

L'EFFETTIVA PROTEZIONE DEGLI INCAPACI MAGGIORENNI AL TEMPO DEL COVID-19 (E NON SOLO)*

| 544 **Di Mauro Tescaro**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *L'assetto del diritto italiano prima del 2004.* – 3. *L'assetto del diritto italiano dopo il 2004.* – 4. *Le due opposte «filosofie» sviluppatesi in merito al diritto italiano attualmente vigente.* – 5. *La pandemia da Covid-19 e la relativa normativa emergenziale.* – 6. *Conclusioni.*

ABSTRACT. L'indagine della disciplina italiana sugli incapaci maggiorenni, condotta in prospettiva evolutiva anche alla luce della normativa emergenziale diretta a contenere la pandemia da Covid-19, giustifica, a parere di chi scrive, sebbene la dottrina tenda a evitare di approfondire la questione, un approccio critico soprattutto dal punto di vista della nel complesso scarsamente effettiva protezione privatistica istituzionalizzata delle persone prive in tutto o in parte di autonomia.

The investigation of the Italian legislation on incompetent adults from an evolutionary perspective, also in the light of the emergency legislation aimed at containing the Covid-19 pandemic, justifies in the author's opinion, although scholars avoid delving deeper into the matter, a critical approach especially from the point of view of the overall poorly effective institutionalized private protection of persons deprived in whole or in part of autonomy.



1. Introduzione.

In questo contributo, affronteremo il tema della effettiva protezione degli incapaci maggiorenni con prevalente riferimento al diritto civile italiano. Tale sia pure limitato punto di vista offrirà peraltro l'occasione per tratteggiare alcune riflessioni generali non in linea con l'orientamento dottrinale dominante, che potrebbero risultare di un qualche interesse anche per chi non sia un civilista italiano, quantomeno allo scopo di suscitare un ulteriore dibattito.

Più precisamente, rammenteremo innanzi tutto l'impostazione di fondo del diritto italiano in questa materia, prendendo le mosse dal suo assetto precedente la riforma del 2004 introduttiva dell'amministrazione di sostegno. Passeremo quindi a illustrare le principali novità apportate da tale riforma, chiarendo come in relazione alla disciplina attualmente vigente in Italia sugli incapaci maggiorenni si siano sviluppate quelle che possono definirsi persino due «filosofie» contrapposte. Considerata anche l'evoluzione del quadro normativo durante la pandemia¹ da Covid-19, prenderà sempre più forma un approccio critico, sul quale a parere di chi scrive studiosi e operatori dovrebbero riflettere attentamente già in tempi normali e, a maggior ragione, in tempi di emergenza sanitaria.

2. L'assetto del diritto italiano prima del 2004.

Il sistema italiano di protezione degli incapaci maggiorenni, prima del 2004, era composto da due sole misure di protezione istituzionalizzata, l'interdizione giudiziale e l'inabilitazione, senza contare l'incapacità naturale, la tutela prevista per la quale è meramente occasionale, e l'interdizione

legale, che integra una pena accessoria con funzione pubblicistica².

L'interdizione (giudiziale) era concepita per coloro i quali si trovassero «in condizioni di abituale infermità di mente», dunque solo per malattie mentali gravi, e solo quando queste malattie rendessero gli interdicensi del tutto «incapaci di provvedere ai propri interessi» (art. 414 c.c.). L'inabilitazione era poi concepita sempre per fare fronte a infermità di mente, cioè per vere e proprie malattie mentali, sia pure meno gravi di quelle che avrebbero dato luogo a interdizione (art. 415, 1° co., c.c.), e per alcune diverse fattispecie caratterizzate però sempre da presupposti abbastanza restrittivi (per limitarsi a richiamare un solo esempio, si pensi alla prodigalità, rilevante ai sensi del 2° co. dell'art. 415 c.c. non in quanto tale, bensì solo qualora il prodigo esponesse sé o la sua famiglia a gravi pregiudizi economici).

Nel complesso, l'intervento di protezione istituzionalizzata poteva dirsi, prima del 2004, abbastanza circoscritto, in quanto era limitato quasi solo a patologie psichiche³, con la conseguenza che altre situazioni di difficoltà nella gestione dei propri interessi da parte dei maggiorenni rimanevano affidate, sul piano del diritto privato, agli strumenti dell'autonomia privata.

Prima del 2004, l'intervento istituzionalizzato, ove trovava luogo, era in ogni caso rigidamente predeterminato, in via generale e astratta, dal legislatore. L'interdetto diveniva, infatti, in linea di principio radicalmente incapace di agire, con la legittimazione a compiere in sua sostituzione gli atti suscettibili di rappresentanza (rimanendo esclusi i c.d. atti personalissimi) attribuita al tutore. Per l'inabilitato, invece, l'effetto incapacitante era più contenuto, ma sempre previsto in via generale e astratta, determinandosi la conservazione della piena capacità di agire per gli atti di ordinaria amministrazione e però anche la possibilità di compiere validamente gli atti di straordinaria amministrazione solo con l'assistenza del curatore⁴.

* Lo scritto, rientrante nell'attività di ricerca del gruppo *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali* nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona *Diritto, Cambiamenti e Tecnologie*, è destinato agli Atti del Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle *personae*», organizzato dall'*Osservatorio su persona e famiglia* del *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* (CSGLA) dell'Università di Roma «Tor Vergata» e tenutosi nei giorni 15 e 16 settembre 2020.

¹ Brillanti riflessioni sui significati originari dei termini epidemia e pandemia confrontati con quelli attuali sono state svolte da R. CARDILLI, *Coronavirus e ius. La scienza giuridica ai tempi della grande pandemia del 2020*, Relazione al Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle *personae*», cit.

² Su tutti questi istituti, v., anche per gli opportuni riferimenti di dottrina e giurisprudenza, da ultimo M. TESCARO, sub *art. 404 ss. c.c.*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. Zaccaria, 4ª ed., Milano, 2020, p. 979 ss.

³ V., per tutti, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 35.

⁴ Per una sintesi particolarmente efficace, v. M. PICCINI, *Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia*, in C.M. MAZZONI e M. PICCINI, *La persona fisica*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, p. 471 s., ove si aggiunge che la disciplina tradizionale rispondeva a una «logica di *sicurezza sociale*» che portava alla «generale *marginalizzazione* ed *esclusione* dell'«infermo di mente» dalla vita giuridica».



Contro questo sistema, furono però rivolte, nel corso degli anni, crescenti critiche, sotto vari profili: soprattutto, per il loro effetto incapacitante non adattabile alle peculiarità di ciascun caso di specie, interdizione e inabilitazione furono sempre più considerate «mortificanti» per l'interessato, similmente a come erano stati considerati mortificanti i manicomi, chiusi già con la c.d. legge Basaglia (n. 180 del 13 maggio) del 1978⁵.

3. L'assetto del diritto italiano dopo il 2004.

All'esito di un vivace dibattito (nel quale la dottrina civilistica ha svolto un ruolo centrale) durato alcuni decenni⁶, nel 2004 si introduce, negli artt. 404 ss. c.c., la nuova misura dell'amministrazione di sostegno, con l'obiettivo di mutare radicalmente l'approccio privatistico agli incapaci maggiorenni, o per meglio dire – secondo l'attuale terminologia presente già nel Titolo XII del Libro I del Codice civile, precedentemente denominato «Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione» – alle persone prive in tutto o in parte di autonomia e alle loro misure di protezione.

Il nuovo strumento, prendendo sia pure solo in parte a modello istituti già introdotti all'estero, soprattutto la *Sachwalterschaft* austriaca e la

Betreuung tedesca⁷, è concepito assai diversamente da quelli tradizionali, tra gli altri motivi per i suoi presupposti applicativi a prima vista più ampi e soprattutto per la notevole flessibilità che lo caratterizza⁸. Un Consigliere di Cassazione, distintosi prima di arrivare alla giurisdizione di legittimità quale uno dei giudici tutelari italiani più esperti in materia, ha recentemente commentato al riguardo: «più che una riforma, una rivoluzione»⁹. L'effetto incapacitante, sempre che vi sia (punto questo su cui torneremo *infra*, par. 4), è infatti assai limitato, perché è il giudice, valutate attentamente le peculiarità di ciascun caso di specie, a decidere quali atti debbono essere compiuti dall'amministratore di sostegno in sostituzione del beneficiario e quali atti possono essere compiuti dal beneficiario stesso però solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (art. 405, co. 5, n. 3 e 4, c.c.), restando per tutti gli altri atti (quelli non menzionati dal giudice) salva la piena capacità di agire del beneficiario (art. 409 c.c.).

In considerazione di ciò, si è efficacemente parlato dell'abito sartoriale¹⁰ che il giudice dovrebbe cucire su misura per il singolo beneficiario, lasciando così intendere appunto una profonda differenza rispetto alla mortificante uniforme, rigidamente uguale per tutti, delle misure tradizionali¹¹.

Orbene, per quanto la storia del diritto romano insegni come possa forse persino auspicarsi che l'ammodernamento dell'ordinamento giuridico avvenga senza abolire gli istituti tradizionali, bensì

⁵ V. al riguardo soprattutto gli scritti di P. CENDON, per esempio *Gli orizzonti dell'amministrazione di sostegno*, in *Riv. dir. min.*, 2006, p. 23, cui *adde* da ultimo V. DI GREGORIO, *Il principio di non discriminazione nella tutela dei diritti delle persone con disabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 550.

⁶ Sul dibattito in parola, v. C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 25 ss.; P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*. A proposito dell'andiccappato psichico permanente, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 46 ss.; P. CENDON, *Infermi di mente ed altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 621 ss.; ID., *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 21ss.; P. CENDON e R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, I, Torino, 2009, p. 3 ss.; P. CENDON, voce *Amministrazione di sostegno - Profili generali*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, p. 21 ss.; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, p. 4175 ss.; G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 243 ss.; nonché, tra i tanti altri, anche per taluni riferimenti storico-giuridici, M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni e poi da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2019, p. 186 ss.

⁷ V. *amplius* M. TESCARO, *I confini applicativi dell'amministrazione di sostegno comparati con quelli della Sachwalterschaft austriaca e della Betreuung tedesca*, in *Parte generale e Persone*, Liber amicorum per Dieter Henrich, a cura di G. Gabrielli, S. Patti, A. Zaccaria, F. Padovini, M.G. Cubeddu Wiedemann e S. Troiano, I, Torino, 2012, p. 157 ss.

⁸ Sulla flessibilità dell'amministrazione di sostegno, v., tra i tanti, con particolare chiarezza, A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 821 ss.; ID., *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012, p. 10 ss.

⁹ E. MANZON, *L'amministrazione di sostegno e l'organizzazione giudiziaria ovvero di come far divenire «possibile» il «possibile»*, in *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, a cura di A. Rizzo, M. Tescaro e S. Troiano, Napoli, 2018, p. 23. Avremo modo di tornare su questa citazione *infra* nel testo, par. 6.

¹⁰ V., di recente, A. RIZZO, *Il punto di vista del Tribunale di Vicenza, in L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, cit., p. 13 s., il quale fa a tale riguardo riferimento alla «bellissima metafora» di Paolo Cendon, definendolo «il padre fondatore della legge sull'amministrazione di sostegno». In argomento, v. anche, da ultimo, M. COCUCIO, *Capacità di agire e amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 298 ss.

¹¹ V. *supra*, nt. 5.



solo aggiungendone di nuovi¹², se l'obiettivo del legislatore italiano del 2004, come abbiamo rammentato, era cambiare radicalmente approccio rispetto a misure tradizionali considerate ormai del tutto inadeguate, probabilmente, come è stato da più parti posto in rilievo¹³, la logica avrebbe richiesto che interdizione e inabilitazione fossero abolite e che fosse prevista la sola amministrazione di sostegno come unica forma di protezione istituzionalizzata per gli incapaci maggiorenni, similmente a quanto era del resto già accaduto in alcuni Paesi stranieri, soprattutto le già citate Austria e Germania. Così, però, non è stato, essendosi preferito affiancare la nuova amministrazione di sostegno alle vecchie interdizione e inabilitazione, mantenute anch'esse in vigore, aprendosi in tal modo il problema della precisa delimitazione dei rispettivi ambiti di applicazione, problema che ha suscitato e continua a suscitare numerosi dibattiti e controversie¹⁴ nonché il formarsi di prassi diversificate nei vari tribunali¹⁵, anche se si sta sia pure con una certa fatica sempre più affermando l'idea che, nei casi in cui prima del 2004 si ricorreva a interdizione o inabilitazione,

dovrebbe oggi disporsi quasi sempre (persino qualora si tratti di vietare al beneficiario di sposarsi¹⁶) una amministrazione di sostegno¹⁷. Quasi sempre, ma – vale la pena di sottolineare – non sempre, in quanto le misure tradizionali, come ha avuto modo di precisare anche la Corte di cassazione fin dalla sua prima pronuncia in argomento¹⁸, non sono state abrogate, nemmeno tacitamente, anche se non è escluso che si possa a un certo punto arrivare a tale esito, essendo già stati presentati, anche di recente, progetti di legge diretti a raggiungerlo¹⁹.

4. Le due opposte «filosofie» sviluppatesi in merito al diritto italiano attualmente vigente.

La riforma del 2004, indubbiamente assai apprezzabile sotto vari profili, innanzi tutto per la sua ispirazione di fondo, ha lasciato aperte numerose questioni, tanto che si sono manifestate quelle che possono definirsi persino due opposte «filosofie» nell'approccio alla materia.

Secondo un primo orientamento, ancora oggi dominante sia in dottrina sia in giurisprudenza²⁰, la

¹² V., per esempio, G. LA PIRA, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1973, p. 72, ove si rammenta che «i Romani non procedevano mai per soppressione del mondo giuridico; essi procedevano sempre mediante sapienti adattamenti, creavano il nuovo senza sopprimere mai l'antico. Gli antichi edifici giuridici vengono ammodernati ma nel loro medesimo ammodernamento non perdono le linee della loro primitiva struttura».

¹³ V., tra i tanti, G. BONILINI, in G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, 2^a ed., Padova 2007, p. 13; U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 288; S. PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, p. 812; M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 169.

¹⁴ V. almeno U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 993 ss.; ID., *Sunt certi denique fines (?): la Corte costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, *ivi*, 2006, p. 851 ss.; ID., *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, *cit.*, p. 281 ss.; nonché G. BONILINI, *La consistenza del patrimonio quale possibile criterio per la scelta fra amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1126 s., ove si sottolinea che all'interprete risulta affidata «una scelta, certo non totalmente discrezionale, [...] epperò non adeguatamente circostanziata nelle norme di riferimento».

¹⁵ V. al riguardo le affermazioni, particolarmente significative in quanto provenienti da un Magistrato che per molti anni si è occupato di amministrazione di sostegno, di E. MANZON, *op. cit.*, p. 25, secondo cui, «fin dal 2004, c'è il «bivio»: non attuare la legge 6 oppure provarci. Molti ci hanno provato, molti di più no. È questa la principale sconfitta della «rivoluzione promessa»: un'attuazione a «macchia di leopardo», un'attuazione diseguale, che porta con sé la violazione dei due principi dell'art. 3 Cost.».

¹⁶ V. Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 953 ss. (con nota di F. DANOVI, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: [generale] validità ed [eccezionali] impugnative*, ove ulteriori riferimenti), la quale ha ribadito la possibilità che, «in circostanze eccezionalmente gravi e nel suo esclusivo interesse, al beneficiario dell'amministrazione di sostegno sia imposto divieto di contrarre matrimonio».

¹⁷ V., anche per ulteriori riferimenti, M. TESCARO, *L'amministrazione di sostegno: esperienze applicative e sfide future*, in *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, *cit.*, p. 106 s., cui *adde*, da ultimo, T. BONAMINI, *Sui criteri di scelta fra interdizione giudiziale e amministrazione di sostegno*, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 1164 ss.

¹⁸ Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 31 ss. (con nota di M. SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*), ove si ragiona appunto degli istituti tradizionali «non soppressi, ma solo modificati dalla [...] legge attraverso la novellazione degli artt. 414 e 417 c.c.».

¹⁹ V., nella XVIII legislatura, il disegno di legge n. 1480, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 9 settembre 2019, intitolato «Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di interdizione e inabilitazione e rafforzamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno», su cui v. anche P. CENDON e R. ROSSI, *Abrogazione dell'interdizione e riforma dell'amministrazione di sostegno - finalità del neoprogetto di legge che verrà ora (ri)presentato al Parlamento*, 25 giugno 2020, in www.personaedanno.it. In argomento, v. altresì, da ultimo, P. CENDON, *Personae fragili, diritti civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 167 ss.

²⁰ V., di recente, Cass., ord. 15 maggio 2019, n. 12998, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1491 ss. (con nota di E.A. EMILIOZZI, *Nomina dell'amministratore di sostegno e rifiuto "ora per allora" alla trasfusione di sangue*), secondo cui, in ipotesi di persona priva,



nuova misura avrebbe non solo coperto tutto o per meglio dire quasi tutto l'ambito di applicazione degli istituti tradizionali, che sarebbero pertanto destinati – se non, come abbiamo già avuto modo di accennare, all'abrogazione – alla desuetudine, ma anche esteso notevolmente l'intervento istituzionalizzato a tutela della persona priva di autonomia (definita sempre più spesso «fragile»²¹ e/o «vulnerabile»²²), rendendo possibile e auspicabile il supporto giurisdizionale per un amplissimo novero di fattispecie concrete anche di semplice difficoltà. Si sono in quest'ottica elencati, tra gli altri soggetti che dovrebbero essere sottoposti ad amministrazione di sostegno: «alcolisti, anziani della quarta età, morenti, down, handicappati, parkinsoniani, oligofrenici, sofferenti del morbo di Alzheimer, barboni, tossicodipendenti, e così via»²³. Potrebbe dunque invocarsi al riguardo l'antico detto *senectus ipsa morbus*²⁴ che, sebbene sia recitato nel

in tutto o in parte, di autonomia, «il giudice [...] è tenuto, in ogni caso, a nominare un amministratore di sostegno poiché la discrezionalità attribuita dalla norma ha ad oggetto solo la scelta della misura più idonea (amministrazione di sostegno, inabilitazione, interdizione), e non anche la possibilità di non adottare alcuna misura, che comporterebbe la privazione, per il soggetto incapace, di ogni forma di protezione dei suoi interessi, ivi compresa quella meno invasiva». Per la medesima affermazione, v. Cass., ord. 18 giugno 2014, n. 13929, in *Pluris*.

²¹ V., tra gli altri, U. MINNECI, *L'uso della AdS a tutela degli imprenditori fragili: una soluzione da incoraggiare?*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 815 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, ha fatto riferimento a «le persone fragili» per esempio Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, p. 62, con nota di M. TESCARO, *L'amministrazione di sostegno tra solidarietà e libertà*.

²² V., tra gli altri, A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 41 ss.; AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, *passim*, su cui v. anche la recensione di S. PATTI, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 816, ove si evidenzia che «la terminologia è nuova e sconosciuta al codice civile. Se si sfogliano i manuali e i commentari meno recenti, i suddetti termini non si riscontrano, e la novità della terminologia testimonia la novità della problematica nonché l'insufficienza delle tradizionali categorie del diritto privato». V. pure *infra*, nt. 73.

²³ P. CENDON, *Gli orizzonti dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 16. V. anche, *amplius*, P. CENDON e R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, I, cit., p. 435 ss. Ma cfr. pure R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2012, p. 57, secondo cui «la compatibilità di tale ampia lettura con la lettera dell'art. 404 c.c. è quanto meno discutibile [...]. E tuttavia si deve dare atto che nella prassi applicativa dell'istituto sembra prevalere una lettura molto estensiva».

²⁴ Come può verificarsi in Trib. Modena, 16 marzo 2018, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 523 (con nota di S. PARRAVICINI, *Amministratore di sostegno: note sulla volontaria giurisdizione e la condanna al rimborso delle spese*), ove si afferma che, «a giudizio degli istanti, [...] emergerebbe una menomazione psichica dipendente in parte dalla vecchiaia, in forza del noto

Phormio di Terenzio «con un significato tra il comico e l'ironico», ha già assunto talvolta «un nuovo sinistro significato [...] sancendo la decadenza senile della persona collegata a una determinata età»²⁵, ma non è solo la vecchiaia in quanto tale²⁶, nella prospettiva in esame, che dovrebbe considerarsi causa pressoché automatica di protezione istituzionalizzata; rileverebbero infatti a tal fine, come si è appena veduto, tante altre situazioni normalmente di semplice difficoltà e che, in ogni caso, possono riguardare un numero enorme e sempre crescente di persone, anche tra i giovani.

Secondo i fautori di tale orientamento, una così ampia estensione dell'ambito di applicazione della protezione istituzionalizzata dei maggiorenni privi sia pure solo in parte di autonomia sarebbe, peraltro, in qualche modo bilanciata dal fatto che l'amministrazione di sostegno dovrebbe considerarsi in molti casi, certamente in quelli meno gravi, radicalmente non incapacitante per il beneficiario, il quale conserverebbe dunque intatta la piena capacità di agire pur in presenza di una concorrente legittimazione ad agire per suo conto in capo all'amministratore di sostegno controllato dal giudice²⁷.

brocardo *senectus ipsa morbus*, che renderebbe impossibile per il beneficiario la cura dei propri interessi», proprio il citato detto è stato di recente invocato dai figli di una persona anziana per ottenerne, contro la sua volontà, la sottoposizione ad amministrazione di sostegno, ma tale richiesta è stata respinta e i ricorrenti sono pure stati condannati al rimborso delle spese processuali, in ragione dell'utilizzo da parte loro «dell'istituto dell'amministrazione di sostegno non per fornire tutela giuridica all'incapace, ma per finalità distorte e diverse da quelle istituzionali».

²⁵ C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 245.

²⁶ In argomento, cfr. le persuasive riflessioni di P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Anziani e tutele giuridiche*, a cura di P. Stanzione, Napoli, 1991, p. 96, secondo cui «si deve [...] diffidare della costruzione di una categoria dell'anziano e di una normativa esclusiva per l'anziano *tout court*», in quanto «l'una e l'altra potrebbero costituire fonti di nuova emarginazione». Non mancano peraltro studi recenti che sembrano muoversi in direzione almeno in parte diversa da quella appena accennata: v., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, M.R. CORRIPIO GIL DELGADO, *La protección patrimonial de la persona mayor*, in *Anuario de Derecho Civil - ADC*, 2020, p. 101 ss. e, specialmente, 134 ss., la quale sostiene che, «en sociedades tan complejas como las actuales, una regulación dirigida específicamente a la protección patrimonial de la persona en las últimas etapas de su ciclo vital evitaría los riesgos de pobreza, discriminación y abusos que puedan sufrir», sia pure suggerendo altresì l'introduzione di soluzioni equilibrate e diversificate a seconda di varie ipotesi, nonché di procedure giudiziali per quanto possibile fluide.

²⁷ V., tra gli altri, P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, cit., p. 64; C.M. BIANCA, *Premessa*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, p. 2 s.; F. ANELLI, *op. cit.*, p. 4209 ss.; G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo*

Questa prospettiva, subito diffusasi anche in giurisprudenza²⁸, nonostante il pregio delle argomentazioni addotte a suo sostegno²⁹, e nonostante la sua possibile compatibilità con le prime pronunce di legittimità in materia³⁰, a parere di chi scrive non persuade fino in fondo, sia perché l'articolo 404 c.c., a ben vedere, indica più presupposti che debbono concorrere affinché sia disposta l'amministrazione di sostegno, tra i quali vi è l'impossibilità – non la semplice difficoltà – che l'interessato provveda ai propri interessi³¹, sia

perché è assai difficile immaginare che l'amministrazione di sostegno, caratterizzata tra l'altro da un clamore pubblicitario simile a quello delle misure tradizionali (si vedano gli ultimi due commi dell'art. 405 c.c.)³², possa essere radicalmente non incapacitante per l'interessato, in assenza di chiare indicazioni normative in tal senso³³.

Facendo leva su simili rilievi, si è allora sviluppato un secondo orientamento, minoritario ma tutt'altro che trascurabile, anche perché non mancano alcune recenti pronunce di legittimità che sembrano iniziare a muoversi in una direzione di questo tipo³⁴, che pure lo scrivente condivide,

istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, in Soggetti deboli e misure di protezione, a cura di G. Ferrando e L. Lenti, Torino, 2006, p. 28 s.; M.N. BUGETTI, Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società, Milano, 2008, p. 80 ss.; EAD., Atti personali e patrimoniali del beneficiario di amministrazione di sostegno, in Fam. e dir., 2019, p. 802; G. LISELLA, op. cit., p. 251 s.; ID., Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno, in Nuova giur. civ. comm., 2013, II, p. 287; R. CATERINA, op. cit., p. 61. Si tratterebbe, nella sostanza, ovviamente qualora il beneficiario sia favorevole all'attivazione della misura, di una sorta di procura controllata, cioè di una ipotesi di rappresentanza analoga a quella di fonte negoziale, con la sola particolarità di un controllo del giudice tutelare sull'attività del rappresentante: in questo senso, cfr. P. CENDON, op. ult. cit., p. 55.

²⁸ Tra le pronunce più risalenti, v., Trib. Parma, 2 aprile 2004, in *Not.*, 2004, p. 397; Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, in *Fam., pers. e succ.*, 2005, p. 273.

²⁹ Ovverosia l'ampia discrezionalità concessa al giudice nella determinazione dei poteri spettanti all'amministratore di sostegno, il favor legislativo per la maggiore conservazione possibile della capacità dei soggetti, anche se bisognosi di protezione, nonché la formulazione letterale di talune disposizioni di legge, soprattutto quella di cui al 1° co. dell'art. 409 c.c. – ai sensi della quale «il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno» –, ove la limitazione della capacità del beneficiario potrebbe sembrare collegata alla sola ipotesi in cui siano conferiti all'amministratore di sostegno poteri di «rappresentanza esclusiva». Per la valorizzazione della disposizione appena citata, v., per esempio, G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando, cit., p. 126; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, cit., p. 39 s., peraltro in termini dubitativi; A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando, cit., p. 166; M.N. BUGETTI, *Amministrazione "incapacitante" e necessità della difesa tecnica*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 209 s.

³⁰ Cfr. Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit.; Cass., 29 novembre 2006, n. 25366, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 19 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Cassazione*; Cass., 2 agosto 2012, n. 13917, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 993 ss., con nota di L. VIGNUDELLI, *Amministrazione di sostegno e incapacità fra autonomia e nesso imprescindibile*.

³¹ In questo senso, v., *amplius*, G. BONILINI, in G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 227 s.; nonché, più di recente, ID., sub art. 404 c.c., in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Artt. 404-413

c.c., in *Il Cod. Civ. – Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2ª ed., Milano, 2018, p. 34 ss.

³² Le forme di pubblicità previste per l'amministrazione di sostegno, valorizzate nel senso qui preferito soprattutto da G. BONILINI, in G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 166, e da S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 31 e 46, non sembra, del resto, che possano essere escluse dal giudice tutelare. V., però, in senso contrario, Trib. Modena, 22 luglio 2008, cit. da ID., sub *Note Introd. Libro I, Titolo XII, Capo I*, in *Commentario breve al c.c. Cian Trabucchi*, 14ª ed. a cura di G. Cian, Padova, 2020, p. 479; in senso adesivo a questa posizione giurisprudenziale, v. anche F. FIORENTINO, *La pubblicità del decreto*, in *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, a cura di G. Salito e P. Matera, Padova, 2013, p. 269 s.; ma cfr. pure G. SALITO e P. MATERA, *Alle origini della riforma delle misure di sostegno e protezione*, *ivi*, p. 62, ove, sia pure in termini molto generali, si afferma che «la misura è [...] pur sempre incapacitante».

³³ Per questa osservazione, v. S. DELLE MONACHE, *ibidem*. Sulla stessa linea di pensiero, v. anche M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 73 s. Che l'amministrazione di sostegno comporti in ogni caso una qualche, sia pure magari minima, *deminutio* di capacità per il beneficiario può trarsi, innanzi tutto, dall'art. 1 della l. n. 6 del 2004 che, richiedendo la «minore limitazione possibile della capacità d'agire» del beneficiario, dà per scontato che una limitazione di tal fatta comunque si determini: sul punto, v., tra gli altri, E.V. NAPOLI, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, cit., p. 12; nonché, da ultimo, M. GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1393.

³⁴ V. soprattutto Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, cit., ove si è affermato che «nel caso in cui l'interessato sia persona pienamente lucida che rifiuti il consenso o, addirittura, si opponga alla nomina dell'amministratore, e la sua protezione sia già di fatto assicurata in via spontanea dai familiari o dal sistema di deleghe (attivato autonomamente dall'interessato), il giudice non può imporre misure restrittive della sua libera determinazione, ove difetti il rischio una adeguata tutela dei suoi interessi, pena la violazione dei diritti fondamentali della persona, di quello di autodeterminazione, e la dignità personale dell'interessato»; Cass., ord. 28 febbraio 2018, n. 4709, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1628, secondo cui «la generica, e peraltro del tutto soggettiva, valutazione di incapacità del soggetto di provvedere ai propri interessi, e la sua condizione di analfabetismo, non giustificano l'adozione di nessuna misura limitatrice della sfera di autonomia della persona, neppure l'amministrazione di sostegno, che ha quali presupposti l'infermità o la menomazione fisica o psichica della persona, oggettivamente verificabili, che determinino l'impossibilità,



secondo cui l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno dovrebbe essere attentamente circoscritto ai soli casi in cui l'interessato si trovi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi sia pure attraverso gli strumenti dell'autonomia privata. Qualora una persona in difficoltà possa attivarsi con una procura, un mandato o altri strumenti dell'autonomia privata, il ricorso all'amministrazione di sostegno, che a rigore dovrebbe considerarsi sempre incapacitante, almeno in una qualche sia pure minima misura³⁵, sarebbe insomma escluso³⁶.

Tra le numerose questioni controverse in materia di incapaci maggiorenni, questa è probabilmente la più rilevante, specialmente se si consideri che la popolazione inesorabilmente invecchia (in sempre crescenti casi risultando affetta da disturbi connessi con l'invecchiamento)³⁷ e che ai tribunali italiani

anche parziale o temporanea, di provvedere alla cura dei propri interessi»; nonché, da ultimo, Cass., ord. 31 dicembre 2020, n. 29981, in *Pluris*.

³⁵ Sul punto, v., tra i tanti, A. GORGONI, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 630.

³⁶ Per un pregevole approfondimento sulla concreta rilevanza degli strumenti dell'autonomia privata in questa materia, v. AN. FUSARO, *Procura e mandato*, in *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, a cura di G. Salito e P. Matera, cit., p. 587 ss. In considerazione della sempre più informata e dinamica (anche per quanto concerne l'attività dei professionisti legali) società degli ultimi anni può a parere dello scrivente superarsi almeno in parte lo scetticismo manifestato in passato da C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, cit., p. 242 s., il quale osservava: «il diritto civile conosce l'istituto della rappresentanza, ma si tratta di un istituto rigido, che può essere utilizzato da chi ha una buona posizione economica e una sufficiente capacità di destreggiarsi nell'ambito dei rapporti sociali. Che un semplice pensionato con problemi di salute convochi a casa il notaio per conferire un mandato a chi si impegni a compiere determinati atti giuridici, è una ipotesi che nella normalità dei casi è al di fuori della realtà». V. infatti, di recente, M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 1389, ove si evidenzia come «l'istituto dell'amministrazione di sostegno sembra aver fallito l'obiettivo, visto che a quindici anni di distanza si continua ad optare in molti casi per la gestione "domestica" dei beni dei soggetti non più *compos sui*. E se una ragione di questa scelta va cercata nella volontà di tenere riservata una situazione penosa e privatissima, un'altra ragione risiede, senza dubbio, nella maggiore praticità che i mezzi dell'autonomia negoziale consentono rispetto ad ogni procedimento giudiziale, anche il più semplificato», e p. 1396 ss., ove, con riguardo all'eventualità che il *dominus*, dopo avere rilasciato una procura, divenga incapace di intendere o di volere, si dimostra come la procura in linea di principio conservi la sua efficacia. V. anche, da ultimo, G. BONILINI, *Se l'età avanzata giustifichi, ex se, l'applicazione dell'amministrazione di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Bonilini, Pisa, 2020, p. 131 ss.

³⁷ Basti menzionare, tra le tante altre fonti che si potrebbero citare, la pagina web (<https://demenze.iss.it/epidemiologia>) dell'Osservatorio demenze dell'Istituto Superiore di Sanità, consultata da ultimo in data 8 dicembre 2020, ove si afferma che «l'Italia è uno dei paesi europei più anziani (età uguale o

non sembra che possano essere destinate crescenti risorse pubbliche per migliorare il servizio offerto alla collettività e così anche e in particolare per sottoporre tutti gli anziani in quanto tali a una protezione istituzionalizzata, senza contare che un approccio del genere, sebbene derivi nella dottrina che lo ha elaborato da opposte e senza alcun dubbio buone intenzioni³⁸, potrebbe persino finire per collegarsi all'inquietante concezione, più volte prospettata nella letteratura non giuridica, dell'anziano inteso come una sorta di problema da risolvere³⁹, invece che come una risorsa fondamentale per la società⁴⁰. Da questo punto di vista, la risposta italiana (alla pari di quella di molti altri Paesi) alla pandemia è peraltro stata rassicurante⁴¹, nella misura in cui si sono messe in campo assai incisive misure limitative di libertà fondamentali di tutti i cittadini a tutela anche e soprattutto degli anziani, sebbene non manchino prassi mediche orientate, sia pure solo qualora

superiore a 65 anni) e quasi il 17% della popolazione, per un totale di 9,5 milioni, ha superato i 65 anni di età. Sono pertanto in aumento tutte le malattie croniche, in quanto legate all'età, e tra queste le demenze», e che «il progressivo incremento della popolazione anziana comporterà un ulteriore consistente aumento della prevalenza dei pazienti affetti da demenza. In Italia, il numero totale dei pazienti con demenza è stimato in oltre un milione (di cui circa 600.000 con demenza di Alzheimer)».

³⁸ Peraltro, come ha osservato da ultimo G. DI PLINIO, *Postfazione*, in *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, a cura di M. Borgato e D. Trabucco, Napoli, 2020, p. 242, riportando la celebre citazione di Thomas Stearns Eliot, «most of the evil in this world is done by people with good intentions».

³⁹ Come ha sottolineato di recente S. SPINSANTI, *Morire in braccio alle Grazie. La cura giusta nell'ultimo tratto di strada*, Roma, 2017, p. 25, 27 e 47 s., nei libri *Everyman* e *Patrimonio. Una storia vera* di Philip Roth si afferma che «la vecchiaia è una battaglia. È una battaglia inesorabile» e persino che in essa il corpo diventa «una terribile prigioniera [...], il recinto di un mattatoio», non mancando opere (il riferimento è specialmente a *La morte moderna* di Carl-Henning Wijkman) in cui si riflette persino su una inquietante «soluzione finale», ovverosia su un inaccettabile (non solo perché ossimorico) «obbligo volontario» dei vecchi di porre a un certo punto fine alla propria vita. Si pensi anche alla mitica legge di Ceo, cantata da Giovanni Pascoli nei *Poemi conviviali (I vecchi di Ceo, I, 42-45)*, che crudelmente impone agli anziani di bere la cicuta, come ha rammentato C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 248.

⁴⁰ Può farsi l'esempio del docente universitario, il quale è noto che «può dare il meglio di sé proprio nell'età senile, quando può fare tesoro della sua esperienza e della sua scienza», anche se la normativa in materia sembra non di rado muoversi in senso contrario, come evidenziato sempre da C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 249 s., il quale, ricollegendosi al pensiero di Cicerone nel *Cato Maior de senectute*, conclude ritenendo che «la vecchiaia debba essere difesa anche ricordando antiche verità, che sembrano oggi dimenticate: verità che ci spingono a considerare e rispettare una nobile aspirazione dell'uomo nel declino della sua vita».

⁴¹ Sia pure non mancando aspetti criticabili da altri punti di vista, come avremo modo di precisare tra breve nel testo.

nonostante i massimi sforzi non sia materialmente possibile occuparsi di tutti i pazienti, a curare per primi i più giovani, attesa la loro maggiore speranza di vita⁴². Chi intendesse sminuire l'importanza degli anziani, e così anche la loro libertà di autodeterminazione da esplicitarsi il più a lungo possibile senza alcun supporto istituzionalizzato sul piano del diritto privato (salvi eventuali interventi di sostegno su altri piani⁴³, come quello dei servizi sociali⁴⁴), per non dire il loro stesso diritto alla vita, dovrebbe in ogni caso riflettere attentamente sulla circostanza che, se sarà fortunato, prima o poi toccherà anche a lui divenire tale⁴⁵.

⁴² V. al riguardo la severa critica di E. GABRIELLI, "Diritti senza soggetto" e "soggetti senza diritto" nell'epoca della pandemia da Coronavirus, in *Giur. it.*, 2020, p. 2288, il quale ragiona del «diritto alla salute [...] diventato una sorta di roulette russa, ove il soggetto, anziano o pluripatologicamente compromesso, capitato nella terapia intensiva con ridotti e limitati posti liberi, contestualmente ad un altro soggetto che in quel momento, e sulla base di un criterio di immediata apparenza, risultava con maggiori, seppur ipotetiche, possibilità di salvezza, veniva sacrificato, [...] come se la vecchiaia, invece che un dono della vita, fosse una colpa da espiare». Il criterio della maggiore speranza di vita è stato valorizzato, sia pure solo in presenza di certi presupposti, anche dalla Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), nelle sue *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili* del 6 marzo 2020, contro le quali ha però preso nettamente posizione il Comitato nazionale per la bioetica (CNB) con un suo documento dell'8 aprile 2020 intitolato *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"* (documento recante peraltro anche la diversa posizione di minoranza di Maurizio Mori), come rammentato per esempio da C. CUPELLI, *La gestione dell'emergenza covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari e i datori di lavoro*, Relazione al Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle *persona*», cit.

⁴³ Come sottolinea assai opportunamente C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 242, la debolezza personale dell'anziano può necessitare di una assistenza giuridica, ma innanzi tutto «richiede un'assistenza materiale e morale, concretata in aiuti medici, collaborazione nelle faccende domestiche, compagnia, ecc.»; e l'amministratore di sostegno, si rammenti, non dovrebbe trasformarsi in un badante del beneficiario: v., in tal senso, tra gli altri, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'attività dell'amministratore di sostegno tra gratuità e onerosità*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 536; M. TESCO, *L'amministrazione di sostegno: esperienze applicative e sfide future*, cit., p. 110.

⁴⁴ V., al riguardo, anche per ulteriori citazioni, D. VENTURINI, *Servizio sociale e bioetica: cure palliative e amministrazione di sostegno nell'integrazione sociosanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2019, p. 43 ss.

⁴⁵ Volendo fare ancora una volta riferimento alla letteratura non giuridica, si pensi al racconto *Cacciatori di vecchi* di Dino Buzzati, ove, come ha rammentato con particolare efficacia S. SPINSANTI, *op. cit.*, p. 43 ss., si immagina una società in cui giovani spavaldi e spietati non solo disprezzano ma letteralmente danno la caccia agli anziani, con quegli stessi giovani, però, che si rendono poi amaramente conto di essere a loro volta invecchiati, molto prima di quanto pensassero.

5. La pandemia da Covid-19 e la relativa normativa emergenziale.

In un contesto già così complicato e controverso, si è verificata la pandemia da Covid-19, affrontata dall'Italia, in modo almeno in parte differente da altri Paesi⁴⁶, con una normativa di emergenza la pervasività della quale, se può da un lato essere compresa per non dire giustificata alla luce della gravità e al tempo stesso della mutevolezza della pandemia⁴⁷, merita dall'altro di essere considerata pure in prospettiva critica⁴⁸, proprio come si tende a

⁴⁶ Si rinvia a E. CALÒ, *Perché l'emergenza sanitaria dell'epidemia Covid-19 è anche un'emergenza giuridica*, in *Not.*, 2020, p. 258, secondo cui «l'emergenza scaturita dalla pandemia Covid-19 ha messo in luce l'esistenza di un retroterra normativo nazionale pregresso frastagliato e incompleto, al quale si è aggiunta, anche per via dei tempi ristretti, una legislazione d'emergenza farraginoso e difficile perfino da ordinare. Tutto ciò in contrasto con quanto verificatosi in altre giurisdizioni, dove l'insorgere della pandemia ha trovato una cornice legislativa ordinata già predisposta per emergenze di questo tipo».

⁴⁷ Cfr., per esempio, E. GABRIELLI, *ibidem*, ove si ragiona tra l'altro della «pur da molti denunciata violazione del diritto alla privazione della libertà di movimento o di circolazione, in alcuni casi legittimamente giustificata da superiori ragioni di ordine generale»; cfr. altresì, anche per ulteriori riferimenti, G. GRISI, *La lezione del coronavirus*, in *Jus civ.*, 2020, p. 190 ss.

⁴⁸ Critiche verso il ricorso considerato eccessivo a normative emergenziali elaborate di fretta nel corso della pandemia, piuttosto che a strumenti giuridici diretti a fare fronte anche a situazioni del genere però concepiti con maggiore ponderazione già in tempi normali, sono state espresse, dal punto di vista costituzionalistico, per esempio da A. BURATTI, *Tra regola ed eccezione. Le ragioni del costituzionalismo di fronte all'emergenza*, Relazione al Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle *persona*», cit., il quale – facendo leva specialmente sul pensiero di Marta Cartabia, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it – ha sostenuto che la Costituzione contempla al suo interno la possibilità di limitare tutti i diritti fondamentali, nessuno dei quali – nemmeno quelli alla vita e alla salute – può dirsi superiori agli altri, e pertanto ha concluso che la Costituzione non può essere derogata nemmeno in emergenza, essendo le leggi fondamentali adottate proprio per affrontare le crisi. Non manca peraltro una diversa prospettiva, affermatasi in Italia almeno a livello governativo, la quale sostanzialmente pone i diritti alla vita e alla salute in una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto agli altri diritti fondamentali e per questa via giustifica senz'altro gravose limitazioni a questi ultimi, sia pure solo per quanto ritenuto necessario a proteggere i primi. Una impostazione di quest'ultimo tipo si trova dichiaratamente alla base pure degli *ELI Principles for the Covid-19 Crisis*, leggibili in lingua italiana in P. SIRENA, *I principi dello European Law Institute sulla pandemia di Covid-19*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 890 ss., e, in versione originale inglese, per esempio in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2020, p. 729 ss., i quali sono stati peraltro severamente contestati, proprio per l'adozione apparentemente acritica di tale impostazione, oltre che per la probabilmente eccessiva repentinità con cui sono stati



fare all'estero per le corrispondenti normative straniere, essendosi per esempio in Germania osservato, con riguardo ai diritti fondamentali limitati durante la pandemia, che «ihre Vorgaben sind das Ergebnis einer öffentlichen Diskussion, die die Kontrollmaßstäbe stark prägt» e più in generale – con esplicito richiamo al pensiero di Klaus Mertes⁴⁹ – che «Kritik kann eine Form der Loyalität sein»⁵⁰.

pubblicati, da G. WAGNER, *ivi*, p. 531 ss. Anche qualora si considerasse la salute il valore gerarchicamente sovraordinato a tutti gli altri, occorrerebbe peraltro tutelare, allo stesso modo di quella dei malati di Covid-19, pure quella degli altri pazienti, le cui cure sono invece state non di rado sospese: in argomento, v., tra gli altri, G. DI PLINIO, *op. cit.*, p. 237, nt. 4.

Sempre dal punto di vista costituzionalistico, interessanti considerazioni anche *de iure condendo* possono inoltre leggersi in V. BALDINI, *La Costituzione nell'emergenza: una bussola da seguire o un ingombro da superare*, in *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 7 ss. V. anche C. DELLA GIUSTINA, *Il rispetto (mancato) della riserva di legge nella limitazione dei diritti costituzionali durante l'emergenza sanitaria da Covid-19*, *ivi*, p. 41 ss.; nonché D. TRABUCCO, *Il principio di legalità formale e sostanziale ai tempi del Covid-19. Le «fibrillazioni» dello stato di diritto*, *ivi*, p. 20 e 39 s., ove si osserva criticamente che «la divaricazione sempre più estesa che viene a crearsi tra la norma costituzionale che vige, ma non si applica, venendone disattivata la “forza”, e gli atti che non hanno valore di legge ma ne acquistano lo “status”, è la caratteristica tipica di quel vuoto giuridico in cui gli Esecutivi agiscono in questa fase storica», e si evidenzia il rischio «di trasformare lo Stato di diritto in un perenne Stato di eccezione», citandosi infine il pensiero di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 11, secondo cui la Costituzione ha accolto come «carattere assoluto soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori e del loro confronto leale». A ciò può aggiungersi che «il bilanciamento, contrariamente a una diffusa opinione (coerente con l'odierna tendenza all'esaltazione del giudiziario), non è affar del giudice, ma del legislatore, essendo compito del giudice (specie costituzionale) – invece – il controllo “esterno” di ragionevolezza del bilanciamento legislativo» (M. LUCIANI, in F. DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, in www.giustiziainsieme.it).

Su una posizione a sua volta critica verso le normative emergenziali, però dal punto di vista storico-giuridico, si è posto pure R. CARDILLI, *op. cit.*, il quale ha sottolineato come nel diritto romano sia chiaramente presente una concezione dinamica del diritto che include sempre la conflittualità e l'eccezionalità, concezione questa che rischia di perdersi nella modernità e nella contemporaneità qualora si adotti una prospettiva rigidamente positivista e statualistica, ma che dovrebbe invece recuperarsi.

⁴⁹ *Widerspruch aus Loyalität*, 2^a ed., Würzburg, 2012, *passim*.

⁵⁰ H.M. HEINIG, T. KINGREEN, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, U. VOLKMANN e H. WIBMANN, *Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, in *JuristenZeitung*, 2020, p. 872. Sempre sul dibattito tedesco in argomento, cfr. anche F. HASE, *Corona-Krise und Verfassungsdiskurs*, *ivi*, 2020, p. 697 ss.; nonché T. KINGREEN, *Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie*, in *JURA - Juristische Ausbildung*, 2020, p. 1019 ss., ove si sottolinea tra l'altro che «das Grundgesetz gilt [...], ebenso wie die gesamte

La normativa di emergenza italiana ha toccato le più diverse questioni, compresa la tutela degli incapaci maggiorenni, adottando anche proprio in relazione a quest'ultima soluzioni diverse rispetto a quelle contemplate in normative straniere, tra le quali merita una segnalazione particolare il nuovissimo Codice civile della Repubblica popolare cinese⁵¹. Concentrando comunque l'attenzione sulla normativa domestica, viene soprattutto in rilievo, con particolare riguardo alla c.d. fase uno della c.d. prima ondata di diffusione del virus, il decreto «cura Italia» (d.l. 17 marzo 2020, n. 18), recante «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

In tale normativa, che rimane meritevole di indagine tanto per il controllo della sua corretta applicazione quanto per le sue implicazioni

Rechtsordnung, auch in der Pandemie». Per riferimenti anche a vari altri ordinamenti giuridici, v., tra i tanti, C. NYAMUTATA, *Do Civil Liberties Really Matter During Pandemics?*, in *International Human Rights Law Review* 9 (2020), p. 62 ss., il quale rileva che, a livello globale, «the law on management of pandemics does not favour human rights observance» e che «even states with deep-rooted democratic cultures resort to illiberal responses», spingendosi così a sostenere che «the rhetoric of inalienability of rights becomes hollow».

⁵¹ Tale Codice (per dettagliati riferimenti al percorso storico-giuridico e culturale di confronto con il diritto romano e con la tradizione romanistica che ha portato all'adozione del quale, v. S. PORCELLI, *Il nuovo codice civile della Repubblica Popolare Cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica*, in *St. iur.*, 2020, p. 810 ss., nonché, *amplius*, sia pure con particolare attenzione alla materia contrattuale, ID., HETONG E CONTRACTVS. *Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020, *passim*, su cui v. anche la recensione dello scrivente in corso di stampa in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 41/2020) contempla infatti nel suo art. 34 una soluzione – per quanto evidentemente legata a talune peculiarità della società cinese – interessante – innanzi tutto poiché inserita direttamente nel Codice civile e dunque pensata per rimanere in vigore molto più a lungo di una normativa emergenziale – che potrebbe applicarsi, tra gli altri casi, anche in quello di pandemia, cioè la soluzione secondo cui, se il tutore non è in grado di adempiere i propri doveri, spetta al comitato di villaggio o al dipartimento degli affari civili del luogo disporre le misure necessarie per l'assistenza temporanea alla persona priva di autonomia. F. ANLING, *Il covid-19 e l'elaborazione del Codice Civile cinese*, Relazione al Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle personae», cit., ha sottolineato come tale previsione, pur essendo da un lato senz'altro pregevole, rimanga dall'altro ancora approssimativa, poiché non precisa cosa accada qualora non si riesca a chiedere aiuto al comitato di villaggio o al dipartimento degli affari civili, quanto possa durare la temporaneità né su chi gravino i costi dell'intervento. Della medesima previsione ha parlato anche S. PORCELLI, *La dialettica tra persona e cittadino nel diritto del RPC*, Relazione al Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle personae», cit.

sistematiche e per il suo carattere sperimentale⁵², occorre più precisamente considerare la – sul piano comparatistico davvero singolare⁵³ – disciplina di cui all’art. 83, rubricato «Nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare», che, dopo avere nei primi due commi disposto per un certo tempo il rinvio d’ufficio delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari⁵⁴ e sospeso per il medesimo tempo il decorso dei termini per qualsiasi atto nell’ambito di tali procedimenti⁵⁵, ha, nel 3° co., stabilito la «non operatività» delle disposizioni appena evocate, cioè il normale funzionamento delle attività giurisdizionali, tra le altre ipotesi (cui si aggiunge come clausola di chiusura quella di «tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti»), per i «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona» e soprattutto per i «procedimenti per l’adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui

viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l’adozione di provvedimenti provvisori e sempre che l’esame diretto della persona del beneficiario, dell’interdicendo e dell’inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute» (le stesse ipotesi appena citate erano precedentemente contemplate anche nell’art. 2, co. 2, lett. g, del d.l. 8 marzo 2020, n. 11)⁵⁶.

Nella normativa emergenziale in esame, troviamo dunque, in primo luogo, la presenza, accanto all’amministrazione di sostegno, di interdizione e inabilitazione, e così la conferma, ove mai ve ne fosse stato bisogno, non solo dalla persistente vigenza pure delle misure tradizionali, ciò di cui invero nessuno avrebbe ragionevolmente potuto dubitare, ma anche della circostanza che esse non sono affatto cadute in desuetudine, a differenza di quanto abbiamo veduto che un orientamento dottrinale aveva pronosticato.

In secondo luogo, si stabilisce che solo alcune procedure, ovverosia quelle in cui si riscontri la citata «indifferibilità», possano essere iniziate o portate avanti nel periodo emergenziale⁵⁷. Ciò sembra da un lato confermare che, fuori dal periodo emergenziale, anche fattispecie concrete in cui la tutela sia differibile – e pertanto, si può immaginare, la mancanza di autonomia della persona interessata non raggiunga i livelli più elevati di gravità – potrebbero trovare protezione in misure istituzionalizzate, ma dovrebbe dall’altro lato, a parere dello scrivente, indurre studiosi e operatori a interrogarsi seriamente sulla concreta sostenibilità per i tribunali, con le loro limitate risorse, sia pure in tempi normali, di un intervento esteso a una così larga e crescente parte della popolazione (si pensi, ancora una volta, al caso degli anziani, in una società che invecchia), senza contare che, a vari mesi di distanza dalla fine della c.d. fase uno, la pandemia è ancora in corso⁵⁸, e che si ha

⁵² In tal senso, v. F. COSSIGNANI, *Le controversie sottratte alla sospensione dei termini e al rinvio delle udienze*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2053.

⁵³ Per esempio, in Germania, nella normativa adottata a livello federale per contrastare la pandemia, non sembra che sia contenuta alcuna regola speciale di natura squisitamente processual-civilistica, come testimonia A. OSWALD, *Auswirkungen der Corona/Covid-19-Pandemie auf den Zivilprozess*, in *JURA - Juristische Ausbildung*, 2020, p. 1013 ss.

⁵⁴ Si riporta a seguire il testo integrale del 1° co.: «Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d’ufficio a data successiva al 15 aprile 2020» (i citati termini del 15 aprile – così come quello di cui al 2° co., riportato nella nt. seguente – sono poi stati prorogati all’11 maggio 2020 dall’art. 36, co. 1, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23).

⁵⁵ Si riporta a seguire il testo integrale del 2° co.: «Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l’adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l’inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l’udienza o l’attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto. Si intendono altresì sospesi, per la stessa durata indicata nel primo periodo, i termini per la notifica del ricorso in primo grado innanzi alle Commissioni tributarie e il termine di cui all’articolo 17-bis, comma 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546». In generale su tale normativa, v. E. DALMOTTO, *Sospensione dei termini processuali e rinvio delle udienze nel Covid-19*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2046 ss.

⁵⁶ Cfr. al riguardo F. COSSIGNANI, *op. cit.*, p. 2054 ss., ove si considera tra l’altro «poco commendevole [...] che l’effetto derogatorio rispetto alla regola generale della sospensione e del rinvio si produca *ope legis* e non *ope iudicis*».

⁵⁷ Per una severa critica verso la scelta del legislatore italiano dell’emergenza di limitare così pesantemente l’accesso alla giustizia, v. L. DALLE MULE, *Brevi considerazioni intorno alle conseguenze dell’epidemia da Covid-19 sull’amministrazione della giustizia*, in *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell’emergenza sanitaria*, cit., p. 219 s. e 228, secondo il quale una tutela preminente rispetto ad altri valori si sarebbe dovuta accordare non al diritto alla salute, ma semmai ad altri diritti inviolabili dei cittadini come quello all’amministrazione della giustizia.

⁵⁸ Tanto che non manca chi si spinge ad affermare che «a pandemia é uma realidade irreversível» (M. DE OLIVEIRA MILAGRES, *Contratos imobiliários. Impactos da pandemia do coronavírus*, Indaiatuba, 2020). Su una linea di pensiero che



l'impressione che non pochi tribunali abbiano già durante la citata fase incontrato notevoli difficoltà a occuparsi efficacemente sia pure solo delle procedure indifferibili⁵⁹.

In terzo e ultimo luogo, troviamo nella normativa emergenziale in discorso la precisazione che l'esame diretto della persona priva in tutto o in parte di autonomia potrebbe essere incompatibile con le sue condizioni di età e salute, nel qual caso, se intendiamo esattamente la disposizione, le relative procedure dovrebbero essere sospese comunque, cioè anche se indifferibili, salva solo l'adozione di provvedimenti provvisori. Questa potrebbe apparire una preoccupazione eccessiva, perché esperienze locali di avanguardia⁶⁰ hanno già ampiamente dimostrato come le nuove tecnologie consentano di condurre efficacemente l'esame diretto della persona a distanza, più precisamente in videoconferenza, anche e soprattutto nelle situazioni più critiche. Il legislatore nazionale avrebbe pertanto fatto meglio – magari seguendo il modello

sembra non molto dissimile, v. anche, nella dottrina italiana, G. GRISI, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁹ Cfr. G.W. CAGLIOTI, *Covid-19 – Superamento della fase 1 negli Uffici giudiziari – individuazione del lavoro agile nelle prospettive future*, in *Diritto & Diritti*, 28 maggio 2020, p. 3 ss., il quale rileva da un lato che lo «smart working [...], dalla metà del mese di marzo a tutto il mese di aprile, in alcuni uffici giudiziari, sembra (sembrerebbe) avere coinvolto quasi il 90 % del personale in servizio» e dall'altro «come l'attività del personale giudiziario [...] sia stata, fortemente, condizionata, e limitata, da assenza di dotazione informatica», e più precisamente che «l'accesso, da remoto, per i magistrati ai fascicoli processuali [...], ma preclusa al personale giudiziario, ha fatto sì che mentre i primi hanno, nel settore civile, nel periodo di interruzione dell'attività giudiziaria, potuto provvedere alla redazione di provvedimenti, il personale amministrativo è stato nell'impossibilità, da remoto, di lavorare i detti provvedimenti (deposito, pubblicazione, comunicazione) fino al rientro in ufficio». Cfr. per simili rilievi anche E. DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il Covid-19*, in *www.ilcaso.it*, 27 giugno 2020, p. 11.

⁶⁰ Con particolare riferimento all'esperienza del Tribunale di Vicenza, v. A. RIZZO, *op. cit.*, p. 17. Non manca peraltro chi, più in generale, solleva notevoli perplessità verso il proliferare di esperienze innovative a livello locale e dei relativi «protocolli», traendone l'impressione di «uno Stato che non c'è» e ritenendo che la soluzione del problema giustizia non possa essere «un efficientismo giudiziario o meglio [...] un aziendalismo giudiziario che non ci appartiene culturalmente», occorrendo piuttosto «veri investimenti in uomini e mezzi ed in strutture da parte del Ministero della Giustizia»: così L. DALLE MULE, *op. cit.*, p. 224, 229 s. e 233. Per quanto la richiesta di crescenti risorse sia pienamente condivisibile, nell'attesa che esse siano eventualmente assegnate, occorrerebbe comunque, a parere di chi scrive, tentare di immaginare e percorrere altre strade per incrementare l'efficienza: per alcune riflessioni da vari punti di vista proprio in questa direzione, v. AA. VV., *Le sfide future per la giustizia. La giustizia come azienda?*, a cura di F. Brunetti, A. Rizzo e M. Tescaro (con prefazione di A. Zaccaria), Roma, 2020, *passim*.

di alcune legislazioni regionali emanate già prima dell'emergenza, tra le quali quella veneta⁶¹ – a imporre o quantomeno a favorire con il massimo sforzo la generalizzata adozione delle nuove tecnologie anche in quest'ambito, ciò che sembra stia comunque sempre più avvenendo nei tribunali italiani negli ultimi tempi⁶²; motivo per cui la pandemia, senza nulla togliere alla sua epocale drammaticità, può considerarsi, da questo particolare punto di vista, al tempo stesso occasione di ammodernamento tecnologico e incubatrice di buone prassi che sarebbe opportuno conservare, almeno in parte, pure in tempi normali⁶³.

6. Conclusioni.

Ci si potrebbe davvero rallegrare, se bastasse proclamare in un testo di legge, emergenziale o non, diritti sia pure fondamentali della persona e ampiamente condivisi, affinché la loro attuazione nella vita reale dell'ordinamento giuridico ne discendesse automaticamente; ma non è affatto così, e in tema di incapacità dei maggiorenni questo sempre possibile scollamento tra *ius scriptum* e dati della realtà⁶⁴ si è fatto in Italia via via più preoccupante, già prima della pandemia e a maggior ragione nel corso di essa. Basti rammentare che un già citato importante Magistrato, a conclusione della sua lunga esperienza giurisdizionale in materia, ha di recente parlato della «rivoluzione» dell'amministrazione di sostegno precisando però subito a seguire che si è trattato di «una rivoluzione [...] solo promessa», perché «le leggi sono parole che si trasformano in fatti se vengono attuate concretamente», ciò che è qui in larga misura mancato⁶⁵.

Per quanto lo scrivente conservi – dal punto di vista più generale, già solo alla luce del valore della

⁶¹ L. della Regione del Veneto, 14 aprile 2017, n. 10, riportata per esteso in *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, cit., p. 155 ss. Per la segnalazione pure di altre leggi regionali di avanguardia in questa materia, v. E. MANZON, *op. cit.*, p. 27.

⁶² Per alcuni riferimenti in questo senso, cfr. L. DALLE MULE, *op. cit.*, p. 225 ss.

⁶³ Per interessanti riflessioni in argomento, cfr. E. DALMOTTO, *op. ult. cit.*, p. 1 ss.

⁶⁴ Ne ha di recente parlato con notevole efficacia, sia pure con riguardo al diverso ambito del contratto e della causa dello stesso, in prospettiva storico-giuridica e di comparazione con il diritto cinese, S. PORCELLI, HETONG E CONTRACTVS. *Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, cit., p. 233 ss.

⁶⁵ E. MANZON, *op. cit.*, p. 23. Per brillanti rilievi critici sull'effettività dell'istituto, v. altresì, da ultimo, P. ZATTI, *L'intendance suivra...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 182 s.

libertà delle persone, non meno importante della solidarietà tra le stesse⁶⁶, e la considerazione del quale dovrebbe consigliare di evitare per quanto possibile il rischio del paternalismo giudiziario⁶⁷ – non pochi dubbi al riguardo, può forse anche auspicarsi che, in un mondo ideale, i tribunali si facciano carico di tutte le situazioni di difficoltà, anche minima, e così per esempio pure di tutti gli anziani (almeno di quelli «della quarta età»), sottoponendoli in quanto tali a una protezione istituzionalizzata (che però si traduce, si rammenti, in un controllo giurisdizionale), ma, a tacere d'altro, è materialmente impossibile che ciò avvenga, come chiunque abbia un minimo di confidenza con il

⁶⁶ Anche senza contare quanto afferma Immanuel Kant in *Die Metaphysik der Sitten*, ovverosia che «was man aber aus Zwang tut, das geschieht nicht aus Liebe» (tale citazione è particolarmente valorizzata in J.B. VILLELA, *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*, Belo Horizonte, 1992, p. 9, il quale – sia pure senza specifico riguardo alla nostra materia – aggiunge – p. 32 – che, «se se quer para o futuro expressões convivenciais inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se de restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade. O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele»; per ulteriori riferimenti agli insegnamenti di questo Maestro brasiliano, v. M. TESCARO, *Recensione di E. de Carvalho Gomes - E.A.M. Neto - M.A. Féres* [a cura di], *Estudios de direito privado. Liber amicorum para João Baptista Villela*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 38/2017, p. 267 ss.), si è già evidenziato altrove che, «rispettando massimamente la libertà delle persone, [...] si creano le premesse affinché si sviluppi la più autentica solidarietà, e così anche affinché vi sia una armonica coesistenza — non un contrasto, che si verificherebbe invece là dove si preferisse una solidarietà imposta — tra questi due fondamentali valori» (M. TESCARO, *L'amministrazione di sostegno tra solidarietà e libertà*, cit., p. 78). Uno dei più autorevoli studiosi dell'amministrazione di sostegno ha, del resto, sia pure in relazione a una diversa materia (quella successoria), insegnato che «la solidarietà, genuinamente intesa, ha il tratto caratteristico della spontaneità; quindi, non può essere imposta: deve essere èsito, come la liberalità, della volontà» (G. BONILINI, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016. Profili successorii e tutela previdenziale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 1049). Simili considerazioni, però, non sono affatto scontate, come dimostrato, per esempio, dalla circostanza che, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente persone affette da disturbi mentali, «l'autonomie se voit [...] parfois écartée, parfois retenue de manière déséquilibrée»: così, da ultimo, C. RUET, *Quelle autonomie pour les personnes atteintes de troubles mentaux? Réflexions relatives à quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (122/2020), p. 47.

⁶⁷ Sia pure con particolare riferimento alla diversa questione della rinegoziazione del contratto, cfr. al riguardo, da ultimo, i puntuali rilievi critici di A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 7 ottobre 2020, p. 3 ss.

nostro apparato della giustizia ben sa⁶⁸. È stato, infatti, efficacemente testimoniato che siamo di fronte a strutture giudiziarie non di rado inadeguate e quindi a un'attuazione a «macchia di leopardo», in violazione dell'art. 3 Cost., che deriva da un diffuso *laissez faire* che – parafrasando Ronald Dworkin – non prende sul serio i diritti dei soggetti deboli, in violazione pure dell'art. 2 Cost. con i relativi «doveri inderogabili di solidarietà» anche sociale⁶⁹.

Tutto ciò considerato, sebbene la dottrina italiana consolidata sia – anche comprensibilmente – orientata in senso opposto, quantomeno al fine di lanciare una provocazione che potrebbe suscitare un ulteriore dibattito e magari anche contribuire a spingere le Istituzioni italiane – sempre parafrasando Ronald Dworkin – a prendere maggiormente sul serio questa materia, si può persino arrivare a sollevare il dubbio che, in fin dei conti, si stesse meglio quando si stava peggio. Il diritto dovrebbe, infatti, tendere a rafforzare la protezione delle persone in difficoltà, ma anche evitare di creare illusioni⁷⁰, e così probabilmente aspettare a proclamare nuove tutele, sia pure avanzate e condivisibili nella loro formulazione letterale, fintantoché non siano stati forniti alle strutture competenti i mezzi necessari per attuarle. In mancanza di detti mezzi, ci si può in altre parole seriamente chiedere se sia preferibile che rimanga in vigore una disciplina assai meno apprezzabile dal punto di vista teorico, ma che presenta il non trascurabile pregio di non trarre in inganno le persone prive in tutto o in parte di autonomia in

⁶⁸ Si pensi, per limitarsi a un solo esempio su cui abbiamo a disposizione dati precisi, alla situazione del Tribunale di Vicenza, presso il quale, nel 2018, risultavano attivate più di 6000 procedure, con tendenza in continua crescita, gestite tutte da un unico magistrato togato, sia pure coadiuvato da tre magistrati onorari, come testimonia A. RIZZO, *op. cit.*, p. 16 s.

⁶⁹ Per questi rilievi, v. E. MANZON, *op. cit.*, p. 25 ss., il quale sostiene peraltro anche che invertire tale tendenza è a suo avviso ancora possibile, purché si prenda spunto anche in altre sedi da prassi virtuose come quelle friulane e venete.

⁷⁰ Cfr., sia pure su un piano molto più generale, M. LUCIANI, *op. cit.*, ove brillantemente si chiarisce, tra l'altro, che, «sul piano del diritto internazionale, la pandemia mostra quanto sarebbe importante un governo globale di fenomeni – come questo – altrettanto globali, ma allo stesso tempo mette in luce la dura realtà della perdurante esattezza del *dictum* weberiano, che vuole lo Stato unico detentore dell'uso legittimo della forza. Non è il tempo delle illusioni cosmopolitiche alimentate dall'inverosimile *global constitutionalism*, ma quello del realismo diplomatico, di una rinnovata iniziativa politica e culturale per un nuovo ordine internazionale, cooperativo, sì, ma westfaliano», e che, «sul piano culturale, sarebbe il tempo di abbandonare le illusioni dell'irenismo costituzionale che ha cercato di far credere che ogni problema giuridico possa risolversi sulla scorta dell'aristocratico "dialogo fra le Corti" e che la questione del rapporto fra diritto e forza possa essere rimossa».



merito al supporto istituzionalizzato che possono attendersi.

Si potrebbe controbattere che una disciplina avanzata nelle sue formulazioni letterali va comunque salutata con favore, sia pure in mancanza dei mezzi per attuarla fino in fondo, in quanto la sua semplice entrata in vigore può favorire una crescente consapevolezza negli operatori e più in generale nella società nonché auspicabilmente la futura assegnazione di ulteriori risorse⁷¹. Ciò non toglie, però, che «le esigenze di un sistema di vita per la vita dipendono anche dalla effettività della regola, cioè dal suo adattamento alla realtà»⁷², cosicché non stupisce che raffinati giuristi stranieri⁷³ abbiano recentemente sollevato, in

relazione ai loro ordinamenti giuridici, dubbi simili a quello qui prospettato, che dovrebbero, a parere dello scrivente, essere presi in considerazione, sia pure critica, anche in Italia, già prima dalla pandemia e, a maggior ragione, ora che, a causa della stessa, si è così tanto accresciuta l'importanza della corretta informazione, da parte del potere pubblico, alle persone prive di autonomia (e non solo)⁷⁴, sulle procedure da seguire per tutelarsi.

⁷¹ Sembra porsi, di recente, su una simile linea di pensiero V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 573, quando sostiene che «i più recenti interventi legislativi hanno mostrato una maggiore attenzione rivolta alla persona, accreditando un modello che mira al cambiamento della percezione sociale della disabilità».

⁷² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 49^a ed., a cura di G. Trabucchi, Milano, 2019, p. XII nonché 50, ove si ribadisce che «un ordinamento, per dirsi giuridico, dev'essere costituito da regole che ne garantiscano una tal quale effettività, e ciò per essere l'espressione di un sistema costruito per un ordine efficiente». Sul principio di effettività, v. altresì, tra i civilisti, almeno G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 668, ove si ragiona «dell'effettività, come principio di ordine e di riduzione della complessità»; nonché, da ultimo, ID., *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020/1, p. 8 s.; e, *amplius*, ID., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*. V. inoltre, tra i costituzionalisti, M. DOGLIANI e I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 163, ove si evidenzia con particolare efficacia che «i diritti presuppongono strutture [...] che ne assicurino l'effettività». Sul piano storico-giuridico, inoltre, R. MARINI, *Parole di saluto* al Seminario internazionale «Covid-19 e diritto delle personae», cit., ha brillantemente illustrato come il diritto romano consideri la persona in maniera concreta e non astratta; v. anche, *amplius*, EAD., *Alcune riflessioni su 'persona' e 'familia': diritto romano e nuova Costituzione cubana*, in *Diritto romano, costituzionalismo latino e nuova Costituzione cubana*, a cura di R. Cardilli, G. Lobrano e R. Marini, Milano, 2021, p. 208 ss.

⁷³ Ci si riferisce soprattutto a J. HOUSSEIER, *La successione della persone vulnerabile o le ambiguità del legislatore francese*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, a cura di E. Arroyo Amayuelas, C. Baldus, E. de Carvalho Gomes, A.-M. Leroyer, Q. Lu e M. Rainer, p. 933 ss., ove si tratta il tema della *vulnérabilité*, la quale evoca uno stato di particolare fragilità e, anche qualora si voglia intenderla in senso stretto, si estende senz'altro oltre l'ambito dell'incapacità, abbracciando un ampio novero di fattispecie in cui una persona può ricevere influenze dannose di vario tipo. A tale riguardo, il citato Autore chiarisce come in Francia, tradizionalmente, regnasse la sfiducia verso le persone vulnerabili, ma si sia in tempi più recenti affermata una tendenza opposta, di valorizzazione della loro autonomia, come dimostrato, per esempio, da due leggi del 2006 e del 2007 che hanno consentito all'adulto sottoposto a *tutelle* di testare (rimuovendo il precedente divieto), anche se, dall'esame di vari istituti successori francesi, risulta che quella tradizionale sfiducia si è in realtà solo spostata, passando dalle persone

vulnerabili ai loro successori, ciò che spinge il medesimo Autore a chiedersi se fossero tutto sommato preferibili le vecchie incapacità che, per quanto apertamente lesive dell'autonomia, avevano il merito di evitare illusioni.

⁷⁴ Per interessanti riflessioni sulla configurazione di un diritto soggettivo a essere informati e sulla valenza strumentale dello stesso rispetto all'esercizio di varie libertà fondamentali, con particolare riferimento all'emergenza sanitaria da Covid-19, cfr. F. DELL'AVERSANA, *Il diritto alla (corretta) informazione sanitaria oltre lo "Stato di emergenza"*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 1107 ss. Come è stato brillantemente chiarito da D. BUTTURINI, *L'informazione giornalistica, tra libertà, potere e servizio*, Bologna, 2018, p. 58 ss., peraltro, «l'art. 21 Cost. garantisce, all'interno della libertà di manifestazione del pensiero e limitatamente alla posizione dei destinatari delle informazioni, non il diritto ad essere informati, quanto la libertà di essere informati, intesa come assenza di impedimenti di diritto nel ricevere informazioni. Tale libertà, però, opera solamente nella misura in cui vi sia una precondizione di fatto, che il diritto oggettivo non prescrive, ovvero la precondizione che altri decidano di divulgare notizie e, quindi, di esercitare il diritto alla libertà di cronaca. Quindi, l'essere informati è una situazione e una libertà che di fatto consiste in una possibilità concretamente condizionata da una condotta altrui. Sotto il profilo giuridico, si tratta di una possibilità che il diritto tutela ove altri, intesi come poteri informativi, comunicino informazioni». Sempre sulla libertà di essere informati, cfr. altresì G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 16^a ed., Bologna, 2017, p. 608 ss.