziale. L'istituto, notoriamente, presuppone che un soggetto (cd. settlor o disponente) trasferisca una massa di beni ad un altro soggetto (cd. trustee) perché questi - a seguito di una forma di segregazione patrimoniale che si verifica nel suo patrimonio e che, pertanto, impedisce l'aggressione dei beni conferiti da parte dei suoi creditori personali[41] - li amministri in favore, nella maggior parte dei casi, di un terzo soggetto (cd. beneficiary), il quale vanta un diritto all'ottenimento del residuo al termine delle attività di amministrazione[42].

In secondo luogo, nonostante i numerosi dubbi inerenti l'ammissibilità del trust nel nostro ordinamento, che esulano dalla attuale indagine, l'orientamento attualmente prevalente tende a ritenere che il trust, anche interno, in cui l'unico elemento "straniero" è rappresentato dalla legge regolatrice, sia ammissibile nel nostro ordinamento, in ragione della introduzione dell'art. 2645 ter.

La predetta norma è rubricata **trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche[43]**. Essa, dunque, legittima la trascrizione di atti attraverso i quali le parti scelgono di apporre un vincolo reale su una massa di beni per la soddisfazione di interessi che - come recita testualmente lo stesso art. 2645 ter - possano qualificarsi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 comma secondo c.c. La meritevolezza di cui all'art. 2645 ter, nonostante l'esplicito richiamo che il legislatore opera alla norma che per eccellenza codifica l'autonomia negoziale, non è paragonabile alla

meritevolezza che necessariamente si richiede per i contratti atipici.

Al fine di comprendere il senso di tale ultima precisazione, può essere utile ricostruire **l'evoluzione che ha interessato il concetto di causa contrattuale prima e meritevolezza di cui all'art. 1322 comma secondo poi nell'ultimo decennio.**

Al riguardo occorre ricordare che, con alcune pronunce storiche, emerse a partire dal 2006, la causa contrattuale ha visto mutare il proprio significato. Secondo la concezione classica ed originaria, tale elemento strutturale del contratto, nei contratti tipici, veniva identificato nella funzione economico-sociale del negozio, ovvero nella funzione di volta in volta attribuita in via legislativa al singolo negozio giuridico oggetto di attenzione. Dal momento che la causa coincideva con la funzione astrattamente individuata in via legislativa, si riteneva che essa **si appiattisse sul tipo legale** e, pertanto, fosse automaticamente sempre lecita e meritevole, senza necessità di soggiacere ai controlli che, per contro, l'art. 1322 comma secondo imponeva di espletare per gli schemi negoziali atipici.

Tale visione della causa contrattuale, intesa come funzione economico-sociale, infatti, finiva con il rendere più difficile l'attribuzione di rilievo agli interessi delle parti, i quali, molto frequentemente venivano relegati al ruolo di meri motivi esterni o, ove possibile, valutati alla stregua di presupposizioni.

L'esigenza di attribuire il giusto peso agli interessi dei contraenti, ha spinto la giurisprudenza a mutare la concezione causale, trasformandola da funzione economico-sociale a funzione economico-individuale, da intendersi come scopo pratico del negozio, sintesi degli interessi individuali **più significativi** e, pertanto, idonei ad **oggettivizzarsi** nella causa contrattuale, colorandola e disegnandola.

Su tali basi, pur a fronte di un tipo legale ben determinato, si rendeva necessario pur sempre un controllo costante sull'elemento causale analogamente a quanto da sempre avveniva in relazione ai contratti atipici, con conseguente venir meno anche dell'automatismo inerente **la liceità del predetto elemento strutturale**. Sulla base di tale evoluzione, molti Autori avevano affermato che il limite predisposto dall'ordinamento al comma secondo dell'art. 1322 cc alla stipula dei contratti atipici, ovvero privi di una disciplina legislativa, fosse in realtà andato incontro ad una forma di interpretatio abrogans.

I controlli richiesti per il contratto atipico, infatti, divenivano non dissimili da quelli richiesti per il contratto tipico, ingenerando, da questo punto di vista, **una opacizzazione dei confini tra tipo contrattuale e contratto frutto dell'autonomia negoziale**. Se la causa diviene scopo pratico del singolo negozio, isolatamente considerato, il predetto scopo deve poter essere valutato in relazione a qualsiasi negozio stipulato.

Tali riflessioni, tuttavia, sembrano dare per scontato che esista una esatta coincidenza tra causa contrattuale lecita, che deve necessariamente esser presente in ogni contratto, tipico o atipico che sia, e giudizio di meritevolezza. Pur dovendo considerare che molti Autori sostengono che il giudizio di meritevolezza possa oggi - alla luce della sopra descritta evoluzione - considerarsi implicitamente esteso

anche ai contratti tipici[44], i due elementi sono concettualmente distinti.

Infatti, l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta, a titolo puramente esemplificativo, **in materia di clausole claims made**, prima che si desse il via ad una loro (sia pure a detta di alcuni solo parziale) tipizzazione, ha reso più evidente come i due elementi debbano mantenere la loro autonomia.

La meritevolezza causale richiederebbe un quid pluris rispetto ad un mero giudizio di liceità dell'operazione contrattuale. Il giudizio di meritevolezza richiederebbe un vaglio della razionalità complessiva dell'operazione negoziale. Non sarebbe sufficiente, pertanto, l'esame della esistenza e liceità degli interessi che si oggettivizzano nella causa, bensì occorrerebbe che tali interessi egoistici, complessivamente considerati, raggiungano un risultato coerente con i principi costituzionali.

Tale, sia pur considerata sottile, distinzione consente di comprendere più facilmente la ragione per la quale, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si possa ravvisare una disomogeneità tra la meritevolezza di cui all'art. 1322 comma secondo, e la meritevolezza di interessi del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 ter. La prima, dunque, consentirebbe di valutare la coerenza con il sistema degli scopi individuali ed egoistici delle parti. La seconda, per contro, richiederebbe la valutazione del raggiungimento di leciti scopi socialmente apprezzabili.

Su tali basi, allora, è facilmente intuibile la ragione, inizialmente individuata, in forza della quale si tende a ritenere che: A. la norma in questione sia nata proprio con finalità prettamente cautelativa delle categorie deboli; B. la norma possa pacificamente rappresentare il fondamento normativo di un altro strumento cautelativo dei soggetti deboli, quale è appunto il trust istituito per la loro tutela[45].

3.

Conclusioni

All'esito della descrizione delle possibili figure di soggetto qualificabile alla stregua di soggetto debole, appare evidente come l'ordinamento giuridico risponda, oggi, con adeguati strumenti di tutela, diversificati in base al settore di riferimento (fine vita/medico, successorio, contrattuale). Tali strumenti hanno subito una notevole evoluzione nel tempo a livello giurisprudenziale e dottrinale e solo recentemente si sono tradotti in una risposta normativa. Si pensi, infatti, alla circostanza secondo la quale la norma inerente i vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 ter risale al 2006. Si pensi ancora alla circostanza secondo la quale la legge sulle disposizioni anticipate di trattamento risale all'anno 2019.

Su tali basi, molti operatori del diritto auspicano che **l'evoluzione verificatasi in ambito civilistico si**

traduca in una spinta verso la risoluzione delle più spinose questioni inerenti la tutela dei soggetti deboli nel momento delle scelte di fine vita anche in ambito penalistico, in cui, all'esito delle risposte giurisprudenziali fornite al "caso Dj Fabo" dai giudici di merito, si renderà necessaria una rivisitazione di norme di diritto penale di parte speciale ed, in particolare, dell'art. 580 cp. Norma che, attualmente, incrimina indistintamente tanto le condotte determinative al suicidio quanto le condotte puramente esecutive, anche di entità lieve, purché giuridicamente rilevanti in termini ricostruttivi del nesso causale, perpetratesi negli stadi terminali di patologie irreversibile e totalmente invalidanti.

All'esito della sottoposizione al vaglio della Corte costituzionale del cd. "Caso Cappato" o "Caso Dj Fabo", che dir si voglia, è stato richiesto un intervento Parlamentare, al fine di individuare una soluzione di compromesso tra l'esigenza di tutelare i soggetti che versano in situazione di minorazione psicofisica che permea l'art. 580 cp ed il rispetto della loro libertà di autodeterminazione[46].

Il nodo della questione, attualmente oggetto di dibattito aperto, consiste nella possibilità di attribuire o meno rilievo ad una volontà suicidiaria già formata e consolidata nel tempo, ma inattuabile in assenza di un, seppur minimo, ausilio esterno, al fine di escludere **la tipicità ed offensività delle condotte esecutive di aiuto al suicidio a tal fine poste in essere.**

E' evidente, pertanto, l'esistenza di una forma di parallelismo tra la scelta di non privare il soggetto affetto da patologie degenerative della capacità giuridica mediante l'utilizzo di un nuncius prima e della normativizzazione delle DAT poi e la eventuale scelta, che potrebbe concretizzarsi nei prossimi mesi, di privare di tipicità la condotta di chi, materialmente, agevoli l'interruzione del percorso degenerativo, sia pure solamente in circostanze peculiari e delicate, analoghe a quelle verificatesi nel caso concreto che ha dato vita al dibattito.

Volume consigliato

Note

[1] In verità, una parte della dottrina attribuisce anche al nascituro, ovvero al concepito non ancora nato, una cd. capacità giuridica provvisoria, ovvero la capacità di esser titolare dei diritti ancor prima della prima respirazione polmonare. Sul punto, M. C. Bianca, Istituzioni di diritto privato, 2014.

[2] Così M. Santise, Coordinate ermeneutiche di diritto civile, p. 41.

[3] Per quel che concerne gli atti di straordinaria amministrazione, si renderà necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare, ai sensi dell'art. 320 cc.

[4] Così M. C. Bianca, Istituzioni di diritto privato, 2014, Giuffrè, p. 73. Dello stesso tenore, F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, 2015, p. 133

[5] Così, A. Torrente - P. Schlesinger, manuale di diritto privato, 2007, p. 97 e ss.

[6] Normalmente il tutore ha gli stessi poteri del genitore, pertanto si tratta di un istituto "sostitutivo" degli atti del soggetto che ne beneficia. Ciò nonostante, diversamente rispetto alla responsabilità genitoriale, il tutore è chiamato al compimento dell'inventario dei beni del minore ed al rendiconto ai sensi dell'art 385 cc. Il curatore, per contro, svolge funzione puramente assistenziale ed integrativa dell'operato del proprio assistito.

[7] Al riguardo può essere utile ricordare come, recentemente la giurisprudenza si sia espressa in ordine alla esigenza che l'organo giudicante, al quale viene chiesto di pronunciarsi su interdizione ed inabilitazione, non debba procedere ad una valutazione priva di riscontro pratico delle condizioni psicofisiche dell'interdicendo o inabilitando, in quanto è chiamato a verificare con attenzione l'adeguatezza della misura richiesta in relazione alle esigenze di tutela della persona inferma di mente. Sul punto si veda Tribunale- Castrovillari, 15/11/2012.

[8] Occorre tuttavia precisare come l'inabilitazione possa essere promossa anche da parte dell'unione civile. Ciò in virtù di quanto disposto dall'art. 1 comma quindici della legge del 20 maggio 2016, n. 76.

[9] L'amministrazione di sostegno, secondo la descrizione attualmente più diffusa, <<ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali la interdizione e la inabilitazione, non soppressi ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli art. 414 e 417 cc.>> . Così Cass. Civile Sez. I - 12/06/2006, n. 13584.

[10] Sul tema, si legga Cassazione Civile, Sez, I, 13917 del 02/08/2012.

[11] Sul punto si legga, Tribunale di Modena, 25/09/2015, diritto di famiglia e delle persone, 2016, 2, 545.

[12] Niente esclude, tuttavia, la nomina di un coamministratore di sostegno, qualora ci sia pericolo di conflitto di interessi tra beneficiario ed amministratore. Così Tribunale di Modena, Sez. II, 16/06/2014.

[13] M. Santise, op cit., p. 43.

[14] Sul punto si legga, A. Venchiarutti, Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo

la Corte Costituzionale si pronuncia la Corte di Cassazione, dir. Famiglia, fasc. 1, 2007, pag. 0127B, nota a Cass. civile, 12 giugno 2006, n. 13584, sez. I. L'Autore chiarisce che, con l'entrata in vigore della legge 9 Gennaio 2004, n. 6, si è particolarmente sentita in dottrina ed in giurisprudenza l'esigenza di chiarire i confini inerenti l'istituto dell'inabilitazione e dell'interdizione. I due istituti presentano numerosi punti di contatto, ma possono ugualmente essere individuate delle differenze basilari. L'amministrazione di sostegno permette una graduazione della tutela, pertanto risulta essere preferibile rispetto all'interdizione. Su tali basi, la stessa Corte Costituzionale ha mostrato di aderire all'orientamento che qualifica il nuovo istituto alla stregua di uno strumento di protezione di carattere generale, relegando l'interdizione e l'inabilitazione al rango di strumenti di protezione speciale e sussidiaria, ai quali il giudice può ricorrere soltanto quando << non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'interessato una protezione adeguata che limiti nella minore misura possibile la sua capacità>>.

[15] Corte di Cassazione, 12 giugno 2006, n. 13584. Nella parte motiva della sentenza si legge che : << La più significativa espressione della descritta funzione della legge é, poi, costituita dal suo articolo 3, che, attraverso una serie di disposizioni, costituenti il nuovo capo I del titolo XII del libro primo del codice civile, intitolato «Dell'amministrazione di sostegno» [...] disegna la nuova figura dell'amministrazione di sostegno, delineandone i presupposti e la portata, individuando i soggetti legittimati a richiederla, definendo il relativo procedimento, i criteri di scelta dell'amministratore e i suoi doveri, le norme applicabili ed il regime degli atti compiuti dal beneficiario o dal 1 amministratore in violazione di norme di legge o di disposizioni del giudice.

Per ciò che concerne, in particolare, il discrimen tra amministrazione di sostegno ed interdizione, rilevante ai fini della decisione cui è chiamata la Corte, esso è stato individuato dai primi commentatori della legge n. 6 in un criterio "quantitativo", correlato, cioè, al diverso grado di incapacità manifestato dal soggetto di cui si tratta, ritenendosi corrispondere ad una minore gravità della patologia invalidante la meno invasiva misura dell'amministrazione di sostegno, e, per converso, ad una maggiore gravità della infermità la interdizione.

Soluzione, questa, a prima vista piana e ragionevole, ma che, a ben vedere, finisce con il mettere in ombra la specificità dell'istituto in esame, trascurando una serie di elementi di interpretazione offerti dalla lettera e dallo spirito della legge.

Anzitutto, dall'esame testuale delle già richiamate disposizioni che rispettivamente fissano i presupposti dei due istituti emerge quello che costituisce uno dei punti cardine della legge, e cioè la estensione del regime di protezione degli incapaci a soggetti che sono impossibilitati a provvedere ai propri interessi anche per cause diverse dalla infermità di mente, quali la infermità fisica e la menomazione fisica e psichica (soggetti tra i quali possono menzionarsi, a titolo esemplificativo, i portatori di handicap), i quali non sono in nessun caso assoggettabili ad interdizione>>. Ma, per effetto della definizione contenuta nell'art. 404 c.c., beneficiari dell'amministrazione di sostegno sono altresì i soggetti affetti da infermità psichica che li pone in una situazione di "impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi".

Ora, a prescindere dall'uso del termine "impossibilità" - che, pur diversificandosi sul piano lessicale dal concetto di incapacità cui è fatto riferimento nella disposizione dell'art. 414 c.c., in tema di interdizione, non sembra costituire un reale segnale di graduazione della disabilità -, la prevista possibilità di ricorso all'amministrazione di sostegno anche nei casi di infermità (o menomazione, fisica o psichica), determinante una impossibilità anche parziale o temporanea di attendere efficacemente ai propri interessi sicuramente non ne esclude l'ammissibilità ove questa sia invece totale o permanente: in questo secondo caso, non appare configurabile una sostanziale differenza tra i presupposti dei due strumenti di tutela sulla base della diversa gravità della impossibilità, o incapacità, di provvedere ai propri interessi.

Del resto, la ricordata disposizione dell'art. 427 c.c., comma 1, con il prevedere la possibilità di stabilire che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento, o con la semplice assistenza, del tutore, ha ritenuto ammissibile l'adozione di un provvedimento di interdizione in presenza di un grado di incapacità non assoluta.

6. - E, dunque, il criterio quantitativo non sembra, di per sé solo, offrire un utile strumento di distinzione tra i presupposti per l'amministrazione di sostegno e quelli per la interdizione. A tale scopo, occorre piuttosto valorizzare l'inciso contenuto nell'art. 414 c.c., che collega la interdizione alla necessità di assicurare l'adeguata protezione del soggetto maggiore di età che si trovi in condizioni di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, ciò che equivale ad affermare che l'ordito normativo esclude che si faccia luogo alla interdizione tutte le volte in cui la protezione del soggetto abitualmente infermo di mente, e perciò incapace di provvedere ai propri interessi, sia garantita dallo strumento della amministrazione di sostegno, sicché, parte della dottrina, muovendo dal presupposto del carattere del tutto residuale della misura della interdizione, ormai destinata a collocarsi quale *extrema ratio* cui ricorrere in casi limite, è giunta a mettere in discussione la scelta legislativa di mantenere comunque in vigore l'istituto de quo, additando come esempio cui ispirarsi la esperienza di alcuni Paesi europei, che lo hanno definitivamente ripudiato, siccome una sorta di "marchio", in favore di strumenti più moderni e rispettosi della dignità dell'individuo.

Deve, allora, concludersi che il legislatore ha inteso configurare uno strumento elastico, modellato a misura delle esigenze del caso concreto, che si distingue dalla interdizione non sotto il profilo quantitativo, ma sotto quello funzionale: ciò induce a non escludere che, in linea generale, in presenza di patologie particolarmente gravi, possa farsi ricorso sia all'uno che all'altro strumento di tutela, e che soltanto la specificità delle singole fattispecie, e delle esigenze da soddisfare di volta in volta, possano determinare la scelta tra i diversi istituti, con l'avvertenza che quello della interdizione ha comunque carattere residuale, intendendo il legislatore riservarlo, in considerazione della gravità degli effetti che da esso derivano, a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura.>>

Sul tema si legga anche M.F. GIORGIANNI, La flessibilità dell'amministrazione di sostegno, Riv. Notariato,

fasc. 2, 2013, p. 466.

[16] V. Roppo, Il contratto, p. 847 e ss.

[17] V. Roppo, op. cit., p. 868.

[18] V. Roppo, op cit. p. 871.

[19] Così, Cass. Pen. Sez III, n. 38882 del 10/02/2018

[20] Volendo fornire una nozione di nuncius estrapolandola dalla disciplina generale del contratto, occorre considerare che tale figura, a differenza del rappresentate, che forma e manifesta la volontà contrattuale diventando parte del contratto, si limita a trasmettere alla controparte la volontà contrattuale già compiutamente formata dall'interessato: quindi non diventa parte del contratto, che si considera concluso personalmente dall'interessato, né è corretto asserire che egli spenda il nome dell'interessato, perché non dichiara la propria volontà per l'interessato bensì la trasmette all'esterno. Così V. Roppo, op. cit. ,p. 248.

[21] Pretura di Nicosia, 23/01/1997, Dir. Famiglia 1998, 1533.

[22] Sul punto, Tar n. 61 del 1996, in Foro. Amm. 1996, con nota di Capitano.

[23] Così Tar sez. I - Bari, n. 1276 del 14/11/2016

[24] Chiné, Zoppini, Fratini, Manuale di diritto civile, Neldiritto, 2016/2017 , p. 123 e ss.

[25] Chiné, Zoppini, Fratini, op. cit..

[26] V. Roppo, Il contratto, op. cit. p. 857 e ss.

[27] Nell'ipotesi in cui dovesse esser giunto a conclusione, potrebbe paventarsi l'applicazione dell'art. 1440 cc, in materia di dolo incidente, laddove il comportamento scorretto si sia tradotto nella stipula di un contratto svantaggioso per il consumatore, il cui consenso , tuttavia, non risulta viziato al punto da tale da rendere indispensabile l'annullamento del negozio.

[28] Così S. Pagliantini, Neoformalismo Contrattuale, Enciclopedia del diritto, p. 772 e ss.

[29] Chiné, Fratini, Zoppini, Manuale di diritto privato, 2016/2017, p. 1583 e ss.

[30] Si leggano, al riguardo, gli artt. 5 e 6 della legge sulla subfornitura.

[31] Riguardo al predetto decreto, può essere utile ricordare come al giudice tutelare, in fase di sua

emanazione, compete una delicata verifica: egli è chiamato a valutare anche l'esistenza di coazioni esterne, ovvero di comportamenti esterni idonei a creare una pressione psicologica tale da incidere negativamente sulla libertà di determinazione e sulla capacità del soggetto debole. Non è, pertanto, attribuibile la nomina di un ads a chi presenti una personalità debole, ancorata ad una psiche un po' depressa ma non ancora tale da minare totalmente lo svolgimento delle attività quotidiane. In questi termini: Tribunale di Modena, sentenza del 21/12/2015, diritto di famiglia e delle persone (II), nota di Cresta.

[32] Così Rocco Galli, Appendice di aggiornamento al "nuovo corso di diritto civile", 2017-2018, cedam, p. 3 e ss.

[33] Corte di Cassazione, n. 14158 del 2017. Nella sentenza si legge testualmente che con decreto del 2 maggio 2015 la Corte d'appello ha dichiarato inammissibile il reclamo in quanto proposto avverso un provvedimento del giudice tutelare inerente alla "fase gestionale" dell'amministrazione di sostegno, privo del carattere della decisorietà e quindi reclamabile solo dinanzi al Tribunale ai sensi dell'art. 739 c.p.c., comma 1.

A fondamento di tale pronuncia la Corte territoriale ha affermato:

(omissis)

- l'art. 720 bis c.p.c., ha carattere speciale e derogatorio rispetto alla disciplina delle impugnazioni contenuta nell'art. 739 c.p.c., commi 1 e 3, e ciò è confermato altresì dalla previsione della ricorribilità per cassazione, che deve ritenersi riservata ai provvedimenti di indiscutibile carattere decisorio con esclusione di quelli di natura gestoria, i quali rimangono del tutto al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 720 bis c.p.c., commi 1 e 2.>>

[34] In questi termini, Tribunale di Varese, 12 marzo 2012.

[35] Sul punto di veda anche M. Santise, op. cit. , p. 57.

[36] Il predetto comma così recita: "il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare".

[37] Sul punto si legga anche, R. Galli, Appendice di Aggiornamento al "Nuovo corso di diritto civile" e al "nuovo corso di diritto penale", 2017/2018, Cedam, p. 5 e ss. Nonché M. Santise, op cit.

[38] Così Corte Cost. n. 144 del 13/06/2019, Guida al diritto, 2019, 28, 38.

[39] Sul punto si legga, M. Fratini, Il sistema di diritto civile, vol. IV, I diritti reali, le successioni e la famiglia, p. 289 e ss.

[40] M. Fratini, op cit., p. 47 .

[41] Al riguardo occorre precisare che la pubblicità del trust richiede la trascrizione in favore del trustee, dal momento che il Trust, isolatamente considerato, non ha autonoma personalità giuridica e soggettività giuridica. Così, Corte Appello, Sez I Trieste, n. 61 del 30/07/2014.

[42] Sul punto si legga anche T. Amodeo, la tutela di soggetti deboli attraverso la legge dedicata al “dopo di noi”, IUDICUM, 15 gennaio 2018.

[43] Riguardo alla trascrizione del vincolo di destinazione, significativa è la Corte D’appello, Sez. I, Roma, 04/02/2009.

[44] In questi termini: M. Fratini, Il sistema di diritto civile, vol 3., il contratto, 2017, p. 135.

[45] Sul tema, Tribunale di Modena, 11/12/2008, nota a Sentenza di Nardi, mandato e rappresentanza, Diritto di Famiglia e delle Persone, 2009, 3, 1256. Con tale nota si chiarisce che << è opportuna e legittima, ex art. 2645 ter, a tutela e salvaguardia dei beni mobili ed immobili, presenti e futuri, di un minore soggetto a tutela e protutela l’istituzione di un Trust che vincoli i beni predetti al soddisfacimento delle esigenze, personali e patrimoniali, del minore predetto, qualora il Trust sia conveniente ed utile al minore stesso>>.

[46] Corte Costituzionale del 24 Ottobre 2018, n. 207.

<https://www.diritto.it/la-figura-del-soggetto-debole-istituti-rimedi-e-problematiche-attuali/>