

# CAPACITÀ DI DISCERNIMENTO DEL MINORE E INCAPACITÀ LEGALE NELL'ADOZIONE

Di Antonio Gorgoni

Ricercatore di Diritto privato dell'Università di Firenze

**SOMMARIO:** 1. Il caso e le questioni. - 2. Accertamento, atto di indagine e audizione del minore. - 3. Rilevanza della capacità di discernimento del minore. - 4. La posizione dei parenti entro il quarto grado nella dichiarazione di adottabilità. - 5. La crisi del soggetto astratto. - 6. Dal "soggetto alla persona" nell'incapacità legale. Autodeterminazione nelle decisioni non patrimoniali.

## LA SENTENZA

Cass. civ., sez. I, 26.3.2010, n. 7282  
(Pres. M. G. Luccioli - Est. S. Salvago)

## Massime.

I)

In tema di adozione, l'art.10, comma secondo, della legge 4 maggio 1983, n.184, come novellato dalla legge 28 marzo 2001, n.149, che stabilisce la facoltà per i genitori e, in mancanza, per i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore di "par-

tecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale", deve essere interpretato in coerenza con la finalità della novella di traghettare il processo di adozione da processo del giudice in un processo delle parti, nel senso che: a) ai difensori delle parti va data preventiva comunicazione di qualsiasi accertamento disposto dal giudice; b) le parti possono intervenire alla sua assunzione personalmente e a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori; c) le parti devono essere poste in grado di conoscere comunque le risultanze, nonchè di dedurre in ordine ad esso e di presentare le proprie difese. Ne consegue l'inutilizzabilità dell'atto di indagine acquisito senza rispettare le forme descritte, sempre che sia dimostrato dalla parte lo specifico pregiudizio al diritto di difesa e



*l'influenza determinante sulla decisione. (Rigetta, App. Catania, 16/04/2009)*

**II)**

| 50

*In tema di adozione, l'art.10, comma secondo, della legge 4 maggio 1983 n.184, come novellato dalla legge 28 marzo 2001 n.149, il quale dispone che i genitori e in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore possano partecipare a "tutti" gli accertamenti disposti dal tribunale, si riferisce non solo ai tradizionali mezzi d'istruzione probatoria disciplinati dalla sezione III del capo II, titolo I del libro II del codice di procedura civile, ma a qualunque atto d'indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti al fine di verificare se sussista lo stato di abbandono, comprendendo esemplificativamente anche le indagini e le relazioni affidate ad istituti o altri operatori specializzati. Esso non è tuttavia applicabile all'audizione del minore, la quale, non rappresentando una testimonianza o un altro atto istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni ed i bisogni rappresentati dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione, e quindi con tutte le cautele e le modalità atte ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, ivi compresa la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori, nonché di sentire il minore da solo, o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato. (Rigetta, App. Catania, 16/04/2009)*

**Svolgimento del processo.**

1. Il Tribunale per i minorenni di Catania con sentenza del 18 settembre 2009 dichiarava lo stato di adottabilità dei minori M. (già collocata presso la famiglia Sc.), S., Se. (collocati presso una casa famiglia) e G.F. (collocata presso la famiglia dello zio D.M. V.), figli di G.G. e di D.M.S., confermandone l'affidamento al servizio sociale di Catania; ed imponendo il divieto assoluto di visita e di consegna ai genitori, nonché a familiari ed a terzi non autorizzati dal giudice.

L'impugnazione sia dei genitori, che dei coniugi A.G. e C.P., zii del G., è stata respinta dalla Corte di appello di Catania con sentenza del 16 aprile 2009 che ha osservato (per quanto qui ancora interessa): a) che non era stato violato il diritto di difesa dei genitori perchè all'udienza del 13 febbraio 2008 non erano stati ascoltati i soggetti affidatari dei minori senza comunicazione ai loro difensori, posto che la disposizione della *L. n. 149 del 2001, art. 10*, nel disporre il diritto di partecipare a tutti gli accertamenti, si riferisce solo a quelli finalizzati a verificare lo stato di abbandono del minore, e quindi non all'esame di operatori ed affidatari rivolto al mero controllo dell'andamento del suo collocamento temporaneo; b) che neppure costituiva motivo di nullità il fatto che i minori fossero stati ascoltati senza la presenza dei genitori e dei lo-

ro rappresentanti, spettando al giudice minorile la facoltà di disporre particolari modalità di audizione onde tutelare la serenità ed evitare condizionamenti; senza considerare che era stato assegnato alle parti un termine per depositare memorie, proporre temi e domande da sottoporre ai minori e formulare istanze; c) che non erano stati ascoltati altri parenti entro il quarto grado non risultando che nessuno di essi avesse rapporti di un qualche rilievo con i minori.

Per la cassazione della sentenza il G. e la D.M. hanno proposto ricorso per 3 motivi, cui resiste l'avv. S.M., n.q. di tutore dei minori.

**Motivi della decisione.**

2. Con i primi due motivi, G.G. e la D.M., deducendo violazione della *L. n. 149 del 2001, art. 10*, censurano la sentenza impugnata per non avere dichiarato la nullità del procedimento malgrado il Tribunale: a) non abbia comunicato il decreto di audizione per l'udienza del 13 febbraio 2008 degli affidatari delle minori, degli operatori del servizio affidi e del servizio NPI, nonché della minore G.M.; b) in detta udienza abbia provveduto ad ascoltarli senza la presenza di essi genitori e dei loro difensori. Assumono che la sentenza ha omesso di pronunciarsi sulla prima parte della doglianza (assenza di comunicazione) ed ha respinto la seconda senza considerare che la nuova norma prevede il coinvolgimento e la difesa tecnica dei genitori in tutti gli atti del procedimento: nel caso non osservata neppure in occasione dell'audizione dei minori S. e Se. posto che l'avviso era stato dato soltanto 24 ore prima dell'udienza e che in occasione della loro audizione e di quella di G.M. non era stato consentito di essere presenti nè ad essi genitori, nè tanto meno ai difensori.

Le censure sono in parte inammissibili ed in parte infondate, pur se va integrata e parzialmente corretta ai sensi dell'*art. 384 cod. proc. civ.*, la motivazione con cui la Corte territoriale ha respinto analoghe doglianze.

E' noto che la novella 149/2001 ha modificato profondamente l'originario schema del procedimento di adottabilità che si articolava sostanzialmente su di una fase a carattere sommario ed urgente, rimessa quasi totalmente alla discrezionalità del giudice, che nel corso di essa individuava già l'interesse del minore, realizzandolo talvolta mediante l'allontanamento dalla famiglia di origine. E su una fase successiva, meramente eventuale e significativamente denominata "opposizione" dall'*art. 17*, di natura contenziosa; che in realtà il più delle volte si esauriva nell'aggiornamento delle indagini già svolte nonché nell'audizione dei genitori del minore. Ha infatti cancellato l'iniziativa officiosa del Tribunale per ribadire il ruolo di terzietà, eliminato la fase eventuale di autonomia dell'opposizione al decreto dichiarativo dello stato di adottabilità, e previsto un procedimento contenzioso fin dall'inizio a cognizione piena che si conclude con una sentenza, con predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei poteri, doveri, e facoltà processuali delle parti e del giudice.

Nella nuova ottica, in cui qualificati studiosi hanno ravvisato l'intendimento di traghettare il processo di ado-





zione da processo del giudice in un processo delle parti, il legislatore ha attribuito anzitutto al minore la qualità di parte processuale distinta ed autonoma da quella dei genitori ed ha predisposto in chiave normativa una serie di strumenti idonei a garantire la partecipazione diretta dell'uno e degli altri, titolari del rapporto di filiazione, ad ogni fase del giudizio, anche in vista della diretta ed immediata propagazione degli effetti della decisione costitutiva che lo conclude principalmente nei loro confronti. Il che dimostrano in modo palese le disposizioni dell'art. 8 (nel nuovo testo), il cui comma 4 stabilisce che "Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'art. 10"; e quella dell'art. 10, comma 2, per la quale "All'atto dell'apertura del procedimento, sono avvertiti i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Con lo stesso atto il presidente del tribunale per i minorenni li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano. Tali soggetti, assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice".

In coerenza con la finalità della novella, sia in merito alla razionalizzazione del contraddittorio, sia in ordine al risultato di assicurare ai soggetti suddetti l'effettività della difesa tecnica fin dall'inizio del procedimento, il Collegio deve interpretare la prevista loro "partecipazione a tutti gli accertamenti..." (che significativamente si diversifica dall'istruzione mediante "informazioni" di cui all'art. 738 cod. proc. civ., comma 3), nel senso più pieno e rigoroso delineato dal sistema processuale civile, e cioè: a) che ai difensori delle parti va data preventiva comunicazione di qualsiasi accertamento disposto dal giudice; b) che le parti possono intervenire alla sua assunzione personalmente e a mezzo dei propri consulenti tecnici e dei difensori; c) che le parti devono essere poste in grado di conoscerne comunque le risultanze, nonchè di dedurre in ordine ad esso e di presentare le proprie difese.

E deve altresì valorizzare il tenore letterale della disposizione laddove, invece di individuare a quale tipologia di accertamenti è estesa la partecipazione, li accomuna con l'aggettivo "tutti" indistintamente, perciò inducendo a ritenere che con l'espressione in esame il legislatore non abbia inteso riferirsi ai tradizionali mezzi dell'istruzione probatoria disciplinati dalla sezione 3<sup>a</sup> del capo 2<sup>a</sup>, titolo 1<sup>a</sup> del libro 2<sup>a</sup> del codice di procedura, bensì a qualsiasi atto di indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti, al fine "di verificare se sussiste lo stato di abbandono" e di pervenire a dichiarare lo stato di adottabilità di cui al successivo art. 15, ovvero ad escluderlo:

perciò in essi comprendendo esemplificativamente anche le indagini e le relazioni affidate ad istituti o altri operatori specializzati (fermo restando il limite della non ingerenza sulle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa devoluta quale non può che svolgersi in conformità alle disposizioni legislative e regolamentari che la riguardano), ed escludendo invece quelle che pe-

riodicamente questi ultimi sono tenuti ad inviare all'autorità giudiziaria per renderla edotta delle condizioni fisiche e psichiche del minore anche in seguito ai provvedimenti urgenti assunti ai sensi dei commi 3 e 4, dell'art. 10.

Ne consegue la conferma del principio enunciato dalla precedente Cass. 20625/2009 che il giudice non può utilizzare l'atto di indagine acquisito senza aver consentito alla parte o al suo difensore di prendervi parte nei sensi appena descritti; e che la sua utilizzazione in violazione della menzionata disposizione del comma 2 al fine di ritenere o escludere lo stato di abbandono costituisce indubbiamente vizio della decisione fondata sull'accertamento in questione. Ma, nel contempo, deve rilevare che per invocare detta inutilizzabilità (e non quindi una nullità generale idonea ad estendersi a tutti gli atti del procedimento, fino alla sentenza definitiva), non è sufficiente invocare la sussistenza di un qualsiasi atto di disposizione del giudice non comunicato alla parte in relazione al quale quest'ultima intendeva (o aveva espresso l'intendimento di) partecipare: essendo invece necessario che si sia trattato di un atto rientrante nella categoria indicata dalla norma cui la parte aveva diritto di partecipare, ricevendo uno specifico pregiudizio al diritto di difesa; e che lo stesso sia stato ciò malgrado utilizzato dalla decisione, o comunque su di essa abbia esercitato una influenza determinante, altrimenti restando privo di effetti sostanziali nonchè di rilevanza su di essa.

Al lume di questi principi la statuizione di appello si sottrae alle censure del ricorrente, essendosi quest'ultimo limitato a dolersi che non era stato dato avviso alle parti del provvedimento con cui il Tribunale aveva disposto l'audizione degli affidatari provvisori dei minori, nonchè degli operatori incaricati di monitorare ciascun affidamento, per cui alle relative audizioni i difensori non avevano potuto partecipare. Laddove la Corte di appello ha accertato, senza alcuna contestazione del G., che nell'udienza indicata detta audizione non solo aveva interessato i soli soggetti preposti all'esecuzione dei provvedimenti temporanei sui minori adottati dal Tribunale, ma era rivolta soltanto al doveroso controllo del comportamento di questi ultimi, ed a valutare nel contempo lo stato di salute anche psichico dei minori e quindi l'esito fino a quella data delle rispettive collocazioni; per cui è stata correttamente esclusa sia pure implicitamente la necessità di comunicazione per un atto non rientrante sotto alcun profilo fra quelli di indagine rivolti alla finalità individuata dal menzionato art. 10. E la cui risultanza neppure il ricorrente ha dedotto essere stata menzionata dalla decisione impugnata o comunque aver influito sull'iter logico che l'ha indotta a confermare la dichiarazione di adottabilità dei minori.

3. Considerazioni diverse valgono per l'audizione di questi ultimi:

in relazione alla quale il Collegio deve preliminarmente osservare che la sentenza impugnata ha accertato che nell'udienza del 4 marzo 2008, proprio all'esito della loro audizione ed alla presenza dei loro difensori, il Tribunale ha dato loro comunicazione dell'udienza disposta per l'audizione dei minori S. e Se.; e d'altra parte nessuno di essi ha mai allegato un legittimo impedimento a comparire all'udienza suddetta, la fissazione della cui data

rientrava nei poteri discrezionali dello stesso giudice. Il quale proprio per avere dato atto del mancato avviso della audizione della minore M., con ordinanza del 7 luglio 2008, regolarmente comunicata ai ricorrenti ha fissato altra udienza (22 agosto 2008), per ascoltare la minore, dandone avviso alle parti ed ai difensori.

Ora, già nella originaria disciplina dell'adozione dettata dalla *L. n. 184 del 1983*, l'esigenza di ascoltare il minore - nella duplice previsione, obbligatoria per gli ultradodicesimi e facoltativa per gli infradodicesimi (cfr. artt. 7 e 25 per la dichiarazione di adozione, artt. 10 e 15 in tema di adottabilità, artt. 22 e 23 in tema di affidamento preadottivo) costituiva nella giurisprudenza di legittimità una costante intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del fanciullo in relazione a provvedimenti che nel suo interesse trovano la loro ragion d'essere; pur se la stessa giurisprudenza e la dottrina avvertivano che in quel sistema lo stato di adottabilità era deciso in base al criterio dell'"interesse del minore", e che la valutazione di tale interesse restava tuttavia affidata al giudice, che era il solo organo ritenuto idoneo a determinarne il contenuto, nonchè a valutare ciò che è bene e ciò che è male per lui. E segnalavano che in conseguenza di tale peculiare situazione si assisteva ad una inevitabile scissione tra il soggetto portatore di questo interesse, il minore, nonchè la sua volontà, ed il soggetto chiamato a valutarlo ed a difenderlo, il giudice.

Questa prospettiva è stata modificata dalla Convenzione di New York 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con *L. n. 176 del 1991*, il cui art. 12 stabilisce "1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

Ancor più incisiva è risultata la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva con *L. n. 77 del 2003*, il cui art. 3 dispone. "Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la sua opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione".

Recependo questi principi il legislatore del 2001 ha considerato il minore non più oggetto della potestà dei genitori e/o del potere-dovere officioso del giudice di individuarne e tutelarne gli interessi preminenti, ma quale soggetto di diritto, e parte necessaria del procedimento, perciò titolare di un ruolo sostanziale (nonchè di uno spazio processuale) autonomo rispetto a quello tradizionale di semplice destinatario di una decisione presa nel suo interesse da altri (a prescindere dal fatto che egli ab-

bia bisogno, siccome incapace di agire, di una rappresentanza per far valere il proprio diritto o difenderlo contro un'ingiusta pretesa altrui); ed in tale nuova ottica ha riproposto il tema della rilevanza della sua volontà nei provvedimenti che il giudice è chiamato ad emanare "nel suo interesse", pur lasciando immutato il sistema che prevedeva il consenso espresso all'adozione del minore ultraquattordicenne (art. 7) e per la dichiarazione dello stato di adottabilità l'ascolto del minore, obbligatorio quando il minore abbia compiuto i dodici anni. Ma modificandolo al di sotto di questa età, nel senso che egli deve essere sentito "in considerazione della sua capacità di discernimento": perciò devolvendosi al giudice specializzato il compito di graduare nell'entità, nonchè di definire nei modi la sua presenza nel procedimento e la conseguente partecipazione al progetto che lo riguarda in funzione della avvenuta maggiore o minore acquisizione della "capacità" suddetta, comprendente, come è noto, sia quella di percepire ciò che è utile per lui, sia la capacità di esprimersi autonomamente senza subire condizionamenti.

Conseguenza altrettanto rilevante della nuova concezione non più incentrata sul minore "oggetto" di tutela, ma sul minore "soggetto" titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili, è che la sua audizione (pur quando sia facoltativa), non può essere qualificata un atto di indagine, ovvero un accertamento su di esso, rientrante nella categoria di quelli rivolti a convincere il giudice in ordine alla sussistenza o meno di determinati fatti storici, bensì lo strumento diretto per raccogliere le opinioni nonchè le valutazioni ed esigenze rappresentate dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto; e nel contempo per consentire al giudice di percepire con immediatezza, attraverso la voce del minore e nella misura consentita dalla sua maturità psicofisica, le esigenze di tutela dei suoi primari interessi. Il che risulta conforme alle direttive poste dalle due Convenzioni menzionate, le quali non si riferiscono affatto ad un diritto del minore ad essere interrogato in forma di testimonianza, nonchè di convincere il giudice in ordine all'esistenza o meno di determinati fatti storici, ma assegnano al suo ascolto anzitutto lo scopo di consentirgli l'esercizio di un diritto della personalità; e quindi di evitare che egli resti estraneo ai provvedimenti che vengono assunti nel suo interesse.

E' stato del resto segnalato da più parti che l'apprezzamento dello stato di abbandono non può più avvenire tenendo conto soltanto del dato oggettivo che lo abbia determinato desunto dal comportamento omissivo (sul piano morale e materiale) dei genitori, ma che deve essere considerata anche la percezione soggettiva di esso, da parte del minore, altrimenti correndosi il rischio di esporlo a seri e gravissimi traumi; così come non possono essere trascurate peculiari situazioni definite da qualificati studiosi di semiabbandono, che hanno indotto questa Corte già nel passato regime ad enunciare il principio che i provvedimenti nell'interesse del minore non vanno stabiliti a priori, sulla base di un generico criterio di adeguatezza, ma rapportati alle reali esigenze della fattispecie in esame (Cass. 6899/1997).

Conclusivamente, in tale riconsiderata prospettiva, l'audizione non rappresenta una testimonianza o altro atto



istruttorio rivolto ad acquisire una risultanza favorevole all'una o all'altra soluzione, ma pur sempre espressione di un momento meramente formale del procedimento: essa riflette, invece, una nuova considerazione del minore quale portatore di bisogni e interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere da lui ignorati; e che lo obbligano comunque anzitutto ad ascoltarlo nella misura consentita dalla capacità di autodeterminarsi, rendendolo parte attiva del procedimento di adozione. E quindi a tener conto della sua volontà e delle sue scelte nei limiti della sua capacità di discernimento e dello sviluppo della sua personalità dimostrati anche durante l'ascolto, perciò riconoscendogli in funzione dell'una e dell'altro l'esercizio sempre più effettivo dei diritti fondamentali.

Proprio questo percorso è stato intrapreso di recente dalla *L. n. 54 del 2006*, sull'affidamento condiviso in relazione ai poteri di autodeterminazione o di partecipazione alla vita familiare, anche qui recependo le disposizioni della menzionata Convenzione di Strasburgo, in quanto introducendo il nuovo art. 155 sexies cod. civ., ha previsto che il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento".

Ma l'art. 5 di detta Convenzione ha attribuito ai fanciulli nelle procedure davanti all'autorità giudiziaria che li riguardano anche (sub a) "il diritto di chiedere di essere assistiti da una persona appropriata di loro scelta che li aiuti ad esprimere la loro opinione": in tal modo rinforzando e ribadendo la facoltà già loro concessa dal ricordato art. 12 della Convenzione di New York di essere ascoltati in ogni procedura giudiziaria che li concerne non solo "direttamente", ma anche attraverso un rappresentante o un organo appropriato; per cui questa Corte onde garantire l'esercizio effettivo di detto diritto ad esprimere "liberamente" la propria opinione, ha enunciato la regola che spetta al giudice il compito di eseguire detta audizione in modo che la stessa risulti protetta da interferenze, turbamenti o condizionamenti, perciò facoltandolo ad adottare tutte "le cautele e le modalità suggerite dalle circostanze concrete onde superare la straordinaria asimmetria che si frappone tra la posizione del fanciullo (ed il suo stato emotivo) ed il contesto relazionale ed ambientale in cui lo stesso viene ascoltato (Cass. 18132/2002; 13262/1999; 6439/1996): cautele fra le quali deve necessariamente includersi la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori, e/o con i difensori, nonchè di sentire il minore da solo, senza la presenza di costoro, ove questa sia ritenuta un fattore di turbamento del minore medesimo o comunque di condizionamento delle sue dichiarazioni; o ancora quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato a sostenere un'interlocuzione diretta con il minore che sappia "tener conto della sua età e del suo grado di maturità", e superare le relative difficoltà.

Ed il Collegio deve nuovamente confermare che l'assunzione delle dichiarazioni con taluna di dette modalità non incide sul principio del contraddittorio, nè menoma il diritto di difesa delle altre parti, anzitutto per la doverosa preminenza che deve essere attribuita all'esercizio effettivo e non solo formale, di un diritto fondamentale del minore ad esprimere il proprio pensiero scevro da condi-

zionamenti più o meno espressi, nonchè da pressioni più o meno velate; quindi perchè nessuna di dette cautele si concreta in una deroga al disposto dell'art. 10, comma 2 della legge non trattandosi nè di un accertamento, nè tanto meno di atto istruttorio in senso stretto. Ed infine perchè il diritto di difesa delle parti può essere egualmente esplicato non solo attraverso la presentazione di istanze, suggerimenti ed altri atti, come consentito dalla norma, ma anche per il fatto che, comunque, le dichiarazioni medesime sono acquisite al processo, con la possibilità dei contendenti, in posizione paritaria, di metterne in discussione pertinenza ed attendibilità, pure attraverso richieste istruttorie e perfino in relazione ad eventuali interferenze in danno del dichiarante che siano state perpetrate durante l'esame.

Al lume di queste considerazioni, i giudici di merito non sono incorsi in alcuna delle violazioni denunciate dai ricorrenti, non solo perchè le parti ed i rispettivi difensori non avevano diritto di partecipare all'audizione dei minori, perciò legittimamente eseguita senza la loro presenza (in tal modo rettificandosi la contraria opinione della sentenza impugnata), ma anche perchè il Tribunale, dopo avere indicato le ragioni della loro esclusione, aveva dato ampia facoltà a ciascuna di esse di depositare memorie onde proporre temi e domande da sottoporre ai minori, nonchè di formulare rilievi ed istanze istruttorie anche per contestarne le dichiarazioni e/o dimostrare la ricorrenza di circostanze diverse da quelle prospettate da questi ultimi; e perchè la sentenza impugnata ha preso atto che detta facoltà non è stata da esse esercitata in nessuno dei due gradi del giudizio.

4. Con l'ultimo motivo, i ricorrenti deducendo violazione della *L. n. 149 del 2001, artt. 8 e 10*, nonchè difetto di motivazione censurano la sentenza impugnata per aver escluso la nullità della sentenza del Tribunale malgrado non fossero stati ascoltati, come prescritto dalla norma, i parenti entro il quarto grado del G. ed i primi giudici non avessero compiuto alcuna indagine nè alcun accertamento al riguardo; e malgrado la disposizione dell'art. 8 non menzionasse la necessità che detti parenti intrattengano rapporti significativi con il minore.

Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

Questa Corte ha ripetutamente avvertito che i parenti del minore, ai quali le disposizioni della *L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 10*, e segg., sia prima che dopo le modifiche apportate dalla *L. n. 149 del 2001*, assegnano un ruolo nel procedimento d'adozione, imponendone la convocazione ed audizione nella fase istruttorie che precede il decreto dichiarativo dell'adottabilità, nonchè includendoli fra i destinatari della notificazione di tale decreto, sono soltanto quelli che "abbiano mantenuto significativi rapporti con il minore", cioè a dire rapporti idonei ad esprimere la loro potenziale disponibilità ed attitudine a sopperire alla mancanza dei genitori od alle carenze degli stessi. Come è, infatti, evidente, nella volontà del legislatore il carattere vicariante della posizione dei parenti diversi dai genitori comporta il loro coinvolgimento nel procedimento solo nei limiti in cui siano titolari di rapporti tali da poter fornire elementi essenziali per la valutazione dell'interesse del minore e al tempo stesso da offrire possibili soluzioni dirette ad ovviare allo stato di

abbandono nell'ambito della famiglia di origine (nonchè, ai fini dell'art. 15, comma 3 e art. 14, comma 1, che richiamano il citato art. 12, da legittimarli a contrastare la pronuncia sullo stato di adottabilità). Il dato materialistico comportamentale richiesto costituisce quindi un elemento integrativo della fattispecie, influenzando sul piano della legittimazione ad essere convocati (nonchè a ricevere la notificazione del decreto di adottabilità ed a proporre opposizione).

L'identificazione di detti parenti va effettuata sulla base delle risultanze delle indagini disposte a norma dell'art. 10 della citata legge (al fine dell'approfondito accertamento delle condizioni e dell'ambiente in cui vive il minore): tanto si ricava dall'inequivoco riferimento a tali indagini contenuto nel successivo art. 12 (a sua volta richiamato dalle altre menzionate norme), sicchè deve escludersi il dovere del giudice di assumere in proposito specifiche iniziative o di disporre ulteriori inchieste (Cass. 3614/1988;

2118/1990).

Nel caso pertanto intanto poteva imputarsi alla sentenza impugnata di non aver rilevato che il Tribunale avesse ommesso qualsiasi indagine sull'esistenza dei parenti suddetti ed il loro conseguente necessario coinvolgimento nel procedimento in esame, in quanto i ricorrenti avessero dedotto di averli indicati ai primi giudici e prospettato i rapporti affettivi che presentavano manifestazioni d'interesse ed assistenza verso i minori stessi, idonei a comportare l'obbligo della loro convocazione; e che comunque malgrado detta deduzione ed in presenza dei rapporti in questione il Tribunale non li avesse convocati e nel contempo avesse ommesso l'indagine prescritta dall'art. 12 per verificarne la sussistenza.

Nel caso di specie, per converso, non soltanto la sussistenza di una relazione tra i congiunti di cui alla norma ed i minori comportante l'obbligo della loro convocazione non è stata neppure dedotta dai ricorrenti, che si sono limitati a prospettare genericamente la necessità di tale adempimento, ma gli stessi non hanno neppure indicato se e quali siano i parenti del G. dagli stessi invocati; per cui sotto tale profilo la censura si appalesa inammissibile.

La Corte ritiene che la novità delle questioni trattate giustifichi la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

### P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 11 febbraio 2010. Depositato in Cancelleria il 26 marzo 2010

## IL COMMENTO

### 1. Il caso e le questioni.

I genitori di quattro figli minori ricorrono in Cassazione<sup>1</sup> contro la sentenza della Corte d'Appello di Catania che conferma la dichiarazione di adottabilità resa in primo grado. Sono tre i motivi di nullità.

Con il primo i genitori lamentano la mancata comunicazione a sé medesimi del decreto di audizione dei minori, degli affidatari provvisori e di altri operatori, omissione che ha impedito loro di partecipare alla relativa udienza. Con il secondo e il terzo essi contestano rispettivamente che i figli sono stati ascoltati *senza la presenza dei genitori e dei loro difensori* e che non vi è stato l'ascolto dei parenti entro il quarto grado dei minori.

Le principali disposizioni che in questa vicenda vengono in rilievo sono: l'art. 8 comma 4 legge 4.5.1983, n. 184 (Diritto del minore a una famiglia) secondo cui "il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'art. 10"; l'art. 10 comma 2, il quale stabilisce che, all'atto di apertura del procedimento, i genitori o, in loro mancanza, i parenti entro il quarto grado legati in modo significativo al minore, "possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale"; l'art. 10 comma 5 che dispone l'obbligo, in certi casi, dell'audizione del minore.

La Cassazione è chiamata ad affrontare le seguenti questioni riguardanti l'udienza di audizione del minore: 1) se a quest'ultima debbano prendere parte i genitori, avendone diritto, pena la violazione del loro diritto di difesa; 2) se l'ascolto dei minori debba avvenire alla presenza dei genitori e dei difensori. La terza concerne, invece, la posizione sostanziale e il ruolo processuale dei parenti entro il quarto grado del minore.

Per risolvere le prime due, la Suprema Corte indaga se l'audizione del minore possa essere qualificata o meno "atto di accertamento" o d'indagine (dunque atto istruttorio), differenziandosi la disciplina processuale applicabile qualora la risposta sia in un senso o nell'altro.

La sentenza in commento, per le conclusioni cui perviene, riapre la riflessione sull'idoneità dell'incapacità legale ad istituire un punto di vista unitario per la comprensione *sub specie iuris* della

<sup>1</sup> Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 268 ss., con nota di L. QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*.



fenomenologia dell'incapacità<sup>2</sup>. Si tratta di verificare se tale categoria possa ancora esprimere, alla luce dell'attuale quadro normativo, una condizione unica e indistinta della persona incapace o se, invece, quest'ultima, rifuggendo da assolute generalizzazioni, richieda un trattamento normativo volta a volta diverso. Sebbene l'interrogativo riguardi tutti gli incapaci legali<sup>3</sup>, in queste pagine ci soffermeremo sul minore di età.

## 2. Accertamento, atto d'indagine e audizione del minore.

La Cassazione emette una sentenza apprezzabile, incentrata sulla nozione di "accertamento disposto dal tribunale" (art. 10 comma 2 l. n. 184/1983) e sulla relatività della categoria dell'incapacità legale. Più specificamente, quanto al primo punto, occorre chiarire se l'audizione del minore costituisca atto di accertamento.

Per giungere alla decisione la Suprema Corte svolge una breve premessa. Non c'è dubbio che per effetto della legge n. 149/2001 il procedimento di adottabilità da processo del giudice sia diventato processo delle parti; esattamente di natura contenziosa e a cognizione piena<sup>4</sup>. Il minore, essendo titolare di interessi diversi e contrapposti da quelli dei genitori, è parte in senso sostanziale e processuale distinta e autonoma da questi ultimi<sup>5</sup>. Il che si evin-

ce chiaramente dalle previsioni normative della partecipazione diretta di entrambi a ogni fase di giudizio (art. 10 comma 2) e dall'obbligatorietà fin dall'inizio per gli stessi dell'assistenza legale (art. 8 comma 4)<sup>6</sup>.

Per garantire l'effettività della difesa tecnica, soggiunge la sentenza, occorre interpretare la locuzione "partecipazione a tutti gli accertamenti" (art. 10 comma 2) nel senso più pieno e rigoroso, come da codice di rito. Di conseguenza: i difensori delle parti devono ricevere una preventiva comunicazione di ogni accertamento disposto dal giudice; le parti hanno diritto di intervenire personalmente, a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori; devono inoltre poter conoscere le risultanze, dedurre e articolare le proprie difese.

Certamente, continua la Suprema Corte, il giudice non può utilizzare l'atto di indagine acquisito se non ha consentito alla parte o al suo difensore di prendervi parte. Tuttavia - ecco il punto - per invocare l'inutilizzabilità dell'atto deve trattarsi di un atto cui la parte aveva diritto di partecipare ossia di un "atto di indagine". Il quale nel caso di specie non era configurabile poiché l'audizione era volta sia a controllare il comportamento dei soggetti tenuti all'esecuzione dei provvedimenti temporanei sui minori, sia a valutare lo stato di salute di questi ul-

genitore che si oppone, salvo che ragioni legate all'età o ad altre circostanze, specificamente evidenziate dal giudice nella motivazione, inducano a ritenere il minore non in grado di sostenere l'audizione. Anche Corte Cost. 12 giugno 2009, n. 179, in *Fam. e dir.*, 2009, 10, 869, con nota di A. ARCERI, *Il minore e i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata*, ha riconosciuto al minore la natura di parte nel procedimento di cui all'art. 336 c.c. riguardante la modificazione o l'ablazione della potestà genitoriale. In questo senso già Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, che ha respinto - attraverso un'interpretazione sistematica - tutti i motivi di illegittimità costituzionale originati, secondo il giudice rimettente, dalla disciplina del procedimento camerale previsto per gli interventi appena menzionati sulla potestà (art. 336 co. 2 c.c.).

Cass. Sez. un., 21 novembre 2009, n. 22238, in *Fam. pers. e success.*, 2010, 4, 254, con nota di F. R. FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la convenzione europea di Strasburgo* e ivi 2010, 10, 652, con nota di R. F. IANNONE, *Le Sezioni Unite danno voce ai figli contesi tra genitori separati*, accoglie la censura di omessa immotivata audizione dei due figli minori prima della modifica degli accordi di separazione in punto di affidamento. Il minore, infatti, continua la Suprema Corte, in qualità di parte sostanziale di ogni procedimento che lo riguarda, deve essere sentito se ha capacità di discernimento. La mancata audizione deve essere motivata con il perseguimento di interessi superiori del minore stesso.

<sup>6</sup> L'art. 10 co. 2 l.n. 184/1983 stabilisce che nell'atto di apertura del procedimento di adottabilità il Presidente del tribunale per i minorenni invita le parti a nominare un difensore "e le informa della nomina di un difensore d'ufficio per il caso che esse non vi provvedano".

<sup>2</sup> Sulla funzione delle categorie e dei concetti giuridici cfr. di recente: F. MACARIO-M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, 146 ss. e 308 ss.; F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, 7 ss. e 73 ss.; D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 4, 547 ss.; Id., *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 23 ss.

<sup>3</sup> Com'è noto appartengono alla categoria dell'incapacità legale il minore, l'interdetto, l'inabilitato e, sia pur con forti riserve sulla qualifica di incapace, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno (in argomento G. BONILINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, 26 ss.).

<sup>4</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, 154, sottolinea che la fase della dichiarazione dello stato di adottabilità si svolge "con le forme dei procedimenti camerale che terminano però con sentenza". Il che, secondo l'A., costituisce la più rilevante modificazione che la legge n. 149/2001 ha apportato a tale procedimento. In tal modo superando i dubbi - esistenti nel vigore della precedente disciplina - riguardanti l'impugnabilità dei provvedimenti diversi dalla sentenza.

<sup>5</sup> Il minore è parte in senso sostanziale non soltanto nel procedimento di adottabilità ma in tutti i procedimenti che lo riguardano. Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Guida al dir.*, 2011, 13, 28 ss., con commento di Finocchiaro, ha affermato che il minore, in materia di opposizione al riconoscimento, "costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica". Il che emerge non solo da alcune norme di diritto internazionale (su cui *infra*) ma anche dallo stesso art. 250 co. 4 c.c. nella parte in cui stabilisce l'obbligo di sentire il minore in contraddittorio con il



timi, decorso un certo tempo dalle rispettive collocazioni (artt. 2 ss. l. n. 184/1983).

L'audizione, quindi, non è un atto istruttorio né di accertamento, essendo volta a raccogliere direttamente dalla voce del minore le opinioni e le esigenze dello stesso; elementi, questi, che il giudice non può trascurare nella sua decisione ove sia emerso che il minore è in grado di capire ciò che è utile per sé e di esprimersi con convinzione senza condizionamenti.

Non può sfuggire che se il minore da oggetto della tutela, il cui contenuto era determinato esclusivamente dal giudice, diviene - come rileva la Cassazione<sup>7</sup> - soggetto di diritto<sup>8</sup> "titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili (...)", la sua audizione, quand'anche sia facoltativa, non può essere ricondotta a un atto di indagine.

Questo passaggio è importante: il minore non è più indagato ma valorizzato come persona titolare di diritti. Sicché compito del giudice è stabilire se vi siano le condizioni affinché il minore eserciti il diritto "di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia" (art. 1 l. n. 184/1983), ovvero se, diversamente, occorra applicare gli istituti previsti dalla legge n. 183/1984. A tal fine il giudice attraverso l'ascolto cerca di cogliere, dalla prospettiva del minore, la concreta esigenza di tutela da perseguire; in ciò basandosi sulle percezioni, determinazioni e desideri dello stesso minore, purché queste esprimano un certo grado di maturità intellettuale nonostante la giovane età.

L'ascolto del minore, afferma la Cassazione, consente allo stesso l'esercizio di un diritto della personalità sancito all'art. 1 l. n. 184/1984, il quale tuttavia, per essere effettivo, deve accompagnarsi a

<sup>7</sup> Così Cass. 26 marzo 2010, n. 7282, in commento, ma cfr. anche Cass. 19 maggio 2010, n. 12290, in *Guida al dir.* 2010, 29, 60, secondo la quale "il legislatore non considera più il minore come mero oggetto della potestà dei genitori e/o del dovere officioso del giudice di individuarne e tutelarne gli interessi preminenti, ma quale soggetto di diritto, titolare di un ruolo sostanziale e di uno spazio processuale autonomi e quindi riconosciuto come parte necessaria sia sostanziale, in quanto titolare del rapporto sostanziale oggetto del processo, sia processuale, in quanto svolge un ruolo nella dinamica del processo in funzione del suo risultato giuridico e ne subisce gli effetti diretti e indiretti" (corsivo mio).

<sup>8</sup> La *Convenzione di New York* del 20.11.1989, resa esecutiva con la legge n. 176/1991, contiene un nutrito elenco di diritti di cui è titolare il minore, il quale diventa parte attiva della propria esistenza attraverso il loro esercizio. Tra i più significativi: il diritto alla vita, a preservare la propria identità (nazionalità, nome, e relazioni familiari), il diritto di esprimere la propria opinione su ogni questione che lo interessa (opinione che deve essere presa in considerazione tenuto conto dell'età e del grado di maturità, art. 12) il diritto alla salute, all'educazione (comprensiva di un adeguato livello di scolarizzazione), alla privacy e altri ancora. Particolare attenzione gli Stati devono dedicare ai fanciulli mentalmente o fisicamente handicappati (art. 23).

un altro diritto fondamentale: quello di "esprimere il proprio consenso scevro da condizionamenti". A questo scopo il giudice può adottare opportune cautele tra cui quella di precludere ai genitori e ai difensori di interloquire con il minore<sup>9</sup>. Il che non menoma affatto il diritto di difesa delle parti, per una pluralità di ragioni efficacemente esposte dalla Suprema Corte: la preminenza della posizione del minore nel procedimento di adozione<sup>10</sup>, la non riconducibilità dell'ascolto all'accertamento di cui all'art. 10 comma 2 l. n. 184/1983 per le motivazioni esposte e la possibilità per le altre parti di esercitare comunque il diritto di difesa<sup>11</sup>.

### 3. Rilevanza della capacità di discernimento del minore.

a) Se l'esame della condizione giuridica del minore si arrestasse all'interpretazione dell'art. 2 commi 1 e 2 c.c., si dovrebbe concludere che

<sup>9</sup> L'art. 6 della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo* (Strasburgo 25.1.1996, resa esecutiva con legge n. 77/2003) stabilisce che "quando il fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, l'autorità giudiziaria: (...) consulta personalmente il fanciullo, se del caso, e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso" (corsivo mio). La capacità sufficiente di discernimento rende preziosa l'audizione del minore, la quale, proprio al fine di far emergere il pensiero dello stesso su una vicenda che lo riguarda, può svolgersi anche in privato, impedendo alle altre parti e ai difensori di parteciparvi. L'audizione privata è funzionale alla migliore tutela del minore.

<sup>10</sup> L'art. 3 della *Convenzione di New York*, cit., stabilisce che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" (in tal senso cfr. anche l'art. 24 comma 2 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*). Più specificamente l'art. 21 sempre della Conv. di New York sancisce che "Gli Stati Parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione, si accertano che l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione fondamentale in materia (...)".

<sup>11</sup> Secondo il disposto dell'art. 10 co. 2 l. n. 183/1984, le parti, afferma la Cassazione nella sentenza in commento, possono presentare "istanze, suggerimenti e altri atti". Inoltre, poiché le dichiarazioni sono acquisite al processo, vi è la possibilità per i contendenti, "in posizione paritaria, di metterle in discussione pertinenza e attendibilità, pure attraverso richieste istruttorie e perfino in relazione ad eventuali interferenze in danno del dichiarante che siano state perpetrate durante l'esame". Tra l'altro, nel caso di specie, il tribunale, indicate le ragioni dell'esclusione dei genitori e dei difensori, aveva dato loro la facoltà "di depositare memorie onde proporre temi e domande da sottoporre al minori, nonché di formulare rilievi e istanze istruttorie anche per contestarne le dichiarazioni e/o dimostrare la ricorrenza di circostanze diverse da quelle prospettate da questi ultimi".





l'incapacità dello stesso riguarda non soltanto l'attività contrattuale (artt. 320, 357, 374 e 375 c.c.), ma anche l'esercizio dei diritti personali. Questa impressione è seccamente smentita da altre disposizioni e da talune pronunce della Cassazione.

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli hanno spinto il legislatore italiano a intervenire sulla disciplina dell'adozione, valorizzando maggiormente la volontà del minore. Due norme sono state decisive in tal senso, come ricorda la stessa sentenza in commento: rispettivamente l'art. 12 e l'art. 3 pongono l'accento sul diritto del minore, capace di discernimento, di essere ascoltato dall'autorità giudiziaria per esprimere la propria opinione su questioni che lo interessano<sup>12</sup>.

Se il criterio che impone l'ascolto è la capacità di comprendere fatti, provvedimenti giudiziari e conseguenze, occorre slegare l'ascolto dal criterio dell'età fissato in modo rigido, a priori, dal legislatore. Criterio sotto il quale il minore doveva essere sempre considerato un semplice destinatario della decisione giudiziaria assunta da altri nel suo interesse. Questa scelta di cristallizzare la valutazione della maturità si è rivelata non del tutto appagante. Sicché essa convive, oggi, con la previsione normativa di un altro criterio (la capacità di discernimento), questa volta elastico, che consente di andare oltre la fattispecie astratta dando rilievo alla persona concreta.

La legge n. 149/2001<sup>13</sup>, infatti, ricorda la Cassazione, per un verso ha mantenuto sia la regola del

consenso all'adozione da parte del minore ultraquattordicenne (art. 7 comma 2 l. n. 184/1983), sia, con riferimento alla dichiarazione dello stato di adottabilità, l'obbligo per il giudice di sentire personalmente il minore di anni dodici (art. 7 comma 3 l. n. 184/1983)<sup>14</sup>. Per altro verso è stata però introdotta - sempre con riguardo allo stato di adottabilità - un'importante novità consistente nella previsione dell'obbligo di sentire il minore di anni dodici se *capace di discernimento* (art. 7 comma 3). E' su quest'ultima che preme soffermarsi.

Intanto, in chiave sistematica, è utile rilevare che sono state dettate altre analoghe disposizioni incentrate sul discernimento. Esse riguardano tutti i principali momenti dell'adozione: l'affidamento familiare (art. 4 comma 1 l. n. 184/1983), la conferma, modifica o revoca da parte del tribunale dei provvedimenti urgenti adottati dal Presidente dello stesso (art. 10 comma 5 l. n. 184/1983), l'affidamento preadottivo (art. 22 comma 6 l. n. 184/1983), la sua revoca (art. 23 comma 1 l. n. 184/1983) e la dichiarazione di adozione (art. 25 comma 1 l. n. 184/1983) anche in casi particolari (art. 45 comma 2).

E' stato dunque previsto, come si diceva, un criterio elastico, capace di correggere la presunzione di immaturità legata ad una certa età. Il che è senz'altro positivo poiché la previsione della capacità di discernimento, sancita anche in disposizioni diverse da quelle appena citate<sup>15</sup>, comporta

dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile».

<sup>14</sup> Il legislatore ha temperato la regola generale dell'acquisto della capacità di agire al compimento del diciottesimo anno di età, prevedendo che la legge possa stabilire un'età diversa con riguardo a taluni atti (art. 2 c.c.). L'intento è stato di mitigare la regola astratta e indifferenziata che presume un'insufficiente maturità per valutare e porre in essere tutti gli atti prima del compimento di anni diciotto. Difatti per alcuni atti di natura non patrimoniale - con riguardo ai quali si è parlato di "semicapacità" - è sufficiente aver compiuto 16 anni. Alcune norme riguardano l'ascolto (artt. 145, 284 co. 2 c.c.), altre attribuiscono diritti (artt. 363, 250 co. 5 c.c.), altre ancora richiedono un consenso (art. 250 co. 2, 252 co. 2, 273 co. 2 c.c.). Inoltre il minore di anni 16 può ricorrere al giudice per la nomina di un curatore speciale al fine di intraprendere l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 co. 4 c.c.) o per impugnare il riconoscimento (art. 264 co. 2 c.c.).

<sup>15</sup> Tra queste si possono ricordare: l'art. 155-*sexies* c.c. stabilisce che il giudice, nella separazione giudiziale, prima di emanare i provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. (effetti economici riguardo ai figli) dispone l'audizione anche del figlio di età inferiore ad anni dodici "ove capace di discernimento". Se vi è quest'ultima condizione, il giudice deve disporre l'audizione. La norma valorizza la persona a prescindere dalla sua *status* di incapace legale, in ciò differenziandosi nettamente da quella precedentemente in vigore in tema di scioglimento del matrimonio. La quale legava l'audizione alla stretta necessità "anche in considerazione dell'età" (art. 6 co. 9 l. n. 898/1970). E' evidente il passaggio dalla concezione del minore come oggetto dell'intervento giudiziario a quella del minore come soggetto che influenza il *decisum*; l'art. 84 c.c. menziona la maturità psi-

<sup>12</sup> L'art. 12 *Convenzione di New York* stabilisce che "Gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo *essendo debitamente prese in considerazione* tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità" (corsivo mio). Analogamente e più in dettaglio l'art. 3 della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*: "Ad un fanciullo che è considerato dal diritto interno come avente discernimento sufficiente, sono conferiti nelle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la sua opinione; c) essere informato sulle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione". Da menzionare anche l'art. 6 co. 2 della *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina* (Oviedo, 4.4.1997) secondo il quale "Il 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". Entrambe le norme mettono l'accento sulla rilevanza delle opinioni (o del parere) del minore e dunque dell'influenza sulla decisione del giudice. Proprio in ragione di ciò, il giudice deve informare il minore sulle conseguenze dell'attuazione della sua opinione.

<sup>13</sup> La legge 28 marzo 2001, n. 149 è intitolata "Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e

un' incisiva valorizzazione della persona del minore, nonostante l'incapacità legale. Attraverso il criterio del discernimento, il minore, parte principale del processo, diviene attivo protagonista nell'esercizio del diritto (della personalità) "di crescere ed essere educato nella propria famiglia", ovvero di essere dichiarato adottabile quando la famiglia di origine non sia in grado di provvedere alla sua crescita ed educazione. Se il minore è capace di discernere ciò che è bene per sé, egli deve poter influenzare in modo decisivo la scelta del giudice sulla sua permanenza nella famiglia di sangue o sull'affidamento ad altra. Ma in che senso? Il giudice deve necessariamente accogliere e attuare la volontà di un incapace legale?

Indubbiamente le norme sulla capacità di discernimento e alcuni orientamenti giurisprudenziali che esamineremo hanno attribuito maggiore rilevanza alla volontà del minore. L'opinione di quest'ultimo non è più mero dato di fatto che il giudice raccoglie per assumere una decisione basata esclusivamente sulla propria convinzione di quale sia il miglior interesse dell'infradiciotenne. Il quale, in questa superata prospettiva, è considerato mera fonte d'informazioni e destinatario di un generico *favor* concesso dall'alto.

Invece, nel nuovo quadro normativo e giurisprudenziale il minore è "soggetto di diritto, titolare in concreto di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili"<sup>16</sup>. La sua manifestazione di volontà è tanto più decisiva nella pronuncia giudiziale quanto più egli sia ritenuto maturo. Allo sviluppo della capacità di discernimento si lega, quindi, in un rapporto di proporzionalità diretta, il grado di vincolatività che per il giudice assume l'opinione del minore.

Che sia così è dimostrato soprattutto dall'obbligatorietà dell'ascolto, legata proprio alla capacità di discernimento (o all'età); essa costituisce un chiaro indice della rivalutazione della rilevanza delle opinioni del minore<sup>17</sup>. Di certo - si dirà - non può trascurarsi che la volontà di quest'ultimo deve confrontarsi con il diritto fondamentale dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30 Cost.)<sup>18</sup>. Ma è altrettanto vero che in questo bi-

lanciamento l'interesse del minore si trova in posizione sovraordinata; inoltre la capacità di discernimento, consentendo l'autodeterminazione, fa sì che il minore possa assumere, nell'esercizio della propria libertà personale<sup>19</sup>, la migliore decisione per il proprio benessere.

b) L'impostazione appena esposta, incentrata sul minore soggetto di diritto, trova altro riscontro in due orientamenti giurisprudenziali, cui si faceva cenno poco sopra, riguardanti l'uno l'obbligatorietà del curatore speciale, l'altro la definizione dello stato di abbandono.

Soffermandosi sul primo, allo scopo di rafforzare la posizione processuale e sostanziale del minore nel giudizio di adottabilità, la Cassazione, in un'altra pronuncia<sup>20</sup>, ha ritenuto necessaria la nomina del curatore speciale quando al minore in stato di abbandono non sia stato nominato un tutore. In questo caso - osserva esattamente la Suprema Corte - se la rappresentanza da parte dei genitori o del genitore è ancora in atto<sup>21</sup>, il conflitto di interessi tra i primi e il minore è *in re ipsa*, essendo l'inadempimento dei doveri genitoriali presupposto del procedimento. Da qui l'obbligatorietà della figura del curatore speciale<sup>22</sup>, al quale soltanto - e non al tribunale - com-

---

ri di mantenimento, educazione e istruzione, ma deve sostanzialmente di potenzialità affettive". L'art. 2 comma 1 l. n. 184/1983 non a caso pone l'accento sulle "relazioni affettive" di cui deve essere capace la famiglia affidataria.

<sup>19</sup> C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 4, 1050, collocando l'autodeterminazione nella libertà personale (art. 13 Cost.), afferma che "quest'ultima infatti nel suo significato moderno si esprime non soltanto come indipendenza da una signoria altrui ma anche come potere di autodeterminazione cioè come fascio di facoltà di scelta riguardanti la persona nella sua individualità". G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 2, 86, più specificamente, pone in luce la rilevanza dell'autodeterminazione nel contratto, richiamando la giurisprudenza sulla nullità dello stesso concluso a seguito di convenzione di persona incapace.

<sup>20</sup> Si legge in Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., che "la nomina di un curatore speciale deriva dalla stessa natura e funzione del giudizio dichiarativo dello stato di adottabilità, al quale l'ordinamento assegna la scopo obiettivo di cancellare il rapporto di filiazione per sostituirlo con l'accertamento dei presupposti per l'adozione, avendo causa la situazione di abbandono in cui si trova il minore proprio nell'inadempimento dei doveri parentali da parte dei genitori".

<sup>21</sup> Il che accade quando non sia ancora intervenuto un provvedimento limitativo o ablativo della potestà. Ma assai più di frequente, il tribunale, all'atto dell'apertura del procedimento, sospende la potestà dei genitori sul minore e nomina un tutore provvisorio con il compito di rappresentare il minore (art. 10 co. 3 l. n. 184/1983).

<sup>22</sup> Il curatore speciale deve essere altresì nominato quando il tutore non provvede alla nomina di un difensore e non vi è il protutore, ovvero qualora sorga conflitto di interessi tra tutore e minore e ugualmente manchi la figura del protutore. Insomma non vi può essere un difensore (nominato dal tribunale) in as-

---

co-fisica tra i presupposti che giustificano l'autorizzazione giudiziale del minore a contrarre matrimonio; l'art. 12 co. 2 legge n. 196/1978 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) afferma che il giudice tutelare tiene conto della volontà della donna minorene.

<sup>16</sup> M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2007, 162.

<sup>17</sup> R. CATERINA, *Ai confini dell'autonomia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 3, 465 ss.

<sup>18</sup> M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., 47, sottolinea che "l'idoneità genitoriale non è vista solo in relazione all'adempimento (freddo e obiettivo) dei dove-





pete il potere di nomina dell'avvocato per la difesa tecnica del minore<sup>23</sup>.

Sul piano processuale ne consegue che, qualora non sia stato nominato il curatore speciale, il quale rappresenti e tuteli in giudizio i preminenti interessi e diritti del minore, "il giudizio è nullo per vizio insanabile della costituzione del rapporto processuale e violazione del principio del contraddittorio, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, anche d'ufficio"<sup>24</sup>. Sotto il profilo sostanziale, invece,

senza di un rappresentante legale del minore. Ciò per una ragione molto semplice: il minore non ha un'adeguata capacità di rapportarsi con il suo difensore, controllandone e orientandone l'operato.

<sup>23</sup> Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., precisa che i ruoli del rappresentante legale (tutore o curatore speciale) e dell'avvocato restano distinti anche quando si cumulano nel medesimo soggetto (art. 82 comma 2 c.p.c.). Il tutore o il curatore speciale sono i soggetti preposti a valutare, autonomamente e senza condizionamenti, l'interesse del minore rappresentando quest'ultimo in giudizio. Essi, ad esempio, sono liberi di difendere o di contestare lo stato di adottabilità, accettando o impugnando la sentenza che lo disponga (Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804 e Cass., 17 febbraio 2010, n. 3805, entrambe in *Fam. e dir.*, 2010, 6, 550 ss., con nota di A. FIGONE, *Sulla rappresentanza del minore nel procedimento di adottabilità*; in tal senso già Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Leggi d'Italia on line*: "il curatore speciale del minore (...) assume una legittimazione processuale autonoma; e indipendentemente dal contenuto della decisione, può, quindi, liberamente proporre appello o ricorso per cassazione, così come rinunziarvi, in relazione agli interessi del minore e senza necessità di autorizzazione alcuna"). L'avvocato del minore, invece, assumendo la difesa tecnica, non può che perseguire gli interessi sostanziali e processuali del suo assistito (cfr. anche Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Leggi d'Italia on line*). Afferma recisamente Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., che nella novella del 2001 non vi è alcuna norma "che dimostri l'intendimento di spostare l'attenzione da una rappresentanza sostanziale (quella tipica del tutore o del curatore speciale) ad una mera rappresentanza tecnica, nonché ad una difesa processuale che assorba in sé la prima". La Suprema Corte argomenta dagli artt. 8 comma 4 l. n., 184/1983, 343 o 321 c.c. e 9 Convenzione di Strasburgo. Tra l'altro - afferma Cass., 17.2.2010, n. 3805, cit. - che il "minore, dotato del necessario discernimento, pure potrebbe chiedere la nomina di un rappresentante (tutore, curatore speciale) non ancora nominato, ovvero la nomina di un difensore, se il tutore o lo stesso curatore speciale, che non rivesta la qualità di avvocato, non vi provvedano tempestivamente. Ciò in piena aderenza al nostro diritto (art. 78 c.p.c.) e alla Convenzione di Strasburgo (art. 4)".

<sup>24</sup> Così Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit., la quale naturalmente chiarisce che se è stato nominato un tutore, spetterà a quest'ultimo nominare un avvocato, purché non sia anch'egli in conflitto di interessi con il minore (art. 78 co. 2 c.p.c.). Nel caso deciso da questa pronuncia, il fatto che tutore provvisorio fosse un ente pubblico (art. 354 c.c.) non giustificava di per sé la presenza di un conflitto di interessi col minore. Anzi l'art. 355 co. 2 c.c., stabilendo che non si dà luogo alla nomina del tutore provvisorio quando tutore è un ente di assistenza, lascia intendere che, di regola, non vi è conflitto di interessi con il minore considerata la funzione pubblica dell'ente stesso. La Suprema Corte ha, infatti, affermato che il conflitto di interessi deve essere specificamente dedotto e provato in relazione a circostanze concrete. Le quali possono ad esempio essere rappresentate dal fatto che la politica assistenziale del Comune "privilegi

l'obbligatorietà del curatore speciale, soggetto terzo non portatore di un proprio interesse, garantisce la migliore tutela del minore quando l'interesse di quest'ultimo contrasta con quello del rappresentante legale.

Sono, infatti, numerose le norme che attribuiscono al giudice il potere di nominare il curatore speciale<sup>25</sup>. Ne consegue che la prescrizione di tale potere contenuta nell'art. 78 c.p.c. "non ha carattere eccezionale [ma richiama] un istituto [il curatore speciale] che è espressione di un principio generale, destinato a operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace"<sup>26</sup>.

Il secondo orientamento cui si accennava è richiamato dalla sentenza che si annota, la quale in un passaggio importante rafforza senz'altro la centralità della personalità del minore<sup>27</sup>. Esso ricorda come

l'affidamento familiare come alternativa all'adozione e quindi sia tendenzialmente contrario alla dichiarazione di adottabilità" (Cass., 17 febbraio 2010, n. 3805, cit.). Quest'ultima pronuncia continua affermando che "la verifica del conflitto va fatta *ex ante*, e non a posteriori, in relazione agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa".

<sup>25</sup> Cfr. artt. 244 co. 4 e 247 co. 2 c.c. in tema di azione di disconoscimento della paternità, art. 264 co. 2 c.c. in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, art. 273 co. 1 c.c. in tema di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità naturale, art. 279 co. 3 c.c. riguardante l'azione per ottenere il rispetto dei doveri dei genitori nel caso di irricoscibilità della filiazione e art. 284 co. 1 n. 4) c.c. in caso di legittimazione del figlio naturale.

<sup>26</sup> Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 83, cit., con riguardo al giudizio di opposizione *ex art.* 250 co. 4 c.c., ha ritenuto necessaria la nomina al minore del curatore speciale soltanto "qualora si prospettino situazioni di conflitto di interessi anche in via potenziale" tra il primo e il genitore che, avendo già effettuato il riconoscimento, ne ha la rappresentanza sostanziale e processuale. L'art. 250 co. 4 c.c. non è dunque incostituzionale nella parte in cui non prevede il curatore speciale, essendo quest'ultimo un istituto che opera tutte le volte in cui vi sia conflitto di interessi tra il minore e il rappresentante legale. Analogamente, con riguardo all'art. 336 c.c., la Corte Cost., 12 giugno 2009, n. 179, cit., ha ritenuto legittima tale norma in quanto integrata dagli artt. 9 co. 2 e 12 Conv. New York e dagli artt. 4 co. 1 e 9 co. 1 Conv. Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, in cui si prevede il diritto del minore di chiedere la nomina di un rappresentante speciale.

<sup>27</sup> Sul concetto e sulla funzione di personalità ancora attuali le riflessioni di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, 1972, spec. 137-142. L'A. pone in luce come la personalità, concetto non esauribile nella categoria del diritto soggettivo, generi la crisi della distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire. "La personalità è valore obiettivo, interesse, bene giuridicamente rilevante. Valore e bene che si attuano in forma dinamica dalla nascita alla morte della persona, la quale, a sua volta si sviluppa con una propria formazione, con una propria educazione, con proprie scelte. Tutto questo attiene alla dinamica della personalità, alla personalità come valore e non come capacità giuridica o soggettività". L'A. insiste sulla personalità come "valore che si esprime sotto forma di titolarità istituzionale e nasce con una sua rilevanza giuridica perché non v'è persona senza certi diritti, come non v'è senza certi doveri".

larga parte della dottrina escluda che l'apprezzamento dello stato di abbandono, presupposto della dichiarazione di adottabilità, possa esaurirsi nella valutazione del dato oggettivo<sup>28</sup>. In più rispetto a questo occorre “[considerare] anche la percezione soggettiva di esso da parte del minore, altrimenti correndosi il rischio di esporlo a seri e gravissimi traumi”. Del resto la sentenza in commento ricorda come la Cassazione abbia incisivamente affermato che “i provvedimenti nell’interesse del minore non vanno stabiliti a priori, sulla base di

<sup>28</sup> Vi è stato di abbandono quando la famiglia non è in grado di prestare le cure necessarie, né di assicurare l’adempimento dell’obbligo di mantenere, educare e istruire la prole. Al di sotto di questo livello minimo dei doveri genitoriali vi è non semplice inadeguatezza al ruolo di genitore, ma abbandono. Una valutazione meramente quantitativa è stata tuttavia ritenuta inadeguata; più appropriato, se si considera che il minore è soggetto di diritti, è valutare dal punto di vista dello stesso minore, gli effetti su quest’ultimo di una situazione difficile. Secondo Cass., 11 agosto 8.2009, n. 18219, in *Fam. e dir.*, 2010, 7, 693 ss., con nota di F. LONGO, *Stato di abbandono del minore: una nozione da rimeditare?*, occorre guardare “non ai comportamenti del genitore, ma alle conseguenze sulla personalità del minore (...) e dunque va affermato che, ove la situazione familiare sia tale da compromettere in modo grave ed irreversibile lo sviluppo psico-fisico della personalità del fanciullo, si dovrà far luogo all’adozione. Non alla figura di un minore astratto, né a tutti i minori di quell’età o di quell’ambiente sociale ci si dovrà richiamare, ma a *quel minore particolare*, con la sua storia, il suo “vissuto”, le sue caratteristiche fisiche e psicologiche, la sua età, il suo grado di sviluppo (o meglio le potenzialità, le possibilità di sviluppo)” (corsivo mio). Un’altra sentenza conferma quest’interpretazione. Valutare la situazione di abbandono dall’angolo visuale del minore e non dei genitori e dei parenti significa dare rilievo a una “situazione di fatto obiettiva che, a prescindere dagli intendimenti e desideri dei genitori e parenti, impedisca o ponga in pericolo il sano sviluppo psicofisico del minore”. E’ dunque irrilevante che vi sia o no colpa dei genitori e dei parenti, “dovendosi guardare unicamente alla situazione oggettiva e all’interesse esclusivo del minore” (così Cass., 31 marzo 2010, n. 7961, in *Leggi d’Italia on line*; ivi cfr. anche Cass., 28 ottobre 2005, n. 21100). L’adozione, com’è noto, si distingue da altre misure quali l’aiuto e il sostegno alla famiglia (artt. 30 comma 2 e 31 Cost.), l’affidamento familiare (artt. 2 ss. l. n. 184/1982), la decadenza dalla potestà (art. 330 c.c.) e l’allontanamento del genitore dalla residenza familiare (art. 333 c.c.) in quanto essa, presupponendo una situazione grave e irreversibile (artt. 1 e 8 comma 1 l. n. 184/1983), costituisce l’*extrema ratio* (Cass., 22 gennaio 2010, n. 1108, in *Fam. e dir.*, 2010, 12, 1099 ss., con nota di F. ASTIGGIANO, *Il procedimento di adottabilità del minore: alcuni aspetti procedurali e ruolo dei parenti*, afferma che il diritto di essere educato nella propria famiglia di origine cede all’esito negativo dell’applicazione di strumenti di aiuto e sostegno alla famiglia stessa; Cass., 14 aprile 2006, n. 8877, in *Nuova gir. civ. comm.*, 2007, 2, 125, con nota di J. LONG, *L’adottabilità del minore tra condizione obiettiva del figlio e situazione soggettiva del genitore*, richiama la necessità di un particolare rigore nella valutazione dello stato di abbandono; già Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, cit.). In tal senso cfr. art. 9 Conv. New York e art. 24 comma 3 Carta dei diritti fondamentali UE.

un generico criterio di adeguatezza, ma rapportati alle reali esigenze della fattispecie in esame”<sup>29</sup>.

Emerge con piena evidenza come il giudice, nell’applicare gli istituti regolati dalla legge n. 184/1983, debba apprezzare non il minore astratto, ma quel singolo minore con riguardo all’età, al vissuto e al grado di maturità che lo connotano. In questa cornice di riferimento la problematicità della famiglia naturale non è certo un fattore sufficiente a determinare lo stato di abbandono; occorre che vi sia almeno il rischio di danno morale e materiale cui è sottoposto il minore permanendo nella famiglia d’origine<sup>30</sup>.

Ecco che appuntando l’attenzione sul minore in concreto, appaiono decisive non le azioni o omissioni dei genitori di per sé, bensì le loro conseguenze sul minore. Queste ultime devono però essere valutate in base non a un criterio astratto e (tendenzialmente) oggettivo, ma alla percezione che lo stesso minore ha della situazione.

#### 4. La posizione dei parenti entro il quarto grado nella dichiarazione di adottabilità.

Con riferimento al procedimento per la dichiarazione di adottabilità, la legge n. 184/1983 assegna un ruolo decisivo ai parenti entro il quarto grado del minore. Tra questi, però, soltanto a chi abbia “mantenuto rapporti significativi con il minore” (art. 12) o, secondo altra formulazione, a chi abbia siffatti rapporti (art. 11). Il che emerge da diverse disposizioni.

L’art. 11 comma 1 l. n. 184/1983 condiziona, in caso di decesso dei genitori, la dichiarazione dello stato di adottabilità all’inesistenza dei menzionati rapporti tra il minore e i parenti entro il quarto grado. I quali, ancora prima, all’atto di apertura del procedimento e in mancanza dei genitori, devono essere avvertiti (art. 10 comma 2 l. n. 184/1983). Se la loro presenza consta a seguito di indagini (art. 10 comma 1), il Presidente del tribunale ne fissa la comparizione (art. 12 comma 1). Agli stessi deve

<sup>29</sup> Cass., 23 luglio 1997, n. 6899, in *Foro it.*, 1999, I, 2058. In questo caso, la sentenza che aveva confermato la dichiarazione di adottabilità è stata cassata perché i giudici non hanno considerato il netto rifiuto del minore di abbandonare la famiglia di origine alla quale lo stesso era molto legato. I provvedimenti nell’interesse del minore vanno “rapportati alle reali esigenze del caso concreto, che non possono non emergere da un diretto colloquio col soggetto interessato”. Lo stato di abbandono va quindi accertato non soltanto in base a parametri oggettivi, ma anche soggettivi: esattamente valutando come il minore si rapporti alla famiglia, nonostante le grandi difficoltà in cui la stessa versa.

<sup>30</sup> Cass. 14 novembre 2003, n. 17198, in *Guida al dir.*, 2004, 1, 53 ss.

essere notificata la sentenza per consentirne l'impugnazione nelle forme e nei termini di legge (art. 15 comma 3).

Ora, poiché tali norme attribuiscono una posizione sostanziale e processuale ai parenti in ragione dell'instaurazione di "rapporti significativi" con il minore, è essenziale interpretare questa locuzione. Soprattutto occorre capire in quale momento siffatti rapporti devono esistere per rilevare giuridicamente e a quali condizioni possono dirsi esistenti.

In generale il termine "rapporto" indica una relazione tra persone che può essere di varia natura. Dal rapporto di parentela, al rapporto commerciale, diplomatico, epistolare e altro ancora. Ma nell'ambito che ci interessa il legislatore ha inteso riferirsi a una relazione affettiva e di sostegno, duratura, in cui il parente entro il quarto abbia assunto un sicuro rilievo nella vita del minore. Il che si deduce innanzitutto dal numero plurale del sostantivo "rapporto" adoperato dal legislatore, ad indicare incontri e contatti frequenti con il minore. Inoltre aver qualificato i rapporti come "significativi", ossia di particolare valore, postula, oltre al semplice incontrarsi o sentirsi, il consolidamento di un legame.

Non v'è dubbio, allora, che il legislatore, nel sottolineare la significatività del legame, abbia inteso attribuire rilevanza al rapporto di sangue cui devono corrispondere però relazioni affettive in atto. Tanto importanti da indurre il Tribunale a mantenerle nell'interesse del minore<sup>31</sup>. Se così è deve trattarsi di un rapporto simile a quello che normalmente si instaura con i genitori, i quali portano avanti un progetto educativo, di sostegno morale e materiale del minore<sup>32</sup>. Tant'è che - si ripete - la presenza del parente in siffatto rapporto col minore preclude la dichiarazione di adottabilità.

La giurisprudenza di legittimità sembra aver accolto quest'interpretazione. L'aggettivo "significativo" denota, secondo la Cassazione, l'esistenza di "rapporti idonei ad esprimere la loro potenziale disponibilità ed attitudine a sopperire alla mancanza dei genitori o alle carenze degli stessi"<sup>33</sup>, al limite, anche tentando di contrastare condotte pregiudizievoli dei genitori<sup>34</sup>. Deve sussistere insomma una re-

lazione duratura e consolidata, connotata da una presenza attiva e significativa del parente nella vita del minore. E' l'esistenza di questo legame forte e durevole a costituire la ragione della rilevanza processuale e sostanziale della posizione dei parenti entro il quarto grado.

Soltanto in tal caso essi devono essere convocati perché verosimilmente in grado di "offrire elementi essenziali per la valutazione dell'interesse del minore e, per altro aspetto, di prospettare soluzioni dirette a ovviare allo stato di abbandono nell'ambito della famiglia di origine"<sup>35</sup>. E' evidente, dunque, la delicatezza dell'audizione dei parenti, all'esito della quale può escludersi lo stato di abbandono.

Se la locuzione "rapporti significativi" indica un legame consolidato nel tempo, già esistente all'apertura del procedimento, deve ritenersi insufficiente ad escludere l'abbandono la mera disponibilità - non preceduta da tale legame - di occuparsi del minore manifestata da uno dei parenti in seno al procedimento stesso. Questa dichiarazione, di per sé, non ha rilevanza se non è "suffragata da elementi oggettivi che la rendano credibile"<sup>36</sup>. Il che postula, come si diceva, la preesistenza - salvo in un caso individuato dalla giurisprudenza<sup>37</sup> - del legame all'inizio del procedimento.

Quest'interpretazione ha un solido fondamento nella lettera della legge e nel principio del miglior interesse del minore. La semplice disponibilità verbale, manifestata da un parente, non rileva se non è suffragata da precedenti comportamenti che ne attestino la credibilità<sup>38</sup>. Siffatto esito ermeneutico si apprezza particolarmente nel caso di abusi sessuali e di maltrattamenti in famiglia.

---

presi i nonni) a farsi carico dei minori, dovendo comunque sussistere un rapporto sottostante di familiarità e accudimento, ovvero, al limite, *un tentativo di contrastare la condizione di degrado dei minori, con interventi sostitutivi dei genitori od eventualmente con denunce alle autorità di controllo*" (corsivo mio).

<sup>35</sup> Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, cit. e Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit.

<sup>36</sup> Cass., 28 febbraio 2006, n. 4407, in *Leggi d'Italia on line*.

<sup>37</sup> Secondo Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, cit., quando lo stato di abbandono da parte dei genitori si verifica fin dalla nascita del minore (il quale pertanto viene posto in una struttura assistenziale), la dichiarazione resa dai parenti entro il quarto grado di voler prendersi cura dello stesso è rilevante al fine di evitare la dichiarazione di adottabilità. Ciò in quanto, in tale situazione, "[non vi possono essere stati] preesistenti rapporti significativi fra il minore e i parenti fino al quarto grado già consolidati". Di conseguenza - continua la Suprema Corte - "la concreta manifestazione di detta disponibilità entro un termine ragionevolmente breve dalla nascita comporta che il minore non possa essere ritenuto in stato di abbandono, salvo che si accerti, in relazione alla specifica situazione del caso la inidoneità dei parenti ad assicurarne l'esistenza e la crescita in modo adeguato".

<sup>38</sup> Cass., 29 gennaio 2010, n. 2123, in *De jure on line*.

<sup>31</sup> Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, in *De jure on line*.

<sup>32</sup> Dalle norme sopracitate e da altre norme che pure fanno riferimento ai parenti entro il quarto grado (artt. 9 co. 4, 11 co. 1 e 13 co. 1 l. n. 184/1983) si ricava l'obbligo a carico degli stessi di prestare assistenza al minore e di adempiere agli obblighi educativi come per i genitori. "L'inottemperanza conduce alla pronuncia di adottabilità e allo scioglimento di ogni vincolo del minore anche con essi" (cfr. Cass., 11 agosto 2009, n. 18219, cit.).

<sup>33</sup> Cfr. Cass., 26 marzo 2010, n. 7282, cit. e Cass., 19 maggio 2010, n. 12290, cit.

<sup>34</sup> Cass., 31.3.2011, n. 7504, in *De jure on line*, afferma che "non è sufficiente una mera disponibilità dei parenti (ivi com-



Qui è necessario che il rapporto pregresso ed attuale sia tale da garantire da un lato “una sufficiente autonomia di detti parenti rispetto alla famiglia d’origine” e dall’altro “una situazione affettiva, materiale e morale (...) idonea a prefigurare un adeguato equilibrio psicofisico e lo sviluppo della personalità del minore”<sup>39</sup>. Non può difatti sfuggire il pericolo - che si determina attraverso l’affidamento (provvisorio o preadottivo) - di favorire nuovi contatti tra il minore e chi gli ha arrecato pregiudizio tramite parenti che, non avendolo protetto all’epoca dei fatti, non meritano alcuna considerazione da parte dell’ordinamento.

### 5. La crisi del soggetto astratto.

L’accresciuta complessità del quadro giuridico propizia una riflessione sull’idoneità della categoria dell’incapacità legale a esprimere compiutamente, su un piano unitario, la condizione giuridica del minore e, invero, più ampiamente, della persona priva di autonomia. Ma è sulla prima figura che, come si diceva nelle prime pagine, si intende concentrare l’attenzione, muovendoci lungo una linea storica sicuramente espressiva dell’evoluzione del diritto.

L’invenzione del soggetto astratto ha rappresentato, com’è noto, una conquista di civiltà, il “riscatto dell’umano”<sup>40</sup>, attribuendo pienezza alla persona. Tutto all’opposto dell’*Ancien Régime* il quale, impedendo al soggetto di uscire dalle gabbie degli status, del ceti, del mestiere e del sesso, gli negava libertà e uguaglianza. La società era gerarchizzata, ai nobili spettavano privilegi e immunità e, in generale, l’individuo era frantumato in vari stati cui corri-

spondevano diverse graduazioni di diritti e di divieti<sup>41</sup>.

Sotto la spinta della Rivoluzione francese e del razionalismo illuministico si è costruito nell’Ottocento il soggetto unico, astratto, cui è riconosciuta la capacità giuridica. La quale ha segnato il distacco dal passato “[rappresentando] l’espressione di maggior rilievo della nozione globale di soggettività”<sup>42</sup>; in base ad essa la persona fisica diviene punto di collegamento di tutte le norme dell’ordinamento giuridico, non essendogli precluso, in anticipo, alcun campo di diritti e di obblighi per la mancanza di qualità costanti o di status. La persona fisica in quanto titolare di doveri giuridici e diritti soggettivi “è questi doveri giuridici e questi diritti soggettivi, è cioè un complesso di doveri giuridici e di diritti soggettivi, la cui unità si esprime in modo figurato nel concetto di persona”<sup>43</sup>.

Si è affermata così l’uguaglianza formale che implica indifferenza del soggetto di fronte a taluni fattori che, altrimenti, avrebbero costituito motivo di discriminazione. Il che non ha comunque impedito al legislatore, prima delle Costituzioni del secondo dopoguerra, di introdurre limitazioni alla capacità giuridica come quelle tristemente note che hanno interessato gli Ebrei.

La soggettività giuridica, tuttavia, era ed è connotata e completata dalla capacità d’agire, qualità che, specificamente riconosciuta e disciplinata dall’ordinamento, consiste - secondo la migliore definizione - “nell’attitudine del soggetto a porre in essere l’elemento di fatto delle fattispecie giuridiche, cioè a cooperare al processo di produzione dei fenomeni del diritto”<sup>44</sup>.

Ma l’indubbia valenza positiva della creazione del soggetto di diritto subirà di lì a poco

<sup>39</sup> Cass., 29 gennaio 2010, n. 2123, cit., ha confermato la pronuncia d’appello che correttamente ha attribuito rilievo non alle “buone intenzioni e alla “sincera disponibilità” della zia e della nonna di occuparsi del minore, ma al fatto che le stesse non erano apparse idonee a garantire “la fermezza e l’autonomia necessarie, rispetto alla famiglia d’origine dei minori”. Nei giudizi di merito era emerso che tali parenti non avevano assicurato protezione quando la madre, in violazione del provvedimento del giudice, consentiva al padre di incontrare i minori. Analogamente Cass., 11 agosto 2009, n. 18219, cit., secondo la quale non è sufficiente la mera disponibilità verbale ad adempiere compiti educativi, ma è “necessario accertare l’idoneità del parenti che, nel caso di comportamenti particolarmente negativi dei genitori, dovrebbe tra l’altro configurarsi sotto forma di efficace impedimento ed opposizione alle pretese e agli atteggiamenti dei genitori stessi, scongiurando la permanenza di una loro influenza negativa sul minore”. Nel caso di specie, invece, era stata accertata la mancanza di rapporti significativi tra le zie e la minore anche nel periodo immediatamente successivo all’omicidio della madre ad opera del padre”, nonché la difficoltà delle stesse di porsi dalla parte della minore”.

<sup>40</sup> S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2007, 11.

<sup>41</sup> G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, 90 ss., dà ampio conto di quel periodo storico, ripercorrendo alcune pagine di J. Domat e R. J. Pothier.

<sup>42</sup> A. FALZEA, voce *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1960, 11-12. Cfr. P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, 873 ss.; G. ARENA, voce *Incapacità*, in *Enc. dir.*, 1970, 909 ss.; P. STANZIONE, voce *Capacità, I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, 1988, 1 ss.; A. VENCHIARUTTI, voce *Incapaci*, in *Digesto*, 1993, 367 ss.; ALPA, *Status e capacità*, cit., 147 ss., dopo aver inquadrato la capacità in prospettiva storica, dedica diverse pagine ai profili attuali della capacità giuridica.

<sup>43</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di Losano, Torino 1990, 197, si sofferma a lungo anche sul problema dell’ente come titolare di doveri e diritti soggettivi e individua le differenze, in punto di attribuzione degli stessi, rispetto alla persona fisica (p. 198 ss). Essenziale al riguardo la monografia di P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 57 ss.

<sup>44</sup> A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 148. Anche P. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, 862, sottolinea come la capacità d’agire attenga al lato attivo della personalità consentendo al soggetto di cooperare “alla formazione della fattispecie”



un'involuzione ad opera della teorica dell'Ottocento la quale "ha portato il soggetto verso i lidi di un individualismo estremo"<sup>45</sup>. E' soprattutto la Pandettistica che "si [è] dedica[ta] (...) alla costruzione di un diritto astratto (...), di un sistema senza storia"<sup>46</sup>, acquisendo come suo "contrassegno primario un formalismo esasperato"<sup>47</sup>.

L'astrattezza delle nozioni finiva per occultare la realtà delle cose, fornendo al giurista strumenti neutri, utili, in apparenza, per tutti i casi. Di conseguenza, la società era ridotta "a una massa anonima di cittadini formalmente tutti uguali che subiva inerte e passiva i comandi di un potere centrale"<sup>48</sup>. Si pensi, tornando al nostro tema, alla categoria dell'incapacità, la quale, accomunando gli individui nella medesima condizione giuridica, ha ignorato - fino all'introduzione dell'amministrazione di sostegno - la dimensione costituzionale fondamentale della promozione del pieno sviluppo della personalità<sup>49</sup>.

Questo quadro ha inevitabilmente determinato uno scollamento del diritto dalla società che diveniva sempre più complessa, ricca di diversità e di nuove istanze. Da qui il rafforzamento di quella multiforme spinta sociale e culturale che ha determinato, nel tempo, il passaggio dal soggetto astratto alla persona concreta<sup>50</sup>. Non è possibile in questa sede ripercorrerne il lungo cammino storico<sup>51</sup>, se

non per sottolineare una volta di più che la nostra Costituzione e, da ultimo, il Trattato dell'UE hanno posto al centro dell'ordinamento la persona. La quale è valorizzata e protetta con riguardo alla sua singolarità e specificità, anche in relazione al contesto socio-economico in cui opera. Si pensi, in ambito contrattuale, alle figure del lavoratore, del consumatore, del conduttore di beni immobili e dell'investitore, destinatari, tutti, di una apposita disciplina in virtù dell'asimmetria di potere con le rispettive controparti. Il che palesa quantomeno l'esistenza di una soggettività complessa, la quale è, probabilmente, incompatibile con la creazione o la rifondazione di categorie onnicomprensive capaci di spiegare esaurientemente la complessità dei fatti.

Se si muove dal fatto che la nostra Costituzione accoglie una nuova antropologia - uomo come persona sociale che vive condizioni diverse dell'essere<sup>52</sup> - si deve abbandonare non la categoria dell'incapacità, ma la pretesa che questa comprenda e regoli tutte le dimensioni della persona. Del resto, sebbene il negozio giuridico si leghi anche all'ambito non patrimoniale<sup>53</sup>, la sfera dell' "avere" non si lascia governare dalle stesse regole che presiedono alla sfera dell' "essere"<sup>54</sup>. Difatti mentre nell'ambito patrimoniale l'autonomia contrattuale è sempre più regolata - al fine di essere salvaguardata

<sup>45</sup> S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 12.

<sup>46</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 168, tratteggia così l'operato di Savigny, del suo discepolo Puchta e di Windscheid. Il quale influenzò fortemente la redazione del BGB i cui "concetti e tecniche si ispirano al purismo rigoroso della più raffinata Pandettistica" (p. 177). Di conseguenza il destinatario di questo codice civile non è il cittadino ma il giudice.

<sup>47</sup> P. GROSSI, *op. loc. cit.*

<sup>48</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, 220.

<sup>49</sup> F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, cit., 24 ss., non nega l'utilità del metodo dogmatico basato sulla "necessità logica", riconoscendo ad esso due importanti funzioni (cfr. 15). Esso però diventa pericoloso, degenerando in dogmatismo, se innesci un processo di scostamento del diritto dalla realtà, pretendendo di elaborare concetti immobili. Se la categoria giuridica si fonda su una verità, è sulla base di quest'ultima (spesso riletta) che deve risolversi un problema di diritto e non dalla "bella menzogna che riassume" e sostanzia la stessa categoria. L'A. reca due esempi dell'utilizzo distorto del dogma incentrati sui titoli di credito e sulla responsabilità della persona giuridica (p. 43-44).

<sup>50</sup> S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 4, 551, reputa la persona "come la categoria che meglio permette di dare evidenza alla vita individuale e alla sua immersione nelle relazioni sociali. Da qui, in definitiva, una nuova antropologia, espressa attraverso la costituzionalizzazione della persona".

<sup>51</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 186-255, sottolinea come il movimento del "giusliberismo" abbia posto le basi per una nuova attenzione da parte dei poteri pubblici alla complessità sociale e alle nuove istanze comuni, soprattutto dei lavoratori. Nella direzione del recupero del particolare si muovono il solidarismo e il socialismo giuridico, l'attenzione da parte di

alcuni giuristi tedeschi al diritto del lavoro, il diritto commerciale, le Costituzioni del secondo dopoguerra e la Carta di Nizza. Sul percorso storico che ha portato dal soggetto alla persona cfr. la sintesi S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, cit., il quale menziona anche la Magna Charta (1215) e il suo *habeas corpus*, collocata anche dal Prof. Grossi nella preistoria delle "carte dei diritti" (p. 81 *op. cit.*).

<sup>52</sup> G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, rileva come dalla separazione fra "l'uomo in sé" e l'uomo nel diritto si è iniziato a distinguere l'aspetto simbolico del termine persona "dal trattamento in concreto di interessi e conflitti e l'esito di questo processo è che il termine (uomo o persona) non presuppone uno status uniforme, ma grappoli di conclusioni diverse a seconda del singolo problema che si deve risolvere". Non è un caso, solo per indicare alcuni esempi, che la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE si soffermi sul consenso informato nella medicina e nella biologia, sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, nonché sulle figure del minore, dell'anziano e del disabile.

<sup>53</sup> C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 106.

<sup>54</sup> Si pensi al consenso informato, qualificabile come "atto negoziale unilaterale pur espresso nei confronti di chi ha fornito l'informazione" e alla problematica del consenso presunto - cui ha fatto riferimento la Cass. nel caso Englaro, cfr. *infra* nota 56 - ritenuto non sufficiente, secondo un'impostazione dottrinale, a fondare un atto dispositivo del proprio corpo, cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 102. In ambito contrattuale, sicuramente l'attenzione è concentrata sulla dimensione funzionale, sui comportamenti e sul risultato conseguito, con conseguente arricchimento dell'ambito rimediabile (cfr. G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 3, 166).



- da una pluralità di fonti oltre la legge<sup>55</sup>, in quello non patrimoniale l'autonomia della persona si espande.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> U. BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, 2010, 394 ss., rileva come la complessità del sistema delle fonti abbia determinato un pluralismo delle fonti di integrazione del contratto (si pensi all'autonomia privata collettiva - cfr. art. 360 n. 3 c.p.c. - alla normativa secondaria delle autorità amministrative indipendenti, a taluni orientamenti giurisprudenziali come quello sull'atocismo bancario e, naturalmente, al diritto contrattuale europeo, cfr. p. 411 ss.). Il filo conduttore di questo vero e proprio *mare magnum* delle fonti è il perseguimento della finalità di massima protezione "dei contraenti più esposti ai poteri dominanti" (p. 413). In questa direzione osserva P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 206, come oggi gli status sembrano rivivere, essendosi rivelata falsa l'idea ottocentesca "che ogni contratto sia una situazione unica e irripetibile". Già G. ALPA, *Status e capacità*, cit., 205-206, aveva sottolineato come l'ordinamento doveva preoccuparsi dei titolari di "status deboli" (zingari, anziani, portatori di handicap, carcerati, dementi, consumatori, risparmiatori).

Per una rilettura del principio di legalità alla luce del principio di legittimità cfr. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 164 ss.; nello specifico, interessanti le pagine di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, sul contratto al posto della legge, 93 ss., e di SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 175 ss., sul "diritto muto" (spontaneo), un diritto applicato diverso dal diritto scritto autoritativo.

<sup>56</sup> C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., 1046 ss., ha assunto una posizione decisamente critica nei confronti di Cass., 16.10.2007, n. 21748 (caso Englaro), ritenendo che dall'art. 32 Cost. non si possa ricavare il diritto di autodeterminarsi sul fine vita. Anche A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto bio-diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, 25-27, nega che dall'art. 32 co. 2 Cost. possa trarsi una concezione individualistica della salute che attribuisca al medico il ruolo di "indifferente esecutore". Ugualmente critico nei confronti di questa sentenza, ma sulla base di argomenti diversi da quelli addotti da Castronovo e Nicolussi, anche L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 741 ss. Si discosta, invece, dall'interpretazione di questi autori: P. ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, cit., 137 ss., il quale collega la salute alla libertà e all'identità personale. Il medico - è vero - non deve essere "indifferente esecutore" (l'A. parla infatti di "dimensione relazionale della capacità" e del passaggio dal consenso come atto al consenso come processo), ma deve rispettare la decisione del paziente "presente a sé medesimo [che] fa uso delle proprie risorse di intendimento e di determinazione". Di più: il medico e le persone che circondano il paziente devono "assecondare la sua presenza a sé medesimo". Quando si deve decidere sull'esistenza - continua l'A. - "il rispetto della personalità (...) esige che il minimo contributo che una persona possa dare a rendere la decisione armonica con la sua storia (...) debba essere valorizzato". Questa ricostruzione esprime il rovesciamento della prospettiva proporzionalistica (come chiarisce lo stesso A.) su cui si basa la capacità; rovesciamento che ha fondamento normativo in talune norme come quella sull'interruzione della gravidanza chiesta da una minore su cui *infra*, sulla capacità di discernimento del minore e - si aggiunga - sull'obbligo dell'amministratore di sostegno di informare il beneficiario circa gli atti da compiere (art. 410 co. 2 c.c.). Esse attribuiscono rilevanza alla volontà dell'incapace anche se infermo di mente; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*,

Interessa comunque rimarcare, per proseguire il discorso sull'incapacità legale, che il diritto attuale ha senz'altro recepito "una nuova visione dell'uomo nel diritto privato", del tutto distante dai modelli dei codici civili illuministici e ottocenteschi. Visione che attenta dottrina ha definito "neo-altropologia giuridica non monistica"<sup>57</sup>.

Non v'è dubbio allora, alla luce delle considerazioni svolte, che le diverse condizioni dell'essere umano non debbano costituire impedimento a esprimere, laddove possibile, la propria pienezza di individuo, esercitando diritti e tutele<sup>58</sup>. Realizzandosi così il principio dell' "eguaglianza nella differenza".

## 6. Dal "soggetto alla persona" nell'incapacità legale. Autodeterminazione nelle decisioni non patrimoniali.

Il principio personalistico che permea la nostra Costituzione e orienta l'azione dell'Unione Europea implica un rapporto inscindibile tra libertà e dignità. Rapporto che emerge dagli artt. 3, 36 co. 1, 41 co. 2 Cost. e dalla normativa del Titolo I della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. Il quale Titolo I, nel collegare la dignità umana al necessario riconoscimento del diritto al consenso libero e informato, ha posto in luce proprio il legame tra libertà e dignità.

Quest'ultimo, secondo una recente interpretazione, implica che la costruzione dell'*homo dignus* debba essere effettuata all'interno (e non all'esterno) della persona<sup>59</sup>. "Nell'antropologia mo-

Milano, 2006, 247 ss., trae il diritto di decidere sul proprio corpo dai principi del consenso libero e informato, della dignità, libertà, uguaglianza e autonomia.

<sup>57</sup> U. BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 151.

<sup>58</sup> S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 41, nell'esaminare la Costituzione sotto il profilo del principio personalistico, afferma che "le sfaccettature dell'esistenza [indigente, capaci e meritevoli ma privi di mezzi, madre, bambino] attribuiscono rilevanza a condizioni particolari, tutte però riconducibili alla comune finalità di riconoscere alla persona nella sua pienezza, al di là di un elemento differenziale che non può trasformarsi in menomazione della stessa cittadinanza eguale".

<sup>59</sup> S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, cit., 561, con riferimento alle decisioni che può assumere la persona, pone in luce due dimensioni della dignità. La prima si riferisce alle decisioni che esauriscono gli effetti nella sfera dell'interessato, la seconda riguarda le decisioni che incidono sulla sfera giuridica altrui. Nel primo caso il diritto all'autodeterminazione deve prevalere altrimenti si finisce con l'imporre "un'antropologia alternativa ed incompatibile con tutta la filosofia moderna dei diritti dell'uomo". Questa ricostruzione riconosce conseguentemente la libertà di decidere in ordine a qualsiasi trattamento medico anche salvavita. Nel secondo caso "deve prevalere il rispetto dell'altro, che fa emergere propriamente l'aspetto relazionale della dignità".





derna - è stato sottolineato - la dignità conduce all'autodeterminazione<sup>60</sup>. Ora se quest'ultima è stata consacrata dalla Corte Costituzionale<sup>61</sup>, richiamata spessissimo dalla giurisprudenza di legittimità<sup>62</sup> e studiata<sup>63</sup> soprattutto in campo medico, deve oramai riconoscersene l'essenzialità anche nell'ambito dell'incapacità legale.

La persona incapace ha senz'altro, nonostante la propria condizione di debolezza, diritto di autodeterminarsi nei limiti in cui essa sia in grado di esprimere una volontà libera e consapevole. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non subisce, infatti, una limitazione della capacità di agire già preconstituita nella sua estensione, come nei casi dell'interdizione e dell'inabilitazione sia pur con il temperamento di cui all'art. 427 comma 1 c.c.. L'intervento protettivo è piuttosto calibrato sulla *specifica* condizione di salute dell'interessato, con l'intento di conservare il più possibile la capacità di agire (art. 405 comma 5 nn. 3 e 4 e art. 409 comma 1 c.c.).

Ma l'obiettivo di promuovere la capacità di autodeterminarsi, tratto immanente all'"essere" della persona in quanto tale, è perseguito anche con rife-

rimento al minore di età. Emblematico è l'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE secondo il quale l'opinione espressa liberamente dal minore sulle questioni che lo riguardano "viene presa in considerazione in funzione della [sua] età e della [sua] maturità".

Certamente l'evoluzione della società e i conseguenti mutamenti normativi hanno determinato "il tramonto del soggetto quale categoria neutra e indifferenziata, collocata in un orizzonte formalistico e astratto"<sup>64</sup>. Nel tempo presente l'ordinamento è più attento alla singola persona nelle sue specificità<sup>65</sup>, le quali la rendono unica anche nello stato di incapacità. Ne consegue un preciso corollario: l'incapacità di agire non può esaurire, se non parzialmente, la risposta dell'ordinamento con riguardo alla capacità di autodeterminarsi del singolo incapace.

Ciò emerge non soltanto dallo "spirito" dell'amministrazione di sostegno<sup>66</sup>, ma anche dall'istituto dell'interdizione come modificato. Neppure quest'ultimo dà più luogo necessariamente a una condizione giuridica preconstituita dalla legge, potendo il singolo interdetto essere autorizzato dal giudice, in considerazione del proprio stato di salute, a compiere da solo o con l'assistenza del tutore taluni atti di ordinaria amministrazione (art. 427 comma 1 c.c.). Così come l'inabilitato può compiere da solo, se previsto dalla sentenza, determinati atti di straordinaria amministrazione.

Anche con riferimento alla minore età, l'ordinamento giuridico non generalizza più in punto di conseguenze dell'incapacità, almeno con riferimento agli atti di natura non patrimoniale<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> S. RODOTÀ, *Antropologia dell' "Homo dignus"*, cit., 564, conclude, analizzando alcune norme della Cost., che la dignità abbia "[integrato] principi fondamentali già consolidati - libertà, eguaglianza, solidarietà - facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità". L'A. ritiene inoltre che il rapporto tra persona e dignità imponga una lettura unitaria dell'art. 3 Cost. in base alla quale "la stessa ricostruzione dell'uguaglianza formale non può essere condotta nell'indifferenza per la materialità della vita delle persone, per la loro intatta dignità, per i legami sociali che l'accompagnano" (p. 555). Anche G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea* cit., 34 ravvisa nel confronto con altri principi fondamentali un passaggio essenziale per chiarificare il concetto di dignità.

<sup>61</sup> Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, 1328.

<sup>62</sup> Tra le pronunce più recenti e interessanti Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783 ss., con note di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Persona e Mercato*, 2010, 4, 289, con nota di A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*; in *Contr. e impr.*, 2010, 2, 313 ss., con commento di A. RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*. Cfr. altresì Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Guida al dir.*, 2011, 14, 42 ss., in cui si afferma che spetta anche al medico (oltre che alla struttura sanitaria) informare la gestante sui rischi connessi all'equipaggiamento non idoneo della casa di cura privata a fronteggiare particolari situazioni patologiche o devianti. Ciò vale a prescindere dal fatto che il medico sia convenzionato o meno dipendente o meno dalla casa di cura; è sufficiente che il medico abbia concluso con la paziente un contratto di assistenza al parto presso la casa di cura in cui si era stabilito che ella si sarebbe ricoverata.

<sup>63</sup> Di recente: T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

<sup>64</sup> R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, a cura di Tescione, Napoli, 2010, 71.

<sup>65</sup> P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Le fonti e i soggetti*, cit., 194 ss., rileva come già dal codice civile emerga la relatività della categoria del soggetto di diritti, la quale non riesce ad assorbire l'intera complessità del reale. L'A. richiama le situazioni del nascituro e della persona scomparsa di cui sia stata dichiarata l'assenza o la morte presunta. Anche la capacità giuridica è un concetto relativo come dimostra l'attribuzione di diritti a soggetti non ancora nati. V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 151, sottolinea come la nostra Costituzione abbia accolto "una immagine nuova e diversa di "individuo" interamente calato e immerso nel vissuto della sua dimensione storico-sociale oltre che nel concreto degli effettivi condizionamenti di tempo e di spazio dell'esistenza".

<sup>66</sup> P. CENDON, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, in *Diritto privato*, 2, *Persone, famiglia e successioni*, a cura di S. Mazzaresse-A. Sassi, Torino, 2009, 139 ss.

<sup>67</sup> P. ZATTI, *Oltre la capacità*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 120, constata come il diritto "[scopra] l'inetitudine del modello della capacità legale d'agire e della sua stella gemella, la potestà e rappresentanza legale, a governare i problemi dell'autodeterminazione nelle zone in cui emerge l'implicazione diretta degli interessi personali: dal contratto

E' chiaro l'intento di recuperare le singole individualità come prescrive la Costituzione. Ciò non significa che l'identità della persona non sia una<sup>68</sup>, ma è proprio per far emergere tale identità che il legislatore prevede nuovi congegni al fine di consentire al minore - nel caso di specie - di manifestare il proprio pensiero orientando le proprie scelte<sup>69</sup>. Si può portare l'esempio della richiesta d'interruzione della gravidanza da parte di una minorene<sup>70</sup>, dove

di lavoro, agli atti dispositivi del proprio corpo, al consenso al trattamento medico, ai consensi familiari, agli atti di disposizione degli interessi personali, il territorio dominato dalla capacità legale si restringe gradualmente (...). Anche il concetto di incapacità di intendere e di volere, continua l'A., è inadeguato quando la persona si misura con decisioni riguardanti il corpo, la malattia, la cura o l'interruzione del trattamento. In questi casi la "capacità di intendere e di volere è idea deforme perché pone un quesito che rifiuta la complessità, e la sofferenza è complessa e non va semplificata in nome di esigenze che hanno il loro posto nel traffico dei beni, non nella gestione dei rapporti con il disagio e il dolore" (p. 128). L'A. suggerisce pertanto, nel valutare la volontà del soggetto, di guardare al processo in cui quest'ultima si è formata e non all'atto. Il diritto ("umanistico") "deve garantire e valutare le condizioni del processo, non dell'atto; deve imparare a parlare di debolezza e forza del consenso". Occorre che il diritto crei le condizioni affinché la persona fragile e sofferente possa assumere una decisione che possa dirsi giuridicamente sua. E la valutazione del processo decisionale non può essere semplificato e costretto "nell'ambito dell'uso di ragione". Altrimenti il diritto è violento. In questa linea sono significative le considerazioni riportate *supra* nella nota 48 sempre di P. ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 131 ss.

<sup>68</sup> D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, cit., 551, osserva che se "le espressioni fattuali delle identità personale sono molteplici e multiformi, non bisogna tuttavia concludere che la persona abbia molte identità, inclusa quella, nuovissima, dell'identità telematica. L'identità della persona è una sola". L'A. pone l'attenzione sul problema del principio fondativo della tutela della persona. Anche F. D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 7 ss. (part. p. 17), si sofferma sull'identità personale come principio a sé stante, manifestazione del potere di autodeterminazione. Sul filo della nozione di persona corre il discorso affascinante di P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 4, 379 ss.

<sup>69</sup> R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto*, cit., 75, afferma che "il dato comune della minore età non può essere valutato come condizione sufficiente per giustificare un trattamento normativo omogeneo, una disciplina indifferenziata, a priori fondata sulla creazione di una categoria unitaria che conduce inevitabilmente all'omologazione ed all'appiattimento delle reali condizioni di vita".

<sup>70</sup> L'art. 12 della legge n. 194/1978 distingue, com'è noto, tre ipotesi in relazione alle quali prevede tre procedure diverse. Interessa porre in luce che l'intervento dei genitori, previsto qualora non siano decorsi novanta giorni dall'inizio della gravidanza (comma 2), è funzionale alla valutazione delle circostanze, non atteggiandosi come atto di autorità. Difatti qualora essi rifiutino l'assenso (o esprimano pareri difformi), la decisione finale spetta al giudice tutelare, il quale terrà conto della volontà della gestante e delle ragioni che quest'ultima adduce (nonché della relazione redatta dal personale medico).

emerge proprio la rilevanza della volontà della gestante nonostante l'incapacità<sup>71</sup>.

Su questa scia si pone la sentenza in commento, la quale valorizza la capacità di discernimento che, se sussiste, costringe il giudice a sentire il minore nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità.

L'obbligo di audizione è funzionale a rendere effettivo l'esercizio del diritto di crescere ed essere educato nella propria famiglia di origine ovvero di eliminare, a tutela del proprio sviluppo psico-fisico, ogni legame con la propria famiglia. Anche in materia di separazione giudiziale, l'art. 155-*sexies*, introdotto dalla legge n. 54/2006, ha collegato la necessità dell'audizione del minore alla capacità di discernimento dello stesso.

L'incapacità, dunque, non costituisce più una categoria unitaria - del resto non può esserlo se l'individuo non "acquisisce mai, in alcun momento, un definitivo preciso approdo"<sup>72</sup> - cui ricondurre in modo indifferenziato la minore età, l'interdizione e

<sup>71</sup> F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 154 ss. (spec. 164), sottolinea come l'incapacità della donna giustificata e specificata - rispetto alla donna capace - il controllo sulla scelta di sacrificare l'interesse del concepito Com'è noto nei primi novanta giorni e in assenza di ragioni di urgenza, il giudice tutelare deve tenere conto dell'autodeterminazione della gestante anche se diversa da quella dei genitori o del tutore. Secondo l'Autrice l'incapacità, quindi, si attegge diversamente in ragione dell'interesse tutelato, dimostrando così una certa elasticità. Mentre in materia contrattuale l'atto è sempre annullabile, quando viene in rilievo un ambito non patrimoniale il legislatore attegge diversamente l'incapacità. In quest'ottica la positiva diversificazione degli strumenti di tutela non implica - sempre secondo l'A. - almeno quanto al minore di età, un *vulnus* né tanto più un superamento della categoria dell'incapacità legale. "L'incapacità legale di agire, non più dogma di uniforme spessore né indifferenziato strumento di tutela, appare, al momento attuale della sua evoluzione, la formula riassuntiva di uno spettro di possibili situazioni del soggetto di fronte all'attività giuridicamente rilevante". L'incapacità, continua l'A., identifica situazioni unificate dall'esigenza di proteggere un soggetto reputato "debole" dall'ordinamento. Questa unificazione non si realizza, come in passato, "attraverso un'unica forma di tutela del minore incapace in ogni settore dell'attività giuridica", ma attraverso l'adattamento di strumenti alla "diversità degli atti che il diritto privato comprende e regola" (p. 188).

<sup>72</sup> P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, cit., 383, ha osservato appunto che "ciascun individuo non acquisisce mai, in alcun momento, un definitivo preciso approdo, con caratteri fisio-psichici duraturi, ma è sempre in divenire, dal concepimento alla morte, naturalmente con accentuazioni e ristagni, con fasi di maggiore evoluzione e periodi di tendenziale stasi, però subendo costantemente l'impatto del contesto in cui si inseriscono le singole esperienze che segnano il suo percorso (...). Ancora, continua l'A., non si può "davvero pensare che sussista una sorta di "signum" o di "marchio", tale da garantire una "essenza", un unico costante "carattere", una tipicità, per tutto il corso della vita di ciascuno, del suo pensiero e delle sue azioni".

l'inabilitazione. L'ordinamento si occupa, infatti, non già soltanto del minore, dell'interdetto e dell'inabilitato in generale, ma soprattutto di quel minore, di quell'interdetto e di quell'inabilitato, con conseguente diversità da caso a caso del tipo di protezione occorrente.

Se il soggetto debole va difeso nella sua complessità e singolarità, essendo la persona “entità multipla e plurale”<sup>73</sup> e perciò stesso unica, irripetibile e diversa da tutte le altre, l'incapacità, per essere una categoria ancora utile nel dettare regole adeguate e corrispondenti al reale, deve scendere dall'astrattezza e misurarsi con la persona concreta. Il che può avvenire solo attraverso la sua relativizzazione<sup>74</sup> mediante nuove tecniche giuridiche come quella qui esaminata, posta con riguardo al minore, della capacità di discernimento. La cui rilevanza va evidentemente soprattutto nel segno della promozione della persona concreta, preminente obiettivo del nostro diritto, presente e futuro.

<sup>73</sup> V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione europea*, cit., 151.

<sup>74</sup> C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 100, richiamando talune normative, rivaluta la categoria del negozio giuridico. Quest'ultima, egli afferma - “come categoria messa in questione per essere espressione di una generalizzazione che si rivelerebbe incapace di autentico significato, è stata contestata pretendendosi che fosse ciò che non era e non intendeva essere: una categoria identicamente espressiva delle caratteristiche di ciascuna delle figure che invece all'interno di essa necessariamente si differenziano articolandosi di conserva alla realtà materiale. Né l'ordinamento ha cessato di far rilevare il diverso coefficiente di autonomia privata che caratterizza singoli aspetti del paesaggio di diritto privato”. L'A. menziona talune figure - art. 256 c.c. art. 6 l. n. 40/2004 - ricostruendole in termini di negozialità sul presupposto che il negozio è “volontà dell'atto e volontà degli effetti” (e rimane tale anche quando il suo contenuto è predeterminato dalla legge). Del resto, sottolinea U. BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità*, cit., 151, come “il diritto dei nostri giorni ambisc[a] a rappresentare razionalità multiple, senza mai soffocare del tutto il carattere inatteso, discontinuo nel tempo, non omologabile all'uniformità delle categorie consuete” (corsivo mio).