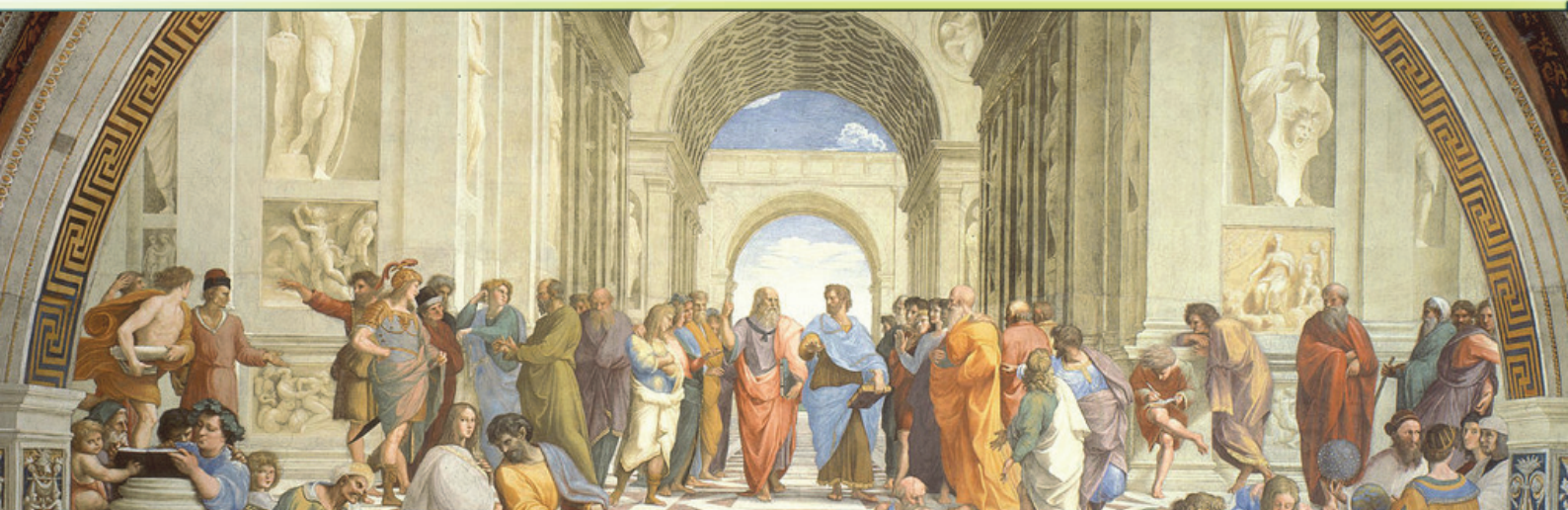


JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



4/2025

luglio-agosto



G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Ancora sull'attuazione della Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive: un vestito sempre più da Arlecchino?*	
di <i>Alessio Zaccaria-Mauro Tescaro</i>	522
Limiti consuetudinari allo <i>ius excludendi</i> da parte del proprietario fondiario*	
di <i>Raffaele Caterina</i>	529
Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili*	
di <i>Eugenio Fazio</i>	538
Interessi moratori nel credito al consumo: tra usurarietà e vessatorietà*	
di <i>Federico Cappai</i>	553
La volontà del minore nelle decisioni relative alla salute*	
di <i>Nicolò Cevolani</i>	560
Autonomia pianificata e condivisione delle scelte di cura*	
di <i>Edoardo Bacciardi</i>	578

Giurisprudenza italiana

Gli indici di autonomia delle garanzie personali: una questione sempre aperta* (nota a Cass., sez. I, sent. 4 dicembre 2024, n. 31105)	
di <i>Angela Campus</i>	615

Recensioni

Giuseppe Portonera, <i>L'aversione dell'arricchimento indegno, Euristica punitiva e sistema del diritto civile</i> , Napoli, 2025, 321	
di <i>Paolo Gallo</i>	625

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



ALESSIO ZACCARIA-MAURO TESCARO*

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

ANCORA SULL'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 93/13/CEE SULLE CLAUSOLE ABUSIVE: UN VESTITO SEMPRE PIÙ DA ARLECCHINO?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il controllo sulle clausole abusive: i contratti e le tipologie di clausole interessati. – 3. La definizione di clausola abusiva. – 4. L'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile. – 5. Il particolare sviluppo del diritto italiano indotto dalla Direttiva sulle clausole abusive: il nuovo istituto c.d. della "nullità di protezione". Rapporti con la nullità "tradizionale" e con l'annullabilità. – 6. I caratteri della "nullità di protezione". – 7. Il crescente ruolo creativo della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 8. Il controllo amministrativo sulle clausole abusive. – 9. Conclusioni.

1. – Poco meno di dieci anni or sono, dopo avere tracciato un panorama dei metodi di recepimento della Direttiva 93/13/CEE, si era ragionato, alla luce delle notevoli disomogeneità riscontrabili nei vari Paesi dell'Unione, di «un vestito da Arlecchino»¹, cioè composto da così tante stoffe diverse da risultare criticabile dal punto di vista sia dello sviluppo del commercio transfrontaliero sia dell'armonizzazione europea.

Si intende in questa sede riproporre quelle considerazioni, con l'obiettivo di aggiornarle e di verificare se la citata conclusione sia ancora attuale oppure non.

2. – La Direttiva riguarda i (soli) contratti B2C, con riferimento ai quali ha delineato un modello di controllo definibile come "misto", nel senso che il controllo è stato imposto con riguardo alle clausole standard (cioè con riguardo alle clausole predisposte per una serie indefinita di contrattazioni) e con riguardo alle clausole comunque predisposte, anche se ai fini di una singola contrattazione soltanto, mentre non è stato imposto alcun controllo con riguardo alle clausole negoziate individualmente².

* Il lavoro è destinato agli scritti in onore di Massimo Confortini.

Dopo avere concordato la scrittura a quattro mani con Mauro Tescaro e avere impartito a quest'ultimo alcune direttive su come realizzarla, Alessio Zaccaria è venuto prematuramente a mancare. Sebbene il testo definitivo, pertanto, non sia stato da lui approvato, si confida di non avere travisato il pensiero del Maestro e di contribuire a conservarne la memoria.

¹ A. ZACCARIA, *Anmerkungen zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-Verträgen in Europa*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht – ZEuP*, 2016, 159 ss.; ID., *Considerazioni in ordine all'attuazione, in Europa, della Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Studium iuris*, 2016, 150 ss.

² V., per tutti, S. TROIANO, *Article 3 Dir. 93/13/EEC*, in *Commentary on EU Legislation on Consumer Law*, a cura di R. Schulze ed E. Arroyo Amayuelas, Monaco di Baviera, 2025, in corso di pubblicazione.



Forme di controllo, ispirate a numerosi differenti modelli, erano state peraltro già previste in molti Paesi dell'Unione anche prima della emanazione della Direttiva.

A seguito della emanazione della Direttiva, poi, in molteplici ordinamenti i modelli sono stati modificati, ma la loro numerosità non è diminuita; al contrario, si può dire che la Direttiva ha prodotto addirittura un incremento e una ulteriore “specializzazione” dei modelli di controllo.

Infatti, abbiamo Stati in cui il controllo riguarda tutti i contratti (B2B, B2C, P2P) e tutte le clausole, anche quelle negoziate individualmente; Stati in cui il controllo, quando si tratti di clausole predisposte, riguarda tutti i contratti (B2B, B2C, P2P), mentre quando si tratti di clausole negoziate individualmente riguarda solo i contratti B2C; Stati in cui il controllo riguarda tutte le tipologie di clausole, ma solo quando si tratti di contratti B2C; e abbiamo Stati in cui il controllo, esattamente secondo il modello delineato dalla Direttiva, riguarda (esclusivamente) le clausole predisposte (anche se solo ai fini di una singola contrattazione) inserite in contratti B2C³.

Un panorama, pertanto, estremamente variegato, che proprio per questo motivo sembra paragonabile a un vestito da Arlecchino.

3. – Sotto altro profilo, che l’attuazione della Direttiva sulle clausole abusive si sia risolta in un vestito da Arlecchino, è constatabile altresì considerando la definizione di clausola abusiva.

Infatti, nonostante che, ai sensi dell’art. 3 della Direttiva una clausola debba essere considerata abusiva se, «in contrasto con la buona fede», determini, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, in diversi Stati, il riferimento alla buona fede non è stato recepito, essendo stata definita, come abusiva, la clausola che, semplicemente, sia foriera di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

La formulazione «in contrasto con la buona fede», peraltro, è stata così rettificata solo nel giugno 2015, mentre il testo originario italiano della Direttiva, a differenza delle sue versioni in altre lingue, recitava erroneamente «malgrado il requisito della buona fede». Ciò aveva favorito lo sviluppo di un acceso dibattito sul punto se di quella nozione dovesse essere data una lettura in senso soggettivo, cioè se la nozione medesima dovesse essere riferita all’atteggiamento psicologico di chi la clausola ha predisposto, o in senso oggettivo, intendendola come significativa della necessità di tenere un comportamento conforme, appunto, a buona fede. La rettifica del 2015 ha reso ancora più evidente che dovrebbe preferirsi la seconda tesi, anche se per chiudere ogni dibattito al riguardo sarebbe stata utile la modifica pure della previsione interna italiana, ovverosia dell’art. 33, comma 1, cod. cons., che invece, inspiegabilmente, continua a presentare l’inciso «malgrado la buona fede»⁴.

4. – Considerazioni analoghe sia sotto il profilo dei difetti di attuazione sia sotto quello della interpretazione di norme nazionali pur specchio fedele delle indicazioni date dalla Direttiva possono poi essere svolte anche con riguardo all’art. 5 della Direttiva medesima, secondo il quale, nel caso di con-

³ Per approfondimenti, v. tra i tanti M. STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht. Institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht*, Berlino/Boston, 2021, 362 ss. (su cui v. anche la recensione di M. TESCARO, in questa Rivista, 2022, 549 ss.).

⁴ V. *amplius* S. TROIANO, *Le clausole vessatorie a trentadue anni dalla direttiva 93/13/CEE*, in *Il diritto privato dei consumatori: nuovi assetti e prospettive*, a cura di A. D’Adda e A. Albanese, 2025, in corso di pubblicazione.



tratti di cui tutte le clausole o talune di esse siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile, e, in caso di dubbio, deve prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore.

Da un lato, infatti, in alcuni Stati, questa previsione non è stata attuata in modo esplicito, bensì è stata, in buona sostanza, inglobata in norme più generali comunque concernenti l'interpretazione delle clausole predisposte (ciò che genera almeno qualche perplessità circa la correttezza dell'attuazione), dall'altro, invece, ove è stata attuata in modo testuale, si è dimostrata fonte di dubbi e di interpretazioni contrastanti. Precisamente, ci si è spesso chiesti: cosa deve valere, posto che il legislatore europeo ha fatto riferimento al solo caso delle clausole proposte per iscritto, per quanto concerne le clausole che siano state invece proposte al consumatore oralmente? Può essere estesa anche a questa ipotesi la medesima norma volta a imporre l'utilizzo di espressioni chiare e comprensibili?

La circostanza che il considerando 11 della Direttiva affermi che il consumatore deve godere della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto potrebbe indurre ad accogliere la soluzione affermativa. Ma, in senso contrario, il silenzio della Direttiva sul punto potrebbe essere letto come frutto di una scelta consapevole dettata dalla considerazione delle difficoltà, nella pratica quasi insormontabili, cui con tutta evidenza andrebbe incontro chi si dovesse trovare nella condizione di dovere esercitare un controllo sui termini di una dichiarazione orale.

Ancora, per limitarsi solo alle ulteriori, principali domande suscitate dai molteplici silenzi della disciplina europea, ci si è chiesti: la clausola mancante di trasparenza può essere classificata già solo per questo fatto come abusiva e, perciò, come nulla? E la mancanza di trasparenza potrebbe costituire il fondamento per un'azione risarcitoria?⁵.

5. – Il riferimento appena compiuto all'istituto della nullità fornisce lo spunto per passare a uno sviluppo di grande interesse e notevole portata che l'attuazione della Direttiva sulle clausole abusive ha indotto in Italia. L'art. 6 della Direttiva imponeva agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Manca, come si vede, l'indicazione della forma di invalidità, in senso ampio, destinata a interessare le clausole abusive. Si dice semplicemente che le clausole medesime “non vincolano il consumatore” e si rinvia, per la più precisa definizione di questo profilo, alle legislazioni nazionali.

Non si tratta di una scelta inconsueta. È raro, invero, che il legislatore europeo indichi, a fronte di una qualche “patologia” contrattuale, un rimedio specifico e, ancor più, che egli qualifichi tale rimedio in termini di “nullità”. Si tratta di un atteggiamento “prudente”, dettato dalla considerazione del fatto che, sotto il profilo delle invalidità, i vari ordinamenti nazionali appaiono abbastanza distanti gli uni dagli altri. Meglio, perciò, nell'ottica del legislatore europeo, anziché “imporre” il ricorso a specifici rimedi (invalidità in una delle sue diverse forme, risoluzione, recesso, ecc.), lasciare ai legislatori dei singoli Stati la libertà di ricorrere al rimedio ritenuto più opportuno e di compiere così una scelta de-

⁵ Su questi temi, cfr. di recente V. CALDERAI, *Article 5 Dir. 93/13/EEC*, in *Commentary on EU Legislation on Consumer Law*, a cura di R. Schulze ed E. Arroyo Amayuelas, cit., in corso di pubblicazione; nonché G. VERSACI, *La trasparenza materiale nella direttiva 93/13: una moltiplicazione dei modelli regolatori tra genus e species*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent'anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, Milano, 2024, 321 ss.



stinata a ricadere, con ogni probabilità, sul rimedio, già noto, maggiormente in linea con il “sistema” proprio di ciascun ordinamento. Con ogni probabilità soltanto, però.

Per quanto concerne, in particolare, le clausole abusive, a fronte della previsione della Direttiva secondo cui “gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista non vincolino il consumatore”, una soluzione in linea con il “sistema” è stata per esempio accolta, infatti, in Spagna, ove il legislatore, nel momento in cui, nella *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, ha disposto che “*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*” (art. 83), ha fatto ricorso alla tradizionale categoria della nullità.

Così come una soluzione in linea con il “sistema” già esistente è stata accolta in Francia, ove il legislatore, nel *Code de la consommation*, ha affermato che “*Les clauses abusives sont réputées non écrites*” (art. L241-1), nonché in Germania, ove la questione della validità delle clausole abusive è stata risolta riconducendo anch’essa nel generale contesto del sistema unitario del diritto dei contratti delineato con la *Schuldrechtsmodernisierung* (si veda specialmente il § 307 *BGB*).

Una scelta diversa è stata compiuta, invece, dal legislatore italiano, il quale, dopo avere dapprima sancito, nell’oggi abrogato art. 1469-*quinquies* cod. civ., la inefficacia delle clausole abusive, ha quindi optato per la sanzione della nullità, specificandola ulteriormente, nell’art. 36 cod. cons., come “nullità di protezione”. Ha optato, in altre parole, per l’introduzione di una nuova categoria di nullità, caratterizzata da tratti diversi da quelli che la contraddistinguono tradizionalmente.

Ciò, come testimonia la copiosissima letteratura in materia, ha stimolato un ampio dibattito dottrinale, che si è esteso ben al di là del settore delle clausole abusive, per investire, più in generale, il tema concernente l’individuazione di una disciplina adeguata alla tutela dei “soggetti deboli”⁶.

6. – A differenza della nullità “tradizionale”, che costituisce la conseguenza di un apprezzamento negativo, da parte di una norma imperativa, di un difetto “strutturale” del contratto o la reazione a un vizio di meritevolezza di quest’ultimo e incide sulla esistenza del contratto inteso come “atto”, in linea di principio investendolo nel suo complesso (in linea di principio, perché possono darsi, sia pure in posizione potremmo dire eccezionale, anche fattispecie di nullità parziale), la “nullità di protezione” incide sul contratto inteso come regolamento, risolvendosi nella espunzione da quest’ultimo di una sua parte (la parzialità, a differenza di quanto vale per la nullità tradizionale, nel caso di “nullità di protezione”, è la regola), al fine di conformarlo a uno specifico interesse individuale, del consumatore, ritenuto degno, appunto, di protezione: quello, specificamente, alla libertà di determinarsi.

Sotto quest’ultimo profilo, la “nullità di protezione” è certamente apparentata con l’annullabilità. Ma, a differenza dell’annullabilità, incide, come si diceva, sul contratto inteso come regolamento, lì dove l’annullabilità, alla pari della nullità tradizionale, incide sul contratto inteso come atto.

La nullità tradizionale si caratterizza, poi, per l’assolutezza, vale a dire per il fatto di poter essere fatta valere da chiunque (ciò che si spiega in quanto mira alla protezione di interessi generali). La “nullità di protezione” può essere fatta valere, invece, soltanto dalla parte in condizione di debolezza contrattuale, ulteriore carattere, questo, che la avvicina all’annullabilità, che pure può essere fatta valere solo dalla parte alla protezione dell’interesse della quale la norma mira. La ragione di questa limita-

⁶ Da ultimo v., anche per ulteriori riferimenti, A. MANIACI, *Dalle nullità speciali domestiche alle nullità di protezione europee, e ritorno*, in *Liber amicorum per Alessio Zaccaria*, Milano, 2025, in corso di pubblicazione.



zione è chiara: la pronuncia di nullità potrebbe in concreto danneggiare il contraente protetto, così che la protezione potrebbe risultare vanificata ove fosse consentito di dedurre la nullità anche a soggetti diversi da costui.

La “nullità di protezione”, infine, può essere rilevata d’ufficio dal giudice, alla pari della nullità tradizionale, ma, in quanto tesa alla protezione, appunto, della parte debole, soltanto quando dalla rilevazione possa derivare un esito del processo favorevole al consumatore⁷. Questo è uno dei profili in relazione ai quali si è maggiormente sviluppato, negli ultimi anni, il ruolo creativo della Corte di giustizia dell’Unione europea su cui ci soffermeremo nel prosieguo.

In ogni caso, la “nullità di protezione” costituisce, nel diritto italiano, una categoria ormai ben delineata e pienamente acquisita. Non mancano, ciò nonostante, questioni ancora aperte. Per esempio, particolarmente discusso è se il contratto affetto da una “nullità di protezione” possa essere convalidato, essendo la convalida sì tradizionalmente esclusa, ma per via della generalità dell’interesse protetto, quando la nullità di protezione tende invece alla tutela di un interesse individuale⁸. D’altra parte, è indubbio che l’istituto in discorso serve altresì a tutelare il mercato, con una funzione che si è fatta sempre più dissuasiva nell’ottica di conformazione a correttezza dell’attività d’impresa⁹.

Quanto si è osservato sulla “nullità di protezione” può bastare al limitato scopo di fornire un esempio dei tipi di impatto, anche del tutto imprevedibili e imprevisi, che un atto normativo dell’Unione europea può avere su uno specifico ordinamento nazionale: in questo caso, la spinta allo sviluppo di un istituto inedito.

7. – Negli ultimi anni, soprattutto in seguito alla crisi finanziaria del 2008-2009 e alle numerose controversie conseguentemente promosse da risparmiatori, la Direttiva 93/13/CEE si è inoltre distinta per la circostanza che, in relazione a essa in modo particolarmente accentuato, si è sviluppato un crescente ruolo creativo della Corte di giustizia dell’Unione europea, fondato sul principio di effettività della tutela giudiziale.

Il citato ruolo è parso a vari studiosi eccessivo, dal punto di vista tanto della sua notevole incidenza persino sull’autonomia processuale nazionale quanto del paternalismo consumeristico che lo ha in linea di massima animato¹⁰, anche se non è mancato chi ha al tempo stesso considerato positivamente

⁷ Più precisamente, si ritiene che la citata rilevazione d’ufficio possa avere luogo solo se il consumatore, essendo stato informato obiettivamente ed esaustivamente delle sue conseguenze giuridiche, non si esprima in senso contrario. V. *amplius* F. EPISCOPO, *Article 6 Dir. 93/13/EEC*, in *Commentary on EU Legislation on Consumer Law*, a cura di R. Schulze ed E. Arroyo Amayuelas, cit., in corso di pubblicazione; A. ALBANESE, *La rilevanza d’ufficio della nullità delle clausole vessatorie dalla Corte europea di Giustizia alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2025, 1 ss.; nonché S. PAGLIANTINI, *Alla ricerca di una direttiva 93/13 rimasterizzata*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent’anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, cit., 23 ss.

⁸ Tra i tanti, v. M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I Tematici*, I, a cura di G. D’Amico, Milano, 2021, 720 ss., la quale si esprime in favore della tesi affermativa considerando la sanabilità del vizio “il naturale *pendant* della legittimazione relativa coadiuvata dal rilievo officioso nei termini detti”.

⁹ Lo evidenzia con particolare efficacia L. ROSSI CARLEO, *Le radici di un dialogo*, in *Liber amicorum per Alessio Zaccaria*, cit., per esempio rammentando come Corte di giustizia UE, C-125/18, del 3 febbraio 2020, abbia appunto chiarito che il giudice nazionale non può modificare le clausole abusive di un contratto per superare l’asimmetria, in quanto altrimenti si rischierebbe di perdere la citata funzione dissuasiva.

¹⁰ V. per esempio R. PARDOLESI, *A mo’ di prefazione*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent’anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, cit., XI.



che la Direttiva abbia stimolato il dialogo tra la Corte di giustizia e le giurisprudenze dei singoli Stati, così come indirettamente tra queste ultime.

La medesima dottrina da ultimo evocata, peraltro, non ha potuto fare a meno di constatare che, “se vi sono stati e tuttora vi sono così tanti rinvii pregiudiziali e così tanti arresti, anche di giudici nazionali, occasionati dalla direttiva sulle clausole abusive, ciò accade anche perché il quadro che emerge da quest’opera di concretizzazione ed integrazione procedente *ope iudicis* è tutt’altro che una garanzia di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni”. Si è in altre parole lamentata “soprattutto l’incertezza derivante dallo stesso disorganico accumularsi delle pronunce della Corte”, problema questo cui potrebbe porsi adeguatamente rimedio solo attraverso un ampio intervento di riforma del legislatore europeo¹¹, che peraltro non sembra realistico attendersi, come preciseremo meglio in sede di conclusioni.

8. – Una ulteriore novità di notevole rilievo degli ultimi anni si deve alla Direttiva UE 2019/2161 (c.d. *omnibus*), la quale ha introdotto nella Direttiva 93/13/CEE il nuovo art. 8-ter al fine di rafforzare il c.d. *enforcement*, anche e soprattutto pubblico, ovverosia migliorare l’applicazione della disciplina rendendo più efficace il sistema sanzionatorio¹².

Il diritto italiano, in realtà, aveva iniziato a evolversi in una simile direzione già nel 2012, con l’introduzione nel Codice del consumo del nuovo art. 37-bis, che aveva attribuito all’A.G.C.M. una prima forma di controllo amministrativo sulle clausole abusive nei contratti per adesione B2C, ma – senza approfondire in questa sede pure alcune complesse tappe intermedie – è solo nel 2023, appunto in sede di attuazione della Direttiva *omnibus*, che gli artt. 27 e 37-bis cod. cons. assumono integralmente le formulazioni attuali, attraverso le quali, in estrema sintesi, le misure di *public enforcement* concernenti le pratiche commerciali scorrette risultano estese alla nostra materia.

Sebbene l’innovazione in discorso potesse sembrare foriera di effetti dirompenti, si è da ultimo evidenziato non solo come il numero di procedimenti instaurati presso l’A.G.C.M. rimanga invece, almeno per il momento, esiguo, ma anche come, per esempio, ben cinque delle complessivamente sette delibere A.G.C.M. assunte nel 2022 siano state poi annullate dal Consiglio di Stato, ciò che induce a considerare il futuro del *public enforcement* delle disposizioni attuative della Direttiva 93/13/CEE “tutt’altro che roseo”¹³.

9. – Circa dieci anni or sono, come si è rammentato nell’introduzione, i sistemi di tutela contro le clausole abusive dei vari Paesi dell’Unione apparivano ampiamente disomogenei, per più cause: difetti di attuazione; contrasti interpretativi concernenti norme nazionali pur fedelmente attuative di previsioni della Direttiva dovuti alla equivocità di queste ultime; inaspettati sviluppi “originali” degli ordinamenti propri degli Stati membri indotti dalle norme di attuazione.

Ci si trovava pertanto di fronte al già citato vestito da Arlecchino, che sicuramente le imprese eser-

¹¹ S. TROIANO, *op. cit.*, ove anche ulteriori riferimenti.

¹² Al riguardo v., da ultimo, E. BATTELLI-A. ODDI, *Article 8b Dir. 93/13/EEC*, in *Commentary on EU Legislation on Consumer Law*, a cura di R. Schulze ed E. Arroyo Amayuelas, cit.

¹³ G. DE CRISTOFARO, *Il controllo amministrativo A.G.C.M. delle clausole dei contratti standard b-to-c: fu vera gloria? Ai posteri (rectius, al Consiglio di Stato) l’ardua sentenza...*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 483 s., ove si lamenta anche “la gravità dell’errore compiuto dal legislatore italiano, che ha completamente tralasciato di affrontare *ex professo* la questione del rapporto fra *public* e *private enforcement*”.



centi il commercio transfrontaliero, di conseguenza tenute a valutare le clausole da impiegare Paese per Paese, alla luce delle diversità di conseguenze che sarebbero potute derivare dal loro utilizzo, avrebbero preferito non dovere indossare. Un vestito da Arlecchino la diversità delle stoffe che concorrevano a comporre il quale rischiava di divenire talmente importante da pregiudicare la consistenza stessa del vestito: talmente importante, per uscire dalla metafora, da pregiudicare le finalità di armonizzazione che il legislatore europeo, nell'emanare la Direttiva, si era ripromesso di perseguire.

Abbiamo in questa sede verificato come un simile assai poco lusinghiero giudizio non possa oggi mutare ¹⁴, anzi dovrebbe forse persino peggiorare considerando pure le due principali novità degli ultimi anni, vale a dire il ruolo creativo della Corte di giustizia dell'Unione europea e il controllo amministrativo sulle clausole abusive.

Si può pertanto ribadire che, col senno di poi, meglio sarebbe stato intraprendere la via, piuttosto che dell'armonizzazione, dell'uniformazione, ovverosia ricorrere allo strumento del regolamento. Anche perché immaginare oggi una uniformazione, considerata la rilevante disomogeneità che è venuta a crearsi fra Stato e Stato, non solo appare difficile, ma neppure desiderabile, in quanto, con ogni probabilità, una disciplina comune potrebbe risultare "politicamente" accettabile, dal punto di vista di un legislatore europeo che, sia pure in misura variabile, deve ovviamente tenere conto delle diverse sensibilità di tutti i Paesi membri dell'Unione, solo al prezzo di una diminuzione, in molti di essi, del livello di protezione del consumatore.

Lo stesso legislatore europeo sembra essersene poi reso conto e, infatti, in anni più recenti, ha realizzato numerosi interventi di rilevanza privatistica proprio con lo strumento del regolamento, o con quello che comunque gli si avvicina della direttiva di armonizzazione massima ¹⁵. Però, come si diceva, un simile esito non è stato a suo tempo ritenuto possibile e non è oggi prevedibile in tema di clausole abusive, soprattutto per il vizio di fondo di avere originariamente scelto, in modo poco lungimirante, una diversa soluzione.

¹⁴ Lo pensa anche L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*

¹⁵ Una rassegna aggiornata può leggersi in A. TRABUCCHI *Istituzioni di diritto civile*, 51^a ed., a cura di S. Delle Monache, G. Trabucchi, S. Troiano e M. Tescaro, Milano, 2025, 1511 ss.



RAFFAELE CATERINA

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Torino

LIMITI CONSUETUDINARI ALLO *IUS EXCLUDENDI* DA PARTE DEL PROPRIETARIO FONDIARIO

SOMMARIO: 1. *Il dibattito nella dottrina.* – 2. *Il diritto di accesso alla natura.* – 3. *Altre consuetudini che limitano lo ius excludendi.* – 4. *Ammissibilità dei limiti consuetudinari nell'ordinamento statuale italiano.*

1. – Il problema del ruolo delle consuetudini nella disciplina del diritto di proprietà è stato sollevato, nella dottrina italiana, da Rodolfo Sacco, prima in un libro che raccoglieva le lezioni svolte nell'Università di Pavia¹, poi in un autonomo articolo².

In apparenza, in materia di proprietà, “le fonti sono scritte, la legge non richiama usi se non in casi particolari” (come in materia di distanze per quanto riguarda gli alberi). Eppure, a una considerazione realistica, la situazione appare assai più complessa.

“Come ci insegna l'esperienza quotidiana, nessuno si astiene dal raccogliere funghi, tartufi, lamponi, more selvatiche, piante di soffione (senza radici), o altre piante commestibili cresciute spontaneamente, fiori selvatici (dalla stella alpina al giglio rosso), pel solo fatto ch'essi sono cresciuti sulla proprietà altrui”; ci si asterrà per “rispetto istintivo della flora, o perché trattenuti da un regolamento, ma non ci si trattiene pel solo fatto che tali beni, appartenenti per accessione al proprietario del suolo, sono alieni”. “Del pari, chi voglia compiere ascensioni sul Cervino, o voglia sciare sulle pendici del Barifreddo e della Rognosa, si preoccupa assai poco di sapere se, con i suoi movimenti, attraversa, e quindi viola, la proprietà altrui”. “Il consociato giuridico italiano si comporta evidentemente come se fosse in vigore in Italia l'art. 699 del codice civile della vicina svizzera” (a norma del quale “l'accesso ai boschi, alle selve ed ai pascoli e la raccolta di bacche selvatiche, funghi e simili cose sono concessi ad ognuno, secondo l'uso locale, riservate le disposizioni proibitive che l'autorità competente può emanare, limitatamente a certi fondi, nell'interesse delle colture”).

Constatata l'incompatibilità di simili usi con quanto previsto dal codice civile in materia di proprietà e di frutti, la questione parrebbe chiusa. Ma occorre chiedersi “se il nostro ordinamento sia interamente legale, con l'unica eccezione degli usi richiamati di volta in volta dal legislatore formale”. La legge “non può, con un puro atto di volontà, risolvere un conflitto che la trascende, in quanto sorge tra

¹ R. SACCO, *La proprietà: sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-68*, Torino, 1968, 27 ss.

² R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 435 ss.



essa legge ed un'ulteriore forza dinamica estranea". La consuetudine è dunque una forza estranea alla legge, che su di essa può imporsi.

Nel nostro caso però non si è di fronte solo a una diffusa disapplicazione delle regole legislative, accompagnata da una generalizzata tolleranza: più interessante è il fatto che spesso "un atto della pubblica autorità dimostra implicitamente di conoscere l'uso". L'esempio a più alto livello sono tre leggi (la legge 6 gennaio 1931, n. 99, in materia di raccolta delle piante officinali, la legge 30 ottobre 1940, n. 1724, in materia di raccolta della camomilla, la legge 9 ottobre 1942, in materia di raccolta della digitale). Tali leggi regolano la raccolta appunto delle piante officinali, della camomilla, della digitale, prevedendo tra l'altro che il raccoglitore debba essere munito di una carta di autorizzazione.

Ora, pensare che il legislatore abbia inteso regolare la raccolta presupponendo che essa avvenga ad opera del proprietario, o con il consenso dei vari proprietari dei fondi, certo armonizzerebbe queste leggi con il codice civile; ma "sembra strano che il legislatore dedichi tempo e fatica per regolare un fenomeno così inverosimile". Di fatto, il legislatore, "semplicemente, sapeva che chiunque raccolga piante officinali lo fa senza curarsi della proprietà altrui; e, su questa base di fatto, ha predisposto l'istituto della carta di autorizzazione".

Vengono poi citate numerose altre fonti di grado inferiore, ad esempio regolamenti edilizi che vietano recinzioni o altre costruzioni in luoghi dove si pratica lo sci.

In ultima analisi, "il corpo di regole consuetudinarie può considerarsi operante perché tre leggi l'hanno implicitamente riconosciuto" (ed altre fonti di rango inferiore confermano questo quadro).

Oggi lo stesso potrebbe dirsi, e forse in maniera ancora più evidente, per la legge 23 agosto 1993, n. 352, che contiene le norme quadro in materia di raccolta e commercializzazione dei funghi, e su cui torneremo.

La norma di cui parla Sacco, quella implicitamente presupposta dalle leggi menzionate, è quella corrispondente all'art. 699 cod. civ. svizzero: quella che facoltizza all'accesso al fondo e alla raccolta di frutti spontanei. Autori successivi, nell'affrontare la questione, hanno affrontato in termini più generali il ruolo delle consuetudini come fonte di limiti al diritto di proprietà.

Si è così scritto che il richiamo dell'art. 832 cod. civ., a proposito dei limiti e degli obblighi a carico del proprietario, non a specifiche norme di legge o di regolamento, ma al complesso dell'ordinamento giuridico, non solo sancisce "il superamento della dialettica regola-eccezione tra libertà d'azione del titolare e restrizioni legali", ma "apre lo spazio a fonti come la consuetudine"³.

Ancora, si è scritto, con riferimento all'art. 42 Cost., che "se lo scopo della riserva di legge è quello di offrire garanzie alla proprietà privata, nei confronti del rischio di distribuzione posto dall'autorità pubblica, tale rischio non sussiste di fronte alle limitazioni consuetudinarie, che, anzi, essendo vicine al bene, solitamente riflettono un compromesso desiderabile circa l'utilizzo dello stesso"; "la consuetudine, in altre parole, conferma il diritto proprietario, creando dei limiti intrinseci, non coperti dal principio dell'elasticità del dominio (...), proprio perché essa normalmente media fra esigenze sociali più complesse"⁴.

La trattazione può allora dividersi in due parti, la prima dedicata a verificare se davvero esiste un diritto consuetudinario di accesso alla natura, la seconda a verificare se esistono consuetudini che prevedano limiti di natura o portata diversa alla proprietà. Un ruolo privilegiato, in questa ricerca, hanno

³ C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, 2ª ed., Milano, 2019, 31.

⁴ U. MATTEI, *La proprietà*, 3ª ed., Torino, 2025, 103.



le raccolte di usi da parte delle Camere di commercio, che pur dedicando un'attenzione marginale ai nostri temi, perché tipicamente concentrate sugli usi del commercio, offrono qua e là informazioni utili. Accanto ad esse, possono essere utili altre fonti di informazioni, come i proverbi giuridici.

2. – Che in Italia esista un diritto consuetudinario di accesso ai fondi altrui per ragioni di svago, e di raccolta di frutti spontanei, è cosa di cui è difficile dubitare.

In modo molto occasionale, le raccolte di usi delle Camere di commercio offrono qualche testimonianza. Così a Novara⁵: “la raccolta dei prodotti spontanei del sottobosco non regolata da specifiche disposizioni di legge o provvedimenti emanati da enti locali, è libera”⁶. L’uso era attestato anche a Massa Carrara (art. 62: “è consentita a chiunque la libera raccolta dei funghi nei terreni aperti fino al cadere delle castagne”⁷), mentre attualmente l’art. 26 della stessa raccolta precisa che “L’uso precedente è venuto meno in quanto la materia è stata analiticamente regolamentata” dalla legge quadro e dalle leggi regionali di cui diremo⁸.

Se si volessero conferme di ciò che appare parte della consapevolezza diffusa, non è difficile trovare una letteratura. Nell’Appennino emiliano, si dice (o si diceva) che: “Quall ch’è in tal bôsc, l’è dal prem chi ariva ados; la rôba ch’è in t’i camp, l’è di Dio e di Sânt”⁹. Con particolare riferimento ai funghi, la libertà di raccolta è attestata ad esempio da un proverbio toscano: “I funghi sono del primo che li vede”¹⁰. A commento del proverbio calabrese: “ngilli e fungi, duvi i vidi junci”, si è precisato che “poiché le anguille vivono libere nell’acqua dei fiumi (la cui proprietà è demaniale) ed i funghi crescono spontanei nei boschi”, “nessuno poteva (né potrà mai) vantare il diritto di proprietà né sulle anguille né sui funghi”, e dunque “diventava automaticamente proprietario chi, dimostrandosi abile nella individuazione e nella raccolta dei funghi e nella difficile cattura delle anguille, riusciva a far suoi sia i profumati frutti di bosco che le viscidie popolatrici dei nostri limpidi corsi d’acqua”¹¹. Similmente, sempre in Calabria, un altro proverbio recita: “folia e fungi, pigghiali comu i jungi”. “Come i nidi vanno compresi nella categoria delle ‘res nullius’, al pari degli animali liberi e vaganti; così i funghi vanno annoverati nel genere dei prodotti selvatici; e però gli uni e gli altri cedono a colui che per prime se ne impadronisce”¹² (*folia* in calabrese è il nido).

Ai frutti spontanei sono talvolta accostate le ramaglie: ad es. nel proverbio “virdi e siccatu, non è peccatu”, che sancisce il “diritto di accesso nell’altrui proprietà per raccogliere le frascaglie ed altri pezzi di legno secco”, ma anche “le erbe selvatiche che spontaneamente crescevano nei campi per poi cuocerle e mangiarle semplicemente scaldate”¹³. Altri proverbi si occupano specificamente della legna: “Lignu siccatu ‘un è peccatu”¹⁴; “A rrama chi cadi, cu’a pigghia l’avi”. A commento del secondo, si è scritto che “pure essendo un ricordo degli usi civici praticati nei boschi comunali, si applica

⁵ www.pno.camcom.it.

⁶ Cap. 3, ultimo articolo.

⁷ *Usi delle piazze italiane*, Milano, 1966, 6.

⁸ tno.camcom.it.

⁹ R. CORSO, *Proverbi giuridici italiani*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1916, 580, n. 5.

¹⁰ *Proverbi giuridici toscani*, Firenze, 1979.

¹¹ U. DI STILO, *‘U ventu sparti*, Mongiana, 1995, 41. Lo si può leggere anche alla pagina www.galatro.org.

¹² CORSO, *Proverbi giuridici italiani*, cit., 583-584.

¹³ DI STILO, *‘U ventu sparti*, cit., 38.

¹⁴ E.F. SPEZZANO, *Proverbi calabresi*, Milano, 1970, ora anche in L.M. LOMBARDI-SATRIANI-M. MELIGRANA, *Diritto egemone e diritto popolare*, Vibo Valentia, 1995, 185.



ordinariamente al costume di raccogliere rami secchi e legna morte in genere, nelle vie campestri e nei campi incolti e aperti”¹⁵.

Sulla raccolta dei rami secchi esiste qualche ulteriore testimonianza nelle raccolte degli usi, ad esempio ad Aosta (“Altri usi”, art. 1: “La raccolta della ramaglia morta viene consentita gratuitamente purché non venga danneggiato il novellame”¹⁶).

Fin qui, si è parlato dell’esistenza di un diritto di fonte consuetudinaria. Resta da vedere se tale diritto sia riconosciuto dall’ordinamento statuale italiano.

Oggi la tesi di Rodolfo Sacco, secondo cui il diritto consuetudinario è implicitamente presupposto e dunque ammesso dal legislatore, ha ricevuto una più vistosa conferma nella legge 23 agosto 1993, n. 352.

La legge, all’art. 6, stabilisce una serie di divieti di raccolta (la raccolta dei funghi è vietata nelle riserve naturali integrali, nelle aree ricadenti in parchi nazionali, etc.); aggiunge che “la raccolta è altresì vietata nei giardini e nei terreni di pertinenza degli immobili ad uso abitativo adiacenti agli immobili medesimi, salvo che ai proprietari”.

È del tutto evidente che non ha senso vietare la raccolta nei giardini e nei terreni adiacenti agli immobili ad uso abitativo se non sullo sfondo di una regola generale che consente la raccolta nei terreni altrui.

Né questa implicita ammissione legislativa della regola sembra essere considerata come eccezionale. La legge regionale del Lazio 5 agosto 1998 ha esteso il proprio ambito di applicazione a tutti i prodotti del sottobosco (e quindi non solo ai funghi, ma anche a fragole, asparagi selvatici, lamponi, mirtili, etc.). Essa poi riproduce, all’art. 10, la stessa regola nazionale, precisandola (“la raccolta è altresì vietata nei giardini, nei parchi privati per tutta la loro estensione, e nei terreni di pertinenza degli immobili ad uso abitativo per un raggio di almeno 100 metri, salvo che ai proprietari”).

Qualche Regione ha esplicitamente ammesso un diritto di raccolta dei funghi, precisandone i contorni. La legge regionale della Toscana 22 marzo 1999, n. 16, art. 9, stabilisce che “la raccolta dei funghi epigei spontanei è consentita nei boschi e nei terreni non coltivati nei quali sia consentito l’accesso e non sia, in alcun modo, riservata la raccolta dei funghi stessi”.

La legge regionale della Liguria 13 agosto 2007, n. 27, art. 2, ha mantenuto un rinvio agli usi: “Nei limiti e con le modalità stabilite dalla presente legge, la raccolta dei funghi è libera nei boschi naturali e nei terreni incolti di qualsiasi natura, secondo gli usi”. Inoltre, essa ha disciplinato la possibilità per il proprietario di riservarsi la raccolta, mutuando la soluzione adottata dalla legge 16 dicembre 1985, n. 752 per i tartufi: “il proprietario (...) può tuttavia riservarsene la raccolta con la semplice apposizione di cartelli e tabelle lungo il confine dei terreni ad una distanza tale che essi risultino visibili da ogni punto di accesso ed in modo che da ogni cartello siano visibili tanto il precedente che il successivo”¹⁷.

Sembra davvero difficile negare che l’ordinamento italiano ammetta un diritto, regolato nei dettagli dagli usi locali, di accedere ai fondi altrui per la raccolta di frutti spontanei (a cui pare possano assimilarsi le ramaglie).

Ci si deve chiedere allora se la stessa soluzione debba applicarsi a qualsiasi accesso per ragioni di svago, non collegate alla raccolta di frutti selvatici.

¹⁵ CORSO, *Proverbi giuridici italiani*, cit., 580.

¹⁶ www.ao.camcom.it.

¹⁷ Anche la legge regionale Campania 24 luglio 2007, n. 8, art. 7, ha adottato una soluzione simile: “I proprietari o i conduttori di fondi pubblici e privati possono interdire la raccolta dei funghi epigei spontanei commestibili mediante opportuna delimitazione ed apposite tabelle recanti l’esplicito divieto”.



Comprensibilmente, le raccolte degli usi non offrono molte testimonianze di usi di questo genere. Però, ad Aosta “è consentito il passaggio da parte di non proprietari su fondi privati interamente coperti di neve, con sci, slitte e strascichi di legna, purché i fondi non siano cintati, a meno che la recinzione sia interamente sommersa dalla neve” (“Altri usi”, art. 3).

Una nota sentenza della Corte costituzionale aveva escluso l’incostituzionalità dell’art. 842 cod. civ., per disparità di trattamento tra i cacciatori e chi intende accedere a fondi altrui per fini artistici, scientifici e culturali (ad esempio per scattare fotografie), sottolineando la rilevanza sociale della caccia e l’essenzialità della facoltà di spostamento ai fini del suo esercizio effettivo, essenzialità non riscontrabile per le attività artistico-culturali¹⁸. Ci si potrebbe chiedere allora se l’implicito (o esplicito, in qualche legge regionale) riconoscimento dell’accesso finalizzato alla raccolta di frutti spontanei non possa essere legato a un particolare valore sociale riconosciuto a tale attività.

Una simile tesi sembra poco plausibile. Introdurre un qualche ordine di prioritaria rilevanza sociale tra la raccolta di funghi e una salutare passeggiata appare del tutto arbitrario (tanto più se si considera il recente esplicito ingresso delle attività sportive nel testo costituzionale).

Si deve considerare un secondo aspetto. Il codice penale vieta l’ingresso solo “nel fondo altrui recinto da fosso, da siepe viva o da un altro stabile riparo” (art. 637). Mentre in assenza di una norma facoltizzante è chiaro che la raccolta di frutti spontanei dovrebbe, a rigore, considerarsi furto, non pare che l’ingresso per ragioni di svago in un fondo non recintato in alcun modo sia di per sé illecito. Semmai ci si potrà interrogare solo sullo spazio in cui le consuetudini possono introdurre qualche eccezionale facoltà di ingresso anche in fondi recintati (come nel caso della menzionata consuetudine di Aosta).

Sembra dunque che sia possibile ammettere nel nostro ordinamento un diritto di accesso alla natura, regolato nei suoi esatti contorni dagli usi locali. Il diritto di accesso alla natura è stato esplicitamente escluso in un precedente della Corte di cassazione, secondo cui “un tale generalizzato e indiscriminato diritto certamente non sussiste nell’ordinamento, che prevede volta a volta, nel codice civile ed in leggi speciali, particolari limiti alla proprietà (per lo più consistenti in un *patti*) e particolari obblighi”¹⁹. Tale affermazione, tuttavia, è nella sentenza strettamente strumentale a negare la responsabilità *ex art. 2051 cod. civ.* del proprietario del fondo (l’attore, entrato senza autorizzazione, era caduto in una buca). In realtà, ammettere il diritto di accesso alla natura non sembra implicare necessariamente la responsabilità *ex art. 2051 cod. civ.* del proprietario del fondo. Soprattutto quando l’accesso, pur legittimo, avviene in modo poco prevedibile.

3. – Le raccolte di usi recano traccia di regole certamente non riconducibili all’accesso alla natura nei termini di cui si è parlato. Come vedremo, c’è anche qualche testimonianza di una maggiore variabilità locale e temporale di queste regole.

Il diritto di accesso alla natura sembra coprire intrusioni assolutamente innocue e di breve durata nel fondo altrui. In alcuni casi sembra tuttavia che esista una facoltà più ampia.

Ad Aosta, “lo strascico del legname è altresì consentito in ogni stagione lungo i canaloni sprovvisti di vegetazione arborea” mentre è vietato “in parchi, cortili e giardini oppure su fondi con coltivazioni in atto o con piante e arbusti particolarmente delicati” (“Altri usi”, art. 3). A Cuneo, “il compratore di piante o di legna può nella stagione invernale, con preavviso al proprietario o possessore del fondo, e

¹⁸ Corte cost. n. 57/1976.

¹⁹ Cass. 27 agosto 1999, n. 8997.



sempre a minor danno possibile, attraversare i fondi altrui per trainare o trasportare sulla neve o su terreni temporaneamente non coltivati il legname alla strada più prossima per il carico, risarcendo l'eventuale danno a prezzo di perizia" (art. 111)²⁰. A Torino, "il compratore di piante o di legna può nella stagione invernale, con preavviso al proprietario o possessore del fondo, e sempre arrecando il minor danno possibile, attraversare i fondi altrui per trainare o trasportare sulla neve o su terreni temporaneamente non coltivati il legname alla strada più prossima per il carico"; tuttavia si precisa che "tale uso non risulta più praticato nella Bassa Val di Susa dove il transito su fondi privati deve essere contrattato con i proprietari dei fondi stessi" ("Prodotti della silvicoltura", art. 4²¹). Si noti che le regole registrate mettono apertamente in conto che questa forma di passaggio possa arrecare qualche danno. Dalla loro formulazione, non è dato comprendere se il proprietario del fondo potrebbe opporsi ove presente o apponendo segnali di divieto.

Sotto altro profilo, il diritto di accesso alla natura implica il diritto di appropriarsi di frutti spontanei. Certamente ne sono estranee le non poche regole sulla spigolatura e in genere sulla raccolta di frutti dopo il raccolto.

A Roma, "esiste l'uso della libera raccolta del grano dopo il trasporto dei covoni all'aia (spigolatura)"; "l'uso della libera raccolta delle olive dopo il raccolto (spellucco) e delle castagne dopo il raccolto (ruspa) esiste nei Comuni della Provincia dove hanno luogo tali produzioni" (art. 14²²). A Lucca, "è in uso l'esercizio della ruspa o ruscola delle castagne, delle olive, dell'uva, del grano e del granturco subito dopo ultimata la raccolta, salvo che per quest'ultimo non sia stata effettuata la raccolta meccanica" ("Usi agrari", art. II²³). Nella raccolta di Cosenza, si segnala che "nel Comune di Morano, vige la consuetudine di far raccogliere sui propri fondi a chiunque i residui della raccolta delle ulive, del grano, del granone, dell'uva, dei fagioli e delle noci"; "la stessa consuetudine vige a Mormanno, dove si ha pure diritto a raccogliere castagne nei boschi cedui, ma solo dopo il 1° novembre"; anche a Campana e Mandatoriccio "si usa generalmente accedere sui fondi altrui per la spigolatura dei residui della raccolta del grano, delle olive e delle castagne"; e pure nella Riviera dei Cedri "si ha diritto di spigolare sul fondo altrui, a mietitura ultimata ed alla raccolta dei residui delle castagne, dal giorno dei Morti" (Titolo IV, Capitolo primo-bis²⁴). Nella letteratura le testimonianze di usi favorevoli alla raccolta di frutti dopo il raccolto sono numerose²⁵.

Il problema della rilevanza di questi usi si intreccia con l'interpretazione dell'art. 626, comma 1, n. 3, cod. pen., che punisce (in modo più lieve rispetto al furto comune) lo "spigolare, rastrellare o raspollare nei fondi altrui, non ancora spogliati interamente del raccolto". La giurisprudenza precisa che la fattispecie "consiste nel fatto di spigolare, rastrellare o raspollare nel fondo altrui dopo che sono state effettuate le operazioni di raccolta e da queste sono sfuggiti residui di raccolto suscettibili di apprensione da parte dell'avente diritto mediante ulteriore raccolta" mentre "se la raccolta, compiuta in un unico ciclo, è poi completamente terminata, il fatto esula anche dall'ipotesi delittuosa in questione",

²⁰ www.cn.camcom.it.

²¹ www.to.camcom.it.

²² Scaricabile dal sito www.rm.camcom.it.

²³ www.lu.camcom.it.

²⁴ www.cs.camcom.gov.it.

²⁵ Per la Calabria, cfr., ad es., R. LOMBARDI-SATRIANI, *Consuetudini giuridiche calabresi – III – Strade vicinali*, in *Il folklore italiano*, 1932, 210, ora anche in L.M. LOMBARDI-SATRIANI-MELIGRANA, *Diritto egemone e diritto popolare*, cit., 267 ss.



precisando che “il principio appare operare anche nella ipotesi nella quale, essendovi segnali concreti della non volontà dell’interessato di procedere al raccolto, la apprensione cada solo su prodotti vegetali da ritenere comunque destinati a sfuggire ad una eventuale iniziativa in tal senso, per essere caduti a terra ed in ragione della loro specifica natura che ne imporrebbe la lavorazione a brevissimo termine” (ad esempio per essere le “olive ormai cadute dai rami senza essere state raccolte, per giunta in un campo privo di recinzione”) ²⁶.

Le consuetudini citate sembrerebbero implicare un atteggiamento meno severo, ammettendo che la mera eventualità di un’ulteriore raccolta non deve inibire l’apprensione (e in qualche caso codificando un momento a partire dal quale i frutti possono intendersi come disponibili, come nel caso delle castagne).

Alcune raccolte parlano di libertà di pascolo. Talvolta non è chiaro se vi sia qualche confusione con usi civici di pascolo. Ad Aosta è ristretto ai boschi comunali: “nella totalità dei boschi comunali, ad eccezione di quelli del Comune di Aosta, esistono diritti d’uso di pascolo e di legnatico” (“Altri usi”, art. 1). Negli usi di Lucca si dice che “nei 17 comuni della Garfagnana esiste la libertà di pascolo nei castagneti durante tutto l’anno, ad eccezione del periodo della raccolta delle castagne” (“Usi agrari”, art. I). Negli usi di Massa e Carrara si parla di un diritto di pascolo riservato ai proprietari della zona: “nelle zone montuose dell’Alta Lunigiana è d’uso che dopo il 20 agosto – data in cui si considera che le operazioni di falciatura abbiano avuto termine – i “prati non recinti” diventino pascoli in comune per i proprietari della zona; tale libertà di pascolo è pure riconosciuta per quelli che non fossero stati ancora falciati dopo la data sopraindicata. Il pascolo è consentito fino alla vigilia della ripresa vegetativa” (art. 33).

Un ultimo gruppo di usi, forse meno problematici, nascono, per così dire, ai margini dell’art. 896 cod. civ. Quest’ultimo consente agli usi di prevedere che il proprietario debba sopportare che rami e radici si protendano nel suo fondo, e di attribuire al proprietario dell’albero la proprietà dei frutti caduti sul suolo altrui. Si noti che la regola generale stabilita dall’art. 896 cod. civ. sull’appartenenza dei frutti corrisponde comunque a quella più frequentemente praticata come regola generale.

Previsioni dei due tipi sono frequenti negli usi. Ad esempio, “l’ulivo gode dei privilegi” ²⁷, e non è infrequente che sia trattato diversamente dalle altre piante, prevedendo che non possono essere tagliate le radici e che le olive appartengano al proprietario dell’albero ²⁸. Questo particolare statuto dell’olivo corrisponde anche alle testimonianze del folklore. Ad esempio, se in Calabria la regola generale era espressa dai proverbi “u ventu sparti” (cioè: è il vento a distribuire i frutti dell’albero) ovvero “l’arburu aundi pendi, rendi”, proprio a proposito delle olive esistono proverbi in senso contrario: “l’agghianda duvi éni, l’ulivu di cui ène”; “l’olivu di cu’ è, la agghianda undi è”, “a gghianda aundi cadì, ‘a liva ‘i cu’ è” ²⁹.

In alcuni casi il diritto di raccolta delle olive su fondo altrui (per il cui esercizio l’art. 896 fa rinvio all’art. 843 cod. civ.) è regolato in modo più preciso. Gli usi di Savona (art. 22 ³⁰) e di Imperia (art. 14 ³¹) contengono in proposito un’identica disciplina. “Le olive che cadono sul fondo del vicino appar-

²⁶ Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2007, n. 39965.

²⁷ Così gli usi di Brindisi, art. 55, in *Usi delle piazze italiane*, Milano, 1966, 1.

²⁸ Cfr., ad es., gli usi di Prato, art. 6.4.19 (www.ptpo.camcom.it).

²⁹ Sul punto, cfr. R. CORSO, *Usi giuridici contadineschi ricavati da massime popolari*, in *Circolo Giuridico*, 1908, ora anche in LOMBARDI-SATRIANI-MELIGRANA, *Diritto egemone e diritto popolare*, cit., 193-194; U. DI STILO, *‘U ventu sparti*, Mongiana, 1995, reperibile anche alla pagina digilander.libero.it.

³⁰ www.rivlig.camcom.gov.it.

³¹ www.rivlig.camcom.gov.it.



tengono al proprietario della pianta. Questi può entrare nel fondo e pulire la zona sottostante alla pianta, facendo un'area semicircolare delimitata da un rialzo di terra: 'revelin'. L'ampiezza dell'area viene determinata tirando una perpendicolare dalla fronda più sporgente sino al suolo. Se il fondo del vicino è coltivato, il proprietario della pianta può raccogliere il frutto, ma deve rifondere gli eventuali danni causati alle colture". Entrambe le raccolte precisano anche che "poiché l'uso di raccolta a mano delle olive sta rapidamente diminuendo a seguito dell'introduzione delle reti, il proprietario del fondo confinante consente, in alternativa al 'revelin', la sistemazione della rete con il minor danno, sino al termine della raccolta". Piuttosto simile è anche l'uso riportato nella raccolta di Lucca, per cui il proprietario della pianta "può entrare nel fondo e pulire la zona sottostante alla pianta, delimitando l'ampiezza dell'area per mezzo di una perpendicolare dalla fronda più sporgente sino al suolo e tracciando, quindi, una zona semicircolare"; anche qui si precisa che "se il fondo del vicino è coltivato, il proprietario della pianta può raccogliere il frutto, ma deve risarcire gli eventuali danni causati alle colture" ("Usi agrari", art. IV).

Indubbiamente le facoltà attribuite al proprietario della pianta appaiono più incisive rispetto a quanto previsto dal codice civile, ma forse qui lo stesso rinvio dell'art. 896 cod. civ. agli usi locali potrebbe intendersi estensivamente, come rivolto all'intera regolamentazione consuetudinaria del fenomeno.

In questo stesso ampio rinvio potrebbero allora essere ricompresi anche gli usi che attribuiscono al proprietario del fondo su cui si protendono i rami facoltà più ampie rispetto a quelle previste dall'art. 896 cod. civ. (che parla di "frutti naturalmente caduti"). Così secondo alcune testimonianze, in alcuni paesi della Calabria, come a Francavilla Angitola, "il diritto del proprietario del fondo su cui si protendono i rami è esteso oltre il frutto che da essi cade a terra anche a quello che può cogliere con la mano; in altri paesi ancora, egli può cogliere anche quei frutti che riesca a raccogliere con un uncino, lungo tre 'parmi' (70 centimetri) circa"³².

4. – Le consuetudini di cui abbiamo parlato (ammesso ovviamente che le testimonianze che abbiamo riportato siano accurate e attuali) hanno ovviamente una propria vita nell'applicazione spontanea da parte dei membri della comunità. Ma che rilevanza hanno per l'ordinamento giuridico statale italiano?

Come si è detto, pare convincente l'idea che il legislatore italiano presupponga l'esistenza di un diritto consuetudinario di accesso alla natura, e in questo modo lo legittimi. Alcune delle consuetudini che abbiamo menzionato nell'ultimo paragrafo, tuttavia, sicuramente ne esulano.

Ovviamente, il problema è risolto ove si ammetta che sia legittimo "l'accesso per attività rientranti nella consuetudine, fonte idonea a limitare il diritto del proprietario"³³.

Alternativamente, si è sostenuto che le consuetudini possano trovare accoglimento in quanto danno corpo a un principio sotteso alla disciplina scritta della proprietà: "la proprietà è difesa per un interesse specifico, ma (...) quando questo interesse, anche da un punto di vista sostanziale, materiale, non può trovare realizzazione, non c'è motivo di impedire ad altri la possibilità di sfruttare quel bene o parte

³² C. LA SORTE, *Costumanze giuridico-agrarie in Provincia di Catanzaro*, in *Archivio "Vittorio Scialoja"* per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane, 1940, 27, ora anche in LOMBARDI-SATRIANI-MELIGRANA, *Diritto egemone e diritto popolare*, cit., 331-332. Anche CORSO, *Proverbi giuridici italiani*, cit., 567-568, registra che in alcune zone si attribuisce al proprietario del suolo sottostante il diritto di raccogliere i frutti pendenti, talvolta "limitato a quei frutti che può cogliere con la mano; tal'altra a quelli che può tirare con un uncino lungo tre palmi".

³³ SALVI, *Il contenuto*, cit., 107.



del bene che il proprietario non sfrutta”; in questo senso sarebbe la stessa legge ad attribuire implicitamente rilevanza giuridica a questi “vincoli di fatto”³⁴.

Può darsi, d'altra parte, che le consuetudini di cui parliamo possano avere una vita nascosta, attraverso l'applicazione delle clausole generali. Si è scritto che “se si analizzasse cosa si trova sotto la comune volontà tacita dei paciscenti, sotto i risultati dell'interpretazione degli atti privati, sotto la distorsione della lettera nell'interpretazione della legge, si troverebbe che la prassi giudiziaria è enormemente più recettiva, in materia di usi, di quanto ami apparire”³⁵. Nel nostro campo, l'operatore del diritto potrebbe arrivare a risultati conformi alla consuetudine senza chiamarla espressamente in causa, ma operando attraverso la presunzione di tolleranza da parte del vicino, la percezione come emulativo del divieto non conforme alla regola consuetudinaria, la qualificazione come particolarmente tenue dell'offesa, etc.

Tuttavia, la capacità delle regole consuetudinarie di funzionare come crittotipi capaci di orientare silenziosamente la prassi non deve essere sopravvalutata. Non necessariamente il giudice appartiene alla stessa comunità che applica la consuetudine. Esistono consuetudini molto diffuse e radicate, come quella sulla raccolta di frutti spontanei; ma, a dar credito alle testimonianze che abbiamo citato, a distanza di pochi chilometri o di pochi anni il trasporto di legname sul fondo altrui senza il consenso del proprietario può essere avvertito come lecito o vietato.

Certamente l'operatore giuridico rileggerà, come è inevitabile, le consuetudini attraverso la sua cultura e i principi dell'ordinamento a cui appartiene. Tuttavia, se si riconosce nelle consuetudini la capacità di mediare fra “esigenze sociali più complesse”³⁶, di mediare fra proprietari e non proprietari, allora sembra auspicabile riconoscerle esplicitamente come fonte di regole limitative della proprietà; e ancora prima, diventa necessario conoscerle meglio, ben oltre gli interessanti squarci aperti dalla sporadica apparizione di usi sui rapporti di vicinato nelle raccolte delle Camere di commercio.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 2011, 202.

³⁵ SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., 31.

³⁶ MATTEI, *La proprietà*, cit., 103.



EUGENIO FAZIO

*Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Messina***TESTAMENTI SUGGERITI E STRUMENTI DI PIANIFICAZIONE
PATRIMONIALE A TUTELA DELLE PERSONE FRAGILI**

SOMMARIO: 1. I testamenti redatti da persone fragili. – 2. La caducazione del testamento per incapacità del disponente o per captazione. – 3. Tutela dei testatori fragili e possibili riforme del diritto successorio italiano. – 4. Strumenti di pianificazione patrimoniale per le persone fragili e anziane e patti successori istitutivi con funzione assistenziale.

1. – La riflessione civilistica sulla tutela delle persone vulnerabili involge svariate situazioni connotate da debolezza o fragilità intrinseca, dipendenti ad esempio dalla presenza di una malattia o dalla tarda età dell'individuo, oltre che relazioni “dannose” con la controparte in ragione di soggezione, timore, subordinazione; così, in aggiunta alla vulnerabilità dei minori o del consumatore e a quella digitale¹, oggetto di considerazione è la vulnerabilità degli anziani o comunque di coloro che sono afflitti da forme di demenza o sofferenti di diverse patologie che impediscono il pieno e corretto funzionamento delle facoltà cognitive o volitive².

¹ Cfr. R. SENIGAGLIA, *Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1522 ss.; A. VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età*, in *Contr. impr.*, 2024, 656 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, Pisa, 2021, spec. 87; C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Torino, 2022, 211 ss.; S. CORSO, *Alla frontiera del diritto privato. Nuove tecnologie e persona anziana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1253 ss.

² Sulla elaborazione della categoria giuridica di persona anziana cfr. C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pisa, 2023, 11 ss.; E. MINERVINI, *Esiste la categoria giuridica degli anziani? (a proposito di violenza morale ed età)*, in *Giur. it.*, 1989, 319 ss.; L. ROSSI CARLEO-M. R. SAULLE-L. SINISCALCHI (a cura di), *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 1997, *passim*; C.M. D'ARRIGO, C. PARRINELLO, *L'anziano nel sistema e nell'interpretazione giuridica*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Soggetti e ordinamento giuridico. Segmenti del corso di diritto civile*, Torino, 2000, 124 ss.; C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, cit., 9 ss. Il d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, definisce all'art. 2, comma 1, «persona anziana» chi abbia compiuto sessantacinque anni e «persona grande anziana» quella che abbia compiuto ottant'anni; dando attuazione alla delega di cui alla legge 23 marzo 2023, n. 33, artt. 3, 4 e 5, lo stesso decreto detta disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, allo scopo di promuovere la dignità, l'autonomia, l'inclusione sociale, l'invecchiamento attivo e la prevenzione della fragilità della popolazione anziana. Sulle misure attuative di cui al d.lgs. n. 29/2024 cfr. G. DI ROSA, *Un nuovo modello sanitario per le persone anziane. Cenni minimi sulla riforma della non autosufficienza*, in *Resp. med.*, 2024, 255 ss.

S. CORSO, *Alla frontiera del diritto privato. Nuove tecnologie e persona anziana*, cit., 1254, rileva l'assenza nell'ordinamento italiano di una nozione giuridica unitaria di anziano, da non intendere come un vuoto normativo da colmare, giacché la sua introduzione, da cui far dipendere l'acquisto di diritti o l'acquisizione di doveri «significherebbe tracciare una linea di confine teorica, un'area in cui includere o da cui escludere i singoli, con il rischio di discriminare. Si può pensare a una tutela



In questo ambito, e senza tener conto per il momento di interventi riformatori in materia successoria³, si inserisce la tematica dei testamenti “suggeriti”, ovvero quei testamenti redatti da persone in genere anziane d’età su sollecitazione di familiari o conoscenti attraverso blandizie, suggerimenti, manifestazioni d’affetto interessate, suggestioni e captazioni⁴. In tal senso parenti più stretti, e/o parenti lontani, estranei al nucleo familiare e affettivo della persona fragile possono conquistarne la fiducia fino a eterodirigerne il volere verso un risultato che aggrada agli stessi, ovvero la redazione di schede testamentarie in loro favore con totale o parziale preterizione sia degli eredi necessari sia degli eredi legittimi o di altre persone cui il *de cuius* era affettivamente legato.

La presenza ricorrente di situazioni di fragilità emotiva e cognitiva anche in età avanzata e l’invecchiamento del testatore medio spesso affetto da decadimento cognitivo determinano allora la necessità di prendere in considerazione le diverse e eterogenee, oltre che di difficile accertamento, tipologie di vulnerabilità⁵, senza peraltro sovvertire la presunzione di capacità dell’anziano sino

giuridica della persona anziana non mediante l’elaborazione di categorie, generali e astratte, ma prendendo in considerazione, di volta in volta, le condizioni in cui versa il soggetto e la comunanza di queste a gruppi di soggetti».

³ Cfr. A. ZACCARIA, *Del permanente e del transeunte. Per gli ottant’anni del Codice civile. Sul Libro secondo: delle successioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 279 ss.; F.P. PATTI, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2023, 968 ss. In ottica comparatistica cfr. AA.VV., *Il diritto delle successioni nei continenti europeo e americano: suggestioni da oltreoceano* (a cura di M. Tescaro e A. Zaccaria), Napoli, 2023; C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, cit., 185 ss.; C. SONNEKUS, *Freedom of Testation and the Ageing Testator*, in K.G.C. REID-M.J. DE WAAL-R. ZIMMERMAN (a cura di), *Exploring the Law of Succession*, Edinburgh, 2007, 78 ss.; D. HORTON-R.K. WEISBORD, *The New Undue Influence*, in *Utah L. Rev.*, 2024, 232 ss.; I. ZURITA MARTIN, *Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2022, 3100; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 2024, 348 ss.; A. VAQUER ALOY, *Libertad de disponer y testador vulnerable*, in *Estudios de derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (a cura di M. Cuenca Casas-L.A. Anguita Villanueva-J. Ortega Domenech), Madrid, 2013, 1801 ss.

⁴ Sul punto v. M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 562 ss.; G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alterne Gesellschaft. Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung*, Mohr Siebeck, 2016, 1 ss.; A. BUCELLI, *Il testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 711 ss.; C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, in *Pers. e merc.*, 2021, 557 ss.; A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni Bonilini*, II, Milano, 2009, 128 ss.

⁵ Sul tema cfr. P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 80 ss., ora in *Id.*, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 345 ss., spec. 360; C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, *ivi*, 1998, 241-250; A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 42 ss.; N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali Sisidic*, 2018, 1 ss.; E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 283; *Id.*, *Un contributo alla riflessione sulle situazioni di vulnerabilità e di debolezza contrattuale nella prospettiva dei limiti dell’autonomia privata*, in *Per cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, I, Napoli, 2022, 97 ss.; M.G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria giuridicamente controversa*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 365 ss.; F. MACIOCE, *Vulnerabilità di gruppo*, Torino, 2021, *passim*; AR. FUSARO-M. PICCINNI (a cura di), *Un diritto gentile per la persona anziana*, Pisa, 2024; S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 259 ss.; *Id.*, *Testamento della persona “vulnerabile”, principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Famiglia*, 2017, 635 ss.; G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, in *Jus*, 2017, 382 ss.; M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Soveria Mannelli, 2021; P. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 968 ss.; M. GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 854 ss.; A. PISU, *Vulnerabilità, salute e autodeterminazione della persona anziana*, in *I soggetti vulnerabili nell’economia nel diritto e nelle istituzioni*, I, a cura di Corrias e Piras, Napoli, 2021, 99 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Fam. e dir.*, 2024, 283 ss.; C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, cit., 16 ss.; R. LENZI, *Il ruolo dell’autonomia privata nel nuovo sistema di protezione degli adulti vulnerabili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, suppl., 97 ss.; E. BACCIARDI, *Autonomia e fragilità degli anziani a vent’anni*



all'ultimo istante di vita che potendo rimanere perfettamente *compos sui* sarebbe altrimenti in tal modo limitato nelle sue prerogative di soggetto adulto⁶.

In altri termini, considerato che il testamento è negozio volto al soddisfacimento di interessi anche non patrimoniali, di fronte a schede testamentarie redatte da disponenti anziani o fragili si pone la questione densa di sviluppi problematici del rispetto della reale volontà del testatore e della fissazione di una soglia del volere "sano". Sebbene nella vicenda testamentaria non abbia un rilievo determinante la tutela dell'affidamento dei beneficiari dei lasciti, è interesse dell'ordinamento in ogni caso garantire la stabilità di testamenti realmente voluti dal *de cuius* anche per esigenze di certezza del traffico giuridico e di libera e consapevole trasmissione generazionale dei patrimoni.

La frequenza di indebite interferenze altrui e dunque di condotte manipolatorie da parte di terzi impone pertanto una rinnovata e attenta considerazione della fattispecie dei testamenti suggeriti⁷, soggetti a invalidazione nella misura in cui non si risolvano nei fisiologici consigli richiesti dai testatori inesperti riguardo le formalità e i contenuti tipici degli atti di ultima volontà.

Al riguardo si è proposta in dottrina l'opzione del testamento pubblico ex art. 603 cod. civ., quale garanzia di espressione di una valida volontà negoziale, che si fonda da un lato sulla fedele riproduzione

dalla legge 6/2004, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 744 ss.; P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, 167 ss.; AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019; A. SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, in *Corr. giur.*, 2020, 209 ss.; C. CICERO, *Forma volontaria testamentaria: una rilettura provocatoria a tutela del testatore fragile*, in *Riv. not.*, 2021, 165 ss.; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2009, 155 ss.; C. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, in *Famiglia*, 2019, 549 ss.; A.A. MOLLO, *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, in *Famiglia*, 2023, 671 ss.; F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 170 ss.; K. FIORENZA, *La protezione degli adulti vulnerabili. Modelli giuridici a confronto*, Torino, 2025; E. BIVONA, *Il patto di "rifioritura" nel sistema delle incapacità*, in *Accademia*, 2024, 663 ss.; F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, in *Il testamento: fisiologia e patologie*, a cura di Volpe, Napoli, 2015, 55 ss.

E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 939-940, osserva come la vulnerabilità sia presa in considerazione dal diritto «a partire dalla sua "dimensione situazionale", in uno dei diversi contesti nei quali discriminazioni, stigmatizzazioni, offese, violenze, diventano "in negativo" determinanti nel produrre il mancato riconoscimento di diritti, intesi questi ultimi come spettanze proprie delle persone, comprimendo la loro libertà di scelta e compromettendo l'accesso a ciò che si ritiene importante per il proprio *well-being*».

Sulla distinzione tra la figura del contraente fragile, accomunata a quella del testatore fragile, la cui prima caratteristica si rinviene nella «individualità», cioè nella necessità di distinguere caso per caso, e la figura del contraente debole, cui sono apprestate tutele generali, «di massa», «alla luce della circostanza che tutti i contraenti deboli si trovano nella stessa situazione – in primo luogo in quanto consumatori – cosicché occorrono strumenti di tutela indifferenziati» cfr. S. PATTI, *Il contraente fragile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 230; secondo l'A. rientrano tra i contraenti e testatori fragili soggetti che accusano «perdite di libertà», in ragione del decadimento delle capacità fisiche e intellettuali, e partecipano al traffico giuridico in una situazione di «limitata capacità». V. anche sul tema A. SARTOR, *Persona fragile e contratto giusto*, Padova, 2023.

⁶ Così invece S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1101, il quale evidenzia come la legge sia «insensibile al dato scientifico secondo cui mentre, di regola, nella fase iniziale dell'esistenza aumenta la capacità fisica e intellettuale della persona, nella fase del tramonto della vita le suddette capacità, inesorabilmente, si riducono». Nello stesso senso v. anche G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 277 e in *Id.*, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 105 ss., in part. 109 ss.; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 586; *contra* G. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, 5ª ed., Milano, 2015, 276, nt. 97; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. d. civ.*, 2005, 281.

⁷ Sul tema ampiamente cfr. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 247 ss., specie con riferimento alla scarsa utilità dei vizi del volere tradizionalmente intesi (dell'errore, del dolo che causa errore e della violenza) per la protezione dei soggetti vulnerabili (263 ss.)



ne da parte del notaio delle scelte espresse dal testatore in merito alla distribuzione del suo patrimonio e dall'altro lato sull'accertamento da parte del professionista stesso della capacità in capo al disponente, benché l'indagine non vada al di là dell'apparenza non equivalendo ad un'anamnesi medica certificata⁸.

Orbene se per quanto sopradetto, anche alla luce della difficoltà dell'accertamento tramite perizie grafiche dell'autenticità del testamento olografo, si ritiene di ricorrere al testamento pubblico⁹ o comunque si raccomanda di limitare l'utilizzazione dell'olografo ai soli patrimoni esigui, non appare tuttavia convincente la proposta in merito alla capacità di testare di prevedere l'obbligo dell'intervento professionale qualora il testatore superi un certo limite d'età¹⁰, dovendosi escludere generalizzazioni in punto di capacità dell'anziano in quanto potenzialmente ingiuste; risulterebbe inoltre difficoltoso identificare con ragionevole approssimazione un livello di sanità mentale in base all'età, che garantisca la piena capacità di intendere e volere.

⁸ Sul punto cfr. M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 370 ss., e già ID., *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1034, ove viene rilevato come al notaio non venga richiesta una vera e propria indagine sulla capacità del soggetto, in merito alla quale peraltro non possiederebbe le specifiche competenze richieste; dunque, il notaio potrebbe sottrarsi all'obbligo di prestare il proprio ministero, regolato dall'art. 28 legge not., «solo se l'incapacità di intendere e di volere dovesse palesarsi nel corso della ricerca delle volontà espresse con l'atto», e nel dubbio, probabilmente, si risolverebbe in favore della non incapacità. Peraltro il notaio, testando lo stato di incapacità di intendere e di volere del testatore, non presta una dichiarazione coperta dalla pubblica fede perché quest'ultima copre esclusivamente la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, le dichiarazioni delle parti e gli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Sul ruolo del notaio in merito alla valutazione della capacità del testatore fragile v. anche F.P. PATTI, *Valutazione della capacità del testatore e forma del testamento*, in S. PATTI-F.P. PATTI (a cura di), *Il testamento. Aspetti problematici*, Pisa, 2023, 220 ss.

⁹ Cfr. S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 995; R. MAZZARIOL, *Forma volontaria del testamento e autotutela del testatore vulnerabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 467 ss. Sull'introduzione di una disciplina per la forma volontaria del testamento che sulla falsariga dell'art. 1352 cod. civ. consenta al testatore di vincolarsi unilateralmente all'uso futuro della sola forma pubblica del testamento, rendendo inefficace un testamento successivo c.d. amorfo, cfr. M. IEVA, *Per l'introduzione della forma volontaria nella disciplina del testamento*, in *Riv. not.*, 2020, 128-129; ID., *L'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del testamento: inerzia del legislatore e interpretazione evolutiva*, in *Riv. not.*, 2024, 197 ss.; R. MAZZARIOL, *Forma volontaria del testamento e autotutela del testatore vulnerabile*, cit., 470 ss., spec. 476 ss.; contra C. CICERO, *Forma volontaria testamentaria: una rilettura provocatoria a tutela del testatore fragile*, cit., 169; ID., *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, Napoli, 2023, 19 ss.; ID., *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, in *Riv. not.*, 2025, 5, secondo cui il dubbio di fondo attiene alla considerazione «che non sarebbe chiaro – nell'eventualità – che ne sarebbe di un eventuale testamento redatto in violazione della forma vincolata; senza tacere, ancora, che tale forma volontaria potrebbe ritorcersi contro il consumatore vulnerabile, perché nulla esclude – anzi, è facile ritenere che spesso sia prevista a seguito di suggerimenti dell'aspirante alla successione – che a essere coartata fosse la prima volontà testamentaria. La migliore strada da perseguire, allora, probabilmente inerisce – anche qui *de iure condendo* – all'introduzione del deposito obbligatorio dell'olografo». In senso contrario alla ricostruzione da ultimo prospettata e per una utilizzazione del contenuto atipico del testamento in funzione (anti)processuale cfr. ancora M. IEVA, *L'utilizzazione del contenuto atipico del testamento in funzione (anti)processuale*, in *Famiglia*, 2024, 715 ss., spec. 722, secondo cui «se si redigono testamenti pubblici coordinati fra loro, con clausole di autotutela e poi viene alla luce un testamento olografo con cui si revocano tutti i precedenti testamenti e si nomina un soggetto diverso da tutti coloro che sono beneficiari in base ai testamenti pubblici o si creano presupposti per apertura della successione legittima a favore di soggetti diseredati attraverso i testamenti pubblici, il giudice potrà orientarsi per la estraneità dell'olografo rispetto alle disposizioni testamentarie assunte con testamento pubblico, quindi per la sua nullità o annullabilità, a seconda che si tratti di un testamento falso o suggerito».

¹⁰ Così invece G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., 586; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1007; ID., *Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»*, in S. PATTI-F.P. PATTI (a cura di), *Il testamento. Aspetti problematici*, cit., 200 ss.; M. IEVA, *L'utilizzazione del contenuto atipico del testamento in funzione (anti)processuale*, cit., 709 ss.



Pertanto il testamento pubblico non sempre offre un grado di sicurezza sufficiente a rendere stabile l'atto di ultima volontà, oltre a potere essere revocato da un successivo testamento olografo. Per di più si evidenzia in dottrina come non presenti alcune garanzie tipiche dell'olografo stesso; si pensi alla possibilità offerta dalla lettura del documento scritto di pugno dal testatore di rilevare eventuali incertezze grafiche conseguenza di *deficit* cognitivi, come anche di ricavare indizi significativi dalle eventuali anomalie delle disposizioni ai fini della loro riconducibilità all'autore¹¹.

2. – In prima approssimazione è noto che il testatore, oltre ad essere consapevole della natura dell'atto *mortis causa* e dei suoi effetti, debba comprendere l'estensione del patrimonio oggetto della disposizione testamentaria e saper valutare i propri legami affettivi con i potenziali beneficiari; la capacità testamentaria dunque presuppone la consapevolezza del proprio sé, dei propri valori e dei propri affetti, e contrasta con la condizione di disordine mentale e di compromissione delle facoltà cognitive che determini invece lo stesso testatore ad effettuare disposizioni diverse da quelle che avrebbe adottato se *compos sui*.

Pertanto, tradizionalmente, nei casi di incapacità di intendere o di volere del disponente e di interferenze di terzi tali da determinare potenzialmente la caducazione dell'atto vengono in rilievo gli istituti dell'incapacità naturale e del dolo ai sensi rispettivamente dell'art. 591, comma 2, n. 3 e dell'art. 624 cod. civ.¹².

Con riferimento ai soggetti che anche se fragili non abbiano subito alcuna ablazione formale della capacità d'agire, la giurisprudenza è stata per lungo tempo unanime nel ritenere che ai fini dell'annullamento del testamento l'incapacità naturale del testatore postula non già l'esistenza di una mera alterazione delle facoltà intellettive e psichiche del *de cuius*, bensì la prova che in ragione di una infermità transitoria o permanente il soggetto sia stato privato in modo assoluto al momento della redazione dell'atto di ultima volontà della capacità di autodeterminarsi¹³. In tal senso dunque ai fini della caducazione del testamento il grado di incapacità rilevante è sostanzialmente pari a quello richiesto dalla legge, con l'aggiunta dell'abitudine, per l'interdizione; inoltre dalle maglie dell'incapacità naturale dovrebbe anche passare l'eventuale invalidazione del testamento redatto dall'inabilitato come pure dal beneficiario di amministrazione di sostegno.

L'interpretazione giurisprudenziale appena riportata pone dunque una prima questione di grande rilievo ai nostri fini poiché rimangono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 591 cod. civ. proprio i testatori fragili, quali i vulnerabili in ragione dell'età o altrimenti¹⁴, sicché risulterebbero sprovvisti

¹¹ Così G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, cit., 282 e 284.

¹² Sul tema cfr. M. MAZZUCA, *Sull'annullabilità del testamento della persona «vulnerabile»: ubi lex*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 313 ss.

¹³ Cfr. Cass. 22 luglio 2022, n. 22974, in *Riv. not.*, 2022, con commento di C. AUDANO-C. CICERO, *Osservazioni in tema di incapacità a testare del soggetto fragile*, 628 ss.; Cass. 10 novembre 2023, n. 31322, in *DeJure online*; Cass. 31 ottobre 2023, n. 30332, in *DeJure online*; Cass. 4 febbraio 2016, n. 2239; Cass. 23 dicembre 2014, n. 27351; Cass. 11 aprile 2025, n. 9534, in *DeJure online*; Cass. 7 aprile 2025, n. 9152, in *DeJure online*. *Contra* Cass. 22 febbraio 2023, n. 5439, in *DeJure online*.

Sul tema cfr. V. BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 763 ss.

¹⁴ Non può sottacersi che nonostante l'orientamento rigoristico della giurisprudenza su riportato l'art. 591, comma 2, n. 3, cod. civ. richiede il generico riscontro di "qualsiasi causa, anche transitoria" dello stato di incapacità, facendo supporre la riconducibilità di quest'ultima non solo a malattie mentali conclamate, ma anche a condizioni, psichiche e non, occasionali o transitorie, che non sostanziano una vera e propria infermità, quali lo stato di ubriachezza, l'alterazione dovuta a sostanze stupefacenti.

Con riferimento all'ipotesi di cui al n. 3 della norma appena citata è opportuno poi chiedersi se possano rientrarvi casi che esulano dall'incapacità di intendere e di volere, così come tradizionalmente intesa, quali quello dell' "analfabetismo funzio-



di tutela gli anziani autori di schede testamentarie non esattamente rispondenti al loro volere in quanto inidonei a ponderare adeguatamente le proprie determinazioni *mortis causa*¹⁵. Appare evidente l'iniquità della soluzione giurisprudenziale, che non dà rilievo alle incapacità intermedie e privilegia l'ottica della conservazione del testamento e della tutela della volontà espressa nella scheda testamentaria solo perché irripetibile¹⁶, anche avuto riguardo per gli atti *inter vivos* all'interpretazione più morbida del contenuto corrispondente dell'art. 428 cod. civ., comprensiva dei casi di incapacità più sfumate quali quelle in esame dei soggetti fragili¹⁷.

Le critiche della dottrina a tale restrittivo orientamento giurisprudenziale in tema di annullamento del testamento sono state correttamente accolte dalla Suprema Corte con un'ordinanza di fine ottobre 2022¹⁸, ove si rileva appunto il diffondersi di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano abitualmente menomazioni psichiche e riduzioni di capacità, con conseguenti debolezze decisionali ed affievolimenti della consapevolezza affettiva¹⁹, per cui il

nale", che presuppone un'insufficiente conoscenza del significato delle parole attraverso cui è veicolato un certo messaggio e dunque una debolezza sul piano della elaborazione critica. In casi siffatti dovrebbe tutelarsi la "fragilità informativa" del testatore, che non comprenda i concetti e i contenuti del diritto successorio, eliminando in tal modo una discrepanza del sistema giuridico che pure appresta protezione in altri settori al contraente capace ma debole per mancanza di informazioni. Cfr. *amplius* R. BENDINELLI, *Il testatore fragile*, in *Famiglia*, 2024, 195 ss.

¹⁵ Il rimedio dell'invalidità dell'atto per incapacità naturale, nell'interpretazione rigorista citata nel testo, non garantisce una tutela effettiva per i vulnerabili, imponendo una valutazione astratta che non tiene conto né delle circostanze concrete né della situazione in cui versa l'anziano, soggetta a molteplici evoluzioni nel tempo; in altri termini non può trascurarsi che l'incapacità e la capacità sono qualifiche di un certo processo decisionale, più che condizioni psichiche astratte.

¹⁶ M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 1246, rileva un possibile pregiudizio e forse un fraintendimento del principio del c.d. *favor testamenti* nelle rigide soluzioni interpretative della giurisprudenza, osservando come «la caducazione di questi simulacri di testamenti protegge certamente l'interesse dei congiunti che succederebbero in virtù di un (consapevole) testamento anteriore o della successione *ab intestato*, ma primariamente a essere tutelata sarebbe proprio l'identità della persona del defunto». Secondo l'A. poi connessa al suddetto pregiudizio sembra l'idea che consentire l'annullamento con regole molto restrittive sia conseguenza dell'irripetibilità dell'atto dopo la sua caducazione, ritenendosi invece dalla stessa A. che proprio l'irripetibilità imponga nel caso del testamento una più attenta ricerca della volontà dell'autore nel rispetto del principio *voluntas spectanda*.

¹⁷ Cfr. in giurisprudenza Cass. 28 febbraio 2022, n. 6598. V. *amplius* A. QUERCI, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto tra massime?*, in *Contr. e impr.*, 2012, 1468 ss.; M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., 1248 ss.

¹⁸ Si tratta di Cass. 17 ottobre 2022, n. 30424, ord., in *D. e giust.*, 18 ottobre 2022. Sul punto cfr. M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., 1239 ss.; C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giur. it.*, 2023, 2601 ss.; M. RINALDO, *Sul testamento olografo redatto dalla persona fragile*, in *Riv. not.*, 2023, 1358 ss.; ID., *La persona e l'esigenza di stabilità nella pianificazione successoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, 631 ss. In giurisprudenza *contra* e dunque per una riaffermazione sul tema delle massime più rigorose v. Cass. 31 agosto 2023, n. 25521; Cass. 11 ottobre 2024, n. 26519, entrambe in *Fam. e dir.*, 2025, 711 ss., con nota di L. DANI, *Dolo e captazione in materia testamentaria*, 717 ss.

¹⁹ Nell'ottica della vulnerabilità relazionale appare opportuno un mutamento di prospettiva del diritto privato rispetto alla tutela degli anziani che tenga conto della situazione concreta, della specifica situazione di debolezza e fragilità della persona in una logica flessibile, non fondata sugli opposti. Sul punto cfr. D. POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2020, 14: «Passare dalla nozione di capacità e dal suo contrario alla nozione di vulnerabilità (che non a caso non ha contrari) significa uscire dai confini di binari ben individuabili e da tradizionali certezze: il binomio sano/malato, l'alternativa capacità/incapacità di agire, la possibilità/impossibilità di compimento di un atto giuridicamente rilevante a mezzo di altri»; v. ID., *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 962 ss.

AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 167, osserva che «La persona è un *unicum* e le sue fragilità difficilmente possono essere collocate entro modelli astratti. Non esiste la persona insana di mente, ma esistono tante forme di fragilità mentale della persona; non esiste il testatore anziano, ma esistono tante vecchieie quanti sono i vecchi; non esiste la persona ma esistono le persone».

Più in generale nell'ambito di una riflessione sull'*ageism* e sulla discriminazione sulla base dell'età C.M. CASCIONE, *Il la-*



disponente può decidere di attribuire i beni in modo diverso da come avrebbe fatto in assenza di malattia, subendo spesso l'influenza dei soggetti che lo accudiscono.

Specularmente in punto di qualificazione del dolo nel testamento ai sensi dell'art. 624 cod. civ.²⁰, la giurisprudenza ha ritenuto tradizionalmente che solo i veri e propri raggiri, avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito del testatore, possano condurre alla caducazione della scheda testamentaria, non essendo sufficiente a configurare captazione qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni²¹.

L'ampliamento dell'ambito di operatività dell'art. 624 cod. civ. da parte della giurisprudenza è stato più volte sollecitato in dottrina nel senso di ricomprendervi anche i raggiri blandi, quali lusinghe, menzogne, insinuazioni volti a indirizzare lo stato d'animo del disponente a favore o contro determi-

to grigio del diritto. *Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, cit., 58 ss., osserva come la prima e fondamentale tutela consista «nel riconoscimento dei loro diritti fondamentali. Tuttavia, la maggior parte della legislazione esistente riflette un approccio settoriale che non soddisfa la necessità di affermare e tutelare i diritti civili e politici degli anziani e di garantire la possibilità di agire in giudizio in caso di violazione». L'A. evidenzia come «la privazione dei diritti umani che gli anziani subiscono è, alle volte, la conseguenza diretta della loro età anagrafica (il riferimento è ai fenomeni discriminatori sul lavoro o in altre aree), altre volte è connessa alle difficoltà o disabilità create dall'invecchiamento (basti pensare all'impossibilità di abitare o accedere in determinati luoghi a causa di barriere o alla sottoposizione a misure di protezione limitative dell'autonomia individuale)». Cfr. anche sul tema R.N. BUTLER, *Longevity Revolution: the Benefits and Challenges of Living a Long Life*, New York, 2008, 40 ss.; V. BRAITHWAITE, *Reducing Ageism*, in T. NELSON (ed.), *Ageism: Stereotyping and Prejudice against Older Persons*, Cambridge, 2022, 311 ss.; B. MIKOLAJCZYK, *International Law and Ageism*, in *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXXV, 2015, 83 ss.; J. ANGUS-P. REEVE, *Ageism: a Threat to Aging Well in the 21st Century*, in 25 (2) *Journal of Applied Gerontology* (2006), 137 ss.; T.D. NELSON, *The Age of Ageism*, in 72 *Journal of Social Issues* (2016), 191 ss.; L. AYALON, *Introduction to the Section: Ageism – Concept and Origins*, in L. AYALON-C. TESCH-RÖMER (eds.), *Contemporary Perspectives on Ageism*, Cham, 2018, 1; S. SCRUTTON, *Ageism: the Foundation of Age Discrimination*, in E. MC EWEN (ed.), *Age: the Unrecognised Discrimination*, London, 1990, 25 ss.; C. KOLLONAY-LEHOCZKY, *Who, Whom, When, How? Questions and Emerging Answers on Age Discrimination*, in 11 *The Equal Rights Review* (2013), 69.

²⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 50 ss.; M. PROTO, *Ambito semantico della parola "dolo" nell'impugnazione del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 1103 ss.; F. SPOTTI, *L'annullabilità per captazione del testamento redatto da una persona fragile*, in *Fam. e d.*, 2014, 661 s.; M. GIROLAMI, *Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1203 s.; ID., *Rilevanza dell'attività captatoria nella redazione del testamento*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, 138 ss.; G. MUSOLINO, *Il dolo nel testamento. Disciplina generale e specificità della captazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, 27; S. PAGLIANTINI, *Commento agli artt. 624 e 625*, in *Comm. Gabrielli, Delle successioni*, II, Artt. 565-712, Torino, 2010, 495 s.; E. CARBONE, *Captazione testamentaria e successione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2019, 816 ss.

²¹ Cass. 28 febbraio 2018, n. 4653, in *Rep. F. it.*, 2018, voce *Successione ereditaria*, n. 129; Cass. 11 aprile 2017, n. 9309, in *G. it.*, 2018, 1384 ss.; Cass. 4 febbraio 2014, n. 2448; Cass. 28 maggio 2008, n. 14011; Cass. 30 ottobre 2008, n. 26258; Cass. 7 aprile 2025 n. 9152, in *DeJure online*.

Per una analisi accurata delle varie definizioni di captazione testamentaria v. D. IMBRUGLIA, *Affievolimento della consapevolezza "affettiva" dell'ereditando e captazione*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2023, 147 ss. Sulla sinonimia tra dolo e captazione in materia testamentaria cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., rist., 2012, 170; S. PAGLIANTINI, *I vizi della volontà testamentaria*, in S. PAGLIANTINI-A. BENEDETTI (a cura di), *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie. Saggi*, Napoli, 2013, 53. All'opposto sulla distinzione tra dolo e captazione in ragione delle differenti modalità operative della condotta dolosa e di quella captatoria cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 300 ss. Sull'inconfigurabilità della captazione quale vizio atipico della volontà testamentaria cfr. A. D'ONOFRIO, *Suggestione, captazione e fragilità del testatore*, in *Famiglia*, 2024, 273 ss. Sulla captazione, quale nozione autonoma dal dolo testamentario, consistente in «una costrizione dell'affettività, un'eterodeterminazione del volere», realizzata attraverso l'isolamento della persona: «tipicamente (...) si fa leva su bisogni e desideri, la si riduce in stato di dipendenza, per chiedere infine, ciò che ella non può più rifiutare», cfr. E. CARBONE, *Captazione testamentaria e successione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 793. Sulla captazione e sulla suggestione come ipotesi di incapacità naturale v. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 523 ss.



nati soggetti e ad isolarlo dalle persone care²²; si è proposta poi l'applicazione della logica presupposta dalla c.d. *doctrine of suspicious circumstances* inglese in ragione della quale, se le situazioni siano tali da determinare il sospetto di indebite interferenze nella volontà testamentaria, ricadrebbe su chi volesse avvalersi del testamento l'onere di provarne la validità²³.

Premesso che anche riguardo al dolo testamentario appare necessario evitare ogni assolutizzazione, a fine ottobre 2022 la Suprema Corte con l'ordinanza succitata ha precisato rispetto all'orientamento tradizionale in materia che l'idoneità dei mezzi fraudolenti usati deve valutarsi con larghezza nei casi in cui il testatore, affetto da malattie senili che causano debolezze decisionali ed affievolimenti della consapevolezza affettiva, sia maggiormente predisposto a subire l'influenza dei soggetti che lo accudiscono.

Posta la distinzione tra il dolo testamentario e il dolo nella materia contrattuale anche per l'assenza nel primo caso di un affidamento da tutelare e per la necessità di proteggere maggiormente il volere irripetibile del testatore²⁴, è certamente da apprezzare l'allargamento delle maglie dell'annullamento per i testamenti redatti da anziani in condizioni di fragilità, con l'espresso riferimento alle malattie senili e alle conseguenti condizioni non necessariamente di assoluta incapacità naturale²⁵; la giuridica

²² La prova di captazione e suggestione risente delle difficoltà derivanti dall'impossibilità di avere precisa conoscenza di tutte le condotte captatorie eventualmente poste in essere e dall'estrema complessità di fornire una prova di comportamenti diluiti nel tempo.

²³ In tal senso S. PAGLIANTINI, *Captazione, doctrine of suspicious circumstances ed onere della prova*, in *Commentario al c.c.* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, II, Torino, 2010, 497 ss.; v. anche M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, cit., 377, la quale individua quale esempi di circostanze che determinerebbero un legittimo sospetto ai fini dell'operatività del modello presuntivo con correlativo onere della prova, rapporti di esclusività con il testatore e conseguente isolamento dagli altri affetti, oppure revoche tardive di testamenti precedenti a favore di persone poco legate al disponente, o anche appuntamenti con il notaio per testare fissati dal beneficiario dei lasciti. Sul punto cfr. altresì P.R. LODOLINI, *Dolo testamentario e tutela della volontà fragile del testatore: alla ricerca di un equilibrio*, in *G. it.*, 2018, 1389. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 824, rileva condivisibilmente come sia indispensabile «non accontentarsi di presunzioni eccessivamente vaghe e, viceversa, esigere che, nel complesso, prove e argomentazioni addotte convincano, in modo rigoroso, del superamento della soglia di rilevanza fissata per la patologia della volontà testamentaria. Il che non significa però aderire alla richiesta di assoluta «certezza» dei fatti noti, da cui desumere quelli ignoti, di cui si legge in non pochi precedenti giurisprudenziali, né ambire a una prova presuntiva che convinca di un fatto ignoto secondo lo *standard* penalistico dell' «oltre ragionevole dubbio»; per contro, però, esclude che ci si possa accontentare del semplice «più probabile che non» e impone che la prova soddisfi un parametro più stringente (in breve, la significativa, o elevata, probabilità)».

²⁴ Sull'utilizzazione del rimedio flessibile dell'annullabilità parziale del testamento suggerito, in ragione del vizio del dolo, interpretato nell'accezione lata comprensiva di captazione e suggestione, cfr. C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, cit., 566 ss., secondo la quale l'impiego del suddetto strumento di tutela risponde meglio alla esigenza di conservazione dell'atto testamentario a garanzia di una effettiva protezione della volontà del testatore, specie nei casi in cui il *de cuius* col testamento non si limita a regolare la sorte dei suoi beni dopo la morte ma pianifica anche la successione dell'impresa di cui è titolare. L'esempio riportato dall'A. è quello del testatore che subisca suggestioni o condizionamenti in relazione alla disposizione di un legato d'azienda o di partecipazioni in società di capitali, oppure reciprocamente che subisca tali suggestioni o condizionamenti in relazione ad altra disposizione, diversa rispetto a quelle concernenti la successione di impresa.

²⁵ Sulla tutela nel formante europeo dei diritti degli anziani non possono non citarsi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea gli artt. 25 («Diritti degli anziani», secondo cui: «L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale») e 34 («Sicurezza sociale e assistenza sociale»); appare rilevante lo stesso art. 21 della Carta suddetta in materia di non discriminazione, giacché ai sensi del par. 1 di quest'ultimo è vietato qualsiasi trattamento discriminatorio fondato, tra le altre caratteristiche, sull'età. Cfr. *amplius* C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, cit., 38 ss.; C. KILPATRICK, *Art. 21. Non discrimination*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARDS (eds), *The European Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014, 579 ss.; E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani*



rilevanza delle condotte captatorie e suggestive, nei termini di blandizie, richieste, suggerimenti, assicura in tal modo al testatore fragile una più intensa protezione dell'integrità della propria autodeterminazione volitiva²⁶.

Peraltro l'ordinanza in esame si segnala per il tentativo di superare la difficoltà della prova del dolo, consentendo al giudice civile di avvalersi delle risultanze derivanti da atti di un processo penale per circonvenzione di incapace ancora pendente, al fine di trarne indizi idonei a fornire utili elementi di giudizio; la stessa giurisprudenza penale del resto procede ad un'interpretazione lata dello stato di deficienza psichica ai sensi dell'art. 643 cod. pen., ritenendo sufficiente «un'alterazione dello stato psichico che, sebbene meno grave dell'incapacità, risulti tuttavia idonea a porre uno stato di minorata capacità intellettuale, volitiva od affettiva e ne affievolisca le capacità critiche»²⁷.

Resta fermo che l'incapacità naturale e la captazione-suggestione rappresentano strumenti di tutela di natura caducatoria, con valenza demolitoria delle disposizioni frutto di un volere non spontaneo, senza consentire un nuovo esercizio della libertà testamentaria; in tal senso la loro efficacia è abbattezza ridotta, reagendo *ex post* a un esercizio non corretto della libertà suddetta²⁸, mentre sarebbe opportuno evitare *ex ante* l'insorgere di problemi di esercizio non consapevole della libertà testamentaria, ad esempio mediante la predisposizione delle perizie mediche sullo stato psichico del *de cuius* in un momento vicino a quello della formazione del testamento²⁹. Peraltro la protezione *ex post* in quan-

alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 296 ss.; C. O' CINNEIDE, *Art. 25. The Rights of the Elderly*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARDS (eds), *The European Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014, 693 ss.; F. POLACCHINI, *Elderly People*, in A. BARTOLINI-R. CIPPITANI-V. COLCELLI (eds.), *Dictionary of Statutes Within EU Law: The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration*, Cham, 2019, 175 ss., 180.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene invece alcuna disposizione che faccia espresso riferimento agli anziani, sebbene la Corte EDU si sia pronunciata in alcune fattispecie relative alla violazione dei diritti umani incidenti sui diritti degli anziani, facendo leva sull'art. 14 che vieta qualunque forma di discriminazione; per un'analisi dei casi portati dinanzi alla Corte EDU promossi da anziani o riguardanti i diritti degli anziani cfr. B. SPANIER-I. DORON-F. MILMAN SILVAN, *Older Persons' Use of the European Court of Human Rights*, in 28 *J Cross Cult. Gerontol.*, 2013, 407. Sul rilievo che ad una prima analisi i principali strumenti internazionali come anche le Costituzioni nazionali non menzionino l'età come fattore tipico di discriminazione cfr. C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, cit., 67 ss.; in O. DE SCHUTTER, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Commission, 2005, 49, si sottolinea la novità del divieto di discriminazione in questo campo, che alla stregua della disabilità e dell'orientamento sessuale rientra tra i diritti alla parità di trattamento "di seconda generazione", mentre il divieto di discriminazione basato su sesso, razza o origine etnica, religione o credo, opinione politica costituisce nel settore in esame diritti di prima generazione.

²⁶ Sulla distinzione tra attività captatoria lecita e illecita, dovendosi evitare le caducazioni di testamenti consapevolmente voluti dal testatore ed orientati dalla capacità dell'erede istituito di ottenere la benevolenza del defunto con atteggiamenti premurosi, irrilevanti quando il testatore è pienamente *compos sui*, cfr. A. D'ONOFRIO, *Suggestione, captazione e fragilità del testatore*, cit., 274 ss., il quale evidenzia dunque la differenza tra l'illecita *captatio hereditatis*, già stigmatizzata dal diritto romano, e la lecita *captatio benevolentiae*.

Sullo stato dell'arte in materia di captazione e suggestione e delle opinioni relative alla loro distinzione cfr. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 291 ss.

²⁷ Tra le tante v. Cass. pen., 24 febbraio 2023, n. 23283, in *Ced. Cass. pen.*, 2023. Sul confronto tra la giurisprudenza in tema di annullabilità del testamento e quella sul reato di circonvenzione d'incapace cfr. *amplius* R. BENDINELLI, *Il testatore fragile*, cit., 224 ss.

²⁸ Per un richiamo agli artt. 589 e 635 cod. civ. in tema di testamento congiuntivo e reciproco e di condizione di reciprocità, nel senso di un effetto protettivo minimo dei testatori vulnerabili, cfr. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 302 ss.

²⁹ Sull'imposizione per legge ai notai nel caso di testatori fragili della richiesta di una perizia redatta secondo un certo modello che ne attesti la capacità cfr. A. M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 868 ss.



to lasciata al libero intervento dei legittimati ad annullare le disposizioni non garantisce in modo effettivo il *de cuius*, soggetto sostanzialmente all'iniziativa di chi gli sopravvive.

3. – Nell'ambito delle possibili riforme legislative volte a superare le criticità dell'attuale normativa nel tutelare il testatore fragile e dunque contrastare un uso scorretto dell'autonomia successoria³⁰ si è già detto *supra* delle proposte di limitazione del testamento olografo, quale insidioso veicolo di captazioni a detrimento dell'intimo, imperscrutabile volere del testatore, costretto di conseguenza a costose e spesso disagiati manifestazioni pubbliche della sua volontà, non aliene peraltro da eventuali impugnazioni, qualora essa sia viziata.

Peraltro lo stesso rafforzamento della forma testamentaria pubblica già esistente, mediante la richiesta da parte del notaio di previa perizia medica in ordine alla capacità del testatore, presenta alcune criticità in ragione della strutturale distanza temporale tra la perizia e il testamento e della difficoltà di accertare forme di incapacità più subdole quali quelle collegate ad attività di captazione e suggestione.

Per rimediare a queste mancanze si è proposta la previsione nell'ordinamento interno di un testamento c.d. giudiziale, cioè redatto di fronte e con l'aiuto di un giudice; in questa ipotesi la capacità dubbia del testatore consiglierebbe il ricorso a un procedimento peculiare di volontaria giurisdizione, ove il giudice, dopo averne valutato lo stato psichico attraverso una perizia, non si limiterebbe a verbalizzare le volontà del futuro *de cuius* ma sarebbe chiamato a compiere un controllo di legalità e di genuinità del volere³¹. La proposta del testamento giudiziale, fondandosi su una valutazione terza e imparziale della capacità effettuata al momento della sua redazione e temperando le istanze di autonomia e le esigenze di tutela (precoostituendo una prova molto forte dello stato di capacità del testatore), appare convincente sempre che non se ne preveda l'obbligatorietà per tutti coloro che hanno superato una certa età, riproponendosi in questa sede le critiche già formulate a proposito dello speculare obbligo proposto con riferimento alla forma notarile. Piuttosto potrebbe imporsi l'utilizzo del testamento giudiziale riguardo ai soggetti sottoposti a misure di protezione che non escludono la libertà di testare quali l'inabilitazione e l'amministrazione di sostegno, sempre che il decreto di nomina non privi il beneficiario della capacità di testare. Con ogni evidenza terreno di elezione di questa peculiare forma testamentaria rimane la categoria dei vulnerabili, esposti al rischio di testare, di propria iniziativa o in ragione di una attività captatoria o suggestiva, in uno stato di incapacità naturale.

De iure condendo si potrebbe introdurre ancora nell'ordinamento al ricorrere di certe condizioni e limiti una forma di successione testamentaria del *de cuius* parzialmente incapace agevolata da un terzo (l'amministratore di sostegno o il giudice); in particolare la scelta di testare e i contenuti essenziali della disposizione dovrebbero provenire dallo stesso testatore, sicché la compromissione delle sue facoltà inciderebbe solo su profili complementari e di tecnica giuridica. In tal senso nell'ambito di un proce-

³⁰ Sull'inadeguatezza di una disciplina successoria uniforme rispetto alla complessità della realtà sociale già V. SCALISI, *Persona umana e successioni*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 428 ss., che evidenzia l'uso sempre più largo « di schemi e congegni dispositivi *inter vivos* propriamente alternativi (c.d. successioni anomale per contratto), finalizzati ad attribuzioni "transmorte" in grado di salvaguardare la particolare destinazione *post mortem* di determinati beni oppure di soddisfare interessi connessi a particolari qualità o bisogni dei destinatari dell'attribuzione» (432).

³¹ Cfr. sul punto *amplius* A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 871 ss., secondo il quale il giudice dovrebbe all'udienza per l'omologazione del testamento, a valle di un primo decreto di ammissione a testare con le suddette forme speciali, interrogare la persona non solo per riceverne la volontà ma anche per valutare lo stato psichico e l'assenza di costrizioni, quali captazioni e suggestioni.



dimento di volontaria giurisdizione l'assistenza del giudice integrerebbe un processo decisionale compiuto nella parte più importante dal futuro *de cuius* ma non ancora completo; lo stesso giudice peraltro oltre a sottoporre l'esito finale al testatore dovrebbe coinvolgere per una più compiuta rappresentazione oltre all'eventuale curatore o amministratore di sostegno gli eredi legittimari e in loro assenza quelli legittimi, nonché gli eredi e i legatari in virtù di un precedente testamento. In altri termini non si tratterebbe di un testamento tradizionalmente inteso ma di un atto complesso, composto dalla volontà del privato e da una pronuncia giudiziale, non potendo certamente il giudice consigliare e convincere il futuro *de cuius* a testare in un certo modo oppure stabilire una certa successione testamentaria, pena la lesione dell'autonomia privata in ambito successorio.

4. – In un contesto così articolato le prospettive di riforma del *diritto* successorio italiano volte ad una maggiore tutela del testatore vulnerabile richiamano poi il superamento del divieto di patti successori in favore dell'operatività dell'autonomia contrattuale nella regolazione delle vicende successorie³². In tal senso per evitare di disporre delle proprie sostanze nella parte finale dell'esistenza, in un tempo in cui la pienezza intellettuale e volitiva sarebbe compromessa dalla senilità e dai malanni che ad essa si accompagnano, la persona successivamente divenuta fragile potrebbe garantirsi attraverso la stipula di un contratto ereditario, disponendo dell'asse ereditario in accordo con i successori in un momento di piena consapevolezza³³. È noto come nella materia in esame assuma rilevanza la *ratio*

³² Sulla pianificazione ereditaria e la valorizzazione dell'autonomia negoziale cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020, 444 ss.; V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in AA.VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'11° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 5-6-7 maggio 2016, Napoli, 2017, 183; ID., *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 399 ss.; C. CICERO, *Atti inter vivos in funzione successoria. Atto mortis causa e atto inter vivos post mortem*, in *Riv. not.*, 2024, 889 ss.; A. ALBANESE, *Autonomia contrattuale e fenomeni successori*, in *Arch. giur. Serafini*, 2023, 559 ss.

Nell'ottica dell'anticipazione successoria anche un significativo ricorso alle donazioni potrebbe contribuire a mitigare le criticità della vulnerabilità testamentaria, in quanto la presenza di un minor numero di beni di cui disporre in età avanzata per il *de cuius* comporterebbe un'attenuazione del rilievo della sua volontà testamentaria, salvo il ruolo dell'imputazione *ex se* e della collazione.

³³ Cfr. sul punto P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 1995, 11; ID., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, I, 10-13; ID., *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 128 ss.; ID., *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, 437 ss. e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, 415 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, 317 ss., spec. 320; C. CICERO, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni*, in *Riv. not.*, 2018, 699 ss.; ID., *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, VI – *Interferenze*, Milano, 2022, 505 ss., spec. 511 e 516; ID., *I patti successori*, nel volume *Materiali per una revisione del codice civile*, vol. I a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021, 447 ss., spec. 455; F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 147 ss.; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli 2012; M. IEVA, *Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare*, in *Riv. not.*, 2023, 1149 ss.; ID., *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 181 ss.; ID., *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 2018, 1 ss.; G. AMADIO, *Contrattualità successoria*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 486 ss.; S. PATTI, *Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»*, in *Scritti in onore di Herbert Kronke*, Giesecking Verlag, 2020, 1798 ss.; ID., *Contratti ereditari e contratti di rinuncia all'eredità nell'esperienza germanica*, in *Famiglia*, 2018, 195 ss.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015; ID., *I patti successori*, in C. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, 273 ss.; ID., *Interessi post mortem tra testamento e altri atti*



della nullità dei patti successori istitutivi, tradizionalmente rinvenuta nella tutela della libertà testamentaria, seriamente limitata invece dal ricorso al contratto, potendo questo essere sciolto solo per mutuo consenso delle parti o nei casi tassativamente previsti dalla legge³⁴. Tuttavia nel settore oggetto della nostra disamina, ovvero quello della vulnerabilità testamentaria³⁵, la promozione di forme di anticipazione successoria sortirebbe effetti virtuosi nella misura in cui ad esempio la partecipazione al contratto successorio di un certo numero di soggetti permetterebbe ai beneficiari e ai legittimari non beneficiari partecipanti di accertare le condizioni fisiche del disponente specie al fine di decidere in merito al loro assenso³⁶.

di ultima volontà, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 341; ID., *Divieto di patti successori e contratto post mortem*, in V. BARBA-S. LANDINI (a cura di), *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare*, Napoli, 2020, 19 ss.; AN. FUSARO, *Profili comparatistici dei contratti ereditari*, in *Riv. not.*, 2021, 659 ss.; L. BALESTRA-M. MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 63 ss., spec. 66-67; A. PALAZZO-A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, vol. II, Milano, 2012, 450-451; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE, *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2007, 139 ss.; S. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, in *Dir. succ. fam.*, 2025, 39 ss.; B. CONCAS, *La rinuncia nei patti successori*, Napoli, 2024; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 203 ss.; ID., voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 533; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 ss.; A. SPATUZZI, *I patti successori. Su alcune articolazioni e criticità del divieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1014 ss. *Contra* rispetto all'introduzione del contratto ereditario C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2. *Le successioni*, 6ª ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, 34. In giurisprudenza v. Cass. civ., ord. 9 gennaio 2024, n. 722, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 910, con nota di F.P. PATTI, *Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori*; Cass. civ., 13 dicembre 2023, n. 34858, in *Notariato*, 2024, 621 ss. con nota di A.G. MODANO, *Patti successori: vecchi orizzonti e nuove frontiere*.

³⁴ C. CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, cit., 4, rilevando come il contratto ereditario di diritto tedesco possa essere forse un punto di riferimento afferma che l'abolizione del divieto di patto successorio istitutivo «depotenzia le tutele dei legittimari. Allora, il contratto ereditario, da farsi necessariamente per atto pubblico, dovrebbe essere assistito da una facoltà di recesso del disponente. [...]. Ad ogni buon conto, la riflessione dovrebbe poi focalizzarsi sull'individuazione forse di capacità speciali che assicurino la giusta ponderazione nel compimento dell'atto, su un'enucleazione della disciplina dei vizi del consenso più sensibile rispetto a quella presente nel contratto comune (non ereditario) [...]. Contratto ereditario [...] necessariamente formale, da concludersi per atto pubblico; con esclusione della rappresentanza; non limitante il diritto del disponente di alienare i beni; tale da rendere inefficaci le disposizioni testamentarie, sia anteriori che successive, incompatibili con il diritto del beneficiario contrattuale».

³⁵ F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, cit., 148, evidenzia come istanze per una ragionevole contrattualizzazione della pianificazione successoria provengano anche «dall'incremento dell'aspettativa media di vita, a cui conseguono tanto un possibile aumento delle necessità assistenziali della persona, e il rischio di condizionamenti legati a una situazione di maggiore fragilità quanto i possibili «aspetti negativi della revocabilità del testamento senza altro limite che la morte»».

³⁶ Sugli effetti benefici della successione anticipata mediante contratto anche sulla successione necessaria cfr. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 882, secondo cui quest'ultima «avrebbe perso gran lunga del suo significato in una società in cui i genitori non vengono più a mancare attorno ai sessant'anni di età, lasciando figli di circa trent'anni (bisognosi di risorse per affacciarsi a una vita autonoma), ma piuttosto oltre gli ottanta anni, con figli ormai inseriti nella società e nella vita economica. Arretrando il momento di trasferimento di ricchezza (per mezzo di forme di vera e propria anticipazione successoria), si tutelerebbero i giovani – così rispondendo a un'altra esigenza assai sentita nella società attuale – e si restituirebbe, almeno sotto questo punto di vista, un senso compiuto alla successione necessaria, la quale diventerebbe in quest'ottica una sorta di disciplina di *default* superabile mediante accordo (e potrebbe così mantenersi in vigore, come la sensibilità ancor oggi diffusa sembra imporre)». Sul rapporto tra successione necessaria e tutela dei soggetti fragili v. V. BILARDO, *Paradigmi della successione necessaria. Conflitti assiologici e interessi protetti*, Napoli, 2024, 356 ss.; *amplius* A.M. GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 63; ID., *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 95 ss.; I.L. NOCERA, *Per una rimeditazione quantitativa della legittima*, Napoli, 2024; V. BARBA, *Tendenze del e nel diritto successorio italiano*, in C. CICERO (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, Napoli, 2025, 1 ss.; A. ZACCARIA, *Del permanente e del transeunte. Per gli ottant'anni del Codice civile. Sul*



Più in particolare nell'ambito degli strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone anziane e fragili i suddetti patti istitutivi, allo stato vietati ai sensi dell'art. 458 cod. civ.³⁷, potrebbero rivestire un ruolo di indubbio rilievo in ragione del soddisfacimento di esigenze di natura assistenziale (meritevoli di protezione per la loro dignità sociale) e dunque, *de iure condendo* in prospettiva di riforma complessiva del diritto successorio, ritenersi eccezionalmente ammessi³⁸. In altri termini, anche a fronte del progressivo invecchiamento della popolazione, in deroga al divieto dei patti successori³⁹ e alla stregua di altri sistemi giuridici europei in cui gli stessi diversamente sono consentiti⁴⁰, una perso-

Libro secondo: delle successioni, cit., 279 ss.; G. PERLINGIERI, *Presentazione della proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite. Spunti per una riflessione*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, 1171 ss.; M. TESCARO, *Considerazioni in forma di decalogo sulla necessità di un complessivo ammodernamento del diritto delle successioni italiano*, in *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, II, *Questioni di diritto positivo*, a cura di Id., Napoli, 2022, 763 ss.; G. AMADIO, *Per una riforma della successione familiare*, in V. CUFFARO-A. GENTILI (a cura di), *Materiali per una revisione del codice civile*, I, Milano, 2021, 325 ss.; G. DI LORENZO, *La successione necessaria nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 188 ss.; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 493 ss.

³⁷ Per una disamina del divieto del patto istitutivo mediante le varie figure negoziali v. F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 1411 ss.; S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluta defuncti? Ricerche sui "patti successori" istitutivi*, Milano, 2019; D.A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012. V. anche S. PATTI, *Contratti ereditari e contratti di rinunzia all'eredità*, in V. CUFFARO-A. GENTILI (a cura di), *Materiali per una revisione del codice civile*, I, Milano, 2021, 306; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *L'auspicata unitarietà delle successioni nel sistema eurounitario e il superamento del divieto di patti successori*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2020, 408 ss.; D. GIGLIO, *Diritto delle successioni e contratto: stato dell'arte e prospettive future*, in *Persona e mercato*, 2022, 97 ss., spec. 101; in giurisprudenza cfr. Cass. 2 settembre 2020, n. 18197, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1156 ss., con nota di M. ZICCARDI, *Testamenti simultanei e divieto di patti successori istitutivi*. Per la distinzione tra patti istitutivo-dispositivi in senso stretto, patti istitutivo-dispositivi in senso lato e patti istitutivo-obbligatori cfr. S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 478 ss., secondo cui «il patto successorio istitutivo, oggetto del divieto vigente nel nostro sistema giuridico, è un patto che si specchia [...] nell'immagine del testamento, di tal che – per esprimerci con una formula – non sarà il contratto con funzione successoria, ma soltanto e più precisamente il contratto con contenuti "testamentari" a dover essere sanzionato con la nullità (475).

S. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, cit., 56, osserva che poiché pianificazione patrimoniale e pianificazione successoria «sono avvinte da una connessione programmatica inerente ai beni e alla sorte del soggetto che ne è titolare, specialmente nella possibilità di offrire risposte idonee alle necessità proprie di ciascuno nell'età avanzata, il divieto di patti successori spiega la sua incidenza oltre il confine della successione, sul piano della progettualità negoziale, nel futuro della persona».

³⁸ Come scrive V. PUTORTI, *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 806, «il quadro sinteticamente delineato in ordine alle forme di devoluzione della ricchezza *post mortem* attraverso istituti che si pongono come valida alternativa al negozio testamentario [...] dimostra, dunque, come il divieto dei patti successori istitutivi, pur trovando la sua ragion d'essere in motivazioni che sorreggono l'intero sistema successorio, non sia espressione di alcun valore costituzionalmente garantito, per cui ben potrebbe essere abrogato o ulteriormente circoscritto da apposite previsioni normative».

³⁹ Sugli elementi caratterizzanti un atto quale patto successorio vietato secondo l'insegnamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, quale, solo a titolo esemplificativo, la volontà del promittente di provvedere alla propria successione spogliandosi dello *ius poenitendi*, cfr. S. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, cit., 57-58.

⁴⁰ Sull'*Erbvertrag*, l'atto che nell'ordinamento tedesco consente la pianificazione successoria attraverso un accordo vincolante, rendendo inefficaci le disposizioni testamentarie, anteriori o successive, pregiudizievoli per il beneficiario, cfr. S. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, cit., 65 ss.; elemento caratteristico dell'*Erbvertrag*, che trova in quella assistenziale una delle sue principali funzioni, è la generale irrevocabilità delle sue disposizioni, cui si lega la possibilità di esercitare il recesso unilaterale, ove il contratto preveda un'apposita riserva o nei casi previsti dalla legge. Cfr. sul tema *amplius* F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, cit., 150-151, secondo cui sul piano teleologico deve evidenziarsi come la conclusione di un contratto successorio «persegua la realizzazione di interessi di varia natura, la cui negoziabilità non risponde, invero, a esigenze tipiche soltanto dell'ordinamento tedesco, riflettendo, piuttosto, la proiezione, sul versante successorio, di fisiologiche inclinazioni dei rapporti umani – familiari, socia-



na anziana potrebbe validamente concludere un contratto con cui istituisca erede un soggetto e un secondo coevo contratto collegato, da cui derivi l'obbligo per quest'ultimo di eseguire in suo favore prestazioni di cura, mantenimento, assistenza, specie durante la vecchiaia o in costanza di una malattia⁴¹; solo a titolo di esempio gli accordi impegnerebbero in tal senso l'erede contrattuale a corrispondere al disponente una rendita vitalizia, o a cedergli un immobile, o ancora a sostenere i costi necessari per l'assistenza⁴². Le disposizioni convenzionali del contratto successorio potrebbero poi sciogliersi per mutuo dissenso, o in ragione del diritto di recesso (convenzionale o legale⁴³), o ancora per effetto della loro impugnazione; il recesso, oltre a permettere al disponente di ottenere lo scioglimento delle disposizioni convenzionali senza il consenso della controparte, avrebbe la funzione di reagire ad anomalie verificatesi in seguito alla conclusione del contratto mentre l'impugnazione porrebbe rimedio a una patologia originaria del negozio.

Fermo restando che le tipologie di contratti successori presenti in altri ordinamenti, specie in quello tedesco, possano costituire importanti modelli di riferimento per i disegni riformatori che intendano superare il divieto dei patti successori⁴⁴, in ragione della difficoltà di rendere inattuabile un atto *mortis causa* redatto da persone fragili, in dottrina si propone infine la valorizzazione degli strumenti di pianificazione negoziale *inter vivos* già presenti nell'ordinamento, che eliminano il rischio della revoca tipico delle disposizioni testamentarie: si pensi alla rendita vitalizia nel caso di trasferimento di

li, economici e generazionali – le quali, anche nel nostro ordinamento, potrebbero legittimamente aspirare a un medesimo spazio di autoregolamentazione»; cfr. *Id.*, *ult. op. cit.*, 156 ss. per una attenta disamina dei profili del contratto successorio del diritto tedesco relativa alle disposizioni convenzionali e a quelle unilaterali, al vincolo, alle diverse tipologie del contratto stesso, allo scioglimento del vincolo, al recesso convenzionale e a quello legale.

⁴¹ Sulle criticità a cui non si sottrae lo stesso contratto ereditario, che dispone della delazione ma non sostanzia un'effettiva attribuzione in termini patrimoniali cfr. S. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, cit., 79, nt. 156: «In altri termini, da un lato, chi si obbliga nei confronti dell'anziano potrebbe non eseguire la prestazione a fronte di una difficoltà pratica nell'esperimento dei rimedi da parte di quest'ultimo e, dall'altro, il futuro *de cuius* può sempre dissipare in vita quanto potrebbe essere oggetto del patrimonio ereditario».

⁴² Riguardo al collegamento negoziale che caratterizza il contratto successorio del diritto tedesco F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, cit., 168, evidenzia come in tali casi, poiché la prospettiva di ricevere la prestazione del beneficiario «esprima il motivo determinante che induce l'*Erblasser* a formulare le disposizioni convenzionali del contratto successorio, le parti possono nondimeno far emergere altrimenti la decisività di questo movente. Anzitutto, infatti, al contratto successorio è apponibile una condizione (sospensiva o risolutiva) onde far dipendere l'efficacia delle disposizioni pattizie dalla circostanza che l'obbligazione (di assistenza, mantenimento, etc.) convenuta nel contratto collegato sia validamente sorta e sia stata poi regolarmente adempiuta per tutta la vita dell'*Erblasser*».

⁴³ F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, cit., 194, richiama l'ipotesi legale di recesso, contemplata dal diritto tedesco, concernente i contratti successori collegati con altri contratti nei quali la controparte assume nei confronti dell'*Erblasser* determinate obbligazioni; in tal senso il § 2295 BGB prevede «che l'*Erblasser* sia legittimato a recedere dalla disposizione convenzionale, fatta con riguardo all'obbligazione negoziale del beneficiario di corrispondergli, durante la sua vita, prestazioni continue, inerenti specialmente al mantenimento, quando detta obbligazione si sia estinta prima della morte dell'*Erblasser* stesso».

⁴⁴ Sul punto F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, cit., 201-202, ritiene che utili insegnamenti potrebbero trarsi dall'esperienza tedesca riguardo sia all'organizzazione degli assetti e dei nessi negoziali attraverso i quali si sviluppa la pianificazione ereditaria, sia ai meccanismi volti a garantire l'effettività della stessa, sia infine all'esigenza di codificare compiutamente gli elementi suscettibili di incidere sulla certezza del rapporto, come i congegni idonei a provocare la rottura del vincolo. Un'altra questione problematica, nel dettare la disciplina di un contratto successorio di diritto italiano, riguarderebbe poi il coordinamento tra la nuova figura e le norme del diritto testamentario e sul contratto in generale che secondo l'A. potrebbe trovare una soluzione contemplando «regole speciali destinate a prevalere su quelle della parte generale (si pensi all'inevitabile divieto per il disponente di farsi rappresentare nella stipula dell'atto); regole speciali mutate invece dal diritto testamentario (con riferimento, in particolare, al regime sostanziale dei vizi del consenso); e, infine, per quanto non diversamente stabilito, la possibilità di attingere – nei limiti della loro compatibilità – dalle norme generali sul contratto».



un immobile ad uso civile di abitazione di valore contenuto e al patto di famiglia nel caso di trasferimento anticipato dell'azienda o di quote societarie⁴⁵.

Delineato un quadro delle forme di tutela della volontà testamentaria dei vulnerabili *ex ante* e *ex post* e avendo manifestato una preferenza per le prime, considerato peraltro che il contenzioso sul testamento è per sua natura postumo e difficile dal punto di vista probatorio, risulta evidente che in ogni caso qualunque intervento riformatore, al netto di soluzioni generalizzanti e astratte⁴⁶ e della istituzionalizzazione della senilità, debba porsi l'obiettivo del miglioramento della protezione dei testatori anziani e fragili⁴⁷, evitando che le loro successioni siano regolate da volontà non autentiche, cioè senza trascurare che il testamento, prima di essere un atto di disposizione delle sostanze, è una manifestazione della personalità del testatore⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. *amplius* M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 583 ss. Sul patto di famiglia cfr. G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in Aa.Vv., *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, 69 ss.; C. CACCAVALE, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Appunti per uno studio sul Patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, ivi, 32 ss.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 217 ss.; P. VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 406 ss.; S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in Id. (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, 323 ss.; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 261 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 146 ss.; V. VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto, governance, scioglimento*, Napoli, 2008; G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Id., III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 633 ss.; F. VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Art. 768 bis-768 octies, Milano, 2012; M. COCUCCHIO, *Divieto dei patti successori e patto di famiglia*, Milano, 2016; F. OLIVIERO, *Il consenso alla trasmissione generazionale anticipata della ricchezza: "partecipanti" e "terzi" nel patto di famiglia*, in *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. II. Questioni di diritto positivo*, a cura di M. Tescaro, Napoli, 2022, 819 ss. Sul raccordo tra patto di famiglia e strumenti di regolazione negoziale della successione *mortis causa* e sull'opinione prevalente che vede nell'accordo liquidativo un'ipotesi di patto successorio dispositivo lecito cfr. G. AMADIO, *Contrattualità successoria*, cit., 491, secondo cui se il suddetto raccordo, da non intendersi in termini di struttura e di effetti, è ricondotto invece al piano degli interessi regolati «rende evidente come la nuova disciplina attribuisca una (eccezionale) anticipata rilevanza (e consenta di dare regola negoziale) proprio a interessi (quelli dei legittimari a conseguire in natura la quota loro riservata) che, anteriormente alla riforma, dovevano ritenersi sottratti all'autonomia privata sino al tempo della morte. Se è vero che il non assegnatario, aderendo al patto, consente alla conversione del proprio diritto alla legittima in natura in credito pecuniario, può ben dirsi che l'accordo liquidativo, pur avendo struttura e producendo effetti *inter vivos*, incide sulla disciplina della futura successione».

⁴⁶ Così P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, cit., 351: «Si deve pertanto diffidare della costruzione di una categoria dell'anziano e di una normativa esclusiva per l'anziano tout court, l'una e l'altra potrebbero costituire fonti di nuova emarginazione. Si che non sembra utile né corretto proporre la fondazione di un "diritto dei diritti dell'anziano"; né è questione di elaborare uno statuto degli anziani. Si tratta piuttosto di individuare adeguate soluzioni per la protezione e per la promozione di persone in "situazioni di particolare debolezza" sino alla peculiare condizione di disabilità».

Sul tema A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, cit., 46, osserva che il vulnerabile «non è una figura teorica del diritto come il 'creditore' o il 'proprietario'. La vulnerabilità non è mai astratta ma sempre specifica. Astratti e generali sono solo i principi che si possono invocare a difesa. Ma le leggi che tutelano le diverse tipologie sono specifiche, perché legate appunto alle specificità delle diverse condizioni di vita protette».

⁴⁷ A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, cit., 52, evidenzia come «il vero bene sempre protetto, nelle più diverse forme di vulnerabilità è la dignità della persona umana».

⁴⁸ Cfr. R. TOMMASINI, *Invalidità delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile*, in Aa.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'11° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 5-6-7 maggio 2016, Napoli, 2017, 97.



FEDERICO CAPPAL

Professore associato di Diritto dell'economia – Università degli Studi di Cagliari

INTERESSI MORATORI NEL CREDITO AL CONSUMO: TRA USURARIETÀ E VESSATORIETÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Interessi moratori usurari. – 3. Interessi moratori vessatori ex art. 33 del codice del consumo.

1. – L'analisi della giurisprudenza in tema di interessi nei contratti di credito al consumo segnala che, nell'ambito del contenzioso vertente sulla liceità della determinazione dei relativi tassi, la disciplina sull'usura tende ad essere invocata e applicata con maggior frequenza di quella sulle clausole vessatorie, e analoga considerazione può estendersi alla dottrina, che al tema degli "interessi usurari" ha riservato attenzione ben maggiore di quanta non ne abbia dedicata al contiguo tema degli interessi forieri di "eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti".

Le ragioni di tale preferenza per la prima prospettiva di indagine sono di immediata percezione quanto agli interessi corrispettivi, mentre sono più sfumate se si ha riguardo agli interessi moratori.

La determinazione dei primi, infatti, afferendo all'equilibrio economico dello scambio programmato dalle parti sfugge per sua natura al vaglio di vessatorietà e alla conseguente sanzione di nullità di cui all'art. 36 cod. cons, ogniquale volta sia effettuata in modo "chiaro e comprensibile", giusta il disposto di cui all'art. 34, comma 2, cod. cons. In tema di interessi corrispettivi, la possibile invocazione della tutela di cui al combinato disposto ora richiamato, pur astrattamente possibile, finisce per essere tagliata fuori dalla disciplina speciale sulla trasparenza bancaria fissata dal testo unico bancario, la quale appresta, sotto il profilo considerato, un sistema di tutela assai più compiuto.

La situazione è diversa per gli interessi moratori, atteso che, non esprimendo essi il prezzo del servizio di credito reso al sovenuto, bensì l'entità della "penale" (latamente intesa) alla quale lo stesso si espone nell'eventualità in cui non restituisca il prestito nel rispetto dei termini pattuiti, la loro misura si presta ad essere sindacata sotto il profilo della vessatorietà a prescindere dalla opacità del testo contrattuale, in ragione del carattere "normativo" dello squilibrio che dalla stessa può derivare a vantaggio dell'istituto di credito e a danno del consumatore.

In relazione a tale tipologia di interessi, la centralità data, nella riflessione dottrinale, al loro rapporto con la disciplina sull'usura, e la minor attenzione dedicata ai vincoli desumibili dalla normativa consumeristica, si spiegano in ragione della circostanza che, mentre la possibile censurabilità dei moratori in ragione della loro vessatorietà per manifesta eccessività, ex art. 33, comma 2, lett. f, cod. cons., non ha suscitato, a quanto consta, particolari riserve in punto di diritto, viceversa la possibilità



che gli stessi si prestino ad essere censurati in quanto usurari, secondo la pertinente normativa speciale, ha dato luogo ad un intenso e travagliato dibattito tra gli interpreti teorici e pratici, che soltanto da qualche anno a questa parte ha visto prevalere la soluzione estensiva, stante l'avallo dato alla tesi della "applicabilità della disciplina sull'usura (anche) agli interessi di mora", dal massimo consesso della giurisdizione ordinaria ¹.

2. – Il dibattito da ultimo richiamato è agevolmente sintetizzabile nelle sue linee fondamentali, mentre maggior impegno richiede la ricognizione, alla quale qui non si procederà, degli innumerevoli rivoli che dal tronco principale delle due alternative soluzioni possibili sono stati svolti su profili più squisitamente tecnico-applicativi.

Il problema di fondo con il quale gli interpreti si sono misurati è se gli interessi moratori rientrano o meno nel novero delle "utilità" di cui occorre tener conto nella verifica del superamento del tasso-soglia, individuato in funzione dei tassi di interesse medi di mercato trimestralmente rilevati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze sentita la Banca d'Italia, che fissa il limite oltre il quale il contratto di credito si qualifica "oggettivamente" usurario, in base alla legge n. 108/1996 ², con conseguente applicazione del relativo apparato sanzionatorio, che, come noto, sul piano civilistico, consiste nella conversione del prestito oneroso in prestito gratuito ³.

La soluzione negativa poggia sul fondamentale assunto che gli interessi di mora siano pattuiti non già in funzione corrispettiva della prestazione di credito, bensì di anticipata liquidazione forfettaria del danno derivante al finanziatore dalla ritardata restituzione delle somme mutate. Secondo tale indirizzo, gli interessi di cui trattasi, integrando, nella sostanza, una penale da ritardo, soggiacerebbero alla disciplina di cui all'art. 1382 ss. cod. civ., con la quale la normativa sull'usura non entrerebbe in rapporto di specialità, con conseguente estraneità agli elementi costitutivi della fattispecie di usura c.d. oggettiva ⁴.

¹ Il riferimento è a Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, in, tra le altre, *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 1 ss., con nota fortemente critica di U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, *ivi*, 16 ss.

² Va fin da subito precisato che i rilievi svolti nel presente contributo riguardano esclusivamente, per l'appunto, l'usura correlata al sistema dei tassi soglia trimestrali, e non anche quella c.d. "in concreto", imperniata sul concetto di "sproporzionalità" e qualificata dalla condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto promittente gli interessi o le utilità.

³ La letteratura sul tema – sul quale è qui d'obbligo il rinvio a A. ANTONUCCI, *L'onnicomprendività dell'interesse usurario. Elementi costitutivi e sistema delle fonti all'attenzione delle SS. UU.*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, 1 ss. – è molto vasta. Tra gli altri, I. D'AMBROSIO, *Divieto di usura e ordine pubblico: la rilevanza usuraria degli interessi moratori*, in *Federalismi.it.*, 2024, f. 8, 34 ss.; F. RODOLFO, *Interessi moratori usurari: disciplina applicabile e interesse ad agire*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 380 ss.; F. GRECO-A. ZURLO, *Interessi moratori, usurarietà e tutela consumeristica: considerazione a margine dell'alchimia delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1192 ss.; F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 138 ss.; G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*², Torino, 2017, *passim*; E. BIVONA, *La clausola penale usuraria*, Roma, 2016, spec. 91 ss.; C. ROBUSTELLA, *Sull'applicabilità del limite dei tassi «soglia» agli interessi moratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1003 ss.; M. SEMERARO, *Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori*, in *Riv. dir. bancario*, 2015, 1 ss. G. MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 438 ss.; A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 501 ss.

⁴ La soluzione ha avuto un discreto seguito presso i giudici di merito (*ex multis*: Trib. Roma 29 agosto 2020, n. 11764, in *De jure*; Trib. Roma 30 marzo 2020, n. 4617, *ivi*; Trib. Napoli 12 febbraio 2014, *ivi*), e un seguito significativo presso la giurisprudenza dell'ABF (v., ad es., ABF, Coll. di Roma 17 gennaio 2014, n. 260, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 495 ss.; ABF, Coll. Coord. 30 aprile 2014, n. 2666, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 495 ss., con nota di F. Volpe; ABF, Coll. Coord. 28 marzo 2014, n. 1875, *ivi*, 2014, I, 928 ss., con nota di M.N. Mizzau).



L'opposta soluzione fa invece principalmente premio, oltre che sull'idea che gli interessi corrispettivi e quelli moratori condividano un nucleo funzionale comune, costituendo entrambi la remunerazione di un capitale del cui godimento il titolare è temporaneamente privato, nel primo caso volontariamente e nel secondo involontariamente, sulla considerazione della *ratio* politica economica sottesa alla legge n. 108/1996, che i più ravvisano, quanto alla variante dell'usura di cui trattasi, nella tutela del superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento del sistema creditizio e nel contrasto a pratiche commerciali "devianti dalla logica del mercato e da una corretta gestione del rischio bancario"⁵. Tale finalità – che reca in sé ovviamente anche una istanza di protezione dei clienti – sarebbe vanificata ove gli interessi moratori venissero esclusi dal meccanismo del tasso-soglia⁶, e l'osservazione non è certo peregrina.

In chiave di sviluppo operativo, delle due contrapposte tesi, quella che ha dato luogo a maggiori difficoltà di messa a fuoco degli schemi applicativi a valle è la seconda, atteso che la stessa ha dovuto far i conti non soltanto con un sistema di rilevazione dei tassi medi di mercato costruito sui soli interessi corrispettivi, con conseguente incertezza sul valore da assumere come soglia usura per i moratori, ma anche con la specificità funzionale delle due tipologie di interessi, innegabile anche a voler ad essi riconoscere un nucleo funzionale comune, la quale ha recato con sé la necessità di calibrare la risposta sanzionatoria, in modo da evitare una indebita omogeneizzazione degli stessi⁷.

Senza approfondire oltre in questa sede tali aspetti, i quali hanno favorito la proliferazione di soluzioni di diverso segno, fungendo da fattore moltiplicatore della complessità del dibattito⁸, preme soltanto evidenziare come l'orientamento che fa confluire gli interessi moratori nella fattispecie dell'usura ha una precisa ricaduta rispetto alle operazioni di credito al consumo, poiché apre ad una possibile concorrenza tra la relativa disciplina e quella intesa a reprimere l'imposizione al consumatore "del pagamento di somme di denaro, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, di importo manifestamente eccessivo".

La possibilità che gli interessi moratori siano al contempo qualificabili "usurari" ai sensi della legge n. 108/1996 e "vessatori" ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. *f*, cod. cons è ben presente alla giuri-

⁵ V. per tutti, U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori, ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari*, cit., 141; nonché, più recentemente, I. D'AMBROSIO, *Divieto di usura e ordine pubblico*, cit., 39 s. Tale *ratio* è resa palese dal fatto che la soglia oltre la quale il costo del credito sconfinava nell'usura oggettiva non è predefinita in modo "dirigistico" dal regolatore, bensì sulla base del noto sistema, del quale si è già fatto cenno nel testo, dei tassi mesi d'interesse "fisiologicamente" espressi dal mercato.

⁶ L'indirizzo estensivo, a favore del quale si è espressa nel corso degli anni la S.C. (v., tra le altre, Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286, in *De jure*; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, *ivi*; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598, *ivi*; Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 501 ss., con nota di A.A. Dolmetta; Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, *ivi*, 2000, II, 620 ss., con nota di A.A. Dolmetta), è oramai fatto proprio, con poche eccezioni, anche dai giudici di merito, a seguito dell'avallo ottenuto da parte delle Sezioni unite con la richiamata sentenza n. 19597 del 2020 (tra i precedenti di merito più recenti, v., *ex multis*, App. Firenze 25 settembre 2024, n. 1624, in *De jure*; App. Ancora 17 luglio 2023, n. 1117, *ivi*).

⁷ L'assunto che gli interessi esprimano, in ogni caso, la remunerazione per il godimento del denaro altrui, non vale, infatti, a cancellare il fatto che una cosa è compensare il creditore per una perdita di disponibilità "voluta" (interessi corrispettivi), altra cosa compensarlo a fronte di una perdita "subita" (interessi moratori). La riconduzione dei corrispettivi e dei moratori a voci autonome e tra loro non cumulabili ha quale suo principale corollario, sul piano sanzionatorio, la "non comunicabilità" della nullità della clausola che prevede interessi di mora superiori al tasso soglia di cui alla legge n. 108/1996, alla pattuizione riguardante gli interessi corrispettivi: in tal senso, *ex plurimis*, App. Milano 27 settembre 2024, n. 2552, in *De jure*.

⁸ Per una rigorosa e compiuta illustrazione degli innumerevoli rivoli in cui lo stesso si è dipanato, si rinvia a F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari*, cit., 161 ss. (sulla giurisprudenza di legittimità); 171 ss. (sugli orientamenti dell'ABF); 181 ss. (sulle posizioni della dottrina).



sprudenza, la quale, nello statuire, sul solco del già citato intervento nomofilattico che ha avallato la soluzione estensiva, che dall'accertamento della usurarietà del tasso degli interessi moratori discende che gli stessi non sono dovuti nella misura usuraria pattuita, bensì in quella dei corrispettivi, ove lecitamente convenuti, o al tasso legale in caso contrario, è solita soggiungere che, nei contratti conclusi con i consumatori, è *altresì applicabile* la tutela prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. *f* e 36, comma 1, d.lgs. n. 206/2005, con rimessione all'interessato della scelta di far valere l'uno o l'altro rimedio.

I due apparati sanzionatori si pongono in concorso alternativo qualora risultino integrate le rispettive fattispecie, ossia quando la clausola sugli interessi moratori sia qualificabile sia come usuraria che come vessatoria. Vien da domandarsi quale possa essere l'utilità di invocare, avverso una clausola illegittima in quanto affetta da usura oggettiva, la meno rassicurante tutela offerta dalla disciplina consumeristica⁹. La risposta riposa – crediamo – su considerazioni di mera opportunità processuale, giacché, qualora la clausola recante interessi moratori sia censurata sotto entrambi i profili, il rigetto della eccezione principale di usurarietà, della cui fondatezza non può aversi certezza processuale se non all'esito del giudizio, lascia aperta la possibilità per la parte attrice di vedere accolta quella subordinata di vessatorietà. Le due fattispecie non presentano infatti la stessa “ampiezza”, essendo ben possibile che si qualificino come vessatori secondo il codice del consumo interessi moratori di cui sia appurata la liceità sulla base della normativa antiusura.

3. – L'interesse ad invocare, a fronte di una clausola di interessi di mora, la tutela offerta dal codice del consumo avverso la vessatorietà delle condizioni negoziali si apprezza, in realtà, proprio a fronte di interessi moratori che, sotto il profilo della usurarietà, risultino inattaccabili, per l'essere contenuti entro il pertinente tasso soglia di riferimento, tasso che secondo l'indirizzo giurisprudenziale infine prevalso va definito in termini differenti a seconda che i decreti ministeriali recanti i T.e.g.m. rilevati trimestralmente, contengano o meno altresì indicazione, a fini statistici, del tasso medio praticato dagli operatori professionali per i moratori. In caso positivo, la base del calcolo della soglia degli interessi di mora è data dal T.e.g.m. maggiorato dal tasso medio degli interessi moratori. In caso contrario, dal T.e.g.m. senza maggiorazione¹⁰.

Che interessi moratori non usurari possano essere viziati da vessatorietà non sembra possa essere revocato in dubbio, atteso che una cosa è lo sconfinamento dal tasso soglia usurario, altra cosa la *manifesta eccessività*¹¹. Qualche parola deve pertanto essere spesa proprio per la vessatorietà non sconfinante nella usura.

Il primo problema che la fattispecie pone è legato al fatto che la stessa è “fattispecie aperta” la cui verifica in concreto sottende margini di discrezionalità valutativa da parte dell'autorità giudiziaria, con conseguente rischio che situazioni sostanzialmente simili siano trattate in modo diseguale nel territorio nazionale e nel tempo.

⁹ Il giudizio di “vessatorietà” a differenza di quello da “usura oggettiva” involge, invero, apprezzamenti che vanno oltre il piano della “oggettiva gravosità” della prestazione, e su tutti se la clausola incriminata sia o meno il frutto di trattativa individuale e se sia o meno contraria a buona fede nella complessiva economia del rapporto. Sulla non sovrapponibilità del giudizio di usura e di quello di vessatorietà, v. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, cit., 221 s.

¹⁰ V., ancora, Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, cit., e sul suo solco la coesa successiva giurisprudenza sia di legittimità che di merito successiva.

¹¹ In tal senso, v., App. Napoli 13 giugno 2025, n. 3048, in *Dirittodelrisparmio.it*, 27 giugno 2025, in motivazione. In senso adesivo, v. altresì la relativa nota redazionale.



Tale rischio, comune alle disposizioni normative imperniate su clausole generali o, come nel nostro caso, su fatti in quanto suscettibili di una data valutazione di merito risulterà tanto più limitato quanto più la giurisprudenza di merito saprà dar prova di enucleare, dalla casistica sottoposta al suo vaglio, “criteri guida” in grado di orientarne in modo uniforme gli indirizzi interpretativi e applicativi.

Il materiale giurisprudenziale specifico che si è avuto modo di consultare lascia intravedere che l’attenzione dei giudicanti si appunta principalmente sulla entità dello *spread* degli interessi convenzionali di mora rispetto all’interesse corrispettivo pattuito¹². In relazione a tale profilo tende a considerarsi oltremodo gravosa una forbice tra i due tassi convenzionali che ecceda (in modo non irrisorio) lo *spread* medio (come da rilevazione statistica). In proposito, si è dell’avviso che sarebbe più pertinente “misurare” lo scarto che il tasso di mora presenta non già rispetto al tasso corrispettivo dello specifico rapporto bensì al T.e.g.m. aumentato della maggiorazione media. Il differenziale tra i tassi convenzionali, infatti, di per sé non offre indicazioni univoche, giacché anche uno *spread* contenuto entro i limiti medi può sottendere un tasso convenzionale di mora eccessivo, se il tasso dell’interesse corrispettivo applicato allo specifico contratto sia (già esso) particolarmente gravoso. Tra gli altri parametri, vengono invece in considerazione, da un lato, i tassi soglia usura dei moratori, e dall’altro i tassi di mora commerciali di cui al d.lgs. n. 231/2002. I primi vengono in rilievo sia come valori il cui superamento dovrebbe recare con sé un giudizio di “manifesta eccessività”, sia come valori al cui approssimarsi può riconoscersi valore indiziante in tal senso. I secondi possono, per contro, essere assunti quali elementi valutativi di carattere puramente orientativo, fuori da qualunque automatismo, dovendosi convenire che il tasso di mora convenzionale non possa considerarsi manifestamente eccessivo per il solo fatto di essere pari o superiore al tasso di cui d.lgs. n. 231/2002¹³.

Poiché “la manifesta eccessività” è parametro rilevante, oltre che ai fini della declaratoria di nullità per vessatorietà secondo il codice del consumo, anche ai fini della riducibilità giudiziale ex art. 1384 cod. civ., vi è da domandarsi se indicazioni “orientative” possano essere desunte dai precedenti che riguardano clausole penali “pure”, non strutturate in forma di interessi, afferenti a contratti aventi causa diversa da quella di finanziamento.

Sotto tale profilo si ha qualche riserva sulla “esportabilità” agli interessi di mora del criterio sul quale si basa la valutazione della manifesta eccessività della clausola penale “pura”, ai fini dell’esercizio del potere di riduzione di cui all’art. 1384 cod. civ., il quale, per giurisprudenza costante, non può «prescindere da una comparazione con il *danno che sarebbe stato ipoteticamente risarcibile in mancanza della clausola*, la quale è una predeterminazione forfettaria di tale pregiudizio»¹⁴. La clausola penale “pura” e gli interessi di mora, invero, sono tecniche di predeterminazione convenzionale del danno da inadempimento non omogenee, giacché la convenzione di interessi moratori afferisce specificamente ad obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro, per le quali la debenza degli interessi opera in via automatica, ex art. 1224 cod. civ., in forza della presunzione di naturale fecondità del danaro¹⁵.

¹² Cfr. App. Napoli 13 giugno 2025, n. 3048, cit.; v. altresì: Trib. Napoli (decr. ing.) 28 marzo 2025; Trib. Verona (decr. ing.) 4 giugno 2024; Trib. Latina (decr. Ing.) 13 agosto 2024; Trib. Verona (decr. ing.) 30 maggio 2024; Trib. Varese (decr. ing.) 4 dicembre 2023; Trib. Verona (decr. ing.) 3 agosto 2023; consultabili su Banca dati di merito.

¹³ In tal senso, v. App. Napoli 13 giugno 2025, n. 3048, cit.; già, CGUE 14 marzo 2013, Causa C-415/11.

¹⁴ V. ad es., Cass. 27 maggio 2024, n. 14706, in *De jure*; Cass. 10 luglio 2023, n. 19492, *ivi*; Cass. 19 giugno 2020, n. 11908, *ivi*; Cass. 1° ottobre 2018, n. 23750, *ivi*.

¹⁵ Sull’assunto che la clausola penale e gli interessi moratori siano strumenti non compiutamente sovrapponibili, v., sia



La seconda questione che la disciplina di cui trattasi applicata agli interessi di mora solleva è quella relativa alle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola: si tratta di capire se alla nullità consegua la non debenza di alcun interesse durante la mora, oppure se il vuoto derivante dalla eliminazione della clausola dia luogo alla riespansione della disciplina suppletiva di riferimento, che nell'ambito specifico è quella posta dall'art. 1224 cod. civ.

La giurisprudenza ha affrontato analogo problema con riguardo agli interessi di mora indebiti in quanto usurari, e lo ha infine risolto, come si è già avuto modo di osservare incidentalmente, nel senso che dall'accertamento della usurarietà del relativo tasso discende che gli stessi siano dovuti nella misura dei corrispettivi, ove gli stessi siano lecitamente convenuti, e in caso contrario al tasso legale¹⁶.

Tale soluzione sembra, di primo acchito, contraddire alla logica che informa la normativa sull'usura sotto il profilo sanzionatorio, la quale è imperniata sull'azzeramento dell'utilità pattuita in modo usurario. Si tratta però di una distonia soltanto apparente, in quanto la specifica componente funzionale "risarcitoria" non permea l'interesse moratorio convenzionale nella sua interezza, ma soltanto nella sua "eccedenza" rispetto alla misura della "naturale fruttuosità" del credito di somma di denaro, la qual misura, qualora non sia convenzionalmente determinata dalle parti mediante la (valida) pattuizione di un dato interesse corrispettivo, è ragguagliata *ex lege* al tasso legale¹⁷. Se è così, la "reviviscenza" nella fase in cui il mancato pagamento (della rata scaduta o del capitale residuo ove si sia verificata la decadenza dal beneficio del termine) di una remuneratività parametrata al tasso dei corrispettivi o al tasso degli interessi legali, pur presentando le sembianze della *riduzione* della utilità affetta da usura, nella sostanza ne implica la *completa ablazione*. In sintonia con la logica sanzionatoria della normativa speciale di cui si postula l'applicabilità. Il saggio dell'interesse dovrebbe, per contro, commisurarsi a quello previsto dalla legislazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a decorrere dalla proposizione dell'azione giudiziale¹⁸.

La ricostruzione del piano effettuale non è esente da problematicità allorché la declaratoria di nullità avvenga per vessatorietà secondo il codice del consumo, e anche in tal caso le difficoltà nascono dall'esigenza di elaborare soluzioni che non contraddicano alla natura "deterrente" della nullità di protezione del consumatore.

In via di principio, la Corte di giustizia, come noto, ha statuito che i giudici nazionali i quali accertino il carattere abusivo di una disposizione contenuta in un contratto del consumatore, che sia capace di sopravvivere nonostante la nullità parziale, siano tenuti unicamente a disapplicare la clausola, senza essere autorizzati a rivederne il contenuto, ostando a tale intervento conformativo l'esigenza che non

pur ad altri fini, Cass. 21 febbraio 2023, n. 5379, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 605 ss.; ma già Cass. 19 maggio 1992, n. 5977, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 170. Per la dottrina, v. le precipe riflessioni di F. PIRAINO, *Usura e interessi*, cit., 209 s., sulla fallacia della diffusa convinzione che gli interessi moratori e la clausola penale siano entità assimilabili.

¹⁶ Cfr., ancora Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, cit. Per il merito, tra le tante: Trib. Benevento 29 aprile 2021, in *De jure*; App. Lecce 30 ottobre 2020, n. 1065, *ivi*; Trib. Brindisi 1° settembre 2020, n. 1015, *ivi*; Trib. Vicenza 19 febbraio 2020, n. 374, *ivi*.

¹⁷ In merito alla compresenza nell'interesse di mora (sia esso convenzionalmente quantificato oppure determinato *ex art.* 1224 cod. civ.) di una componente remuneratoria e di una componente *lato sensu* risarcitoria/sanzionatoria, v. le belle pagine di F. PIRAINO, *Usura e interessi*, cit., 201 ss.

¹⁸ Ciò, in applicazione dell'art. 1284, comma 4, cod. civ., la quale, secondo l'opinione che pare a chi scrive maggiormente persuasiva, contemplerebbe «un danno punitivo consequenziale ad un *inadempimento qualificato*» dal suo persistere *nonostante* la proposizione di domanda giudiziale da parte del creditore (così, S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari*, cit., 70 s.).



sia compromessa la finalità dissuasiva della Dir. 93/13, ossia la sua capacità di favorire nel lungo termine prassi contrattuali virtuose da parte dei professionisti ¹⁹.

Tale *dictum*, non esente da problematicità sotto il profilo teorico generale, non lo è dammeno quanto alle implicazioni che ne devono essere tratte con riferimento alla clausola convenzionale degli interessi di mora. In relazione a questi ultimi, in giurisprudenza risulta coltivata sia la soluzione della “caducazione secca” della clausola, con conseguente (parrebbe) neutralizzazione della remuneratività nella fase della mora ²⁰, sia quella della operatività suppletiva della disciplina di cui agli artt. 1224 e 1284 cod. civ., con conseguente fruttuosità del debito capitale, fino al pagamento, al tasso dei corrispettivi (quando validamente pattuiti) o al tasso legale ²¹. La complessità del tema della nullità parziale e della integrazione del contratto nel diritto dei consumatori non consente di prendere in questa sede una posizione definitiva sulla questione. Al di là degli equivoci che non può escludersi si nascondano dietro le dichiarazioni di principio teorico – se la caducazione secca viene infatti intesa nel senso che ad esserne investita sia soltanto la voce sanzionatoria del ritardo, e non la remuneratività in sé e per sé del denaro, il corollario che ne deriva finisce per coincidere, se non ci inganniamo, con quello al quale mette capo il disposto di cui all’art. 1224 cod. civ. – la soluzione che ipotizzasse il completo azzeramento di interessi nel periodo del ritardo appare difficilmente giustificabile in chiave sistematica, non soltanto per gli inconvenienti che reca con sé la non sanzionabilità della mora, i quali sono difficilmente tollerabili nel quadro della normativa a protezione dei consumatori non meno di quanto lo siano nel quadro della legislazione sull’usura, ma anche perché non sembra che i principi di dissuasività e di effettività della tutela consumeristica, senz’altro ostativi all’esercizio del potere di riduzione della penale in via equitativa secondo il modello di cui all’art. 1384 cod. civ., ostino altresì a che il vuoto creato dalla declaratoria di nullità da vessatorietà sia colmabile attingendo alle norme di legge suppletive ²².

¹⁹ V. CGUE 14 giugno 2012, Causa C-618/2010, in *Contratti*, 2013, 16 ss., con nota di A. D’Adda; CGUE 18 novembre 2021, Causa C-212/20, in questa *Rivista*, 2022; CGUE 12 gennaio 2023, Causa C-395/2023. Tali arresti hanno sollecitato una cospicua produzione dottrinale. Per tutti, v. P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità “nude” e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss.; S. PAGLIANTINI, *L’effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediale terra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, V, 275 ss.; A. D’ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir. – I tematici, Contratto*, Milano, 2021, 626 ss. Prima delle richiamate prese di posizione da parte della Corte di giustizia, senza alcuna pretesa di esaustività: L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr./Eu.*, 2014, 105; G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D’AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 220 ss.; F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, 673; A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 248 ss.

²⁰ Trib. Verona (decr. ing.) 4 giugno 2024, cit.; Trib. Verona (decr. ing.) 29 maggio 2024, cit.; Trib. Latina (decr. ing.) 12 agosto 2025, cit. Cfr. inoltre ABF, Coll. di Roma, 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 737 ss., con nota adesiva di F.P. Patti, la quale se per un verso afferma che la nullità della clausola sugli interessi moratori non legittima l’applicazione suppletiva della disciplina di cui all’art. 1224 cod. civ., dall’altro puntualizza che resta ciò nondimeno ferma la maturazione degli interessi corrispettivi sulle quote di capitale inglobate nelle rate scadute, fino al momento del pagamento.

²¹ V. App., Napoli 13 giugno 2025, n. 3048, cit. In dottrina, tra quanti propendono per tale soluzione, U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori*, cit., 138.

²² Cfr., sul profilo, P. IAMICELI, *op. cit.*, 734 ss.



NICOLÒ CEVOLANI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Bologna

LA VOLONTÀ DEL MINORE NELLE DECISIONI RELATIVE ALLA SALUTE

SOMMARIO: 1. La «volontà della persona minore» e le decisioni sanitarie. – 1.1. Norme deontologiche delle professioni sanitarie. – 2. L'ascolto del minore nel diritto interno e nei principi sovranazionali. – 3. Autonomia terapeutica e interesse del minore negli orientamenti giurisprudenziali. – 4. La vaccinazione anti Covid-19 tra responsabilità genitoriale e ascolto del minore. – 5. Il ricorso diretto del minore – 6. Ascolto del minore e poteri sostitutivi nelle decisioni sanitarie.

1. – La caratura della comunicazione nel contesto terapeutico risalta bene, se si intende la stessa comunicazione tra medico e paziente alla stregua del momento che dà inizio al rapporto di cura¹. Se si guarda alle scelte di natura non patrimoniale che impegnano il minore, l'ambito sanitario è di per sé assai peculiare, raccogliendo un campione delle scelte più importanti, in ordine alla vita del minore d'età: è indicativo che le trattazioni dei rapporti tra genitori e figli dedichino alla salute un titolo o un paragrafo a sé². In questo senso, esaminare la rilevanza attribuita all'opinione del minore nel rapporto di cura costituisce un versatile punto di osservazione su un tema di grande rilievo per il diritto civile minorile.

In alcune materie beninteso la legge anticipa³ la capacità d'agire prima dei diciotto anni e in questi

¹ «[I]l tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura», art. 1, comma 8, legge n. 219/2017. Cfr. P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto di cura, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 143 ss.; M.L. DI PIETRO, *Principi di bioetica e relazione medico-paziente*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, vol. I, *Tutela della persona*, II ed., Padova, 2009, 572 s. Si v. altresì B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in questa *Rivista*, 2020, 1502.

² Tra le molte, P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, G. COLLURA-L. LENTI-M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, II ed., Milano, 2012, 1261 ss. («Il corpo del minore: i trattamenti sanitari»); G. DI ROSA, *Il minore e la salute*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età*, Pisa, 2019, 93 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2021, 299 ss., 311 ss. («L'autodeterminazione dei minori e i trattamenti sanitari»); A. BELLELLI, *Il minore e la relazione di cura*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 341 ss.; M. MORETTI, *I trattamenti sanitari*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, *La filiazione e l'adozione*, II ed., Torino, 2022, 787 ss.; E. LA ROSA, *Le misure di protezione civilistiche dei minori in difficoltà*, in A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, II ed., Napoli, 2024, 325 ss. («La casistica. Lo snodo critico delle scelte mediche e dei trattamenti sanitari»); M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, XI ed., Milano-Padova, 2025, in corso di pubblicazione, 209 s. («I trattamenti sanitari del minore»).

³ La figura dell'anticipazione appartiene ad A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di M. Dossetti-C. Moretti-M. Moretti-P. Morozzo della Rocca-S. Vittorini Giuliano, VI ed., Bologna, 2019, 87.



casi la decisione spetta già al minore⁴. È all'esterno di tale perimetro che occorre valutare il confronto con il minore d'età, ritornando la generale incapacità d'agire.

Sul piano internazionale sono rintracciabili alcune norme piuttosto allineate sulla manifestazione del parere da parte del minore d'età. In particolare, l'art. 6, par. 2, comma 2, della Convenzione di Oviedo⁵ presenta un testo alquanto incisivo: «[i]l parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità». Nel gruppo delle norme convenzionali tese a valorizzare l'opinione del minore in medicina, si può ugualmente reclutare l'art. 7, lett. a, della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco, pure con un tono più sfumato⁶.

Su scala continentale, con la Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita, in un frangente quindi del tutto esiziale, il Consiglio d'Europa precisa che «[n]el caso di minori, il loro parere deve essere considerato come un fattore sempre più decisivo in proporzione alla loro età e alla loro capacità di discernimento».

Nell'ordinamento interno il punto di riferimento è l'art. 3, commi 1 e 2, legge n. 219/2017: «1. La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà. 2. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità»⁷.

Il contenuto della disposizione può essere diviso in due segmenti consecutivi. Leggendo la disposizione capovolta, al comma 2 trova conferma la soggezione del figlio alle prerogative genitoriali⁸. Il 1° comma si indirizza agli stessi genitori o a chi ne eserciti le prerogative. Sono richiesti di dosare i con-

⁴ La capacità d'agire durante la minore età raggiunge varie materie: l'interruzione volontaria della gravidanza (art. 12, legge n. 194/1978); la richiesta di accertamenti diagnostici e programmi terapeutici in relazione alle tossicodipendenze e alle patologie che le accompagnano (art. 120, d.P.R. n. 309/1990); per gli atti dispositivi del corpo, in senso lato, la donazione di cellule staminali emopoietiche, placenta e sangue da cordone ombelicale (art. 3, commi 2 e 3, legge n. 219/2005): si v. L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 311 ss.; R. CATERINA, *I minori e il corpo*, in M. DELL'UTRI (a cura di) *Diritti e corpo umano: scritti*, in *Giur. it.*, 2021, 1513, 1515 ss.; A. CORDIANO, *Minori in condizioni di disagio o di particolare vulnerabilità*, in EAD.-R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, II ed., Napoli, 2024, 277 ss. La dottrina estende la capacità d'agire del minore capace di discernimento alla richiesta di accertamenti meramente diagnostici, quando non invasivi né rischiosi: L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da) *Tratt. biodiritto*, vol. III, L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 453; R. CATERINA, *I minori e il corpo*, cit., 1513.

⁵ L'Italia ha autorizzato la ratifica della convenzione senza averne depositato lo strumento. Nondimeno, i principi che si rinviengono risultano ugualmente attivi nell'ordinamento interno, desumibili da altre più generali prescrizioni convenzionali già formalmente recepite: G. GIUSTETTO-L. LENTI, *Minorenni e consenso ai trattamenti sanitari*, cit., 371.

⁶ «In accordance with domestic law, special protection is to be given to persons who do not have the capacity to consent: (a) authorization for research and medical practice should be obtained in accordance with the best interest of the person concerned and in accordance with domestic law. However, the person concerned should be involved to the greatest extent possible in the decision-making process of consent, as well as that of withdrawing consent [...]».

⁷ Sulla disposizione v. G. FERRANDO, *commento sub art. 3, L. 2017/219, Minori e incapaci*, in *BioLaw Journal*, 2018, 51; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 110 ss.; B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017*, cit., 1494 ss.; S.P. PERRINO, *L'inadempimento dell'obbligo informativo terapeutico*, Torino, 2024, 69 ss.

⁸ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 299.



tenuti informativi in funzione dell'intendimento della persona minore, proprio per conciliare la fattiva espressione del suo punto di vista e per meglio dire «la sua volontà». Tra l'altro, viene notato che la legge qui evoca per la prima volta la «volontà della persona minore»⁹.

Il passaggio richiamato pare accennare a un frazionamento della condizione minorile: impegna a rispettare le sfaccettature di ogni persona minore e a considerarne in maniera coerente l'apporto volitivo¹⁰. Nell'entroterra dell'incapacità d'agire sono così osservabili, a seconda delle circostanze del caso e dei vissuti individuali, plurime capacità naturali di cui tenere conto: assecondare questo precetto significa perseguire nel concreto i valori scolpiti dall'art. 1, comma 1, legge n. 219/2017 (vita, salute, dignità e autodeterminazione della persona), nel segno del migliore interesse del minore, un riferimento costante della materia minorile¹¹.

Anche la sperimentazione medicinale solleva il tema del confronto con i minori ai quali siano destinati i test farmaceutici¹². Il reg. UE/2014/726 delinea una disciplina non distante dal dettato dell'art. 3, con gli accorgimenti dovuti alla natura sperimentale del trattamento. Per quanto interessa qui, l'art. 32 del regolamento detta alcuni dei requisiti da soddisfare per la «sperimentazione clinica su minori», sul versante delle informazioni e del consenso:

- par. 1, lett. a, «è stato ottenuto il consenso informato del loro rappresentante legalmente designato»;
- lett. b, «i minori hanno ricevuto dagli sperimentatori o dai membri del gruppo di sperimentazione qualificati o esperti nel trattare con minori le informazioni di cui all'articolo 29, paragrafo 2, in una forma adeguata alla loro età e maturità intellettuale»¹³;
- lett. c, «il desiderio esplicito di un minore, in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni di cui all'articolo 29, paragrafo 2, di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsi in qualsiasi momento dalla medesima è rispettato dallo sperimentatore»;
- par. 2: «[i]l minore partecipa alla procedura di acquisizione del consenso informato in una forma adeguata alla sua età e maturità intellettuale».

L'allineamento di fondo con la disciplina generale interna, dell'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017, è riconoscibile nella conferma della volontà decisiva attribuita ai legali rappresentanti del minore (art.

⁹ F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 14 e in G. PASSAGNOLI (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, in www.pesonaemercato.it, 495 ss.

¹⁰ F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie*, cit., 15.

¹¹ Cfr. A. ALAMANNI, *Scelte genitoriali ragionevoli e tutela della salute del figlio: la centralità del superiore interesse del minore*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 441 ss.

¹² In proposito v. P. SANNA, *Il consenso informato nella sperimentazione farmacologica in età pediatrica alla luce del Reg. UE n. 536 del 2014*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 285 ss.

¹³ L'art. 29, par. 2, reg. 2014/536 guarda ai contenuti più rilevanti del trattamento, vale a dire le informazioni che «consentono al soggetto o al suo rappresentante legalmente designato di comprendere: i) la natura, gli obiettivi, i benefici, le implicazioni, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione clinica, ii) i diritti e le garanzie riconosciuti al soggetto in relazione alla sua protezione, in particolare il suo diritto di rifiutarsi di partecipare e il diritto di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento, senza alcun conseguente detrimento e senza dover fornire alcuna giustificazione, iii) le condizioni in base alle quali è condotta la sperimentazione clinica, compresa la durata prevista della partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica; e iv) i possibili trattamenti alternativi, comprese le misure di follow-up qualora la partecipazione del soggetto alla sperimentazione clinica sia sospesa, [...] d) contengono informazioni sul sistema di risarcimento danni di cui all'articolo 76, paragrafo 1; e e) contengono il numero UE della sperimentazione nonché informazioni relative alla disponibilità dei risultati della sperimentazione clinica in conformità del paragrafo 6».



32, par. 1, lett. a, reg. 2014/726) e della necessità che lo stesso minore sia messo a parte del processo decisionale (art. 32, par. 1, lett. b, par. 2). Proprio qui (lett. c) tuttavia viene attribuito testualmente un valore decisivo al rifiuto del minore, se circostanziato da una adeguata capacità naturale. Come anticipato, l'attenzione esplicita per il dissenso del minore sembra da ricondurre alla fase sperimentale del medicinale, con la peculiare modulazione del rapporto tra rischi e benefici. D'altronde, la dottrina afferma già la necessità di riscuotere il consenso del minore maturo e consapevole rispetto a qualsiasi trattamento sanitario¹⁴.

1.1. – Il Codice di deontologia medica (art. 33, comma 4 e art. 35, comma 4) e il Codice deontologico delle professioni infermieristiche (art. 23) proseguono la traccia dell'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017¹⁵. Guardano al rapporto tra medico e paziente minorenne¹⁶, con regole apposite per governare questo spazio comunicativo, sulla falsariga di una prassi segnalata da tempo negli ambienti pediatrici¹⁷.

Così, l'art. 33, comma 4, cod. deont.med., dispone che «[i]l medico garantisce al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale»¹⁸.

Ancora, a mente dell'art. 23 cod. deont.inf., «[l]'Infermiere, tenuto conto dell'età e del grado di maturità riscontrato, si adopera affinché sia presa in debita considerazione l'opinione del minore rispetto alle scelte curative, assistenziali e sperimentali, al fine di consentirgli di esprimere la sua volontà. L'Infermiere, quando il minore consapevolmente si oppone alla scelta di cura, si adopera per superare il conflitto».

Le due norme si prefissano un comune risultato riconducibile al coinvolgimento del paziente minore e alla valorizzazione dei suoi propositi. Suscita interesse però l'adozione di approcci differenti per raggiungere un esito di questo tipo, da imputare, si direbbe, alle diverse specializzazioni del personale sanitario.

La prima norma si concentra sull'informazione, con lo scopo di fornire un quadro clinico comprensibile: la condivisione delle informazioni è intesa favorire una partecipazione attiva del minore nelle scelte sul proprio corpo. Coerentemente la prescrizione è rivolta ai medici, quali depositari del patrimonio conoscitivo che occorre trasmettere al paziente, in forma sintetica, si intende, e con gli accorgimenti necessari a renderlo il più chiaro possibile.

La seconda norma si segnala, al secondo periodo, per tentare di comporre il contrasto con il minore che rifiuta la terapia con cognizione di causa. Un simile profilo conciliativo sembra riconducibile al

¹⁴ L. LENTI, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Tratt. biodir.*, vol. II, L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 453; R. CATERINA, *I minori e il corpo*, cit., 1513; B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017*, cit., 1507 s. Da parte sua, il Comitato nazionale di bioetica, con riferimento alla campagna vaccinale volta a contrastare la pandemia, ha raccomandato di domandare il consenso direttamente al «grande minore» (sul punto v. oltre, il par. 4). Del resto, il peso del dissenso espresso dal «minore informato e consapevole» risalta bene, se si legge l'art. 37, comma 2, cod. deont.med., prima parte (analizzato sempre oltre, al paragrafo 5).

¹⁵ M. FOGLIA, *Il diritto alla partecipazione dell'adolescente alle decisioni che riguardano la sua salute*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 242; B. SALVATORE-B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017*, cit., 1500.

¹⁶ R. CATERINA, *I minori e il corpo*, cit., 1512 s.; A. BELLELLI, *Il minore e la relazione di cura*, cit., 347.

¹⁷ P. VERCELLONE, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, G. COLLURA-L. LENTI-M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, I ed., Milano, 2002, 988, nt. 4.

¹⁸ Similmente, l'art. 33, comma 4, cod. deont.med., prevede che «[i]l medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano».



contatto tendenzialmente continuo con il personale infermieristico e alla specificità del rapporto che si instaura (forse ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di inserire una prescrizione del genere anche nel cod. deont.med.¹⁹).

Emergono alcune linee di fondo, capaci di tratteggiare un metodo a disposizione del personale sanitario, per misurare la maturità dei minori ed esaminarne i propositi secondo una certa uniformità. Così, si è proposto di dividere la minore età in classi anagrafiche: fanciullezza e adolescenza²⁰ (forse ci sarebbe spazio anche per la preadolescenza²¹), in corrispondenza delle quali si potrebbe individuare un'impostazione minimamente omogenea per orientare il confronto con i pazienti minori. Età simili presenterebbero questioni tra loro paragonabili, alle quali rispondere con soluzioni analoghe.

D'altra parte, nel contatto con i pazienti minori, la prassi riporta²² parametri che variano notevolmente a seconda del caso: si fa riferimento principalmente alla condotta scolastica e alle esperienze di vita già attraversate. Simili indici biografici sembrano particolarmente utili per indagare la maturazione e magari delineare un profilo psicologico²³, in sintonia con le prescrizioni sovranazionali, interne e deontologiche: focalizzare gli elementi intrinseci alla singola esperienza di ciascun minore consente agli operatori di apprezzare i concreti riferimenti biografici che cementano la capacità di giudizio del paziente, scrutando oltre al dato anagrafico, pure molto pratico e rilevante.

2. – Se si allarga lo sguardo, la disciplina della comunicazione del minore in ambito sanitario, quindi eminentemente il dettato dell'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017, figura in un sistema più articolato, costruito intorno al diritto all'ascolto²⁴. Occorre darne contezza e inquadrare la comunicazione

¹⁹ Il coinvolgimento nei casi più delicati del personale della neuropsichiatria infantile, accennata prima nel testo e in nt. 17 e descritta più diffusamente a breve, nt. 23, a proposito di una prassi torinese, sembra anticipare largamente l'assunto.

²⁰ Cfr. M. FOGLIA, *Il diritto alla partecipazione*, cit., 245, testo e nt. 45, e l'impostazione della «pluralità dei modelli di consenso» già delineata ivi, 236. Più in generale, per un apprezzamento degli intendimenti del minore sulla base di scaglioni anagrafici cfr. già M. BUSSANI-P. CENDON-L. GHIDINI-A. VENCHIARUTT, *I diritti della personalità*, in P. CENDON (a cura di), *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991, 53 ss.

²¹ N. BRUSINARO-B. FERRARI-E. FARINA-O. ALBANESE, *Lo sviluppo della persona nel ciclo di vita*, in M. BASSI-A. DELLE FAVE (a cura di), *Psicologia generale per le professioni medico-sanitarie*, II ed., Torino, 2019, 250. Cfr. altresì il dialogo tra G. GIUSTETTO-L. LENTI, *Minorenni e consenso*, cit., 376.

²² M. FOGLIA, *Il diritto alla partecipazione*, cit., 246, il quale richiama C. FIN, *I requisiti del consenso al trattamento medico*, in C. QUAGLIARIELLO-C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, con prefazione di V. Zagrebelsky, Bologna, 2016, 129.

²³ Sembra particolarmente felice lo stretto contatto con psicologi e psichiatri della neuropsichiatria, segnalato già diversi anni fa come iter consueto all'Ospedale infantile Regina Margherita di Torino da P. VERCELLONE, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, G. COLLURA-L. LENTI-M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, I ed., cit., 988, nt. 4. L'A. in particolare riporta che una tale prassi, incardinata sulla persuasione, previene i ricorsi all'autorità giudiziaria per la composizione dei contrasti.

²⁴ L'ascolto del minore è meta di numerosi contributi: tra i molti, si possono richiamare P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, 126 ss.; M.C. CAMPAGNOLI, *L'ascolto del minore*, Milano, 2013; F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam.*, 2014, 426 ss.; G. BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, ivi, 2014, 841 ss.; P. VIRGADAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, ivi, 2014, 1656 ss.; S. POLIDORI, *Affidamento dei figli minori in seguito alla crisi, diritto all'ascolto, responsabilità genitoriale*, in *Foro nap.*, 2014, 790 ss.; F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, in *Fam. dir.*, 2022, 995 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE*, in *Famiglia*, 2023, 365 ss.; L. QUERZOLA, *“Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale (...)”: l'ascolto del minore nel rito familiare riformato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 58 ss.; M.A. IANNICELLI, *Il diritto del minore a essere ascoltato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1065 ss.; M. TRIMARCHI, *Diritto*



con il minore alla stregua dell'ordinamento italiano nel suo complesso, prima di proseguire con l'analisi degli spazi comunicativi occupati dalla cura del minore.

L'obbligo di raccogliere l'opinione del minore proviene dall'ordinamento internazionale e raggiunge l'ordinamento interno attraverso una serie di interpolazioni che toccano il codice civile a più riprese e ultimamente il codice di rito²⁵.

Il primo paradigmatico riferimento corrisponde all'art. 12, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, a mente del quale «States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child».

Lungo la stessa scia e con varietà di accenti²⁶, altre norme sovranazionali riconoscono un diritto del minore a che il proprio punto di vista sia preso in considerazione²⁷: l'art. 4 della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, del 1996; gli artt. 3 e 5 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, sempre del 1996; l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; l'art. 21 del Reg. UE 2019/1111²⁸.

La Conv. New York viene ratificata qui con la legge n. 176/1991, ma è solamente la legge n. 149/2001 ad attivare un diritto all'ascolto, per quanto circoscritto ad alcuni contesti. Così, in seno alla legge n. 184/1983, quando si decide l'affidamento del minore, se questi ha compiuto i dodici anni o comunque è dotato di capacità di discernimento, gli si riconosce il diritto di essere ascoltato dal giudice. In termini sovrapponibili seguita l'art. 155-sexies, comma 1, secondo periodo, cod. civ.²⁹.

Come noto, la riforma della filiazione porta con la legge n. 219/2012 un'affermazione più robusta e strutturata del diritto all'ascolto. In questo senso, l'art. 315-bis, comma 3, cod. civ., stabilisce un ascolto dai contenuti decisamente più ampi: «[i]l figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato *in tutte le questioni* e le procedure che lo riguardano», corsivo di chi scrive. La norma impone il superamento di una concezione dell'ascolto fondamentalmente concentrata sul processo³⁰.

di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore, in *Fam. dir.*, 2025, 595 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il modello inclusivo dell'autonomia progressiva del figlio minore di età*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 453 ss., spec. 457 s., 462 ss. *passim*.

²⁵ All'interno di un più generale disegno che riorganizza la sede della disciplina familiare tra codice sostanziale e processuale, portato a effetto dal d.lgs. n. 149/2022: G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1408 s.; sugli spostamenti di sede del diritto all'ascolto nell'ordinamento interno, M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, cit., 598.

²⁶ G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore*, cit., 365 ss.

²⁷ Si v. più ampiamente M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, cit., 597 ss.

²⁸ Sul frastagliato sistema delle fonti sovranazionali del diritto minorile v. M. BIANCA, *Le fonti del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO-R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, II ed., Napoli, 2024, 7 ss.

²⁹ «Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento». Cfr. E. AL MUREN-M. SESTA, *commento sub art. 315-bis, c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015, 1150 ss., i quali ricordano anche la modifica dell'art. 6, legge n. 898/1970, di identico segno.

³⁰ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 213; ; G.F. BASINI, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, *La filiazione e l'adozione*, II ed., Torino, 2022, 755. O comunque su frammenti isolati del diritto sostanziale: G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam.*, 2014, 1481. Si v. ancora l'art. 155-sexies cod. civ., norma poi confluita nell'art. 337-octies e ultimamente, per effetto dell'art. 3, comma 33, d.lgs. n. 149/2022, nell'art. 473-bis.4 cod. proc. civ. Per un'ispirazione schiettamente processuale v. anche l'art. 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo.



Come si vede, nell'ordinamento interno la manifestazione del punto di vista del minore infradodicienne è subordinata alla capacità di discernimento³¹. L'art. 12 Conv. New York diversamente non menziona un'età, preferendo preservare al massimo l'elasticità dell'istituto: invece, subordina il confronto con il minore unicamente alla sua attitudine a elaborare un'autonoma indipendente opinione sulla questione che lo riguardi (la capacità «di formarsi opinioni sue proprie»³²).

Sulla stessa traccia, se si confronta la disposizione codicistica con l'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017, si apprezza un tenore più esplicito di questo, che esprime ciò che è ricavabile solo in via interpretativa dalla stessa disposizione generale dell'art. 315-*bis*, comma 3, cod. civ.: segnatamente, l'obbligo di ponderare il punto di vista del minore con un peso proporzionale alla sua maturità. In questo senso, se lo si paragona al più sintetico art. 315-*bis*, comma 3, cod. civ., il fraseggio della legge n. 219/2017 pare imitare più fedelmente le prescrizioni internazionali e in particolare, l'art. 12 Conv. New York.

Si può dire che, con riguardo ai trattamenti sanitari, il tenore letterale dell'art. 315-*bis*, comma 3, cod. civ., vale a dire la disposizione generale in materia di ascolto del minore, rappresenta solo un punto di partenza³³. Segue, messo nero su bianco dall'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017, quello che dal testo dell'art. 315-*bis* cod. civ. è ricavabile solo in via implicita, con una lettura condotta sui motivi sovranazionali. L'ordinamento detta per l'ascolto nel rapporto di cura prescrizioni più dettagliate, vicine alle direttrici internazionali, componendo «un “prontuario” di complesse linee normative ispirate al principio della solidarietà, offerto al giudice per valutare e decidere *iure condito* casi concreti in presenza di una doppia relazione di gracilità della persona “debole”»³⁴.

Peraltro, a partire dal testo dell'art. 315-*bis*, comma 3, cod. civ., le Osservazioni conclusive che il Comitato per i Diritti dell'Infanzia – organismo di controllo formato sulla scorta della Conv. New York – rivolge nel 2019 al Governo italiano auspicano di stemperare il condizionamento anagrafico³⁵. Si raccomanda di considerare la maturità del minore a guisa di criterio per apprezzarne l'opinione (maggiore la serietà, maggiore il peso del suo punto di vista nel processo decisionale che lo coinvolge), oltreché come presupposto per lo stesso ascolto, in modo appunto da avvicinare di più il fraseggio dell'art. 12 Conv. New York³⁶.

Venendo al vero e proprio contenuto dell'ascolto, esso viene rappresentato nei termini della comunicazione con il minore. La sede prioritaria è l'ambiente familiare e nell'ascolto dei figli da parte dei genitori si ravvisa uno dei modi per adempiere all'obbligo di assistenza morale³⁷. Si è osservato con-

³¹ Sui trascorsi della capacità di discernimento il rinvio è a G. PACE, *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino, 2000. D'altra parte G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore*, cit., 366, 370 s., non valuta positivamente la trasposizione, alla luce della versione inglese dell'art. 12, comma 1, Conv. New York, che parla di un «child who is capable of forming his or her own views».

³² G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore*, cit., 366 s.; M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, cit., 599 ss.

³³ D'altra parte, nella mancanza di una disciplina *ad hoc*, indirizzata alla gestione degli affari non patrimoniali in capo al minore, si è riconosciuta una lacuna: G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 792 s.

³⁴ F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie*, cit., 14.

³⁵ Consultabili al collegamento gruppopcrc.net. V. in particolare il punto 17 (alla 12), che appunto caldeggia una diffusione più capillare dell'ascolto (lett. a) e plaude all'introduzione di un diritto generalizzato all'esito della riforma della filiazione. Su questi aspetti v. G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore*, cit., 370.

³⁶ Cfr. più ampiamente R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO-R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., 43.

³⁷ «L'ascolto diventa nel contesto familiare un modo in cui si realizza l'assistenza morale del figlio. L'assistenza morale



seguentemente come la violazione del diritto all'ascolto legittimi i provvedimenti *ex artt.* 333 e – per i casi limite – 330 cod. civ.³⁸. Ancora, nel diritto all'ascolto del minore, e nel corrispondente obbligo, si riconosce, dentro la famiglia, un «criterio pedagogico» funzionale alla corretta «relazione educativa», al corretto esercizio della responsabilità genitoriale³⁹. In questi termini, l'ascolto – che occupa, come si vede, una posizione centrale nella dialettica familiare – pare una norma procedimentale, rannodata al regime che governa l'esercizio dei poteri genitoriali: questo esercizio appunto deve passare per un confronto con il minore⁴⁰.

Anche se dettata in ambito familiare, la regola si adatta, con gli accorgimenti necessari, alla cornice esofamiliare, alla quale si estende il diritto all'ascolto⁴¹: il metodo del confronto e della comunicazione costituisce allora un necessario riferimento, alla stregua di una *secondary rule*⁴², per chiunque eserciti prerogative destinate a incidere sulla persona minore d'età⁴³.

L'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017 funziona come una componente integrata di questo sistema, solidale rispetto al meccanismo comune e allo stesso tempo più avanzata, in quanto più esplicita, nei termini che si sono riferiti.

3. – Il passaggio successivo conduce alla dimensione giudiziale dell'ascolto del minore, sullo sfondo delle scelte in ambito sanitario.

Come precisa l'art. 3, comma 2, legge n. 219/2017, una volta esaminata la volontà del minore e comunicate le necessarie informazioni sull'intervento terapeutico, l'espressione del consenso spetta ai genitori. Qui si prospettano differenti scenari, a seconda di come si combinino le volontà, dei genitori o di chi ne eserciti le prerogative, del minore, del personale sanitario. Il dissenso tra questi soggetti conduce all'intervento del giudice.

Una prima variabile corrisponde alla divergenza in seno alla coppia genitoriale circa la scelta terapeutica. La controversia va risolta dall'autorità giurisdizionale, attraverso uno di questi canali: *a)* art. 316, 3 comma (non molto utilizzato⁴⁴), con la coppia genitoriale ancora costituita; *b)* art. 337-ter, comma 3, cod. civ.; o *c)* quando vigente, art. 709-ter cod. proc. civ., ora art. 473-bis.39 cod. proc. civ., successivamente alla crisi⁴⁵. In giudizio, sinteticamente, mancando uno degli impedimenti che si

implica infatti il momento della comunicazione: se non c'è comunicazione il minore è lasciato solo. Ascoltare non significa «udire» il figlio ma sentirne le ragioni per parteciparlo alle decisioni che lo riguardano. L'ascolto presuppone allora che il figlio sia informato dei problemi e che se ne discuta, che si attui cioè quella reciproca comunicazione che vuole dire dialogo», C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546 s.

³⁸ G. DE CRISTOFARO, *commento sub art. 315-bis, 3° comma, c.c.*, in M. CIAN (a cura di), *Comm. breve c.c. Cian-Trabucchi*, XVI ed., Milano-Padova, 2024, 347.

³⁹ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 198, 213.

⁴⁰ Cfr. S. BOSA, *Atti della vita quotidiana e tutela civile dell'incapace*, Torino, 2014, 121; R. SENIGAGLIA, *Il modello inclusivo dell'autonomia progressiva del figlio minore di età*, cit., 462.

⁴¹ Da parte sua l'art. 12 Conv. New York, non si rivolge a uno specifico gruppo di soggetti, ma abbraccia qualunque figura abbia a che fare con il minore: G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore*, cit., 366; sul punto cfr. altresì M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e ascolto del minore*, cit., 597 s.

⁴² H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, 78 s.

⁴³ Sulla portata dell'art. 315-bis, comma 3, cod. civ., R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, cit., 46.

⁴⁴ Sulla desuetudine dell'istituto L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 302. Gli anni passati registrano un lieve exploit, come si ha modo di trattare a breve, incoraggiato dalle vaccinazioni anti Covid-19: Trib. Parma 27 ottobre 2021, in www.ilcaso.it; Trib. Firenze 15 febbraio 2022, in www.dirittoegiustizia.it; Trib. Pistoia 4 marzo 2022, in www.altalex.com; Trib. Verona 8 marzo 2022, in www.dirittoegiustizia.it.

⁴⁵ I rapporti tra gli artt. 316, comma 3, e 337-ter, comma 3, cod. civ. in realtà non sono di immediata soluzione. Si tende a



indicano a breve, si dà corso all'ascolto processuale del minore ultradodicescenne o capace di discernimento. In ogni caso il giudice prende la decisione su di sé: ora il d.lgs. n. 149/2022 ha parificato, sotto questo aspetto, le due norme degli artt. 316, comma 3, e 337-ter, comma 3, cod. civ.⁴⁶.

Diversamente è ipotizzabile che i genitori concordino su di un indirizzo avversato dagli operatori sanitari e contrario all'interesse del minore, aprendo all'intervento del giudice. In questi casi il primo e più generale punto di riferimento è l'art. 333 cod. civ., con i provvedimenti «minori o convenienti» emessi dal tribunale per i minorenni. Il potenziale contenuto delle misure è il più variegato: è ricavabile per differenza, in maniera residuale rispetto alla decadenza ex art. 330 cod. civ. L'art. 333 cod. civ. (concepito del resto come appendice a quella dell'art. 330⁴⁷) non specifica: il giudice potrà adottare i «provvedimenti convenienti» ogni volta che la condotta del genitore esponga il figlio a un pregiudizio meno grave di quello cui invece resta subordinata la decadenza. Si tratta insomma di uno strumento più preciso e più reversibile rispetto alla decadenza e proprio in ambito sanitario se ne è fatto un impiego apprezzabile in passato⁴⁸.

Negli ultimi anni la norma, così larga, sembra essere stata interessata da un processo di tipizzazione. Progressivamente, svariate ipotesi riconducibili all'apertura testuale dell'art. 333 sono state raccolte dal legislatore in altrettante fattispecie di intervento giudiziale e rese tipiche⁴⁹. Uno dei prototipi di

fissare lo spartiacque sulla formalizzazione giudiziale della crisi mediante la pronuncia sull'affidamento. La sostanziale parificazione dei due esiti (chi giudica esprime in ogni caso la decisione in prima persona) essenzialmente vanifica la questione (v. G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1425 s.).

⁴⁶ La circostanza tuttavia sembra dare nuovo fiato alla proposta che, nella larghezza del fraseggio e della corrispondente prerogativa giudiziale, riconosce il dovere del giudice, in prima approssimazione, di indicare a quale genitore spetti la decisione: E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 405: la soluzione interpretativa in origine riguarda l'art. 155 cod. civ., la ricorda G. BALLARANI, *commento sub art. 337-ter c.c. L'affidamento condiviso e l'interesse del minore*, in G. DE NOVA (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, S. PATTI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Esercizio della responsabilità genitoriale*, Bologna, 2021, 82, che accosta il ragionamento all'art. 337-ter, comma 3, cod. civ. Stessa impostazione adotta T. AULETTA, *commento sub art. 337-ter c.c.*, in G. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, vol. II, G. DI ROSA (diretto da) *Della famiglia*, t. 2, II ed., Torino, 2018, 1032 – l'A. ricorda una giurisprudenza che, sempre con riguardo all'art. 337-ter, comma 3, cod. civ., diversamente preferisce deliberare direttamente sul punto –.

⁴⁷ P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in A. BELVEDERE-MARCELLO DE CRISTOFARO (a cura di), *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, Milano, 1980, 194. Peraltro la formula dei «provvedimenti convenienti» è ripresa inalterata dall'art. 233 cod. civ. 1865.

⁴⁸ Una casistica abbastanza nutrita viene dal dissenso alle vaccinazioni: Cass. 8 luglio 2005, n. 14384; App. Milano 18 dicembre 2000, in www.onelegale.wolterskluwer.it; per i riferimenti ai giudizi di merito cfr. Cass. 8 febbraio 1994, n. 1265; Cass. 28 marzo 1994, n. 3009. È interessante la statuizione di Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, che ammette la via dell'art. 333 se entrambi i genitori non prestano il consenso alla vaccinazione obbligatoria dei figli: «[L]a previsione di una (mera) sanzione amministrativa, discrezionalmente determinata dal legislatore a carico dell'esercente la potestà genitoriale che non adempie all'obbligo di sottoporre il bambino alla vaccinazione antipoliomelitica entro il primo anno di vita, non esclude la possibilità che il giudice minorile (su ricorso del P.M., dei parenti, o d'ufficio) adottati, ai sensi degli artt. 333 e 336 cod. civ., i provvedimenti idonei per l'attuazione in forma specifica dell'obbligo di vaccinazione anche contro la volontà dei genitori: in tal modo dovendo ritenersi specificamente tutelata la salute del minore nonché il suo diritto all'istruzione, altrimenti compromesso dalla preclusione a frequentare la scuola dell'obbligo, prevista – a tutela della salute collettiva – nei confronti del bambino che non sia stato vaccinato. (Non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, della questione di costituzionalità della legge 4 febbraio 1966 n. 51, sollevata – in riferimento agli artt. 32 e 34 Cost. – assumendo l'incoercibilità dell'obbligo di vaccinazione del minore in caso di inadempimento dei genitori)»; con estesi riferimenti alle vaccinazioni, v. B. AGOSTINELLI, *Diritti e doveri del figlio*, in G. DE NOVA (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2024, 409 s.

⁴⁹ La tematizzazione legislativa dell'art. 333 in singole ipotesi tipiche di intervento giudiziale è identificata, sull'onda della riforma Cartabia, da G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazio-*



questa operazione legislativa sembra rinvenibile proprio in ambito sanitario, con l'art. 3, comma 5, legge n. 219/2017: «[n]el caso in cui [...] il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare [...]»⁵⁰. Occorre precisare che nelle emergenze al medico si riconosce comunque la facoltà di approntare gli interventi del caso in attesa del provvedimento del giudice⁵¹. Si noti, ancora, che la competenza non appartiene al tribunale per i minorenni, al quale invece ci si rivolge per l'art. 330 cod. civ., tramite l'art. 38, comma 1, disp. att. c.c., ma al giudice tutelare.

Altre ipotesi ascrivibili a questo processo di tipizzazione raggiungono il contesto terapeutico e segnatamente le nomine del curatore e del curatore speciale del minore e l'affidamento ai servizi: importano in vario modo la sostituzione del genitore o dei genitori da parte di un altro soggetto e a questo è affidata la decisione da prendere (pertanto dovrà confrontarsi con lo stesso minore, ma il punto è trattato all'ultimo paragrafo).

Come regola generale, la decisione giudiziale deve passare orientativamente per un attento ascolto del minore coinvolto: fuori dai casi in cui il giudice non deve procedere al confronto con i minori (ai sensi degli artt. 315-*bis*, comma 3, cod. civ., e 473-*bis*.4 cod. proc. civ., ora, 336-*bis* cod. civ., prima), in questo modo, l'ascolto, già doppio (con i genitori e con il personale medico) si fa triplo (con i genitori, con il giudice e con il personale medico).

Come noto, la giurisprudenza ha identificato nella nullità del procedimento per violazione del principio del contraddittorio la sanzione processuale per la ingiustificata mancanza dell'ascolto da parte del giudice⁵². D'altra parte, a mente dell'art. 39 del reg. UE/2019/1111, «relativo al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale nonché di sottrazione internazionale di minori», il riconoscimento della decisione in materia di responsabilità genitoriale, assunta dal giudice di uno Stato membro senza che sia stata esaminata l'opinione del minore, può – non deve – essere rifiutato, a meno che la stessa decisione incida unicamente sul patrimonio (e le questioni sottese, per le loro caratteristiche, non richiedano un tale confronto) o «seri motivi» abbia-

ni familiari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1444, a proposito del curatore sostanziale del minore e dell'affidamento del minore ai servizi sociali (sui quali v. l'ultimo paragrafo).

⁵⁰ Si v. G. FERRANDO, *commento sub art. 3, L. 2017/219, Minori e incapaci*, cit., 51; M. MORETTI, *I trattamenti sanitari*, cit., 793. Sui rapporti con l'art. 330, v. Cass. 3 febbraio 2025, n. 2548: «a far data dalla entrata in vigore della legge n. 219/2017 in tutti casi in cui i genitori o il tutore di un minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, deve ricorrersi al Giudice tutelare con la procedura disegnata dall'art. 3 della stessa legge 219/2017, e non già al Tribunale minorile con una istanza di sospensione o limitazione della responsabilità genitoriale; la regola vale anche per il Pubblico Ministero che è soggetto legittimato ad adire il Giudice tutelare ai sensi del combinato disposto degli art. 3 della legge DAT e degli artt. 406 e 417 c.c. 8. – Nondimeno il fatto che il genitore rifiuti le cure appropriate potrebbe essere indice, nell'ambito di un più generale quadro di trascuratezza o abuso della responsabilità genitoriale, della non idoneità di uno o di entrambi i genitori al ruolo, ed in tal caso resta fermo il dovere del Pubblico Ministero o degli altri soggetti legittimati di adire il Tribunale per i minorenni con una istanza ex art. 330 o 333 c.c. È quindi possibile che, in casi determinati, vi sia una contemporanea pendenza dei due procedimenti, ma l'intervento del giudice minorile è legittimo solo se ed in quanto si fondi non (soltanto) sulla ritenuta necessità di intervenire per autorizzare il trattamento sanitario proposto, poiché per questa evenienza vi è già uno specifico diverso rimedio, ma sul rilievo di altre condotte pregiudizievoli per il minore». Negli stessi termini dell'ultimo passaggio, M. RENNA, *Profili civilistici delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1457 ss., *passim*; M. DE PAMPHILIS, *La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico*, in *Fam. dir.*, 2017, 1113 ss., *passim*.

⁵¹ R. CATERINA, *I minori e il corpo*, cit., 1514; A. BELLELLI, *Il minore e la relazione di cura*, cit., 346. Cfr. altresì l'art. 37, comma 2, cod. deont.med., seconda parte, cit. più oltre nel testo (par. 5).

⁵² Cfr. F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, cit., 996 s.



no impedito l'ascolto (questi «seri motivi» tuttavia si esauriscono nell'area della necessaria speditezza del procedimento)⁵³.

Il d.lgs. n. 149/2022 ha inserito nel codice di rito nuove disposizioni, proprio consacrate all'ascolto giudiziale. L'art. 473-*bis*.4 cod. proc. civ., regolando il diritto all'ascolto nel processo (comma 1)⁵⁴, presta una particolare attenzione ai limiti stretti intorno a tale attività (comma 2). Recupera il tenore dell'art. 336-*bis*, comma 1, cod. civ., ora abrogato⁵⁵, condizionando l'ascolto ai dodici anni compiuti o al discernimento del minore, alla compatibilità rispetto al suo interesse, alla non manifesta superfluità, ma vi aggiunge, come cause ostative, l'impossibilità fisica o psichica del minorenne e la sua volontà contraria⁵⁶. Qui si possono rilevare la peculiarità dell'ambito sanitario e soprattutto le specificità dei valori promossi dall'art. 1, come declinazione del migliore interesse del minore paziente⁵⁷. Anche simili valori hanno come referente personale medico, il principio che esprimono potrebbe essere addotto anche nel contesto giudiziale: rendono necessario, sembra, un aggravio delle ragioni da presentare, se si vuole soprassedere dall'ascolto del minore, quando si tratta di decidere sulla sua salute o di demandare la scelta ad altri soggetti, incaricati a loro volta di prestare ascolto.

Da parte sua l'art. 473-*bis*.5 cod. proc. civ., codifica gli aspetti operativi dell'ascolto processuale e compendia una serie di regole procedurali. Tali modalità non sembrano presentare contenuti particolarmente incisivi in ambito terapeutico. Pare utile il riferimento (comma 1) alla possibilità di «farsi assistere da esperti e altri ausiliari»: queste figure porterebbero un contributo di valore, segnatamente nell'eventualità di scenari terapeutici complessi, offrendo il loro expertise per raccogliere nel modo più pertinente la volontà del minore (ma si direbbe anche per stilare e prospettare le stesse domande).

Per mettere a fuoco l'operatività dell'ascolto giudiziale in tema di salute e l'approccio usato nel momento applicativo, si può profittare di una giurisprudenza⁵⁸ di merito piuttosto nutrita, sebbene si sia pronunciata nella vigenza del superato art. 336-*bis*, comma 1, cod. civ.

4. – La casistica legata alla vaccinazione anti Covid-19 della popolazione minorile rappresenta un campo di prova delle questioni trattate, alquanto significativo per l'omogeneità del contesto sanitario e delle questioni sottese⁵⁹. Con tutto ciò, occorre tenere presente questo: i precedenti raccolti rappresen-

⁵³ Si v. più ampiamente G. DE CRISTOFARO, *Il diritto del minore*, cit., 376 s.

⁵⁴ Il secondo periodo di questo comma recepisce la necessità di dare maggiore peso all'opinione espressa dal minore, a seconda dell'età e della maturità, in adesione allo spirito delle norme sovranazionali, richiamate sopra ai paragrafi 1 e 2 (cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1453; ID., *Il diritto*, cit., 382).

⁵⁵ In proposito, C.M. BIANCA, *La famiglia*, M. BIANCA-SIRENA (a cura di), VII ed., *Diritto civile*, 2.1, Milano, 2023, 976.

⁵⁶ Sui rischi dell'ascolto processuale v. gli AA. richiamati oltre (paragrafo 2.3., nt. 54). Per la potenziale depressione dell'istituto v. però G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1450 ss.; il medesimo A. raccomanda una interpretazione restrittiva delle limitazioni: ID., *Il diritto*, cit., 385 s. In termini critici delle nuove limitazioni positive, M. TRIMARCHI, *Diritto di esprimere*, cit., 601 s.

⁵⁷ Si è tentati di riconoscere, nella convergenza delle fonti convenzionali sulle proposte terapeutiche da presentare al minore (riepilogate in precedenza, al paragrafo 1), un passo nella direzione di una consuetudine, un diritto internazionale generale, che impone di tenere in conto l'opinione del paziente minore. In prospettiva la circostanza potrebbe aggiungere peso alla caratura costituzionale di questo valore e lo renderebbe un precetto comunque applicabile nell'ordinamento interno attraverso il rinvio mobile dell'art. 10, comma 1, Cost.

⁵⁸ Proprio in relazione al trattamento terapeutico dei minori si sottolinea «il compito, irrinunciabile, [della giurisprudenza] di risolvere i possibili conflitti traducendo caso per caso in coerenti “linee di prassi” le duttili “linee normative” tracciate dal legislatore», F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie*, cit., 15.

⁵⁹ Il punto è già analizzato, sotto differenti angolature, da E. LA ROSA, *Le misure di protezione civilistiche del minore in difficoltà*, in A. CORDIANO-R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., 325; C. BENANTI, *Conflitto fra i genitori e il*



tano un campione particolare della gamma di controversie sulla cura dei minori ⁶⁰. Il trattamento vaccinale infatti non è annoverato tra gli interventi più invasivi, ma lo stesso può accendere e accende contrasti vivaci.

Incidentalmente, vale la pena indugiare rapidamente sulla peculiarità del trattamento. Come è stato rilevato, nei vaccini la percezione dell'equilibrio tra benefici e rischi si configura in modo singolare rispetto agli altri farmaci: si somministrano a persone sane, con finalità preventive, spesso nell'ambito di campagne pubbliche, a volte (come durante la pandemia), in virtù di un obbligo. Sono connessi rischi specifici, magari inesplorati, che impongono un'osservazione estesa su ampie fasce di popolazione o su gruppi particolari. Anche per questo non è rara la diffusione di un timore tra i pazienti vaccinati e i loro familiari ⁶¹.

D'altra parte, il frangente pandemico presenta una marcata singolarità, riconoscibile nella diffusione universale della sindrome e nell'aggressività dei sintomi, elementi capaci di assestare persuasivamente il coefficiente tra rischi e benefici a vantaggio dei secondi ⁶².

Le decisioni pubblicate derivano da contesti abbastanza simili. Quasi tutte muovono da un pregresso sfaldamento della coppia genitoriale, con un provvedimento che regola i rapporti con la prole. Le motivazioni tendenzialmente cercano una risposta esaustiva alle resistenze del genitore contrario al vaccino, sulla scorta del parere positivo già offerto nel caso specifico dal personale sanitario e si diffondono sulle risultanze fornite dagli organi pubblici incaricati di sorvegliare la sicurezza del vaccino e al corredo informativo messo a disposizione dai referenti più accreditati ⁶³.

Quanto all'ascolto è interessante notare una varietà di approcci, mutevoli per lo più a seconda dell'età. Tendenzialmente si adopera una maggiore prudenza con i minori più piccoli.

Così, in un'occasione, il Tribunale di Milano ⁶⁴ non ascolta la minore undicenne e i motivi si basano sulla delicatezza del contesto, menzionando la giurisprudenza di legittimità che ammette di trascurare l'ascolto se superfluo o pregiudizievole ⁶⁵. In prima battuta il giudice milanese adduce proprio

minore in merito alla scelta di sottoporlo alla vaccinazione anti Covid-19, in C. PILIA (a cura di), *Quaderni della conciliazione*, Cagliari, 2022, 51 ss.; T. RUMI, *Conflitto familiare sulle vaccinazioni anti Covid dei minori*, ivi, 114 ss.; M.G. RUO, *Riflessioni su minorenni, vaccino anti-Covid e tutela dei diritti*, in www.giustiziainsieme.it; S. GEMIGNANI, *La vaccinazione Sars-CoV-2 nei soggetti minorenni*, in *Aiaf riv.*, 2022, 121 ss.

⁶⁰ Per una classificazione dei casi cfr. G. GIUSTETTO-L. LENTI, *Minorenni e consenso*, cit., 372.

⁶¹ Si v. Council for International Organizations of Medical Sciences, *Practical Approaches to Risk Minimisation for Medicinal Products*, 2014, in www.cioms.ch, 167.

⁶² Cfr. A. NAZZARO, *Responsabilità civile e vaccinazioni obbligatorie*, in A. BUCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 389 s.: «[I]o stupore diventa maggiore ove si consideri che la maggior parte degli atteggiamenti ostili alle campagne vaccinali sono basati su considerazioni quali la dannosità dei vaccini, reputata maggiore della dannosità della malattia, o sulla scarsa probabilità di contrarre il virus grazie ad una acquisita immunità di gregge. Nell'attuale ipotesi entrambe le motivazioni non reggono la prova di resistenza poiché attualmente, a causa della mancanza di una cura, la contrazione della malattia può essere addirittura letale e per la novità del ceppo virale che si sta diffondendo sicuramente non si è ancora sviluppata alcuna immunità di gregge. Le ragioni del diniego vanno allora ricercate in motivazioni sociali più profonde che scontano il rapporto tra ricerca scientifica e fiducia della popolazione, complici anche alcune sentenze giurisprudenziali forse troppo acriticamente aderenti alle risultanze di CTU non sempre rigorosamente aderenti alle linee guida e una certa informazione, spesso non controllata approfonditamente nelle fonti e, fortunatamente in rari casi, addirittura fraudolentemente falsa. Purtroppo spesso, a fare le spese di queste scelte di principio sono i minori che subiscono le decisioni dei genitori vedendo in tal modo leso non soltanto il loro diritto alla salute, ma anche altri diritti costituzionalmente garantiti?».

⁶³ V. per tutti Trib. Bologna 13 ottobre 2021, n. 5024, in www.dejure.it.

⁶⁴ Trib. Milano 13 settembre 2021, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

⁶⁵ Punto 8) del provvedimento.



l'età della minore, della quale non si conosce il grado di discernimento (questo aspetto magari avrebbe richiesto ulteriori verifiche e tuttavia non viene indagato oltre⁶⁶): valuta come insufficienti gli 11 anni ai fini di una corretta prospettazione della posta in gioco e richiama il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 30 luglio 2021⁶⁷, che raccomanda la ricezione delle istanze del «grande minore» (senza escludere d'altronde un confronto con il «piccolo»). Un ulteriore argomento, probabilmente più solido, viene dal risparmiare alla minore la lacerazione di «un conflitto di lealtà» tra il convincimento paterno e quello materno (la cornice appunto è quella di un confronto con un'accesa connotazione identitaria)⁶⁸. Rispetto alla vaccinazione contro il Covid-19 il giudice autorizza in ogni caso il padre «ad adottare la migliore decisione nell'interesse della minore allorché ella avrà l'età per poterlo ricevere».

Da prima, anche il Tribunale di Monza traslascia di ascoltare il minore. Nondimeno, mostra di valorizzare la volontà di essere vaccinato già espressa dallo stesso e documentata negli atti, senza la necessità di rinnovarla in giudizio, con ciò prevenendo i rischi del confronto giudiziale (pure non viene spiegato meglio quel «conflitto di lealtà» già agitato dal provvedimento milanese menzionato prima).

Similmente, con la superfluità dell'audizione, il Tribunale di Ancona⁶⁹, giustifica la mancata audizione, sempre sulla scorta di un chiaro proposito favorevole già fornito dal minore e rintracciabile nelle risultanze documentali.

Sul lato opposto è isolato il precedente che non effettua l'ascolto dei minori propensi alla vaccinazione, e disattende l'incontestata volontà che avevano già espresso fuori dal processo. Il giudice la ravvisa troppo spostata sulle limitazioni sociali della mancata immunizzazione, invece che sulla sicurezza in sé del medicinale e sulla base di una cautela legata all'età dei minori⁷⁰ nega l'autorizzazione al genitore che l'aveva domandata⁷¹.

Le altre pronunce edite riportano tutte di aver proceduto con l'ascolto e ne recepiscono il risultato, favorevole all'intervento. Si tratta perlopiù di «grandi minori»⁷², magari meglio attrezzati per reggere lo stress del processo. Trapela in ogni caso lo scrupolo verso la serenità della dichiarazione espressa dai minorenni.

⁶⁶ Cfr. qui Cass. 30 luglio 2020, n. 16410, la quale caldeggia una motivazione specifica sulla carenza di discernimento in capo a una infradodicenne (9 anni), sottolineando come il profilo anagrafico di per sé preso non costituisca una ragione sufficiente; sulla stessa vicenda è tornata Cass. 18 maggio 2022, n. 16071, in *Fam. dir.*, 2022, 993 ss., con nota di F. DANOVI, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*.

⁶⁷ Consultabile al collegamento [bioetica.governo.it](https://www.bioetica.governo.it).

⁶⁸ In questo senso il mancato colloquio con la minore trova la sua ragione nell'evitarle un pregiudizio. Non sarebbe stato fuori luogo forse approfondire le circostanze concrete dietro la prevenzione. Peraltro, che l'ascolto del minore nel processo non sia una faccenda indolore, dalla quale possono venire esiti destabilizzanti, lo mostrano bene i giudizi in materia di *status filiationis*: M. SESTA, voce *Filiazione (azioni di stato)*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. IV, F. MACARIO (diretto da), *Famiglia*, Milano, 2022, 534. Più in generale, G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam.*, 2010, 1807 ss. e di recente B. POLISENO, voce *Minore (tutela processuale)*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. IV, F. MACARIO (diretto da), *Famiglia*, Milano, 2022, 882 ss.

⁶⁹ Trib. Ancona 22 novembre 2021, www.dejure.it.

⁷⁰ Un ultradodicenne e due infradodicenni, sola indicazione.

⁷¹ Trib. Pistoia 4 marzo 2022, cit.

⁷² Trib. Arezzo 16 settembre 2021, inedita, ricordata da M.G. RUO, *Riflessioni su minorenni*, cit., 11 s. e da S. GEMIGNANI, *La vaccinazione*, cit., 125 – 16 anni –, che peraltro vista la maturità del ragazzo raccomanda ai medici di raccogliere anche il suo consenso informato, oltre a quello del padre autorizzato a esprimerlo senza la madre; Trib. Bologna 13 ottobre 2021, cit., – 16 anni –, Trib. Parma 27 ottobre 2021, cit. – due quattordicenni –, Trib. Milano 22 novembre 2021, n. 12249, in www.dejure.it – 17 anni –, Trib. Modena 24 novembre 2021, in www.onelegale.wolterskluwer.it – 13 anni –, Trib. Venezia 20 gennaio 2022, in www.avvocatipersonefamiglie.it – almeno sedicenne, unica segnalazione è lo svolgimento dello stage lavorativo –, Trib. Firenze 15 febbraio 2022, cit. – 13 anni –, App. Venezia 22 febbraio 2022, in www.avvocatipersonefamiglie.it – si riferisce a un «assenso motivato anche tenuto conto dell'età»; Trib. Verona 8 marzo 2022, cit. – 15 e 10 anni –.



D'altra parte è interessante esaminare anche la diversa distribuzione dei consensi, tra figli e genitori (il personale medico fornisce parere positivo in tutti i casi pubblicati).

I precedenti in gran parte vedono il figlio e un genitore concordi sul trattamento vaccinale osteggiato dall'altro. In appena due provvedimenti il minore non desidera la vaccinazione, e ugualmente i giudici precorrono l'autorizzazione in capo al genitore favorevole, per il tempo in cui il minore si persuadea⁷³. È anzi indicativo come proprio l'ascolto fornisca gli argomenti per superare il proposito espresso dal minore. Trib. Milano 22 novembre 2021, n. 13402⁷⁴, stima il contenuto dell'audizione del tutto sovrapponibile all'opinione già espressa dalla madre, sfavorevole alla vaccinazione, e riferisce la mancanza di una opinione autonoma e genuina in capo alla figlia quattordicenne. Più semplicemente App. Venezia 2 dicembre 2021⁷⁵, in un caso di affidamento ai servizi sociali, argomenta a partire dalle stesse ammissioni del minore, anche qui quattordicenne, che afferma di non essersi bene informato sulle qualità del vaccino e anzi di avere ricavato soltanto pareri positivi da medici e insegnanti.

Come anticipato, generalmente trapela un posizionamento in linea di massima comune tra gli auspici del personale sanitario e la volontà dei minori e di un genitore, dissonanti rispetto all'opinione dell'altro: come a dire che l'intervento giudiziale scatta a valle di un contrasto tra un genitore e l'altro, e fondamentalmente sposa il consiglio del personale sanitario. Dalla giurisprudenza edita mancano interventi del giudice provocati dal P.M.: sembra denotativo di questi meccanismi e del loro operare, che trovano un canale effettivo nella divergenza tra chi tiene la responsabilità genitoriale.

Invece non risultano situazioni di eventuali minori isolati, all'interno della famiglia, per volere il trattamento, di fronte alla coppia genitoriale contraria⁷⁶.

5. – «La proposta di introdurre un ricorso diretto del minore al giudice “contro” i genitori – di remoti precedenti: si ricordino il codice prussiano del 1804, e il codice civile austriaco del 1811 – è abbandonata nella fase conclusiva della riforma [del 1975] e rimane al margine del dibattito»⁷⁷. Altre vie, per condurre l'iniziativa del minore, sono in astratto percorribili, ma si annunciano ugualmente marginali.

Si suggerisce un contatto con i servizi sociali, gli enti locali, le autorità di pubblica sicurezza, perché interpellino la Procura minorile che a sua volta instauri un procedimento⁷⁸.

Diversamente, il minore potrebbe interloquire direttamente con il Pubblico ministero perché richieda un provvedimento limitativo dei poteri legati alla responsabilità genitoriale, tipicamente ai sensi dell'art. 333 cod. civ.; o direttamente con il Presidente del tribunale perché nomini un curatore speciale (sul quale v. alcuni riferimenti di seguito ma più estesamente il par. 5)⁷⁹. Di questi canali viene però

⁷³ Sulla necessità del consenso del minore v. il par. 1, in fondo, e la nt. 14.

⁷⁴ In *www.dejure.it*.

⁷⁵ In *www.avvocatipersonefamiglie.it*.

⁷⁶ È intuibile come genitori concordi nel perseguire un indirizzo contrario all'interesse del minore, o in pari modo indifferenti alle sue sorti, espongano il minore a un pericolo più serio di quanto non faccia una coppia discorde, ma proprio per ciò incline a suscitare un intervento esterno, come ricordato dal Presidente della I sezione civile del Tribunale di Palermo, Francesco Micela, al convegno *Riflessioni sulla riforma del processo per le persone, i minorenni e le famiglie*, Palermo, 5 luglio 2023.

⁷⁷ P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., 196.

⁷⁸ S. GEMIGNANI, *La vaccinazione*, cit., 129.

⁷⁹ M.G. RUO, *Riflessioni su minorenni*, cit., 14.



adombrata la farraginosità⁸⁰, con la sensazione che manchi appunto un «diritto a un ricorso effettivo» da parte del minore⁸¹.

Uno strumento in questo frangente potrebbe fornirlo l'art. 3, comma 5, legge n. 219/2017, che permette al medico o al rappresentante della struttura sanitaria di suscitare l'intervento del giudice quando il genitore rifiuti le cure che lo stesso sanitario reputi «appropriate e necessarie»⁸². La norma collima con quella dell'art. 32, comma 3, cod. deont.med.: «[i]l medico, in caso di opposizione del rappresentante legale a interventi ritenuti appropriati e proporzionati, ricorre all'Autorità competente». Merita un cenno anche l'art. 37, comma 2, cod. deont.med., che affida al medico una sequenza di compiti: «segnala[re] all'Autorità competente l'opposizione da parte del minore informato e consapevole o di chi ne esercita la potestà [sic] genitoriale a un trattamento ritenuto necessario e, in relazione alle condizioni cliniche, procede[re] comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili». Emerge tra l'altro una considerazione per il dissenso espresso dal «minore informato e consapevole» (senza riferimenti anagrafici), che giustifica un contatto con l'autorità pubblica.

Nell'ambito dei contatti tra minore e autorità giudiziaria, trova spazio il potenziamento del curatore speciale, del quale l'art. 473-bis.8, comma 2, cod. proc. civ. esplicita la vocazione anche sostanziale («[a]l curatore speciale del minore il giudice può attribuire nel provvedimento di nomina, ovvero con provvedimento non impugnabile adottato nel corso del giudizio, specifici poteri di rappresentanza sostanziale»)⁸³: il giudice può così demandare al curatore speciale di esprimere un consenso isolato al singolo trattamento sanitario, oppure di compiere una serie di atti lungo una coerente linea terapeutica nell'arco del processo. D'altronde, proprio il contesto sanitario ha fornito alla giurisprudenza di merito uno degli ambienti per la nomina del curatore speciale⁸⁴.

Ecco che l'obbligo in capo al giudice di nominare il curatore speciale, se suscitato dal minore ultraquattordicenne⁸⁵ (proprio il giudice deve informarlo di questa chance durante l'ascolto, ex art. 473-bis.4, comma 4, secondo periodo, cod. proc. civ.⁸⁶), potrebbe accostare il problema⁸⁷, nella

⁸⁰ M.G. RUO, *Riflessioni su minorenni*, cit., 14.

⁸¹ M.G. RUO, *Riflessioni su minorenni*, cit., 14; S. GEMIGNANI, *La vaccinazione*, cit., 129.

⁸² Cfr. S. GEMIGNANI, *La vaccinazione*, cit., 129.

⁸³ In proposito, sia concesso rinviare a N. CEVOLANI, «Specifici poteri di rappresentanza sostanziale» in capo al curatore speciale del minore, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 1287 ss. e in E. AL MUREDEN-L. BALESTRA (a cura di), *Liber Amicorum per Michele Sesta*, t. 1, Milano-Padova, 2025, 507 ss.

⁸⁴ Così in un caso di nomina dovuta al rifiuto, da parte dei genitori, della trasfusione di sangue destinata al figlio di due anni, Trib. Modena 8 febbraio 2022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 993 s., con nota di A. SCALERA, *Il ruolo del Giudice Tutelare nel conflitto tra i sanitari ed il rappresentante dell'incapace*; sullo stesso caso, M. DONNARUMMA, *Il curatore speciale nei procedimenti di competenza del giudice tutelare*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Il curatore speciale del minore*, Milano, 2022, 334 ss. Ulteriori casi, inediti, in M.G. RUO, *Il curatore del minore nel processo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1020 s.

⁸⁵ Obbligo inserito dal d.lgs. n. 149/2022 all'art. 473-bis.8, comma 3, n. 4, cod. proc. civ.

⁸⁶ In proposito M. DOGLIOTTI, *La condizione del minore dalla Riforma del 1975 ad oggi: percorsi, attualità, prospettive*, in *Fam. dir.*, 2025, 622, parla di «innovazione assai relevantissima che mette in stretto collegamento ascolto e rappresentanza».

⁸⁷ Per quanto ristretta entro i confini di un giudizio già incardinato: cfr., volendo, N. CEVOLANI, «Specifici poteri di rappresentanza sostanziale» attribuiti al curatore speciale del minore, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 1297. Sempre sul rapporto tra l'ascolto del minore e la nomina del curatore speciale, R. DONZELLI, *Il processo di famiglia nel prisma della tutela giurisdizionale differenziata dei diritti dei figli minori*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 92, nota che «l'ascolto risponde ad un canone di tutela giurisdizionale differenziata, poiché consente al minore – capace di discernimento, ma ancora privo di capacità di agire – il diritto di esprimere la propria opinione e così di poter influire sul contenuto della decisione. Entro questa cornice si inserisce anche l'art. 473-bis.8, lett. d), c.p.c., che nell'attribuire al minore ultraquattordicenne il potere di chiedere la nomina di un curatore speciale, deve essere inteso come l'attribuzione di un frammento di capacità processuale. Il comune asse funzionale dei due istituti, da tempo valorizzato dalla giurisprudenza nel ricondurre l'ascolto al diritto di difesa ed al contraddittorio».



complessa dialettica tra l'effettività del diritto e la schermatura del minore rispetto alla difesa tecnica⁸⁸.

6. – L'accenno al curatore speciale del minore apre l'analisi delle situazioni che provocano la sostituzione del singolo genitore o della coppia nella decisione da prendere, accennate in precedenza (par. 3), tra le pieghe dell'art. 333 cod. civ. Simili istituti, appunto, sembrano potersi leggere come altrettante ipotesi tipiche di provvedimenti minori o convenienti alla stregua dell'art. 333 cod. civ. In alcuni casi, cioè, la legge ritaglierebbe dall'ambito dell'art. 333 cod. civ. una misura tipica che allo stesso modo sottrae terreno all'esercizio ordinario della responsabilità genitoriale: in una maniera non dissimile dall'art. 3, comma 5, legge n. 219/2017, visto sopra. Questo aspetto potrebbe fornire un approssimativo tratto unificante. Da abbinare, sul piano delle conseguenze sortite, alla decisione e al confronto con il minore portati avanti da un soggetto diverso dal genitore o da chi ne regga le prerogative. Come anticipato per il curatore speciale al precedente paragrafo, nelle questioni sanitarie simili figure sono attivamente sollecitate e sembra utile rassegnarle rapidamente, mettendole di volta a colloquio con il minore.

Il curatore speciale è espressamente vincolato a confrontarsi con il minore: l'art. 473-bis.8, comma 3, secondo periodo, cod. proc. civ., obbliga il curatore speciale ad ascoltare il minore alla stregua dell'art. 315-bis, comma 3, cod. civ. e «nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473-bis.4», cod. proc. civ.

Il richiamo alla prima disposizione sembra alquanto significativo: come ricordato (al paragrafo 2) la norma vincola all'ascolto del minore «in tutte le questioni», oltretutto nelle procedure che lo riguardano. Pertanto, l'esercizio dei poteri sostanziali del curatore speciale deve essere preceduto dal confronto con il minore e la delicatezza del trattamento terapeutico richiederà una discussione tanto più attenta. Questo, nei limiti dettati dalla seconda norma, l'art. 473-bis.4 cod. proc. civ. (indicati sopra al par. 3). Tali restrizioni tuttavia andrebbero rivolte unicamente all'ascolto effettuato nel processo e non a quello stragiudiziale⁸⁹, che in questo modo conserverebbe una portata più vasta.

Sempre l'art. 473-bis.4, al comma 3, secondo periodo, dispone che «[l]e opinioni del minore devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità»: si possono nuovamente ricordare le Osservazioni conclusive che il Comitato per i Diritti dell'Infanzia, rivolte all'Italia nel 2019 (se ne è fatta menzione al paragrafo 2), che caldeggiavano una estensione dell'ascolto e individuano nel discernimento del minore una misura dell'impatto che l'ascolto del minore sortisce sulla decisione finale. D'altra parte, con riferimento al contesto terapeutico, se si accostano i due testi, dell'art. 473-bis.4, comma 1, secondo periodo, cod. proc. civ., e dell'art. 3, comma 2, secondo periodo, legge n. 219/2017, i rispettivi connotati si somigliano. D'altronde, la peculiarità della vicenda medica rende il compito del curatore speciale particolarmente delicato.

Quanto alla conseguenza sostanziale del mancato ascolto da parte del curatore speciale, senza che ricorra una delle giustificazioni prescritte, manca un esplicito appiglio testuale, in fatto di salute come

torio, si coglie – inoltre – nella lettura degli artt. 473 bis.5, comma 4°, e 473 bis.8, comma 3°, c.p.c., posto che il primo impone al giudice di informare il minore della sua facoltà di richiedere la nomina del curatore speciale, mentre il secondo impone al curatore stesso di ascoltare il minore al fine di apprestare un'adeguata difesa dei suoi interessi».

⁸⁸ Principio ricavabile dalla carenza di legittimazione processuale *ex art.* 75, commi 1 e 2, cod. proc. civ. e dall'art. 56 del codice di deontologia forense, con la intermediazione dei rapporti tra avvocato e minore.

⁸⁹ La dottrina che disapprova le limitazioni dell'art. 473-bis.4 cod. proc. civ., stigmatizza anche il rinvio che se ne fa in tema di curatela speciale: G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1459.



per qualsiasi altro ambito. Spetterebbe ai genitori di vigilare e di rilevare la violazione, se non sono decaduti dalla responsabilità genitoriale, forse domandando un riassetto dei poteri affidati al curatore speciale. A fronte di una violazione particolarmente eclatante, una di quelle «gravi inadempienze» dell'art. 473-*bis*.8, ult. comma, cod. proc. civ., sembra plausibile la revoca dell'incarico al curatore speciale: una simile risposta pare tanto più consona qui, se si considera che l'ambito delle cure richiede una comunicazione specialmente attrezzata, per preparare il minore in maniera adeguata.

Accanto al curatore speciale del minore, tra le novità della riforma processuale, si fa strada il curatore del minore. L'art. 473-*bis*.7 cod. proc. civ. lo incarica di colmare il vuoto lasciato dalle misure che limitano le prerogative genitoriali, dopo che è stato disposto uno dei provvedimenti «convenienti» o «minori» dell'art. 333 cod. civ.⁹⁰: i poteri che in questo modo sono stati resi vacanti gli spettano, insieme eventualmente alla «persona presso cui il minore ha la residenza abituale», a seconda di quanto disponga il giudice. Le norme del codice di rito non si diffondono oltre, ma anche questo curatore e la persona collocataria del minore sono soggetti al regime generale dell'art. 315-*bis*, comma 3, cod. civ.⁹¹ (sulla portata anche esofamiliare della norma v. sempre sopra il paragrafo 2), e devono intavolare con il minore un dialogo stragiudiziale su tutte le questioni che affrontino. Si potrebbero trasporre qui le considerazioni già svolte a proposito del curatore speciale per il caso in cui l'ascolto finisca per essere eluso⁹², anche se manca una norma che regoli espressamente la revoca di questo incarico: un mancato contatto su temi tanto importanti, quale la salute, sembra sintomatico di una più radicale inidoneità a svolgere il ruolo. Per il caso del collocatario che non si presti al confronto, si potrebbe pensare, nei casi più gravi, di sottrarre le prerogative in ambito medico o addirittura di trasferire altrove il minore: anche qui, il mancato ascolto del minore a proposito della sua salute sembra la spia di una disfunzione più ampia.

Un istituto che può intersecarsi con la curatela del minore, speciale (come avvenuto in precedenti anteriori alla riforma del processo)⁹³ o «semplice» (art. 5-*bis*, comma 2, lett. e. l.ad.⁹⁴), è l'affidamento ai servizi sociali (art. 5-*bis* l.ad.); anche questo istituto è sistemato in prossimità dell'art. 333 cod. civ., ma da tradizione consolidata⁹⁵. La misura costituisce un'ultima spiaggia prima della decadenza dalla responsabilità genitoriale, se risultano vani gli «interventi di sostegno e di aiuto» già messi in campo⁹⁶.

⁹⁰ Sul coordinamento tra curatore e curatore speciale, v. G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1439 e con riguardo alla variabile dell'affidamento ai servizi 1443, oltreché, volendo, N. CEVOLANI, «Specifici poteri di rappresentanza sostanziale», cit., 1296 ss.

⁹¹ G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1458 s.

⁹² Anche se i ruoli del tutore e del tutore volontario sembrano in astratto più assimilabili a quello del genitore, nel novero dei «protettori naturali» (G. GIUSTETTO-L. LENTI, *Minorenni e consenso ai trattamenti sanitari*, cit., 374), possono valere anche per loro le stesse osservazioni. E a maggiore ragione per il tutore provvisorio – incaricato a seguito di una sospensione o decadenza dalla responsabilità genitoriale solamente temporanea –, il quale in effetti è molto vicino a quello del curatore speciale: anzi, G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1437, rileva come nominare direttamente proprio un curatore speciale, nello svolgimento del processo, sarebbe stata una scelta più apprezzabile.

⁹³ Trib. Treviso 26 aprile 2022, Trib. Treviso 28 giugno 2022, entrambi in *Fam. dir.*, 2022, con nota di F. ZANOVELLO, *Poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore tra riforma del processo civile e anticipazioni giurisprudenziali*, 1013 ss.

⁹⁴ La disposizione individua un inesistente «curatore nominato ai sensi dell'art. 333, comma 2, c.c.», il riferimento va corretto in via interpretativa: G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1443.

⁹⁵ P. VERCELLONE, *Gli aspetti personali della potestà dei genitori*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, G. COLLURA-L. LENTI-M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, II ed., cit., 1326.

⁹⁶ G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1441.



Essa discende da un provvedimento *ex art. 333 cod. civ.*, limitativo dei poteri genitoriali che attengono alla sfera personale del minore, dove la salute occupa sempre un sicuro rilievo⁹⁷. Nel dettare alcune regole in proposito, d'altra parte, l'*art. 5-bis*, comma 2, lett. *b*, l.ad., menziona il servizio sanitario quale possibile comprimario nel compimento di atti affidati direttamente al servizio sociale. Sempre in virtù della norma generale *ex art. 315-bis*, comma 3, cod. civ., il soggetto in ipotesi investito (*5-bis*, comma 2, l.ad.) del potere di compiere atti è tenuto ad ascoltare l'opinione espressa dal minore affidato: oltre ai medesimi genitori (nel caso mantengano poteri decisori su questi profili) e al curatore del minore, lo stesso servizio sociale (al servizio, peraltro, il successivo comma 3 dell'*art. 5-bis* l.ad., sembra accordare una preminenza⁹⁸) e il collocatario.

La mancata audizione del minore, da parte del referente del servizio o dello stesso servizio, di fronte al trattamento terapeutico, sembra anche qui un fatto piuttosto grave, quantomeno in proporzione alla serietà del trattamento stesso, suggerendo magari la necessità di ripensare la distribuzione dei compiti orchestrata dal provvedimento che dispone l'affidamento ai servizi.

A suo modo, pure l'affidamento familiare *ex artt. 4 s. l.ad.*, è coinvolto dell'ascolto. Gli affidatari godono di poteri ordinari, anche questi circoscritti da un provvedimento (quello del servizio sociale che dispone l'affidamento), legati alla quotidiana frequentazione con il minore⁹⁹. L'obbligo degli affidatari di ascoltare il minore¹⁰⁰ abbraccia pertanto le esigenze di ogni giorno. Ne risulterebbero investiti quei rapporti di cura riposti nella ordinarietà e nella routine, come può esserlo una periodica visita di controllo.

La mancanza di un confronto con il minore, anche rispetto al campionario delle evenienze quotidiane, parrebbe sintomatica di un fallimento più esteso, specie se si guarda al particolare spirito che dovrebbe alimentare la relazione tra affidatario e affidato (e i relativi doveri¹⁰¹). Ancora una volta il rimedio andrebbe probabilmente individuato nella riorganizzazione dell'affidamento in famiglia con altri soggetti. Analoghi argomenti potrebbero valere, in ultimo, per l'affidamento alle comunità di tipo familiare (*art. 5*, comma 3, l.ad.)¹⁰².

⁹⁷ Quando ancora non sono entrate in vigore le norme sul curatore del minore, Trib. Treviso 26 aprile 2022, cit., assegna decisioni che incidono sulla salute al curatore speciale, ma devono passare per una preventiva consultazione con i servizi e i genitori. Trib. Treviso 28 giugno 2022, cit., diversamente attribuisce senz'altro la decisione al curatore speciale. Entrambi i provvedimenti non si occupano del confronto del curatore speciale con il minore stesso, attività che allo stesso modo, prima della riforma, opera già attraverso le regole generali.

⁹⁸ G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni*, cit., 1443 s. Occorre allora che gli operatori del servizio si confrontino direttamente con il minore.

⁹⁹ A. THIENE, *Gli affidamenti*, in A. CORDIANO-R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., 346.

¹⁰⁰ Obbligo da ricondurre sempre al regime generale dell'*art. 315-bis*, comma 3, cod. civ.

¹⁰¹ Cfr. A. THIENE, *Gli affidamenti*, cit., 346.

¹⁰² A. THIENE, *Gli affidamenti*, cit., 348.



EDOARDO BACCIARDI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Pisa

AUTONOMIA PIANIFICATA E CONDIVISIONE DELLE SCELTE DI CURA^{*}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tutela dei malati cronici non autosufficienti e imputazione dei costi delle prestazioni socio-assistenziali (in)scindibili dalle cure. – 3. Cronicità, incapacità di agire ed empowerment dell'autonomia. I confini tra interdizione e amministrazione di sostegno – 3.1. ... e tra amministrazione di sostegno e protezione “di fatto” dell'adulto vulnerabile. – 4. Modelli giudiziali e privati di “governo” della fragilità. Conseguenze sull'autodeterminazione terapeutica del paziente. – 5. Disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure: affinità e divergenze. – 6. Caveat. Le deroghe alla vincolatività del “contratto di Ulisse”. – 7. La dialettica tra PCC e DAT nell'orizzonte della relazione di cura. Alternatività, specialità, continenza. – 8. La diagnosi di una patologia cronica invalidante quale soglia di accesso alla pianificazione. Rilievi critici. – 9. La rivisitazione dello standard di paziente candidato alla PCC. Dal malato cronico al soggetto pre-fragile. – 10. Conclusioni.

1. – Concepita e affinata nel laboratorio della prassi clinica, la pianificazione condivisa delle cure (di seguito anche PCC) trova la sua prima, esplicita¹, consacrazione normativa nell'art. 5 della legge n. 219/2017.

La presenza, nello stesso *corpus* legislativo, degli istituti del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento (di seguito anche DAT) ha contribuito ad espungere dall'intitolazione della legge² – e dal *focus* del dibattito sviluppatosi sulle regole ivi codificate – la disciplina immediatamente designata come la «vera norma nuova»³ introdotta nell'ordinamento positivo. Oltre che sugli aspetti organizzativi legati alla formazione dell'*équipe* medica e alla registrazione delle cure programmate, i primi commentatori si sono concentrati sull'*actio finium regundorum* tra il biotestamento e la pianificazione degli interventi sanitari, nonché sui requisiti delimitanti la soglia di accesso a quest'ultima modalità di esercizio dell'autodeterminazione terapeutica.

Nel fotografare lo spettro delle patologie che giustificano l'avvio di un piano condiviso di cure, l'art. 5, comma 1, legge n. 219/2017 opera riferimento alle «conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta». A questa scarna indica-

^{*} Il contributo rientra nell'attività di ricerca svolta nel contesto del progetto “THE” – *Tuscany Health Ecosystem (Spoke 10 – Population Health)*, finanziato nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

¹ Un «sorta di prototipo» della pianificazione condivisa delle cure è stato ravvisato nel «programma di cura individuale per il malato e per la sua famiglia» introdotto dalla legge 38/2010 quale obbligo per le strutture che erogano le cure palliative (cfr. L. BUSATTA, *La pianificazione condivisa delle cure come problema organizzativo*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 85).

² «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento».

³ F.D. BUSNELLI, *Premesse*, in *Atti del Convegno “Un nuovo diritto per la relazione di cura? Dopo la legge n. 219/2017”*, in *Resp. medica*, 2019, I, 6.



zione fa eco la previsione inserita in uno dei decreti attuativi della legge delega n. 33/2023, ove il medesimo *background* diagnostico viene pedestremente richiamato al fine di chiarire che la PCC può essere realizzata «a favore della persona anziana» (art. 32, comma 4, d.lgs. n. 29/2024). Se, da un lato, la norma – del tutto inutile sul piano precettivo⁴ – concreta un «segnale di attenzione»⁵ del legislatore verso un istituto di cui la stessa classe medica non è del tutto consapevole⁶, essa rischia, da un altro lato, di favorire una «burocratizzazione»⁷ dei processi attraverso i quali la pianificazione delle cure è chiamata a rivitalizzare il principio dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente.

Le situazioni individuate dal legislatore del 2017 quali alternativi canali di accesso alla PCC dischiudono orizzonti clinici difficilmente riconducibili ad unità. Dove, invero, la diagnosi di una patologia contraddistinta da una «inarrestabile evoluzione con prognosi infausta» prelude, seppure in modo non univoco⁸, ad una fase di *end-stage* che proietta l'istituto nell'orbita del dibattito sul fine vita⁹, la fenomenologia delle malattie croniche invalidanti richiama l'attenzione del giurista sull'interazione della figura regolata dall'art. 5 della legge n. 219/2017 con gli altri strumenti di *empowerment* dei soggetti che si trovano in una condizione di non piena autosufficienza.

Le riflessioni che seguono si focalizzano sulla seconda delle predette «anime» della pianificazione. L'esplicito riferimento allo stato soggettivo di *malato cronico* evoca una serie di questioni che percorrono trasversalmente l'ordinamento giuridico, a partire dalle condizioni dei detenuti nelle carceri¹⁰ fino al licenziamento – recentemente qualificato dalla Cassazione come discriminatorio – conseguente al superamento del periodo di comportamento¹¹.

Delimitando il campo d'indagine alla tutela della salute delle persone affette da patologie croniche, viene, anzitutto, in rilievo il regime delle prestazioni socio-assistenziali ancillari ai trattamenti sanitari. L'erogazione di servizi di lungodegenza all'interno delle RSA o in altre strutture residenziali pone, in particolare, il problema della copertura dei relativi costi da parte del servizio sanitario nazionale e della loro possibile – parziale – imputazione al nucleo familiare del malato.

L'esame della disciplina sulla PCC e della sua sinergia con le regole in materia di DAT deve essere

⁴ F. CEMBRANI-D. DE LEO, *La legge-delega in materia di politiche a favore degli anziani: le insidie delle molte deleghe in bianco lasciate al governo e di una Elder Law italiana che sembra aver messo nell'angolo la componente di cura della non autosufficienza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2023, III, 458.

Trattandosi di un «diritto [che] già esiste» – osservano gli A. – «più opportuno sarebbe stato provare non a reiterare ma a correggere le lacune della legge n. 219 del 2017 che si rendono manifeste ogni qual volta si discute quale sia il reale fondamento giuridico della capacità decisionale della persona con una marcatissima criticità che si acutizza proprio nel caso di una sua presunta incapacità».

⁵ M. PICCINNI-L. BUSATTA-L. ORSI-M. TOMASI-V. ZAGONEL, *La pianificazione condivisa delle cure nell'universo sanitario*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 4.

⁶ La PCC – scrivono V. GIANTIN-S. TUSINO-L. OLIVERO, *La pianificazione condivisa delle cure per i pazienti anziani con demenza*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 273 – è «oggi del tutto sconosciuta alla classe medica (sia a livello territoriale che ospedaliera) così come a molti professionisti socio-sanitari».

⁷ M. PICCINNI-L. BUSATTA-L. ORSI-M. TOMASI-V. ZAGONEL, *op. loc. cit.*

⁸ M. PICCINNI-A. APRILE, *Per una pianificazione condivisa delle cure: dai principi alle buone prassi*, in *Resp. medica*, 2020, I, 34, le quali rilevano come la norma non precisi «se si tratti di prognosi infausta *quoad vitam* o *quoad valetudinem*».

⁹ Parte della dottrina individua nelle scelte di politica del diritto condensate nella legge n. 219/2017 un «nuovo punto di partenza» per il «futuro sviluppo delle pratiche di autodeterminazione nelle scelte di fine vita» (F. RESCIGNO, *L'autodeterminazione della persona: il faticoso cammino del diritto positivo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, I, 42).

¹⁰ C. MENEGONI, *Il diritto alla salute dei detenuti nel contesto della Cedu*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, IV, 585 ss.

¹¹ F. ALIFANO, *Malattia cronica e conservazione del posto di lavoro: ulteriori rilievi dalla Cassazione*, in *Lav. giur.*, 2024, X, 890 ss.



preceduta da una cernita delle misure attivabili a supporto dei soggetti che vedono scemare, anche per effetto di una patologia cronica, la loro capacità di occuparsi dei propri interessi patrimoniali e non patrimoniali. Dall'alternativa tra un regime di protezione stragiudiziale e giudiziale – quest'ultimo implicante, a sua volta, l'opzione fra i tradizionali istituti incapacitanti e l'amministrazione di sostegno – discendono conseguenze di non poco momento in ordine al grado di autonomia riconosciuta al paziente nell'interlocuzione con i sanitari.

L'ipotesi di lavoro, da verificare all'esito della traiettoria d'indagine descritta, è che sia possibile ed auspicabile un arretramento della soglia di ingresso alla pianificazione, a dispetto del testuale ancoraggio dell'istituto alla diagnosi di una patologia invalidante. L'estensione delle maglie della programmazione concertata delle cure – intesa quale declinazione, non necessariamente antitetica alle DAT, dell'autodeterminazione terapeutica presidiata dalla Convenzione di Oviedo¹² – passa attraverso un'esegesi evolutiva della nozione di malattia cronica richiamata dall'art. 5 della legge n. 219/2017 e dello standard di paziente ivi stilizzato quale potenziale candidato alla PCC.

2. – Il grado di effettività della tutela dei pazienti, sovente in età avanzata, affetti da una patologia cronica costituisce un riflesso dei livelli essenziali dei servizi *sanitari* e *socio-assistenziali* a questi ultimi garantiti nell'ipotesi in cui versino in una condizione di non autosufficienza¹³.

Esula dal presente contributo l'individuazione dell'attuale fase oscillatoria del pendolo del sistema di protezione degli adulti fragili, tradizionalmente basculante tra i referenti costituzionali delle suddette categorie di prestazioni, costituiti dagli artt. 32 e 38 Cost.¹⁴. È opportuno, invece, dedicare alcune riflessioni all'inquadramento delle diverse attività svolte in favore dei pazienti cronici ed alla questione – «annosa»¹⁵ – della ripartizione dei corrispondenti costi tra il servizio pubblico e i familiari del malato.

Proprio riguardo alla dialettica fra i trattamenti sanitari e socio-assistenziali, il testo dell'art. 6 del d.P.C.M. dell'8 agosto 1985 – adottato a seguito dell'entrata in vigore della legge istitutiva del SSN – lasciava trasparire un diverso inquadramento dei ricoveri dei «malati mentali» e dei «tossicodipendenti», entrambi qualificati come «attività socio-assistenziali di rilievo sanitario» – e dunque gravanti sul fondo nazionale – a condizione che fossero, nell'ordine, diretti in via esclusiva o prevalente alla «cura

¹² Sul fondamento costituzionale della «libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo» cfr. L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, III, 1297, a giudizio del quale tale prerogativa «va finalmente a radicarsi», a partire dalla decisione n. 471/1990 della Corte Costituzionale, «nel principio della libertà personale».

¹³ Scriveva, a proposito del resoconto tracciato in un volume dedicato al tema dei diritti «violati» degli anziani malati cronici – nel 1988 – N. BOBBIO, *I valori ed i diritti umani degli anziani cronici non-autosufficienti*, AA.VV., *Eutanasia da abbandono*, Torino, 1988, 57-58: «Vi sono descrizioni crude di ricoveri in istituti o in ospedali insufficienti, di appartamenti malsani, di sofferenze senza lenimenti che suscitano un profondo senso di commiserazione e provocano quasi ad ogni riga la domanda: “Ma che cosa si può fare?”. Non siamo terzo mondo. Ci vantiamo di essere persone evolute. Ci vantiamo di aver sorpassato non so quante nazioni nella ricchezza, ma siamo ancora molto indietro rispetto agli “indici di civiltà” come direbbe un sociologo. Di fronte alla domanda “che fare?”, la immediata risposta è che una società ricca, di facili e superflui costumi, che lascia incancrenire situazioni simili senza correre ai rimedi, è una società incivile».

¹⁴ Denuncia lo spostamento di tale asse verso un modello in cui «la funzione sociale prevale su quella sanitaria» G.M. FLICK, *La tutela costituzionale del malato non autosufficiente: le garanzie sanitarie dei LEA, il “pericolo” dei LEP*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2023, II, 244.

¹⁵ M. DOGLIOTTI, *Sul contributo chiesto ai parenti degli assistiti in tempi di crisi economica*, in *Fam. pers.*, 2013, VII, 726. Sul tema cfr. F. PESARESI, *La ripartizione della spesa nelle RSA*, in *Tendenze nuove*, 2012, III, 199 ss.



e al recupero fisico-psichico» ovvero «alla cura e/o al recupero fisico-psichico» dell'interessato¹⁶. Tale disallineamento lessicale è stato, opportunamente, ritenuto privo di qualsivoglia rilievo dalla giurisprudenza di legittimità. Dall'uso della «congiunzione “e” che unisce i termini “cura” e “recupero” dei malati mentali» – in luogo della «o» che «unisce gli stessi termini in relazione ai tossicodipendenti» – non può, invero, essere inferita una «distinzione tra malati mentali *acuti* e malati mentali *cronici*», né può predicarsi l'espunzione delle attività socio-assistenziali svolte in favore di questi ultimi da «quelle considerate di rilievo sanitario»¹⁷. Stante l'assenza di una simile dicotomia nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, il richiamato atto di indirizzo e coordinamento del 1985 si sarebbe rivelato, diversamente opinando, «certamente *contra legem* e come tale disapplicabile dal giudice ordinario»¹⁸.

Scongiurata, per tale via, un'arbitraria lesione del *diritto soggettivo* alla salute dei malati cronici – contrapposto al loro *interesse legittimo* all'erogazione dei servizi assistenziali¹⁹ –, è stato registrato, nella successiva evoluzione giurisprudenziale e legislativa, un processo di graduale «sanitarizzazione»²⁰ degli interventi di assistenza sociale. A ciò consegue una complessa mappatura dei costi, di entità variabile, di volta in volta esclusi dalla copertura pubblica e gravanti sui familiari dell'interessato.

Esemplare, ai fini che interessano in questa sede, si rivela il tema dell'allocazione delle spese relative alle prestazioni domiciliari, semiresidenziali e residenziali svolte a beneficio degli anziani cronici non autosufficienti, dei malati di Alzheimer e dei pazienti colpiti da ulteriori forme di demenza senile²¹.

In ossequio ad un orientamento radicatosi nella giurisprudenza di legittimità, laddove i trattamenti sanitari non possano essere svolti «se non congiuntamente» ai servizi socio-assistenziali, questi ultimi devono essere erogati a titolo gratuito, nella misura in cui le componenti della «complessiva prestazione» eseguita siano «avvinte» da un «nesso di strumentalità necessaria»²². Da qui la dicotomia tra le attività socio-assistenziali «inscindibili» dalle cure mediche e quelle «pure», il cui elemento differenziale riposa non tanto nella «situazione di limitata autonomia» dell'interessato, quanto piuttosto nel riscontro di un «trattamento terapeutico personalizzato» alla luce della storia clinica del soggetto di volta in volta considerato²³. Solo in quest'ultimo caso, il costo del servizio assistenziale rimane «interamente assorbito» nelle prestazioni garantite dal sistema pubblico, atteso che l'attività svolta dalla struttura convenzionata/accreditata rientra «a pieno titolo» nell'ambito organizzativo e funzionale del servizio sanitario nazionale²⁴.

¹⁶ Cass. 20 novembre 1996, n. 10150, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 905.

¹⁷ Cass. 20 novembre 1996, n. 10150, cit. (i corsivi sono aggiunti).

¹⁸ Cass. 20 novembre 1996, n. 10150, cit.

¹⁹ Tale diversa connotazione della situazione giuridica soggettiva del malato – affermata da Cass., sez. un., 27 gennaio 1993, n. 1003, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1838 – viene ribadita, tra le altre, da Cass. 30 maggio 2019, n. 14774, in *Dejure*.

²⁰ L'espressione è di M. CONSITO, *La “sanitarizzazione” delle prestazioni di servizio sociale attribuite in via principale alle aziende sanitarie*, in R. CAVALLO PERIN-L. LENTI-G.M. RACCA-A. ROSSI (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010, 55 ss.

²¹ Una disamina delle fonti, di vario grado, succedutesi nella regolazione della materia si trova in Cass. 11 dicembre 2023, n. 34590, in *Giust. civ. Mass.*, 2024.

²² Cass. 28 novembre 2017, n. 28321, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, che richiama, sul punto, Cass. 22 marzo 2012, n. 4558, in *Foro it.*, 2012, 9, I, 2384.

²³ Cass. 11 dicembre 2023, n. 34590, cit.

²⁴ «Al fine dell'accertamento del discrimine» – si legge in Cass. 24 gennaio 2023, n. 2038, in *Giust. civ. Mass.*, 2024 – «va puntata l'attenzione sulla condizione del malato, e non sulle caratteristiche della struttura ove è ospitato. Ciò che rileva non è, quindi, che fosse stato concordato o comunque previsto, per quel singolo paziente, un piano terapeutico personalizzato o la sua corretta attuazione in conformità con gli impegni assunti verso il paziente o i familiari al momento del ricovero,



Ne deriva, sul piano privatistico, la nullità dell'accordo stipulato contestualmente alla presa in carico del malato e «comportante l'impegno unilaterale» di quest'ultimo o dei suoi congiunti al pagamento di una retta che costituisce, in realtà, il corrispettivo di una prestazione «dovuta» – previa verifica dell'anzidetta infrazionabilità tra i servizi socio-assistenziali e sanitari – in ossequio ad una «previsione» di legge²⁵. Laddove, all'opposto, i servizi erogati all'interno della struttura rivestano «natura esclusivamente socio-assistenziale», la quantificazione dei relativi costi è rimessa alla libera pattuizione fra le parti, senza che una limitazione al «generale potere di autonomia negoziale» possa essere argomentata in conseguenza della normativa sul SSN²⁶. È, insomma, l'«unitaria ed inscindibile coesistenza» degli aspetti sanitari e assistenziali dell'obbligazione di cura a determinare, indipendentemente dalla preponderanza degli uni sugli altri²⁷, la «non recuperabilità, mediante azione di rivalsa a carico dei parenti del paziente»²⁸, delle prestazioni assistenziali di cui quest'ultimo abbia eventualmente beneficiato.

Entro tale quadro, a prima vista lineare, la giurisprudenza di merito adotta talora il criterio della *prevalenza* della tipologia di prestazioni svolte all'interno della struttura – in luogo di quello dell'*inseparabilità* tra le medesime – ai fini della quantificazione dei costi a carico del malato²⁹. Non è sempre agevole, d'altra parte, accertare i presupposti – costituiti dall'elaborazione di un trattamento terapeutico *ad personam* e dalla sua inestricabile connessione con le attività assistenziali – in presenza dei quali la prestazione sanitaria esercita la propria *vis attractiva* sugli altri servizi svolti in favore dell'ospite della RSA.

Il rischio, tangibile, è che l'interessato o i suoi familiari – una volta raggiunti dalla richiesta di versare una quota, spesso non trascurabile³⁰, delle spese di lungodegenza – non riescano a dimostrare la sartorialità del piano di cura, né la sua osmosi con le altre prestazioni rese dalla struttura che reclama il pagamento del corrispettivo. La corretta applicazione della regola pretoria coniata dalla Cassazione, in ogni caso, postula la chiara – preventiva – individuazione del nesso fra i trattamenti sanitari e assistenziali di cui l'interessato necessita in ragione del quadro clinico riscontrato dal personale medico. Ciò dovrebbe avvenire, di regola, al momento della «presa in carico» socio-sanitaria del «non autosuffi-

quanto che quel piano fosse dovuto, e che quindi sussistesse la necessità, per il paziente, in relazione alla patologia della quale risultava affetto (...), dello stato di evoluzione al momento del ricovero e della prevedibile evoluzione successiva della suddetta malattia, di un trattamento sanitario strettamente e inscindibilmente correlato con l'aspetto assistenziale perché volto, attraverso le cure, a rallentare l'evoluzione della malattia».

«Solo qualora si escluda *in concreto*» – conclude la Suprema Corte – «la necessità che per il singolo paziente affetto da Alzheimer, per la sua storia sanitaria personale, la prestazione socioassistenziale sia inscindibilmente legata con la prestazione sanitaria, è legittimo che parte della retta di degenza sia posta a carico del paziente» (tutti i corsivi sono aggiunti).

²⁵ Cass. 11 dicembre 2023, n. 34590, cit.

Sul regime dell'azione di ripetizione dell'indebito esercitata dal *solvens* cfr. G. FRANCHI, *La tutela giuridica degli anziani non autosufficienti*, Vicalvi, 2016, 50, il quale distingue l'ipotesi – e la conseguente individuazione del legittimato passivo della pretesa restitutoria – del ricovero presso una RSA comunale ovvero presso una casa di cura convenzionata.

²⁶ Cass. 28 novembre 2017, n. 28321, cit.

²⁷ Cass. 17 ottobre 2024, n. 26943, in *Dejure*.

²⁸ Cass. 11 dicembre 2023, n. 34590, cit.

²⁹ Una tale argomentazione, condotta dalla corte di merito, è stata censurata da Cass. 18 maggio 2023, 13714, in *Guida al diritto*, 2023, 21.

³⁰ Cfr. A. TESTI-E. IVALDI-C. CISLAGHI, *Primi elementi per la costruzione di una tariffa nelle RSA: i predittori della complessità assistenziale*, in *Tendenze nuove*, 2010, I, 9, dove si sottolinea l'inesistenza di un «flusso informativo ufficiale per le prestazioni residenziali che consenta una analisi di questo livello essenziale», nonché l'assenza di un «sistema tariffario che fissi principi omogenei a livello nazionale».



ciente”»³¹, al fine di prevenire il successivo contenzioso sull'imputazione dei costi delle cure (*lato sensu* intese³²) prestate all'interno della struttura.

3. – Anche in relazione all'inventario delle misure di supporto degli adulti vulnerabili, la fenomenologia delle malattie croniche offre all'interprete un angolo di osservazione privilegiato. Data l'ampiezza dello spettro di patologie ivi riconducibili, lo statuto della cronicità si colloca sul duplice crinale che separa, da un lato, l'interdizione/inabilitazione e l'amministrazione di sostegno – i cui «arcani»³³ confini non sono ancora stati compiutamente messi a fuoco – e, dall'altro, quest'ultimo istituto e gli strumenti di governo “stragiudiziale” della fragilità.

Con riferimento al discrimine tra amministrazione di sostegno e interdizione, spiccano – fra i vari criteri elaborati per definire i contorni delle due figure – quelli imperniati sulla *gravità* della patologia diagnosticata all'interessato e sulla *complessità* del patrimonio di cui lo stesso è titolare.

A conforto del primo orientamento si osserva – anche in tempi recenti – che l'interdizione assicura un «*quid pluris* di protezione» nelle ipotesi in cui l'infermità di mente del soggetto e l'inconsapevolezza del proprio stato di salute lo rendano incapace di «provvedere autonomamente alla gestione della propria quotidianità», di «garantirsi un'assistenza adeguata» e «di rilasciare un consenso informato» alle cure mediche, donde la tutela rappresenta «l'unico strumento» legittimante, ad esempio, una «collocazione protratta» in una struttura «contro la volontà dell'interessato»³⁴. Così, a fronte di una condizione cronica irreversibile che «compromette in modo globale la capacità della persona» e non lascia «apprezzabili spazi di autonomia, neppure in ambiti specifici»³⁵, l'interdizione – etichettata come residuale³⁶ – dovrebbe essere preferita all'amministrazione di sostegno³⁷.

Contro una simile lettura viene evidenziata, per un verso, la formulazione con la quale il legislatore del 2004 ha descritto i presupposti per l'apertura dell'amministrazione di sostegno – talmente ampia da rendere la misura applicabile anche ai potenziali destinatari dell'interdizione e dell'inabilitazione³⁸

³¹ In questi termini A. CAPUTO, *Persone non autosufficienti. Responsabilità degli operatori e delle strutture*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 31 ss., che sottolinea l'importanza, in tale fase – che si colloca «per lo più a seguito di dimissioni da struttura sanitaria» – di una valutazione multidimensionale delle condizioni del paziente.

³² L'ampiezza del concetto di «cura» e la sua capacità di abbracciare «spazi ancora più ampi di quello clinico in senso stretto» è evidenziata da F. DANOVI, *Presentazione*, in A. MANIACI (a cura di), *La cura della relazione e la relazione di cura. Dialogo fra giuristi, medici e psicoterapeuti*, Pisa, 2023, XI, che ne identifica il significato più esteso con lo svolgimento di «ogni attività posta in essere con impegno e diligenza, regolarità e perseveranza, al fine di provvedere a qualcosa o, sovente, anche a qualcuno».

³³ L. BALESTRA, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno ed interdizione*, in *Famiglia*, 2006, II, 366 ss.

³⁴ Trib. Savona 20 maggio 2024, in *Dejure*.

³⁵ Trib. Messina 16 dicembre 2022, n. 21627, in *Dejure*.

³⁶ Trib. Ascoli Piceno 2 ottobre 2023, n. 617, in *Dejure*.

³⁷ Le decisioni citate nelle ultime due note vengono richiamate, in senso critico, da R. ROSSI, *Un imperativo cogente: abrogare l'interdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, VI, 81.

Nel medesimo solco interpretativo si colloca la recente pronuncia che ha ritenuto dirimenti, ai fini della scelta dell'«istituto paternalistico confacente» all'interessato, le risultanze dell'«esame» della persona – durante il quale la stessa si è mostrata «disorientata», «non ha saputo dire come si chiamasse e dove fosse nata, non ha riconosciuto la figlia (...) presente in aula, né ha saputo dire in che modo era giunta in Tribunale e non ha avuto percezione dell'organo giudicante» – e la sua incapacità di attendere ai «semplici gesti della vita quotidiana» (Trib. Potenza 14 novembre 2024, n. 1857, in *Dejure*, che ha dichiarato, su tale base, l'interdizione di una persona affetta da «malattia di Parkinson in fase complicata»).

³⁸ M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, in *Fam. dir.*, 2007, I, 38-39; M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2024, 65-66.



–, nonché, per un altro verso, la circostanza che proprio nei casi più gravi – ove «viene meno quel *minimum* di vita di relazione che rende maggiormente necessaria la protezione del soggetto» – la scelta dell'interdizione potrebbe rivelarsi «superflua»³⁹. L'inadeguatezza del ricorso ad un «criterio quantitativo» è stata rimarcata dalla giurisprudenza di legittimità, ad avviso della quale la «differenza» tra amministrazione di sostegno e interdizione non risiede nella «maggiore o minore gravità della malattia o dell'handicap» del soggetto bisognoso di un supporto, bensì nella «natura e nel tipo di attività» che questi «non è più in grado di compiere da sé»⁴⁰ e per le quali necessita di un ausilio.

Volgendo lo sguardo dalla *serietà* del quadro clinico alla *latitudine* del patrimonio dell'interessato, al cospetto di una situazione «particolarmente florida» che richieda una gestione «svolgentesi in una molteplicità di direzioni (beni immobili, titoli obbligazionari, partecipazioni sociali)», l'interdizione costituisce – si afferma – il «più adeguato strumento di tutela degli interessi della persona», attesi, per converso, gli ampi «margini di autonomia lasciati» al beneficiario dell'amministrazione di sostegno ed il conseguente pericolo che egli ponga in essere atti pregiudizievoli⁴¹. La necessità – segnalata dal giudice delle leggi – 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»⁴² ha indotto una parte della giurisprudenza a declinare siffatto canone di adeguatezza in un'accezione che tenga primariamente conto della composizione del patrimonio del soggetto.

È stata, in questa prospettiva, confermata la pronuncia di merito che aveva accordato rilievo «non già» alla sola condizione clinica dell'interessato – descritta come totalmente, anche se non irreversibilmente, invalidante –, ma altresì alla rilevanza economica degli atti da compiere per suo conto, tale da «indurre a ritenere che solo un provvedimento di interdizione» potesse, «nella specie», tutelarne «adeguatamente» gli interessi. Di analogo tenore si rivelano le motivazioni, condivise dalla Suprema Corte, con le quali la scelta dell'interdizione viene inferita dalla «correlazione» tra la situazione «anagrafica (95 anni) e fisiopsichica» del soggetto e la «complessità delle decisioni anche quotidiane imposte dall'ampiezza, consistenza e natura composita del [suo] patrimonio (caratterizzato anche da rilevanti partecipazioni azionarie)»⁴³.

All'orientamento descritto sono state obiettate sia la fallacia dell'idea per cui le norme sull'amministrazione di sostegno delineerebbero una disciplina «meno protettiva» del patrimonio del beneficia-

³⁹ R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2016, 60.

Né, sotto questo profilo, l'esigenza di ricorrere all'interdizione può essere predicata alla luce della circostanza che l'infermità di mente dell'interessato non consentirebbe di instaurare un'efficace collaborazione con l'amministratore, non essendo la «continua interazione tra amministratore e beneficiario» dirimente ai fini della scelta tra amministrazione di sostegno e interdizione e l'inabilitazione (Cass. 12 giugno 2006, n. 13584, in *Dir. fam.*, 2007, I, 126, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la Corte Costituzionale si pronuncia la Corte di Cassazione*).

⁴⁰ Cass. 12 giugno 2006, n. 13584, cit.

⁴¹ S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 37. Laddove, per converso, si tratti di un patrimonio «il cui maggior cespite, ad es., sia rappresentato da una casa di abitazione», il giudice tutelare «ben potrà» – ad avviso dell'A. – «ritenere congrua la sottoposizione dell'infermo di mente all'amministrazione di sostegno, privandolo della capacità solo per quanto attiene agli atti relativi a detto cespite».

Il «criterio patrimoniale» – verso il quale, come vedremo *infra*, si è orientata una parte della giurisprudenza di legittimità – consentirebbe, da questo punto di vista, di preservare la residualità dell'interdizione e di circoscriverne l'impiego alle ipotesi in cui venga dimostrata la presenza di cespiti patrimoniali di difficoltosa gestione (T. BONAMINI, *Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno*, in *Fam. dir.*, 2020, XII, 1172).

⁴² Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 440, in *Giur. cost.*, 2005, VI, 4746.

⁴³ Cass. 26 luglio 2013, n. 18171, in *Foro it.*, 2013, II, 3210.



rio ⁴⁴, sia l'inidoneità di un criterio prettamente economico a legittimare la produzione di effetti – quali l'impedimento al matrimonio o il divieto di donazioni – che la legge ricollega all'interdizione e che invece esorbitano, in difetto di una diversa indicazione del giudice tutelare, dal regime dell'amministratore di sostegno ⁴⁵. Riesce difficile giustificare, in questa seconda direzione, che sia aprioristicamente ⁴⁶ inibito ad un soggetto di redigere testamento in ragione dell'ampiezza del suo patrimonio, in una sorta di contrappasso dantesco che vede decrescere, all'aumentare del valore dei cespiti, la facoltà di disporre *mortis causa*. Proprio a fronte di patologie degenerative gravissime come la SLA, di contro, la duttilità dell'amministrazione di sostegno ha consentito alla giurisprudenza di merito di superare le barriere fisiche che precludono al soggetto la manifestazione delle sue ultime volontà nelle forme tipizzate dal legislatore del 1942 ⁴⁷.

Coglie dunque nel segno una pronuncia della Cassazione del 2015 ⁴⁸ – ricondotta nell'alveo dell'orientamento di cui abbiamo dato conto ⁴⁹ ma, in realtà, concretante un «parziale *revirement*» ⁵⁰ – ove è confutata l'equazione tra la *non esiguità del patrimonio* dell'interessato e la *maggiore adeguatezza dell'interdizione giudiziale*. Viene, in particolare, avallato il percorso argomentativo all'esito del quale il giudice di merito, «pur dando atto della rilevante entità del patrimonio personale» del soggetto – «ulteriormente accresciuto dalla titolarità delle quote di una società immobiliare a sua volta in possesso di un ingente patrimonio» – aveva reputato che «ciò non giustificasse» una limitazione della capacità come quella «necessariamente collegata alla pronuncia dell'interdizione». Risultava piuttosto sufficiente, ai fini della corretta amministrazione delle sostanze del beneficiando, «l'imposizione del supporto di un amministratore di sostegno ed eventualmente dell'ausilio di esperti e qualificati professionisti» ⁵¹ in grado di contribuire all'assunzione delle decisioni connotate da un elevato tasso di tecni-

⁴⁴ M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, cit., 39.

⁴⁵ M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 592-593.

⁴⁶ Sull'impossibilità di estendere al beneficiario, in difetto di un'esplicita previsione inserita nel decreto di nomina (S. PATTI, *Il contraente "fragile"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2025, II, 233-234), le limitazioni riguardanti il matrimonio e il testamento cfr., rispettivamente, Cass. 11 maggio 2017, n. 11536, in *Foro it.*, 2017, 6, 1905 e Cass. 21 maggio 2018, n. 12460, in *Foro it.*, 2019, I, 1, 272.

⁴⁷ Il «paziente affetto da SLA» – evidenzia Trib. Varese 12 marzo 2012, in *Fam. pers. succ.*, 2012, VI, 436 ss., con nota di V. BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno* – «conserva intatto il suo nucleo del volere: e, però, pur "potendo volere", è racchiuso in una cortecchia fisica aggredita dalla malattia che gli impedisce di esternare, con i canali tipici, le proprie volontà. Per far fronte a questa "prigione" fisica, il progresso tecnologico ha elaborato sistemi di comunicazione alternativi a quello verbale che godono di una levata credibilità scientifica, come quelli a controllo oculare (o a "puntamento oculare") che profittano dell'unico movimento ancora controllabile dal paziente: quello degli occhi. Il riconoscimento dell'importanza della comunicazione non verbale non costituisce solamente un mezzo di esternazione (anche giuridica) delle volontà, ma un atto di rispetto e celebrazione della dignità del malato, il quale solo in questo modo può tornare ad essere partecipe della società, della famiglia degli affetti e, soprattutto, solo in questo modo può tornare ad avere il governo della propria vita, mediante chiara e precisa rivelazione di ogni volontà e desiderio».

⁴⁸ Cass. 11 settembre 2015, n. 17962, in *Riv. not.*, 2016, III, 554.

⁴⁹ Le due pronunce (Cass. 12 giugno 2006, n. 13584 e Cass. 11 settembre 2015, n. 17962) sono richiamate congiuntamente, *ex multis*, da Cass. 17 settembre 2024, n. 24878, in *Diritto & Giustizia*, 2024 e da Cass. 12 marzo 2025, n. 6553, in *Giust. civ. Mass.*, 2025), senza che venga rilevata alcuna discontinuità tra le medesime.

⁵⁰ E. VULLO, *Un parziale revirement della suprema corte sui criteri di scelta tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. dir.*, 2016, IV, 345 ss.

Il diverso approccio seguito da Cass. n. 17962/2015 viene altresì sottolineato da E. CARBONE, *La sofferenza psichica e il legno storto dell'interdizione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, IV, 571.

⁵¹ Cass. 11 settembre 2015, n. 17962, cit.



cismo. Una panoramica sulla giurisprudenza di merito più recente esibisce l'alternanza tra decisioni in cui il riscontro di una «situazione patrimoniale non del tutto semplice da gestire»⁵² induce a propendere verso la dichiarazione di interdizione⁵³ e, per converso, statuizioni ove la presenza di un compendio «anche (...) ingente»⁵⁴ di beni da gestire non è reputata ostativa alla nomina di un amministratore di sostegno⁵⁵.

3.1. – In relazione al secondo confine di cui occorre marcare l'ubicazione – quello, cioè, tra le ipotesi in cui la nomina di un amministratore di sostegno si rivela *necessaria* ovvero inutile e, dunque, *in contrasto con il dettato dell'art. 404 c.c.* –, si è progressivamente consolidato l'orientamento che pospone l'attivazione della misura ad una deliberazione avente ad oggetto la possibilità di salvaguardare gli interessi del beneficiario «con strumenti diversi»⁵⁶ da quello – di marca giudiziale – introdotto dal legislatore nel 2004.

Così, l'alternativa sussistenza di un'«idonea «rete familiare»⁵⁷ che assiste l'adulto bisognoso di supporto o di un efficace «sistema di deleghe» da questi «autonomamente» attivato⁵⁸ rende la nomina di un amministratore contraria alla lettera dell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle persone con disabilità, il cui richiamo al concetto di «*supporto*» viene condivisibilmente esteso ai «casi di sostegno su base volontaria» e alle «situazioni di fatto»⁵⁹. Depongono in tal senso, sul piano comparatistico, le norme recentemente introdotte nell'ordinamento tedesco e in quello spagnolo, convergenti nell'assegnare agli strumenti giudiziali un ruolo sussidiario rispetto alle misure stragiudiziali⁶⁰.

Elevando l'insussistenza di una *safety net* parentale ad implicito presupposto applicativo dell'istituto di protezione, mutano, inevitabilmente, i criteri di valutazione delle malattie croniche docu-

«Si tratta» – osserva E. VULLO, *op. cit.*, 357 – di una «scelta interpretativa che rimette consapevolmente in discussione un elemento valutativo sul quale ormai si registrava un certo consenso, (ri)aprendo nuovi spazi applicativi all'amministrazione di sostegno, che potrà essere preferita anche a fronte di assetti patrimoniali di particolare entità e/o complessi da gestire. Ne consegue che «il baricentro della valutazione del giudice non dovrebbe insistere su quello che l'incapace non è più in grado di fare, ma sulla sua residua capacità di compiere determinati atti».

⁵² Trib. Messina 26 gennaio 2012, n. 185, in *Dejure*.

⁵³ Trib. Lamezia Terme 13 luglio 2021, in *Dejure*.

⁵⁴ La «non irrilevante capacità patrimoniale» del soggetto interessato è dirimente, secondo Trib. Torino 11 ottobre 2021, n. 4531, in *Dejure*, ai fini della pronuncia di interdizione.

⁵⁵ Si sottolinea, in questa prospettiva, che «la sola entità del patrimonio del beneficiario non è sufficiente a giustificare la pronuncia di interdizione», ben potendo la sua eventuale complessità essere fronteggiata con l'«ausilio di esperti» di cui l'amministratore può «giovare» nell'espletamento del proprio incarico (Trib. Cosenza 3 ottobre 2021, n. 1908, in *Dejure*).

⁵⁶ Cass. 11 luglio 2022, n. 21887, in *Giust. civ. Mass.*, 2022, sulla quale cfr. C. FAVILLI, *Amministrazione di sostegno e strumenti negoziali nella protezione degli adulti vulnerabili*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile*, Milano, 2023, la quale rimarca come la «sussidiarietà funzionale» tra le «forme di protezione legale» e gli «schemi negoziali» rifletta la dialettica riscontrabile, sul versante normativo, tra l'amministrazione di sostegno e gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione (pp. 49-50).

⁵⁷ Cass. 31 dicembre 2020, n. 29981, in *Giur. It.*, 2021, IX, 2335 ss., con nota di L. OLIVERO, *Amministrazione di sostegno e familiari*.

⁵⁸ Cass. 27 settembre 2017, n. 22602, in *Foro it.*, 2017, 11, I, 3307.

⁵⁹ L'ampio significato del concetto di «*supporto*» è rimarcato da V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, II, 430-431. Sulla centralità del diritto al «sostegno» nell'orbita della Convenzione e dei diritti nazionali si sofferma V. D'ALESSANDRO, *Persone con disabilità, capacità, diritti fondamentali*, in *Pers. merc.*, 2024, II, 559 ss.

⁶⁰ Cfr., rispettivamente, M. GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, V, 854 ss. e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Fam. dir.*, 2024, III, 283 ss.



mentate nell'istanza di nomina rivolta al giudice tutelare. Il rapporto eziologico tra lo stato di salute dell'interessato e la sua incapacità di attendere ai propri interessi viene, infatti, spezzato dalla presenza di un *caregiver* o di una cerchia dei congiunti in grado di prestare – *di fatto* ovvero *su delega* del soggetto fragile – un ausilio nell'espletamento delle incombenze personali e patrimoniali di cui quest'ultimo non riesce a farsi autonomamente carico.

Neppure a fronte di un quadro clinico di avanzata e severa comorbidità⁶¹ – ovvero di una menomazione fisica grave quale la completa cecità⁶² – il giudice può ritenersi esonerato dallo scrutinare le condizioni di vita sulle quali si innesta l'infermità del potenziale destinatario della misura⁶³. Specularmente, il riscontro di un solido apparato di assistenza familiare è dirimente ai fini della reiezione dell'istanza di nomina, senza che risulti necessario alcun supplemento istruttorio circa lo stadio di avanzamento della patologia diagnosticata. In quest'ultima prospettiva, una recente pronuncia di legittimità ha dichiarato inammissibile – in ragione della «assistenza di una rete familiare e professionale di sostegno» individuata dallo stesso beneficiando ed operante «in maniera non pregiudizievole per i suoi interessi» – il gravame in cui veniva lamentato l'omesso esercizio dei poteri officiosi che l'art. 407, comma 3, cod. civ. accorda al giudice nell'accertamento delle circostanze «di natura medica» utili ai fini della decisione⁶⁴.

Giova segnalare l'incidenza dell'accennata evoluzione giurisprudenziale sulle possibili, future, istanze di revoca delle amministrazioni di sostegno già attivate. Radicatasi la massima che assegna alla spontanea formazione di un reticolo protettivo un'efficacia ostativa alla nomina di un amministratore, non è peregrino immaginare che la richiesta di cessazione dei relativi effetti possa fondarsi sulla sopravvenuta costituzione di tale rete assistenziale.

Il tema è stato affrontato *ex professo* dalla Suprema Corte, la quale ha confermato il rigetto di una domanda di revoca della misura in cui si deduceva, oltre al miglioramento del quadro clinico dell'amministrato, la presenza di un sostegno parentale in grado di assicurare il soddisfacimento delle sue esigenze di cura. Nell'avallare le argomentazioni condotte nel provvedimento impugnato – ove si dava atto che «la rete familiare riferita nel reclamo» era «in effetti priva di quei connotati di stabilità»

⁶¹ Cass. 27 maggio 2024, n. 14689, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, VI, 1321 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Rifiuto del beneficiando di sottoporsi a CTU e applicazione della misura di protezione*.

La Cassazione ha censurato la valutazione operata dalla Corte di Appello – ritenuta il «frutto di un'opzione previsionale calibrata sull'ipotesi di una condotta futura [dell'interessato], non sorretta da chiari ed univoci accertamenti clinici e diagnostici» – a sostegno dell'apertura dell'amministratore di sostegno in favore di un soggetto affetto da «varie patologie (gastropatia cronica; poliartrosi ad incidenza funzionale) tra cui una condizione di iperosmia la cui origine si supposeva fosse psicologica» e che aveva indotto la corte di merito – stanti i «manifestati rifiuti di sottoporsi all'attività diagnostica e ad eventuali percorsi terapeutici» – a ritenere giustificate le «fondatte preoccupazioni per l'evoluzione dello stato di salute» dell'interessato.

⁶² Cass. 31 dicembre 2020, n. 29981, cit., nella quale la Cassazione stigmatizza l'omessa considerazione – da parte delle corti di merito – della circostanza, valorizzata invece dal CTU, che la persona interessata era «adeguatamente» supportata da una «rete familiare ed amicale» coordinata dalla figlia che provvedeva da oltre vent'anni a soddisfare esaurientemente le sue esigenze di tutela.

⁶³ Osserva – riguardo alla sussidiarietà degli istituti di protezione legale rispetto a quelli negoziali o di fatto – G. CARAPEZZA FIGLIA, *Amministrazione di sostegno. Una rilettura assiologica*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, III, 827: «La presenza di un'assistenza realizzata in via negoziale o fattuale e la sua concreta adeguatezza rispetto alla funzione di cura della singola persona in condizioni di fragilità devono, dunque, formare oggetto della valutazione giudiziale, costituendo parte integrante dell'apprezzamento specifico e circostanziato dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, quale indefettibile presupposto applicativo dell'amministrazione di sostegno».

⁶⁴ Cass. 26 febbraio 2025, n. 5088, in *Guida al diritto*, 2025, 10.



necessari ad «assicurare la tutela degli interessi» dell'istante – la Cassazione ha confermato la valutazione all'esito della quale il giudice di merito aveva limitato i «poteri di gestione patrimoniale» dell'amministratore ai «soli atti di straordinaria amministrazione»⁶⁵. Al netto delle considerazioni sulla «tenuta» della rete di sostegno, la pronuncia conferma, implicitamente, la possibilità dell'interessato di allegare la sopraggiunta disponibilità di ausili di protezione alternativi (e prevalenti) rispetto a quello – sussidiario – di matrice giudiziale.

4. – Alla luce del quadro finora tracciato, l'amministrazione di sostegno funge da anello intermedio tra un regime stragiudiziale di protezione degli adulti vulnerabili – incentrato sul ruolo dell'*entourage* familiare – e gli «arcaici»⁶⁶ istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Dalla scelta di una delle anzidette modalità di «governo» della fragilità discendono rilevanti conseguenze sul grado di autodeterminazione terapeutica dell'interessato.

Procedendo in ordine decrescente – dalla misura più drastica a quelle meno limitative dell'autonomia –, il dovere di *cura* dell'interdetto giudiziale grava sul tutore in conseguenza del rinvio operato dall'art. 424 cod. civ. alle disposizioni sulla tutela dei minori⁶⁷. Spetta al rappresentante legale dell'incapace interloquire con l'autorità giudiziaria in ordine alla sua «collocazione» abitativa – a seconda che il «progetto di vita» elaborato dalla competente unità di valutazione geriatrica o multidimensionale preveda un inserimento residenziale o domiciliare, – nonché prestare o negare il consenso informato ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge n. 219/2017⁶⁸. Il tutore invitato ad autorizzare o rifiutare una determinata cura dovrà, «ove possibile», coinvolgere l'adulto sottoposto a tutela, in modo da valorizzarne le «capacità di comprensione e di decisione» (art. 3, comma 1, legge n. 219/2017)⁶⁹. Lungi dall'essere «espropriato» della propria autodeterminazione terapeutica⁷⁰, l'interdetto è chiamato, nei limiti in cui il suo stato di salute lo consenta⁷¹, a contribuire alla formazione delle scelte mediche che lo riguardano, restando del tutto «estranea» alla legge del 2017 l'idea che il consenso o il dissenso ad un trattamento venga prestato dal tutore senza tenere in considerazione la volontà che il rappresentato «è in grado di manifestare»⁷².

⁶⁵ Cass. 8 luglio 2025, n. 18549, in *Dejure*.

⁶⁶ L'espressione è di G. LISELLA, *Inabilitazione e interdizione: due arcaici istituti al crepuscolo*, in *Pers. merc.*, 2014, II, 123 ss.

⁶⁷ J. LONG, *L'istituto giuridico della "tutela" alla prova del tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 604, la quale esclude, condivisibilmente, che un analogo regime possa applicarsi all'interdetto legale. La medesima norma indicata nel testo rinvia, per quanto attiene all'inabilitato, alle regole riguardanti la curatela del minore emancipato.

⁶⁸ Così J. LONG, *op. cit.*, 605.

⁶⁹ La dottrina non aveva mancato di censurare, prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017, l'idea di appiattare la «funzione (o ufficio) di cura sull'idea di rappresentanza negoziale», con il conseguente rischio di «cadere nella finzione che fa del rappresentante un artificiale portavoce del rappresentato obliterando i limiti intrinseci alle funzioni di cura di cui genitori e tutori sono investiti» (A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, I, 31-32, a parere del quale la «pretesa» del rappresentante di «incarnare "la voce" del rappresentato – di fatto incapace – accredita il potere di prendere decisioni su diritti personalissimi come se si trattasse di vere e proprie decisioni del soggetto titolare di tali diritti»).

⁷⁰ E. DALY, *Amministratore di sostegno e rappresentanza in ambito sanitario*, in *Fam. dir.*, 2020, VII, 759.

⁷¹ Nell'enfasi accordata alla capacità di comprensione e decisione di minori e incapaci (art. 3, comma 1) la dottrina ha ravvisato un riconoscimento della «garanzia di ascolto» e della libertà di autodeterminazione del malato, entrambe designate come «conquiste non rinunciabili del diritto dei principi» (P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, I, 20).

⁷² P. BORSELLINO, «Biotestamento»: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura nel disegno della L. n. 219/2017, in *Fam. dir.*, 2018, VIII-IX, 11.



Diversamente dall'inabilitato – al quale il legislatore riconosce espressamente la facoltà di autorizzare gli interventi proposti dallo *staff* medico –, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può conservare o meno – a seconda del regime di «assistenza necessaria» o di «rappresentanza esclusiva» prevista dal decreto di nomina «in ambito sanitario» – il diritto di manifestare autonomamente il consenso informato, tenuto, in ogni caso, conto della volontà da questi espressa «in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere» (art. 3, comma 4, legge n. 219/2017). La regola costituisce un corollario della flessibilità dell'istituto di protezione introdotto nel 2004, i cui effetti non possono ritenersi «definiti *a priori*»⁷³ ma devono, all'opposto, essere opportunamente dosati a seconda delle condizioni e delle esigenze di tutela del beneficiario.

Riflessa attraverso le lenti dell'autodeterminazione terapeutica, la sartorialità dell'amministrazione di sostegno dischiude una pletora di scenari che vanno dalla piena autonomia del soggetto fino alla rappresentanza esclusiva dell'amministratore. Si rivelano necessarie, rispetto a quest'ultima soluzione – verosimilmente praticabile a fronte di una patologia talmente grave da minare la capacità decisionale del soggetto – due puntualizzazioni.

Alla rappresentanza (sanitaria) esclusiva eventualmente prevista nel decreto di nomina non corrisponde, in primo luogo, una potestà decisionale assoluta dell'amministratore⁷⁴. Se, invero, perfino l'interdetto giudiziale deve essere coinvolto, nella misura in cui le sue condizioni lo permettano, nell'interlocuzione del tutore con il personale sanitario (art. 3, comma 3), *a fortiori* il concetto di rappresentanza si allontana – nell'orbita della legge n. 6/2004 – dalla logica della “sostituzione” che tradizionalmente ne permea l'esercizio⁷⁵. Da ciò consegue che l'amministratore legittimato a prestare o a negare il consenso “per conto” del beneficiario non potrà esimersi dall'intessere – auspicabilmente con l'ausilio della stessa *équipe* medica – un dialogo teso a raccogliere dal “rappresentato” indicazioni utili alla formazione di una volontà vicaria quanto più prossima a quella che quest'ultimo avrebbe autonomamente esternato. L'inesistenza di un «potere incondizionato» dell'amministratore di «disporre della salute» del beneficiario è stata ribadita sia dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁶ sia dalla Corte costituzionale, la quale ha sottolineato la natura personalissima del diritto alla salute e la sua insuscettibilità di essere «trasferito» in capo al tutore o all'amministratore di sostegno⁷⁷.

La seconda precisazione – operata dal giudice delle leggi nella decisione appena richiamata – attiene alla disciplina del rifiuto dei «trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita» del paziente-beneficiario a fronte della rappresentanza sanitaria esclusiva attribuita all'amministratore ed in assenza di disposizioni anticipate di trattamento. Nel dichiarare infondato il sospetto di costituzionalità sollevato dal giudice *a quo* in relazione ai commi 4 e 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017, la Corte ha orientato l'esegesi delle disposizioni censurate alla luce dei «principi che conformano l'amministrazione di sostegno», i quali inducono a «negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in

⁷³ J. LONG, *op. cit.*, 606.

⁷⁴ E. DALY, *op. cit.*, 759.

⁷⁵ Esclude che l'amministratore (o il tutore) possa imporre le proprie decisioni al beneficiario o al rappresentato «dissenziente in ordine alle scelte di cura al di fuori di qualsiasi “contrattazione” con l'interessato» E. DALY, *op. cit.*, 759.

⁷⁶ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, 9, I, 2609.

⁷⁷ Corte cost. 13 giugno 2019, n. 144, in *Foro it.*, 2019, 10, 3024.

«D'altra parte» – osserva la Corte – «l'art. 3, comma 4, della legge n. 219 del 2017 espressamente prevede che l'amministratore di sostegno deve tenere conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere, quando la nomina comprenda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario: circostanza, questa, che implicherebbe un vaglio specifico da parte del giudice».



ambito sanitario rechi con sé, anche e necessariamente, il potere [dell'amministratore] di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita»⁷⁸. A tale conclusione non ostano le norme della legge n. 219/2017 segnalate dall'organo rimettente, nella misura in cui le stesse «si limitano a disciplinare il caso in cui l'amministratore di sostegno abbia ricevuto anche tale potere». Rientra dunque nel prudente apprezzamento del giudice tutelare – «in occasione della nomina» ovvero «successivamente», a seconda del «decorso della patologia» – la decisione se conferire all'amministratore *anche* una simile prerogativa, laddove le condizioni cliniche del beneficiario siano «tali da rendere necessaria una decisione sul prestare o no il consenso a trattamenti sanitari di sostegno vitale»⁷⁹.

Rimangono da esaminare le regole che presiedono alla formazione delle decisioni terapeutiche riguardanti gli adulti fragili che non siano destinatari di alcuna misura di protezione giudiziale⁸⁰. Dinanzi alla frequente perturbazione della capacità di intendere e di volere dei pazienti chiamati ad assumere determinate scelte sanitarie⁸¹, manca – nel nostro ordinamento – una disciplina organica degli effetti riconducibili alla volontà proveniente da una persona non del tutto lucida ovvero dai soggetti che dialogano con il personale medico quali suoi «protettori naturali»⁸².

Tralasciando, per il momento, le norme dedicate alle DAT e alla PCC, alcune frammentarie previsioni riguardano, a titolo esemplificativo, la somministrazione delle cure necessarie e urgenti in relazione alle quali il «rispetto della volontà» del paziente rimane subordinato alla valutazione delle «condizioni cliniche» e delle altre «circostanze» (art. 1, comma 7, legge n. 219/2017)⁸³; la facoltà dei familiari – prevista dalle norme emergenziali per il contenimento dell'epidemia da Covid-19 – di prestare il consenso informato alla vaccinazione per i congiunti ricoverati e naturalmente incapaci (art. 1-*quiquies*, comma 3, d.l. n. 172/2020); il potere rappresentativo eventualmente conferito al convivente in vista di una futura malattia dalla quale consegua l'incapacità di intendere e di volere (art. 1, comma 40, legge n. 76/2016). È singolare, peraltro, che quest'ultima prerogativa non sia contemplata dalle disposizioni sul matrimonio e sulle unioni civili, avendo una parte della dottrina ravvisato in tale silenzio una conferma circa l'esistenza di un potere vicario «immanente»⁸⁴ di cui i coniugi e gli uniti civilmente sono reciprocamente titolari nelle decisioni sanitarie che li riguardano.

Il «sommerso» degli adulti vulnerabili sprovvisti di una misura giudiziale di sostegno ha scavato una voragine tra la regola che subordina al consenso del paziente legalmente capace il coinvolgimento dei familiari nella relazione di cura (art. 1, comma 2, legge n. 219/2017) e la prassi consolidatasi nei reparti ospedalieri⁸⁵, dove al riscontro di un offuscamento delle facoltà intellettive del soggetto corrisponde, immediatamente, l'elezione del suo accompagnatore e/o dei suoi congiunti ad interlocutori del personale sanitario. Ai rappresentanti «di fatto» del malato vengono comunicate, talora in via esclusi-

⁷⁸ Corte cost. 13 giugno 2019, n. 144, cit.

⁷⁹ Corte cost. 13 giugno 2019, n. 144, cit.

⁸⁰ Il tema viene recentemente esplorato da L. OLIVERO, *La rappresentanza dei familiari: epifanie giuridiche e regole sociali*, Torino, 2023, spec. 101 ss.

⁸¹ Il «paziente pienamente signore di sé» – evidenzia V. CALDERAI, voce *Consenso informato*, in *Enc. Dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 244 – «è l'eccezione, non la norma».

⁸² L'espressione è di AM. DE ACUTIS-C. EBENE-P. ZATTI, *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, in F.D. BUSNELLI-U. BRECCIA (a cura di) *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 152.

⁸³ A. TORRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, in *Riv. not.*, 2018, II, 434-435.

⁸⁴ L. OLIVERO, *La rappresentanza dei familiari: epifanie giuridiche e regole sociali*, cit., 114-115.

⁸⁵ Un'approfondita disamina di tali prassi operative è condotta da L. OLIVERO, *op. ult. cit.*, 115 ss.



va, le risultanze degli accertamenti diagnostici e le opzioni terapeutiche, anche in questo caso in contrasto con la norma che rimette al paziente non incapace di agire la decisione di non ricevere informazioni sul proprio stato di salute (art. 1, comma 3, legge n. 219/2017). Tutto ciò in assenza di una norma che autorizzi i familiari, sulla falsariga di quanto avviene in altri ordinamenti⁸⁶, a fare le veci del malato non *compos sui* nei confronti del personale medico.

Gli effetti di tale lacuna si acuiscono laddove neppure le descritte regole sociali consentano di superare lo “stallo” determinato dall’incapacità naturale del paziente. Non sempre, infatti, all’assenza di una misura legale di supporto corrisponde l’esistenza di una coesa rete di protezione, potendosi riscontrare opinioni divergenti⁸⁷, all’interno della cerchia dei congiunti, in merito alla programmazione degli interventi sanitari a cui il soggetto interessato debba (o non debba) sottoporsi. Così, un conflitto endofamiliare destinato a rimanere latente – almeno fino a quando non si tratti di individuare la persona più adatta ad assumere l’incarico di amministratore – potrebbe implodere, con conseguenze destabilizzanti sulla relazione di cura, dinanzi ad una scelta terapeutica rispetto alla quale il paziente non sia in grado di esprimere un “valido” consenso⁸⁸.

Nonostante, dunque, il silenzio del legislatore rimanga assordante e difficilmente colmabile in via interpretativa⁸⁹, la normativa introdotta nel 2017 consente, quantomeno, di prevenire l’anzidetta *impasse* attraverso una dichiarazione anticipata in cui il soggetto esprima, «in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi», il consenso o il rifiuto rispetto a determinati accertamenti diagnostici o a singoli trattamenti sanitari, con effetto vincolante per il personale medico (art. 4, legge n. 219/2017).

Non stupisce, allora, che dinanzi ad un vuoto normativo perdurato sino all’entrata in vigore della legge n. 219/2017, l’esigenza di formalizzare – *ora per allora* – una determinata decisione terapeutica abbia trovato una valvola di sfogo nella disciplina dell’amministrazione di sostegno e, segnatamente, nella previsione dedicata alla designazione anticipata dell’amministratore (art. 408 cod. civ.).

⁸⁶ Si rinvia, nuovamente, a L. OLIVERO, *op. ult. cit.*, 109 ss.

⁸⁷ La famiglia – rileva P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 23 – «non è un unitario soggetto collettivo», bensì «una pluralità di persone che ben potrebbero esprimere orientamenti e pareri difformi. Se pensiamo alle convivenze di fatto e a quelle comunità di vita che si realizzano oggi attraverso processi di sovrapposizione o integrazione tra gruppi familiari diversi in seguito alla morte, alla separazione, al divorzio, ancor più chiaramente ci rendiamo conto della mancanza, tecnicamente, di organi di formazione di una volontà comune imputabile alla famiglia come tale».

⁸⁸ Osservava – rispetto alla difficoltà di stilare una graduatoria dei congiunti chiamati a fare le veci del paziente – G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, I, 97: «il coniuge (non legalmente separato, oppure il convivente *more uxorio*) è preferito ai figli; la preferenza è dovuta alla comunanza di vita, o al fatto che in via successoria il coniuge gode di una riserva che prevale quantitativamente su quella prevista per i figli? E perché non dare la preferenza ai figli, posto che in questa situazione è il vincolo del sangue che dovrebbe prevalere su quello coniugale? E che dire dei genitori, posposti al coniuge e ai figli? Se si seguono le regole successorie, i genitori – in presenza di coniuge e figli – non sono eredi necessari, e quindi sono più liberi di esprimere una volontà “disinteressata”. (...). Difficile poi capire perché il convivente stabile dovrebbe prevalere sui genitori, mentre è comprensibile che prevalga sui parenti entro il quarto grado» (le osservazioni dell’A. si riferiscono al testo del d.l. n. 2943 del 4 maggio 2004).

⁸⁹ Per un tentativo di sistematizzazione delle norme sulla rappresentanza familiare in ambito sanitario cfr. L. OLIVERO, *op. ult. cit.*, 128, ad avviso del quale le previsioni episodiche di un potere vicario dei congiunti della persona non *compos sui*, lungi dal dover essere liquidate come «eccezioni» rispetto alla «regola» che esclude la sussistenza di qualsivoglia potere rappresentativo, costituiscono piuttosto «indizi» di un principio – «latente» nell’ordinamento – che «vede nei prossimi congiunti i naturali depositari delle volontà e delle aspettative di un soggetto incapace di discernimento, e li legittima ad agire nel suo interesse, per evitare vuoti di protezione, ma anche la sistematica apertura di misure legali».



A fronte delle aperture manifestate da una parte della giurisprudenza di merito⁹⁰, la Cassazione ha escluso, in un primo momento, la legittimazione di coloro che si trovino in una situazione di «piena capacità psico-fisica» a richiedere la nomina *pro futuro* di un amministratore al fine di opporre il dissenso ad un trattamento sanitario che dovesse, in seguito, prospettarsi come necessario⁹¹. Osta – si afferma – ad un tale “impiego” dell’istituto il presupposto inderogabile della contestualità fra l’istanza di attivazione della misura di sostegno e la condizione di incapacità del beneficiario⁹². Discostandosi da questo orientamento⁹³, una pronuncia di legittimità del 2019 ha negato che il disposto dell’art. 408, comma 1, cod. civ. assolva esclusivamente all’esigenza di designare in via anticipata l’amministratore. Ne discende la facoltà dell’interessato di «impartire», nella «pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive», le «decisioni sanitarie o terapeutiche» da «far assumere» all’amministratore al verificarsi di una situazione clinica destinata, a stretto giro, a concretizzarsi⁹⁴. Da tale angolo visuale, la disposizione codicistica proietta il «principio di autodeterminazione» nella dimensione del «consenso alle cure sanitarie», consentendo a «chiunque lo voglia» di esprimere le proprie volontà terapeutiche in vista di una futura condizione di incapacità⁹⁵.

Al netto delle incertezze interpretative sul perimetro applicativo del comma 1 dell’art. 408 cod. civ.⁹⁶ – e sulla conseguente rilevanza delle clausole bio-testamentarie convogliate nell’atto di designazione –, è evidente la contiguità tra la esegesi estensiva della norma codicistica e gli istituti delle DAT e della PCC⁹⁷. A seconda della (in)attualità della patologia, l’autodeterminazione terapeutica del paziente può essere esercitata attraverso una direttiva unilaterale destinata a spiegare i propri effetti al manifestarsi di determinate condizioni cliniche, oppure – a fronte di una malattia conclamata – nell’ambito di una pianificazione delle cure concordata con il personale sanitario⁹⁸. Non appare casuale, del resto, che

⁹⁰ Fra le altre Trib. Modena 5 novembre 2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 280, con nota di G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; Trib. Parma 2 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1839.

Le decisioni favorevoli alla «nomina anticipata» – si è osservato – «forzano la lettera della norma nell’assunto, in sé condivisibile, che la perdita di coscienza non può determinare anche la perdita di diritti e libertà fondamentali, dell’autodeterminazione nelle scelte personali, in quelle inerenti alla salute» (G. FERRANDO, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, III, 985; EAD., voce «Testamento biologico», in *Enc. dir.*, Annali, XIII, Milano, 2014, 1011).

⁹¹ Parla di «battuta d’arresto» D. INFANTINO, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari e l’amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, VI, 55, ad avviso della quale la misura di protezione regolata dagli artt. 404 ss. cod. civ. ha costituito, «soprattutto in presenza del vuoto normativo» esistente prima dell’entrata in vigore della legge n. n. 219/2017, uno «strumento idoneo per veicolare» le direttive anticipate di trattamento del beneficiario.

⁹² Cass. 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Foro it.*, 2013, 10, I, 2918.

⁹³ Sui termini del contrasto cfr. E.A. EMILIOZZI, *Nomina dell’amministratore di sostegno e rifiuto “ora per allora” alla trasfusione di sangue*, in *Corr. giur.*, 2019, XII, 1495 ss.

⁹⁴ Cass. 15 maggio 2019, n. 12998, in *Corr. giur.*, 2019, XII, 1491 ss., con nota di E.A. EMILIOZZI.

⁹⁵ Cass. 15 maggio 2019, n. 12998, cit.

⁹⁶ Cfr. M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., spec. 171 ss.; G. BONILINI, «Testamento per la vita» e amministrazione di sostegno, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 189 ss.; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, IV, 1023 ss.; M. PICCINNI-U. ROMA, *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell’autonomia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, II, 727 ss., spec. 734 ss.

⁹⁷ E.A. EMILIOZZI, *op. cit.*, 1499, a giudizio del quale, nonostante l’art. 5, legge n. 219/2017 faccia riferimento alla PCC come «strumento alternativo alla manifestazione del consenso al trattamento terapeutico», ciò non esclude che la stessa «si applichi anche e soprattutto al caso del dissenso preventivo a determinati trattamenti terapeutici, tra cui la trasfusione di sangue».

⁹⁸ L’utilizzabilità di entrambi gli istituti è evidenziata da G. MARCACCIO, *Appartenenza religiosa e dissenso preventivo al trattamento sanitario: DAT e pianificazione condivisa delle cure come volano di libertà del paziente-fedeles*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, I, 332 ss. (spec. 347-351).



il *revirement* della Cassazione sulla (non) necessaria contestualità tra il deposito del ricorso per la nomina di un amministratore e l'integrazione dei presupposti clinici per l'esecuzione delle direttive ivi impartite riguardasse un'istanza formalizzata prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017⁹⁹.

L'orientamento che ravvisa nell'art. 408, comma 1, cod. civ. un potenziale veicolo di programmazione delle cure assolveva – e tuttora assolve, rispetto alle vicende *ratione temporis* escluse dall'ambito applicativo della legge del 2017 – alla condivisibile esigenza di rendere pieno ed effettivo il diritto di negare il consenso alle cure. Terminata questa fase di “supplenza” rispetto agli strumenti delle DAT e della PCC, non sembrano – per converso – sussistere ostacoli affinché l'interpretazione della norma sulla designazione anticipata venga ricondotta entro i binari tracciati dall'art. 404 cod. civ.¹⁰⁰, ove il destinatario della misura di sostegno è identificato con il soggetto che *si trovi* – e non con colui che *si troverà* o che *potrebbe trovarsi* – nell'impossibilità di attendere ai propri interessi¹⁰¹.

Così individuati i corollari discendenti, in termini di impatto sull'autodeterminazione terapeutica, dall'alternativa adozione di misure di protezione *private* o *giudiziali* – ed in questo secondo caso *sartoriali* ovvero *incapacitanti* – in favore degli adulti fragili, occorre prendere atto del rischio che si sedimentino due regole operative tra loro confliggenti.

Da un lato, la sussistenza di una rete di prossimità del soggetto vulnerabile può essere allegata quale fatto impeditivo della nomina di un amministratore. È, solitamente, lo stesso beneficiando ad eccepire l'inutilità della misura – e l'infondatezza della relativa istanza – a fronte di una cordata parentale che provveda spontaneamente a supportarlo nelle attività in relazione alle quali egli abbia perduto, in tutto o in parte, la propria autosufficienza.

Da un altro lato, i soggetti che compongono tale reticolo assistenziale non sono legittimati a fare le veci del congiunto ai fini della prestazione del consenso alle cure. La stessa cerchia familiare che il diritto vivente reputa ostativa all'attivazione di una misura giudiziale di protezione, in altri termini, non è capace di supplire al *deficit* di discernimento dell'interessato dinanzi ad una scelta terapeutica.

Emblematica, a tale proposito, si rivela la tendenza degli stessi sanitari a sollecitare la nomina di un amministratore provvisorio al fine di essere “autorizzati” all'esecuzione dei trattamenti ritenuti necessari. Una simile prassi cela talora un eccessivo zelo – accompagnato dalla volontà di precostituirsi una base documentale a sostegno della correttezza del proprio operato – rispetto ad interventi per i quali l'esigenza di procurarsi il consenso è esclusa dall'indifferibilità delle cure (art. 1, comma 7, legge n. 219/2017)¹⁰² ovvero assorbita dalla prescrizione del medico curante¹⁰³.

⁹⁹ In un caso come quello deciso da Cass. n. 12998/2019 – rilevano M. PICCINNI – A. APRILE, *Per una pianificazione condivisa delle cure: dai principi alle buone prassi*, cit., 34, nt. 10 – «oggi sarebbe senz'altro indicato procedere con l'applicazione dell'art. 5, l. n. 219/2017».

¹⁰⁰ M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 56-57.

¹⁰¹ Piuttosto, la norma è suscettibile di essere valorizzata rispetto alle situazioni di fragilità che possono riguardare le persone in età avanzata (in tal senso cfr. C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pisa, 2023, cit., 56, a parere della quale è auspicabile che lo stesso anziano, ove «capace e autonomo», provveda a individuare in via anticipata il proprio amministratore).

¹⁰² A fronte di una «condizione di indifferibilità», il medico ha il «dovere di insistere nell'applicazione della cura ritenuta appropriata e necessaria, anche contro la diversa valutazione del fiduciario o del rappresentante legale dell'incapace» (U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, I, 147).

«Il discorso cambia» – prosegue l'A. – «quando il medico ritenga appropriata e necessaria una cura che non presenti caratteri di urgenza», dovendosi in tale caso applicare, a fronte dell'opposizione del rappresentante dell'incapace, l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che subordina alla mancata opposizione di quest'ultimo la legittimità dell'intervento sanitario.

¹⁰³ Con tale argomentazione, una decisione del Tribunale di Monza del 27 aprile 2016 – citata in P. LODDO (a cura di),



In conseguenza del suddetto corto circuito valutativo, la richiesta di nomina di un amministratore potrebbe essere respinta dal giudice tutelare in ragione dell'esistenza di una rete familiare di supporto, salvo dover essere ripresentata, a distanza di poche settimane – su impulso (o direttamente da parte) della struttura ospedaliera – a fronte di una sopravvenuta esigenza terapeutica rispetto alla quale nessuno dei congiunti possa efficacemente assumere il ruolo di rappresentante del paziente *naturalmente* incapace. Da questo punto di vista, le istanze provenienti dalla classe medica denotano la difficoltà di individuare un interlocutore – esclusivo ovvero aggiuntivo, a seconda del grado di discernimento del malato – con il quale programmare l'itinerario di cura. Ciò rende, *de iure condendo*, auspicabile l'introduzione di uno strumento negoziale che rimetta all'interessato la scelta di essere «affiancato» – senza alcuna «formale ablazione della capacità di agire» – da un soggetto di fiducia per la gestione dei propri affari e per l'assunzione delle decisioni sanitarie che lo riguardano ¹⁰⁴.

5. – Dalle riflessioni svolte emerge la duplice esigenza di valorizzare l'autodeterminazione terapeutica degli adulti fragili e di incoraggiarne l'esercizio – *anticipato* – in vista del momento, più o meno lontano nel tempo, in cui potrebbero non essere in grado di interloquire con i sanitari. Al fine di verificare se tali istanze trovino coerente sviluppo nella disciplina sulla PCC, occorre setacciare i contorni applicativi dell'istituto, a partire da una cernita delle affinità e delle divergenze rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento.

Sul primo versante, le due figure contribuiscono a definire l'ossatura teleologica della legge n. 219/2017 – incentrata sull'«autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, comma 2) –, di cui costituiscono, insieme al consenso informato, i pilastri fondativi ¹⁰⁵. Lungi dal rappresentare «obiettivi in quanto tali», entrambi gli strumenti sono preordinati all'edificazione di un percorso terapeutico in grado di riflettere l'«identità complessiva» della persona, rimuovendo gli ostacoli che ne impediscono la piena espressione nella «esperienza della patologia» ¹⁰⁶. Da questa angolatura, DAT e PCC assurgono, complementariamente, a «mezzi di estensione logica e temporale» del «principio del consenso» ¹⁰⁷ che innerva l'articolato della legge 219/2017.

A cementare i due istituti contribuisce inoltre l'indole negoziale delle determinazioni volitive rispetto alle quali essi fungono da canali di trasmissione. Tanto le DAT ¹⁰⁸ quanto la pianificazione delle

L'amministrazione di sostegno, 2^a ed., Padova, 2024, 42, nt. 70 – ha rigettato il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno presentato dal direttore di una struttura sanitaria «al solo fine di prestare il consenso alla predisposizione dei mezzi di contenzione e all'attivazione di ordinari trattamenti riabilitativi», ritenendo che siffatti interventi potessero essere «legittimamente attuati sulla base della sola prescrizione del medico curante».

¹⁰⁴ M. GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, cit., 883.

¹⁰⁵ Cfr. G. CORTIANA-C. FACCHIN-L. ORSI-N. ZAMPERETTI, *La pianificazione difficile*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 54.

¹⁰⁶ C. CASONATO, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, III, 949.

¹⁰⁷ C. CASONATO, *op. cit.*, 950.

¹⁰⁸ Sull'alternativo inquadramento delle direttive sanitarie quali *negozi* ovvero *atti giuridici in senso stretto* si è soffermata, prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017, T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, spec. 74 ss. e 83 ss., nonché EAD. *Le direttive anticipate sui trattamenti sanitari: profili civilistici*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, 2013, 18, 51 ss.

Ad avviso dell'A., le dichiarazioni «esplicitate nel contesto del rapporto terapeutico già instaurato» rivestono la natura di atti giuridici in senso stretto, essendo la stessa «legge che ricollega ad esse la produzione di determinati effetti», quali l'obbligo di tenere conto della volontà del paziente ed evitare ogni forma di accanimento terapeutico. Un contenuto negoziale



cure danno luogo ad un «etero-regolamento»¹⁰⁹ – nell'un caso proveniente *ex uno latere*, nell'altro codeterminato¹¹⁰ – della futura «condotta» dei sanitari, rivestendo ambedue le volontà «un uguale valore precettivo e la stessa valenza negoziale»¹¹¹. A riprova di tale affinità morfologica depone il rinvio – di cui occorrerà saggiare il significato e i limiti¹¹² – che la previsione dedicata alla PCC opera alla norma sulle disposizioni anticipate di trattamento. L'elevazione dell'antico schema del negozio a cifra aggregante del *consenso*¹¹³, delle *disposizioni anticipate* e della *pianificazione delle cure* prelude ad una «selettiva»¹¹⁴ cernita delle regole suscettibili di transitare dal piano dei rapporti economico-patrimoniali a quello delle scelte sanitarie.

Venendo alle differenze fra DAT e PCC, esse concernono, essenzialmente, l'(in)attualità dei *corrispondenti presupposti applicativi*, la *struttura* (unilaterale o plurilaterale) e la *forma* (rafforzata o scritta) dell'atto veicolante il consenso/dissenso ai trattamenti, nonché il *grado di vincolatività* dell'input terapeutico ivi rispettivamente condensato¹¹⁵.

Sotto il primo punto di vista, viene posta in evidenza la radicale differenza tra la situazione clinica *futura e ipotetica*¹¹⁶ indicata nelle DAT e la patologia *attuale* – «cronica e invalidante» ovvero «caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta» – oggetto della pianificazione terapeutica. Questa eterogeneità si riverbera sulle informazioni che fanno da corredo alle deliberazioni del paziente, nella prima ipotesi generiche ed astratte – in quanto riferite ad una malattia immaginata da «chi non la vive»¹¹⁷ – e, nella seconda, incentrate sul vissuto reale¹¹⁸ del destinatario dei trattamenti¹¹⁹.

In relazione all'*unilateralità* delle DAT, tale attributo non si limita, ad avviso di una parte della

dovrebbe, di contro, essere riconosciuto alle determinazioni per mezzo delle quali una persona «perfettamente capace e sana sia nel corpo che nella mente» decida di «stabilire, ora per allora, a quali trattamenti sanitari possa e debba essere sottoposta nel caso in cui non sia nelle condizioni di esprimere validamente la sua volontà» (cfr. T. PASQUINO, *op. ult. cit.*, 55-56).

¹⁰⁹ G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, 2ª ed., Torino, 2022, 25; F. TROLLI, *Disposizioni anticipate di trattamento, e terapie sperimentali*, in questa Rivista, 2024, II, 434-435.

¹¹⁰ Ravvisa nella PCC una «ipotesi di «codeterminazione» [del piano di cura] nascente dall'alleanza terapeutica medico-paziente» L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, IX, 1356.

¹¹¹ «L'esistenza, o meno, di una malattia da cui è affetto il dichiarante nel momento in cui si forma e si manifesta la sua volontà» – osserva G. GIAIMO, *op. loc. cit.* – «non può considerarsi (...) un discrimine sufficiente a mutare la natura giuridica del volere medesimo»

¹¹² Cfr. *infra*, par. 7.

¹¹³ Evidenzia l'attitudine del consenso informato ad «esprime[re] un atto negoziale unilaterale pur espresso nei confronti di chi ha fornito l'informazione, a sua volta generata su un terreno di expertise» C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, I, 102-103. La «categoria del consenso» – soggiunge l'A. – «plana sul diritto civile con una portata aumentata, non limitandosi più a neutralizzare o limitare l'antigiuridicità, bensì esercitandosi come potere di controllo circa il se di un'attività devoluta a un potere altrui che però è di mera discrezionalità tecnica».

¹¹⁴ V. CALDERAI, voce «*Consenso informato*», cit., 250-251.

¹¹⁵ Dibattuta si rivela altresì la possibilità di includere i minori di età nel perimetro soggettivo di applicazione della PCC (cfr., sul punto, *infra*, par. 7).

¹¹⁶ A. NICOLUSSI, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: il problema e le risposte della legge*, in *Teoria e crit. reg. soc.*, 2018, I, 61.

¹¹⁷ D. DE MAFFEIS, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, V, 143.

¹¹⁸ D. DE MAFFEIS, *op. loc. cit.*, nt. 17.

¹¹⁹ Dalla specola del rifiuto delle terapie, il «rovesciamento di prospettiva» tra un paradigma di «dissenso informato» inteso quale «atto conclusivo di un "colloquio" (...) tra medico e paziente» e il modello decisionale sotteso alle direttive anticipate veniva segnalato, all'inizio del secolo corrente, da F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 230-231.



dottrina, a marcarne la differenza strutturale rispetto alla pianificazione *condivisa* delle cure¹²⁰, bensì riflette un paradigma decisorio “unidirezionale” che degrada il ruolo del medico a quello di un semplice esecutore della volontà precedentemente manifestata dal paziente¹²¹. Sorvolando, per il momento, sulla contrapposizione ideologica tra gli istituti regolati dagli artt. 4 e 5 della legge n. 219/2017, è fuor di dubbio che la programmazione dei trattamenti sanitari all’esito di un confronto dialettico tra paziente ed *équipe* costituisca la più compiuta espressione del canone dell’alleanza terapeutica che irradia la moderna concezione della medicina¹²².

Rispetto alla *forma* della pianificazione, il valido perfezionamento del patto di cura «richiede “solo” l’atto scritto»¹²³, fatta salva la possibilità – contemplata anche nella norma sulle DAT – di utilizzare una video-registrazione o altri dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Al netto di quest’ultima evenienza, il legislatore non esige, ai fini dell’accesso alla PCC, la forma scritta «rafforzata»¹²⁴ prescritta per le disposizioni anticipate di trattamento¹²⁵, da redigere mediante *atto pubblico* oppure per *scrittura privata autenticata* o *consegnata personalmente* dal dichiarante presso l’*ufficio dello stato civile* del proprio comune di residenza o, ancora – nella ricorrenza dei presupposti indicati dall’art. 4, comma 7, legge n. 219/2017 – presso le *strutture sanitarie*¹²⁶. Un simile formalismo¹²⁷ viene ascrivito alla duplice esigenza di assicurare una «maggiore ponderazione»¹²⁸ del contenuto dell’atto e di attribuire certezza alla data e alla paternità delle direttive anticipate, le cui «autenticazioni»¹²⁹ permettono, all’occorrenza, di valutare la capacità del disponente o di individuare l’ultimo fra più atti successivi¹³⁰. La ragione della semplificazione prevista per la forma della PCC ri-

¹²⁰ Siffatta «differenza» tra PCC e DAT – queste ultime intese quale «indiscussa espressione della volontà unilaterale dell’interessato» – è sottolineata da A. URCIOLI, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, 2021, 45.

¹²¹ Lo rilevava, in senso critico – prima dell’approvazione della legge n. 219/2017 – L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, III, 1159. *Contra* C. CASONATO, *op. cit.*, 950, ad avviso del quale entrambe le figure sono espressione del consenso e alimentano la relazione di cura.

¹²² Il «riequilibrio» dei rapporti tra i «protagonisti» della relazione di cura – nel senso di una decisa valorizzazione dell’autodeterminazione del paziente – è evidenziato da L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell’evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 102.

¹²³ F.G. PIZZETTI, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, in B. LIBERALI-L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, 2022, 287. Sulle scelte di politica del diritto che gravitano intorno al tema del fine vita cfr., *amplius*, ID., *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.

¹²⁴ E. BATTELLI, *Questioni di fine vita e consenso informato*, in M. SINISI-N. POSTERARO (a cura di), *Questioni di fine vita*, Roma, 2020, 31-32.

¹²⁵ In ordine al dibattito sviluppatosi sulla funzione – *ad substantiam* ovvero *ad probationem* – di tale forma, si rinvia ad A. URCIOLI, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, cit., 66 ss. ed a F. MAFFETTONE, *Sulla revocabilità delle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, IV, 1399-1401.

¹²⁶ Un rinvio alla forma delle DAT si trova nell’art. 3 della legge n. 10/2020, in materia di «manifestazione del consenso» alla disposizione *post mortem* del proprio corpo e dei tessuti a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica (cfr. G. DI ROSA, *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, IV, 1207, che ritiene perciò «possibile e giuridicamente rilevante» una «manifestazione di volontà attraverso videoregistrazione o dispositivi che permettano alla persona con disabilità di comunicare»).

¹²⁷ Tale soluzione si contrappone alla scelta, adottata dal legislatore tedesco, di consentire la redazione in forma olografa del *Patientenverfügung* (cfr. T. BORTOLU, *Le disposizioni anticipate di trattamento nel prisma della comparazione tra Italia e Germania*, in questa *Rivista*, 2021, III, 817).

¹²⁸ A. URCIOLI, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, cit., 67.

¹²⁹ B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Padova, 2018, 135, a parere del quale, di contro, nel contesto delle «cure pianificate» la forma scritta e l’inserimento nella cartella clinica «sono sufficienti» non solo per la pianificazione «immediata», ma «anche per le disposizioni future».

¹³⁰ F.G. PIZZETTI, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, loc. cit.



siede, inoltre, nella vicinanza cronologica tra la conclusione e l'esecuzione dell'accordo terapeutico, a dispetto del «lasso temporale solitamente più ampio»¹³¹ che intercorre tra il deposito di una DAT e la concretizzazione dei presupposti clinici che ne condizionano sospensivamente gli effetti.

Volgendo, infine, lo sguardo alla vincolatività delle «clausole» della convenzione terapeutica, il medico e l'*équipe* «sono tenuti ad attener[vi]si qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità» (art. 5, comma 1, legge n. 219/2017). Sul piano soggettivo¹³², l'efficacia della PCC si estende all'intera struttura sanitaria ed a tutti i componenti dell'*équipe*, anche laddove la proposta di pianificazione provenga da un medico ausiliario¹³³. Se, da un lato, l'*upload* del progetto di cura sul Fascicolo sanitario elettronico attribuisce al medesimo una portata «generale»¹³⁴, la dottrina si è interrogata, da un altro lato, circa l'effettiva *visibilità* della pianificazione¹³⁵, di fatto influenzata dalle modalità e dalle tempistiche con le quali le diverse aziende sanitarie hanno implementato tale ecosistema di condivisione dei dati¹³⁶.

Non è chiaro, infine, se sia applicabile alla PCC la regola in forza della quale le disposizioni anticipate di trattamento possono essere disattese dal medico, in accordo con il fiduciario, qualora le stesse si rivelino «palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente», oppure laddove sussistano «terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione» e «capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» dell'interessato (art. 4, comma 5, legge n. 219/2017).

La risposta affermativa viene inferita dal rinvio alla norma sulle DAT contenuto nell'ultimo comma dell'art. 5 della legge n. 219/2017, dal cui combinato disposto con il richiamato art. 4, comma 5 si desumerebbe – «in via indiretta»¹³⁷ – che la cogenza della pianificazione può essere elusa in presenza dei medesimi presupposti che consentono di disattendere la volontà unilateralmente manifestata dall'interessato. L'opinione maggioritaria tende, al contrario, a negare che vi siano «margini (logici prima ancora che legislativi)»¹³⁸ per discostarsi da un intendimento formatosi – a differenza di quello confluito in una DAT – nella piena consapevolezza del paziente circa la propria situazione clinica. Stante la puntuale schedulazione delle tappe dell'itinerario di cura, non avrebbe – si afferma – «motivo di esistere»¹³⁹ il margine di deroga riconosciuto al personale sanitario nell'esecuzione del biotestamento¹⁴⁰.

¹³¹ C. CASONATO, *op. cit.*, 959.

¹³² Sottolineano l'importanza di garantire che la PCC sia «operativa» nei confronti di «tutti i professionisti sanitari» con i quali il paziente «avrà occasione di incontrarsi nel decorso della sua malattia lo chiedono» M. PICCINNI-A. APRILE, *op. cit.*, 35.

¹³³ Ciò in forza delle «obbligazioni» che «legano» i membri della *équipe* al «datore di lavoro» (cfr. U. SALANITRO, *op. cit.*, 129, a giudizio del quale «la consensualità della pianificazione terapeutica non si intreccia con la consensualità contrattuale, fonte delle obbligazioni mediche della struttura sanitaria e/o del medico libero professionista»).

¹³⁴ P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *BioLaw Journal*, 2018, I, 69.

¹³⁵ Il tema della «interoperabilità», sia «tecnica» sia «giuridica», tra le «piattaforme» è definito *cruciale* da C. PERLINGIERI, *Transizione digitale nella sanità ed ecosistema dei dati sanitari: profili ricostruttivi del fenomeno circolatorio e implicazioni sui dati genetici*, in *Tecn. dir.*, 2024, II, 488-489, la quale rimarca sia la strumentalità del nuovo FSE alla personalizzazione delle cure, sia la sua attitudine ad imprimere alla circolazione dei dati sanitari una connotazione non solo «personalistica», ma anche «altruistica», «sociale» e finanche «economica».

¹³⁶ Si tratta di «evitare» – evidenzia L. GAUDINO, *DAT e pianificazione condivisa delle cure*, in *Resp. medica*, 2019, I, 63 – «che la persona, caduta in stato di incoscienza mentre magari si trova in viaggio, veda frustrare le proprie indicazioni solo perché lontano dalla Azienda Sanitaria di appartenenza».

¹³⁷ G. MARCACCIO, *op. cit.*, 350, nt. 67.

¹³⁸ C. CASONATO, *op. cit.*, 960.

¹³⁹ F. APRÀ-M. DI MASI-F. MARIN-G. MARSICO-D. RODRIGUEZ, *La PCC come alternativa alle DAT per le decisioni di fine vita*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 190.

¹⁴⁰ La facoltà dei medici di disattendere il contenuto delle DAT risponde – ad avviso di F. PARENTE, *Le disposizioni anti-*



Al netto di quanto avremo occasione di osservare circa il rinvio alla disciplina delle DAT previsto nell'art. 5, comma 5¹⁴¹, è – effettivamente – la natura *progressiva*¹⁴² del consenso espresso dal paziente e l'elevato «grado di attendibilità e certezza»¹⁴³ del piano terapeutico a giustificare il «particolare rigore»¹⁴⁴ con cui il legislatore ha descritto l'intangibilità delle condizioni ivi convenute, nonché il correlato, «più stringente»¹⁴⁵, dovere dell'*équipe* di uniformarsi a fronte della sopraggiunta incapacità dell'interessato. Tra il livello di informazione (e comunicazione) connotante il consenso / dissenso riversato nella PCC e la cogenza del relativo contenuto si instaura, così, un rapporto di proporzionalità diretta che riduce «notevolmente»¹⁴⁶ la possibilità di interpretare le direttive sanitarie condivise dal paziente con lo *staff* medico¹⁴⁷.

6. – Constatata la particolare “resistenza” del *vincolo* discendente dalla pianificazione delle cure, occorre sondare i margini di derogabilità del progetto terapeutico concertato in vista di una progressiva e irreversibile perdita di lucidità del paziente. Si tratta di un *caveat* all'apparenza esorbitante rispetto all'oggetto del presente contributo – dal quale abbiamo escluso il tema del fine vita – che si rende nondimeno opportuno al fine di chiarire entro quali limiti l'*accordo*¹⁴⁸ raggiunto dal malato e dalla *équipe* possa essere emendato alla luce dell'evoluzione della patologia.

Per quanto angusti, i margini per una rettifica del patto di cura – nella cui peculiare *vis* precettiva sono stati intravisti gli stilemi del c.d. contratto di Ulisse¹⁴⁹ – non sono certamente inesistenti.

cipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità, in *Rass. dir. civ.*, 2020, IV, 1406 – ad un «principio di *vincolatività attenuata*» strumentale alla tutela del «migliore interesse sanitario del disponente».

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017, la «*soluzione della vincolatività relativa*, ossia del valore né assolutamente vincolante, né meramente orientativo, delle dichiarazioni anticipate», veniva ritenuta «la più corretta» da F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 66.

¹⁴¹ Cfr. *infra*, par. 7.

¹⁴² Proprio la «consacrazione normativa della pianificazione condivisa delle cure» – viene evidenziato – «sancisce il definitivo abbandono di un modello di consenso informato perlopiù ‘puntiforme’, suscettibile di essere manifestato dal paziente in un tempo determinato e in ordine a uno specifico trattamento» (S. CACACE, *Le decisioni nella relazione di cura e le conseguenze dell'intelligenza artificiale*, in questa *Rivista*, 2025, II, 27).

¹⁴³ M. MANTOVANI, *op. cit.*, 227.

¹⁴⁴ F.D. BUSNELLI, *Premesse*, cit., 6, il quale osserva che «non è dato riscontrare» un analogo rigore «in caso di DAT». La divaricazione dei due istituti sul punto viene rimarcata da D. CARUSI, *La legge «sul biotestamento». Una pagina di storia italiana*, Torino, 2020, 80.

¹⁴⁵ M. MANTOVANI, *op. loc. cit.*

¹⁴⁶ G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019, 146.

¹⁴⁷ Costituisce, d'altro canto, uno dei tratti caratterizzanti della «programmazione delle cure» l'idea che il paziente – specie nelle «malattie a decorso lento, croniche, progressive, degenerative» – possa «maturare una propria convinzione sul limite che è disposto a sopportare» e renderne «partecipe» il medico e i suoi familiari affinché non venga superato «in caso di perdita della coscienza» (così G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, I, 62).

¹⁴⁸ Osserva, in termini generali – circa l'estraneità del consenso informato all'idea di un “accordo” *stricto sensu* inteso – C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, IV, 1053: «Nella materia dei trattamenti sanitari esso è tecnicamente un assenso, cioè un atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo. Per tale ragione esso non crea un vincolo ma costituisce soltanto un'autorizzazione di cui il medico o la struttura sanitaria ha bisogno per potere agire sul paziente».

¹⁴⁹ Un parallelismo tra la PCC e il patto stretto tra l'eroe omerico e i suoi marinai prima dell'incontro con le sirene si trova in C. CASONATO, *op. cit.*, 952, nonché, diffusamente – (anche) in relazione alle DAT – in L. MINGARDO, *Ulisse incontro alle sirene. Un'indagine sulla razionalità delle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2020, II, 543 ss.



Da un lato, a fronte di un'opzione terapeutica divenuta percorribile a seguito della sopravvenuta perdita di "capacità" del paziente¹⁵⁰, è dato immaginare una modifica della PCC, a condizione che il trattamento resosi *medio tempore* fruibile non si ponga in stridente contrasto con il quadro di valori e scelte scolpito nel protocollo di cura. Se, da un altro lato, la clausola «di salvaguardia»¹⁵¹ – operante in materia di DAT – della «palese incongruenza» del trattamento si rivela *prima facie* incompatibile con l'elaborazione di un percorso terapeutico cucito su una malattia attuale, non appare irragionevole supporre che la patologia diagnosticata possa assumere traiettorie inaspettate, precludendo all'emersione di un quadro clinico che i sanitari non avevano (colpevolmente o incolpevolmente) prospettato all'interessato prima che questi vedesse scemare la propria capacità di autodeterminarsi. Né, in tale seconda direzione, può escludersi che il *gap* tra gli «scenari ipotetici» e il «processo decisionale reale»¹⁵² determini l'insorgere di condizioni suscettibili di rimettere in discussione il piano di cure.

In entrambi gli scenari tratteggiati, si rivelano ineludibili sia il confronto con il diretto interessato – le cui residue facoltà intellettive devono essere enfatizzate anche laddove non ritenute sufficienti per un emendamento dell'accordo di cura – sia, in ogni caso, l'interlocuzione con il fiduciario eventualmente nominato agli effetti dell'art. 5, comma 3, legge n. 219/2017. A seconda dell'ampiezza dei poteri a quest'ultimo conferiti¹⁵³, il sopraggiungere di circostanze non contemplate – o non analiticamente approfondite – nella pianificazione giustifica uno scostamento rispetto alle pattuizioni terapeutiche inizialmente concordate. Resta inteso che il fiduciario è chiamato ad esercitare i suoi poteri all'esclusivo fine di ricostruire il consenso o il dissenso che il fiduciante avrebbe spontaneamente manifestato, in ossequio alla preziosa indicazione metodologica secondo cui rappresentare una persona nella relazione di cura significa *renderla presente*¹⁵⁴ (e renderne "attuali" convinzioni e aspirazioni) nel dialogo con lo *staff* sanitario costituitosi per elaborare un piano terapeutico che ne rispecchi autenticamente l'identità personale¹⁵⁵.

La scelta dei criteri di valutazione della "capacità" del paziente, inoltre, impatta sul rilievo da assegnare alla sua richiesta di rettificare la strategia terapeutica a fronte di un constatato affievolimento

¹⁵⁰ Prima dell'approvazione della legge n. 219/2017, la questione è stata esaminata – in relazione alle DAT – da R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. pers. fam.*, 2017, III, 958-959.

¹⁵¹ L'espressione è di E. PALMERINI, *Decisioni di fine-vita: forme e strumenti di una regolazione incompiuta*, in E. BARGELLI (a cura di), *Verso un sistema integrato di cura per le persone fragili*, Pisa, 2024, 128, ad avviso della quale la facoltà del personale medico di discostarsi dalle indicazioni espresse nelle DAT non contraddice la necessità di rispettare le opinioni del malato, ma, «al contrario», cerca di «proteggere le intenzioni autentiche e consapevoli» di quest'ultimo.

¹⁵² P. MALACARNE-G. MARSICO-S. ZULLO, *Conflitti e condivisione tra i soggetti coinvolti nella predisposizione e attuazione della pianificazione condivisa delle cure. Riflessioni e proposte a partire da un caso clinico*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 72.

¹⁵³ Una panoramica sui ruoli – e sui conseguenti poteri – che possono essere attribuiti al fiduciario si trova in M. PICCINI-A. APRILE, *op. cit.*, 36-37; M. PICCINI-T. VECCHIATO-N. ZAMPERETTI, *La pianificazione condivisa delle cure e la "personalizzazione" dei percorsi*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 106-110.

¹⁵⁴ P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, I, 5, il quale evidenzia come il ruolo del fiduciario non possa essere interamente «compreso» – e «compreso» – negli «schemi classici» del mandato e della procura.

¹⁵⁵ Il fiduciario viene rappresentato – nell'orbita delle DAT – come un *alter ego* del paziente da G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, I, 42.

Né, viene osservato, il fatto che il fiduciario «curi la corretta esecuzione delle dichiarazioni» implica «il [suo] potere di affermare la propria volontà» all'interno della relazione di cura, potendo egli esclusivamente «fornire un concreto contributo all'interpretazione del volere altrui» (così A. ARFANI, *I limiti all'integrazione, da parte di terzi, delle disposizioni anticipate di trattamento*, in questa *Rivista*, 2022, I, 126).



delle proprie facoltà intellettive. È noto, a tale riguardo, il dibattito bioetico sviluppatosi sulla dicotomia fra *interessi di esperienza* e *critici*, incarnanti – nell’ordine – gli stati d’animo che rendono determinate sensazioni o abitudini piacevoli/desiderabili e la concezione di sé sulla quale ciascun individuo costruisce il significato della propria esistenza¹⁵⁶. Alla tesi che ritiene prevalenti questi ultimi vettori valoriali nelle scelte di fine vita – donde l’impossibilità di vanificare le disposizioni anticipate di trattamento per effetto di una successiva volontà influenzata dalla progressione della malattia¹⁵⁷ – viene obiettato che l’aprioristico declassamento degli interessi esperienziali caratterizzanti gli stadi più avanzati delle patologie degenerative potrebbe rivelarsi contrario al benessere “attuale” del soggetto¹⁵⁸.

Calata nel contesto dell’istituto regolato dall’art. 5 della legge n. 219/2017, la questione assume un’importanza capitale. Si tratta di stabilire *fino a quando* la programmazione delle cure – suscettibile di essere rivista «al progressivo evolversi della malattia» (art. 5, comma 4) – possa essere aggiornata su impulso dell’interessato, nonché, più alla radice, se una volta constatato il superamento di un determinato livello di compromissione delle doti cognitive del paziente, il protocollo di cura si cristallizzi e divenga *vincolante* – oltre che per il personale sanitario – per lo stesso destinatario dei trattamenti.

All’inevitabile metamorfosi di una capacità “aggregata” dalla malattia non corrisponde certamente l’estromissione del soggetto dal processo di *upgrade* del percorso di cura. Né, dunque, il peggioramento delle condizioni intellettive del paziente solleva il personale sanitario dal dovere di recepirne e assecondarne le richieste, eventualmente rimodulando il piano terapeutico alla luce delle indicazioni provenienti da un soggetto che potrebbe – al concretizzarsi di un decadimento cognitivo fino ad allora solo immaginato – mutare i propri intendimenti circa le modalità con cui fronteggiarne l’impatto sul proprio corpo e sulla propria psiche.

Dinanzi alla marcata divergenza tra due determinazioni volitive – una anteriore e (più) lucida, l’altra successiva ma (apparentemente) meno consapevole – il ricorso ad un criterio puramente cronologico non sembra dirimente, in quanto priverebbe di qualsivoglia rilievo il contenuto della precedente pianificazione in ragione di una volontà parzialmente alterata dagli effetti della malattia. Parimenti insoddisfacente si rivela l’adozione di un criterio gerarchico, fondato sulla supposta poeriorità degli intendimenti terapeutici manifestati dal soggetto nel pieno delle proprie facoltà cognitive. La negazione di qualsivoglia rilievo alla volontà espressa da un paziente non più *compos sui* smentirebbe, alla radice, la connotazione progressiva e identitaria del consenso che caratterizza la PCC. Considerato che il declino cognitivo associato alla malattia appartiene, anch’esso, alla «biografia»¹⁵⁹ dell’individuo, si rivelerebbe contraria ai principi sanciti dalla legge n. 219/2017 qualsivoglia interpretazione che dovesse degradare i propositi di un soggetto non (pienamente) “capace” al simulacro di una volontà ormai annichilita dal morbo e, come tale, da ritenersi *tamquam non esset*.

¹⁵⁶ Cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita: aborto, eutanasia, e libertà individuale*, Milano, 1994, 274 ss.

¹⁵⁷ R. DWORKIN, *op. cit.*, 301 ss.

¹⁵⁸ Cfr. R. DRESSER, *Dworkin on Dementia: Elegant Theory, Questionable Policy*, in *The Hastings Center Report*, 25, 6, 32 ss.

Il tema viene recentemente approfondito da S. SEGAWA-Z. ALPINAR-SEGAWA, *Limits to respect for autonomy principle when caring for people with dementia: Rethinking respect for people with dementia*, in *Ethics & Bioethics (in Central Europe)*, 2025, 15, 1-2, 79 ss.

¹⁵⁹ Di consenso «biografico» parla, in relazione alle scelte riguardanti il «fine vita», S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 273 ss., che ravvisa nell’autodeterminazione l’«esito di dinamiche complesse» che non possono essere ridotte «in un momento solo, anche se ineffabile». Da qui l’esigenza, a fronte di «specifici atti di autodeterminazione» – ciascuno dei quali fondato su una «singola, particolare manifestazione» – di tenere conto del «quadro d’insieme» che si è «venuto progressivamente delineando e che la regola giuridica deve accompagnare con sobrietà e rispetto» (p. 274).



Sullo sfondo del dibattito, si staglia il problema dell'accertamento della capacità naturale dei pazienti colpiti da malattie suscettibili di comprometterne le funzioni cognitive.

Le difficoltà riscontrate nell'utilizzo delle tradizionali categorie civilistiche hanno indotto la dottrina a declinare in termini relazionali la verifica della *capacità* degli adulti vulnerabili, tenendo conto dell'influenza esercitata dalle persone che li circondano e che potrebbero alterarne negativamente l'attitudine a determinarsi in modo consapevole¹⁶⁰. Una siffatta impostazione, elaborata per sondare la genuinità degli atti a contenuto patrimoniale, può essere proficuamente trasposta nel contesto delle scelte sanitarie. Si pensi alla decisione di rifiutare un trattamento suggerita o incoraggiata da un familiare del paziente che agisca – eventualmente all'oscuro degli altri congiunti e del fiduciario – in vista del consolidamento delle proprie aspettative successorie¹⁶¹. È stata la stessa Corte costituzionale ad evidenziare il rischio che le «persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine» possano essere «facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita» da terzi intenzionati a cooperare al loro proposito suicidario «per ragioni di personale tornaconto»¹⁶².

L'approccio al tema della «capacità vulnerabile»¹⁶³ postula un'integrale riscrittura dei canoni esegnetici solitamente impiegati nella delibazione circa il «valido» esercizio dell'autonomia nei rapporti patrimoniali tra privati¹⁶⁴. La tradizionale nozione «quantitativa» di capacità recede dinanzi ad uno «spettro» di situazioni che vede collocati, ai suoi antipodi – da un lato – la «piena coincidenza» tra «capacità» e «pienezza» del volere, e – dall'altro – la totale obnubilazione delle facoltà intellettive del malato¹⁶⁵. Lungo gli stadi intermedi tra gli anzidetti poli, tutti gli *input* provenienti dall'interessato divengono parte del materiale ermeneutico sul quale l'*équipe* e il fiduciario sono chiamati a decifrare o a *ri-costruire* la volontà del paziente.

Nei casi – limite – di patente contrasto tra una determinazione volitiva *ictu oculi* condizionata dalla progressione della malattia e il consenso/dissenso al trattamento incontrovertibilmente espresso in una DAT o nella fase di avvio della pianificazione, può risultare determinante l'esercizio dei poteri integrativi o sostitutivi eventualmente riconosciuti al fiduciario. Un ruolo altrettanto decisivo è assunto, in

¹⁶⁰ AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, 95 ss.

¹⁶¹ Riecheggia, nella situazione immaginata nel testo, la vicenda narrata in una lettera di Plinio (*Ep.* 2.20.7.8) – significativamente richiamata da G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Napoli, 1895, 290-292 nella trattazione delle «disposizioni captatorie» – legata ad un personaggio (Regolo) che della captazione aveva fatto una vera e propria professione, il quale, dapprima, esortò i medici a tenere in vita con ogni mezzo un anziano molto malato (Velleio Bleso) per consentirgli di cambiare testamento, salvo poiregarli – non appena mutate le tavole nelle quali sperava (peraltro vanamente) di essere stato nominato – di sottrarlo alle agonie del morbo e consegnarlo ad una placida morte.

¹⁶² Corte cost., ord. n. 207/2018. Tale passaggio motivazionale viene rimarcato da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, II, 589, che annovera la tutela dei soggetti «deboli e vulnerabili» tra le «*rationes* della proibizione» dell'aiuto al suicidio.

Più recentemente la Corte ha sottolineato come una legislazione eccessivamente «permissiva» sul fine vita sia suscettibile di creare una «pressione sociale indiretta» su «persone malate o semplicemente anziane e sole, le quali potrebbero convincersi di essere divenute ormai un peso per i propri familiari e per l'intera società, e di decidere così di farsi anzitempo da parte» (Corte cost. 18 luglio 2024, n. 135). Cfr., su questo aspetto, A. DI BLASE, *Riflessioni in tema di suicidio assistito ed autodeclinazione terapeutica: nota a Corte Cost. n. 135/2024*, in questa *Rivista*, 2025, I, 32 ss., a parere del quale occorrerebbe «ripensare» il requisito (fondato su una nozione ritenuta dall'A. non univoca e incerta) del mantenimento in vita del paziente attraverso meccanismi di sostegno vitale.

¹⁶³ L'espressione è di M.G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Napoli, 2021.

¹⁶⁴ La «distanza» (e le conseguenti aporie) tra la «realtà della pratica clinica e le categorie utilizzate per interpretarla» è rimarcata da V. CALDERAI, voce *Consenso informato*, cit., 245.

¹⁶⁵ V. CALDERAI, voce *Consenso informato*, cit., 244.



questo frangente, dai membri dell'*équipe* formatasi per concertare le cure, la cui composizione multidisciplinare – auspicabilmente cucita sulle condizioni del paziente e sulle traiettorie verosimilmente associate alla malattia – si rivela preziosa nella ricerca di una sintesi fra le due volontà confliggenti.

7. – Così abbozzato il quadro delle convergenze e delle divergenze fra i due istituti rispettivamente disciplinati dagli artt. 4 e 5 della legge n. 219/2017, è necessario esplorarne ulteriormente le interrelazioni e i riflessi che dalle medesime discendono sulla morfologia della pianificazione condivisa delle cure.

Alla luce di una prima impostazione, DAT e PCC si collocano in una dimensione di radicale alternatività¹⁶⁶. La comune radice nel principio di autodeterminazione terapeutica non elimina, in questa prospettiva, la struttura «profondamente diversa»¹⁶⁷ delle due figure, specie ove si accentui l'attualità «prospettica» del consenso sotteso alla pianificazione delle cure, in contrapposizione con la natura autenticamente preventiva delle disposizioni di trattamento¹⁶⁸.

Fra gli istituti in esame intercorre, ad avviso di altra parte della dottrina, una relazione da genere a specie. Dalla «previsione *ad hoc*» dedicata alla pianificazione, in particolare, viene inferito che l'«autodeterminazione terapeutica preventiva» può inserirsi in un rapporto di «cura in atto»¹⁶⁹. Un simile elemento specializzante induce a qualificare la PCC in termini di «variante»¹⁷⁰ (o «particolare ipotesi»¹⁷¹) di DAT riservata a «chi soffra di malattie gravissime e contraddistinte dal confronto dialettico dell'interessato con il medico curante»¹⁷². All'inquadramento della PCC come «figura speciale» di DAT fa da *pendant* la sua ubicazione nella dimensione relazionale medico-paziente, «a sua volta» governata dal principio del consenso informato¹⁷³.

Un terzo, possibile, esito del raffronto logico-strutturale tra le due fattispecie è quello che individua nella pianificazione la cornice all'interno della quale le DAT trovano la loro elettiva collocazione, pena il rischio che queste ultime non riescano, «atomisticamente ed astrattamente considerate»¹⁷⁴, ad assolvere efficacemente alla loro funzione. L'insieme delle scelte e delle strategie di cura condivise tra il medico e il paziente opera, in tale ottica, come un «accordo-quadro»¹⁷⁵ suscettibile di «integrare» le disposizioni anticipate di trattamento¹⁷⁶, scongiurando il rischio che le stesse si inseriscano in un

¹⁶⁶ Qualifica espressamente la PCC come un'«alternativa» alle DAT N. TODESCHINI, *La responsabilità in medicina*, Torino, 2022, 186.

¹⁶⁷ L. BOZZI, *op. cit.*, 1356.

¹⁶⁸ L. BOZZI, *op. loc. cit.*

¹⁶⁹ E. BILOTTI, *L'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento*, in V. VERDUCI (a cura di), *Il diritto sulla vita. Testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona*, Pisa, 2018, 93.

¹⁷⁰ D. CARUSI, *La legge «sul biotestamento». Una pagina di storia italiana*, cit., 79.

¹⁷¹ V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, II, 670, nonché, analogamente, F. PARENTE, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, cit., 1402, che ravvisa nella PCC una «modalità speciale di dichiarazione anticipata di trattamento, riservata a chi soffre di malattie molto gravi».

¹⁷² D. CARUSI, *op. ult. loc. cit.*

¹⁷³ S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul «testamento biologico» e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, IV, 1013, nt. 45.

¹⁷⁴ M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, I, 28.

¹⁷⁵ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 45.

¹⁷⁶ A. DI MAJO, *op. cit.*, 46, ad avviso del quale si deve «riconoscere, in ogni caso, la prevalenza delle DAT, che si riconducono all'autonomia della persona, come tale irrinunciabile, per il caso in cui essa non sarà più in grado, successivamente,



«contesto vuoto di altri significati» ovvero in un momento «cronologicamente e logicamente» lontano da quello in cui diviene indifferibile assumere una determinata decisione terapeutica¹⁷⁷.

L'asserita incompatibilità delle DAT con l'attualità della malattia, del resto, è smentita dalla previsione che ne autorizza l'emissione attraverso la videoregistrazione o altri dispositivi nei casi in cui le «condizioni fisiche del paziente» non consentano l'osservanza delle altre forme prescritte dal legislatore (art. 4, comma 6, legge n. 219/2017). Da qui l'impressione che le direttive anticipate e la PCC «finiscano per sovrapporsi» qualora il soggetto sia «già affetto da una palese disabilità»¹⁷⁸. L'inserimento delle DAT in una qualche «sorta di pianificazione complessiva»¹⁷⁹ agevola inoltre il compito dei medici chiamati a rispettarne il contenuto, i quali si troverebbero, altrimenti, «bruscamente» di fronte un soggetto «incosciente» e «ignoto»¹⁸⁰.

La prospettiva dell'integrazione fra DAT e PCC¹⁸¹ trae ulteriore linfa dalla comparazione con altri ordinamenti. Alla scelta, «piuttosto isolata», del nostro legislatore di distinguere così marcatamente i due istituti fa da contrappunto un paradigma di *advanced care planning*¹⁸² strutturato quale «contesto» all'interno del quale è possibile procedere alla «formalizzazione» di manifestazioni di volontà vincolanti «simili» a quelle regolate dall'art. 4 della legge n. 219/2017¹⁸³. In aperto contrasto con l'idea che vede nella DAT una manifestazione di intenti costitutivamente isolata, gli istituti ad essa «equivalenti» trovano solitamente cittadinanza in un «più ampio» progetto di cura che li «contiene» e, al contempo, «ne costituisce il presupposto comunicativo necessario»¹⁸⁴.

Rispetto alle tesi che descrivono la dialettica tra pianificazione delle cure e disposizioni anticipate in termini di *incompatibilità* o di *specialità*, sembra – pertanto – la logica della *continenza* quella che meglio esprime e valorizza la convergenza funzionale dei due istituti.

Il superamento dell'antitesi¹⁸⁵ fra DAT e PCC sdrammatizza peraltro la questione della prevalenza dell'uno o dell'altro strumento al cospetto di plurime esternazioni volontà – unilaterali e/o condivise – succedutesi nel tempo. L'adesione alla tesi dell'incompatibilità potrebbe, invero, indurre a ritenere che

di esprimersi, e ciò ha luogo in perfetta solitudine, anche senza il parere e la condivisione del medico laddove l'attività di entrambi, medico e paziente, nella pianificazione delle cure, è l'espressione di una (eventuale) condivisione (del medico e del paziente) su di un «piano» o programma di trattamento, a più lungo termine, e tenendo conto della evoluzione della malattia, che lascia però riservata sempre alla volontà (unilaterale) del paziente di esprimere «il proprio consenso a quanto proposto dal medico»».

¹⁷⁷ A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. i nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, III, 1151.

¹⁷⁸ P. VERONESI, *op. cit.*, 66.

¹⁷⁹ M. AZZALINI, *op. cit.*, 34.

¹⁸⁰ A. VALLINI, *op. loc. cit.*

¹⁸¹ Una siffatta «duplicazione di figure» – e la conseguente «incoerenza di fondo» della legge – avrebbe potuto essere evitata, ad avviso di D. CARUSI, *op. ult. cit.*, 80-81, rinunciando alla «ricercatezza della pianificazione condivisa» e prevedendo «in generale che la dichiarazione delle disposizioni [anticipate] «è ricevuta ad un medico»», con una successiva «forma di registrazione» a cura di quest'ultimo.

¹⁸² Rimarca, nell'ambito di una panoramica sul modello anglosassone, l'attitudine dell'*advance care planning* a «comprendere la predisposizione di una *advance decision*» K. DE SABBATA, *Inghilterra. Regole e normativa*, in L. GAUDINO (a cura di), *La relazione di cura tra legge e prassi. Un'indagine comparativa tra Italia, Francia, Spagna e Inghilterra*, Pisa, 2021, 99.

¹⁸³ Così M. TOMASI, *La pianificazione condivisa delle cure nel panorama comparato*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 212.

¹⁸⁴ M. TOMASI, *op. loc. cit.*, la quale precisa che tali strumenti (equivalenti alle DAT italiane), «altrettanto vincolanti, e spesso meno formalizzati», svolgono, «al contempo», anche «la funzione della PCC, poiché vi si fa ricorso anche e soprattutto in presenza di malattia».

¹⁸⁵ F. APRÀ-M. DI MASI-F. MARIN-G. MARSICO-D. RODRIGUEZ, *op. cit.*, 187.



la predisposizione di un piano di cura «annulli quanto precedentemente espresso» nelle direttive anticipate o, addirittura, che il deposito di queste ultime osti alla successiva elaborazione di una PCC¹⁸⁶. All'opposto, la riconciliazione dei due istituti sotto il comune denominatore della relazione di cura ne favorisce una migliore integrazione, financo nelle ipotesi – certamente problematiche – in cui emerga una sfasatura tra l'approccio terapeutico concordato in sede di pianificazione e quanto (anteriormente o successivamente) dichiarato dal paziente *ex uno latere*.

Proprio l'inserimento delle DAT nel protocollo di cura¹⁸⁷ è suscettibile di governarne più efficacemente l'interferenza con l'esecuzione dei trattamenti programmati, i quali devono essere ricalibrati alla luce della disposizione di trattamento *medio tempore* intervenuta. In sede di avvio della pianificazione, specularmente, al paziente dovrebbe essere chiesto se abbia già depositato una DAT e se desideri revocarla¹⁸⁸ o condividerne il contenuto per armonizzarlo con la PCC. L'eventuale – residua – frattura tra due volontà di segno contrario andrà composta in ossequio alla regola condensata nella massima «*voluntas posterior derogat priori*»¹⁸⁹, fatto salvo quanto osservato in ordine all'accertamento della (perdita della) capacità decisionale del paziente.

L'archiviazione della logica dell'*aut-aut* permette inoltre di ovviare alle lacune informative riscontrabili nelle DAT, il cui deposito prescinde – a rigore¹⁹⁰ – da un confronto diretto tra il disponente e il medico¹⁹¹. Oltre a stemperare l'«antagonismo»¹⁹² tra gli interessi del dichiarante e il dovere di cura gravante sui sanitari, la proiezione della volontà unilaterale del paziente all'interno di una piattaforma valoriale condivisa offre a questi ultimi una chiave di lettura della decisione terapeutica assunta «in

¹⁸⁶ Lo rilevano, con toni critici, F. APRÀ-M. DI MASI-F. MARIN-G. MARSICO-D. RODRIGUEZ, *op. loc. cit.*

¹⁸⁷ L'attitudine delle DAT ad assumere «utilmente» – «indipendentemente da precedenti redazioni» – la «forma nota come “pianificazione sanitaria anticipata” (*advanced health care planning*) o “pianificazione anticipata delle cure”» è riconosciuta da T. PASQUINO, *Direttive anticipate sui trattamenti sanitari e rinuncia alle cure: notazioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale 16 novembre 2018, n. 207 e della sentenza 22 novembre 2019, n. 242: profili civilistici*, in M. CAVALLARO-F. ROMEO-E. BIVONA-M. LAZZARA, (a cura di), *Sui mobili confini del diritto: tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi “di fatto”: scritti in onore di Massimo Paradiso*, Il, Torino, 2022, 170.

¹⁸⁸ Riguardo all'ammissibilità di una «revoca implicita» delle DAT, viene osservato che la stessa può essere ravvisata nella «formulazione di una nuova disposizione anticipata di trattamento, dal contenuto incompatibile con quanto rappresentato in precedenza» (F. MAFFETTONE, *Sulla revocabilità delle disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 1410, a giudizio della quale, ad esempio, «la manifestazione di voler essere sottoposto a certi trattamenti sanitari, dapprima esclusi, significa che si vuole, in via implicita, revocare quanto deciso in precedenza»).

Una conclusione analoga sembra poter essere raggiunta a fronte di una PCC che esibisca un contenuto radicalmente incompatibile con gli intendimenti precedentemente espressi in una DAT, pur non formalmente revocata.

¹⁸⁹ Così U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018, 112.

Ritiene che a fronte di un «contrasto» fra DAT e PCC, quest'ultima «dovrebbe senza alcun dubbio prevalere» (in quanto «ben più attuale») L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in senato*, in *Dir. pers. fam.*, 2018, I, 200.

¹⁹⁰ Il rilievo è di G. RAZZANO, *op. cit.*, 129-130.

¹⁹¹ Osservava – prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017 – A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 20123, II, 485-486: «È improbabile, se non impossibile, che il testamento biologico contenga una volontà informata, del tutto equiparabile a quella che può sostanziare un consenso informato attuale. A parte la difficoltà di prevedere ipotetiche future malattie e relative tecniche terapeutiche, e quindi di determinare l'oggetto delle disposizioni, anche qualora una persona potesse dirsi informata sufficientemente riguardo a ogni possibile eventualità, il sintagma “consenso informato” come proiezione della persona non sembra riducibile alla semplice informazione tecnica: non è equiparabile la condizione di chi si trova attualmente, qui e ora, a vivere una malattia e acconsente o rinuncia a un trattamento già in atto, a quella di chi ora per allora concepisce astrattamente senza un vissuto attuale certe determinazioni».

¹⁹² G. RAZZANO, *op. loc. cit.*



solitudine»¹⁹³ ed alla quale l'*équipe* medica è tenuta a dare, fedelmente, seguito.

La configurazione della PCC quale “contenitore” in grado di assorbire le disposizioni *unilaterali*¹⁹⁴ depositate prima o dopo la conclusione dell'*accordo* terapeutico, infine, impatta sulla esegesi del rinvio alla disciplina delle DAT formulato nell'ultimo comma dell'art. 5 della legge n. 219/2017 in relazione agli «aspetti» della pianificazione ivi «non espressamente disciplinati».

Ad uno sguardo epidermico, la norma eleva il regime delle disposizioni anticipate di trattamento al rango di statuto generale attorno al quale gravitano le regole sulla pianificazione delle cure. Si tratterebbe di una logica diametralmente opposta a quella che governa il rapporto tra il contratto e gli atti unilaterali nell'orbita dell'art. 1324 cod. civ. Da qui l'impressione che il diverso terreno di rifrazione dell'autonomia privata – in un caso di contenuto patrimoniale, nell'altro costituito da una scelta di cura – giustifichi un'inversione della polarità tra l'espressione bilaterale ovvero unilaterale della volontà negoziale, ritenute, nell'ordine, preminenti nell'edificazione dei rispettivi statuti normativi.

Condotto ad estreme conseguenze, un simile orientamento perpetua l'idea secondo cui la condivisione delle scelte sanitarie sarebbe rimasta, nella *mens legis*, concettualmente subordinata ad un paradigma – quello delle DAT – incarnante la più fedele espressione della signoria dell'individuo sul proprio destino terapeutico. Con il rischio, non solo teorico, di esacerbare il conflitto ideologico¹⁹⁵ tra gli istituti ai quali il legislatore affida il compito di presidiare l'autodeterminazione terapeutica del paziente¹⁹⁶ e che taluno erge ad emblema di due inconciliabili visioni della medicina¹⁹⁷.

A sdrammatizzare tale lettura contribuisce proprio la riconducibilità di ambedue le figure al *telos* della legge n. 219/2017, dove la promozione della “relazione di cura” viene radicata sull'*incontro* tra l'autonomia decisionale del paziente e la competenza/autonomia/responsabilità del medico. Se, da un lato, la più tangibile manifestazione di tale connubio¹⁹⁸ si concreta nella pianificazione concertata degli interventi sanitari¹⁹⁹, sarebbe, da un altro lato, riduttivo qualificare le DAT alla stregua di atti avul-

¹⁹³ A. DI MAJO, *op. cit.*, 46.

¹⁹⁴ Né, del resto, l'unilateralità delle DAT potrebbe dirsi inficiata dal «coinvolgimento» di «più persone» nella «stesura delle direttive» (cfr., prima dell'introduzione della legge n. 219/2017, D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, I, 20).

¹⁹⁵ Una critica alla lettura che declina il tema del rifiuto delle terapie in termini di «contrapposizione» tra l'«autodeterminazione del paziente» – intesa, nella sua più esasperata accezione, quale assoluta libertà del soggetto di decidere in merito al proprio corpo – ed il «ruolo di garanzia del medico» – elevato ad espressione di un paternalismo autoritario – si trova in F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, cit., 225-227.

¹⁹⁶ In tal senso cfr., prima dell'approvazione della legge n. 219/2017, M. DI MASI, *Relazione di cura, autodeterminazione e fine vita. La proposta di «Undirittogentile»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, IV, 669, che identifica le disposizioni anticipate di trattamento e la «programmazione anticipata e condivisa delle cure» con i «due strumenti lasciati all'autonomia privata» per forgiare «scelte sanitarie» destinate a spiegare effetti «anche» in caso di «incapacità sopravvenuta».

¹⁹⁷ Al «fondo della distinzione fra i due percorsi» di cura – osserva G. RAZZANO, *op. cit.*, 149-150 – «vi è (...) una diversa visione della medicina stessa, in quanto le DAT esprimono un atteggiamento autoreferenziale, che prefigura l'antagonismo fra il fiduciario e il medico (come comprovano le norme relative al possibile ricorso al giudice), mentre la pianificazione condivisa è espressione dell'intrinseco carattere relazionale della medicina».

¹⁹⁸ In questa prospettiva, la disciplina della PCC riflette l'«accresciuta sensibilità nei confronti dell'autonomia del paziente», segnalata – anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 219/2017 – insieme allo sviluppo di «prassi» sempre più «spesso» caratterizzate da «forme di collaborazione decisionale tra paziente terminale e medico» (S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., 13).

L'attitudine della pianificazione a favorire l'«attivo coinvolgimento del paziente» nella relazione di cura veniva evidenziata, prima della consacrazione normativa della figura, da S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, 252.

¹⁹⁹ «Condividere una decisione» – scrive M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, cit., 130 – «postula la negoziazione della scelta tra il paziente, da un lato, e l'*équipe* sanitaria dall'altro. Ciascuno può avere un ruolo



si dall'interlocuzione terapeutica a cagione della loro provenienza unilaterale. Al verificarsi delle condizioni cliniche indicate dal dichiarante, il contenuto delle disposizioni di trattamento entra, a pieno titolo, in relazione con la *competenza* e l'*autonomia* dei sanitari, investiti del compito di verificarne – sotto la loro *responsabilità* – la non palese incongruenza, tenuto conto delle opzioni di cura non prevedibili al momento della loro redazione. Il confronto dei medici con il fiduciario nominato dal disponente conferma la natura dialogica della fase attuativa delle direttive anticipate²⁰⁰, assottigliandone ulteriormente la distanza rispetto alla pianificazione condivisa delle cure.

La portata del richiamo alla norma sulle DAT contenuto nell'ultimo comma dell'art. 5 della legge n. 219/2017 deve, allora, essere calibrata alla stregua del comune fondamento assiologico dei due istituti, conferendo, al tempo stesso, rilievo alle insuperabili divergenze che ne contrassegnano la dimensione applicativa. È dunque immanente, nel rinvio in parola, un vaglio di compatibilità²⁰¹ tra la lacuna riscontrata nella disciplina della PCC e la regola sulle DAT suscettibile, in astratto, di essere ivi esportata.

Tracciate queste coordinate ermeneutiche, può essere affrontato il tema dell'inclusione dei minori tra i potenziali destinatari di una pianificazione condivisa delle cure.

A supporto della soluzione negativa, si ritiene che il presupposto della maggiore età appartenga al novero delle *analogie* tra DAT e PCC²⁰². Sebbene la disposizione dedicata a quest'ultimo istituto non specifichi alcunché in merito alla capacità di agire del paziente, la ineludibilità di tale requisito viene argomentata alla luce del richiamo alla disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento, ove lo stesso è espressamente contemplato²⁰³. Nonostante, dunque, i minori dovrebbero «senz'altro» ritenersi esclusi dall'applicazione «diretta dell'art. 5», tale esito viene ridimensionato alla luce del (più generale) principio di programmazione delle cure, in ossequio al quale è certamente possibile ammettere i soggetti non ancora legalmente capaci ad una concertazione dell'itinerario terapeutico, «pur nelle diverse modalità previste all'art. 3» della legge n. 219/2017²⁰⁴.

Proprio l'afferenza della PCC ai principi che informano la relazione di cura rende non «soddisfacente»²⁰⁵ – ad avviso di altra parte della dottrina – la lettura che ne condiziona l'accesso al raggiungimento della maggiore età. Muovendo dalla duplice declinazione dell'istituto quale «modello di acquisizione del consenso informato» e di «vero e proprio paradigma decisorio» teso ad assicurare il «rispetto della graduale acquisizione di consapevolezza» dei soggetti chiamati a partecipare alle scelte sanitarie, viene

nella costruzione della scelta. La condivisione serve ad alleggerire il carico della decisione, ma soprattutto ad elaborare scelte meditate e consapevoli».

²⁰⁰ Ciò conferma che il legislatore del 2017 non ha inteso declinare il principio del consenso «in favore di una autonomia arbitraria» del malato. Cfr. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, III, 723-724, che rimarca, di contro, come il «rispetto» della persona del malato non vada «confuso con l'indifferenza da parte del medico» (al quale non possono essere richiesti trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali), donde l'esigenza di assicurare il «rispetto reciproco delle persone coinvolte in rapporto ai ruoli che esse ricoprono nella relazione di cura».

²⁰¹ M. PICCINNI-A. APRILE, *op. cit.*, 39.

²⁰² C. CASONATO, *op. cit.*, 950.

²⁰³ C. CASONATO, *op. cit.*, 950, nt. 6.

²⁰⁴ M. PICCINNI-A. APRILE, *op. cit.*, 39.

Nel senso di una decisa valorizzazione della capacità di discernimento del minore nel processo decisionale che conduce all'assunzione della decisione terapeutica cfr. R. SENIGAGLIA, «Consenso libero e informato» del minorenne tra capacità e identità, in *Rass. dir. civ.*, 2018, IV, 1318 ss.; G. DI ROSA, *Il minore e la salute*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, 111 ss.

²⁰⁵ V. DURANTE, *La pianificazione condivisa delle cure per gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 160.



distinta la situazione del bambino «piccolo o molto piccolo» – ove la seconda delle richiamate accezioni non entra in gioco – e quella del minore in grado di «esprimere la propria personalità, di individuare obiettivi» e di «nutrire interessi» meritevoli di trovare emersione nel piano terapeutico²⁰⁶.

Una lettura estensiva della norma si rivela preferibile, nella misura in cui presidia il rispetto dell'identità – «progressiva»²⁰⁷ – del minore nel percorso di cura e ne garantisce la rilevanza nel dialogo con il personale sanitario²⁰⁸. La divergenza rispetto alla norma sulle DAT si giustifica alla stregua della constatazione che la capacità di discernimento non implica, salvi casi eccezionali, quella «personalità matura e stabile» necessaria a conferire rilievo alle dichiarazioni rese dal minore ai fini dell'accoglimento della richiesta di interruzione delle cure formulata dal suo rappresentante legale²⁰⁹. Ad una diversa conclusione – viene osservato – si può «forse» giungere laddove i medesimi intendimenti, condivisi dai genitori, si collochino nel contesto della PCC, attesa la «qualità particolarmente informata e ponderata che tale processo garantisce» a fronte di un quadro clinico di cui il minore capace di discernimento abbia una «comprensione concreta e non una semplice idea astratta»²¹⁰.

8. – La determinazione della latitudine applicativa della PCC passa attraverso l'esegesi del comma 1 dell'art. 5 della legge n. 219/2017, ove l'istituto si iscrive nell'orbita delle conseguenze terapeutiche che originano dalla diagnosi di una «patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta». È su questi, alternativi, scenari clinici che si innesta la programmazione delle cure alla quale l'*équipe* medica è tenuta ad uniformarsi a fronte della sopravvenuta incapacità del paziente, nonché l'ancillare dovere dei sanitari di informare quest'ultimo sul «possibile evolversi della patologia», su quanto egli debba «realisticamente attendersi in termini di qualità della vita», sulle «possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative» (art. 5, comma 2).

Dalla lettura combinata dei primi due commi della norma viene desunta la volontà legislativa di focalizzare l'attenzione sui «casi di prevedibile incapacità della persona»²¹¹, al fine di proiettare gli intendimenti di quest'ultima negli stadi del rapporto di cura in cui non le sarà possibile alcuna interazione con il personale medico. La pianificazione terapeutica consterebbe dunque di «due fasi necessarie», la prima contraddistinta dalla condivisione dell'iter clinico – e dunque di «ciò che andrà o non andrà fatto con il progredire della patologia» – e, la seconda, nella quale l'interessato «non sarà più in grado di esprimersi» e i sanitari non dovranno far altro che attenersi a quanto concordato²¹².

Se, per un verso, la disciplina della PCC risulta indubbiamente congegnata in modo da assicurare il rispetto della volontà del paziente lungo l'intero decorso di patologie gravi e inarrestabili, rimane, per un altro verso, aperto l'interrogativo sul posizionamento dell'asticella che marca la soglia di accesso

²⁰⁶ S. CACACE, *La pianificazione condivisa delle cure per i pazienti minori di età*, in *BioLaw Journal*, 2025, I, 182.

²⁰⁷ Cfr., in termini generali, su tale declinazione dell'autonomia del minore, V. BARBA, *Autonomia progressiva e miglior interesse della persona minore di età*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, II, 441 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il modello inclusivo dell'autonomia progressiva del figlio minore di età*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, IV, 453 ss.

²⁰⁸ Sulla centralità assegnata alla capacità di comprensione e decisione del minore – e sulla conseguente necessità che le persone alle quali è demandata la manifestazione del consenso al trattamento agiscano «non per il soggetto interessato ma con lo stesso» cfr. R. SENIGAGLIA, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO-ID., *Diritto civile minorile*, 2^a ed., Napoli, 2024, 50.

²⁰⁹ R. CATERINA, *I minori e il corpo*, in *Giur. it.*, 2021, VI, 1515.

²¹⁰ R. CATERINA, *op. ult. loc. cit.*

²¹¹ M. PICCINNI-T. VECCHIATO-N. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 105.

²¹² V. DURANTE, *op. cit.*, 158.



alla pianificazione. Su tale ultima questione si appuntano le seguenti riflessioni, incentrate sull'individuazione del coefficiente di *attualità* e di *gravità* della diagnosi al cospetto della quale può essere avviato un percorso terapeutico condiviso assistito dagli effetti previsti dal legislatore del 2017.

È stato, in proposito, osservato che l'istituto in esame «non si attaglia ad ogni circostanza»²¹³, presupponendo il riscontro del quadro clinico descritto dall'art. 5 della legge n. 219/2017. Sebbene il comma 1 della disposizione non esiga testualmente l'attualità della patologia «cronica e invalidante» (o «caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta»), il comma 2 non lascerebbe, invece, adito a dubbi²¹⁴ circa l'espunzione dal perimetro applicativo della PCC delle situazioni in cui le rammentate condizioni cliniche non siano ancora «in atto».

In senso contrario, viene escluso che il «contesto specifico» in cui può radicarsi la pianificazione presupponga l'attualità della patologia, risultando sufficiente la sussistenza di un «rischio» – legato alla «storia familiare», ad «allarmi e episodi minori» o, semplicemente, all'età avanzata – che il medico di fiducia ritenga «prudente» prendere in considerazione²¹⁵ all'interno di un piano di intervento terapeutico²¹⁶. Altra parte della dottrina reputa siffatta lettura eccessivamente «estensiva», evincendosi dal «coordinamento» tra i primi due commi dell'art. 5 della legge del 2017 la necessità che la patologia sia conclamata, seppur non implicante l'attivazione di un percorso di cure ospedaliere²¹⁷.

Lasciando, per il momento, in sospeso l'interrogativo se ad essere «attuale» debba essere la diagnosi della *malattia* o il riscontro dei corrispondenti *fattori di rischio*, occorre mettere a fuoco i contorni del quadro nosologico che il legislatore ricollega all'elaborazione di una strategia concordata di cure. Tra le due ipotesi codificate dall'art. 5, l'attenzione deve essere concentrata – ai fini che interessano in questa sede – sulla malattia «cronica e invalidante» menzionata come alternativa²¹⁸ a quella contraddistinta da una «inarrestabile evoluzione con prognosi infausta».

I primi commentatori hanno segnalato come le locuzioni impiegate dal legislatore non siano «del tutto risolutive», né consentano un'agevole verifica delle situazioni «di confine» inevitabilmente emergenti nella prassi²¹⁹. Dall'aggettivo «invalidante», in particolare, non è dato comprendere la natura e l'entità della compromissione – a seconda dei casi circoscritta ad «alcune funzioni dell'organismo» ovvero tale da pregiudicare «pressoché totalmente l'autonomia della persona» – identificata dall'art. 5 quale «condizione preliminare» per l'avvio di un piano di cure²²⁰.

Appurato che la legge non chiarisce «quanto dev'essere «invalidante» la prognosi della patologia»²²¹, la relativa delimitazione alle diagnosi più gravi viene da taluno giudicata, per un verso, «ridut-

²¹³ P. VERONESI, *op. cit.*, 66.

²¹⁴ P. VERONESI, *op. cit.*, 67.

²¹⁵ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 249.

²¹⁶ P. ZATTI, *op. loc. cit.*, a parere del quale «chi si sa esposto, per ragioni di storia familiare, o per allarmi e episodi minori, a un rischio legato a una specifica forma patologica, può fare la sua brava pianificazione di cure anche se non è ospedalizzato, purché di concerto con un medico».

Nella medesima prospettiva cfr. A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, IV, 1523-1524, che ritiene «discutibile» e priva di ragionevolezza la scelta del legislatore del 2017 di «rafforzare l'alleanza terapeutica» e il «rapporto di fiducia» tra medico e paziente «soltanto nei casi» previsti dall'art. 5 della legge n. 219/2017.

²¹⁷ M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, I, 228.

²¹⁸ L'alternatività tra le due ipotesi è rimarcata da P. VERONESI, *op. cit.*, 68.

²¹⁹ P. VERONESI, *op. loc. cit.*

²²⁰ M. PICCINNI-A. APRILE, *op. cit.*, 34.

²²¹ P. VERONESI, *op. loc. cit.*



tiva»²²² – nella misura in cui la disposizione della legge n. 219/2017 esprime un modello «più generale» suscettibile di estendersi ad «ogni relazione di cura»²²³ –, nonché, per un altro verso, «irragionevole» sotto il profilo «strettamente costituzionale»²²⁴. Più alla radice, l'estensione della PCC a casistiche cliniche diverse da quelle descritte dal legislatore viene predicata alla stregua della centralità dell'alleanza terapeutica – di cui l'istituto in parola costituisce il più immediato riflesso – nel «tessuto» della legge n. 219/2017²²⁵.

Prendendo le mosse dalla constatazione che la disciplina dettata dall'art. 5 della legge n. 219/2017 «altro non è» se non una concretizzazione del «più generale principio del consenso progressivo»²²⁶, l'unico – indefettibile – tratto fisionomico della pianificazione risiederebbe nella struttura *bifasica* del rapporto di cura. Così, tutte le condizioni cliniche che lascino presagire la futura incapacità di autodeterminarsi del paziente legittimerebbero quest'ultimo a condividere, immediatamente, con il personale medico i propri intendimenti riguardo agli specifici trattamenti che si renderanno plausibilmente necessari al progredire della malattia.

L'attrazione nell'orbita dell'art. 5 della legge n. 219/2017 di fenomenologie patologiche a prima vista difformi da quelle ivi contemplate non risponde ad un vezzo puramente teorico. Da una esegesi letterale del dato normativo, invero, discenderebbe l'assoggettamento dei percorsi terapeutici afferenti a malattie croniche non (sufficientemente) invalidanti ad un *set* di regole differente da quello che governa la pianificazione delle cure *stricto sensu* intesa²²⁷. A fronte del consolidamento di uno statuto della PCC «a due velocità», soltanto il decorso delle patologie croniche più gravi potrebbe essere scandito da una programmazione di interventi contornata dagli effetti – riguardanti, ad esempio, la vincolatività del piano di cura e il ruolo del fiduciario – previsti dall'art. 5 della legge n. 219/2017.

Le considerazioni da ultimo svolte inducono a privilegiare un'interpretazione estensiva del concetto di «patologia cronica e invalidante», intesa quale *entry-stage* della pianificazione terapeutica. La definizione «intenzionalmente non articolata»²²⁸ di siffatta diagnosi conferma la duttilità della PCC e la sua capacità di adattarsi a scenari clinici fra loro eterogenei, al punto che la misura rifletterebbe un «diritto» – ad una «pianificazione generale»²²⁹ delle cure – «concretamente esigibile per tutti»²³⁰.

Si menziona, al riguardo, il caso del «paziente anziano» affetto da una patologia cronica invalidante «le cui condizioni a ogni ricovero successivo risultano sempre più gravi» (M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, cit., 129).

²²² M. AZZALINI, *op. cit.*, 33.

²²³ M. PICCINNI-L. BUSATTA-L. ORSI-M. TOMASI-V. ZAGONEL, *op. cit.*, 3.

²²⁴ Ciò – rileva M. AZZALINI, *op. loc. cit.* – «laddove si ritenesse che la pianificazione in questione non possa essere realizzata anche per ipotesi diverse da quella descritta nella norma».

²²⁵ È la stessa promozione della relazione di cura veicolata dal comma 2 dell'art. 1 del provvedimento a costituire, unitamente ai «combinati disposti» dei relativi «primi quattro articoli», una «base» sufficiente a legittimare la pianificazione del percorso di cure (M. AZZALINI, *op. cit.*, 34).

²²⁶ M. PICCINNI-A. APRILE, *op. cit.*, 34.

²²⁷ Un'interpretazione restrittiva dei presupposti clinici della pianificazione «aprirebbe» la «delicata questione» – indagata da M. AZZALINI, *op. cit.*, 34 – della «attribuzione di un significato diverso [dalla programmazione delle cure *latu sensu* intesa] a quella «pianificazione» specificamente prevista dall'art. 5 e limitata ad un altrettanto specifico ambito terapeutico: operazione, questa, che pare in contrasto con lo spirito complessivo della legge e con la [sua] *ratio* di fondo».

²²⁸ L. BUSATTA, *op. cit.*, 86.

²²⁹ Così A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 1523.

²³⁰ L. BUSATTA, *op. cit.*, 87, che pone, specularmente, in rilievo la declinazione *negativa* – connaturata a «ciascuna libertà che possa definirsi propriamente tale» – di tale posizione giuridica.



L'istanza di ampliamento dei contorni della PCC deve misurarsi con l'obiezione, altrettanto pertinente, secondo cui i confini della fattispecie non possono essere dilatati sino a farvi rientrare situazioni cliniche di natura puramente congetturale. L'inclusione di «chi non è ancora “paziente”»²³¹ o non manifesta alcuna sintomatologia oggettivamente apprezzabile tra i candidati alla pianificazione rischia, invero, di snaturare l'istituto e di appiattirne il contenuto su quello delle disposizioni anticipate di trattamento.

9. – In ragione del bilanciamento fra le istanze menzionate alle fine del paragrafo precedente, l'interprete è chiamato a sagomare la nozione di *malattia cronica invalidante in atto* risultante dai primi due commi dell'art. 5 della legge n. 219/2017. Segnatamente, la “figura” della PCC deve essere collocata sugli “assi cartesiani” della *gravità* e dell'*attualità* della patologia considerata rilevante dal legislatore.

Da un lato, la mobilità della categoria delle malattie croniche è attestata dalla recente inclusione, nel relativo catalogo, di tre “nuove” patologie – l'*obesità*, l'*epilessia* e la *endometriosi* – ritenute suscettibili di alterare negativamente la qualità e le aspettative di vita dei soggetti che ne sono portatori²³². Merita, da un altro lato, di essere rimarcata la centralità progressivamente assegnata all'individuazione dei fattori predittivi della cronicità. Sono stati, a tal fine, affinati i contorni di uno stadio – di *pre-cronicità* – anteriore alla manifestazione dei sintomi della malattia e nell'ambito del quale è possibile mettere in atto alcuni accorgimenti idonei a rimandarne o scongiurarne l'insorgenza²³³.

La scoperta e la mappatura di una popolazione (pre)fragile spezza il binomio oppositivo – tra *capacità* e *incapacità* – intorno al quale orbitano le norme codicistiche relative alla protezione degli adulti vulnerabili, ivi comprese quelle sull'amministrazione di sostegno, dove la spiccata personalizzazione della tutela non emancipa la misura da una logica tuttora ancorata all'idea di una limitazione, sia pure sartoriale, dell'autonomia.

La sfida dinanzi alla quale la pre-fragilità pone il giurista si lega, per converso, allo sviluppo di un sistema integrato di supporto in cui la *capacità* non rifletta soltanto una «condizione personale» – contrassegnante uno «*status* generale e astratto» o, nella sua declinazione “naturale”, una «idoneità funzionale da valutare caso per caso» – ma soprattutto un «obiettivo» al quale «tendere» e da preservare «il più a lungo possibile»²³⁴. Icasticamente condensato nell'espressione *one health*, siffatto approccio postula la sedimentazione di una tecnica di cura «anticipata, mirata e personalizzata»²³⁵, capace di isolare la combinazione dei marcatori²³⁶ che preludono, dapprima, alla pre-fragilità e, ove trascurati, ad una condizione di fragilità.

Tali considerazioni si riverberano sulle scelte di *policy* connesse al tema delle malattie croniche, la cui «grave incidenza» è evidenziata, unitamente all'«importanza» della loro «diagnosi precoce», nel preambolo del programma *EU4Health* 2021-2027. A queste direttrici fanno eco, sul versante domestico, le indicazioni contenute nel piano della cronicità per il 2024, imperniato su un modello di «gestio-

²³¹ M. MANTOVANI, *op. cit.*, 228.

²³² Piano nazionale della cronicità 2024

²³³ G. SICILIANO, *Metodologia e concettualizzazione dell'approccio*, in E. BARGELLI (a cura di), *Verso un sistema integrato di cura per le persone fragili*, cit., 13-14.

²³⁴ E. BARGELLI, *Towards an Integrated Care System for the Population with Chronic Diseases, Multimorbidity, Frailty, and Polypharmacy. Un'introduzione*, in EAD. (a cura di), *Verso un sistema integrato di cura per le persone fragili*, cit., 6-7.

²³⁵ E. BARGELLI, *op. ult. cit.*

²³⁶ G. SICILIANO, *op. cit.*, 14.



ne» di siffatte patologie orientato a «prevenirne l'evoluzione e le complicanze» mediante lo sviluppo di un «piano di presa in carico e di *follow up* proattivo, precoce e personalizzato, programmato sul medio-lungo termine»²³⁷.

Decisiva, nell'«approccio multidisciplinare» al quale deve essere informato il sistema di «controllo» delle malattie croniche, si rivela l'individuazione dei soggetti in «condizioni di rischio aumentato per malattie croniche» – compresi coloro che non esibiscono una «sintomatologia evidente» – al fine di renderli destinatari, «quanto più precocemente» possibile, di «interventi» atti a prevenire o ritardare la progressione della malattia e l'insorgenza delle complicanze più gravi. Sul piano organizzativo, tale impostazione si colloca nel modello della *sanità di iniziativa* disegnato dal d.m. n. 77/2022 e messo in atto tramite le Aggregazioni Funzionali Territoriali (AFT) dei medici e le Unità Complesse di Cure Primarie (UCCP), in collaborazione con gli infermieri di famiglia o di comunità²³⁸.

Calando tali coordinate metodologiche nell'interpretazione dell'art. 5 della legge n. 219/2017, appare difficile non ravvisare nella PCC lo strumento più acconcio a tradurre, sul piano operativo, l'esigenza di «garantire l'ingresso quanto più precoce della persona con malattia cronica» in un «percorso diagnostico-terapeutico multidisciplinare»²³⁹. Il riferimento alla «patologia invalidante in atto» prelude, da tale angolatura, alla selezione dei fattori di rischio idonei, ove non tempestivamente rilevati, ad evolversi in una situazione clinica più grave.

Il transito dallo standard del *malato cronico* a quello del *paziente pre-fragile* riflette uno slittamento del requisito dell'«attualità» della condizione clinica legittimante l'avvio di un itinerario terapeutico condiviso. Essa, in particolare, non si identifica necessariamente con la diagnosi di una patologia, ma può riferirsi alla sussistenza degli indicatori che ne preconizzano l'insorgenza con un elevato grado di probabilità. La selezione di tali biomarcatori deve avvenire sotto l'egida delle scale di (pre)fragilità – prevalentemente ma non esclusivamente geriatrica – elaborate dalla scienza medica per sondare il livello di autonomia dei pazienti²⁴⁰.

Tale mutamento di paradigma agevola una sensibile – ed eppure non incontrollata – dilatazione della cerchia dei soggetti abilitati a condividere un percorso di cura sin dalla fase in cui si manifestano i segnali premonitori di una futura condizione di cronicità. Tanto più si anticipa la soglia di accesso alla pianificazione, quanto più si estende – sia in ampiezza sia in articolazione – il ventaglio delle opzioni terapeutiche fruibili per il paziente.

Può, in questa prospettiva, financo essere superata l'idea della ontologica bifasicità della PCC, così come

²³⁷ Piano nazionale della cronicità 2024.

²³⁸ La sinergia tra l'operato di tali figure dovrebbe assicurare ai pazienti di essere contattati periodicamente al fine di «diagnosticare precocemente le patologie e monitorare la comparsa e l'evoluzione delle malattie croniche», prevenendo così la «perdita dell'indipendenza per il singolo e per il caregiver» (Piano nazionale della cronicità 2024)

²³⁹ Piano nazionale della cronicità 2024.

²⁴⁰ «La letteratura scientifica» – si legge in un parere reso nel 2019 dalla Commissione Regionale di Bioetica della Regione Toscana sulla «pianificazione condivisa delle cure nei pazienti con declino cognitivo» – «identifica come fattori favorevoli una buona PCC il suo *inizio precoce*, l'*informazione adeguata* del malato sulla sua condizione, il *coinvolgimento dei familiari*, l'*attitudine del medico*, la possibilità di discutere contemporaneamente problemi immediatamente rilevanti per il benessere della persona nella vita quotidiana. La PCC risulta invece *ostacolata* dagli *elementi di incertezza* relativi al futuro e al *momento giusto per iniziartela*» (i corsivi sono aggiunti).

Il documento viene richiamato da E. PALMERINI, *op. cit.*, 131-132, a conferma dell'opportunità di attivare precocemente il processo di pianificazione, specie a fronte di patologie comportanti un «decadimento cognitivo» e un «indebolimento» della capacità decisionale del soggetto.



l'immagine, ad essa ancillare, di una capacità del paziente che va ineludibilmente sbiadendosi fino ed essere surrogata dagli intendimenti già condivisi con i sanitari e/o dal dialogo di questi ultimi con il fiduciario. Un simile scenario – indubbiamente coerente a fronte di situazioni cliniche «caratterizzate da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta» – può rimanere estraneo alla fenomenologia delle «patologie croniche invalidanti», specie ove la loro diagnosi venga “derubricata” al riscontro dei corrispondenti indici predittivi.

Sul piano operativo e gestionale, l'estensione del perimetro applicativo dell'istituto è destinata a concorrere – complice l'inserimento del piano di cura nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 5, comma 4, legge n. 219/2017) – all'aumento del flusso dei dati sanitari che alimentano il FSE 2.0²⁴¹. Nulla osta, peraltro, all'inclusione – nel protocollo di cura – della manifestazione del consenso dei pazienti al trattamento dei propri dati per finalità di ricerca ovvero alla «partecipazione a studi futuri» dai quali potrebbero, anche solo indirettamente, trarre beneficio²⁴².

10. – Riannodando le fila del ragionamento svolto, occorre verificare se l'anticipazione della soglia di ingresso alla PCC – dalla diagnosi di una *patologia cronica invalidante* all'identificazione dei corrispondenti *marcatori* – possa contribuire a superare alcuni degli ostacoli che attualmente si frappongono alla piena ed effettiva tutela della salute e dell'autodeterminazione terapeutica degli adulti che versano (o sono in procinto di versare) in una condizione di fragilità.

Per quanto attiene ai servizi socio-assistenziali erogati in favore dei malati cronici, il consolidamento della massima che ne subordina la copertura pubblica al riscontro di un «nesso di strumentalità necessaria» con le cure mediche acuisce, nei termini sui quali ci siamo soffermati²⁴³, l'incertezza dello scrutinio sulla *inscindibilità* tra le attività svolte in favore dell'ospite della struttura. L'avviamento dei pazienti pre-fragili ad un percorso terapeutico pianificato renderebbe, per converso, manifesta – oltre che immediatamente riscontrabile tramite l'accesso al fascicolo sanitario elettronico – la sinergia tra gli interventi sanitari e assistenziali apprestati per evitare o contenere l'aggravamento di una malattia presa in carico fin dalla comparsa dei suoi primi indici rivelatori.

La verificabilità documentale dell'osmosi tra i vari aspetti del progetto di cura neutralizza *ab imis* qualsivoglia eccezione preordinata a far gravare sul nucleo familiare del paziente una quota delle spese per le prestazioni assistenziali. Considerato che l'esonero da tali costi viene condizionato all'elaborazione di un «trattamento terapeutico personalizzato»²⁴⁴, è evidente la pertinenza di siffatto *thema probandum* con l'avvio di un percorso di cura calibrato sulle specifiche esigenze dell'interessato.

Quanto alle decisioni sanitarie riguardanti gli adulti sprovvisti di una misura giudiziale di protezione, il potenziamento della PCC consente di ricucire lo strappo tra la regola pretoria della sussidiarietà dell'amministrazione di sostegno – rispetto alla costituzione di un'idonea rete familiare di protezione – e l'assenza di norme che attribuiscono ai congiunti del paziente *naturalmente* incapace un potere vicario nella relazione di cura.

Anche in questo caso, un arretramento del varco di accesso alla pianificazione consentirebbe al

²⁴¹ Sulle potenzialità di tale strumento cfr. S. CORSO, *Il fascicolo sanitario elettronico 2.0. Spunti per una lettura critica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, II, 334 ss.

²⁴² E. CAPULLI-L. BAUDINO-F. DI TANO-F. INGRAVALLO, *Implicazioni etico-giuridiche del trattamento dei dati personali di persone affette da demenza nell'ambito di una sperimentazione che coinvolge i loro caregiver: criticità e possibili soluzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2024, III-IV, 567.

²⁴³ *Retro*, par. 2.

²⁴⁴ Cass. 11 dicembre 2023, n. 34590, cit. (il corsivo è aggiunto).



soggetto pre-fragile di individuare, all'interno della propria cerchia di affetti, chi – e come – sarà legittimato ad interloquire con il personale medico nell'ipotesi in cui l'aggravarsi della patologia dovesse condizionare negativamente la sua autonomia decisionale²⁴⁵. A fronte di un iter di cura definito sin dall'esordio della malattia, la sopravvenuta perdita di lucidità del paziente non dovrebbe neppure indurre i sanitari a sollecitare la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio. Innestandosi su una strategia di intervento già condivisa, invero, i diritti di *voice* accordati al fiduciario, siano essi nunciativi o deliberativi, agevolano l'*équipe* nel proseguire idealmente il dialogo intrapreso con l'interessato e nell'assecondarne i *desiderata* terapeutici.

Affinché si radichi, nel corpo sociale, la comprensione dell'importanza di avviare un percorso di cura non appena le «luci della salute» iniziano a spegnersi²⁴⁶, è necessaria una duplice, parallela, strategia di capillare disseminazione di informazioni tra i potenziali candidati alla PCC e di adeguata formazione della classe medica. L'esercizio pianificato, in forma unilaterale o condivisa, dell'autonomia in materia sanitaria trova – in ogni caso – il suo *humus* fisiologico nell'alveo del rapporto di cura, inteso quale luogo ove gli interessi di cui gli attori della relazione sono portatori, lungi dall'essere in contrasto²⁴⁷, convergono verso la tutela della salute e dell'identità del paziente.

L'impulso – e la successiva regia – di tale processo dovrebbe competere al medico di famiglia²⁴⁸, nella sua veste di primo interlocutore professionale al quale i soggetti pre-fragili riferiscono, solitamente, la sintomatologia da cui può desumersi l'opportunità di definire un protocollo terapeutico personalizzato. Proprio il tempo, di cura²⁴⁹, dedicato all'anamnesi e alla descrizione dei sintomi – rese spesso complesse, oltre che dal carico di lavoro dei sanitari²⁵⁰, dalla connaturata inettitudine del linguaggio a tradurre in parole i più comuni effetti dell'esperienza della malattia²⁵¹ – dovrebbe essere adeguatamente valorizzato, anche sfruttando le potenzialità dei nuovi ambienti comunicativi in cui si sviluppa la relazione tra medici e pazienti, primo fra tutti quello della telemedicina²⁵².

²⁴⁵ Da tale angolatura, una precoce programmazione delle cure è in grado di disinnescare la conflittualità – sia «all'interno della famiglia» sia «tra questa e i sanitari» (cfr. L. GAUDINO, *Italia – La legge 219/2017*, in ID. (a cura di), *La relazione di cura tra legge e prassi*, cit., 14) – che rischia, nei termini sui quali ci siamo soffermati (*retro*, par. 4), di compromettere l'efficacia del percorso terapeutico.

²⁴⁶ L'immagine è di V. WOOLF, *Sulla malattia*, a cura di N. Gardini, Torino, 2006, 7.

²⁴⁷ Lo rileva, recentemente – menzionando proprio l'istituto della pianificazione condivisa delle cure – A. MORACE PINELLI, *Il microsystema della responsabilità medica, tra legislazione d'urgenza e proposte di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2025, II, 327-328.

²⁴⁸ L. GAUDINO, *op. ult. loc. cit.*, che sottolinea la «posizione privilegiata» del medico di famiglia nel «favorire il dialogo e la comprensione tra il paziente e la sua cerchia affettiva, da un lato, e l'*équipe* (o le *équipe*) curante, dall'altro lato».

²⁴⁹ La riconducibilità del «tempo della comunicazione» al «tempo di cura» viene, come noto, espressamente affermata dall'art. 1, comma 8, legge n. 219/2017.

²⁵⁰ Al problema del *tempo* si aggiunge – rileva M. FOGLIA, *Consenso e cura*, in *Pers. merc.*, 2025, II, 447-448 – quello della «mancanza di adeguati spazi idonei alla costruzione del dialogo medico-paziente». I reparti – prosegue l'A. – «non sono pensati per questo tipo di attività. La comunicazione avviene quindi nelle stanze dei pazienti, quasi sempre condivise con altri, oppure nei corridoi dei reparti o, quando possibile, nelle sale dei medici».

²⁵¹ Evidenziava, nella già citata opera *«sulla malattia»*, Virginia Woolf: «L'inglese, che può esprimere i pensieri di Amleto e la tragedia di re Lear, non ha parole per i brividi e il mal di testa (...): basta che il malato tenti di spiegare a un medico la sofferenza che ha nella testa perché il linguaggio si prosciughi di colpo. Non c'è nulla di pronto all'uso. Egli sarà costretto a coniare qualche parola e, tenendo il suo dolore in una mano e un grumo di puro suono nell'altra (come forse fecero gli abitanti di Babele all'inizio), pressarli insieme in modo tale che alla fine ne salti fuori una parola del tutto nuova» (V. WOOLF, *op. cit.*, 10).

²⁵² Cfr., sul punto, R. SENIGAGLIA, *Telemedicina ed essenza fiduciaria del rapporto di cura*, in *Pers. merc.*, 2023, III, 470 ss.; L. FERRARO, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Dir. inf.*, 2022, 837 ss.; M. FACCIOI, *La responsabilità sanitaria in telemedicina*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, III, 740 ss.



Altrettanto cruciale si rivela, specularmente, l'alimentazione del flusso informativo diretto verso il paziente, da governare in ossequio a principi e logiche quanto più possibile distanti dall'ingessante formalismo che ha contraddistinto l'approccio al consenso informato²⁵³. Alla quantità delle comunicazioni dovrebbe essere preferita la loro intelligibilità²⁵⁴, sulla falsariga della recente norma deontologica che prescrive di condividere le informazioni sulla pianificazione «in termini comprensibili», in modo da consentire al paziente e al fiduciario di «verificarne, per quanto possibile, l'adeguatezza rispetto alle buone pratiche basate sulle evidenze scientifiche disponibili»²⁵⁵. Si tratta di una regola di condotta suscettibile – nel «gioco di risonanze tra disciplina legale e autodisciplina»²⁵⁶ che innerva la relazione di cura – di integrare lo statuto della pianificazione condivisa risultante dall'art. 5 della legge n. 219/2017.

Da ultimo, non certo in ordine di importanza, una precoce pianificazione delle cure incrementa le probabilità che la situazione clinica dell'interessato si stabilizzi, rallentandone l'evoluzione in una patologia conclamata e invalidante. Non può escludersi, peraltro, che un tempestivo piano terapeutico consenta di modificare la prognosi in senso migliorativo per il paziente, favorendo il transito di una consistente quota di soggetti pre-fragili verso la loro precedente condizione di non fragilità. Se, invero, gli studi osservazionali hanno dimostrato la concreta possibilità di impedire – e non solo di differire nel tempo – l'insorgere delle malattie associate a determinati biomarcatori²⁵⁷, allora la diffusione, specie nella fascia della popolazione in età avanzata, di una cultura della pianificazione delle cure – riecheggianti l'idea di una «conservazione delle capacità di vita» degli anziani²⁵⁸ – può favorire un'inversione della «entropia», apparentemente implacabile, della fragilità.

²⁵³ Il duplice rischio che venga persa di vista l'«attenzione alla vulnerabilità del singolo» e che i requisiti previsti dal legislatore per l'accesso alla pianificazione siano «di nuovo standardizzati entro determinati protocolli spersonalizzanti» è colto da S. ZULLO, *Il diritto alla pianificazione anticipata e condivisa delle cure tra autonomia e vulnerabilità*, in *The Future of Science and Ethics*, 2018, III, 23.

²⁵⁴ Sui criteri che dovrebbero presiedere alla «selezione» delle informazioni da riferire al paziente si sofferma V. ROTONDO, *Obblighi informativi del sanitario nella scelta consapevole del paziente al trattamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, IV, 1248 ss., spec. 1255-1258.

²⁵⁵ Art. 24, comma 7 dei codici deontologici delle professioni sanitarie approvati nel gennaio del 2025.

²⁵⁶ P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, cit., 9.

²⁵⁷ Cfr. L. MARTIN-K. MCKENZIE-H. OUELLETTE-KUNTZ, *Once frail, always frail? Frailty transitions in home care users with intellectual and developmental disabilities*, in *Geriatrics Gerontology*, 2018, 18, 547 ss.

²⁵⁸ P. RESCIGNO, *Le garanzie da perseguire in favore dell'anziano cronico non-autosufficiente*, in AA.VV., *Eutanasia da abbandono*, cit., 183-184, ad avviso del quale siffatta *conservazione* «si risolve nel tenere almeno intatte talune opportunità o possibilità che attengono non solo alla vita materiale (...), ma anche agli altri modi in cui la vita, del singolo come della comunità, si svolge».



CASS., SEZ. I, SENT. 4 DICEMBRE 2024, N. 31105

In materia di garanzie personali, la presenza nel contratto di una clausola “a prima richiesta” non è decisiva ai fini di stabilire se le parti abbiano inteso stipulare una fideiussione o un contratto autonomo di garanzia, rendendosi a tal fine necessario accertare, per mezzo di una indagine diretta a ricostruire, facendo uso degli ordinari strumenti interpretativi nella disponibilità del giudice, l’effettiva volontà delle parti, lo scopo che queste hanno inteso perseguire per mezzo dell’intervenuta stipulazione.

ANGELA CAMPUS

Dottoranda – Università degli Studi di Cagliari

GLI INDICI DI AUTONOMIA DELLE GARANZIE PERSONALI: UNA QUESTIONE SEMPRE APERTA

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Le garanzie personali: fideiussione e contratto autonomo di garanzia. – 3. Le deroghe rispetto alla disciplina fideiussoria e le eccezioni comunque opponibili dal garante. – 4. Gli indici di autonomia del contratto: la clausola a “prima richiesta” e “senza eccezioni”.

1. – Nell’ambito di un contratto di fideiussione con clausola “a prima richiesta”, il provvedimento in epigrafe affronta la nota questione attinente all’individuazione dei criteri dai quali desumere la natura autonoma ovvero accessoria di una garanzia personale, soffermandosi in particolare sulla valenza, ai fini qualificatori, della c.d. clausola a prima richiesta.

Al fine di meglio comprendere i termini delle suesposte questioni, si rende opportuno descrivere, seppur sinteticamente, la vicenda in commento.

Nel caso di specie, la società Alfa, debitrice principale, veniva condannata in primo grado al pagamento di una somma di danaro nei confronti della banca Beta. In appello la richiesta di pagamento da parte della banca Beta veniva riproposta nei confronti dei garanti del debitore principale Alfa. Anche in appello, pertanto detti garanti chiedevano la conferma del rigetto nei loro confronti della domanda di pagamento riproponendo, in proposito, una eccezione di compensazione tra i crediti della banca Beta e i crediti della società Alfa, già formulata in primo grado dal debitore principale Alfa e disattesa dal Tribunale.

La Corte d’appello rigettava però l’eccezione di compensazione e condannava i fideiussori al pagamento del credito in favore della banca considerando gli stessi quali garanti autonomi della società



Alfa sulla base dell'art. 7 del contratto, il cui tenore, secondo il giudice del gravame, esprimeva una clausola di pagamento a prima richiesta, o senza eccezioni, in deroga all'art. 1939 cod. civ., da intendersi, dunque, come preventiva rinuncia all'eccezione d'invalidità, e non “*come affermazione della configurabilità di una fideiussione in assenza dell'obbligazione garantita*”.

Contro la sentenza della Corte d'appello, presentava ricorso in Cassazione uno dei garanti, il quale, tra l'altro, lamentava che il giudice del gravame non aveva valutato correttamente le clausole contrattuali dalle quali si desumeva la natura di ordinaria fideiussione e, in particolare, rilevava che l'art. 7 sopra richiamato non era interpretabile nel senso di escludere il diritto del garante ad opporre al creditore le eccezioni attinenti alla validità dell'obbligazione principale.

Per tale motivo, la Corte ha cassato la sentenza impugnata e rinviato la causa alla Corte d'appello.

2. – La pronuncia in commento offre l'occasione per richiamare brevemente i tratti distintivi delle garanzie previste nel nostro ordinamento, prestando, in questo caso, specifica attenzione alle due figure contrattuali riconducibili al novero delle garanzie personali, ossia la fideiussione¹ e il contratto autonomo di garanzia².

Come è noto, il fideiussore si obbliga nei confronti del debitore a soddisfare in via accessoria, nonché sussidiaria e solidale³, l'obbligazione assunta da quest'ultimo, dando luogo ad una sostanziale identità tra le due prestazioni⁴. Dall'applicazione del principio di accessorialità ne discende che la validità della fideiussione è strettamente correlata alla validità dell'obbligazione principale *ex art.* 1939

¹ Sul contratto di fideiussione, *ex multis*, A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Giuffrè, 1957; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, 1998; G. STELLA, *La fideiussione come garanzia personale del credito*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, *Opere e servizi*, IV, 2, Giuffrè, 2014; ID., *Accessorialità della fideiussione nel codice civile*, *ibidem*; A. MARINI, *Sull'art. 1939 del cod. civ.*, in *Dir. e giur.*, 1968, 830 ss.; G.B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Cedam, 2006; L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Giappichelli, 2020; G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione “omnibus” come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1807 ss.

² Sul contratto autonomo di garanzia, senza pretese di esaustività, *ex plurimis*, v., G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Giuffrè, 1978, II, 1043 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia («causalità ed astrattezza nel Garantievertrag»)*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1988, I, 504 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, 2006, 424 ss.; ID., *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 3/2014, 428 ss.; ID., *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione «a prima richiesta»)* (nota a Trib. Cagliari 14 novembre 2013, n. 3273 e a Trib. Cagliari 24 febbraio 2014, n. 717), in *Riv. giur. sarda*, 2014, 349 ss.; G. CHINÈ, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Enc. Giur. Agg.*, Roma, 2007; G. STELLA, *Le garanzie del credito (Fideiussione e garanzie autonome)*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, 2010, 775; P. TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*, in *Giustizia civile*, 2011, 497 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa (Produzione, circolazione, gestione, garanzia)* I, Il Mulino, 2012; e più di recente, S. PAGLIANTINI, “*In memoriam*” del contratto autonomo di garanzia b2c, in *Foro it.*, 2022, 917 ss.; A. MONTANARI, «Accessorialità» e «autonomia» nel contratto autonomo di garanzia, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1/2024, 65 ss.

³ Ai sensi dell'art. 1944, comma 1, cod. civ.; sul punto, v. P. CORRIAS, *Garanzia*, cit., 393 ss., il quale evidenzia la non univocità del significato di tali espressioni; F. PES, *Garanzie personali e solidarietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2021, 482 ss.

⁴ G. SETTANNI, *L'escussione della garanzia tramite semplice richiesta tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Contratti*, 2/2025, 209 ss.; P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 431; inoltre, si precisa che le parti possono prevedere una garanzia parziale (la c.d. fideiussione parziale) ovvero, prevedere una garanzia riguardante tutte le obbligazioni presenti o future del debitore, ossia la c.d. fideiussione *omnibus*. Sul problema della qualificazione di tale contratto, v. G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2021, 1807 ss.; cfr. G.M. MARSICO, *Fideiussione omnibus: tra mercato, concorrenza e decadenza*, in *Contratti*, 6/2024, 649 ss.



cod. civ. e che al fideiussore è consentito opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale *ex art. 1945 cod. civ.* – inclusa quella di compensazione (*art. 1241 cod. civ.*) – salvo quella relativa all’incapacità.

E’ bene ricordare che la causa del contratto di fideiussione è rinvenibile nella garanzia dell’esatto adempimento dell’obbligazione altrui, ossia nel fornire al creditore un ulteriore patrimonio su cui fare affidamento⁵: nonostante il vincolo di accessorietà, infatti, si ritiene che la causa delle due obbligazioni (quella principale e quella di garanzia) vada tenuta distinta in quanto, mentre l’obbligazione principale può avere la causa più varia, quella del fideiussore può avere solo ed esclusivamente quella propria di garanzia⁶.

Il contratto autonomo di garanzia, invece, nasce per rispondere efficacemente all’esigenza di libertà contrattuale derivante dai bisogni del commercio internazionale⁷, esigenza non soddisfatta, per converso, dalla garanzia fideiussoria, considerata non adeguata a tali scopi⁸. È definito come quel negozio – riconducibile anch’esso al modello di cui all’*art. 1333 cod. civ.*⁹ – con cui il garante si vincola a corrispondere un determinato importo al fine di garantire la prestazione di un terzo (debitore) al creditore-beneficiario a semplice richiesta di quest’ultimo senza che vi sia effettivamente un inadempimento del debitore principale¹⁰. Essendo le due obbligazioni “slegate” tra loro in quanto qualitativamente diverse¹¹, al garante non è consentito opporre al creditore le eccezioni inerenti all’esistenza, validità e coercibilità del rapporto sottostante¹² – restando dunque estraneo ad esso –, potendosi rivalere sul debitore soltanto successivamente all’adempimento nell’ipotesi di pagamento indebito¹³.

⁵ F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti all’inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5/1990, 585.

⁶ In tal caso, infatti, si parla di “causa autonoma tipica” (A. CHIANALE, *Garanzie reali e personali*, in CHIANALE (a cura di), con la collaborazione di Terlizzi, Campolattaro, Martelli, Giappichelli, 2023, 88).

⁷ F. CAPPAL, *Le garanzie autonome nel commercio internazionale*, in *Le operazioni di finanziamento, bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, ideata e diretta da Galgano e proseguita e curata da Panzarini, Zanichelli, 2016, 1773 ss.; in Italia, invece, si è sviluppato per soddisfare maggiormente le esigenze del settore creditizio. Sul punto v., R. CARLI, *Contratto autonomo di garanzia: differenze funzionali con il contratto di fideiussione*, in *Contratti*, 5/2021, 536.

⁸ R. NATOLI, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Riv. dir. econ., trasp. amb.*, 2012, 1 ss., il quale evidenzia che la disciplina del contratto di fideiussione non è in grado di soddisfare le esigenze derivanti dalla prassi commerciale, per due ordini di motivi: i) la sua inidoneità a garantire il creditore contro i cc.dd. rischi atipici e ii) il suo sbilanciamento sul *favor fideiussoris*, a detrimento dell’esigenza del creditore di pronto soddisfacimento del credito da parte di un terzo.

⁹ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Giappichelli, 1995, 124; P. CORRIAS, *Garanzia*, cit., 363.

¹⁰ P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 435 il quale precisa che il creditore ha solamente l’onere di allegare l’eventuale inadempimento dell’obbligazione sottostante tramite una semplice dichiarazione della sua esistenza.

¹¹ Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, con nota di F. ROLFI, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle sezioni unite tra massime ed obiter dicta*, in *Corr. giur.*, 8/2010, 1022 ss., nella quale si afferma che “mentre il fideiussore è un ‘vicario’ del debitore, il garante autonomo è titolare di un’obbligazione del tutto autonoma rispetto all’obbligazione principale, essendo qualitativamente diversa da quella garantita”; Cass. 31 marzo 2021, n. 8874 e Cass. 10 gennaio 2025, n. 660, in *Onelegale*, nelle quali si evidenzia che “l’obbligazione del garante si pone in via del tutto indipendente rispetto all’obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all’adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore”.

¹² V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l’autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 552.

¹³ F. PES, *Solidarietà e contratto autonomo di garanzia*, in *Giustizia civile.com*, 2021, 3; sul punto, di recente in giurisprudenza, v. Cass. 13 gennaio 2025, n. 865, in *Onelegale*.



La struttura del contratto autonomo di garanzia si compone di almeno tre rapporti distinti¹⁴. Il primo, c.d. di valuta, intercorre tra il debitore principale e il creditore, il secondo, c.d. di provvista, lega il debitore al garante¹⁵, e il terzo, c.d. di garanzia, sussiste tra il garante e il creditore-beneficiario.

Figura contrattuale atipica, inizialmente di dubbia ammissibilità¹⁶, il contratto autonomo di garanzia, ha trovato accoglimento nel nostro ordinamento attraverso il riconoscimento – anche ad opera della giurisprudenza¹⁷ – del perseguimento di un interesse certamente meritevole di tutela quale quello di conferire, appunto, maggiore certezza ai rapporti economici intercorrenti tra le parti assicurando l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del creditore¹⁸.

Infatti, seppure seguendo strade diverse¹⁹, la dottrina era concorde nel ritenere che il concetto di astrattezza che avvolgeva la garanzia autonoma non significasse assenza di causa²⁰. Invero, ormai da tempo, sul punto tanto la letteratura quanto la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che il contratto autonomo di garanzia sia dotato di una causa concreta sua propria rinvenibile nella volontà di traslare il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale²¹, sia essa dipesa da inadempimento colpevole o meno del debitore²².

Tale contratto – come autorevole dottrina non ha mancato di rilevare – diversamente dalla fideiussione, non garantisce tanto l'esatto adempimento, inteso in senso tecnico, del rapporto principale, quanto piuttosto l'interesse economico del creditore che potrebbe essere compromesso dall'inadempimento del debitore principale²³. Sul punto, anche la giurisprudenza è ormai consolidata nell'affermare che tale garanzia, espressione dell'autonomia negoziale *ex art. 1322 cod. civ.*, assolve la funzione di “*tenere indenne il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore*”²⁴.

Dunque, le due tipologie contrattuali *de quibus* perseguono un scopo non perfettamente coincidente, in quanto, mentre la fideiussione mira a tutelare l'interesse del creditore all'esatto adempimento della medesima prestazione (la c.d. causa *cavendi*), il contratto autonomo presenta un *quid pluris*, poi-

¹⁴ Caratterizzato da una “*scansione diacronica di rapporti*” (così Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.).

¹⁵ Comunemente ritenuto un rapporto di mandato senza rappresentanza. Cfr. M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Cont. impr.*, 1985, 939 s.; G. BOZZI, *Le garanzie atipiche*, vol. I, *Garanzie personali*, Giuffrè, 1999, 105 ss.

¹⁶ Sul punto v., F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 118.

¹⁷ V. SANGIOVANNI, *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, in *Contratti*, 5/2023, 567 ss., il quale rileva che nel corso degli anni la giurisprudenza si è notevolmente sviluppata sul tema anche a causa del fatto che le banche, cedendo in misura consistente le loro posizioni creditorie a società-veicolo di recupero dei crediti, hanno generato un significativo contenzioso, il quale – a sua volta – ha determinato un affinamento della giurisprudenza.

¹⁸ Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., la quale rappresenta ancora oggi il punto di riferimento della giurisprudenza sul tema; in merito all'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia in dottrina, tra tutti, v. P. CORRIAS, *Garanzia*, cit., 434 ss.; tra i contributi più datati v. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit cred.*, 1982, I, 177 ss.; G.B. PORTALE, *Fideiussione*, cit., 1062 ss.

¹⁹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000, 332.

²⁰ *Ibidem*; V. MONTANI, *Contratto*, cit., 554.

²¹ Cass., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 3947, cit.

²² P. DE GIOIA CARABELLESE-M. LEMBO, *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Fra undue influence e unconscionability di Oltremarica e buona fede italiana*, in *Contratti*, 1/2024, 90.

²³ F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., 124.

²⁴ Cass., sez. un., n. 3947/2010, cit.; di recente Cass. 22 novembre 2018, n. 30181, in *Onelegale*; Cass. 10 gennaio 2025, n. 660, cit.; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Torino 26 settembre 2024, n. 4823, in *Dejure*, nella quale si precisa che “*normalmente la garanzia autonoma può essere azionata solo all'esito dell'inadempimento del debitore principale e garantisce al beneficiario una sorta di risarcimento sotto forma di indennizzo o penale, per un importo che risulta, a priori, al momento della sottoscrizione della garanzia, già predeterminato*”.



ché oltre realizzare il soddisfacimento del credito attraverso il patrimonio (ulteriore) del garante, il creditore può contare su un adempimento certo ed immediato in ragione del rinvio ad un momento successivo delle eventuali contestazioni proponibili al solo debitore²⁵ (funzione cauzionale)²⁶.

Quest'ultimo aspetto si rivela fondamentale per distinguere il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione con la clausola *solve et repete*. Infatti, nel primo caso al garante è sempre preclusa la possibilità di rivolgersi al creditore, potendosi rivalere solo ed esclusivamente nei confronti del debitore (mandante). Sarà poi quest'ultimo, una volta soddisfatte le pretese del garante, a poter far valere nei confronti del creditore l'escussione illegittima della garanzia. Viceversa, nella fideiussione con clausola *solve et repete* o a "prima richiesta", il garante che, a seguito della richiesta del beneficiario, ha effettuato il pagamento a favore di quest'ultimo ha facoltà di far valere le eccezioni attinenti al rapporto principale esercitando l'azione direttamente contro il creditore²⁷ al pari di una ordinaria fideiussione.

3. – Delineati i tratti essenziali della garanzia autonoma, è opportuno dedicare ora un breve cenno alla questione attinente alle eventuali deroghe rispetto alla disciplina codicistica della fideiussione, nonché alle eccezioni comunque opponibili dal garante autonomo.

In ordine al primo punto, per le ragioni suesposte, non possono sicuramente trovare applicazione le disposizioni espressione del principio di accessorietà, e segnatamente il riferimento è agli artt. 1939, 1941 e 1945 cod. civ. Per consolidato orientamento, si ritiene altresì inapplicabile a tale contratto l'art. 1957 cod. civ. sulla decadenza della garanzia per mancato esercizio del credito nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale²⁸. In particolare, tale norma rientra tra quelle disposizioni espressione del principio di accessorietà in ragione del collegamento che instaura tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, con la conseguenza che, in linea di principio – salvo che sia richiamata espressamente dai contraenti e purché compatibile con le restanti clausole contrattuali – non potrà trovare applicazione con riguardo alla garanzia autonoma²⁹. Per converso, nell'ambito del contratto di fideiussione con clausola di pagamento "a prima richiesta", non essendo quest'ultima idonea, come detto, a recidere l'accessorietà, la sentenza in epigrafe, conforme-

²⁵ L'immediatezza nel pagamento è giustificata anche dall'inserimento nella clausola "a prima richiesta" di un limite temporale entro il quale il garante deve adempiere. Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, a seconda delle tempistiche, vi sarebbe una vera e propria deroga implicita alla possibilità di opporre eccezioni anche in assenza della clausola "senza eccezioni", in quanto, di fatto, la brevità del tempo a disposizione per il pagamento non permette materialmente la possibilità di sollevare alcuna eccezione (così, in giurisprudenza Cass. 17 giugno 2013, n. 15108, in *Onelegale*; in dottrina, V. SANGIOVANNI, *Le caratteristiche*, cit., 569).

²⁶ P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 437.

²⁷ Da ciò ne discende che la funzione cauzionale è pienamente soddisfatta solo dal contratto autonomo di garanzia, mentre, la fideiussione *solve et repete* realizza principalmente la *causa cavendi*, ma con un elemento funzionale aggiuntivo, introdotto, appunto, da tale clausola, manifestando una venatura cauzionale (così, P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 439 s.).

²⁸ Permettendo al creditore di agire oltre il termine semestrale previsto dall'art. 1957 cod. civ. Secondo la giurisprudenza, nell'ambito di un contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, per evitare la decadenza è sufficiente la proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, esonerando dunque il creditore dal proporre azione giudiziale. Così di recente, Cass. 10 gennaio 2025, n. 660, cit.; App. Venezia 2 febbraio 2021, in *DeJure*; Trib. Livorno 7 ottobre, 2020, n. 651, *ivi*.

²⁹ In tale direzione, nella giurisprudenza di legittimità, tra le tante, Cass. 21 aprile 1999, n. 3964, in *Onelegale*; Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit.; Cass. 22 febbraio 2010, n. 4200, in *DeJure*; Cass. 28 ottobre 2010, n. 22107, Cass. 3 novembre 2021, n. 31313, Cass. 19 giugno 2024, n. 16938, Cass. 1° luglio 2024, n. 18079, Cass. 6 novembre 2024, n. 28590, Cass. 10 gennaio 2025, n. 665, in *Onelegale*; nella giurisprudenza di merito, App. Cagliari 11 luglio 2003, in *DeJure*; Trib. Pavia 19 maggio 2023, n. 645, *ivi*; App. Napoli 14 settembre 2022, n. 3779, Trib. Ferrara 10 maggio 2023, Trib. Roma 11 marzo 2022, n. 3931 e Trib. Pordenone 8 marzo 2021, n. 166, in *Onelegale*.



mente alla giurisprudenza pressoché unanime, ritiene che un'eventuale deroga dell'art. 1957 cod. civ. deve essere espressamente prevista, in quanto tale norma risponde ad un'esigenza di protezione del fideiussore che, prescindendo dall'esistenza di un vincolo di accessorietà, può essere considerata meritevole di tutela anche quando tale collegamento sia assente³⁰.

Va però segnalato che, all'interno della disciplina sulla fideiussione vi sono anche alcune norme che non risultano incompatibili con le caratteristiche proprie del contratto autonomo e che dunque ben potrebbero essere applicate a quest'ultimo. Ciò vale per l'art. 1956 cod. civ. che dispone la liberazione del fideiussore per obbligazione futura qualora il creditore, senza autorizzazione del fideiussore, abbia fatto credito al terzo debitore, pur consapevole dell'aggravamento delle condizioni di quest'ultimo. In tal caso, la giurisprudenza rileva che tale norma prescinderebbe dal vincolo di accessorietà in quanto ispirata ad un'esigenza di protezione del garante, rispondente al canone di buona fede nei contratti *ex* artt. 1175 e 1375 cod. civ. e, dunque, meritevole di tutela anche nell'ipotesi in cui il vincolo di accessorietà non sussista³¹.

A questo punto va chiarito che anche nell'ambito della garanzia autonoma, il regime dell'inopponibilità al creditore delle eccezioni relative al rapporto di valuta, in deroga all'art. 1945 cod. civ., incontra alcuni specifici limiti. Innanzitutto, al garante autonomo è comunque consentito di sollevare contestazioni basate sul rapporto di garanzia, ossia le eccezioni letterali, le eccezioni inerenti all'invalidità e/o inefficacia del contratto di garanzia e le eccezioni personali e dirette³². Inoltre, nell'ipotesi in cui il beneficiario escuta la garanzia pur consapevole di non aver diritto al pagamento e sussistano prove evidenti del carattere fraudolento o abusivo di tale richiesta, al garante è pacificamente riconosciuta anche la possibilità di ricorrere allo strumento generale dell'*exceptio doli*³³. Al sussi-

³⁰ In tal senso, Cass. 4 luglio 2003, n. 10574, Cass. 8 gennaio 2010, n. 84, Cass. 27 dicembre 2024, n. 34678, Cass. 12 aprile 2025, n. 9579, Cass. 13 aprile 2025, n. 9680, Cass. 27 febbraio 2025, n. 5179, in *Onelegale*; Cass. 10 gennaio 2025, n. 660, cit.; nella giurisprudenza di merito, App. Milano 21 aprile 2004, in *DeJure*; App. Napoli 8 febbraio 2023, in *Onelegale*; App. Milano 30 marzo 2022, n. 1062 e Trib. Benevento 4 gennaio 2022, n. 6, *ivi*.

³¹ App. Firenze 15 aprile 2020, n. 792, con nota di TORE EMILIE, *Sull'applicabilità dell'art. 1956 c.c. alle garanzie sprovviste del carattere dell'accessorietà*, in *Giustiziacivile.com*, 28 gennaio 2021, nella quale partendo dal presupposto che l'art. 1956 cod. civ. costituisce applicazione del principio di buona fede nei contratti, afferma la sua piena applicabilità anche alle garanzie prive del requisito dell'accessorietà, che limitino la proponibilità da parte del garante delle eccezioni relative al rapporto garantito ma non anche delle eccezioni che trovano la propria fonte nel rapporto tra creditore e garante. Il risvolto pratico di tale ricostruzione è apprezzabile sul piano delle eccezioni che il garante autonomo sarà legittimato ad opporre alla sua controparte. Questo, infatti, ancorché autonomo, potrà sempre opporre al creditore la violazione di obblighi, come quello di buona fede, inerenti al contratto di garanzia; Trib. Milano 7 marzo 2012, con nota di R. SECONDO, *Osservazioni in tema di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. it.*, 12/2012, 2578 ss.

³² Sulle eccezioni opponibili nell'ambito di un contratto autonomo di garanzia cfr. F. ATTANASIO, *Sulla legittimazione del garante a proporre l'eccezione di nullità della clausola anatocistica: perdita dell'autonomia della garanzia?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, 240 ss.; V. MONTANI, *Contratto*, cit., 552 ss.; P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 436; in giurisprudenza, di recente Trib. Firenze 20 luglio 2021, n. 1985, in *DeJure*.

³³ In generale, sull'*exceptio doli, ex multis*, v., A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, 147 ss.; con riferimento allo specifico rapporto tra la suddetta eccezione e il contratto autonomo di garanzia, cfr. P. LAMBRINI, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 443 ss.; EAD., *Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia*, in GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale: applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, 2006, 139 ss.; F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1990, 553 ss.; L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'"exceptio doli generalis" romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 629 ss.; A. CAMEDDA, *Brevi note in tema di polizza fideiussoria ed escussione abusiva delle garanzie autonome* (nota a ord. Trib. Cagliari 27 gennaio 2012), in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 118 ss.; in giurisprudenza, tra le tante, v. Cass. 4 dicembre 2023, n. 33866 e Cass. 7 novembre 2022, n. 32720, in *Onelegale*; App. Roma 29 settembre 2021, n. 6316, in *DeJure*; Trib. Benevento 5 maggio 2021, n. 869, *ivi*.



stere di tali condizioni, il rifiuto del pagamento da parte di quest'ultimo non solo è giustificato ma anche doveroso³⁴, in considerazione del fatto che il garante ha un vero e proprio obbligo di astenersi dal pagamento in favore del debitore (c.d. dovere di omissione) che trova fondamento nel rapporto di mandato, il quale, ai sensi dell'art. 1710 cod. civ., impone al mandatario di tutelare la sfera giuridica del mandante³⁵.

Nonostante l'assenza del carattere accessorio e la presenza di una clausola che vieti di opporre eccezioni, il garante, per consolidato orientamento, risulta, altresì, legittimato a sollevare contestazioni circa la nullità del rapporto di valuta per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa. La giurisprudenza ha trattato la questione soprattutto con riferimento all'anatocismo, affermando a più riprese che, nell'ambito di un contrasto generato dalla clausola impositiva di interessi anatocistici con quanto disposto dall'art. 1283 cod. civ. e dall'art. 120 t.u.b., la nullità del contratto sottostante *si comunica* al contratto di garanzia e la relativa eccezione può essere fatta valere quindi anche dal garante³⁶. Su quest'ultimo aspetto, tuttavia, si segnala che non è dato comprendersi con chiarezza la posizione assunta nel provvedimento in epigrafe. Lo stesso, infatti, sembrerebbe porsi in contrasto con l'orientamento di cui sopra nella parte in cui afferma che la doglianza sulla liquidazione degli interessi anatocistici annuali è strettamente connessa a quella vagliata con il primo motivo – attenente, cioè, alla qualificazione della garanzia come autonoma – atteso che “*dalla corretta qualificazione del contratto di garanzia discende la proponibilità o meno da parte dei garanti delle medesime eccezioni che avrebbe potuto proporre il debitore principale, tra cui anche quelle riguardanti le nullità della clausola contrattuale in tema di anatocismo*”, lasciando così intendere l'eventuale improponibilità delle eccezioni *de quibus* nell'ipotesi in cui fosse riconosciuta una natura autonoma alla garanzia.

4. – Con riguardo al punto focale della pronuncia in commento, ossia alla questione attinente alla individuazione degli indici di autonomia e, segnatamente, al valore da attribuire alle clausole “a prima

³⁴ P. DE GIOIA CARABELLESE-M. LEMBO, *Contratto*, cit., 90.

³⁵ In tal senso, condivisibilmente, G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1988, 139 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia*, cit., 482; A. CAMEDDA, *Brevi*, cit., 118; Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in *Onelegale*; contra, D. LOIACONO, *La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1986, II, 435.

³⁶ In tale direzione nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 10 gennaio 2018, n. 371; Cass. 16 febbraio 2021, n. 3873; Cass. 6 settembre 2021, n. 24011 con nota di M. RENNA, *Nullità della clausola anatocistica ed eccezione del garante autonomo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2022, 654 ss., spec. 659; Cass. 31 marzo 2023, n. 9071 secondo cui “*nel contratto autonomo di garanzia, il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative. Ne consegue che può essere sollevata nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica quando essa non si fondi su di un uso normativo e non ricorrano le altre condizioni legittimanti di cui all'art. 1283 c.c., atteso che una soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta*”; nella giurisprudenza di merito, Trib. Sassari 13 dicembre 2018, n. 1302; App. Torino 21 aprile 2021, n. 440; App. Reggio Calabria 18 gennaio 2022, n. 49; Trib. Salerno 7 marzo 2022, n. 796, consultabili su *Onelegale*; in senso parzialmente difforme, v. Cass. 3 marzo 2009, n. 5044, Cass. 25 agosto 2017 e Trib. Latina 6 giugno 2023, n. 1292, in *Onelegale*, nelle quali si evidenzia che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali non si comunica sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione, eccezion fatta per la previsione di interessi usurari, non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto neanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 c.c. e 120 t.u.b.”; infine, si segnala un orientamento minoritario nella giurisprudenza di merito, secondo cui nel contratto autonomo, la pattuizione di interessi ultralegali e persino anatocistici non comporta nullità del contratto per contrarietà a norme imperative con relativa esclusione per il garante di opporre tale eccezione (così, Trib. Bergamo 31 gennaio 2019, n. 273 e App. Taranto 16 settembre 2019, n. 425, in *Onelegale*).



richiesta”, “senza eccezioni” e altre simili, sovente contenute nelle garanzie personali di cui trattasi, la giurisprudenza ha seguito nel tempo diversi percorsi interpretativi, non sempre univoci.

Infatti, la clausola “a prima richiesta” o a “semplice richiesta scritta” può essere inserita tanto nella fideiussione quanto nel contratto autonomo di garanzia, rendendo talvolta sfumato il confine tra le due fattispecie contrattuali³⁷.

Secondo un primo orientamento minoritario, le due clausole sarebbero tra loro equipollenti, con la conseguenza che la sola clausola “a prima richiesta” o “a semplice richiesta scritta” sarebbe idonea di per sé a precludere al fideiussore l’opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, in deroga all’art. 1945 cod. civ., assicurando al creditore un pagamento immediato³⁸ e qualificando il contratto come autonomo.

La giurisprudenza maggioritaria però ormai da tempo considera la clausola “a prima richiesta” o “a semplice richiesta scritta” inidonea a determinare, in assenza della dizione “senza eccezioni”, l’autonomia della prestazione del garante, rilevando piuttosto la stessa come indice sintomatico della diversa figura della fideiussione con clausola *solve et repete* secondo il modello di cui all’art. 1462 cod. civ.³⁹. Dunque, per verificare se la clausola pattuita determini la natura autonoma o accessoria della garanzia è necessario aver riguardo alla volontà comune delle parti. Valutazione quest’ultima che spetta al giudice di merito⁴⁰.

La sentenza in commento, conformemente a questo orientamento, afferma che la clausola “a prima richiesta” o “a semplice richiesta scritta” non può avere rilievo decisivo per la qualificazione del negozio potendo tali espressioni riferirsi «sia a forme di garanzie svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorialità, più o meno accentuato, nei riguardi dell’obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel contratto è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, a una deroga parziale della disciplina dettata dall’art. 1957 c.c. (ad esempio, limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l’estinzione della garanzia), esonerando il creditore dall’onere di proporre l’azione giudiziaria»⁴¹.

³⁷ S. SANDULLI, *Brevi note a margine della fideiussione, tra conferme e aperture giurisprudenziali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2022, 818 ss.

³⁸ Cass. 27 giugno 2007, n. 14853 con nota di M. ROSSETTI, *Garantieventrag e garanzie “a prima richiesta”*, in *Ass.*, 1/2008, 63 ss.; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29215 e Cass. 10 gennaio 2012, n. 65, in *Onelegale*; Trib. Cagliari 14 novembre 2013, in *Riv. giur. sarda*, 2014, 337, con nota critica di P. CORRIAS, cit.

³⁹ Trib. Nocera Inferiore 7 gennaio 2009, in *DeJure*; Trib. Vicenza 27 febbraio 2024, n. 447, in *Onelegale*, secondo cui “la clausola a prima richiesta o a semplice richiesta scritta comporta solitamente l’impegno del garante a pagare non appena il creditore gliene faccia richiesta a seguito dell’inadempimento del debitore principale, con la facoltà poi di richiedere indietro la ripetizione di quanto indebitamente percepito: trattasi della c.d. pattuizione *solve et repete* disciplinata dall’art. 1462 c.c. che non comporta ipso iure la riqualificazione di un’obbligazione accessoria in obbligazione astratta, ma senz’altro ha come effetto dirimente quello di attenuare l’accessorialità dell’obbligazione, per così dire, secondaria”.

⁴⁰ In tale direzione già, Cass. 9 agosto 2016, n. 16825, in *Onelegale*, Cass. 8 gennaio 2010, n. 84, cit., e Cass. 17 giugno 2022, n. 19693, cit.

⁴¹ Così, Cass. 13 aprile 2025, n. 9680, cit.; Cass. 19 giugno 2024, n. 16938, cit., secondo la quale è necessaria e sufficiente una mera richiesta scritta di pagamento; Cass. 9 agosto 2016, n. 16825, cit.; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4717; Cass. 17 giugno 2022, n. 19693, cit.; sul punto v. anche Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Onelegale*, la quale afferma che “(...)le differenze devono essere ricercate sul piano dell’autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorialità, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di *solve et repete*, ai sensi dell’art. 1462 c.c.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo”.



In dottrina e in giurisprudenza si discute anche in merito alla valenza da attribuire all’inserimento nel contratto di clausole come quella “anche in caso di opposizione del debitore”. Secondo una prima impostazione tale clausola sarebbe equipollente a quella “senza eccezioni” o “ogni eccezione rimossa” sulla base del fatto che una previsione di tale tenore sarebbe indicativa della volontà delle parti di far sorgere un contratto autonomo di garanzia con conseguente esclusione per il garante di poter sollevare eccezioni persino in caso in cui lo stesso debitore le abbia già sollevate⁴². Viceversa, altra parte della giurisprudenza sostiene, condivisibilmente, che tale clausola si limiti a individuare un meccanismo analogo a quella della clausola “*solve et repete*”⁴³. Pur non affrontando esplicitamente la questione, la sentenza in commento sembra aderire a quest’ultimo orientamento, in quanto, diversamente dal giudice del gravame, condivide l’impostazione secondo cui la clausola anche in caso di opposizione del debitore «*non costituisce chiara manifestazione della volontà di elidere il connotato di accessorialità che caratterizza il negozio fideiussorio e, dunque, non rende autonomo l’impegno del garante, obbligandolo a pagare immediatamente senza poter sollevare nemmeno in un secondo momento eccezioni, come avverrebbe nel caso di espressa previsione della clausola “senza eccezioni”*».

Ad ogni modo, il ragionamento operato dall’orientamento dominante è che la corretta qualificazione del contratto non può essere compiuta in astratto sulla base di una singola clausola, ma deve essere fatta in concreto analizzando il contenuto contrattuale nel suo complesso, attraverso l’utilizzo degli ordinari strumenti interpretativi nella disponibilità del giudice⁴⁴.

Ne consegue che quel che caratterizza maggiormente la garanzia autonoma è l’espressa previsione della clausola “senza eccezioni”⁴⁵, con preclusione assoluta per il garante di sollevare contestazioni non solo nella fase di adempimento ma anche successivamente, ad esempio in sede di ripetizione. Ciò non vuol dire che tale clausola ha un valore assoluto nella determinazione della autonomia o accessorialità dell’obbligazione del garante. Come ribadito anche dagli Ermellini nella sentenza in epigrafe, infatti, tale valutazione non può prescindere dall’analisi del complesso degli elementi contenuti nel regolamento contrattuale, poiché solo attraverso la ricognizione di quale sia stato l’intendimento perseguito dalle

⁴² Così in dottrina, M. TICOZZI, *Qualificazione del contratto: clausole indice e tipizzazione del contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. it.*, 2023, 75 s.; nella giurisprudenza di merito Trib. Bari 10 luglio 2012, n. 2474, in *Onelegale*, secondo cui “*deve ritenersi che con le fideiussioni rilasciate le parti attrici si sono obbligate ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia senza potere, per clausola espressa pattizia, opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale e ciò non tanto alla stregua dell’impiego della espressione letterale a semplice richiesta quanto piuttosto tenuto conto dell’espressione testuale anche in caso di opposizione del debitore (v. Cass. 21.4.1999 n. 3964)*”; Trib. Roma 1° aprile 2015 e Trib. Roma 21 febbraio 2018, n. 3929, *ivi*, nelle quali si afferma che “*(...) posto che la previsione dell’obbligo del garante di pagare a semplice richiesta del creditore e senza eccezioni consente di ravvisare il carattere autonomo della garanzia, detta conclusione vale, a maggior ragione, ove il garante si impegni all’effettuazione del pagamento anche in caso di opposizione del debitore (...)*”; Trib. Ferrara 10 maggio 2023, in *DeJure*; nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 18 aprile 2018, n. 9569, in *Onelegale*.

⁴³ Trib. Roma 11 luglio 2019, n. 14740, in *Onelegale*, la quale afferma chiaramente che “*l’indicazione contenuta nel contratto di fideiussione dell’obbligo del garante di dover pagare immediatamente alla banca, anche in caso di opposizione del debitore, non equivale alla clausola a prima richiesta e senza eccezioni, ove non emerga in modo inequivoco che il fideiussore non possa opporre eccezioni di sorta in relazione al rapporto garantito, ma solamente che debba pagare a prescindere dall’esistenza di eventuali eccezioni poste dal debitore principale, con un meccanismo analogo a quello della clausola solve et repete*”; Cass. 9 dicembre 2014, n. 25842.

⁴⁴ Andando, cioè, oltre il dato letterale e prescindendo dal *nomen iuris* attribuito dalle parti; tra le più recenti, Cass. 12 aprile 2025, n. 9579, *cit.*; Cass. 27 dicembre 2024, n. 34678, *cit.*

⁴⁵ P. TARTAGLIA, *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in P. CORRIAS (a cura di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, Giuffrè, 2013, 973.



parti, è possibile attribuire alle formule testuali da esse adoperate, un'identità coerente con gli scopi che si è inteso realizzare per mezzo della loro previsione⁴⁶. Sicuramente, nella qualificazione del negozio autonomo di garanzia, assume importanza fondamentale il contenuto del rapporto di mandato intercorrente tra il debitore e il garante dal quale è possibile desumere l'effettiva volontà delle parti, con la conseguenza che, a seguito di questi ulteriori elementi, ben si potrebbe giungere alla conclusione che la presenza della sola clausola a prima richiesta configuri il contratto come autonomo e, viceversa, la previsione di entrambe le clausole (a prima richiesta e senza eccezioni) conducano ad escluderlo⁴⁷.

Probabilmente, come già rilevato in dottrina⁴⁸, per fugare ogni possibile dubbio al riguardo, considerate le molteplici – e talvolta contrastanti – posizioni assunte nel panorama giurisprudenziale, la questione potrà essere risolta solo con un intervento del legislatore volto a regolamentare una volta per tutte la figura del contratto autonomo di garanzia⁴⁹.

⁴⁶ In tal senso Cass. 20 ottobre 2014, n. 22233, in *Onelegale*, secondo cui “l’inserimento in un contratto di una clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni vale di per sé a qualificare il contratto come autonomo (...), salvo quando vi sia un’evidente discrasia rispetto all’intero contenuto della convenzione negoziale”; e più chiaramente Cass. 9 agosto 2016, n. 16825, cit.; Cass. 17 giugno 2022, n. 19693, cit.; Cass. 12 aprile 2025, n. 9579, cit.

⁴⁷ Così P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 444; in giurisprudenza tale concetto è chiaramente espresso da App. Milano 25 gennaio 2008, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, 43, nella parte in cui si afferma che “la fideiussione in cui sono inserite le espressioni ‘a prima richiesta’ e ‘ogni eccezione rimossa’ non costituisce un contratto autonomo in quanto le espressioni stesse non escludono né incrinano la relazione fondamentale che le parti hanno inteso prevedere tra l’obbligazione principale e quella di garanzia, essendo a tal fine rilevante anche il contenuto dell’accordo tra debitore principale e garante”; Trib. Milano 26 settembre 2024, n. 8331, in *DeJure*, nella quale si afferma che “se nel contratto di fideiussione è contenuta una clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni, ciò vale a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto tale pattuizione è incompatibile con il principio di accessorialità proprio del contratto di fideiussione, a meno che il contenuto del contratto stesso non faccia emergere evidenti elementi in senso contrario. Tuttavia, è vero anche il contrario, perché in presenza di elementi che conducano a una qualificazione del negozio in termini di garanzia autonoma, l’assenza di simili clausole non è elemento decisivo in senso contrario”.

⁴⁸ Così, P. CORRIAS, *Spunti*, cit., 434 ss.; G. SETTANNI, *L’escussione*, cit., 217.

⁴⁹ In realtà, già nel 2010 con il disegno di legge n. 2284 poi non attuato, il legislatore si era mosso sul punto prevedendo che il contratto autonomo di garanzia avrebbe dovuto contenere in forma espressa la rinuncia a sollevare eccezioni sull’esecuzione e sulla validità del rapporto garantito.



GIUSEPPE PORTONERA, *L'AVERSIONE DELL'ARRICCHIMENTO INDEGNO, EURISTICA PUNITIVA E SISTEMA DEL DIRITTO CIVILE*, NAPOLI, 2025, 321.

Il libro di Portonera è dedicato allo studio di un tema di estremo interesse per il civilista, vale a dire l'esubero dell'arricchimento rispetto al danno conseguente all'illecito. La dottrina che si è occupata del tema ha proposto soluzioni molto variegate; come giustamente ricorda l'autore, in Italia il punto di partenza è sicuramente costituito da uno studio pionieristico di Sacco, il quale già verso la fine degli anni cinquanta aveva rilevato l'incongruenza del sistema degli illeciti nella parte in cui non prevedeva alcun tipo di rimedio per gestire i casi in cui è per l'appunto possibile evidenziare un esubero dell'arricchimento conseguito mediante fatto ingiusto, rispetto al danno subito dalla vittima dell'illecito; in particolare Sacco, traendo spunto anche dagli studi di inizio secolo di Schultz in Germania, sosteneva che nei casi di questo genere l'arricchimento dovesse essere devoluto alla vittima dell'illecito, con conseguente configurabilità di una responsabilità rapportata alla maggior somma tra il danno e l'arricchimento. Il passo successivo è stato compiuto da Trimarchi, il quale agli inizi degli anni sessanta sosteneva invece che ai fini della quantificazione dell'obbligazione restitutoria si dovesse diversificare a seconda dello stato di buona o male fede del responsabile; in particolare, traendo spunto anche dalla disciplina dei frutti, questo autore sosteneva che il surplus di ricchezza doveva in linea di principio essere attribuito a chi lo aveva realizzato, salvi i casi per l'appunto di mala fede, tenuto conto del fatto che anche il possessore è legittimato a far propri i frutti, salvi i casi di mala fede (art. 1148 cod. civ.). Il che comporta una soluzione di compromesso, con conseguente attribuzione del surplus a seconda dei casi all'usurpatore (buona fede) o al titolare del diritto (buona fede). In realtà è possibile effettuare un passo ulteriore che consiste nel ridurre ulteriormente l'ambito in cui è configurabile un obbligo restitutorio integrale, comprensivo anche dei profitti. Secondo l'autore svariate norme del codice privilegiano l'iniziativa economia a scapito dell'inerzia; si pensi in particolare alla disciplina dell'usucapione che tutela indiscriminatamente l'usurpatore, a prescindere dal suo stato di buona o mala fede (art. 1158 cod. civ.), diversamente rispetto al diritto canonico che invece ammetteva l'usucapione solo in favore del possessore di buona fede. In questa prospettiva particolarmente significativa appare anche la disciplina della specificazione, che ancora una volta, senza distinguere tra buona e mala fede, attribuisce il bene realizzato allo specificatore, salvo l'obbligo di pagare il valore della materia al suo titolare (art. 940 cod. civ.). Questa normativa evidenzia dunque una certa tendenza dell'ordinamento a privilegiare l'iniziativa, con conseguente possibilità di conseguire l'arricchimento ancorché realizzato utilizzando in parte risorse che competono ad altri, salva ovviamente la necessità di remunerare le risorse impiegate (arg. ex art. 940 cod. civ.). Come giustamente rileva l'autore, questa soluzione incontra però un limite nel caso in cui siano state utilizzate risorse in spregio dei diritti della personalità del soggetto leso, si pensi per esempio alla differenza tra la pubblicazione dell'immagine di un'attrice senza il suo consenso per finalità di carattere pubblicitario e la pubblicazione di un'immagine con contenuti lesivi dell'onore o della *privacy*. Mentre nel primo caso può essere sufficiente far riferimento al risparmio di spesa effettuato, nel secondo il *quantum* deve essere comprensivo anche dell'eventuale arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto, dato che solo in questo modo è possibile disincentivare il più possibile la reiterazione della lesione nel futuro. Un discorso comparabile può essere ripetuto ogniqualvolta sia stato leso un diritto indisponibile, come per esempio quello alla salvaguardia dell'ambiente e così via.



Il punto di partenza dell'autore è costituito dalla dignità umana, già sancita dall'art. 1 della Costituzione tedesca, dall'art. 1 della Carta di Nizza, nonché dall'art. 41 della Costituzione italiana. La dignità umana è senza dubbio uno dei valori più alti sancito dalle moderne Carte fondamentali in Europa e come tale costituisce sicuramente un limite invalicabile. Non solo per l'autonomia privata, ma anche per l'iniziativa economica, che è senza dubbio libera, in genere benefica in quanto fonte di ricchezza, ma nel rispetto dei limiti invalicabili previsti dall'ordinamento. In particolare come giustamente considera l'autore se l'atto di disposizione delle risorse altrui lede anche la dignità umana, un tale atto di disposizione non può essere tollerato, proprio perché ha ad oggetto beni fondamentalmente indisponibili. Ne consegue che la reazione dell'ordinamento deve essere particolarmente forte, non solo *ex ante* vietando il comportamento in questione, ma anche *ex post* privando il responsabile dell'intero arricchimento conseguito mediante fatto ingiusto; solo in questo modo è infatti possibile disincentivare il più possibile la ripetizione del comportamento in questione.

Preso atto di questa esigenza, l'autore si domanda come sia possibile renderla operativa in Italia; sempre secondo l'autore la difficoltà maggiore deriva dall'assenza di una disciplina specifica che consente di colpire in modo adeguato e generalizzato l'arricchimento da lui qualificato come "indegno".

Indubbiamente negli ultimi tempi la consapevolezza del problema è iniziata ad aumentare non solo a livello dottrinale, ma anche legislativo e giurisprudenziale. Per quel che riguarda il formante legislativo basti ricordare l'art. 125 c.p.i. e 158 l.a., che molto chiaramente ai fini della quantificazione fanno riferimento anche all'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto; notevole interesse rivestiva anche la legge 8 luglio 1986, n. 349, la quale prevede in modo specifico che in caso di danno ambientale il *quantum* del risarcimento doveva essere rapportato anche all'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto; come è ben noto questa legge è però stata sostituita dal TUA nel 2006, il quale, accogliendo la logica europea del ripristino dello stato dei luoghi, non fa più espresso riferimento all'arricchimento conseguito; nonostante la mancanza di un riferimento specifico, l'arricchimento ottenuto dal responsabile potrebbe però essere preso in considerazione in sede di quantificazione. Ma si pensi ancora all'art. 12 della legge sulla stampa (legge n. 47/1948), il quale fa riferimento anche al lucro conseguito e così via.

Per quel che riguarda il formante giurisprudenziale, come giustamente rileva l'autore, particolarmente significativa appare la giurisprudenza in materia di danno non patrimoniale; nelle ultime decadi si è infatti assistito ad un progressivo incremento del *quantum*, che in molti casi, specie se rapportato anche alla gravità della condotta, ben difficilmente può spiegarsi in un'ottica meramente risarcitoria.

L'autore esclude peraltro che tali norme possano essere utilizzate in generale per fondare una responsabilità estesa all'intero arricchimento "indegno" conseguito dal responsabile; non tanto perché trattandosi di una misura in senso lato sanzionatoria, finalizzata cioè a disincentivare il più possibile la lesione di diritti indisponibili, non sarebbe possibile l'applicazione analogica (art. 14 preleggi, art. 25 Cost.). In realtà, come giustamente rileva l'autore, il divieto di applicazione analogica è previsto dalla Costituzione solo per le norme penali, il che può aprire la porta all'applicazione analogica o estensiva delle norme eccezionali, ove il caso non disciplinato presenti maggiori punti di contatto con la norma speciale che con quella generale. A questo si aggiunga che anche la giurisprudenza rapporta il divieto di applicazione analogica di cui all'art. 25 Cost. alle sole sanzioni penali e non anche a quelle civili. L'applicazione analogica o estensiva delle norme che prevedono sanzioni civili sarebbe dunque in linea di principio possibile, anche se in concreto l'autore non la considera praticabile, considerando preferibile la via della riforma legislativa *de iure condendo*.



A questo punto l'autore si interroga in generale circa la compatibilità delle pene private con l'ordinamento giuridico italiano. Come è ben noto, a partire dal diritto romano la responsabilità civile si è progressivamente affrancata rispetto a quella penale, con la conseguenza che nel diritto moderno i due piani del risarcimento del danno e dell'eventuale irrogazione della sanzione penale si pongono su due piani del tutto separati; la vittima viene integralmente risarcita e l'eventuale sanzione irrogata viene devoluta in favore dello Stato. In realtà, come giustamente rileva l'autore, la figura delle pene private non si è completamente persa nella tradizione giuridica occidentale ed in particolare negli ordinamenti di *common law*, dove da sempre in presenza di condotte intenzionali particolarmente riprovevoli possono essere irrogati danni punitivi, che specie negli Stati Uniti possono essere anche di ingente entità. È anche vero che negli ultimi tempi si è assistito ad un processo di progressivo "addomesticamento" dei danni punitivi anche negli USA, con conseguente mitigazione di alcuni eccessi che si erano manifestati; in molti Stati sono infatti stati introdotti massimali o comunque in concreto l'ammontare della sanzione viene devoluto in parte alla vittima e in parte allo Stato o ad altri enti rappresentativi di interessi. Del resto, come giustamente rileva l'autore, è proprio grazie anche ad un tale processo di addomesticamento, che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2017 si sono espresse in senso favorevole alla delibazione delle sentenze straniere che irrogano danni punitivi, purché risultino rispettati alcuni paletti, come per esempio il principio di legalità e di ragionevolezza. Ne consegue che i danni punitivi non sono più considerati in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, il che come ulteriore corollario ha comportato il riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile, la quale non ha dunque solo una finalità risarcitoria, in conformità ad un'immagine stereotipa ormai in via di superamento, ma anche una funzione sanzionatoria/punitiva, come del resto da tempo la dottrina era giunta a riconoscere.

Giunti a questo punto, sempre secondo l'autore, risulta dunque spianata la strada alla configurabilità di misure sanzionatorie private, con la finalità di disincentivare gli atti di disposizione di risorse in contrasto con la dignità umana o comunque indisponibili.

Delicata è semmai l'ulteriore questione a quale soggetto tali somme debbano essere irrogate; se cioè l'ammontare della misura sanzionatoria/dissuasiva debba essere devoluto alla vittima, con finalità in senso lato satisfattive, o viceversa allo Stato, al pari della confisca o più in generale delle sanzioni penali. Da un lato, se parliamo di lesione di diritti della personalità e quindi di dignità umana, il soggetto leso sembrerebbe essere quello più legittimato a ricevere le somme in questione, al pari del resto del risarcimento dei danni non patrimoniali, la cui esatta natura è ancora attualmente oggetto di discussione tra gli interpreti; dall'altro lato è però anche vero che una tale attribuzione potrebbe essere causa di arricchimento in favore della vittima, la quale non ha contribuito in alcun modo a realizzare la ricchezza in questione. Il problema potrebbe avere una qualche assonanza con quanto previsto dall'art. 2035 cod. civ. in tema di prestazioni effettuate per una causa turpe. Si consideri tuttavia che mentre in questo caso si tratta di prestazioni effettuate in base ad un accordo, ancorché immorale, nel caso in cui sia stata prodotta ricchezza sfruttando diritti indisponibili in contrasto con la dignità umana, non si è in presenza di un accordo, ma piuttosto di un atto di appropriazione indebita. In ogni caso, secondo l'autore la soluzione preferibile, anche alla luce di quanto previsto in casi analoghi ed in particolare dall'art. 12 legge Stampa, è quella di devolvere le somme in questione direttamente alla vittima, con finalità deterrenti/satisfattorie, il che appare condivisibile.

L'autore si domanda ancora se una tale soluzione possa operare solo in materia di responsabilità delittuale (art. 2043 cod. civ.) o anche contrattuale (art. 2018 cod. civ.) e si esprime in senso favorevo-

JUS CIVILE



le, ogniqualvolta siano stati lesi diritti indisponibili. Del resto, sempre secondo l'autore, anche l'art. 1225 cod. civ., nella misura in cui addossa il danno imprevedibile sul debitore, in contrasto con il principio per cui il rischio del fortuito in genere grava sul creditore (*casus sentit dominus*), sarebbe espressione di una logica sanzionatoria. Questa norma evidenzerebbe inoltre come in presenza di dolo il *quantum* può includere anche l'irrogazione di una somma a titolo di penale, il che sempre secondo l'autore sarebbe estendibile anche ai casi di colpa grave.

In definitiva si tratta di un libro ricco di spunti e considerazioni che solo la lettura diretta può consentire di cogliere integralmente.

[PAOLO GALLO]