



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto, e Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA  
CICLO XXII

## **Il principio di sussidiarietà nell'ambito dei rapporti di diritto privato**

**Direttore della Scuola** : Ch.mo Prof. Francesco Cavalla

**Supervisore** :Ch.mo Prof. Federico Casa

**Dottoranda** : Eliana Cappuzzo

A mia madre e a mio padre, per avermi aiutata a raggiungere i miei obiettivi, sostenendomi sempre.

A mio fratello, con l'augurio che possa anch'egli ottenere ciò che sogna.

A Matteo, per essermi stato vicino con grande pazienza.

A due uomini che mi hanno aiutata a crescere e diventare ciò che sono, e che ho avuto la fortuna, ma soprattutto, l'onore di potere chiamare nonni.

# *Indice*

## INTRODUZIONE

### PARTE I – L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

1. *Profili storici*
2. *Caratteri fondamentali dell'Amministrazione di Sostegno* .
3. *Amministrazione di Sostegno, interdizione, inabilitazione: una convivenza possibile?*
4. *Il concetto di persona alla base degli istituti di incapacitazione*
5. *Il superamento della visione geometrica*
6. *L'Amministrazione di Sostegno come applicazione del principio di sussidiarietà in ambito sociale*
7. *La dignità della persona debole*

### PARTE II – FAMIGLIA E POTESTÀ

1. *Una società naturale: la famiglia*
2. *Il concetto di potestà. Ricostruzione storica.*
  - 2.a. *Diritto Romano*
  - 2.b. *La Patria Potestà verso il codice Civile del 1865*
  - 2.c. *La Patria Potestas nel Codice Civile del 1865*
  - 2.d. *Evoluzione dalla concezione patrimonialistica a quella funzionale allo sviluppo della personalità: il codice del 1942 e la Riforma del diritto di famiglia*
3. *La sostituzione del minore da parte dei genitori*
4. *La capacità del minore e il “discernimento sufficiente”*
5. *Dall'ottica della protezione a quella della promozione*

6. *Approccio filosofico*
7. *L'autonomia del minore e il principio di sussidiarietà*

### PARTE III – LA SUSSIDIARIETA' NEL DIRITTO SUCCESSORIO

1. *Introduzione*
2. *Excursus storico*
3. *Spunti di diritto civile*
4. *Studio dell'autonomia del testatore – la tutela della volontà del de cuius*
5. *I limiti all'autonomia di testare*
6. *Patti di famiglia: espressione del trend legislativo di rivalutazione dell'autonomia nel diritto privato*
7. *Autonomia e sussidiarietà*

### PARTE IV – LA NUOVA POLITICA DEL DIRITTO SOCIETARIO

1. *Introduzione*
2. *Profili storici e percorso genetico del D. Lgs. 155/2006 istitutivo dell'impresa sociale*
3. *Il Decreto Legislativo n. 155 del 24 marzo 2006*
4. *Elementi caratterizzanti “le imprese sociali”*
5. *Impresa sociale e art. 118. Rapporto con il principio di sussidiarietà*

### PARTE V – RIFLESSIONE FILOSOFICA

1. *Il rapporto tra la realtà sociale e il diritto.*
2. *L'ottica del subsidium*

## CONCLUSIONI

## Abstract

La ricerca culminata nel presente lavoro, ha quale oggetto lo studio del principio di sussidiarietà.

La ragione che sta alla base dell'approfondimento sta nel tentativo di individuare non tanto una nozione giuridica o filosofica del principio - oggetto di studi da molto tempo - ma nel verificare le capacità di questo principio, la cui applicazione pare in grado di fare emergere una concezione autentica della persona, quale soggetto capace di tenere comportamenti non conflittuali, o meglio non necessariamente conflittuali, in quanto nella natura dell'uomo, si trova anche la naturale - *rectius* originaria - capacità di autodeterminarsi.

La ricerca muove dallo studio di alcuni istituti pilota, attraverso la ricostruzione prima storica e poi civilistica degli stessi, dalla disciplina dei quali si è tratta la convinzione di una loro compatibilità con il principio di sussidiarietà, e le relative conseguenze giusfilosofiche.

Nel corso della sua analisi ha trattato in primo luogo degli istituti di incapacitazione, riservando un'attenzione particolare all'amministrazione di sostegno. Nel secondo capitolo, all'interno del diritto di famiglia, la ricerca ha esaminato l'istituto della potestà dei genitori; mentre nel terzo capitolo, nell'ambito del diritto delle successioni, è dedicato ai limiti che l'ordinamento pone all'autonomia del testatore, con particolare riferimento alla successione cosiddetta necessaria e al divieto dei patti successori, giungendo in tale parte a trattare del recente istituto del patto di famiglia.

Un capitolo della tesi di dottorato tratta infine del diritto societario, all'interno della quale ha studiato in modo approfondito l'impresa sociale, recente istituto introdotto con legge n. 155/2006.

In conclusione la ricerca ha inteso indagare l'ordinamento attraverso

un'ottica diversa da quelle tradizionali, che sono solite vedere nelle norme da esso predisposte degli strumenti capaci di tenere a freno gli spiriti dei consociati. Nel diritto privato, sebbene questo sia il campo dell'ordinamento ove l'autonomia trova più ampio spazio, molti ambiti relativi soprattutto alla persona, hanno per lungo tempo sopportato le conseguenze dell'ottica distorta, portata principalmente dalle cosiddette "geometrie legali".

Lo studio ha dimostrato che l'applicazione del principio di sussidiarietà è in grado di valorizzare le potenzialità dei consociati, attuando pienamente il dettato costituzionale.

La conclusione cui si è giunti, è che ognuno, pur nella diversità delle condizioni personali, è portatore di valori, ed è per questo che la persona deve essere sempre rispettata in ogni situazione, e a maggior ragione quando si trovi ad affrontare eventi che mettono alla prova il riconoscimento della sua dignità. Compito dell'ordinamento in quest'ottica deve essere quello di riconoscere la dignità di ognuno, che deve essere promossa e valorizzata attraverso una legislazione che sia improntata al principio di sussidiarietà.

## Abstract

The aim of the present research is that of analyzing the principle of subsidiarity.

The reason for this analysis lies in the attempt to single out not so much a juridical or philosophical notion of this principle – which has been the object of research for a long time – but rather in verifying the potentials of this principle, whose application seems to be able to highlight a true conception of the individual as a subject who can show a non-conflictual behaviour, or rather not necessarily a conflictual one, in that man has a natural – *rectius* original tendency to self-determination.

The research starts from the study of some pilot institutions, then continues with a historical and a civilist reconstruction of such institutions, whose discipline suggests the firm belief that they are compatible with the principle of subsidiarity and its related legal and philosophical consequences.

The analysis focuses firstly on the incapacitation institutes, and specifically on administration of support. In chapter 2, within the scope of family law, the research examines the institution of parental authority; whereas in chapter 3, with regard to succession law, it deals with the limits posed by the law to the autonomy of the testator, and specifically on the so-called necessary succession and the prohibition of the succession pacts, and goes on to discuss the recent institution of the family pact.

Finally, one chapter of the doctorate thesis deals with company law, analyzing in detail social enterprise, an institution recently introduced by the 155/2006 Law.

In conclusion the aim of this research is to investigate the legal system

from a point of view different from the traditional ones, that tend to see in the regulations a tool that can act as a restraint on the spirits of the associates. In civil law, in spite of the fact that this is the field of the regulation in which autonomy is expressed at its best, many aspects concerning the individual have been forced to endure the consequences of such distorted point of view, supported mainly by the so-called “legal geometries”.

This study demonstrates that the application of the principle of subsidiarity is able to value the potentials of the associates, applying in full the constitutional rule.

The conclusion we have come to, is that each individual, regardless of their diverse personal conditions, is a carrier of values, and it is precisely for this reason that individuals must be respected in every situation, especially when they have to cope with events that may jeopardize the acknowledgment of their dignity. From this point of view the task of the regulations must be that of acknowledging the dignity of the individuals, which should be promoted and valued by a legislation based on the principle of subsidiarity.



## Il principio di sussidiarietà nell'ambito dei rapporti di diritto privato

*“Non è giusto, come abbiamo detto, che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti”*<sup>1</sup>, queste le parole di Leone XIII, quando nel 1891 promulgò la sua enciclica *Rerum Novarum*, al fine di suggerire nuove strade per la risoluzione dei problemi sociali dell'epoca, tra i quali suscitava motivo di ampio dibattito la “questione operaia”<sup>2</sup>, relativa al rapporto tra “padroni” delle fabbriche ed “operai”.

Queste parole esprimono la formulazione implicita del principio di sussidiarietà che dopo secoli di oblio<sup>3</sup> viene invocato dalla dottrina

---

<sup>1</sup> Il punto continua così: *“Tuttavia, i governanti debbono tutelare la società e le sue parti. La società, perché la tutela di questa fu da natura commessa al sommo potere, tanto che la salute pubblica non è solo legge suprema, ma unica e totale ragione della pubblica autorità; le parti, poi, perché filosofia e Vangelo si accordano a insegnare che il governo è istituito da natura non a beneficio dei governanti, bensì dei governati. E perché il potere politico viene da Dio ed è una certa quale partecipazione della divina sovranità, deve amministrarsi sull'esempio di questa, che con paterna cura provvede non meno alle particolari creature che a tutto l'universo. Se dunque alla società o a qualche sua parte è stato recato o sovrasta un danno che non si possa in altro modo riparare o impedire, si rende necessario l'intervento dello Stato”*.

<sup>2</sup> *“Questione, questa, che le stesse parole del Papa definiscono “Questione difficile e pericolosa. Difficile, perché ardua cosa è segnare i precisi confini nelle relazioni tra proprietari e proletari, tra capitale e lavoro. Pericolosa perché uomini turbolenti ed astuti, si sforzano ovunque di falsare i giudizi e volgere la questione stessa a perturbamento dei popoli.”*

<sup>3</sup> Probabilmente in ambito di rapporti di diritto pubblico, l'ultimo esempio, cronologico, è offerto dal sistema feudalistico (Imperatore, feudatario, vassalli, valvassori e valvassini si relazionavano sulla base della dimensione del feudo e di

sociale cristiana quale strumento per uscire dai numerosi problemi che si erano originati a causa della perdita dell'autentico significato del concetto di persona.

Una concezione autentica relativa alla persona, per essere considerata tale, deve essere capace di metterne in risalto la capacità di tenere comportamenti *non conflittuali*, o meglio *non necessariamente conflittuali*, in quanto è intrinseca alla natura dell'uomo, la sua naturale, in quanto originaria, capacità di autodeterminarsi.

Non riconoscendo più all'uomo questa caratteristica, si può giungere a soluzioni “*assolutizzanti*”<sup>4</sup>, in base alle quali l'uomo per convivere con gli altri necessita di un ordinamento che, “*assorbendo*” in sé tutti i consociati, sia capace di creare tra questi una convivenza pacifica, ma che allo stesso tempo deve necessariamente essere definita, per i presupposti convenzionali su cui si basa, “*virtuale*”.

La sussidiarietà, invece, contenendo in sé l'ottica del sostegno a qualcuno, presume che questi sia, almeno in parte, dotato di autonomia e sappia scegliere il comportamento più opportuno e assumere le decisioni migliori in relazione ad ogni situazione che coinvolge direttamente la *sua* sfera personale; e in tal modo quest'ottica giunge a promuovere la costituzione di una *comunità reale*.

Dalla analisi della definizione di sussidiarietà, come formulata da Leone XIII, emerge l'intento di qualificare questo principio in relazione alla famiglia e alla persona singola<sup>5</sup>.

---

conseguenza le questioni venivano trattate rispettivamente sulla base della vicinanza al territorio).

<sup>4</sup> In quanto pretendono di essere riconosciute sempre valide.

<sup>5</sup> Infatti sono portata a ritenere che il riferimento, nella definizione di Leone XIII, al cittadino e non alla persona, non sia stato fatto con l'intenzione di individuare

In ogni caso, dunque, al centro dell'attenzione si pone il singolo o il primo risultato dell'associazione tra singole persone - la famiglia - ai quali si deve garantire tutta l'autonomia possibile, che potrà essere limitata solo in ragione di problemi di "spettanza" pubblica, quali il "bene comune" e le "ragioni" di soggetti terzi.

Il diritto privato, dunque, in questa formulazione appare essere il terreno "fertile" ove il principio di sussidiarietà era destinato ad apportare significativi cambiamenti.

Tuttavia con il passare del tempo i maggiori contributi del principio di sussidiarietà si sono avuti nel settore del diritto pubblico, dove la sussidiarietà si è affermata quale criterio guida sia in ambito di diritto nazionale per quanto riguarda i rapporti tra lo Stato e le sue articolazioni, le Regioni; sia in ambito comunitario in quanto dopo la nascita della Comunità Europea - attuale Unione Europea - è stato invocato per regolare i rapporti tra il nuovo organismo e i singoli Stati membri.

Alla luce di quanto detto sino a questo punto, si può già anticipare qual è l'obiettivo di questa ricerca.

Il proposito consiste nel tentativo di riportare lo studio del principio di sussidiarietà in quello che si ritiene essere il suo campo originario: l'ambito del diritto privato.

Si cercherà di compiere questo tentativo ritenendolo utile per riportare nell'ordinamento una concezione relativa alla persona capace di metterne in luce gli attributi della dignità, della autonomia, e della conseguente capacità all'autodeterminazione<sup>6</sup>.

---

rapporti di diritto pubblico, ma per evidenziare i limiti dell'azione statale nei confronti delle persone singole che essa ricomprende, appunto i cittadini.

<sup>6</sup> In ciò accogliendo quanto afferma il prof. Francesco V. Gentile, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in "Non Profit", 1999, pag. 643: "Radicando l'ordinamento

Ma non è tutto, ciò che ci si propone è anche di verificare se facendo leva su tale principio si possa arrivare a conciliare posizioni opposte, quali, da una parte, il diritto della persona di decidere per ogni situazione che la riguarda; dall'altra, il “diritto” dello Stato, quale ente composto da una pluralità di soggetti, di individuare le soluzioni in grado di comporre i diversi interessi delle persone che vi appartengono.

Seguendo questa strada si potrebbe arrivare ad istituire un collegamento tra il principio di sussidiarietà e quello di autodeterminazione.

Tale collegamento potrebbe anche non lasciare i principi, di cui si è appena detto, sullo stesso piano, ma determinare l'uno in funzione limitativa rispetto all'altro. Ciò a cui sto pensando è una ricostruzione del principio di sussidiarietà in una duplice veste rispetto all'autodeterminazione, la quale da una parte ritroverebbe nel principio, di cui stiamo trattando, una garanzia e dall'altra un limite. In altri termini, la sussidiarietà verrebbe a costituire un limite oltre che per lo Stato nei confronti del cittadino, anche per il singolo nei confronti della comunità cui appartiene.

Altro punto di cui si dovrà accertare la bontà, e che deriva dai ragionamenti che precedono, è se si possa individuare nella sussidiarietà un “*criterio di equilibrio*” tra le diverse posizioni, e se si

---

*giuridico nell'originaria autonomia dell'uomo, nella sua natura la sussidiarietà, o meglio con la sussidiarietà torna prepotentemente in gioco il problema radicale dello statuto personale dell'uomo, caratterizzato dalla attitudine ad essere “padrone di sé stesso, mettendo la parte migliore della sua anima sulla peggiore”...Ecco perché ciò di cui bisogna rendersi conto, quando si parla di sussidiarietà, e di cui non tutti non sempre ci si rende conto, è che si tratta di un'alternativa radicale rispetto al modo corrente d'intendere sia l'individuale che il sociale”.*

possa dunque grazie ad essa vedere riconosciuti all'uomo attributi diversi, ma non capaci di escludersi a vicenda: l'uomo è sia persona, sia cittadino.

In particolare la ricerca verrà condotta analizzando nuovi istituti – di nuova elaborazione, od oggetto di modifiche recenti.

Gli istituti “pilota” che verranno trattati sono: le incapacità, con attenzione particolare riservata all'amministrazione di sostegno; nell'ambito del diritto di famiglia; verrà approfondita la potestà dei genitori; nell'ambito del diritto delle successioni, si studieranno i limiti che l'ordinamento pone all'autonomia del testatore, con particolare riferimento alla successione cd. necessaria e al divieto dei patti successori, con un'analisi dell'apertura offerta dal patto di famiglia. Infine un capitolo sarà dedicato anche al diritto societario, all'interno del quale si tratterà analiticamente dell'impresa sociale, come introdotta dalla legge n. 155/2006.

Si sono eletti questi istituti quale campo di ricerca per vari motivi: innanzitutto, per restringere il campo di ricerca ad un particolare settore del diritto privato, ovvero, il diritto della persona; in secondo luogo, perché prendendo in considerazione istituti recenti, o oggetto di recente modifica, si può anche considerare il nuovo indirizzo di politica legislativa che si sta percorrendo in Parlamento, e che sembra permeato dal recepimento anche in diritto privato del principio di sussidiarietà.

Attraverso l'analisi dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, di potere riuscire a qualificare le persone deboli in un ottica totalmente nuova, non ghezzante, ma volta a promuovere la persona riconoscendole, attraverso l'applicazione del principio di sussidiarietà, naturale autonomia in ogni condizione di vita.

Attraverso un'attenta ricostruzione storica dell'istituto della potestà, e seguendo la sua evoluzione si proverà ad evidenziare la situazione di soggezione del minore quale conseguenza di una normativa che tuttora lo considera privo di autonomia ed inabile al compimento di qualunque scelta prima del raggiungimento della maggiore età: facendo così prevalere "l'alibi" della difesa del minore dal mondo esterno, rispetto all'esigenza di una sua maggiore responsabilità ed autonomia.

Al contrario, si tenterà di dimostrare che affiancando alla protezione del soggetto minore d'età anche la promozione – improntata al principio di sussidiarietà - delle sue libertà, si determinerebbe un positivo mutamento di prospettiva nella disciplina della potestà, che verrebbe interpretata come “responsabilità genitoriale”, ossia, non più solo quale potere-dovere esercitato in posizione di disparità, bensì quale collaborazione ed indirizzo, in un piano di parità e nel rispetto della personalità del minore.

I patti di famiglia, analizzati nel capitolo dedicato alle successioni, saranno utili al fine di considerare il cambiamento di prospettiva della politica legislativa in ordine all'autonomia privata del testatore.

Prima della legge n. 55 del 14 febbraio 2006, vigeva l'esplicito divieto-tuttora in parte vigente-, sancito nel codice civile all'art. 458, relativo ai patti successori, e in base al quale ogni patto diretto a costituire quale erede o legatario una delle parti, e ogni patto diretto a disporre o a rinunciare a beni relativi ad una successione non ancora aperta, erano tutti ugualmente nulli. La novella in materia è intervenuta su questo divieto facendone venir meno l'inderogabilità, e per cui attualmente è possibile nel rispetto delle prescrizioni disporre in anticipo della “successione relativa all'azienda familiare”.

Il principio di sussidiarietà qui funzionerebbe quale strumento idoneo a mettere, in evidenza un concetto di uomo capace di regolamentarsi

autonomamente, permettendogli di decidere per quelle situazioni che lo riguardano più da vicino, e nelle quali egli è il miglior giudice.

Il titolare dell'azienda, dunque, sa meglio, in quanto conosce il tipo di attività svolta dall'impresa, e conosce la sfera familiare che lo circonda, del legislatore a chi è opportuno spetti la gestione della stessa e ad egli è dunque permesso, con apposito contratto, di rendere certa, mentre è ancora in vita, la situazione quale egli vorrebbe si verificasse alla sua morte. D'altra parte non deve dimenticarsi come in passato spesso, la comunione degli eredi sulla gestione dell'impresa portasse a contrasti tali che si preferiva liquidare la società e dividere il ricavato piuttosto che continuare in una gestione difficile - scelta che, nel tempo, è stata causa principale dell'alto tasso di "mortalità"<sup>7</sup> delle imprese familiari.

Infine il capitolo dedicato all'impresa sociale.

Attraverso l'analisi di questa nuova figura giuridica si intende dimostrare come il principio di sussidiarietà, lasciando spazio alla libera iniziativa dei privati, offra loro la possibilità di attuare le iniziative più idonee a supportare i bisogni e le esigenze delle persone più deboli.

L'ottica del sostegno si affaccia, quindi, anche all'interno del diritto societario, il quale si allontana dall'ottica economica-materialistica,

---

<sup>7</sup> Si vedano le osservazione di G.ATTANZIO *L'impresa di generazione in generazione*, in "Patti di famiglia per l'impresa" collana "I quaderni della fondazione italiana per il notariato", Milano 2006. Le considerazioni di G. Attanzio derivano dall'esperienza diretta, in quanto essendo direttore generale dell'associazione italiana delle aziende familiari e avendo accesso diretto ai dati può con cognizione di causa affermare, a pag. 17, che "*Era (ed è) infatti una esigenza diffusa tra gli imprenditori quella di dare, oltre che avere, certezze riguardo la continuità generazionale dell'impresa e di evitare, pianificando la successione, l'insorgere di conflitti in famiglia, i quali, come si sa, costituiscono una delle cause di grave difficoltà e spesso di "mortalità" delle imprese stesse*".

assumendo una veste nuova capace di mettersi al servizio della comunità.

In conclusione, questa ricerca per le radici di diritto positivo cui sarà ancorata, non sarà un'elucubrazione astratta, ma potrà permettere di indagare le concrete conseguenze dell'applicazione del principio di sussidiarietà nell'ottica del sostegno nell'ambito dei rapporti di diritto privato.

## PARTE I - AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

### 1. Profili Storici

Il 22 dicembre 2003 è stata definitivamente approvata la legge n. 6/2004<sup>8</sup> relativa all' *“Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427, e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione di coordinamento e finali”*, una legge destinata a mutare profondamente il tradizionale campo delle incapacità. Anticipando argomenti che verranno ripresi in seguito, si precisa che il riferimento alle incapacità al plurale non è un errore, bensì si basa sulla legge, la quale discostandosi dall'ottica precedente, introduce anche ipotesi di incapacità in precedenza non considerate<sup>9</sup>.

Dunque il 22 dicembre 2003 la Commissione Giustizia del Senato approva in via definitiva la legge, ma l'iter legislativo non è stato ne facile ne veloce.

Può essere facilmente constatato come i principi, che regolavano la materia delle incapacità, fossero, fino al 2004, ancora quelli di stampo ottocentesco, consolidati nel codice civile del 1865, che a sua volta riprendeva il codice napoleonico, e che nella parte che riguarda gli

---

<sup>8</sup> LEGGE 9 gennaio 2004, n. 6, Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali, in G.U. 19 gennaio 2004 n. 14.

<sup>9</sup> Ci si riferisce in particolare alle incapacità solo temporanee e a quelle di tipo fisico.

argomenti in questione è arrivato con pochi ritocchi sino ai giorni nostri.

Le soluzioni che venivano accettate dal *Code* rispecchiavano la cultura illuministica che nel corso del XVIII secolo aveva innovato la visione tradizionale della follia, prima di allora ascrivibile a un concetto indefinito di “*sragione*” ove confluivano tutti i tipi di devianza sociale dagli indemoniati ai libertini, e naturalmente anche i malati psichici.

Con la cultura illuministica<sup>10</sup> la follia assume una sua specificità discostandosi dagli altri tipi di devianza. La ricaduta sul piano operativo è la creazione delle *nouvelles maison de répression*: i primi luoghi di “assistenza” riservati ai folli, che altro non sono se non i più noti manicomi.

In tale contesto, ad una eventuale interdizione seguivano effetti gravi e di portata particolarmente ampia per la persona, la quale veniva privata oltre che della disponibilità dei suoi beni, anche della disponibilità della propria persona, venendo, infatti, dichiarata “*interdit de l'administration de sa personne et de ses biens*”.

La realtà sociale del tempo determinò anche le scelte legislative: infatti la persona “con problemi” venne considerata dall’ordinamento solo nelle ipotesi in cui essa diveniva pericolosa per gli altri o quando l’esercizio della capacità di agire comportava un nocumento al patrimonio familiare.

In altri termini i motivi, che legittimavano l’intervento dello Stato in questo ambito, erano determinati da considerazioni per così dire di ordine pubblico, collegato alla pericolosità sociale della persona, o di protezione del patrimonio della famiglia. Entrambe le ipotesi rilevano la totale mancanza di considerazione per gli interessi della persona

---

<sup>10</sup> M. FOUCOULT, *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'age classique*, Plan, 1961, pag. 51.

“debole”<sup>11</sup>, che, proprio, in quanto tale avrebbe avuto più bisogno di attenzione, anche da parte del legislatore.

Gradualmente, però, il quadro culturale relativo alla persona del malato di mente o, comunque, con problemi, comincia a cambiare, e ciò, grazie alla maggiore attenzione che le scienze psichiatriche riconoscono al singolo malato. Il punto di arrivo di tali ricerche è che la persona non può più essere soggetta a cure standardizzate, ma deve essere aiutata nei suoi problemi specifici con interventi mirati.

La realtà sociale quindi condiziona nuovamente i quadri legislativi, e negli anni '60<sup>12</sup> si iniziano ad avere, anche, i primi mutamenti: è il 1968 quando in Francia viene per la prima volta superata l'impostazione

---

<sup>11</sup> P.CENDON (a cura di), *Persona e danno*, Giuffrè Editore, Milano 2004. In particolare è dedicato l'intero capitolo XXXVI a “*I diritti delle persone deboli*”; l'autore osserva, pag. 2110, che la *galassia antropologica* dei soggetti deboli è vasta e ramificata. Ancora P.CENDON nell'intervento, *Il testamento per morire in pace*, al convegno dal titolo “Testamento biologico direttive anticipate di trattamento”, tenutosi a Trieste il 6 aprile 2005 cercando di stabilire chi siano queste persone fa riferimento in primo luogo “*agli infermi di mente, agli handicappati fisici, agli alcolisti, ai tossici, ai bambini*” e subito dopo aggiunge a queste categorie “*anche i detenuti, gli adolescenti, i senzatetto, gli appartenenti alle minoranze, gli omosessuali, i rom, le suore, i frati, i ciclisti, i pedoni, gli spettatori televisivi*” e i morenti.

<sup>12</sup> R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in “Trattato di Diritto Privato” diretto da P.Rescigno, 4, III, Utet, Torino 1997, pag. 756. “*Il quadro effervescente e inquieto di quegli anni, pervaso da istanze umanitarie e libertarie, dalla forte tonalità utopica, fomenta infatti l'emergere di un dibattito che assume i temi legati alla follia come terreno emblematico da cui muovere un'analisi critica e una denuncia intransigente delle diverse istituzioni-simbolo dei meccanismi sociali diretti a realizzare forme di esclusione violenta e di mortificante emarginazione nei confronti dei soggetti deboli*”.

tradizionale che collegava con un legame di necessità lo stato di “disagio” del soggetto e l’applicazione di strumenti lesivi della dignità della persona<sup>13</sup>. Alla rigidità degli istituti di incapacitazione vigenti in precedenza, la Francia sostituisce una tutela e una curatela più elastiche e duttili, e al contempo vi affianca un nuovo strumento per la cura di persone in situazioni di disagio temporaneo, la *sauvegarde de justice*. Quest’ultimo è un regime giuridico di protezione applicabile a maggiorenni, le cui facoltà mentali o corporali sono alterate ad un punto tale che essi non possono più amministrare da soli il loro patrimonio<sup>14</sup>. L’accesso alla misura è realizzato attraverso una dichiarazione resa dal medico curante al Procuratore della Repubblica. Lo strumento in considerazione, lo si ripete, è stato concepito come misura transitoria per i casi di alterazioni mentali passeggera ovvero come misura provvisoria destinata ad essere sostituita dalla sentenza che decida la messa sotto curatela o tutela dell’interessato. In altri termini, se le misure ordinate dal giudice sono considerate come sufficienti, queste saranno mantenute senza che sia attivata una tutela o una curatela, proprio perchè scopo dell’istituto è evitare un regime di protezione più restrittivo. Il passaggio ad altre misure più invadenti è in questo contesto giustificato unicamente per le situazioni di infermità più gravi o quando il patrimonio da gestire è importante e disperso. L’effetto principale della messa in *sauvegarde* è che il soggetto pur mantenendo la capacità circa l’esercizio dei propri diritti può chiedere la rescissione degli atti per semplice lesione o una loro riduzione

---

<sup>13</sup> V. E.V.NAPOLI, *Il sistema francese dell’incapacità d’agire quale modello per una riforma in Italia*, in *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, a cura di S. Patti, Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 90.

<sup>14</sup> <http://www.juripole.fr/Dictionnaire/Italien/S.php>, alla voce *Sauvegarde de Justice*

quando l'impegno assunto sia da considerare troppo oneroso<sup>15</sup> anche fuori dai casi in cui è possibile chiedere l'annullamento.

In Italia la situazione non cambia almeno sino alla promulgazione della legge n. 180/78, meglio conosciuta come legge Basaglia<sup>16</sup>, poi confluita nella successiva legge n. 833/78 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. L'obiettivo fondamentale di questi provvedimenti legislativi era quello di far cadere le strutture manicomiali tradizionali, e di abbattere la concezione della malattia mentale come situazione determinante l'esclusione dalla comunità della persona colpita.

I principi fondamentali che permeano la legislazione sono il divieto di costruzione di nuovi ospedali psichiatrici non giudiziari, il superamento dei trattamenti sanitari istituzionalmente differenziati per determinate malattie, il potenziamento di strutture extra ospedaliere di prevenzione e di riabilitazione, il consenso e la partecipazione dell'infermo agli accertamenti e ai trattamenti sanitari. In sintesi, la volontà del legislatore era diretta all'introduzione di una disciplina volta ad accorpate nel Servizio Sanitario Generale le strutture separate in cui venivano gestite le malattie mentali<sup>17</sup>, in modo

---

<sup>15</sup> G.CIAN, L'Amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee, in "Rivista di Diritto Civile", 2004, pag. 489.

<sup>16</sup> E' da sottolineare che ai lavori per l'elaborazione della legge 180/78 ha partecipato anche il prof. Cendon, il cosiddetto padre dell'Amministrazione di Sostegno.

<sup>17</sup> L.BRUSCUGLIA, *Legge 13 maggio 1978, n. 180. Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in "Le Nuove Leggi Civili Commentate", 1979, pag.177 "Da tale rilievo emerge innanzitutto l'esclusione di una voluntas legis diretta all'introduzione nel sistema di una disciplina speciale, essenzialmente per i soggetti affetti da malattia mentale, ancora una volta separata dalla riforma sanitaria generale".

da evitare differenze di trattamento giustificate solamente da diversità di capacità di intendere e di volere.

A questi risultati si giunse grazie ai dibattiti in tema di follia e soggettività del disabile, che negli anni precedenti al 1978 si erano fatti particolarmente accesi. Da più parti si sollevavano voci a sostegno di una svolta nell'approccio alla problematica: istanze sociologiche e medico-psichiatriche conversero nella legge summenzionata, proprio per far chiudere i manicomi, che oramai venivano visti come ghetti legalizzati ove veniva ricoverato chi era affetto da una particolare malattia al fine di separarlo dal resto della comunità<sup>18</sup>.

L'Italia, però, non era ancora pronta per il passo successivo: soppressi i manicomi la "Legge 180" non si è preoccupata di liberare i malati psichici anche dall'altra prigione, quella legale caratterizzata dalla privazione di vari diritti e libertà, in cui continuavano a rimanere ristretti questi soggetti a causa dell'immutato regime delle incapacità.

La ragione giustificatrice di tale scelta, probabilmente, fu quella di attendere di verificare, prima di procedere oltre, gli effetti di questo passaggio da un sistema di cura *interno* al manicomio ad uno *esterno* allo stesso.

---

<sup>18</sup> A.BARDUSCO, *Il labirinto delle malattie di mente e la legge 180*, in "Diritto e Società", 1978, pag. 711 e ss. Trattasi di un primo approccio critico alla legge 180/78 di cui vengono promossi gli obiettivi, ma che viene criticata sul piano pratico per i numerosi nodi irrisolti che lascia: nello specifico l'autore evidenzia il problema della convivenza tra persone malate di mente e persone sane, in particolare ragazzi giovani che da quel momento avrebbero potuto trovarsi in casa parenti affetti da malattie psichiche.

In ogni caso, proprio a seguito dell'entrata in vigore di questa legge qualcosa cambia: il solo fatto che i malati non siano più separati dal resto dei consociati impone a tutti il dovere di riflettere<sup>19</sup>.

Come è stato evidenziato poco sopra il panorama culturale che vigeva in quegli anni era caratterizzato, per quanto riguarda l'approccio al disabile psichico, da una stretta correlazione tra trattamento manicomiale e inquadramento teorico della persona disabile, quasi fossero due facce della stessa medaglia<sup>20</sup>.

Per cui venuta meno la logica custodialistica della cura in manicomio, ne doveva necessariamente conseguire, anche nel nostro paese una riforma degli istituti privatistici dell'interdizione e dell'inabilitazione, che a quella logica, oramai superata, erano ancorati.

Questo può sostenersi in quanto l'introduzione del divieto di cura in manicomio stava certamente significare che dal punto di vista dottrinale si era arrivati ad una riforma del concetto di persona inferma

---

<sup>19</sup> P.CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in "Familia.Quaderni", Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 36: *"Tutto cambia nel momento in cui entra nella legislazione italiana una legge come la n. 180 del 1978 che rovesciando completamente l'ottica di gestione del problema della sofferenza psichica, apre le porte dei manicomi e fa uscire i malati di mente, li reintroduce nella famiglia, nel quartiere, nelle strade. Da quel momento si è indispensabile domandarsi se il malato di mente abbia uno statuto giuridico coerente con il tipo di scommessa liberatoria che è stata fatta sul terreno psichiatrico..."*

<sup>20</sup> PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in "Trattato di Diritto Privato" diretto da P.Rescigno, 4, III, Utet, Torino 1997, pag. 756 *"Le soluzioni legislative si articolavano in modo lineare seguendo un duplice ma convergente binario. Da un lato la misura di ordine pubblico consistente nell'internamento coatto in manicomio, dall'altro la sottoposizione dell'infermo di mente ad un non meno drastico regime di isolamento giuridico realizzato tramite i meccanismi di generalizzata ablazione della capacità di agire"*.

di mente, concetto che sorreggeva ancora gli istituti di incapacitazione<sup>21</sup>.

Il dibattito quindi rimane acceso, grazie soprattutto al prof. Paolo Cendon che si impegna per portare l'Italia a quel traguardo che ormai tutti in Europa avevano raggiunto.

Nel 1987 viene messo a punto nell'ambito dell'Istituto Giuridico della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Trieste una prima stesura di ciò che in seguito diverrà l'attuale legge sull'Amministrazione di Sostegno, si tratta della Bozza Cendon.

Tuttavia, nonostante, sia lo stesso professore ad affermare che la legge 180/78 sia stata uno dei più importanti punti di partenza per la sua bozza, il collegamento tra le due non è a suo parere così stretto, come a prima vista poteva apparire. Le motivazioni che propone<sup>22</sup> sono diverse,

---

<sup>21</sup> Si osserva nella presentazione di G.FERRANDO al Convegno "Malattia mentale e diritto" tenutosi a Genova nei giorni 11 e 12 dicembre 1998, che *"Dal canto loro i progressi nelle conoscenze psichiatriche hanno posto in luce l'eterogeneità delle situazioni di disagio che si vorrebbe riassumere nella formula "infermità di mente", quale presupposto dei provvedimenti limitativi della capacità di agire. Non pare infatti possibile istituire una meccanica correlazione tra ogni forma di disagio o malattia mentale e l'inidoneità a provvedere ai propri interessi o alla propria persona, così come sussistono, d'altra parte, situazioni in cui gli individui versano in uno stato intermedio di salute o alternano momenti di lucidità a momenti di disagio psichico, persone autosufficienti per larga parte del tempo, ma occasionalmente in preda a difficoltà e per le quali - come denuncia larga parte degli studiosi - il rimedio dell'interdizione (ed in qualche misura anche quello dell'inabilitazione), precludendo alla persona qualsiasi attività giuridica, risulterebbe penalizzante ed eccessivo"*, in <http://www.polit.org/ital/ferrando.htm>.

<sup>22</sup> P.CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in "Giurisprudenza italiana", 1988, pag. 118. Secondo quanto lo stesso Cendon dice "la prova è fornita dall'esempio di quei vari paesi europei che pur

ma la principale è che i destinatari del provvedimento di Amministrazione di Sostegno, non erano solo i malati di mente, ma ogni altra persona che potesse avere bisogno di un qualche “sostegno” nella gestione dei suoi affari personali. Questo poteva bastare a tenere separate le due normative in quanto si può intuire come l’istituto dell’Amministrazione di Sostegno si prestasse ad essere applicato in un campo solo in parte comune con quello della legge 180/78, potendo essere esteso anche a settori che nella legge antimanicomiale non si sarebbero mai potuti far rientrare.

Per quanto riguarda l’*iter* parlamentare, si può osservare come pur essendo stato proposto il primo progetto di legge nel corso della XI Legislatura, è solo nel corso della XIV Legislatura che il testo definitivo viene approvato, giovandosi del lavoro svolto nella Legislatura precedente, ove, come nei casi precedenti il disegno di legge era decaduto per lo scioglimento delle camere.

Come si è appena detto, è a partire dalla XI Legislatura che si assiste ad un susseguirsi di proposte e disegni di legge relativi all’istituzione dell’amministratore di sostegno ed alla modifica delle norme in tema di interdizione e inabilitazione. Precisamente, la prima volta che viene presentata una proposta di legge<sup>23</sup> è il 23 aprile 1993; tuttavia è solo a

---

senza essere dotati preventivamente di una legge radicalmente antimanicomiale, hanno tuttavia provveduto a modificare di recente i rispettivi codici civili – in materia di istituti di protezione per i malati di mente -. Secondo linee non dissimili da quelle accolte in questa bozza. E d’altro canto anche in Italia, prima del 1978, nessun interprete poteva davvero affermare che i problemi di natura civilistica, e le necessità di un ammodernamento nell’apparato di risposte offerte dal codice, si limitassero esclusivamente agli infermi di mente ospitati negli ospedali psichiatrici.

<sup>23</sup> Disegno di legge n. 2571, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Amato) e dal Ministro per gli Affari Sociali (Bompiani) di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia (Conso) e con il Ministro della Sanità (Costa) sull’ “Istituzione

partire dalla XIII Legislatura che il cammino si fa più incalzante. Per quanto riguarda i lavori alla Camera, sono di particolare interesse la proposta di legge n. 960<sup>24</sup> e il successivo disegno di legge n. 4040<sup>25</sup> di iniziativa governativa.

Pur essendo questi progetti molto simili alla legge definitiva, di cui anticipano i tratti caratteristici e peculiari, dallo studio dei loro testi emergono tuttavia delle differenziazioni rispetto alla legge n. 6/2004. In particolare la proposta d’iniziativa dei deputati subordinava la nomina dell’amministratore di sostegno a tre situazioni alternative: in primo luogo la condizione di *non autosufficienza* come definita dall’art. 1 della medesima proposta<sup>26</sup>, in base al quale il sostegno di cui la

---

*dell'amministratore di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi”* presentato alla Camera il 23 aprile 1993.

<sup>24</sup> Camera dei Deputati-Proposta di legge n. 960 d’iniziativa dei deputati: Giacco Battaglia, Gatto, Per uzza, Duca, Lucidi, Pittella, Chiavacci, Carli, Paissan, Nardini, Giardiello Altea, Polenta, Gasperoni, Di Capua, Caccavari, Scrivani, Saia, Giannotti, Bova, Attili, Spini, Mariani, Cennamo, Biricotti, circa “*Norme per la tutela delle persone fisicamente o psichicamente non autosufficienti e per l’istituzione dell’amministratore di sostegno a favore delle persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi”* presentata il 16 maggio 1996.

<sup>25</sup> Camera dei Deputati-Disegno di legge n. 4040, presentato dal Presidente del consiglio dei ministri (Prodi) e dal ministro per la solidarietà sociale (Turco) di concerto con il ministro di grazia e giustizia (Flick) con il ministro della sanità (Bindi) e con il ministro delle finanze (Visco), relativo alla “*Istituzione dell’amministratore di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi”* presentato il 24 luglio 1997.

<sup>26</sup> Art. 1 - Qualità e diritti delle persone non autosufficienti - 1.Si considera non autosufficiente la persona di qualsiasi età che, anche se non interdetta o inabilitata, fisicamente o psichicamente, non è autonoma nell’espletamento delle funzioni proprie della vita quotidiana tanto da rendere necessario un intervento assistenziale permanente nella sfera individuale o in quella di relazione.

persona poteva aver bisogno poteva essere di tipo solo permanente, non essendo prevista la possibilità di intervento temporaneo; la seconda situazione che poteva legittimare la nomina di un amministratore di sostegno era individuata con riferimento ad un nuovo negozio familiare, denominato accordo di affidamento, basato sullo schema del contratto a favore di terzi<sup>27</sup> e concernente l'affidamento in custodia della persona non autosufficiente ad affidatari che potevano essere sia singole persone che famiglie, quanto comunità gestite da organismi di volontariato, associazioni cooperative sociali, istituzioni pubbliche o di assistenza e beneficenza e fondazioni, purché non accolgano contemporaneamente nello stesso luogo più di altre cinque persone<sup>28</sup>; infine, era previsto che il giudice tutelare potesse procedere alla nomina di un amministratore di sostegno *“quando una persona per effetto di una grave malattia o menomazione o a causa dell’età avanzata, si trova nell’impossibilità anche temporanea di provvedere alla cura dei propri interessi o di amministrare il proprio patrimonio”*<sup>29</sup>.

Anticipando questioni che verranno considerate nel proseguo del lavoro , va subito detto che per quanto riguarda le prime due condizioni non c’è cenno nella legge definitiva, mentre per quanto riguarda la terza, è caduto nel testo definitivo il riferimento all’età avanzata, in quanto i casi possono essere compresi a seconda delle

---

2. Ogni persona non autosufficiente ha diritto di vivere con il massimo di autonomia psicologica, fisica , economica, giuridica possibile nella propria abitazione, nell’ambito della propria famiglia e nella comunità locale di abituale dimora con le garanzie stabilite dalle leggi nazionali e regionali vigenti.

<sup>27</sup> Come si desume dal rinvio della norma finale, art. 7, operato alle disposizioni previste dal codice civile in materia di contratto a favore di terzi.

<sup>28</sup> Confronta gli articoli da 3 a 7 della proposta di legge n. 960.

<sup>29</sup> Vedi art. 9 della proposta di legge n. 960

circostanze nelle cause di infermità o menomazione fisiche o in quelle psichiche, come sono state inserite da ultimo nella legge.

Per quanto riguarda la proposta ministeriale si può osservare che rispetto alla precedente, essa non fa riferimento né alla condizione di non autosufficienza, né ai contratti di affidamento, mentre conserva negli stessi termini, quella che nella proposta n. 960 era la terza condizione per la nomina dell'amministratore di sostegno.

I lavori alla Camera terminano con l'approvazione di un testo unificato, il n. AS 4298, che viene approvato il 20 ottobre 1999 ed risultante dell'unificazione della proposta di legge n. 960 e del disegno di legge n. 4040. Tale testo viene trasmesso al Senato 26 ottobre 1999 per essere approvato anche in quella sede, ma si trova a concorrere con altri due disegni di legge: il primo è il numero 1968 intitolato "*Norme per la tutela delle persone fisicamente o psichicamente non autosufficienti e per l'istituzione dell'amministratore di sostegno a favore delle persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi*"; il secondo è il numero 3491 relativo alla "*Istituzione dell'amministrazione di sostegno e degli uffici pubblici di tutela*". Tutti i tre disegni di legge da ultimo citati confluiscono in un solo testo elaborato dalla seconda Commissione Permanente (Giustizia), che viene comunicato il 15 novembre 2000, e che non giunge all'approvazione a causa delle fine della legislatura, che porta allo scioglimento delle camere.

Tuttavia il lavoro svolto nella XIII Legislatura non può essere definito inutile, in quanto l'ultimo testo unificato viene riproposto al Senato all'inizio della XIV Legislatura con un nuovo numero: si tratta del disegno di legge AS 375, che approvato in Commissione Giustizia torna alla Camera per la seconda approvazione. Purtroppo la Camera apporta

nuove modifiche che si riflettono soprattutto nell'art. 1 della legge<sup>30</sup>, e che rendono necessario un ulteriore passaggio in Senato; quest'ultimo quindi approva il testo definitivo, il n. 375-B, il 22 dicembre 2003.

E' possibile che tra i motivi che hanno portato all'approvazione definitiva della legge vi sia da annoverare anche il fatto che la recente politica statale italiana si trova di fronte ad un processo di trasformazione del potere pubblico in campo sociale<sup>31</sup>: il modello d'azione si sta evolvendo da una situazione precedente caratterizzata da assistenzialismo e interventismo, ad una nuova, orientata alla regolamentazione della materia in un'ottica di appoggio secondo il principio di sussidiarietà. Infatti è proprio facendo riferimento a

---

<sup>30</sup> Si riproduce di seguito il testo dell'art. 1 del disegno di legge AS 375, mentre l'art. 1 del testo definitivo verrà analizzato più avanti nel proseguo del lavoro. *“Art.1- La presente legge ha la finalità di assicurare, mediante interventi di supporto temporaneo o permanente nella sfera individuale ed in quella di relazione, la migliore tutela della qualità della vita, della dignità, dei bisogni e degli interessi delle persone in tutto o in parte prive di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana”*. Si osserva subito che nel passaggio alla Camera si sono sostituiti i concetti di dignità e migliore qualità della vita con una locuzione che appare essere più idonea alla posizione che gli articoli della nuova legge sono andati ad occupare nel codice: si è inserito il riferimento alla *minore limitazione possibile della capacità di agire*.

<sup>31</sup> V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in “Diritto e Società”, 2005, pag. 520 *“ Più precisamente per un verso, è agevole rilevare come tale stagione innovativa si iscriva nel più ampio processo di trasformazione del ruolo del potere pubblico in campo sociale, non ancora concluso ed anzi, ancora in fase di sperimentazione. L'espresso riconoscimento legislativo e poi costituzionale del principio di sussidiarietà, infatti ha sancito il mutamento culturale e politico maturato sul tema, favorendo una evoluzione del modello di Stato sociale, da assistenzialista ed interventista a tendenzialmente regolatore e sussidiario ”*

quest'ultimo che si può dare nuovo valore al nucleo familiare attuando la direttiva stabilita dal principio di sussidiarietà, nella sua accezione *orizzontale*, secondo cui tutte le attività che potrebbero essere svolte meglio dai privati non dovrebbero essere dall'autorità pubblica. La famiglia quindi in questo modello sarà il soggetto protagonista in quanto più vicino ai bisogni e ai desideri della persona.

## *2. Caratteri Fondamentali dell'Amministrazione di Sostegno*

A questo punto è giunto il momento di valutare gli aspetti di maggior rilievo della disciplina in analisi.

Preliminarmente è importante notare che tale legge, i cui articoli si vanno ad inserire nel corpo del Codice Civile, è andata a modificare la rubrica del titolo XII del libro primo: dove prima si leggeva *“Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione”* adesso si trova *“Delle misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia”*. Questo non è un cambiamento irrilevante, va invece analizzato alla luce, e a conferma, di quanto detto in precedenza, cioè come significativo di un ripensamento prima sociale e poi giuridico della figura della persona con disabilità<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Vedi a riguardo, S.NOCERA, *Amministrazione di Sostegno ecco cosa cambia*, in [www.superabile.it/Superabile/HomePage/Punto/ammin\\_nocera.htm](http://www.superabile.it/Superabile/HomePage/Punto/ammin_nocera.htm): *“Ciò da il segno di quanto sia cambiata l'immagine sociale e quindi giuridica delle persone con disabilità, a seguito degli ultimi trent'anni di integrazione scolastica e sociale, che in Italia ha raggiunto aspetti del tutto generalizzati e significativi, malgrado permangano ancora pressanti esigenze di miglioramento e il bisogno di resistere a tendenze involutive...E di questi cambiamenti da testualmente atto la finalità della legge, che è quella espressa di ridurre al minimo i casi di ricorso all'interdizione e all'inabilitazione”*.

Nell'analizzare la disciplina, il punto da cui partire sono certamente gli obiettivi che la legge si prefigge, e questi sono indicati nel primo articolo, che per la sua importanza sembra opportuno riprodurre:

*Art. 1. La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.*

Questa è una norma fondamentale<sup>33</sup> sia per quanto riguarda la comprensione degli articoli che seguono, si pone come criterio guida, sia per l'applicazione che di tali disposizioni deve darsi.

Il dato innovativo che si impone come una sorta di faro per il giudice tutelare e che ribalta la *policy* del sistema precedente, riguarda il fatto che la tutela dei soggetti che ne abbiano bisogno deve avvenire “*con la minore limitazione possibile della capacità di agire*”. Sinteticamente si può dire che obiettivo principale della riforma è stato trovare un nuovo punto di equilibrio tra le istanze di libertà e di protezione, tale da assicurare “*all'infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile, e - quanto alla protezione - dargli in più tutta quella che è necessaria e togliergli quella che è superflua, dannosa o ingiusta*”<sup>34</sup>. In altre

---

<sup>33</sup> In questo senso vedi A.VENCHIARUTTI, *Questioni di validità degli atti*, durante l'intervento al convegno svoltosi a Genova 11 giugno 2004 dal titolo “L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per i soggetti deboli”.

<sup>34</sup> P.CENDON, *Infermi di mente e altri “disabili” in una proposta di riforma del codice civile*, in “Giurisprudenza Italiana”, 1988, pag. 118. In questo senso afferma : “*Tutti gli interventi previsti dalla legge, infatti sono orientati a tutelare le persone prive di autonomia e non a svalutarle e, meno che mai, a segregarle*”, F.ERAMO, *L'amministrazione di sostegno*, in “Il Diritto di Famiglia e delle Persone”, 2004, pag. 534.

parole il criterio fondamentale che deve essere seguito è quello di invadere il meno possibile lo spazio di autodeterminazione della persona, in quanto l'amministratore di sostegno può e deve svolgere il suo incarico entro i limiti di quanto il beneficiario non può fare da solo: la protezione di chi non è autosufficiente deve, cioè, essere adeguata alle sue effettive necessità<sup>35</sup>.

Passando dal dato normativo alla realtà, il giudice qualora si trovi in una situazione ove ha astrattamente a disposizione più soluzioni idonee tutelare adeguatamente il beneficiario, deve scegliere quella che gli appaia sacrificare in misura minore la residua capacità del soggetto in questione.

Seguendo l'osservazione di chi<sup>36</sup> vede in questa legge un concreto adeguamento della disciplina in materia di tutela del soggetto debole ai

---

<sup>35</sup>M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L'Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 15: "Chiunque non sia autosufficiente, ossia non sia in grado di vivere in modo pienamente o parzialmente autonomo, deve essere tutelato, ma tale tutela deve essere necessariamente proporzionata alle sue effettive necessità".

<sup>36</sup> F.ERAMO, *L'amministrazione di sostegno*, in "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 2004, pag. 535. Tuttavia in questo articolo si fa riferimento solo art.22 cost., che io ho ritenuto di non prendere in considerazione, in quanto si fa riferimento solo alla capacità giuridica, e non anche a quella di agire. Ritengo infatti che sia l'attitudine a poter liberamente disporre dei propri beni, siano patrimoniali o morali o d'altra natura, che intende tutelare la nuova legge e non la semplice capacità giuridica che in quanto tale è assicurata a tutti sin dalla nascita. "E' noto, infatti, in via generale, che l'ordinamento garantisce ad ogni persona fisica, fin dalla nascita, la capacità giuridica( art.1 del codice civile con riferimento all'art. 22 della Costituzione), ossia l'attitudine ad essere titolari di diritti e doveri. Il riconoscimento successivo della capacità di agire( dell'attitudine in pratica a compiere atti giuridici) ciò nonostante, può essere condizionato in quelle ipotesi in cui la persona maggiorenne d'età è sottoposta a limitazioni a causa di alcune

precetti costituzionali, si è tentato di ancorare gli obiettivi fissati nella disposizione in questione ad alcuni articoli della Carta Costituzionale.

Nello specifico, si consideri, innanzitutto, l'art. 2 *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*.

Riguardo a questa norma si vuole evidenziare il fatto che il legislatore ha dato attuazione al compito di promuovere la solidarietà sociale nei confronti del singolo bisognoso, dovere che nel sistema previgente non era stato portato a termine, e rendeva la disciplina bersaglio di critiche da parte della dottrina che evidenziava l'incostituzionalità delle norme codicistiche<sup>37</sup>.

Il legislatore del 2004 ha, invece, raggiunto l'obiettivo della solidarietà sociale<sup>38</sup> individuando nella società e non più nelle “case di

---

*condizioni personali. Si tratta di una legge che ha un contenuto tecnico-giuridico considerevole, perché modifica del tutto un titolo del codice civile, ma ha anche rilevanti contenuti sociali.”*

<sup>37</sup> Si evidenzia nella presentazione di G.FERRANDO al Convegno “Malattia mentale e diritto” tenutosi a Genova nei giorni 11 e 12 dicembre 1998 che *“larga parte della dottrina denunci ormai da tempo un netto contrasto tra le norme codicistiche e gli stessi principi costituzionali i quali pongono all'apice della gerarchia dei valori la persona umana (art. 2 Cost.). In questo quadro, gli obiettivi da perseguire dovrebbero essere, piuttosto che la posizione di divieti o l'interdizione di attività, la promozione del soggetto incapace, lo sviluppo delle sue pur limitate capacità. Al contrario, la condanna dell'individuo ad una permanente condizione di inferiorità giuridica ne sanziona e ne aggrava la condizione di emarginazione sociale”*, in <http://www.pol-it.org/ital/ferrando.htm>

<sup>38</sup> Tale obiettivo era tanto presente che nel disegno di legge n. 4040 di iniziativa governativa si era inserito come norma di chiusura un art.11 intitolato “Gratuità degli atti e dei provvedimenti”, che stabiliva che *“Gli atti e i provvedimenti del*

custodia”, il miglior strumento di sostegno ai disabili. Infatti, è quando ci si offre per aiutare qualcuno che si ottengono i migliori risultati, e la realtà personale di ognuno di noi ben evidenzia, mentre è più raro riuscirci quando si vede in questo compito solo un dovere, magari motivato dal mero guadagno. Conscio di questo il legislatore ha, quindi, stabilito che siano, preferibilmente, le persone più vicine al beneficiario, per ragioni di parentela o altro, ad assumere l’incarico di amministratore di sostegno.

Altri spunti possono essere ritrovati anche nell’ art. 3 Cost. nella parte in cui recita: *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione... di condizioni personali e sociali. E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che... impediscono il pieno sviluppo della persona umana...”*.

Alla luce di questo articolo si riscoprono nella riforma aspetti significativi per quanto riguarda, in modo specifico, l’azione statale: compito dello Stato è di eliminare *gli ostacoli di ordine economico e sociale*, dice la norma, e di sicuro si possono annoverare tra gli ostacoli sociali anche le indebite limitazioni alla capacità d’agire.

Inoltre si può osservare, che è il libero esercizio della capacità di agire a garantire il pieno sviluppo della persona, e che, quindi, costituisce il

---

*procedimento di nomina e revoca dell’amministratore di sostegno non sono soggetti all’obbligo della registrazione e sono esenti da tasse imposte e tributi”*. Nella presentazione alla Camera dei Deputati del 24 luglio 1997, si era giustificata tale previsione *“in considerazione delle finalità sociali e della natura dell’istituto”*. Nel passaggio alla legge definitiva si è corretto il tiro, ed in effetti l’art. 13 della legge, che va ad aggiungere l’art. 46bis al regio decreto 30 marzo 1942 n. 318, prevede non la completa gratuità degli atti e dei provvedimenti, bensì l’esenzione dall’obbligo di registrazione e dal contributo unificato.

fondamento per il cosiddetto diritto alla realizzazione personale<sup>39</sup>. E' infatti il poter decidere validamente ciò che rende effettive le aspirazioni della persona, e cosa se non la realizzazione delle aspirazioni garantisce il *pieno sviluppo della persona umana*?

Quando le limitazioni alla capacità d'agire superano la misura necessaria al fine della protezione del soggetto bisognoso, divengono illegittime in quanto manca la ragione giustificatrice per tale privazione. Finora la ragione la si ritrovava nella protezione del patrimonio familiare, ma questa è una motivazione che poteva trovare fondamento solo nella struttura codicistica di stampo ottocentesco: nel sistema attuale ogni privazione che non può essere giustificata facendo esclusivo riferimento al soggetto debole, è da ritenere illegittima.

Svolte queste considerazioni sugli obiettivi della riforma, è ora opportuno proseguire analizzando le caratteristiche dell'amministrazione di sostegno la cui definizione può essere ricavata dal nuovo art. 404 del codice civile, in base al quale: la persona che, a causa di una "infermità" o di una "menomazione fisica o psichica", si trovi nella "impossibilità", anche "parziale o temporanea", di

---

<sup>39</sup> Parla di questo diritto P.CENDON, *Il testamento per morire in pace*, intervento al convegno dal titolo "Testamento biologico direttive anticipate di trattamento", tenutosi a Trieste il 6 aprile 2005. "Il punto di partenza è quello del grande diritto, del super diritto che gli avvolge tutti, quello che chiamiamo il diritto alla realizzazione personale, art. 3 della Costituzione, 2° comma: è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono alla persona di realizzarsi. Se noi ragioniamo così, per quanto male tu stia, per quanto pietrificato, bastonato, dalla sfortuna tu sia, c'è comunque in te una voglia di vivere, hai comunque una combinazione esistenziale nella vetrina dei beni del mondo, dei servizi, delle cose belle che luccicano nella Costituzione, nei supermercati, tu hai distillato una tua ghirlanda, una tua traiettoria di cose che vuoi raggiungere".

provvedere ai “*propri interessi*”, può essere assistita da un amministratore di sostegno. Da questa definizione si può emergere che alla nomina dell’amministratore di sostegno si può arrivare in presenza una *causa* e di un *effetto*<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda la causa, che il giudice tutelare dovrà accertare in concreto, essa consiste nella “*infermità*” o nella “*menomazione fisica o psichica*”, da cui scaturisce l’effetto della “*impossibilità di provvedere ai propri interessi*”, infatti solo le infermità e le menomazioni che incidano sull’attitudine alla cura di sé possono valere come condizioni per un valido accesso all’istituto. Un punto importante da tenere a mente, e lo si è osservato anche poco sopra, è che ogni indebita privazione di autonomia è illegittima, e quindi sarebbe *contra legem* affidare una persona capace ad un amministratore di sostegno.

Già nell’individuazione delle situazioni che legittimano l’accesso all’istituto è possibile cogliere la portata innovativa della riforma che intende ricomprendere nel suo ambito di applicazione il maggior numero possibile di condizioni soggettive.

---

<sup>40</sup> Così in M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L’Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 24 “*sembra di poter affermare che i presupposti per la nomina di un amministratore di sostegno si realizzino in presenza di una causa e di un effetto: la causa è l’infermità o la menomazione fisica o psichica ...; l’effetto è l’impossibilità, che può essere permanente oppure temporanea, e anche parziale, di provvedere ai propri interessi*”; sempre con riferimento al rapporto di causa ed effetto vedi U.ROMA, *L’Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l’interdizione*, in “Le nuove leggi civili commentate”, 2004, pag. 1014: “*L’art. 404 stabilisce che l’impossibilità di provvedere ai propri interessi deve costituire effetto <<di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica>>*”.

Infatti, la normativa è slegata rispetto a specifiche definizioni mediche, la cui necessità si sentiva superata già quando si parlava di *infermità mentale* in tema di interdizione; il legislatore ha preferito riferirsi con i termini di infermità e menomazione a qualunque tipo di alterazione dello stato di salute della persona, piuttosto che vincolare questi termini a precise patologie con il rischio concreto di lasciare dei vuoti legislativi.

Ammesso l'atecnicismo<sup>41</sup> con cui il legislatore utilizza i termini *infermità* e *menomazione*, può essere significativo interrogarsi sul perché egli ha voluto utilizzare due vocaboli al posto di uno solo, quale sarebbe potuto essere, ad esempio, "*patologie*". In altre parole, ci si vuole interrogare su quali siano le differenze tra i due concetti, e se queste diversità possano essere tali da determinare una certa autonomia applicativa, cosicché non si possa pensare di essere di fronte ad un'unica situazione, benché sdoppiata in due termini. Più semplicemente ci si chiede quali siano le condizioni che permettono di parlare di infermità e quali quelle che rimandano al campo delle menomazioni.

Si può, fondatamente, ritenere che la risposta a questa domanda sia da ricercare nell'intenzione di discostarsi nettamente dal contesto socio culturale precedente ove l'unico tipo di infermità conosciuta era quella psichica, o infermità di mente<sup>42</sup>; mentre per quanto riguarda le

---

<sup>41</sup> In realtà c'è chi vede una sostanziale differenza nell'uso dei due termini, in quanto l'impiego del vocabolo *menomazione* comporterebbe innanzi tutto un allargamento dell'area di rilevanza giuridica del disagio al di là di quanto può ricadere nell'infermità di mente, confronta U.ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in "Le Nuove Leggi Civili Commentate", 2004, pag. 1015, in nota.

<sup>42</sup> In questo senso U.ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in "Le Nuove Leggi Civili

debolezze fisiche esse non avevano tutela se non contemporaneamente ad un'infermità psichica che ne giustificasse la protezione.

Si apre dunque un vasto dibattito per capire quali siano le situazioni tutelabili dalla previsione della *menomazione psichica*, e, in particolare, pare che ora possano accedere all'Amministrazione di Sostegno anche tutti quei soggetti che non hanno, o non avevano in passato, un'infermità tale per poter essere protetti con le vecchie misure incapacitanti, ma che abbiano, o avessero, bisogno di aiuto. Ad esempio ci si può attendere che in futuro possano essere sottoposte ad Amministrazione di Sostegno anche tutte quelle persone che pur non soffrendo di malattie di mente, siano affette da danno psichico.

Per chiarire il punto è utile specificare cosa si debba intendere per danno psichico, per non confonderlo con il danno biologico di cui è una sottocategoria. In particolare sulla definizione di danno biologico è intervenuto, recentemente, il legislatore con due disposizioni: una in materia di INAIL( art. 13, decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38) e un'altra in ambito dell'assicurazione obbligatoria r.c.a.(art. 5, legge 5 marzo 2001,n. 57). Tuttavia la settorialità che caratterizza i due interventi legislativi, potrebbe far sì che per quanto riguarda tutte le tipologie di eventi non contenute, si continuerà ad applicare il concetto di danno biologico elaborato dalle corti.

In particolare, si parla di danno biologico in presenza di ogni violazione ingiusta della dell'integrità biologica e psicologica della persona, che sia tale da modificare in senso peggiorativo il modo di essere della stessa,

---

Commentate", 2004, pag. 1014: *"l'espresso e inedito riferimento alla menomazione psichica, in sé e per sé considerata, rivela la consapevolezza del legislatore dell'esistenza di situazioni di disagio psichico che sino ad oggi restavano giuridicamente irrilevanti malgrado l'ampiezza semantica riconosciuta da dottrina e giurisprudenza alla locuzione infermità di mente"*.

incidendone negativamente la sfera individuale per quel che concerne le manifestazioni di vita<sup>43</sup>.

Il danno psichico, che come poco sopra sottolineato rientra del danno biologico, si differenzia dai semplici sentimenti di sofferenza legati ad un evento, e richiede per la sua affermazione che vi sia una risposta patologica dell'individuo all'evento lesivo contingente. Precisato in questo modo il danno psichico, si può ammettere che in determinate circostanze si possa arrivare alla nomina di un amministratore di sostegno per quei soggetti che in passato rimanevano privi di aiuto perché la loro situazione non ricadeva all'interno delle vecchie previsioni<sup>44</sup>.

Nonostante, la riforma abbia apportato importanti modifiche nel campo delle cause psichiche, in realtà la vera innovazione per quanto

---

<sup>43</sup> Così spiega il danno biologico C.PERNICOLA, *La valutazione del danno psichico: comprendere per spiegare, piuttosto che spiegare senza comprendere*, in [http://www.filodiritto.com/diritto/penale/valutazione\\_danno\\_psichico\\_pernicola.htm](http://www.filodiritto.com/diritto/penale/valutazione_danno_psichico_pernicola.htm)

<sup>44</sup> Si vedano sul punto gli artt. 414 e 415 vecchia formulazione: art. 414 *“Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, devono essere interdetti”*; art. 415 *“Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all’interdizione, può essere inabilitato. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità, o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un’educazione sufficiente, salva l’applicazione dell’articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi”*. Dati questi articoli di legge non ritengo che la perturbazione psichica dovuta ad un grosso dolore non potesse in passato portare nemmeno ad una sentenza di inabilitazione per la mancanza dei requisiti di attualità e abitualità, quando le manifestazioni di squilibrio fossero dilazionate in lunghi periodi di tempo.

riguarda le situazioni legittimanti la nomina dell'amministratore di sostegno, è costituita dalle cause di natura fisica.

La *ratio* della legge n. 6/2004 sembra, infatti, voler fornire una tutela anche a tutti quei soggetti che pur essendo pienamente capaci di *intendere e di volere* difettano, tuttavia, di autonomia nel compiere le attività quotidiane e che per questo hanno bisogno di interventi di sostegno<sup>45</sup>.

Possono, infatti, verificarsi situazioni in cui il soggetto pur non essendo infermo mentalmente versa, tuttavia, nell'incapacità di badare a se stesso. Per fare degli esempi è sufficiente pensare alle situazioni di cecità parziale o totale, ai portatori di handicap fisici, ai lungodegenti, alle condizioni fisiche di chi si avvicina allo stadio terminale della vita: in tutti questi casi, ma anche in molti altri, il soggetto è pienamente capace di comprendere il significato della propria condotta, tuttavia è proprio quest'ultima che non riesce a rendere attuale per motivi indipendenti dalla propria volontà. In questi casi, e in quelli simili, ciò che si chiede all'amministratore di sostegno è di divenire il braccio di ciò che la mente del beneficiario da sola non può realizzare.

Per quanto riguarda, in particolare, questa causa di accesso all'amministrazione di sostegno la dottrina si interroga circa i confini della menomazione o infermità fisica idonee all'applicazione dell'istituto. L'interpretazione preferibile sembra essere quella che vuole che l'infermità in questione corrisponda ad una reale restrizione

---

<sup>45</sup> Esattamente, U.ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in "Le Nuove Leggi Civili Commentate", 2004, a pag. 1006 si afferma che "il difetto di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana e la conseguente necessità di interventi di sostegno possono ben riconoscersi nel soggetto, in pieno possesso delle capacità intellettive e volitive".

o menomazione fisica che impedisca al soggetto un'amministrazione efficiente e diretta<sup>46</sup> dei propri interessi.

In sostanza, pur essendo il dato normativo particolarmente generico, si ritiene che non si possa prescindere dall'accertamento di una reale infermità, il che porta ad escludere che una situazione di mera difficoltà soggettiva rientri nell'ambito di applicazione dell'istituto<sup>47</sup>. Questa affermazione tuttavia non è unanime in quando c'è chi<sup>48</sup> ritiene che per capire in pieno la disposizione e il riferimento alla causa fisica ci si debba riferire a tutte quelle ipotesi in cui l'infermità o la menomazione si accompagnino all'annullamento, al mancato sviluppo

---

<sup>46</sup> S.DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'Amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 2004, tomo II pag. 38, "Tuttavia, quando si tratti, in particolar modo, di una semplice menomazione fisica, anche grave ( si pensi alla perdita dell'uso delle gambe), in realtà non sarà mai dato parlare di una vera impossibilità di provvedere ai propri interessi, ma al più di un'inefficienza a provvedervi direttamente".

<sup>47</sup> A.BULGARELLI, *La "procura di sostegno" ovvero l'amministrazione di sostegno per i casi di sola infermità fisica*, in [personaedanno\\_browse1\\_it\\_206\\_resource\\_orig.pdf](#): "Il dato normativo è del resto chiaro nel prevedere l'impossibilità di provvedere ai propri interessi quale effetto dell'infermità, ciò che in un senso rigoroso dovrebbe portare, come detto, ad escludere dall'ambito di applicazione della figura qualsiasi ipotesi di mera malagevolezza soggettiva".

<sup>48</sup> In questo senso vedi S.DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'Amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 2004, tomo II, pag. 39. L'Autore adduce a sostegno di questa affermazione più di un argomento, in particolare afferma che qualora ci si trovi di fronte ad un soggetto pienamente capace di intendere e di volere, ma con disabilità fisiche, in questo caso l'ammissione all'istituto comporterebbe un'inammissibile rinuncia, anche a solo una parte, della capacità.

o ad una apprezzabile compromissione delle facoltà intellettive dell'individuo.

Il rilievo, tuttavia, non pare convincente<sup>49</sup> in quanto riducendo in questo modo l'ambito applicativo, si toglierebbe gran parte del profilo innovativo alla riforma, che, senza dubbio, presenta nella *ratio* e nelle finalità l'intenzione di permettere all'interessato, debole, anche solo dal lato fisico, di chiedere un sostegno per espletare le ordinarie funzioni. Né sembrerebbe valere l'ulteriore obiezione secondo la quale l'ordinamento, per situazioni di questo tipo, conosce specifici strumenti negoziali, tra i quali la procura e il mandato, idonei allo scopo e che, diversamente dall'amministrazione di sostegno, non intaccano la capacità d'agire dell'individuo. In realtà, questa obiezione non tiene in considerazione il fatto che il legislatore, con questa

---

<sup>49</sup> In questo senso, U.ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in "Le Nuove Leggi Civili Commentate", 2004, pag. 1019, l'autore prendendo posizione proprio in riferimento a Delle Monache, afferma che *"il rilievo è indubbiamente dotato di forza persuasiva; tuttavia, sembra che essa si indebolisca notevolmente,..., non solo in forza della lettera dell'art. 404 c.c, ma pure della ratio complessiva dell'istituto, e dalla finalità enunciata dall'art.1 della l. n. 6/04 che amplia considerevolmente il ventaglio delle situazioni e il novero dei destinatari del <<sostegno>> civilistica organizzato al difetto totale o parziale, di <<autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana>>"*; ancora osserva A.BULGARELLI *"una tale scelta, mostra indubbiamente di aver ampliato, arricchendole di notevoli valori aggiunti, le possibilità operative per l'infermo fisico, ma perfettamente compos sui, di avvalersi della collaborazione altrui al fine di ottemperare efficientemente alla cura dei propri interessi"*, in , *La "procura di sostegno" ovvero l'amministrazione di sostegno per i casi di sola infermità fisica*, in [personaedanno\\_browse1\\_it\\_206\\_resource\\_orig.pdf](#)

previsione, possa avere voluto apprestare uno strumento di tutela in più a dei soggetti che si trovano già in notevole difficoltà, questo perché l'amministrazione di sostegno è molto più flessibile di ogni altro istituto negoziale ed è idonea a comprendere sia interessi strettamente patrimoniali, sia interessi di altra natura, a differenza dei tradizionali istituti civilistici sono di solito improntati al soddisfacimento di interessi strettamente patrimoniali.

Dopo avere ampiamente trattato della *causa* che permette di accedere all'amministrazione di sostegno, si tratterà ora dell'*effetto*, che è necessario si origini da essa sempre ai fini dell'applicabilità dell'istituto. Tale effetto, lo si è detto più indietro, è costituito dall'impossibilità di provvedere ai propri interessi che deve originarsi dall'infermità o dalla menomazione fisica o psichica.

Due sono le questioni che devono essere trattate: la prima riguarda che cosa si debba intendere per "impossibilità", la seconda a cosa corrisponda il concetto di "interesse" in questa materia.

Anticipando contenuti che verranno esplicitati in seguito, si intende qui dare importanza al concetto di impossibilità sotto due profili, in primo luogo perché la sua introduzione nel testo legislativo è significativa di un mutamento rispetto al periodo precedente; e in secondo luogo perché essa è il mezzo tramite il quale il legislatore è riuscito a rendere l'amministrazione di sostegno un istituto flessibile capace di adattarsi ad ogni situazione.

Preliminarmente quindi si osservi come, nella vecchia formulazione<sup>50</sup>, non si facesse riferimento all'impossibilità, né per identificare le ipotesi di interdizione né per quelle di inabilitazione, in entrambi i casi si faceva riferimento all'incapacità di provvedere ai propri interessi. Può

---

<sup>50</sup> All'impossibilità non fanno riferimento nemmeno gli attuali artt. 414 e 415 in cui compare tuttora la formula "incapacità di provvedere ai propri interessi".

quindi essere interessante cercare di comprendere perché si sia passati da un concetto di “incapacità” a quello di “impossibilità”<sup>51</sup>.

Per arrivare a dare una risposta a questa questione si deve però prima comprendere cosa si debba intendere per “incapacità di provvedere ai propri interessi” e in quest’opera ci si può avvalere dei risultati ottenuti in proposito dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>52</sup>.

Il termine “incapacità” viene riferito ad un preciso stato di infermità di mente abituale che impedisce al soggetto, che ne è affetto, di rendersi conto del significato degli atti giuridici da compiere e al contempo, o in alternativa non è in grado di determinarsi nel compierli: la persona è, in altri termini, incapace di intendere o di volere in modo abituale; intendendo per abitudine una situazione che non è momentanea, bensì, che costituisce il normale habitus, o modo d’essere, della persona.

Nell’amministrazione di sostegno, invece, si prende in considerazione un diverso stato di inidoneità a provvedere ai propri interessi rispetto all’interdizione e all’inabilitazione ed è per questo motivo che si parla di “impossibilità di provvedere ai propri interessi”.

---

<sup>51</sup> Tuttavia c’è chi ritiene che non si debba sopravvalutare questo mutamento terminologico in quanto ciò che accomuna i tre istituti di protezione del soggetto debole, sono accomunati dal far riferimento a una mancanza totale o parziale di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, e secondo l’autore questa situazione sarebbe sinonimo sia di incapacità, sia di impossibilità; confronta U.ROMA, *L’Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l’interdizione*, in “Le nuove leggi civili commentate”, 2004, pag. 1007.

<sup>52</sup> G.CIAN, A.TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova 2004.

Come sinora si è cercato di spiegare, l'amministrazione di sostegno si riferisce ad una persona non necessariamente « incapace<sup>53</sup> » ma che, nondimeno, per le condizioni di salute, per le particolari disabilità, o per qualunque altra causa, si trova nell'impossibilità, anche parziale o soltanto temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Proprio per questo motivo, cioè, il soggetto non deve essere necessariamente incapace, ma si richiede soltanto che egli versi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, in modo tale che la capacità del beneficiario subisca solo parziali limitazioni, il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore

---

<sup>53</sup> P.CENDON nell'intervento, *Il testamento per morire in pace*, al convegno dal titolo "Testamento biologico direttive anticipate di trattamento", tenutosi a Trieste il 6 aprile 2005 afferma con riferimento a questo punto che "Soprattutto vi è un aspetto che non viene, di solito, rimarcato a sufficienza. Non sono un medico, né tantomeno uno psichiatra. Mi sono convinto tuttavia, nel corso del tempo, parlando con vari esperti (e ho avuto anche la conferma portando avanti questa legge sull'amministratore di sostegno), che una parola cui dovremmo rinunciare - concordemente, stipulativamente - sia d'ora in poi la parola "incapacità". Gli psichiatri, i giuristi migliori che ho incontrato sin qui mi hanno insegnato non dico che l'incapacità sul terreno naturale (come disabilità) non esiste mai, in nessuna forma, ma che si tratta di una categoria (sul terreno concettuale) da dismettere sempre più risolutamente. Non può andare bene cioè un'impostazione manichea, una distinzione "tutto bianco/tutto nero", o "sei sano/sei malato" - come il ricorso a quella locuzione intrinsecamente suggerisce", e ancora nel medesimo intervento "Comunque: non siamo quasi mai tutti bianchi o tutti neri. Salvo i casi disperati, abbiamo di solito in noi una convivenza di zone malate e di zone sane, che si intrecciano e fronteggiano, che mutano per qualità e intensità a seconda delle giornate, delle settimane. C'è spesso un altalenamento, una chiaroscuralità, una realtà a macchia di leopardo, che varia magari nel corso del tempo".

di sostegno e può compiere tutti gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana<sup>54</sup>. Va da sé che egli potrà compiere tutti gli atti che il giudice, nel provvedimento di nomina dell'amministratore, non gli avrà vietato o non avrà attribuito alla competenza dell'amministratore.

In termini tecnico-giuridici il concetto di "impossibilità" si presta anch'esso ad essere compreso nell'ambito dell'incapacità naturale, a causa della genericità della formula legislativa, ma al contempo si presta anche a risolvere situazioni in cui il concetto di incapacità di intendere e di volere, paradigma giuridico caratterizzato dai limiti del mondo reale, non appare sufficiente per spiegare la complessità dell'uomo concreto. Tuttavia, anche in relazione a questo concetto non c'è unanimità in dottrina<sup>55</sup> in quanto chi ritiene che si debba negare l'accesso all'istituto ai soggetti menomati solo fisicamente, deve poi coerentemente trarre che l'impossibilità in questione consiste nell'inefficienza di un soggetto a curare i propri interessi, un'inefficienza, che deve comunque trovare fondamento in una disfunzione delle facoltà intellettive.

---

<sup>54</sup> Art 409 c.c. rubricato *"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. Il beneficiario dell'amministratore di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana"*.

<sup>55</sup> S.DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'Amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *"La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata"*, 2004, tomo II, pag. 40. Secondo il quale l'impossibilità consiste nell'inefficienza *"che per essere effettivamente tale deve trovare le proprie radici comunque in uno scompenso delle facoltà intellettive, tanto se esso sia riconducibile ad una vera e propria patologia o almeno a una menomazione psichica quanto invece rinvenga la propria causa in una malattia o in un handicap fisico"*.

Tornando a trattare con ordine dell' "impossibilità", deve preliminarmente osservarsi che attraverso questo concetto il legislatore è riuscito a rendere l'amministrazione di sostegno uno strumento flessibile. Il legislatore non si è limitato, a riguardo, a fare riferimento alla sola impossibilità permanente, ma ha introdotto anche i concetti di impossibilità temporanea e parziale, ove la prima consiste nell'inetitudine che costituisce effetto di una malattia o menomazione di cui si può diagnosticare la guarigione o il superamento, e che pertanto appare sin dall'inizio come transitoria; mentre l'impossibilità parziale è quella che rende la persona non del tutto inetta alla cura dei propri interessi. L'introduzione di queste ipotesi ha allargato di molto la forbice delle situazioni astrattamente sussumibili nell'ambito applicativo dell'istituto, tanto che come poteva astrattamente prevedersi al momento dell'entrata in vigore della legge, alcuni recenti dati statistici risultanti da un questionario proposto a giudici tutelari, hanno fatto emergere un calo delle procedure di interdizione e la quasi totale scomparsa delle procedure di inabilitazione.

Ancora sul concetto di "impossibilità", si può dire, analogamente alla vecchia formulazione dell'art. 414 cod. civ.<sup>56</sup>, che essa si riferisce ad una situazione di difficoltà attuale, ossia effettiva al momento dell'accertamento, cosicché non potranno in alcun modo rilevare disturbi pregressi o previsioni circa il futuro stato di salute, che per le cause più disparate potrebbe richiedere la nomina di un amministratore: si può portare, a chiarimento, l'esempio di un intervento chirurgico già programmato che comporti il rischio di concreti effetti invalidanti. In questa ipotesi l'interessato potrà

---

<sup>56</sup> In questo senso R.PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in "Trattato di Diritto Privato" diretto da P.Rescigno, 4, III, Utet, Torino 1997.

unicamente, con le forme stabilite dall'art. 408 cod.civ., designare la persona che potrà essere nominata dal giudice amministratore di sostegno<sup>57</sup>.

Passando dalla "impossibilità" agli "interessi" la loro comprensione non è qualcosa di puramente teorico, ma serve proprio a definire il campo operativo dell'amministratore, in quanto ciò che esso può fare ricalca esattamente tutti gli atti che corrispondono agli interessi che il beneficiario non è in grado di soddisfare da solo.

Un primo quesito che si può porre è se il concetto di "interessi", cui la persona da sola non riesce a far fronte, siano da intendere come solamente di ordine patrimoniale o al contrario siano comprensivi anche di tutti quei bisogni non patrimoniali che tuttavia devono essere soddisfatti.

L'oggetto dell'incarico affidato all'amministratore di sostegno è in generale la cura della persona del beneficiario<sup>58</sup>. A tale conclusione si è giunti sfruttando il concetto di "interessi", che, già prima della legge n. 6 del 2004, si ritrovava nella formula "incapacità di provvedere ai propri interessi" che come poco sopra si è sottolineato è il presupposto per procedere all'interdizione: si possono, dunque, sfruttare le conclusioni cui erano giunte giurisprudenza e dottrina nella

---

<sup>57</sup> Si precisa che è in ogni caso una facoltà del giudice attenersi alla scelta dell'interessato, dalla quale potrà discostarsi in presenza di "gravi motivi". Sul punto vedi amplius oltre.

<sup>58</sup> In questo senso S.DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2004, pag. 32. L'autore afferma che l'incarico dell'amministratore non "ha una portata esclusivamente rivolta alla tutela degli interessi patrimoniali di chi vi è sottoposto" ma si estende "anche a tutto quanto inerisce alla cura della persona del beneficiario, e cioè alla soddisfazione dei suoi bisogni di ordine non patrimoniale".

ricostruzione del concetto in questione prima dell'entrata in vigore della legge.

Il pensiero che si è espresso<sup>59</sup> fa rientrare nell'ambito degli "interessi" cui il soggetto da solo non è in grado di far fronte, non solo le questioni patrimoniali, ma più in generale "*tutti gli atti della vita civile*" anche non suscettibili di valutazione patrimoniale, a patto che possano essere pregiudicati da atti giuridici, per il compimento dei quali, quindi, si rende necessaria la presenza di un terzo in grado di aiutare "l'impossibilitato".

Questi atti particolari sono quelli che verranno individuati dal giudice, dopo aver parlato di persona con l'interessato e aver in questo modo, con l'aiuto anche di un medico legale, individuato l'area di residua capacità d'agire. Sussiste, quindi, uno stretto legame tra gli interessi che il soggetto non riesce a soddisfare, e l'oggetto dell'incarico, in quanto quest'ultimo coinciderà proprio con l'area dell'impossibilità, anche se in ogni caso saranno fatti salvi "*gli atti necessari a soddisfare le esigenze della ... vita quotidiana*"<sup>60</sup>, che sono destinati a soddisfare i bisogni comuni della vita di ogni giorno, e come tali sono insuscettibili di realizzare in capo all'agente una lesione economica grave.

---

<sup>59</sup> G.CIAN,A.TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova 2004; M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L'Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 26, in particolare si porta come esempio il consenso del soggetto al trattamento medico.

<sup>60</sup> L'articolo 409 trattando degli effetti dell'amministrazione di sostegno, fa salvi in capo al beneficiario "*tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno*" ( comma 1) e "*tutti gli atti destinati a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana*" ( comma 2 ).

Un'altra importante novità della recente disciplina è costituita dall'art. 408 cod. civ., che enuncia la norma cardine per l'individuazione dell'amministratore di sostegno.

L'innovazione di questa norma consiste nel fatto che non è più solo il giudice tutelare, sentite le parti, a identificare il soggetto capace di svolgere atti al posto dell'incapace, ma il primo comma, secondo periodo della norma in considerazione prevede che *“l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata”*.

Si osserva innanzitutto, che questa è la prima volta che il legislatore permette al soggetto di prevedere delle disposizioni per regolare il proprio futuro ed eventuale stato di inabilità<sup>61</sup>. Tale previsione sembra, quindi, richiamare<sup>62</sup> l'istituto del cd. *living will*, che in italiano si è

---

<sup>61</sup> M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L'Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 69 *“Non vi è alcun dubbio che si tratta della prima volta in cui viene attribuito ad un soggetto la possibilità di autoregolamentare la propria futura ed eventuale disabilità, individuando la persona che, a proprio giudizio sarà meglio in grado di tutelare i suoi interessi, sia personali che patrimoniali”*; L.MILONE, *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in *“Familia.Quaderni”*, Giuffrè Editore, Milano 2002. A pag. 108 l'autore afferma che *“finalmente, per la prima volta nel nostro ordinamento, il legislatore... da rilievo nel campo dei diritti della persona <<all'autodeterminazione>>, principio fondamentale nell'attuale coscienza civile...”*.

<sup>62</sup> E.MONTSERRAT PAPPALETTERE, *L'Amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *“La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”*, 2004, tomo II, pag. 29: *“La preesistente designazione da parte del beneficiario di un amministratore di sostegno richiama l'istituto del c.d.living will cioè delle direttive anticipate che il soggetto detta per il caso della propria*

soliti tradurre con “direttive anticipate”, che a livello comunitario trovava già previsione in atti diversi, come ad esempio la Convenzione di Oviedo<sup>63</sup> e la Raccomandazione R(99) assunta in seno al Consiglio d’Europa<sup>64</sup>, entrambi questi atti al rispettivo art. 9 fanno riferimento ai desideri espressi in precedenza.

Prendendo in considerazione per prima la Convenzione di Oviedo si ricorda che essa è stata promulgata per la necessità di dar vita a significativi cambiamenti nel modo di concepire il rapporto tra il medico e il paziente, assicurando, in particolar modo, il rispetto della volontà che quest’ultimo abbia espresso in ordine alle cure cui intende sottoporsi.

In particolare, l’art. 9 rubricato “Desideri precedentemente espressi” prevede che “*I desideri precedentemente espressi a proposito di un*

---

*sopravvenuta incapacità*”; anche M.SEITA ritiene che la norma richiami l’istituto del living will e a sostegno aggiunge che “*un ulteriore segnale verso il riconoscimento del living will è giunto dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle dichiarazioni anticipate di trattamento del 18 dicembre 2003, il quale ammette la legittimità delle direttive anticipate purché non contengano disposizioni aventi finalità eutanasiche o, comunque, in contrasto con il diritto positivo, le regole di pratica medica e la deontologia. Sono altresì significative alcune decisioni dei giudici di merito che hanno talvolta riconosciuto rilevanza a documenti sottoscritti in via anticipata dal paziente, o alle dichiarazioni di volontà rilasciate ai propri congiunti*”, in *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in

[http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/11\\_Sesta.pdf](http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/11_Sesta.pdf).

<sup>63</sup> Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina : Convenzione sui Diritti dell’Uomo e la biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997.

<sup>64</sup> Raccomandazione R(99) del Comitato dei Ministri degli Stati Membri sui Principi concernenti la tutela legale dei maggiorenni incapaci, adottata dal comitato dei ministri il 23 febbraio 1999.

*intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione*". Alcuni<sup>65</sup> leggono questa norma alla luce del principio del consenso informato e partendo da questo punto legittimano le direttive anticipate; la *ratio* dell'articolo sarebbe, dunque, quella di volere affermare che la posizione di garanzia riconosciuta al medico in ordine alla salute del malato, pur comportando la doverosità dell'intervento, non può imporsi sulla libera autodeterminazione del paziente, il quale abbia manifestato una determinata volontà, che rispetti i limiti dei valori indisponibili, ancorché questa manifestazione sia avvenuta in periodo precedente rispetto a quello in cui la scelta di un determinato trattamento è destinata a divenire efficace.

Questa norma, dunque, non riguarda direttamente la materia che stiamo trattando, ma se ne possono trarre punti di contatto. Si può, infatti, osservare che, sia nel campo del consenso al trattamento medico, sia in quello della scelta della persona che si vorrebbe come amministratore di sostegno per l'eventuale propria impossibilità alla cura dei propri interessi, la logica di fondo è la medesima: si ritiene ogni singolo individuo il miglior giudice per le scelte della propria vita, e conseguentemente, si stabilisce il rispetto delle scelte che un soggetto compie in relazione ad uno specifico accadimento<sup>66</sup>, nell'ipotesi che nel

---

<sup>65</sup> C.PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in "Diritto Pubblico e comparato europeo", 2001; L.BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in [http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/8\\_Balestra.pdf](http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/8_Balestra.pdf).

<sup>66</sup>In questo senso vedi M.SESTA *"l'analisi fin qui svolta mette in luce le notevoli sinergie esistenti tra amministrazione di sostegno e direttive anticipate; non appare quindi azzardato affermare che il recente istituto di protezione costituisca uno strumento idoneo a incaricare una persona di fiducia dell'attuazione della*

periodo futuro non sia in grado di prendere la decisione, perché incosciente o incapace di comprendere o altro.

Tuttavia, è il *principio* del Consiglio d'Europa rubricato “*Rispetto dei desideri e dei sentimenti della persona interessata*” che sembra essere più vicino all'argomento che qui in generale si cerca di trattare. Tale principio prevede che “*Nell'assunzione o nell'applicazione di una misura di tutela per un adulto incapace, vanno, per quanto possibile, accertati e tenuti nella dovuta considerazione gli interessi e i sentimenti presenti e passati della persona interessata. Questo principio implica in particolare che devono essere presi in considerazione e, per quanto possibile, rispettati i desideri dell'adulto interessato in ordine alla scelta del rappresentante o della persona che fornisca assistenza. Questo principio implica altresì che una persona che rappresenti o assista un adulto incapace debba fornire ad esso adeguate informazioni, quando possibile e opportuno, riguardo in modo particolare a tutte le decisioni importanti che lo riguardano, cosicché esso possa esprimere la propria opinione*”.

La differenza rispetto all'articolo della Convenzione di Oviedo consiste essenzialmente nel prendere in considerazione l'ipotesi specifica della scelta dell'amministratore di sostegno. Si osserva che la possibilità di questa scelta deriva dalla considerazione che “*l'eventuale fase*

---

*propria volontà – con particolare riguardo agli aspetti di cura della persona – in previsione di un'eventuale e futura incapacità”* in *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in [http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/11\\_Sesta.pdf](http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/11_Sesta.pdf).

sfortunata *della (sua) vita è una proiezione della precedente fase*<sup>67</sup> in cui il soggetto ha il diritto di intervenire con le proprie decisioni negli affari che lo riguardano. Proprio in considerazione di questa scelta del beneficiario si può trarre la conseguenza che l'amministratore, a causa della fiducia di cui viene investito, non sarà tenuto ad adempiere solamente agli atti di natura patrimoniale che vengono indicati dal giudice nel decreto di nomina, ma sarà, altresì tenuto a curare gli interessi della persona che a lui si è affidata anche per gli aspetti che riguardano più in particolare la "cura" della persona, quali possono essere ad esempio le decisioni circa un determinato trattamento medico<sup>68</sup>.

In questo senso allora, è più facile notare l'accostamento con l'istituto delle direttive anticipate, in quanto sembra logico che l'interessato, nominando un amministratore, effettui la scelta anche sulla base della valutazione che nel caso in cui si presentasse l'occasione, costui prenderebbe la decisione che egli stesso, se non fosse impossibilitato, assumerebbe. L'amministratore di sostegno in questi casi, diviene una sorta di *nuncius* capace di portare ai terzi la libera volontà del soggetto.

---

<sup>67</sup> L.MILONE, *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in "Familia.Quaderni", Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 109.

<sup>68</sup> M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L'Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 70 : "L'istituto dell'amministrazione di sostegno evidenzia qui tutte le sue particolarità: la persona nominata infatti, sarà tenuta non solo sostituire l'incapace per tutti gli atti di natura patrimoniale... ma anche, e soprattutto, a curare la persona del beneficiario divenuto incapace, assumendo le decisioni che egli non è più in grado di prendere".

### *3. Amministrazione di Sostegno, Interdizione e inabilitazione: una convivenza possibile?*

Può essere, ora, utile fare un confronto tra la nuova disciplina e quella previgente, per poter apprezzare ancor meglio gli aspetti innovativi della legge n. 6/2004, e far risaltare come in seguito alla sua emanazione, molti vuoti e molte situazioni che prima non trovavano soluzione adeguata, possono ora dirsi coerentemente risolti rispetto ai principi costituzionali e all'ordinamento generale.

Si vuol far comprendere come con la nuova disciplina la persona, priva di determinate capacità fisiche o psichiche, non si trova più nella scomoda posizione di bilico tra una qualifica di piena capacità, ove un suo sbaglio non è protetto dall'ordinamento, ed un'altra ove non è permesso sbagliare, perché è tolta la capacità di agire; ma si vede riconosciuta la capacità di compiere validi atti giuridici, in relazione alle residue capacità che il giudice, con l'eventuale aiuto del medico legale o di altro soggetto qualificato, sarà in grado di individuare in capo al soggetto.

Partendo dall'analisi della disciplina previgente, si osserva che essa contemplava due soli istituti: l'interdizione e l'inabilitazione.

L'interdizione era, ed è tuttora, quel provvedimento del giudice, che priva il maggiorenne, affetto da grave infermità mentale, della generale capacità di agire, affidandolo al contempo ad un tutore. La malattia mentale richiesta non è definita attraverso specifici caratteri di gravità, bensì deve essere tale da privare abitualmente il soggetto della capacità di intendere e di volere che è normalmente necessaria alla vita di relazione. La funzione dell'istituto è preordinata alla protezione del soggetto interdetto, il quale proprio per le condizioni mentali in cui si

trova non può curare adeguatamente i propri interessi<sup>69</sup>. Nonostante la finalità di protezione, questo istituto costituisce una grave menomazione per l'autonomia e la libertà del soggetto, tanto che proprio per questo si rende necessario accertare i presupposti della misura innanzi ad un terzo: il giudice. A rigore, l'interdetto non potrebbe nemmeno validamente svolgere le azioni quotidiane (es. acquistare un giornale, servirsi di un mezzo pubblico, fare un regalo, ecc.) ma in realtà, per arginare in qualche modo le conseguenze così gravi della pronuncia di interdizione, si ritiene che attività del genere si possano compiere anche senza l'intervento del tutore.

L'inabilitazione è, invece, il provvedimento con il quale l'autorità giudiziaria può limitare la capacità di agire del maggiore d'età se infermo di mente, sordomuto o cieco dalla nascita ovvero chi espone sé e la propria famiglia a gravi pregiudizi economici a causa della prodigalità o dell'abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti. Pur essendo meno invasiva rispetto all'interdizione, anche questa misura, che condivide con la precedente la finalità di proteggere il soggetto, costituisce motivo di notevole restrizione per la libertà e l'autonomia privata della persona. Infatti, dalla pubblicazione della sentenza l'inabilitato, mentre conserva la piena capacità di agire relativamente agli atti di ordinaria amministrazione, avrà bisogno

---

<sup>69</sup> *“L'istituto dell'interdizione, a fronte di una dichiarata finalità di protezione dell'incapace, si rivela, nella prassi operativa, come strumento complesso, spesso in contraddizione con le finalità programmate, in quanto sovente si rivela come un mezzo di isolamento e di esclusione della persona dall'insieme delle relazioni sociali, proteso più a perseguire una esigenza di protezione dei beni, per conservarli nella loro consistenza ai congiunti, piuttosto che una di promozione della persona disabile”*, presentazione di G.FERRANDO al Convegno “Malattia mentale e diritto” tenutosi a Genova nei giorni 11 e 12 dicembre 1998, in <http://www.pol-it.org/ital/ferrando.htm>

dell'assistenza di un curatore, che dovrà dare il proprio assenso nel caso di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. L'inabilitato, per quanto riguarda gli atti che non toccano l'ambito patrimoniale, salvo specifiche previsioni contrarie, conserverà invece la piena capacità diversamente dall'interdetto che perde ogni capacità anche per questi atti.

Caratteristica comune ad entrambi gli istituti è di applicare a tutti i soggetti "classificati" come interdetti o inabilitati la stessa disciplina<sup>70</sup> con effetto sempre ablativo della capacità legale d'agire o parte di essa, anche se nel concreto le situazioni in cui gli individui si trovano possano essere notevolmente differenti.

E', quindi, opinione comune che la rigidità<sup>71</sup> e la gravità delle conseguenze derivanti da queste misure fossero, e siano tuttora per i

---

<sup>70</sup> In questo senso vedi A.VENCHIARUTTI, *Questioni di validità degli atti*, durante l'intervento al convegno svoltosi a Genova 11 giugno 2004 dal titolo "L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per i soggetti deboli". Si afferma che *"mentre la dichiarazione giudiziale di interdizione e di inabilitazione si traduce nell'acquisto, da parte della persona cui è riferita, di una precisa qualità giuridica, l'impianto complessivo della nuova disciplina dettata dai nuovi artt. 404 e ss. c.c., così come la maggior parte delle istanze che ne hanno consigliato l'introduzione nel sistema della nuova misura, inducono a ritenere che nei confronti del beneficiario dell'a.d.s. operi, essenzialmente, un regime (d'incapacità legale) relativo ad uno o più atti ovvero ad una o più categorie di atti"*

<sup>71</sup> U.MORELLO, *L'Amministrazione di Sostegno( dalle regole ai principi)*, in "Notariato", 3/2004, pag. 225 parlando dell'interdizione e dell'inabilitazione, le definisce *"istituti poco flessibili e tali da comportare pesanti limitazioni all'autonomia dell'incapace sovente non compatibili con la dignità della persona.."*; P.CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in "Giurisprudenza italiana", 1988, pag. 118-119 *"Le critiche da muovere al sistema accolto nel codice civile del 1942, e tuttora in vigore, sono allora soprattutto le seguenti: a) l'interdizione costituisce una*

casi previsti, mortificanti per la persona, e la decisione di far applicare la misura fosse difficile e fonte di contrasti per la famiglia del soggetto causa il contrasto tra interessi strettamente patrimoniali e preoccupazioni per la sorte del familiare.

Inoltre, nel sistema previgente, ci si accorse che l'interdizione funzionava solo per pochi casi e l'inabilitazione era spesso pressoché inutile in quanto non poteva soccorrere *“in quei casi in cui ci fosse stato un atto giuridico anche non troppo impegnativo dal punto di vista patrimoniale che doveva comunque essere compiuto<sup>72</sup> e che l'interessato non voleva compiere”<sup>73</sup>*. In questa ipotesi l'inabilitazione non è utile in quanto essa esige che vi sia una volontà che deve essere sostenuta e non una volontà che deve essere sostituita. Inoltre in questi casi non può soccorrere nemmeno l'interdizione perché si è evidenziato che il suo vero limite è costituito dal fatto che presupponendo dei requisiti totalizzanti quali la grave infermità di mente e la correlata

---

*risposta eccessivamente severa frutto di concezioni ormai superate in sede psichiatrica... che finisce per comprimere o per annullare alcuni tra i diritti fondamentali della persona...; b)l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo e appare comunque di scarsa utilità... soprattutto perché il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che quest'ultimo – nello specifico frangente – non possa o non voglia effettuare”.*

<sup>72</sup> Si può portare come esempio la riscossione della pensione di invalidità, atto che spesso l'interessato non vuole compiere in quanto tale comportamento equivarrebbe ad una ammissione della situazione di disagio.

<sup>73</sup> P.CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in “Familia.Quaderni”, Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 37.

impossibilità di gestione del proprio patrimonio, nella realtà si trova a poter essere applicata in pochissimi casi<sup>74</sup>.

Altra pecca del sistema previgente, è che esso poneva un'alternativa secca tra l'assunzione di uno specifico status giuridico caratterizzato dalle suddette "*limitazioni protettive*"<sup>75</sup> oppure la piena capacità, situazione questa che lasciava il soggetto "*libero*" di cadere in situazioni che egli non poteva esattamente valutare, incorrendo in questo modo nel pericolo di raggiri. In altri termini, si può dire che il regime passato rappresentava una sorta di mondo fittizio in bianco e nero, da cui il, più realistico, grigio era stato espulso.

In ordine agli effetti collegati alla mancanza di una zona grigia, il più importante è che di fatto si impediva al giudice di compiere una qualsiasi indagine su eventuali residue capacità intellettive che fossero di per sé sufficienti per rendere valido il compimento anche di singoli atti giuridici.

A fronte di tutte le censure che potevano essere, ed erano state, sollevate contro gli istituti tradizionali, in sede di discussione relativa all'Amministrazione di Sostegno si pose il problema se mantenere un sistema improntato sulla pluralità degli istituti, ovvero modularlo su una misura unica capace di adattarsi ad ogni situazione; in altri termini

---

<sup>74</sup> "*La maggior parte degli infermi di mente, di chi soffre di uno dei 4700 disturbi che oggi sono censiti nel DSM, non sta così male da poter essere interdetto e non sta neanche così bene da farcela da solo. Quindi il vero punto dell'interdizione è che non è applicabile quasi mai, per cui nella nostra legislazione vi è un vuoto di provvedimenti*", P.CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in "Familia.Quaderni", Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 37.

<sup>75</sup> Ritengo che questa formula possa far ben capire l'ambiguità di fondo del regime previgente.

ciò che ci si chiedeva era se si dovessero o meno abrogare le misure di interdizione e inabilitazione.

Coloro i quali si pronunciavano favorevoli<sup>76</sup> all'abrogazione delle misure tradizionali, basavano le loro affermazioni sul convincimento che il nuovo istituto poteva risolvere ogni esigenza di protezione e cura per qualunque grado di infermità.

Coloro i quali erano contrari, pur essendo anch'essi convinti dell'eccessività dei rimedi in questione, rispetto alle esigenze concrete, ritenevano che per mitigare il sistema fosse sufficiente la semplice introduzione del nuovo istituto, che affiancandosi ai precedenti, avrebbe reso possibile una risposta adeguata ad ogni situazione. Per questa soluzione propendevano solamente ragioni di livello politico e legislativo come ne è dimostrazione il fatto che in Parlamento sia prevalso il "*giusto desiderio*"<sup>77</sup> di raggiungere un primo, anche se

---

<sup>76</sup> L.MILONE , *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in *Famiglia.Quaderni*, Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 113, in cui si definisce il legislatore come motivato da una persistente volontà di mantenere " *non solo l'inabilitazione che potrebbe considerarsi una replica dell'amministratore di sostegno, ma anche e soprattutto l'interdizione che viene considerata dallo stesso legislatore da una parte una risposta eccessivamente severa e frutto di concezioni ormai superate, dall'altra come un istituto - e non si sa perché - che può essere ancora utile al disabile e alla società.*"; M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L'Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 9.

<sup>77</sup> Saluti del Senatore G.ZANCAN, al Convegno di studi su capacità e autonomia delle persone tenutosi a Roma il 20 giugno 2002, raccolti in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S.PATTI, in *Famiglia.Quaderni*, Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 3. Il Senatore afferma che, almeno in Senato, "è prevalso il giusto desiderio di raggiungere un primo risultato, ci siamo detti con concretezza, non dico con saggezza, che se ci spostiamo anche sul terreno

parziale, risultato, piuttosto che lasciare immutata la situazione, per un imprecisato numero di anni, pur essendo il legislatore consapevole del fatto che si dovesse mettere in atto anche una rivisitazione delle norme in materia di interdizione e inabilitazione.

Il dibattito non è ancora sopito, da più parti arrivano indicazioni circa una totale revisione della materia<sup>78</sup>, anche perché si osserva che nessuno, in qualsiasi condizione esistenziale si trovi, e a maggior ragione se non è più in grado di interagire con gli altri o comprendere qualcosa del mondo che lo circonda, *“può non aver bisogno d’altro che di un legale rappresentante per atti giuridici”*<sup>79</sup>.

Nello stato attuale caratterizzato da una pluralità di istituti, anche parzialmente coincidenti, il problema che si pone all’interprete è quello di ricavare uno spazio operativo adeguato ad ognuno, operazione questa che non può di certo definirsi semplice<sup>80</sup>.

---

*dell’interdizione e dell’inabilitazione non dico ci occorrono altri venti anni, ma almeno tre o quattro, quindi sotto questo profilo sono veramente importantissimi questi vostri lavori perché ci daranno materia per quella rivisitazione che io mi auguro avvenga in tempi brevi”*

<sup>78</sup> Per tutti vedi P.CENDON *“E tutti insieme – aggiungo - dovremmo ora mettere in cantiere un’altra proposta di riforma, per cercare di abolire formalmente l’interdizione: un istituto davvero anacronistico, medievale, che sarebbe tempo di eliminare dal nostro ordinamento. Ce la faremo?”*, nell’intervento *Il testamento per morire in pace*, al convegno dal titolo *“Testamento biologico direttive anticipate di trattamento”*, tenutosi a Trieste il 6 aprile 2005.

<sup>79</sup> S.TRENTANOVI, *La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del Giudice Tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>80</sup> U.MORELLO, *L’Amministrazione di Sostegno( dalle regole ai principi)*, in *“Notariato”*, 3/2004, pag. 225, in nota afferma che il *“disposto dell’art.404 è chiaro: la norma si applica a tutti i casi di impossibilità di provvedere ai propri interessi (anche parziale). Non vi è quindi un’alternativa per diversità di presupposti tra*

Anzi la convivenza tra i tre rimedi è problematica perché diversi sono gli approcci culturali che ne stanno alla base: mentre interdizione e inabilitazione sono state concepite come strumenti totalizzanti, nell'Amministrazione di Sostegno la regola è la capacità e l'incapacità è l'eccezione.

Altri motivi di questa difficile coesistenza possono essere ritrovati nella formulazione stessa dell'art. 404 cod. civ. che, come sopra si è visto, estende l'ambito di applicazione dell'Amministrazione di Sostegno a qualunque infermità o menomazione, fisica o psichica, che renda impossibile di provvedere ai propri interessi, in modo parziale o totale e in via temporanea o permanente. Nella formulazione dell'articolo si possono ritrovare delle coincidenze con gli istituti precedenti, in quanto, quando si fa riferimento a un'infermità psichica permanente che rende il soggetto totalmente non idoneo alla cura dei propri interessi il primo istituto a cui si pensa è l'interdizione; mentre il pensiero corre all'inabilitazione, quando a causa della medesima infermità psichica permanente, il soggetto solo parzialmente perde la capacità di provvedere alla gestione del proprio patrimonio.

Verificata questa analogia tra fini e presupposti delle diverse misure, è necessario ora confrontare i diversi istituti per poter da una parte giustificare la loro coesistenza e dall'altra determinare se possibile un

---

*interdizione e amministrazione*"; E.CALO', *L'Amministrazione di Sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in "Notariato", 3/2004, pag. 253, si afferma che il problema centrale *"nell'intera vicenda dell'amministrazione di sostegno, è costituito dalla problematicissima sua coesistenza con l'interdizione e l'inabilitazione"*; M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L'Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004, pag. 9 e ss, ove si afferma che il nodo cruciale del difficile rapporto tra gli istituti è che l'amministrazione di sostegno è potenzialmente idonea a ricoprire tutte le ipotesi di infermità, anche le più gravi.

ordine di applicazione. E sebbene non si riuscisse a risolvere questi problemi, dal tentativo si trarrebbe comunque il vantaggio di aver trovato un ulteriore argomento a sostegno della corrente che spinge per il mantenimento di un solo istituto flessibile<sup>81</sup>.

Tuttavia, il ritenere che non vi sia spazio nella situazione attuale se non per l'Amministrazione di Sostegno, è una conclusione che si può accettare solo se si non si considera che la legge n. 6/2004 ha modificato anche l'interdizione e l'inabilitazione come erano originariamente state concepite. In particolare, per quanto riguarda l'interdizione, il nuovo art. 414 stabilisce non più un *dovere* di interdizione qualora sussistano i presupposti, ma una facoltà, per cui il giudice deve adottare tale misura solo quanto ciò si renda necessario per assicurare alla persona una adeguata protezione. In quest'ottica la convivenza dell'interdizione con l'Amministrazione di Sostegno sembra risolta da un rapporto di residualità, che vuole che si debba prima valutare la possibilità dell'istituto di sostegno e solo dopo aver valutato l'insufficienza di tale misura si possa pensare di togliere al soggetto ogni capacità.

Questa conclusione fa sì che si debba affermare che quando si vuole assegnare un amministratore si deve in ogni caso riconoscere una qualche, seppur minima, residua capacità in capo al soggetto, in quanto come alcuni affermano<sup>82</sup> *“la legge n. 6/2004 sembrerebbe avere*

---

<sup>81</sup> E.CALO', *L'Amministrazione di Sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Notariato*, 3/2004, pag. 253, oltre al problema della difficile convivenza si riscontrano vari altri motivi, uno tra i quali è il risultato non invidiabile che nel corso degli anni di applicazione hanno ottenuto l'interdizione e l'inabilitazione: *“lasciare senza protezione migliaia di disabili”*.

<sup>82</sup> E.MONTSERRAT PAPPALLETTERE, *L'Amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *“La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”*, 2004, tomo II, pag. 30.

*modificato il requisito della gravità dell'infermità di mente nell'interdizione, rendendolo più rigido, nel senso che per far luogo a tale misura deve sussistere una compromissione totale delle facoltà cognitive e volitive del soggetto”.*

Concludendo sul punto si può affermare che la misura dell'Amministrazione di Sostegno può essere disposta quanto alle situazioni di disagio psichico, nelle quali si trova a concorrere con l'interdizione, nei casi di infermità mentale di tipo temporaneo; di infermità abituale non così grave da rendere il soggetto del tutto inidoneo alla cura dei propri interessi; e di infermità mentale abituale e grave nei casi in cui l'entità e la composizione del patrimonio non rendano indifferibile, per la protezione del soggetto e dei suoi interessi, la misura interdittiva.

Tuttavia, si può evidenziare come l'indicazione di un parametro legislativo tanto generico, qual'è il subordinare l'applicazione dell'interdizione alla “*necessità di assicurare l'adeguata protezione dell'infermo*” non sia soddisfacente per dirimere i rapporti tra due istituti così simili.

Per quanto riguarda i rapporti tra inabilitazione e Amministrazione di Sostegno, almeno, per casi di cecità e sordomutismo, non si pongono grossi problemi: l'ampiezza della formula dell'art. 404 cod. civ., nel punto in cui fa riferimento agli aspetti fisici della malattia, fa sì che anche in quest'ambito possa realizzarsi una sovrapposizione tra misure diverse. Ed in effetti il maggior favore dimostrato fin dall'inizio<sup>83</sup> nei

---

<sup>83</sup> A sostegno di questa soluzione confronta U.ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in “Le Nuove Leggi Civili Commentate”, 2004, pag. 1022; S.DELLE MONACHE valuta la questione anche alla luce del rinvio operato dall'art.415 al 414, e osserva che essendo quest'ultimo mutato il rinvio non può intendersi che nel senso di poter

confronti dell'Amministrazione di Sostegno, ha portato alla conseguenza che le pronunce e prima ancora i procedimenti di inabilitazione sono diminuiti drasticamente.

Più arduo sembra invece poter risolvere il rapporto tra l'Amministrazione di Sostegno e l'inabilitazione per la situazione di parziale infermità psichica, tanto che pare non si possa individuare in termini astratti un criterio per risolvere la questione<sup>84</sup>, e il problema non sembra possa essere risolto nemmeno tenendo conto delle modifiche legislative che sono state apportate a seguito della legge n. 6/2004 che anzi avendo reso più flessibile l'inabilitazione ha dato un motivo in più per credere che i due istituti in questo campo se non uguali siano davvero molto simili.

Queste considerazioni si possono trarre dal nuovo art. 427, comma 1, nella parte in cui prevede la possibilità per l'inabilitato di compiere “*senza l'assistenza del curatore*” alcuni atti “*eccedenti l'ordinaria amministrazione*”, sembra<sup>85</sup> che con questa previsione il legislatore abbia tentato di evitare un totale isolamento dalla vita quotidiana dei soggetti meno fortunati in quanto la previsione di atti che possono essere compiuti senza la necessaria presenza del curatore, fa sì che per questi atti la persona non sia esclusa dal traffico giuridico, ma possa agire validamente all'interno.

---

procedere alla nomina di un amministratore di sostegno anche con riguardo al cieco e al sordomuto dalla nascita o dalla prima infanzia. *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, 2004, pag. 35.

<sup>84</sup> In questo senso, U.ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, pag. 1009.

<sup>85</sup> B.MALVASI, *Il commento*, in “Notariato” n. 3/2004, pag. 332.

Quanto da ultimo detto, non esclude che di fatto con il tempo si arrivi gradualmente all'eliminazione dei vecchi istituti, e che per l'inabilitazione già sta avvenendo.

#### *4 . Il concetto di persona alla base degli istituti di incapacitazione*

Dopo avere trattato dei principi fondamentali della legge n. 6/2004 alla luce delle opinioni dottrinali e di quelle giurisprudenziali, si intende ora procedere con lo studio del concetto di persona che può essere ritrovato alla base del nuovo istituto. Ciò che ci si propone è di verificare se questa legge tanto innovativa abbia recepito un mutamento di pensiero circa la ricostruzione della persona in quanto tale e in quanto portatrice di debolezze.

Si cercherà di affrontare il tema mediante l'ausilio di argomenti che permettano di mettere in luce tale cambiamento: con particolare interesse verranno, dunque, indagate le tematiche relative al principio di sussidiarietà e al concetto di dignità umana in relazione alla persona portatrice di *handicap*.

Con riferimento al principio di sussidiarietà lo studio sarà orientato a verificarne il recepimento anche da parte della disciplina sociale, come da tempo auspicato<sup>86</sup>; mentre il concetto di dignità umana verrà

---

<sup>86</sup> L.LOMBARDI VALLAURI, *Terre: terra del nulla, terra degli uomini, terra dell'oltre*, Vita e Pensiero, Milano 1989, pag. 244: "Ora nel rispondere alla domanda sull'ordine esterno della libertà liberante, o su cosa possano fare la politica e il diritto per lo sviluppo delle dimensioni profonde della persona, bisogna, credo, riconoscere che ci sono degli interventi-quadro che vanno riservati alla politica e al diritto pubblico, ma insieme affermare che la tendenza deve essere verso la sussidiarietà del pubblico rispetto al privato, e più generalmente della politica e del diritto di erogazione rispetto a quelli di comunità, in modo che

valutato con un approccio che tenderà di evidenziare il valore della persona “debole” al pari di ogni altra.

Prima di entrare nel merito e trattare della concezione filosofica di persona che si può ritrovare alla base dell’Amministrazione di Sostegno, è utile, proseguendo come si è fatto nelle parti precedenti di questo lavoro, trattare delle strutture concettuali alla base degli istituti pregressi.

Questa non può essere definita solamente come un’operazione di ricostruzione storica del pensiero dal 1804<sup>87</sup> ad oggi; ma il suo scopo è quello di consentire di vedere nell’Amministrazione di Sostegno ciò che consente di uscire dalle contraddizioni caratterizzanti le vecchie misure di protezione degli incapaci.

Si intende iniziare dal 1804 o meglio dagli anni poco antecedenti a tale data, in quanto il nostro Codice Civile è stato direttamente influenzato dal Codice napoleonico, e pertanto per comprendere la concezione alla base dei nostri vecchi istituti non basta risalire al 1865, ma bisogna risalire indietro nel tempo sino a ritrovare le idee originarie che hanno permesso che nel *Code Napoleon* si arrivasse ad introdurre gli istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione.

Storicamente, si riconosce l’antecedente dottrinale dell’emanazione del Codice Civile francese nel lavoro di razionalizzazione delle fonti operato dal Domat e dal Pothier nel corso del XVIII secolo, mentre per quanto riguarda l’elaborazione dei principi, il merito va attribuito a un comitato di giuristi, il cui incarico durò per dodici anni, e che furono in

---

*l'erogazione deve complessivamente concepirsi nel nostro campo, come infrastruttura, sostegno, incentivazione delle politiche di comunità”.*

<sup>87</sup> Si tratta dell’anno di promulgazione del *Code Napoleon* , primo Codice Civile francese, che è stato il modello per il primo Codice Civile italiano del 1865.

grado di dare certezza giuridica alle più importanti conquiste della rivoluzione francese.

Il codice napoleonico, dunque, è permeato dalle idee illuministiche, le quali, essendo caratterizzate da una forte tendenza al razionalismo, si pongono in aperto contrasto con la cultura e i valori precedenti, i quali erano fortemente ancorati alla religione, che non poteva essere spiegata a mezzo del solo uso della ragione. In conclusione, l'atteggiamento illuministico sfocia nella negazione della tradizione romano-cristiana<sup>88</sup>, in quanto caratterizzata da dogmi, che l'intelletto non poteva spiegare in quanto doveva assumerli come infallibili senza poter accedere al loro studio.

Inoltre, l'attitudine verso una ricerca analitica, in grado di considerare il singolo fenomeno separato dagli altri aveva portato a notevoli progressi nel campo delle scienze, ma il desiderio di applicare tale metodo alla vita sociale, aveva allontanato la ricerca dalla realtà. Infatti, l'essersi concentrati sul singolo aspetto sociale, aveva fatto perdere di vista la visione globale delle cose, per cui si può dire che il metodo illuministico applicato al diritto aveva prodotto una perfetta ricostruzione della realtà "artificiale" che era andata a sovrapporsi alla realtà "reale"<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> *"il nuovo razionalismo dei lumi, impegnato in una lotta senza quartiere contro le credenze religiose e teologiche, espressione dell'ignoranza e della superstizione, si trova nella necessità di negare integralmente il valore della civiltà romano cristiana e quindi di ripudiare più di quindici secoli di storia"*, F.V.GENTILE, *Ancora su illuminismo e storicismo*, in "Rivista di Filosofia", 1961, pag. 415.

<sup>89</sup> Confronta le parole di F.V.GENTILE, *Dalla concezione illuministica alla concezione storicistica della vita sociale. Saggio sul concetto di società nel pensiero di C.H. de Saint Simon*, Cedam, Padova 1960, pag. 354 *"Ma il metodo analitico di ricerca che nelle scienze aveva portato a dei risultati tanto apprezzabili, non esercita sulla morale, sulla filosofia e sulle scienze sociali un*

E' in Francia, luogo in cui il movimento illuministico ha prodotto i suoi migliori risultati, che troviamo il filosofo che più pare essere significativo nel nostro studio: Jean-Jacques Rousseau. Sembra quindi opportuno analizzare il pensiero di quest'ultimo per cercare di comprendere quale sia l'idea di uomo accolta nel Codice del 1804.

Il pensiero di Rousseau può essere presentato mediante il suo inserimento nella scuola di pensiero della "geometria legale"<sup>90</sup>, i cui appartenenti sono individuati da Francesco Gentile non facendo riferimento ad un preciso momento storico che unisce le sensibilità dei pensatori, ma sulla base del tipo di ragionamento che viene da essi elaborato, cosicché possono essere inseriti nella scuola "geometrica"

---

*influsso altrettanto felice. Il dedicarsi ai singoli fenomeni, staccandoli dal tutto se consente allo studioso di liberare il campo da false credenze e da interpretazioni azzardate, lo allontana sempre più da una visione realistica, onnicomprensiva delle cose".*

<sup>90</sup> Questa è una categoria che viene ideata da Francesco Gentile per identificare quelle filosofie dette appunto geometriche: la caratteristica precipua di queste filosofie è di partire da un particolare punto di vista e poi, dimentiche del punto di partenza, di ergersi a valore universale in grado di poter essere applicato ad ogni situazione. Sono filosofie nate per dare soluzione ad un preciso *obiettivo operativo*, per la cui risoluzione viene applicato il ragionamento matematico: si pone un'ipotesi, *presupposto convenzionale*, da cui muovere il ragionamento, che sarà valido solo entro l'ambito circoscritto dall'ipotesi.

La geometria legale va contrapposta alla filosofia *dialettica*, che può essere spiegata con la definizione che Platone fornisce nella *Politica*: "*di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non bisogna smettere di esaminarle prima di aver distinto, nell'ambito della comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e ...d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima di aver compreso, in una sola somiglianza tutti i tratti di parentela che esse nascondono, e di averli raccolti nell'essenza di un genere"*, F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, pag. 172.

pensatori come Marsilio da Padova, Hobbes, Locke e Marx<sup>91</sup>, autori distanti sia nel tempo sia per argomenti trattati, che tuttavia ragionano allo stesso modo: *more geometrico*.

Caratteristica dei geometri del diritto, in generale, è quella di partire da alcuni postulati o assiomi relativi alla natura umana e poi dedurre da questi, con matematica necessità, tutto il sistema delle conoscenze politiche.

Il punto di partenza di ogni ragionamento geometrico<sup>92</sup> sono i presupposti “certissimi” che vengono elaborati dal filosofo<sup>93</sup>.

Anche Rousseau appartiene alla geometria legale, e il presupposto convenzionale da cui muove è la solitudine<sup>94</sup> come condizione iniziale

---

<sup>91</sup> Questi autori sono citati come esempi di geometri del diritti precedenti e successivi a Rousseau, ma di certo non valgono ad esaurire la categoria.

<sup>92</sup> F.V.GENTILE, *L'impegno politico dei cattolici nell'antropologia di Luigi Sturzo*, in “Nord e Sud”, 1990, pag. 199, considerando le diverse versione della concezione moderna dell'uomo, osserva che “*quella di Hobbes, secondo il quale l'uomo è il conquistatore; quella di Locke, secondo il quale l'uomo è il coltivatore; quella di Marx secondo il quale l'uomo è il produttore. Hanno tutte in comune una stessa connotazione, per la quale la libertà, la stessa personalità dell'uomo, vengono definite in funzione del dominio sulle cose. L'uomo moderno in altri termini si misura dalle cose che padroneggia e dal modo di padroneggiarle mediante il lavoro*”.

<sup>93</sup> Il pregio di questo tipo di sistemi è quello di riuscire in ogni caso a far risultare dai ragionamenti un ordine delle cose che a prima vista è sempre coerente. Tuttavia, in questi discorsi intorno alla natura dell'uomo e delle cose che lo riguardano, è sempre presente qualche elemento rivelatore di contraddizioni insite al ragionamento, che conducono quest'ultimo ad una sorta di vicolo cieco: l'aporia, che è un termine che deriva dal greco e significa proprio strada senza uscita. Riferito ai ragionamenti rappresenta il dubbio logico derivante da difficoltà in solubili, confronta in questo senso la voce “aporia” del Dizionario di Filosofia e Scienze umane di E.MORSELLI, Carlo Signorelli Editore, Milano 1993.

dell'uomo, da cui esce attraverso l'uso dell'*immaginazione*, mezzo con cui l'uomo crea il mondo che lo assoggetterà. Attraverso la creazione del mondo infatti, l'individuo esce dalla condizione di primaria solitudine e si scontra con gli ostacoli da lui stesso creati.

Tuttavia, gli ostacoli moltiplicano i bisogni dell'individuo solitario, in quanto superato ogni ostacolo, si intravedono altri piaceri. Per cui il vero oggetto preso di mira non è più il piacere in sé, che non basta mai a soddisfare l'unico, ma diviene lo stesso ostacolo.

L'ostacolo può essere una cosa o può essere un'altra persona, in entrambi i casi deve essere assoggettato, sconfitto o sovrastato dall'unico<sup>95</sup>.

In quest'ottica di predominio, le relazioni che si instaurano tra l'individuo e le "sue creazioni", sono improntate sulla forza che l'unico deve possedere per riuscire a sottomettere gli altri a sé, in modo da poter continuare a essere unico. Implicito in questa costruzione è il tema della debolezza delle "creazioni", in quanto fin quando l'unico

---

<sup>94</sup> Così osserva F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, "Col termine <<principio>> Rousseau designa il cominciamento della ricerca. Sicché, la solitudine, che è la condizione essenziale dell'unico, cioè dell'uomo della natura, non costituisce il punto di arrivo della scienza dell'uomo, ma piuttosto il suo punto di partenza. La condizione iniziale", pag. 60.

<sup>95</sup> Così osserva F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, a pag. 68, l'Autore osserva che "ciò che colpisce l'unico, in quanto tale, è la presenza dell'altro che lo condiziona e ne mette in discussione la sua unicità, quanto gli è proprio. Non si comprenderebbe altrimenti l'accanimento con cui l'unico persegue il dominio del mondo, manipolando le cose e assoggettando le persone, se non con il timore del pericolo vitale che gli altri rappresentano per lui".

riesce a superare gli ostacoli, dimostrandosi forte, evidenzia la condizione di debolezza dell'altro.

In questo modo risulta evidente come dal presupposto convenzionale della solitudine, attraverso passaggi successivi, si arrivi alla conclusione del necessario rapporto di belligeranza tra gli individui, da cui escono due categorie: i vincitori e i vinti, a cui corrispondono le qualità della forza e della debolezza<sup>96</sup>.

Rousseau trova l'occasione di parlare di forza e debolezza con riferimento alla persona in un'opera precisa: *Emile ou de l'éducation*.

In quest'opera l'autore si immagina "educatore"<sup>97</sup> di un allievo ideale, di cui intende seguire i progressi dalla nascita, sino all'età adulta, quando Emilio, divenuto uomo, non avrà più bisogno delle cure del suo educatore.

Avendo scelto di occuparsi di un allievo immaginario, Rousseau può anche scegliere le caratteristiche del suo pupillo. Emilio è dotato di una mente comune, ed essendo orfano Rousseau non verrà intralciato nella sua opera educatrice dai genitori; inoltre, l'allievo è ricco e di nobili

---

<sup>96</sup> Tale idea si mantiene costante nel tempo, tanto che anche L.Sturzo rileva che la mentalità degli inizi del '900 assume "come criterio discriminante nei rapporti intersoggettivi, la supremazia del forte sul debole, che si specifica nel predominio in economia del capitale sul lavoro; in politica del numero sul diritto; in sociologia dell'utilità sul dovere" , F.V.GENTILE, L'impegno politico dei cattolici nell'antropologia di Luigi Sturzo, in "Nord e Sud", 1990, pag. 186.

<sup>97</sup> Rousseau preferisce questo termine, a quello di "precettore" in uso nel suo periodo: "Preferisco chiamare educatore che precettore il maestro di questa scienza perché il suo compito consiste meno nell'istruire che nell'educare. Egli non deve fornire precetti, ma favorirne la ricerca", J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001, pag. 27.

natali perché il povero più vicino alla natura non ha bisogno di essere educato<sup>98</sup>; infine, Emilio è sano e ben costituito.

Con particolare riferimento a quest'ultima caratteristica, il ginevrino afferma di non volere assumersi la responsabilità di *“un bambino cagionevole e malaticcio, neppure se dovesse vivere fino a ottant'anni”*<sup>99</sup>, in quanto un corpo *“debole”*<sup>100</sup> distoglierebbe le

---

<sup>98</sup> *“Al povero non deve essere impartita alcuna educazione; gli viene imposta quella del suo stato, né potrebbe servirgliene una diversa. Al contrario l'educazione che il suo rango assicura al ricco è quella che gli si addice di meno, sia per lui stesso che per la società. D'altra parte l'educazione naturale ha il compito di rendere l'uomo adatto a tutte le condizioni umane... Scegliamo dunque un ricco, per avere la certezza di avere prodotto un uomo in più visto che, comunque, un povero può diventare uomo da solo”*, J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001, pagg. 28-29. Più avanti Rousseau affermerà *“Allo stato di natura gli uomini non sono né re, né potenti, né cortigiani, né ricchi. Tutti nascono nudi e poveri...infine tutti sono condannati a morire. Ecco la vera condizione dell'uomo”*, pag. 258.

<sup>99</sup> J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001, pag. 30.

<sup>100</sup> Più avanti nell'opera Rousseau riprende i concetti di forza e debolezza, di cui fornisce le definizioni in relazione ai bisogni dell'uomo. In particolare egli afferma: *“Che cosa si intende quando si afferma che l'uomo è debole? Lo stesso termine debolezza indica un rapporto, e precisamente un rapporto relativo all'essere al quale lo si applica. Chi dispone di una forza superiore ai propri bisogni, si trattasse anche di un insetto o di un verme, è un essere forte; chi prova bisogni che superano le sue forze, anche se fosse un elefante, un leone, un conquistatore, un eroe o addirittura un dio, quello è un essere debole. L'uomo è forte quando si accontenta di essere ciò che è, ma diventa debole quando vuole innalzarsi al di sopra della condizione umana”*, J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001, pagg. 65-66. Quindi, per Rousseau, la forza si ha nello stato di natura, o quantomeno si è

attenzioni del discepolo dagli insegnamenti per concentrarle solamente sulla conservazione della vita<sup>101</sup>, per cui il risultato della sua opera di educatore, non sarebbe mai quello che si prefigge.

Inoltre, con particolare riferimento al suo ruolo egli sostiene che chi si occupa dell'educazione di un infermo cambia la sua funzione: non è più un educatore, ma diviene un infermiere “*e perde, curando una vita inutile, il tempo che aveva destinato ad accrescerne il valore*”.

La posizione che Rousseau assume nei confronti dei soggetti non sani è molto chiara: la loro educazione è una perdita di tempo, per cui la sua opera nei confronti di tali persone sarebbe inutile<sup>102</sup>.

Il debole, quindi, non è degno di essere considerato, per cui si può ritrovare in questa impostazione quella stessa ricostruzione delle

---

tanto più forti, quanto più si è vicini a tale stato, in quanto le forze che si hanno vengono impiegati per i veri bisogni. Proseguendo con quest'ottica, Rousseau a pag. 257, afferma “*E' la sua debolezza a rendere l'uomo socievole; sono le nostre miserie comuni che sospingono i cuori a quell'umanità alla quale non dovremmo nulla se non fossimo uomini. Ogni legame è un segno di insufficienza: se ciascuno di noi non avesse un bisogno degli altri non penserebbe affatto di unirsi a loro. Così dai nostri limiti nasce la nostra fragile felicità. Un essere davvero felice è un essere solitario*”.

<sup>101</sup> Per Rousseau “*un corpo debole infiacchisce l'anima*” e dalle mani dei medici non escono uomini, in quanto nella loro opera soffocano il coraggio cosicché se anche riescono a guarire i corpi degli uomini, fanno “*camminare i cadaveri*”, J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001, pagg. 30-31.

<sup>102</sup> “*Non ne voglio sapere di un allievo inutile a se stesso e agli altri, tutto assorbito a conservare se stesso, e il cui corpo nuoccia all'educazione dell'anima. Quale fine otterrei prodigandogli le mie inutili cure, se non di duplicare il danno della società che si vedrebbe sottrarre due uomini anziché uno?*” J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001, pag. 30.

relazioni secondo lo schema forza-debolezza, che si era già individuato quale conseguenza della presupposta solitudine dell'individuo.

Le considerazioni svolte sinora circa il tema della forza e della debolezza, non sono fini a se stesse, ma servono per la ricostruzione dell'impostazione che sta alla base delle vecchie soluzioni circa le persone con disabilità. Si deve, dal nostro punto di vista, muovere da una delle caratteristiche principali dell'illuminismo: ossia quella di credere nell'assoluta eguaglianza<sup>103</sup> delle persone che fanno parte della *società*.

Le situazioni di disuguaglianza, determinate da cause economiche, sociali o personali, possono essere superate seguendo strade diverse. Una prima via consiste nell'affrontare la causa della disuguaglianza e approntare degli strumenti in grado di superarla, o in alternativa, se questo non fosse possibile, renderla meno discriminante. Questa soluzione avrebbe il pregio rendere più simili le situazioni concrete vissute dalle persone, con ciò risolvendo alla radice il problema.

Una seconda soluzione, ma forse è più appropriato "falsa" soluzione, consiste nell'emarginare dalla comunità "i diversi", così da raggiungere la pretesa uguaglianza all'interno della cerchia dei "più forti", i quali imponendosi, sono stati capaci di allontanare i "più deboli". In particolare, sembra che il *Code* francese del 1804 abbia aderito a questa seconda soluzione.

Per quanto riguarda le soluzioni giuridiche approntate per regolare i problemi dei malati psichici, il portato culturale della società illuministica, nell'ottica rousseauiana per cui il forte prevale sul debole, arriva a condizionare direttamente le soluzioni adottate. Dal punto di vista del diritto positivo, le misure dell'interdizione e dell'inabilitazione servono, appunto, ad eliminare dalla vita sociale i soggetti in questione,

---

<sup>103</sup> Come risulta anche dal famoso motto rivoluzionario "*liberté, égalité, fraternité*".

determinandone la “morte civile”: l’incapacità riscontrata, determina la classificazione della persona come debole, e attribuisce il diritto alla società di prendere provvedimenti, per eliminare tale debolezza.

Dal punto di vista sociale, i soggetti deboli vengono emarginati all’interno di manicomi, per cui si può affermare che la società composta da chi vive all’esterno del manicomio è effettivamente composta da persone “uguali”.

In questo modo però è evidente che non si è resa omogenea la società, bensì si è solo accantonato, o meglio messo in disparte il problema.

Tuttavia, il discorso fatto sinora è valido solo se si ritiene valido il presupposto che Rousseau identifica come condizione iniziale: l’ipotesi della solitudine dell’uomo, da cui derivano le conseguenze che l’uomo ha bisogno delle cose e degli altri per poterli sopraffare, e che i rapporti tra gli individui sono necessariamente caratterizzati dalla forza e dalla debolezza: per superare il problema si rende necessario uscire dall’impostazione particolare, e assumere un atteggiamento capace di guardare alla persona e ai suoi rapporti in modo “globale”.

##### *5. Il superamento della visione geometrica*

Si è osservato nel paragrafo precedente come una visione meramente geometrica della persona, porti alla conclusione, per quanto riguarda le persone portatrici di debolezze, della necessità della loro espulsione dalla comunità per poter rimanere in questo modo coerenti rispetto alla eguaglianza tra tutti i membri della società.

Per poter uscire dalla via chiusa caratterizzata dall’estromissione di soggetti diversi e deboli rispetto agli altri componenti della società, la quale, si ripete, raggiunge il fine dell’uguaglianza solo grazie all’espedito dell’allontanamento dei “diversi”, non resta che

cambiare l'assunto posto alla base della ricostruzione, e ricercare l'autentica definizione di uomo, corrispondente alla sua vera natura, capace di giustificare l'integrazione dei deboli e dei diversi nella società, rendendola una *comunità* fondata sul sostegno reciproco tra i singoli appartenenti, e non una mera aggregazione di persone residenti nello stesso territorio.

Per uscire dall'*impasse* della concezione dell'uomo come formulata dai geometri del diritto, è necessario ritrovare o meglio riscoprire la vera essenza della persona. L'operazione che quindi si rende necessaria è quella di tornare al pensiero classico, che ha avuto come apice nella ricostruzione della natura della persona l'elaborazione di S. Tommaso d'Aquino<sup>104</sup>.

Prima di affrontare le tematiche di Tommaso, è, forse, opportuno ricordare l'evoluzione del termine persona, nel tempo.

L'origine<sup>105</sup> risale alla parola etrusca *fersu* o *phersu*, che indicava il volto del defunto, e quindi un'immagine dell'uomo.

---

<sup>104</sup> In questo senso è concorde E.BERTI, *Genesi e sviluppo del concetto di persona nella storia del pensiero occidentale*, in "Persona e Diritto. Atti del convegno interdisciplinare internazionale", Editrice Missio, Udine 1988, pag. 32 "*Malgrado gli indubbi contributi portati dalle varie forme di personalismo ad una conoscenza più approfondita di molteplici aspetti della persona umana (unicità, irripetibilità, creatività), si è fatta strada sempre più chiaramente l'idea che, se la persona non è sostanza, ben difficilmente può rendere ragione dei fenomeni che la riguardano e questo per motivi di ordine conoscitivo prima ancora che di ordine pratico (etico o giuridico). Si è riscoperta così la necessità di tornare alla concezione classica*".

<sup>105</sup> Per l'origine della parola confronta N.NAVA, *Il diritto nell'etica della persona*, Tipografia STEM di C. Mucchi, Modena 1960, pag.33; e E.BERTI, *Genesi e sviluppo del concetto di persona nella storia del pensiero occidentale*, in "Persona e Diritto. Atti del convegno interdisciplinare internazionale", Editrice Missio, Udine, 1988, pag. 17; e la voce "persona" del Dizionario di Filosofia e Scienze umane di E.MORSELLI, Carlo Signorelli Editore, Milano 1993.

Con il ricorso all'immagine, si comprende, così, l'ulteriore significato che la parola assume nel passaggio dal linguaggio etrusco al latino, ove il significato è quello di maschera, comica o tragica; nel tempo, il termine "persona" diviene il carattere impersonato dall'attore nel dramma. Mentre nel successivo passaggio del vocabolo dal teatro alla vita reale, "persona" è la parte che l'uomo sostiene nella società.

Così entrato nella società il termine continua ad arricchirsi di significati e arriva ad identificare la singolarità giuridica, cioè l'attribuzione al singolo della soggettività dei diritti e dei beni. Dunque, l'individuo umano *conscius et compos sui* può essere titolare di diritti, e in questo caso è persona.

Tuttavia, solo all'interno della dottrina cristiana l'individuo-persona viene esaltato nella sua singolarità come elemento insostituibile del progetto salvifico di Dio<sup>106</sup>: la persona diviene soggetto portatore di valori.

In particolare, l'elaborazione più completa del concetto di persona viene raggiunta, come si è accennato poco sopra, dal pensiero di S.

---

<sup>106</sup> In questo senso E.BERTI, *Genesi e sviluppo del concetto di persona nella storia del pensiero occidentale*, in "Persona e Diritto. Atti del convegno interdisciplinare internazionale", Editrice Missio, Udine 1988, pag. 17 "Questo individuo riceve una straordinaria valorizzazione dal cristianesimo che ne sottolinea la singolarità, cioè l'insostituibilità nell'economia della salvezza come appare dalle parabole evangeliche sulla pecorella smarrita, sulla dracma, sul figliol prodigo, da affermazioni <<persino i capelli del vostro capo sono contati>>, <<i vostri nomi sono scritti nel cielo>>"; si veda anche S.AGOSTINO, in *De Civitate Dei XI,26* "Indubbiamente anche in noi vi è un'immagine di Dio, ossia dell'augusta Trinità. Questa immagine, è vero non è uguale a Dio, anzi è immensamente distante da lui e non è a lui costerna; e per dire tutto in poche parole non è della stessa sostanza del modello. Tuttavia tra gli esseri creati non ne conosciamo nessuno la cui natura si avvicini maggiormente a Dio..."

Tommaso, che partendo dalla traduzione che Boezio fa del pensiero aristotelico, per il quale “*persona est rationalis naturae individua substantia*”<sup>107</sup>, arriva ad elaborare più definizioni egualmente significative.

Infatti: “*Persona significat id quod perfectissimum est in tota natura scilicet subsistens in rationali natura*”<sup>108</sup>; “*Omne subsistens in natura intellectuali vel rationali est persona*”<sup>109</sup>; “*Forma significata per nomen personae non est essentia vel natura, sed est personalitas*”<sup>110</sup>.

Inoltre per Tommaso carattere proprio della persona è la dignità, in quanto le persone sono “*homines famosi...dignitatem habentes*”<sup>111</sup>: “*Et*

---

<sup>107</sup> Tradotto significa la persona è un essere individuale di natura razionale. Questa è la prima definizione di persona che si ritrova nel Dizionario di Filosofia e Scienze umane di E.MORSELLI, Carlo Signorelli Editore, Milano 1993.

<sup>108</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I parte, q. 29, a. III, traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino dell'edizione leonina, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1985: persona indica ciò che di più nobile c'è in tutto l'universo, vale a dire il sussistente di natura razionale.

<sup>109</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Contra gentes*, UTET, Torino 1975. La citazione proviene dal libro IV, cap. 35 la cui libera traduzione può essere: persona è ogni essere di natura intellettuale o razionale.

<sup>110</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I parte, q. 93, a. III, traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino dell'edizione leonina, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1985: l'immagine individuata attraverso il nome di persona non è essenza o natura, ma è personalità.

<sup>111</sup> Il passo completo è “*Quia enim in comoediis et tragoediis repraesentabantur aliqui homines famosi, impositum est hoc nomen persona ad significandum aliquos dignitatem habentes*”, TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I parte, q. 29, a. III.

*quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona, ut dictum est*<sup>112</sup>.

Tutte queste definizioni portano in sé un concetto *unitario*, sintomatico di una visione dialettica, di persona che può essere definita portatrice di valori e di vita, cui elemento peculiare è la dignità che la contraddistingue. Tale visione unitaria può essere contrapposta a quella particolare dell'evoluzione del pensiero successivo, in cui l'uomo, come più sopra evidenziato, viene considerato quale essere *unico* in continua lotta con sé e il mondo il cui fine ultimo è quello della superiorità sugli altri.

Si può, dunque, affermare che Tommaso è il primo pensatore che porta a compimento il pensiero classico, fornendo una definizione di persona umana come ente dotato di un proprio essere, ma dipendente da Dio per la propria esistenza, e ente orientato alla propria realizzazione, ma che ha bisogno della società per la sopravvivenza<sup>113</sup>.

Dopo di lui, e in particolare a partire dal movimento di pensiero dell'empirismo e quindi con l'avvento del pensiero moderno, si perde questa concezione unitaria di persona, e si cade nel particolarismo e nel relativismo delle teorie e delle scienze del momento, che come osservato nel paragrafo precedente si consolidano prima nel pensiero rousseauiano e poi per il tramite della rivoluzione francese nel Codice napoleonico del 1804.

---

<sup>112</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I parte, q. 29, a. III, ad 2, traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino dell'edizione leonina, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1985: e siccome è una grande dignità come soggetto di natura ragionevole, perciò come si è detto, ogni individuo di tale natura fu chiamato persona.

<sup>113</sup> In questo senso E.BERTI, *Genesi e sviluppo del concetto di persona nella storia del pensiero occidentale*, in "Persona e Diritto. Atti del convegno interdisciplinare internazionale", Editrice Missio, Udine, 1988, pag. 22.

In particolare, per quanto riguarda il concetto di persona, la speculazione filosofica lo ha sempre più allontanato dalla vera natura dell'uomo<sup>114</sup>, in quanto, dopo S. Tommaso, si può osservare una sempre maggiore attenzione da parte dei filosofi verso il problema della giustificazione del potere statale, che, per essere risolto, esige l'assunzione di un uomo convenzionalmente bellicoso. Per la convivenza di questi uomini bellicosi deve esistere un ordinamento superiore capace di regolamentare i rapporti<sup>115</sup>, sovrapponendosi a tutti.

---

<sup>114</sup> F.V.GENTILE, *Dalla concezione illuministica alla concezione storicistica della vita sociale. Saggio sul concetto di società nel pensiero di C. H. de Saint Simon*, Cedam, Padova 1960, pag. 354-355 “Ecco allora svilupparsi una serie di geniali, ma astratte concezioni della società: l'individuo, scoperto dalla ricerca analitica, viene sollevato, dalla misera condizione di ignorante e fatalistica rinuncia dei secoli passati, a nuova dignità; ma nel momento stesso in cui viene operata questa redenzione, il rigido meccanismo degli illuministi porta la rivalutazione del soggetto al punto di contrapporlo alla società e i diritti individuali sembrano prendere consistenza solo da una loro opposizione allo Stato”; la speculazione filosofica si è così allontanata dal concetto classico di persona che D.CASTELLANO si chiede “Che cosa si intende per uomo e per persona?” in *La crisi dell'identità nella cultura europea contemporanea*, a cura di D.Castellano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pag. 147.

<sup>115</sup> Relativamente a questo problema osserva D.CASTELLANO “Se non si hanno le idee chiare intorno alla persona umana, non si possono avere le idee chiare nemmeno intorno al diritto, a meno che non si concepisca come diritto appunto... la tecnica dell'organizzazione sociale. Ma il diritto come mera tecnica dell'organizzazione sociale può finire per schiacciare completamente l'uomo e per vanificare completamente i diritti”, in *La crisi dell'identità nella cultura europea contemporanea*, a cura di D.Castellano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pag. 148.

Tuttavia, il pensiero di Tommaso d'Aquino non l'unico strumento d'ausilio, a nostra disposizione, per la riflessione intorno al concetto di persona.

Infatti, pur a distanza di secoli, ed in un contesto socio-culturale completamente differente rispetto a quello di Tommaso, Norberto Bobbio è capace di affrontare la speculazione intorno alla persona in modo non geometrico<sup>116</sup>.

Il pensiero di Bobbio appare ancor più degno di nota se si considera il contesto socio-culturale in cui opera, quello del secolo appena passato, che guardava alla persona alla luce di due contrapposte teorie ugualmente sbagliate. In questo ambito culturale, Bobbio non si fa sedurre dai ragionamenti né di una né dell'altra impostazione, ma ne smaschera le aporie.

Le due ideologie in questione sono quelle che Bobbio chiama individualismo<sup>117</sup>, per il quale l'individuo viene posto al di sopra della società, e sociologismo, che all'opposto annulla in sé la persona.

Quello che Bobbio vuole fare è intendere in modo compiuto la problematica della “*persona sociale*”<sup>118</sup>, contrastando l'idea di società

---

<sup>116</sup> In particolare si farà riferimento all'opera, *La persona nella sociologia contemporanea*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli 1939.

<sup>117</sup> Anche K.WOYTILA, a trent'anni dal pensiero di Bobbio, da la sua personale interpretazione, di quelli che egli chiama *individualismo e totalismo*. In particolare egli afferma, con riferimento al concetto di partecipazione, che verrà spiegato oltre, che “*L'individualismo nega la partecipazione mediante l'isolamento della persona intesa solo come individuo e concentrata su se stessa e sul proprio bene, che viene pure concepito come isolato dal bene degli altri e anche dal bene comune*”. Del totalismo, invece, egli dice che è un “*individualismo alla rovescia*”, in quanto “*Domina in esso l'esigenza di proteggersi dall'individuo nel quale scorge sostanzialmente il nemico della comunità e del bene comune*”, *Persona e atto*, a cura di G.Reale e T.Styczen, Bompiani Testi a fronte, Milano 2001, pag. 643.

che non sarebbe altro che una struttura meccanica<sup>119</sup>, mentre la struttura autentica è la comunità, che è la società “*naturale*”, in quanto l’uomo vi appartiene sino dalla nascita e corrisponde alla sua natura intrinseca. L’uomo in questa visione non è quel soggetto bellicoso, che si riunisce in società per proteggersi dall’altro<sup>120</sup>, per cui questo pensiero ragiona in modo autentico sulla vera natura dell’uomo, in quanto non pretende di giustificarsi sulla base di un presupposto convenzionale, ma guarda all’uomo nel suo complesso.

Come sostiene Gentile, infatti è solo dimenticando la convenzionalità dello “stato di natura” che si può incappare nell’errore di ritenere quella condizione coincidente con la vera *natura* dell’uomo<sup>121</sup>, finendo, così, con l’evidenziare la non opportunità della regolamentazione dei

---

<sup>118</sup> N.BOBBIIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, Casa editrice dott. Eugenio Novene, Napoli 1939, a pag. 8 spiega il suo obiettivo con la volontà di “*di intendere sino in fondo la problematica della persona sociale e ciò vuol dire vedere la società non più ab extra come natura, ma ab intra nella persona stessa assunta insieme come portatrice di valori sociali, come produttrice degli atti sociali e come costitutrice dei gruppi sociali*”.

<sup>119</sup> Così N.BOBBIIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, Casa editrice dott. Eugenio Novene, Napoli 1939, a pag. 26 inoltre sostiene che la società è una convenzione “*sorta per soddisfare alcuni bisogni determinati dell’uomo*” e che essa viene fondata e sciolta dagli uomini “*col proprio reciproco consenso*”.

<sup>120</sup> Come Hobbes voleva sostenere attraverso la teoria del contratto sociale, a cui ognuno decide di partecipare per timore dell’altro secondo la formula del noto aforisma per cui “*Homo homini lupus*”.

<sup>121</sup> F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pag. 183. In particolare l’autore sostiene che “*finché rimane vigile la consapevolezza filosofica della convenzionalità scientifica, non è dato confondere lo “stato di natura”, costruzione ipotetica dello scienziato, con la natura o essenza dell’uomo*”.

rapporti come definiti dallo Stato, rispetto alle esigenze concrete della persona.

Ciò che qui sembra si possa sostenere è che nell'Amministrazione di Sostegno si può scorgere lo sforzo legislativo di superare il presupposto convenzionale dello "stato di natura", verso il riconoscimento della autentica natura dell'uomo. Per questo motivo la comprensione dell'istituto, deve essere ancorata a ragionamenti di tipo dialettico, in quanto solo abbandonando le impostazioni convenzionali, che hanno portato alla creazione delle vecchie misure di incapacitazione si può comprendere la svolta che ha segnato questo istituto, capace di guardare alla realtà umana sotto tutti gli aspetti.

#### 6. *L'Amministrazione di Sostegno come applicazione del principio di sussidiarietà in ambito sociale*

Abbiamo visto nel paragrafo precedente, come prerogativa delle geometrie legali fosse quella di aver creato un uomo per così dire artificiale, che prendesse il posto di quello reale per reggere le costruzioni filosofiche giustificatrici del potere statale.

Si può ora osservare come in questo modo le geometrie legali abbiano quantomeno contribuito a dare origine al preconcetto della separazione tra diritto e natura. Alla base della separazione c'è l'idea che natura e diritto siano due enti "*separati e tra loro incomunicanti*"<sup>122</sup> che sarebbe, secondo Gentile, "*difficile da estirpare*"<sup>123</sup>, ma "*recuperare la*

---

<sup>122</sup> F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pag. 174.

<sup>123</sup> F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, "*L'estraneità, anzi la contrapposizione, di natura e diritto, postulate dalle geometrie legali sulla base dell'assunto scientifico per il quale vi sarebbe separazione netta tra i discorsi relativi all'essere quelli relativi al dover essere...*

*coscienza della naturalezza del diritto*” anche se è un compito difficile, è tuttavia *“irrinunciabile per il giurista che voglia onorare il suo nome”*. In particolare Gentile riconosce nella natura comune degli uomini il fondamento degli obblighi reciproci e quindi delle norme<sup>124</sup>, in modo che solo regolando i rapporti sulla base della natura dell’uomo si potranno riconoscere relazioni veramente autentiche, e non false ricostruzioni basate su delle convenzioni.

Tornando alla questione del recupero della naturalezza del diritto, Gentile osserva come si possa ricorrere al *“principio di sussidiarietà”*<sup>125</sup> per superare il problema.

In particolare ciò che ci si propone è di dimostrare come il principio di sussidiarietà sia lo strumento idoneo ad avvicinare lo Stato all’uomo, in questo modo superando definitivamente la concezione geometrica per cui c’è opposizione tra Stato e cittadino.

Cercando di non anticipare concetti che verranno ripresi in seguito, si deve in primo luogo osservare che il termine italiano sussidiarietà va ricondotto alla voce latina *“subsidium”* che significa riserva o soccorso,

---

*hanno radicato nel subconscio moderno operatore giuridico un preconcetto difficile da estirpare”, art. 58.*

<sup>124</sup> F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pag. 186 *“Non è per caso, d’altronde, che nel linguaggio corrente gli aggettivi naturale, normale, e comune vengono usati come sinonimi, perché è la natura che gli uomini hanno in comune e che costituisce il fondamento di ogni loro reciproco obbligo e, quindi, di ogni norma”*.

<sup>125</sup> In questo senso confronta F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in *“Non Profit”*, 1999, pag. 641 *“In altri termini si pone così il problema di riconoscere come la sussidiarietà costituisca uno strumento politico per superare quella lontananza del “Paese legale” dal “Paese reale”, per superare la scissione tra la “vita delle istituzioni” e “vita dei cittadini” che ogni giorno di più ci appare come il segno della crisi della vita sociale”*.

da cui deriva una duplicità di soggetti: uno che deve essere aiutato ed un altro che deve prestare aiuto.

L'ottica del soccorso è utile nella nostra ricerca, in quanto basandosi su una concezione di uomo quale responsabile del proprio destino e capace di farsene carico<sup>126</sup>, è espressione di quella concezione di persona che si tentato di riscoprire nel paragrafo precedente.

Nello specifico si può sostenere che la persona alla base del principio di sussidiarietà è una persona che naturalmente è portata all'autonomia in quanto, se così non fosse, sarebbe inutile la formulazione stessa del principio, perché non si vedrebbe il motivo di lasciare la possibilità di svolgere tutto quanto è nelle capacità della persona, se poi allo stesso tempo si ammettesse una competenza ipertrofica dello Stato in ogni settore: se così fosse implicitamente si affermerebbe che la persona in realtà non è in grado di svolgere da sola alcunché, e quindi non va mai soccorsa, ma sempre sostituita.

Infatti, come sopra è stato osservato, la visione dialettica dell'uomo deve riconoscere quali innate allo stesso sia la capacità che l'incapacità di essere padrone di sé il che, lo si è appunto osservato nel secondo paragrafo, comporta il riconoscimento dell'autonomia, quale capacità di autoregolamentarsi, in capo alla persona.

---

<sup>126</sup> In questo senso C.MILLON-DELSOL, *Il Principio di sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003, pag. 3 “*L'idea di sussidiarietà si fonda su una antropologia specifica. Si radica in una filosofia dell'uomo e della società. Scaturisce dall'incontro, che a prima vista può sembrare contraddittorio, di una precisa filosofia dell'azione con una precisa rappresentazione dell'interesse generale. Filosofia dell'azione: l'individuo è considerato responsabile del proprio destino e capace di farsene carico*”.

Attraverso la politica del sostegno, il singolo viene aiutato ad entrare nel sociale, quando ne sia escluso, e ad integrarsi partecipando<sup>127</sup> attivamente alla vita comune quando ne sia impossibilitato. Questa concezione della politica è quella che riconosce l'autenticità e l'originalità dell'autonomia del singolo.

### *7. La dignità della persona debole*

Nei paragrafi precedenti si è tentato giustificare la tutela della persona con disabilità alla luce di argomenti del recente dibattito si fa riferimento in particolare all'argomento delle soggettività marginali e della qualità della vita. Tuttavia, tali argomenti, come già osservato, non sono pienamente convincenti, perché soffrono del limite di non cogliere la pienezza della persona in sé.

---

<sup>127</sup> Per un approccio filosofico-cristiano al concetto di "partecipazione" si leggano le pagine che Karol WOYTILA dedica a tale tema nel suo *Persona e atto*, a cura di G.Reale e T.Styczen, Bompiani Testi a fronte, Milano 2001, in particolare Woytila spiega la natura sociale dell'uomo proprio con riferimento al concetto di partecipazione, che è insita nell'«<agire con gli altri>>. Nello specifico viene affermato, pag. 631, *“Il tratto caratteristico della partecipazione indica quindi che l'uomo, agendo insieme con gli altri, mantiene in questa azione il valore personalistico del proprio atto e contemporaneamente realizza ciò che risulta dall'azione comune. Invertendo l'ordine si può dire anche che grazie alla partecipazione l'uomo, agendo insieme con gli altri, mantiene tutto ciò che risulta dall'azione comune e al tempo stesso, attraverso ciò appunto, realizza il valore personalistico del proprio atto”*. La persona in questo schema si realizza nella partecipazione, per cui vi è una sorta di dovere implicito a partecipare, dovere che esprime l'autodeterminazione della persona e la sua capacità di autoregolamentarsi, confronta le pagg. 637-639.

In realtà ciò che non riesce a cogliere il pensiero contemporaneo, o che coglie a fatica<sup>128</sup>, è l'assoluta dignità di cui gode la persona umana dal concepimento sino al momento ultimo della vita, a prescindere da tutte le differenze di razza, sesso, età o condizioni psico-fisiche che si possono riscontrare tra le diverse persone.

Ciò che guiderà i ragionamenti che seguiranno, è la profonda convinzione che esiste una radice cattolico-cristiana di cui è intriso il pensiero di tutti, a prescindere dal credo religioso, in quanto si ritiene incontestabile il fatto che la religione cattolico-cristiana dopo più di duemila anni non abbia lasciato nessuna traccia nel pensiero occidentale, ed è il segno di questo pensiero che qui si ritiene debba essere riesumato dopo l'avvento dell'illuminismo ateo.

La Chiesa da sempre è consapevole della dignità delle persone deboli, ed anzi in queste ha sempre visto i soggetti prediletti della sua azione: in questi soggetti si riscopre il vero valore della vita umana<sup>129</sup>, che quando è ferita pone in modo più radicale il problema della sua dignità.

---

<sup>128</sup> Si veda il l'argomento dei "casi marginali" contrapposti alla presunta dignità animale. Qui si è detto che la dignità della persona si rileva nella contrapposizione all'animale malato, in quanto le cure tra i due tipi di "malati" saranno inevitabilmente differenti, proprio per il riconoscimento che il "medico" opera nei confronti della dignità del "malato" persona.

<sup>129</sup> *"Quanto più ci si muove, infatti, nelle zone oscure e ignote della realtà umana, tanto più si comprende che proprio nelle situazioni più difficili e inquietanti emerge la dignità e la grandezza dell'essere umano. L'umanità ferita del disabile ci sfida a riconoscere, accogliere e promuovere in ciascuno di questi nostri fratelli e sorelle il valore incomparabile dell'essere umano creato da Dio per essere figlio nel Figlio"*, messaggio di Giovanni Paolo II ai partecipanti al simposio internazionale su "Dignità e Diritti della Persona con Handicap Mentale", punto n. 2, Vaticano 5 gennaio 2004.

Una comunità può riscoprirsi autenticamente tale, quando riesce ad integrare nella vita comune le persone portatrici di un qualsiasi tipo di *handicap*, in modo che anch'esse per quanto possono, ed eventualmente curando anche solo in parte se stesse, partecipino alla vita comune<sup>130</sup>. E' solo così che una comunità può riscoprirsi autenticamente civile, e, forse si potrebbe dire che una civiltà non si misura solo dal tipo di legislazione penale<sup>131</sup>, ma anche dal tipo di sostegno che riesce a fornire ai soggetti che non riescono a farcela da soli. Si è detto sostegno, perché non sarebbe una soluzione quella di risolvere il problema emarginando i soggetti i case di cura. Tali persone

---

<sup>130</sup> *“Al riconoscimento dei diritti deve pertanto seguire un impegno sincero di tutti per creare condizioni concrete di vita, strutture di sostegno, tutele giuridiche capaci di rispondere ai bisogni e alle dinamiche di crescita della persona handicappata e di coloro che condividono la sua situazione, a partire dai suoi familiari. Al di sopra di qualsiasi altra considerazione o interesse particolare o di gruppo, bisogna cercare di promuovere il bene integrale di queste persone, né si può negare loro il necessario sostegno e la necessaria protezione, anche se ciò comporta un maggior carico economico e sociale”*, messaggio di Giovanni Paolo II ai partecipanti al simposio internazionale su “Dignità e Diritti della Persona con Handicap Mentale”, punto n. 4. E ancora al punto n. 3: *“Anche la persona portatrice di handicap dovrà essere facilitata a partecipare, per quanto le è possibile, alla vita della società ed essere aiutata ad attuare tutte le sue potenzialità di ordine fisico, psichico e spirituale. Soltanto se vengono riconosciuti i diritti dei più deboli una società può dire di essere fondata sul diritto e sulla giustizia: l'handicappato non è persona in modo diverso dagli altri, per cui riconoscendo e promovendo la sua dignità e i suoi diritti, noi riconosciamo e promoviamo la dignità e i diritti nostri e di ciascuno di noi”*.

<sup>131</sup> Così, F.ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, parte speciale, tomo I, Giuffrè Editore, Milano 2002, pag. 9 *“Ma c'è un'ulteriore caratteristica dei fatti punibili che è necessario porre in rilievo ed anche sottolineare: il numero di essi aumenta con lo sviluppo della civiltà”*.

devono essere poste nella condizione di essere loro stesse un sostegno per la società, in tal modo realizzando una comunità autentica.

Questo pensiero sembra potersi riscoprire nell'amministrazione di sostegno, in quanto questo istituto valorizzando le residue possibilità della persona, dapprima attraverso l'opera del giudice e poi con interventi od ordini diretti allo scopo, tutela queste residue facoltà in modo che esse possano esplicarsi per quanto possibile, in modo da realizzare il dettato costituzionale per cui ogni personalità deve potersi realizzare<sup>132</sup>.

Questa legge non è altro che una conseguenza del riconoscimento dei diritti in capo alla persona debole. Infatti una volta che si riconosca la dignità della persona con *handicap*, al pari di ogni altra persona, e le si attribuiscono diritti, la si deve poi mettere nella condizione di esercitare tali diritti per quanto le è possibile<sup>133</sup>, quindi, devono, in altri termini, essere rimossi tutti gli ostacoli alla libera espressione della personalità.

---

<sup>132</sup> Si noti come questo possa senza fatica associarsi alle parole di Giovanni Paolo II nel messaggio ai partecipanti al simposio internazionale su "Dignità e Diritti della Persona con Handicap Mentale", Vaticano 5 gennaio 2004. Al punto n. 4: *"Per la persona handicappata, come per ogni altra persona umana, non è dunque importante fare quello che fanno gli altri, ma fare ciò che è veramente bene per lei, attuare sempre più le proprie ricchezze, rispondere con fedeltà alla propria vocazione umana e soprannaturale"*.

<sup>133</sup> In questo senso si legga il punto n. 22 della lettera enciclica *Laborem exercens* di Giovanni Paolo II "Dato a Castel Gandolfo, il 14 settembre, festa dell'Esaltazione della s. Croce, dell'anno 1981, terzo di Pontificato" nella parte *"Poiché la persona portatrice di «handicaps» è un soggetto con tutti i suoi diritti, essa deve essere facilitata a partecipare alla vita della società in tutte le dimensioni e a tutti i livelli, che siano accessibili alle sue possibilità"*.

Il progetto di sostegno sembra in effetti recepire il concetto di dignità della persona, di ogni persona in quanto unica e irripetibile. E non potrebbe non essere così: il progetto di sostegno basandosi sulla singola esperienza di vita non fa altro che riconoscere in quella persona una situazione particolare, unica che non può ripetersi negli stessi termini in alcuna altra vita. Ogni vita è influenzata da una miriade di circostanze diverse come il tipo di disagio, la situazione economica, la famiglia e altre, come potrebbe allora essere che un caso possa essere risolto nel medesimo modo di un altro? La legge ha capito che pur unite dalle difficoltà le persone deboli sono ugualmente diverse e diverso deve essere ogni sostegno per non incorrere nell'errore di trattare irragionevolmente allo stesso modo persone che abbisognano di aiuti molto diversi.



## PARTE II – FAMIGLIA E POTESTA'

### 1. *Una società naturale: la famiglia*

Avendo ben presenti nella mente le parole usate da Leone XIII nella sua enciclica “*Rerum Novarum*”<sup>134</sup>, si vuole ora affrontare la questione relativa al ruolo genitoriale, intendendo con tale locuzione il rapporto tra genitori e figli, analizzando in maniera specifica il contenuto della potestà genitoriale illuminato dal concetto di “persona” del minore.

In altri termini, anche, in questa seconda parte del nostro lavoro intendiamo far uso del principio di sussidiarietà, come invocato dalla

---

<sup>134</sup> “*Non è giusto, come abbiamo detto, che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti. Tuttavia, i governanti debbono tutelare la società e le sue parti. La società, perché la tutela di questa fu da natura commessa al sommo potere, tanto che la salute pubblica non è solo legge suprema, ma unica e totale ragione della pubblica autorità; le parti, poi, perché filosofia e Vangelo si accordano a insegnare che il governo è istituito da natura non a beneficio dei governanti, bensì dei governati. E perché il potere politico viene da Dio ed è una certa quale partecipazione della divina sovranità, deve amministrarsi sull'esempio di questa, che con paterna cura provvede non meno alle particolari creature che a tutto l'universo. Se dunque alla società o a qualche sua parte è stato recato o sovrasta un danno che non si possa in altro modo riparare o impedire, si rende necessario l'intervento dello Stato*”. L'enciclica *Rerum Novarum* venne promulgata nel 1891 al fine di suggerire nuove strade per la risoluzione dei problemi sociali dell'epoca, tra i quali suscitava motivo di ampio dibattito la “questione operaia” (relativa al rapporto tra “padroni” delle fabbriche ed “operai”), questione che le stesse parole del Papa definiscono “*Questione difficile e pericolosa. Difficile, perché ardua cosa è segnare i precisi confini nelle relazioni tra proprietari e proletari, tra capitale e lavoro. Pericolosa perché uomini turbolenti ed astuti, si sforzano ovunque di falsare i giudizi e volgere la questione stessa a perturbamento dei popoli.*”

dottrina sociale cristiana, ossia quale strumento per uscire dalla moltitudine di problemi originatisi a causa della perdita dell'autentico significato del termine "persona".

Per noi, una concezione di "persona" per essere definita autentica deve essere capace di metterne in risalto la capacità di tenere comportamenti non conflittuali, o meglio non necessariamente conflittuali, in quanto è intrinseca alla natura dell'uomo, la sua naturale, in quanto originaria, capacità di autodeterminarsi.

Non riconoscendo più all'uomo questa caratteristica, si può giungere a soluzioni "assolutizzanti"<sup>135</sup>, in base alle quali l'uomo per convivere con gli altri necessita di un ordinamento che, "assorbendo" in sé tutti i consociati, sia capace di creare tra questi una convivenza pacifica, ma che allo stesso tempo deve necessariamente essere definita, per i presupposti convenzionali su cui si basa, "virtuale".

La sussidiarietà, invece, contenendo in sé l'ottica del sostegno a qualcuno, presume che questi sia, almeno in parte, dotato di autonomia e sappia scegliere il comportamento più opportuno e assumere le decisioni migliori in relazione ad ogni situazione che coinvolge direttamente la sua sfera personale; e in tal modo quest'ottica giunge a promuovere la costituzione di una comunità reale. Dalla analisi della definizione di sussidiarietà, come formulata da Leone XIII, emerge l'intento di qualificare questo principio in relazione alla famiglia e alla persona singola<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> In quanto pretendono di essere riconosciute sempre valide.

<sup>136</sup> Infatti sono portata a ritenere che il riferimento, nella definizione di Leone XIII, al cittadino e non alla persona, non sia stato fatto con l'intenzione di individuare rapporti di diritto pubblico, ma per evidenziare i limiti dell'azione statale nei confronti delle persone singole che essa ricomprende, appunto i cittadini.

Pertanto si intende approfondire il rapporto genitori e figli con riferimento specifico all'istituto della potestà, in quanto ciò permette di studiare la famiglia, quale cellula primaria della società, che storicamente, ancor prima che giuridicamente, precede la nascita dello Stato, o più in generale la nascita di qualsiasi aggregazione sociale.

Quanto appena detto trova riscontro e conferma anche nella nostra Costituzione, la quale all'art. 29 afferma che *“la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*.

Quale potrebbe essere il senso di questa norma se non quello di dichiarare che per l'ordinamento la famiglia si basa su di regole sue proprie le quali traggono origine dalla stessa natura umana? In altri termini, la creazione di una famiglia non deriva da un'imposizione dell'ordinamento, ma l'ordinamento si limita a riconoscere e dare rilevanza al reciproco impegno di solidarietà quale sbocco naturale della vita di coppia.

Ma vi è di più, perché l'ordinamento pone al centro di tale nucleo sociale di organizzazione e convivenza, costituito da persone legate da vincoli affettivi, la persona. E' il singolo, che nella famiglia deve trovare il terreno fertile per la propria realizzazione.

Dunque, anche noi porremo al centro dell'attenzione il singolo o il primo risultato dell'associazione tra singole persone - la famiglia - ai quali si deve garantire tutta l'autonomia possibile, che potrà essere limitata solo in ragione di problemi di “spettanza” pubblica, quali il “bene comune” e le “ragioni” di soggetti terzi.

Da questo punto di partenza muove l'attuale analisi dei rapporti tra genitori e figli, e in particolare l'analisi del contenuto della potestà genitoriale e della sua funzione, allo scopo di definire il limite entro il quale i genitori possono operare scelte esistenziali con riferimento al minore d'età.

## 2. *Il concetto di potestà. Ricostruzione storica.*

Come si diceva poco sopra, nel diritto civile il rapporto tra genitori e figli è regolato attraverso l'utilizzo dello strumento della potestà genitoriale, in quanto ai sensi dell'art. 316 cod. civ. *“Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione”*.

Tale potere, per essere compreso e giustificato, deve essere collegato con altra norma vigente nel nostro ordinamento, che per certi aspetti, che verranno oltre meglio analizzati, mette in luce la visione che il legislatore ha del minore.

La minore età, come la nomina di un amministratore di sostegno, è materia strettamente legata alla capacità di agire.

L'art. 2 del codice civile è molto chiaro quando afferma che *“La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per cui non è stabilita una età diversa”*. Il tenore letterale della norma fa intendere che la persona minore di età non ha l'attitudine, compiendo manifestazioni di volontà, di modificare la propria sfera giuridica.

E' di tutta evidenza, il nesso che collega la norma, da ultimo citata, alle disposizioni sulla potestà e tutela dei minori: la mancanza di capacità di agire in capo al minore di età, fondata sull'art. 2 cod. civ., vale a giustificare il potere-dovere, che dura proprio sino alla maggiore età o all'emancipazione ai sensi dell'art. 316 cod. civ., del soggetto esercente la potestà o la tutela, il quale può compiere, entro i limiti e con gli eventuali provvedimenti autorizzativi stabiliti dalla legge, validi atti giuridici idonei a vincolare il minore di età e a modificare la sua sfera giuridica.

Tuttavia, la legge non definisce cosa deve intendersi per potestà genitoriale, ma si limita a stabilire che il figlio deve rispettare i

genitori<sup>137</sup> e che è soggetto alla loro potestà sino al raggiungimento della maggiore età o dell'emancipazione<sup>138</sup>.

Essendosi, il legislatore limitato a queste scarse indicazioni, e avendo ommesso completamente di indicare il contenuto della potestà spetta all'interprete ricostruirne i caratteri e fissarne confini e limiti.

La potestà dei genitori secondo uno dei più autorevoli giuristi può definirsi come un ufficio di diritto privato<sup>139</sup>, ed è caratterizzata

---

<sup>137</sup> Vedi articolo 315 codice civile rubricato “Doveri del figlio verso i genitori”, nel quale si legge:

Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa.

<sup>138</sup> Si legga il successivo art. 316: Esercizio della potestà dei genitori

Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione.

La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Se sussiste un imminente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili. Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

<sup>139</sup> M.C.Bianca, *Diritto Civile, vol. 2- La Famiglia, le Successioni* - Giuffrè Editore, Milano 2005 , pag. 330 “*La potestà dei genitori è un ufficio privato . Essa è un insieme di poteri-doveri che il genitore deve esercitare nell'interesse del figlio*”. Ma nello stesso senso si leggano anche le parole di C. Mascarello “*I ritocchi giudiziari della potestà genitoriale*” che inoltre riporta il pensiero della giurisprudenza “*la potestà genitoriale costituisce un ufficio di diritto privato attribuito per la cura dell'esclusivo interesse del minore e, pertanto, il suo esercizio non richiede soltanto*

dall'esercizio da parte dei genitori di diritti-poteri e doveri-obblighi sia in ambito personale che patrimoniale. Tale autorità è attribuita dall'ordinamento ai genitori, nell'esclusivo interesse dei figli minori e ha per contenuto la cura e l'educazione della persona, la rappresentanza della stessa e la gestione dei suoi interessi economici<sup>140</sup>.

Alla posizione di autorità conferita dall'ordinamento ai genitori, corrisponde la posizione "passiva" del figlio, il quale è tenuto ai sensi dell'art. 315 cod. civ. a rispettare i genitori<sup>141</sup>.

Prima di proseguire nella trattazione, pare opportuno ricordare che il concetto di potestà non è originario del Codice Civile, ma deriva dal Diritto Romano e da esso si è evoluto.

Sembra, pertanto, ai fini di una migliore comprensione dell'istituto, essere utile un breve *excursus* relativo all'evoluzione del contenuto e della funzione della potestà.

---

*che i genitori agiscano con ponderazione, essendo necessario verificare che le decisioni assunte non siano di pregiudizio anche solo eventuale per il minore*" nel testo a cura di P.Cendon "Il Diritto delle Relazioni Affettive – Nuove Responsabilità e Nuovi danni", Vol. II, Cedam, Padova, 2005, pag.1236 e ss.

<sup>140</sup> "Ogni organismo sociale abbisogna di un ordine interno. Società implica convivenza e questa implica a sua volta, dei limiti della libertà di ciascuno.(...) poiché la famiglia è indiscutibilmente una società, non può non essere dotata di poteri. (...) La potestà dei genitori soddisfa dunque questa esigenza di ordine, propria di ogni forma, anche elementare di società." così L.Ferri "Potestà dei genitori", in "Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca" a cura di F.Galgano, Zanichelli, Bologna, 1988, pag. 1

<sup>141</sup> Tuttavia anche se l'ordinamento pone a carico del figlio l'obbligo del rispetto dei genitori, non viene poi sancita alcuna sanzione per il caso di violazione.

## 2.a. Diritto Romano

Nell'antico diritto romano la patria potestà, oltre ad un carattere politico, su cui non sembra utile soffermarsi, aveva carattere di dominio pieno ed assoluto sulle persone dei figli. Un potere, che si potrebbe definire analogo alla proprietà sulle cose e sugli schiavi.<sup>142</sup>

Dalla lettura delle Istituzioni di Gaio emerge come in origine l'istituto della patria potestà fosse proprio dei cittadini romani: G.1.55 «*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus)...*»<sup>143</sup>

La patria potestà costituiva la base su cui si fondava la *familia* romana. Essa ricadeva su tutti i componenti, liberi e non, della *familia*, i quali venivano accomunati dalla sottoposizione al vincolo agnatzio.

Pertanto in origine l'istituto non era riferito solamente ai figli, ma aveva una portata soggettiva più ampia in quanto ricadevano sotto la potestà del *pater familias* anche le donne e gli schiavi<sup>144</sup>.

La patria potestà nelle società romana era qualcosa di ben diverso da quella attuale, infatti essa era un vincolo potestativo che veniva

---

<sup>142</sup> Basti pensare che il *pater familias* aveva sui figli persino lo *jus vitae et necis*.

<sup>143</sup> La quale può tradursi come segue: “Parimenti sono in nostra potestà i nostri figli, che abbiamo procreato in giuste nozze. Ciò è diritto proprio dei cittadini romani (di regola infatti non ci sono altri uomini, che in tal modo hanno potere sui loro figli, quanto ne abbiamo noi)...”

<sup>144</sup> La potestà in questi due casi assumeva anche nomi diversi: riguardo alle donne prendeva il nome di *manus* o *potestas maritalis*, mentre riguardo ai servi di *potestas*.

esercitato su tutti i membri della famiglia, qualsiasi fosse stato il titolo in forza del quale il soggetto era entrato a far parte della stessa<sup>145</sup>.

Infatti, vi erano diversi titoli in forza dei quali un soggetto poteva entrare a far parte della famiglia: primo titolo, di carattere naturale, di acquisto della potestà ed ingresso nella *familia* era la nascita; secondo titolo giuridico di ingresso nella *familia* era l'adozione; infine titolo giuridico di particolare natura era la *manus* la quale veniva esercitata nei riguardi della donna che a essa si sottoponeva così entrando a far parte della *familia* del marito (*conventio in manum*). Questi tre titoli di ingresso nella *familia* costituivano nel diritto romano altrettanti modi d'acquisto della patria potestà.

L'appartenenza alla famiglia comportava la piena sottomissione al *pater*<sup>146</sup>. Questa situazione di soggezione era in parte compensata dalle aspettative successorie ed dagli eventuali vantaggi derivanti dall'appartenenza ad un gruppo.

Per capire pienamente il contenuto e i poteri così ampi facenti capo al *pater familias* è opportuno ritrovare la ragione storica della costruzione del concetto di potestà<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> In ciò è dato rilevare la fondamentale differenza con l'attuale concetto di potestà, che può essere validamente esercitata solo nei confronti di chi sia figlio (legittimo, naturale o adottato), e pertanto prima del vincolo giuridico presuppone un legame naturale.

<sup>146</sup> I poteri del *pater* erano teoricamente illimitati e vennero nel tempo attenuati da un controllo sociale e dai mutamenti dei rapporti endofamiliari, verso una concezione più umanista, incentrata attorno alla *pietas*.

<sup>147</sup> Nel proseguo della nostra ricerca avremo modo di appurare come il contenuto, ed in particolare i poteri attribuiti dai vari ordinamenti, ai soggetti esercenti la potestà, subiscono modifiche a seconda del momento storico in cui vengono esercitati, ed in particolare in relazione al sentimento della società che vive in quello specifico momento storico.

È probabile che l'istituto della patria potestà derivasse, per il diritto romano, dalla tendenza dei degli antichi alla conservazione dei patrimoni familiari. Tale aspirazione non trovava ragione nella cupidigia o avarizia del pater familias, ma nella considerazione che era dalla conservazione del patrimonio familiare che dipendeva la sopravvivenza dell'intera *gens*<sup>148</sup>: era importante quindi, al fine di evitarne la dispersione e la conseguente disgregazione della famiglia, che il patrimonio fosse sottoposto al controllo e all'autorevolezza di un unico componente.

Le conseguenze di questa impostazione si riversano nel contenuto giuridico della *patria potestas*: infatti, solo il *pater familias* poteva divenire titolare di rapporti patrimoniali, quindi alienare od acquistare beni. Utilizzando termini privatistici moderni, potremmo dire che solo il *pater familias* poteva, essendo l'unico a possedere la capacità giuridica, essere soggetto di diritti.

Tutto ciò derivava dal principio, vigente nella famiglia romana, dell'unità delle persone<sup>149</sup>, che giustificava il potere del padre sui figli più per vantaggio del primo che dei secondi, “*i quali non potevano avere un proprio patrimonio, e tutti i loro acquisti cedevano a vantaggio del padre*”.

---

<sup>148</sup> La *gens*, nel modo romano, era formata da un gruppo di persone che portavano lo stesso *nomen*; le ramificazioni di questo gruppo, che venivano identificate attraverso l'attribuzione di un *cognomen*, costituivano le diverse *familiae*.

<sup>149</sup> N. Stolfi, “*Diritto Civile*”, vol. 5- *La Famiglia* - UTET, Torino 1921 , pag. 525 “*vigeva nella famiglia il principio dell'unità delle persone, << cum et natura pater et filius eadem persona paene intelliguntur>>*”

## 2.b. La Patria Potestà verso il codice Civile del 1865

Il potere assoluto del padre “romano” sui figli, cui abbiamo accennato nel paragrafo precedente, nel tempo si venne tuttavia temperando attraverso un’evoluzione storica lenta e graduale, che partendo dal mutamento dei costumi sociali, ha poi avuto conseguenze nella disciplina di legge.

Tuttavia ancora in epoca medievale si riteneva legittimo che il genitore “*destinasse al convento*” il proprio figlio, senza che questi potesse intervenire in alcun modo nella decisione, la quale, anzi veniva spesso assunta contro la sua volontà<sup>150</sup>.

Inoltre, il genitore era, perfino, legittimato a sostituirsi al figlio nella redazione dell’atto personalissimo per eccellenza: il testamento<sup>151</sup>, cosicché poteva accadere che la volontà del figlio, anche l’ultima, legittimamente, non venisse mai presa in considerazione.

---

<sup>150</sup> “*e finanche dacchè erano ancora nell’utero materno*” così N. Stolfi, “*Diritto Civile*”, vol. 5- *La Famiglia* - UTET, Torino 1921, pag. 526. L’Autore ricorda anche i genitori potevano perfino, pag. 527, “*rinchiudere i figli incorreggibili in carcere, senza bisogno che ricorressero ai magistrati, e per sola virtù della loro autorità*”.

<sup>151</sup> Tuttavia, sin d’ora si vuole portare all’attenzione di chi legge che ancora oggi l’art. 591 cod. civ, sebbene lasci implicitamente all’incapace, e quindi anche al minore, la possibilità di redigere autonomamente il proprio testamento, assegna subito dopo *a chiunque ne abbia interesse* la possibilità di farlo nel nulla. Tale norma, per evitare che il nostro moderno ordinamento venga in qualche modo equiparato a quello antico, necessita evidentemente di una modifica che tenga conto delle capacità del soggetto minore d’età quantomeno in ambito non patrimoniale, essendo evidentemente la norma attuale diretta a tutelare interessi di natura patrimoniale. In tal senso si legga anche il pregevole contributo di G. Palmeri, “*Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori*”, Novene Editore, Napoli, 1994, pag. 3

Solo nell'Ottocento *“l'ingentilirsi”*<sup>152</sup> dei costumi provoca dei cambiamenti significativi nell'esercizio della patria potestà. In tale epoca, infatti, un utilizzo troppo rigoroso dell'autorità paterna avrebbe sollevato riprovazione da parte dell'opinione pubblica, la quale pertanto fungeva da freno e limite all'esercizio della patria potestà.

Tuttavia non può farsi un'unica ricostruzione per tutta la nostra penisola: infatti, sino al 1865, nel nostro paese non esisteva una legislazione unitaria, ma risultava frammentata nei numerosi statuti afferenti ognuno ad un singolo stato preunitario.

Le principali legislazioni vigenti nella nostra penisola, erano da una parte il Codice Napoleonico del 1804, che successivamente alla caduta di Napoleone e dopo la restaurazione, continuava ad influenzare seppure in maniera diversa le singole codificazioni; e dall'altra il Codice Civile Austriaco del 1815, entrato in vigore nel 1816 per quelle regioni del nostro territorio nazionale che entrarono a far parte dell'Impero Austriaco, e tra le quali si possono annoverare i territori del Lombardo-Veneto.

In particolare il Codice Napoleonico può considerarsi prodotto di una società tipicamente borghese, laica e libertaria dove lo Stato è caratterizzato dall'autoritarismo e dove, anche nella famiglia, si tendeva ad imporre una sorta di autoritarismo, esercitato dal marito e dal padre<sup>153</sup>; il tutto all'insegna di una famiglia forte in uno Stato forte. Utilizzando le parole di un noto giurista si può affermare che

---

<sup>152</sup> Così N. Stolfi in *“Diritto Civile”*, vol. 5- *La Famiglia* - UTET, Torino 1921 , pag. 528

<sup>153</sup> *“La patria potestà viene restaurata pressoché integralmente e corredata da ampi poteri direttivi e di correzione ... La moglie viene posta sotto la tutela giuridica del marito, cui deve obbedienza”*, così E. Dezza *“Lezioni di storia della codificazione civile – Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)”*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pag. 79 e ss.

nell'impianto napoleonico la famiglia è *“un microcosmo gerarchico che sacrifica all'unità gli interessi individuali”*<sup>154</sup>.

Il codice civile Austriaco, è invece caratterizzato da una più marcata attenzione al soggetto, e, per la materia che ci riguarda, del minore e in particolare alla sua educazione.

Mentre sotto l'influenza del codice francese il potere del padre si manteneva generalmente rigoroso<sup>155</sup>, con il codice austriaco si va definendone un contenuto più “dolce”, che assume la connotazione del dovere di protezione, di rappresentanza e di amministrazione dei figli e dei loro beni, determinato proprio dalla maggiore attenzione del codice austriaco verso il minore e la sua educazione.

Infatti, sebbene anche il codice austriaco, nel disciplinare la patria potestà, avesse come riferimento il modello romano, tuttavia, dal confronto con la disciplina offerta dal codice napoleonico, emerge nel codice austriaco una maggiore sensibilità alle esigenze di cura ed educazione dei figli<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> P.Zatti, *“Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La Privatizzazione del Diritto di Famiglia”*, Familia, 2002, pag. 9

<sup>155</sup> Basti come esempio quello proveniente direttamente dalla Francia, ove alla vigilia della Rivoluzione, il Mirabeau, già maggiorenne, veniva per ordine del padre, tenuto in carcere.

<sup>156</sup> In tal senso E. Dezza *“Lezioni di storia della codificazione civile – Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)”*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pag. 149.

Il tutto emerge poi con grande chiarezza dall'analisi delle disposizioni contenute nello stesso ABGB, tra le quali emergono in quanto di particolare rilievo la norma del § 139 *“I genitori sono obbligati in generale ad educare i loro figli legittimi, vale a dire ad aver cura della loro vita e sanità, a somministrar loro un decente mantenimento, a sviluppare le loro forze intellettuali e corporali ed a porre il fondamento della futura loro prosperità coll'istruirli nella religione e nelle utili cognizioni”*; la norma del § 148 *“Finché i figli non siano giunti alla pubertà, il*

Tale diverso atteggiamento nei confronti dei figli, è espressione di una diversa impostazione generale che emerge dall'impianto complessivo del codice austriaco. E' stato osservato<sup>157</sup> che le disposizioni sulla legge in generale, le quali costituiscono una sezione introduttiva del codice, rappresentano una “*summa del pensiero giusnaturalista e giusrazionalista*”, che si riflette anche nella disciplina del diritto delle persone<sup>158</sup> e della famiglia.

### 2.c. *La Patria Potestas nel Codice Civile del 1865*

Sebbene, come abbiamo visto poco sopra, in alcune zone d'Italia fosse vigente il Codice Austriaco, sotto vari aspetti, nella materia che ci interessa, più evoluto<sup>159</sup> rispetto al *Code Napoleon*, il Codice Civile

---

*padre può educarli a quel genere di vita che reputa ad esso loro conveniente; giunti però alla pubertà, se avessero inutilmente manifestato al padre il loro desiderio per un diverso genere di vita più adattato alle loro inclinazioni e capacità, potranno dirigersi al tribunale ordinario, il quale deciderà d'ufficio, avuto riguardo alla condizione, alla facoltà ed alle opposizioni del padre”; ed infine la norma del §177 secondo la quale “Perdono per sempre la patria potestà quei padri che trascurano interamente il mantenimento e l'educazione de' loro figli”.*

<sup>157</sup> E. Dezza “*Lezioni di storia della codificazione civile – Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*”, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pag. 141 e ss.

<sup>158</sup> A riguardo è degno di essere ricordato per la sua forte attenzione alla persona : “§ 16. *Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono colla sola ragione, perciò egli è da considerarsi come una persona. La schiavitù o proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa non sono tollerabili in questa Stati*”.

<sup>159</sup> Confronta la nota 23

Italiano del 1865<sup>160</sup> trova il suo diretto antecedente proprio in quest'ultimo.

Il Codice Pisanelli, tuttavia, non ripropone pedissequamente le norme originarie del codice francese, ma ne rappresenta un progresso apportando un temperamento all'autorità paterna e un primo timido riconoscimento del ruolo della donna.

Infatti<sup>161</sup>, esso ha il pregio di avere ristretto il diritto di correzione spettante al padre: non era più legittimo che l'incarcerazione del figlio

---

<sup>160</sup> Detto anche Codice Pisanelli, dal nome del Ministro guardasigilli Giuseppe Pisanelli. Egli nacque a Tricase, (Lecce) nel 1812 e morì a Napoli nel 1879, e fu un importante giurista e uomo politico italiano. Infatti rivestì la carica di ministro della giustizia prima a Napoli con Garibaldi e con Farini, e successivamente ricoprì lo stesso incarico nel governo nazionale nel periodo 1862-1864. Proprio in tale periodo contribuì alla redazione del codice civile del 1865, che da lui prende il nome.

<sup>161</sup> Si riporta il testo dell'art. 222 del Codice Civile del 1865 "Il padre che non riesca a frenare i travimenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari; e ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo. L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, ed il presidente provvederà senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del suo decreto". Il Codice napoleonico, invece, attribuiva al padre poteri di correzione più ampi, si riportano di seguito gli articoli di riferimento del Codice del 1804 dal titolo IX – Della Patria Potestà:

*“375. Il padre avendo motivi gravissimi di disgusto per la condotta di un figlio, avrà i seguenti mezzi di correzione.*

*376. Se il figlio non sarà ancora giunto al principio dell'anno sedicesimo di sua età, il padre potrà farlo tenere in arresto per un tempo non maggiore di un mese, ed a tale effetto, il presidente del tribunale del circondario dovrà, ad istanza del padre, rilasciare il decreto d'arresto.*

*377. Dall'incominciamento dell'anno sedicesimo sino alla maggior età, o alla*

avvenisse per via di autorità(art. 220) diversamente da quanto poteva accadere vigente il Codice Napoleonico.

Inoltre viene colmata la lacuna legislativa esistente ancora nel codice francese caratterizzata dall'assenza di qualsiasi sanzione contro il padre, a fronte all'abuso del proprio potere<sup>162</sup>.

Può, pertanto, affermarsi che la patria potestà, disciplinata dal codice Pisanelli, non era più caratterizzata dal dominio assoluto del padre sul figlio, ma era ristretta al mantenimento dell'ordine nella famiglia e alla tutela della persona e del patrimonio dei figli.

In altri termini rimaneva il Legislatore del 1865 ancorato alla visione della famiglia come microcosmo in cui il valore dell'unità del gruppo

---

*emancipazione, il padre potrà soltanto domandare la detenzione del figlio per sei mesi al più: a quest'effetto si rivolgerà al presidente del detto tribunale, il quale, dopo aver conferito col Regio Procuratore, rilascerà o ricuserà l'ordine dell'arresto, e potrà, nel primo caso, abbreviare il tempo della detenzione richiesto dal padre.*

*378. Nell'uno e nell'altro caso, non avrà luogo veruna scrittura o formalità giudiziale: il solo ordine d'arresto sarà ridotto in iscritto, senza esprimere i motivi. Il padre sarà soltanto tenuto a sottoscrivere ad un atto, con cui si obblighi di pagare tutte le spese, e di somministrare i congrui alimenti.*

*379. È sempre in facoltà del padre di abbreviare il termine della detenzione da esso lui ordinata o richiesta. Se il figlio dopo essere stato posto in libertà, ricade in nuovi traviamenti, la detenzione potrà nuovamente ordinarsi nel modo prescritto negli antecedenti articoli”.*

<sup>162</sup> Infatti, è dato osservare come in precedenza, non fossero previste ipotesi di decadenza dalla patria potestà, per i casi di abuso. Lacuna, che invece viene colmata nel codice del 1865 dall'art. 233 “*Se il genitore abusa della patria potestà violandone o trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze del figlio, il tribunale sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero, potrà provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio o di un curatore ai beni di lui, privare il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte, e dare quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio”.*

veniva considerato superiore a quello dei singoli componenti del medesimo<sup>163</sup>. Tale impostazione si risolveva nel mantenere salda la struttura gerarchica della famiglia.

In altri termini si evidenzia, in conformità a quanto più sopra accennato, come il codice riflettesse una società borghese e industriale caratterizzata da principi gerarchici e autoritari che assegnavano alla donna un ruolo di sottomissione, privilegiando la figura maschile all'interno come all'esterno della famiglia, impianto che non poteva non produrre effetti anche nelle relazioni con i figli.

*2.d. Evoluzione dalla concezione patrimonialistica a quella funzionale allo sviluppo della personalità: il codice del 1942 e la Riforma del diritto di famiglia*

Il codice del 1942, di stretta derivazione dal codice del 1865, riproponeva, relativamente alla materia di cui ci stiamo occupando, ancora quella impostazione che abbiamo riscontrato alla base della *potestas del pater familias*: ovvero sia la concezione patrimonialistica

---

<sup>163</sup> P.Zatti, *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La Privatizzazione del Diritto di Famiglia*, Familia, 2002, pag. 9, il quale afferma *“Lungo tutto il secolo che va dall'unità nazionale ai nostri anni Sessanta la struttura gerarchica della famiglia, che investiva il marito-padre della funzione di "capo" del gruppo familiare, e gli consentiva di assumere a propria discrezione, nei limiti del lecito, le decisioni che gli apparissero conformi all'interesse del gruppo, resta quella del codice liberale, il quale, rispettoso delle tradizioni del popolo italiano al punto da mantenere l'indissolubilità del matrimonio, riconosceva nel gruppo il titolare di interessi "superiori" a quelli individuali”*.

del diritto di famiglia, il quale era, così, costruito in funzione di garanzia e conservazione del patrimonio<sup>164</sup>.

Tuttavia non deve dimenticarsi come il Codice Civile del 1942, sia stato pensato e scritto, quando, ancora, in Italia, imperava il Fascismo, dal cui orientamento risultava decisamente influenzato.

Sebbene la patria potestà non venisse più considerata come un diritto attribuito al padre nel suo esclusivo interesse<sup>165</sup>, ma come “*autorità attribuita ai genitori sui figli (...) perché [fosse] loro possibile di esercitare la loro altissima missione*”<sup>166</sup>, veniva d'altra parte ad essere considerata anche di interesse statale. Da questo dichiarato interesse discendeva un diritto del potere pubblico di vigilare, correggere e completare l'attività del soggetto esercente la patria potestà.

Tali interventi trovavano da parte dello Stato Fascista la più larga attuazione al fine di rafforzare l'organismo statale, che richiedeva alle famiglie italiane uno stile di vita “*tale da assicurare alla Nazione una prole forte e virilmente educata alla disciplina e alla responsabilità*”<sup>167</sup>. Si porta a titolo di esempio la vecchia formulazione dell'art. 147, la quale statuiva che l'educazione e l'istruzione dovevano essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista. Inoltre i genitori potevano stabilire a quale mestiere o professione doveva essere avviato il figlio, con l'unico limite che lo

---

<sup>164</sup> In tal senso, si legga “*La capacità determinativa del minore nelle situazioni esistenziali*” G.Ballarani, Giuffrè Editore , 2008, pag. 39

<sup>165</sup> In tal senso, si legga “*La capacità determinativa del minore nelle situazioni esistenziali*” G.Ballarani, Giuffrè Editore , 2008, pag. 44 “*Con il codice del 1942...la potestà è funzionale alla attuazione e alla realizzazione degli interessi della prole*”.

<sup>166</sup> Così F.S. Azzariti, G.Martinez, G.Azzariti in “*Diritto Civile Italiano*”, CEDAM, Padova 1943 , pag. 970

<sup>167</sup> F.S. Azzariti, G.Martinez, G.Azzariti in “*Diritto Civile Italiano*”, CEDAM, Padova 1943 , pag. 971

stesso fosse consono alla condizione sociale ed ai mezzi economici della famiglia.<sup>168</sup>

Tale impostazione era però destinata ad essere oggetto di revisione, dapprima, con la caduta del Regime e con l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana il 1° gennaio 1948, e successivamente, in modo più radicale con l'entrata in funzione nel 1956 della Corte Costituzionale.

In effetti fu proprio grazie<sup>169</sup> all'attività della Corte Costituzionale, e alla lettura costituzionalmente orientata, che dava nelle sue pronunce,

---

<sup>168</sup> Sembra opportuno riprodurre quanto rilevato a riguardo da M. Fortino nel suo articolo *“Solidarietà e protezione dei minori”* pubblicato in *Famiglia*, 2003, pag.91: *“Il minore in tal modo dissolveva la sua identità all'interno di un nucleo familiare, soggetto all'indiscussa autorità del padre, appena temperata dall'introduzione del codice del 1942 che, nel quadro della funzione pubblicistica attribuita alla famiglia e della ideologia allora imperante, prevedeva, da un verso, controlli giudiziari, attraverso la nuova figura del giudice tutelare, sull'esercizio della patria potestà, risoltisi tuttavia prevalentemente in controlli sugli aspetti patrimoniali, dall'altro, indicava un modello di educazione teso alla "costruzione" del futuro combattente, strumento della politica espansionistica del regime”.*

<sup>169</sup> *contra* si legga Bucciante *“Trattato di Diritto Privato”* diretto da P. Rescigno, - *Persone e Famiglia*- tomo III, UTET, Torino, 1982 il quale invece a riguardo parla di spirito di conservazione relativamente all'attività della Corte Costituzionale in codesta materia, sebbene egli Le riconosca comunque di avere rivolto al legislatore l'auspicio di un intervento organico e conforme al dettato costituzionale nella disciplina dei rapporti familiari. In tema di potestà - coesercizio da parte di entrambi i coniugi - egli porta ad esempio la sentenza n. 102 dell'8 luglio 1967 nella quale, in ragione del principio di unità familiare nel governo della famiglia, si afferma *“se è vero che nel concetto di limite è insito un aspetto di eccezionalità è anche vero che per questo non è consentito snaturare l'essenza del limite medesimo, interpretandone restrittivamente la portata fino al punto di svuotarlo di contenuto, come avverrebbe se si ritenesse prevalente il principio della parità dei coniugi sulla necessità di tutelare l'unità della famiglia”.*

dei principi civilistici, che si giunse al convincimento che i tempi fossero maturi per una radicale riforma del diritto di famiglia<sup>170</sup>.

Tuttavia il percorso legislativo non fu breve.

I lavori parlamentari, iniziati verso la metà degli anni Sessanta, si conclusero solo con l'approvazione della legge 19 maggio 1975, n. 151, che ha innovato integralmente la materia<sup>171</sup>, dando piena attuazione ai principi costituzionali dell'eguaglianza tra coniugi e della parità tra figli legittimi e naturali.

---

<sup>170</sup> *“Verso la fine degli anni Sessanta era oramai diffuso il convincimento che non fosse ulteriormente rinviabile una radicale riforma della disciplina codicistica della famiglia”*, così M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, pag. 25. Infatti nel corso degli anni sessanta, la Corte Costituzionale era in più occasioni intervenuta rivolgendo al legislatore l'invito ad adeguare la normativa ai principi costituzionali; sin dalla primissima pronuncia della Consulta, sebbene riferita ad altra materia, del 14 giugno 1956, ove si può leggere *“L'assunto che il nuovo istituto della "illegittimità costituzionale" si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori) non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria”*.

<sup>171</sup> In tal senso M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, pag. 25 *“Conclusivamente, ad un assetto familiare pressoché identico a quello inauguratosi con la codificazione napoleonica, la riforma ne ha sostituito un altro per molti aspetti nuovo ed in contrasto con il precedente; segno che l'ordine sociale maturato nel secondo dopoguerra aveva vigorosamente intaccato il modello familiare tradizionale, consolidata espressione delle culture di matrice idealistica, rurale e cattolica”*.

Una serie di interventi legislativi speciali, anticiparono seppure in forma frammentaria, le linee della legge del 1975<sup>172</sup>.

A titolo esemplificativo si porta la legge sull'adozione ( Legge n. 431 del 5 giugno 1967): essa anticipa i tratti, ripresi poi dalla riforma del 1975, di una nuova idea di famiglia, quale comunità di soggetti uguali tra loro e ugualmente responsabili nei confronti dei figli, indipendentemente dalla qualificazione giuridica del rapporto di procreazione, che, conseguentemente, ha perso la preminenza di un tempo per lasciar spazio all'interesse del minore.

E' dato osservare come fu nuovamente il mutamento, nel sentimento della società, della concezione patrimonialistica della potestà<sup>173</sup>, cui si è sostituita la visione prettamente educativa e di indirizzo della prole, che ha mosso il legislatore del 1975 ad operare una rivoluzione nel rapporto tra genitori e figli, dando così piena attuazione ai precetti costituzionali.

In primo luogo la riforma opera un mutamento del soggetto, per così dire, attivo del rapporto potestativo: attraverso l'affermazione dell'uguaglianza dei coniugi, si passa dal concetto di patria potestà a quello di potestà genitoriale.

La potestà, prima attribuita in via esclusiva al padre, diviene, così, oggetto di esercizio congiunto di entrambi i coniugi, tanto che alcuni autori si sono espressi dicendo che la vera innovazione della riforma del 1975 sia stata quella di parificare il ruolo della donna a quello

---

<sup>172</sup> Così, M. Sesta, "Diritto di famiglia", Padova, 2003, pag. 25, e Bucciante in "Trattato di Diritto Privato" diretto da P. Rescigno, -Persone e Famiglia- tomo III, UTET, Torino, 1982, pag. 467.

<sup>173</sup> Che più sopra abbiamo visto essere alla base della costruzione dell'originario concetto di potestà.

dell'uomo, con ciò riconoscendo il ruolo che la mutata società le aveva assegnato<sup>174</sup>.

In realtà i minori della riforma non vengono più considerati semplici oggetti della potestà, ma soggetti con proprie aspirazioni ed inclinazioni, la cui dignità deve essere rispettata al pari di ogni altro individuo<sup>175</sup>, tanto che vi è stato, anche, chi ha affermato che con la riforma il legislatore si è ispirato e si è fatto promotore di un orientamento puerocentrico, considerando l'interesse dei figli preminente su quello dei genitori<sup>176</sup>.

L'attenzione che è stata dal legislatore rivolta al minore, è certamente espressione di quella stessa concezione, che si ritrova nella Carta Costituzionale, nella quale il minore di età è visto come una “*persona in formazione all'interno della comunità sociale*”<sup>177</sup>, con ciò riconoscendo la “personalità” del minore e la sua dignità di persona.

---

<sup>174</sup> In tal senso contra B. De Filippis, G. Casaburi, “Trattato breve di Diritto di famiglia”, Cedam, Padova, 2002, pag. 978 e ss

<sup>175</sup> In tal senso B. De Filippis, G. Casaburi, “*Trattato breve di Diritto di Famiglia*”, Cedam, Padova, 2002, pag. 978 “*Ad un'interpretazione autoritaria e patrimoniale della potestà se ne è sostituita un'altra, prevalentemente educativa, pur permanendo tutti i compiti di rappresentanza economica, di cui all' art. 320 cod. civ*”.

<sup>176</sup> N.Zanini “La potestà dei genitori” in “Diritto privato nella Giurisprudenza” a cura di P. Cendon, vol. IV, La Famiglia, UTET, Torino, 2000, pag. 19. Tuttavia si legga contra B. De Filippis, G. Casaburi, “*Trattato breve di Diritto di famiglia*”, Cedam, Padova, 2002, pag. 978 e ss.: “*Mutare l'angolazione con cui si considera la potestà, rendendola più un dovere che un diritto, non significa dare centralità al minore, quanto abbandonare, anche dal punto di vista formale, concezioni autoritaristiche che non fanno più parte della sensibilità e della coscienza sociale*”.

<sup>177</sup> G. Palmeri , “*Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori*”, Novene Editore, Napoli, 1994, pag. 3

Si vuole parlare di riconoscimento in capo al minore di età della personalità, in quanto essa non può essere attribuita, attraverso un atto legislativo, ma appartiene al minore d'età in quanto persona.

Questa osservazione non è da banalizzare<sup>178</sup> in quanto in epoca di poco precedente la promulgazione della nostra Costituzione, il minore non era considerato una persona a pieno titolo, analogamente a quanto avveniva per gli incapaci e gli infermi e in generale per i soggetti deboli di cui si è parlato nel capitolo precedente.

Significativo a riguardo un trafiletto apparso in prima pagina del "Piccolo", quotidiano di Trieste in data 29 dicembre 1881, e intitolato "Rarità della specie", ove si leggeva "La vigilia di Natale segnò un giorno fausto nella rubrica dei trapassati: su città e territorio, tutto compreso non avemmo che un morto, diciamo uno dell'età di 42 anni" salvo subito dopo precisare "e quattro bambini sotto i cinque".

Per il cronista dell'epoca era normale dire che la persona deceduta fosse solo una, perché i quattro bambini sotto i cinque anni, non erano persone a tutti gli effetti, e di loro se ne era data notizia, con ogni probabilità, solo per completezza.

### 3. *La sostituzione del minore da parte dei genitori*

Già in precedenza in questo lavoro è stato sottolineato come la potestà dei genitori sia un potere funzionale finalizzato all'allevamento dei figli. Ciò premesso, pare utile ai fini della ricerca che qui si sta compiendo chiedersi quali siano i limiti entro i quali i genitori sono legittimati ad

---

<sup>178</sup> Infatti anche una convenzione internazionale si è dovuta far carico di dichiarare che il minore, al pari di ogni altra persona è titolare di diritti. Si tratta della Dichiarazione dei diritti del fanciullo approvata da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, all'unanimità e senza astensioni, il 20 novembre 1959.

operare le scelte in luogo del figlio, e se con il passare degli anni, anzi con il conseguimento da parte del minore di una certa maturità psichica oltre che fisica, la potestà genitoriale si possa attenuare<sup>179</sup> o addirittura possa cessare anticipatamente rispetto al termine “di legge”<sup>180</sup>.

In questa nostra analisi dobbiamo innanzitutto partire dall’art.147 del codice civile<sup>181</sup>, il quale segna le direttive cui devono attenersi i genitori nell’allevare i loro figli. Esso recita “*Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*”.

L’art. 147 cod. civ. ci permette di individuare dei compiti facenti capo ai genitori ascrivibili a sfere profondamente diverse: un primo gruppo

---

<sup>179</sup> De Filippis, *Trattato breve di Diritto di Famiglia*, Cedam, Padova, 2002 “Questo potere(l’autore si riferisce alla potestà) non si estingue di colpo al momento del raggiungimento della maggiore età, ma decresce progressivamente, seguendo l’andamento dello sviluppo delle capacità di autodeterminazione del minore”. Si veda anche Realmonte, “*Rapporti tra genitori e figli*”, in *Jus*, 1974, pag. 99.

<sup>180</sup> Vi è chi sostiene la tesi opposta, e così L.Ferri “*Potestà dei genitori*”, in “*Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*” a cura di F.Galgano, Zanichelli, Bologna, 1988, pag. 17 e ss, “*Non avrebbe senso dire che il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all’età maggiore o all’emancipazione (art. 316 I° comma) se poi la soggezione venisse esclusa quando egli raggiunge capacità espressive autonome, cioè consegue una certa maturità fisica e psichica. E’ proprio questo a mio avviso il periodo in cui la funzione educativa diviene importante e particolarmente delicata (...) Un’educazione che prescindesse da ogni sforzo di comprensione del figlio e dei suoi desideri sarebbe qualcosa di mostruoso. Ma tener conto delle inclinazioni non significa assecondarle, come l’obbligo di sentire un parere non include quello di attenervisi*”.

<sup>181</sup> La cui interpretazione deve seguire anche l’orientamento costituzionale, circa la persona e il suo sviluppo.

ricade nella sfera dei rapporti personali ed è costituito dall'istruzione dall'educazione; mentre il secondo è costituito dall'obbligo di mantenimento e ricade nell'ambito patrimoniale.

Sebbene la norma indichi per prima l'obbligazione di mantenimento, in realtà, certamente, preminenti sono i doveri di istruzione ed educazione, in quanto il momento patrimoniale è strumentale a quello personale, tanto che i genitori devono mantenere i figli in ogni caso e senza alcun limite, mentre è lo stesso legislatore che impone l'osservanza delle capacità, inclinazioni *naturali* e aspirazioni del minore<sup>182</sup>.

Il richiamo delle capacità, inclinazioni *naturali* e aspirazioni del minore, ovverosia la sua specifica ed irripetibile personalità e soggettività, e l'abbandono di ogni precedente riferimento ai principi della morale, ci fanno comprendere quale fosse l'obiettivo che il legislatore intendeva perseguire formulando l'art. 147 cod. civ. : assegnare ai genitori il compito di seguire il figlio nella formazione della propria struttura personale, e non più quello di uniformarne la personalità, dall'alto di una autorità onnipotente, ad astratti modelli comportamentali, più o meno generalmente condivisi<sup>183</sup>.

Avendo il legislatore evitato di tracciare un modello educativo generalizzato e avendo lasciato spazio all'individualizzazione, ha attribuito, attraverso il riconoscimento delle capacità, inclinazioni, e aspirazioni, ai bambini e agli adolescenti, almeno sulla carta, un ruolo

---

<sup>182</sup> G.Palmeri “*Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori*”, Jovene Editore, Napoli, 1994, pag. 9

<sup>183</sup> M. Sesta, *Diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2003, pag. 372

attivo nel loro processo di formazione e sviluppo della loro personalità<sup>184</sup>.

#### 4. *La capacità del minore e il “discernimento sufficiente”*

Al fine di operare quella rivoluzione, cui più sopra si accennava, nel rapporto tra genitori e figli, e quindi, passare dall’ottica dell’individuazione dei limiti della potestà, determinati, come si è visto, dall’interesse del minore, a quella della limitazione dell’autonomia del soggetto in età evolutiva, determinata dal potere- dovere dei genitori, pare utile fare ricorso al concetto di capacità di discernimento, e conseguentemente all’evoluzione della capacità di autodeterminarsi nella consapevolezza delle scelte che va a compiere del soggetto che si trova in minore età.

Può essere interessante osservare come il germe della distinzione in funzione della maturità, all’interno della categoria dei minori di età non fosse ignota al codice austriaco del 1815, cui più sopra abbiamo fatto riferimento, il quale sanciva al §148 *“Finché i figli non siano giunti alla pubertà, il padre può educarli a quel genere di vita che reputa ad esso loro conveniente; giunti però alla pubertà, se avessero inutilmente manifestato al padre il loro desiderio per un diverso genere di vita più adattato alle loro inclinazioni e capacità, potranno dirigersi al tribunale ordinario, il quale deciderà d’ufficio, avuto riguardo alla condizione, alla facoltà ed alle opposizioni del padre”*.

Dalla lettura della norma emerge che, sebbene la disposizione non attui un pieno riconoscimento della volontà del soggetto pubere, la stessa gli permetta, tuttavia, di azionare un meccanismo, pur condizionato alla

---

<sup>184</sup> G.Palmeri *“Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori”*, Jovene Editore, Napoli, 1994, pag. 9

volontà del giudice, capace di prendere atto dei desideri e degli interessi del minore.

La norma in questione pare anticipare dei caratteri di modernità, in quanto, benché in termini certamente embrionali, anticipa due concetti molto importanti: il dovere di tenere in considerazione l'inclinazione naturale e le aspirazioni dei figli<sup>185</sup> e il diritto all'ascolto<sup>186</sup> del minore nelle decisioni che lo riguardano.

Infatti non è da dimenticare che quando si fa genericamente rinvio al "minore d'età", non ci si riferisce a situazioni omogenee, ma si va ad indicare una *"pluralità di situazioni di persone in età evolutiva dagli zero ai diciotto anni, le cui coscienze e volontà hanno, ovviamente, diversi stadi di formazione e maturazione"*<sup>187</sup>.

A fronte del riconoscimento di una diversità sostanziale delle diverse situazioni soggettive, il diritto dovrebbe prendere atto e realizzare una disciplina flessibile a sufficientemente generale ed astratta da adattarsi alle diverse fattispecie, e non considerare pertanto, formalmente eguali situazioni profondamente diseguali.

---

<sup>185</sup> Di cui si ampiamente parlato, e che per quanto riguarda il nostro ordinamento, ha trovato espressione solo in tempi recenti, con la riforma del diritto di famiglia, nell'art. 147 cod. civ.

<sup>186</sup> Si può affermare, invece che il diritto all'ascolto del minore, non rintracciabile nel testo del codice civile, trovi una prima affermazione solo nella Convenzione ONU del 1989, la quale riconosce al minore una serie di diritti fondamentali, tra i quali quello di parlare e di essere ascoltato, come forma d'intervento personale ed efficace nelle diverse situazioni che lo riguardano realizzando definitivamente l'obiettivo di garantire ad ogni persona, quindi anche al bambino capace di discernimento, la possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero.

<sup>187</sup> In tal senso si legga M.G.Ruo "La volontà del minore:sua rappresentanza e difesa nel processo civile", in Diritto di Famiglia, 2006, pag. 1359

La distinzione che si è soliti fare a riguardo è quella dei piccoli minori, *petits enfants*, e grandi minori, *grands enfants*.

Tuttavia, dal Diritto Internazionale e da alcune legislazioni speciali, emerge la volontà di riformare la disciplina del minore sulla base del riconoscimento di questa diversità.

L'Italia ha stipulato e ratificato due convenzioni internazionali, che riguardano i minori; si tratta della Convenzione ONU del 1989 e della Convenzione di Strasburgo del 1996.

La Convenzione ONU sui Diritti del fanciullo è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989 a New York, entrata in vigore il 2 settembre 1990, ed è stata ratificata in Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176.

L'intento della Convenzione emerge sin dal primo considerando<sup>188</sup>, ma più significativo ai fini della nostra ricerca è l'art. 12 il quale fa assumere ai Stati firmatari l'obbligo di garantire *“al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa”*, in quanto le opinioni del fanciullo dovranno essere debitamente prese in considerazione *“tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità”*. L'articolo poi continua attribuendo al fanciullo quel diritto di ascolto<sup>189</sup> di cui abbiamo ritrovato il germe nel codice austriaco del 1815.

---

<sup>188</sup> *“Considerando che, in conformità con i principi proclamati nella Carta delle Nazioni Unite, il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana nonché l'uguaglianza e il carattere inalienabile dei loro diritti sono le fondamenta della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”*

<sup>189</sup> Secondo comma dell'art. 12 della Convenzione ONU del 1989 *“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”*

La Convenzione di Strasburgo denominata “Convenzione Europea sui diritti dei minori”, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata in Italia con legge n. 77 del 20 marzo 2003, nel preambolo afferma:

*“Convinced that the rights and best interests of children should be promoted and to that end children should have the opportunity to exercise their rights, in particular in family proceedings affecting them”<sup>190</sup>.*

L'intento di tale seconda convenzione è evidentemente quello di promuovere il fanciullo che sia considerato *“having sufficient understanding”<sup>191</sup>*, locuzione che può essere tradotta con le parole “avente una capacità di discernimento”.

La promozione del soggetto minore di età è l'obiettivo della Convenzione, la quale prova a realizzarlo valorizzando lo stato di sviluppo psico-fisico del bambino, che determina una differente capacità di discernimento.

Inoltre la Convenzione fa riferimento non alla volontà del minore ma alla sua opinione<sup>192</sup> in relazione alla sua capacità di discernimento o di

---

<sup>190</sup> *“Convinti che i diritti e gli interessi superiori dei minori debbano essere promossi e che a tal fine i minori dovrebbero avere la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano”*

<sup>191</sup> Con queste parole si esprime la convenzione nel riferirsi ai fanciulli ai quali devono essere riconosciuti i diritti di ascolto e informazione.

<sup>192</sup> M.G.Ruo *“La volontà del minore: sua rappresentanza e difesa nel processo civile”*, in *Diritto di Famiglia*, 2006, pag. 1359: *“Tuttavia, mi sembra che il concetto di opinione, nel contesto normativo e processuale in esame, non possa essere considerato intellettualisticamente come mera rappresentazione della realtà che la persona in età evolutiva si formi relativamente ad alcuni fatti, ma richiami, piuttosto, un processo complesso nel quale la volontà ha un rilevante peso. Vi è,*

comprensione. Il fatto che non si faccia utilizzo del generico termine di volontà, a nostro parere non è sintomatico di una svalutazione del soggetto sottoposto a potestà, ma parrebbe realizzare una promozione. Il termine *opinione*, non pare affatto essere stato utilizzato quale sinonimo di *volontà*. L'opinione è qualcosa di ponderato, essa rappresenta l'idea che la persona ha di una determinata situazione o cosa. Rappresenta un giudizio. La volontà, invece, potendo genericamente indicare la spinta che muove la persona verso un certo obiettivo o fine, può essere scollegata da giudizi e fondarsi sugli istinti. L'attribuzione del diritto di ascolto dell'opinione espressa dal minore, realizza un riconoscimento della sua capacità di discernimento, della sua capacità di esprimere giudizi in merito alle situazioni che lo vedono coinvolto.

Pertanto, attraverso l'uso del diritto all'ascolto della sua opinione, il minore di età viene promosso da parte dell'ordinamento.

Con riferimento a queste due Convenzioni e in particolare con riferimento all'art. 12 della Convenzione ONU, l'interesse del minore assume un significato nuovo.

Il bambino, divenuto protagonista nell'individuazione del proprio interesse, ha il diritto prima di formarsi un'opinione e poi di essere ascoltato. A questa posizione giuridica attiva, appartenente, al bambino corrisponde il dovere degli adulti a confrontarsi con il fanciullo prima di assumere delle decisioni, che avranno effetti nei suoi confronti, L'autonomia e l'autodeterminazione del minore dovranno esplicitarsi, attraverso la partecipazione, assistita a seconda dell'acquisizione, da

---

*infatti, sotteso un concetto di assenso ad una data interpretazione della realtà, considerata e fatta propria ed infine assunta quale base programmatica di un ulteriore progetto di vita che può divenire domanda processuale”.*

parte del bambino, della capacità di discernimento e della competenza, nella determinazione dei propri interessi<sup>193</sup>.

Passando all'analisi della legislazione speciale interna, particolarmente significativo è il riferimento che la legge n. 149/2001<sup>194</sup>, comunemente detta sull'adozione, fa in più punti alla capacità di discernimento. Per esempio, l'art. 4 dice *“l'affidamento familiare è disposto dal servizio sociale locale, previo consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento”* ovvero ancora nello stesso articolo si dice che *“Il giudice tutelare, trascorso il periodo di durata previsto, ovvero intervenute le circostanze di cui al comma 5, sentiti il servizio sociale locale interessato ed il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento, richiede, se necessario, al competente tribunale per i minorenni l'adozione di ulteriori provvedimenti nell'interesse del minore”*.

Inoltre l'art. 7 stabilisce che ai fini dell'adozione il minore deve essere sentito personalmente se ha compiuto gli anni dodici, mentre *“se ha un'età inferiore, deve essere sentito, in considerazione della sua*

---

<sup>193</sup> La Corte Costituzionale, con sentenza n. 1 del 2002, ha sostanzialmente recepito questo concetto, stabilendo, in primo luogo, l'immediata esecutività nell'ordinamento interno dell'art. 12 della Convenzione 1989, quale norma idonea ad integrare la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c.: il minore dotato di capacità di discernimento deve essere parte del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale. Nel caso di specie si lamentava l'illegittimità del secondo comma dell'art. 336 nella parte in cui non prevede che nei procedimenti camerali ablativi o modificativi della potestà genitoriale l'audizione del figlio minore.

<sup>194</sup> Legge 28 marzo 2001, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001

*capacità di discernimento*". Ma le citazioni potrebbero continuare, in quanto dal contesto della legge emerge proprio una spiccata attenzione alla capacità del minore e all'individuazione dei suoi interessi attraverso l'apprezzamento da parte del giudice del suo "*discernimento*".

Alla luce delle disposizioni citate emerge il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, di una certa autonomia di giudizio del minore che si risolve in capacità di determinare, secondo i suoi bisogni, le decisioni che lo riguardano.

Tuttavia l'ordinamento non attribuisce questi diritti al minore in modo generalizzato. Le previsioni, infatti, sono inserite in contesti di esercizio di libertà fondamentali. Si mette pertanto in luce la presenza di un vuoto legislativo. Manca in altri termini una disciplina che si riferisca alle situazioni di normalità. Si prospetta pertanto un paradosso all'interno dell'ordinamento italiano, in quanto esso riconosce al minore la capacità di esprimere il proprio pensiero, implicitamente riconoscendo la sua capacità di autodeterminarsi e scegliere il bene per lui, solo in situazioni caratterizzate da particolare gravità, e, perlopiù sconosciute, da parte del fanciullo. Mentre l'ordinamento non riconosce al minore capacità di determinare ciò che è meglio per lui in situazioni ordinarie, meglio conosciute, e in relazione alle quale potrebbe, invece essere più capace<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> *“La ratio sottesa alla dovuta audizione del minore consente, al contrario di quanto potrebbe far intendere il tenore letterale della norma, di estenderne l'applicabilità anche nel corso dell'affidamento giudiziario. Se, infatti, si attribuisce a tale disposizione il significato che il minore, avendo già raggiunto una certa autonomia di giudizio, debba essere ascoltato, seppur ai limitati fini di poter procedere ad un affidamento che abbia una certa probabilità di successo, non si comprende perché ciò non debba avvenire quando manchi il consenso dei genitori o del tutore, posto che la diversità del procedimento non pare incidere*

## 5. *Dall'ottica della protezione a quella della promozione*

Abbiamo visto come l'attuale legislazione italiana consideri il minore d'età quale soggetto debole e particolarmente vulnerabile che deve essere difeso, il tutto a causa della presunta incapacità di provvedere a se stesso.

Lo strumento che viene predisposto dall'ordinamento per tutelare i suoi interessi è la potestà dei genitori.

Tuttavia, e lo abbiamo già sottolineato, l'applicazione di tale strumento porta con sé il grosso svantaggio di annientare la personalità del soggetto minore d'età, in quanto la sua volontà viene integralmente assorbita, e, poi, sostituita da quella del soggetto esercente la potestà<sup>196</sup>.

La svolta dovrebbe essere quella di passare dall'ottica della protezione a quella della promozione<sup>197</sup> del soggetto minore d'età, con ciò

---

*sulla funzione e sulla natura dell'istituto*" in "Il diritto delle relazioni affettive" a cura di Paolo Cendon, Cedam, Padova, 2005, pag.857. Questa opinione evidenzia la mancanza di comprensione da parte degli operatori, per una disciplina che attribuisce determinati diritti al minore, quando la situazione sia conflittuale, mentre non lo fa se tra gli "adulti" c'è "armonia".

<sup>196</sup> G.Palmeri "Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori", Jovene Editore, Napoli, 1994, pag. 18, la quale scrive: "Negandogli qualsiasi capacità di determinazione lo si lascia in balia dei soggetti chiamati a rappresentarlo – quasi sempre i genitori – senza che gli si attribuiscono poteri di incidenza nella relazione di rappresentanza".

<sup>197</sup> F.Uccella "Persona e Famiglia", Cedam, Padova, 1980, pag. 69, il quale si esprime in modo critico nei confronti della riforma attuata con la legge del 1975 in quanto non sarebbe stata capace di far emergere la complessa realtà familiare ed in particolare il *diritto di famiglia* non sarebbe riuscito a svolgere una funzione promozionale nei confronti del *diritto della famiglia*. In altri termini secondo l'Autore i principi dichiarati nella Costituzione, non avrebbero trovato espressione

riconoscendo ai minori *“la capacità di definire ed apprezzare i propri bisogni ed anche riconoscergli la capacità di agire per il loro concreto soddisfacimento”*<sup>198</sup>.

In tale ottica pareva muoversi la *“Proposta di legge 9 maggio 1996, n. 173”*<sup>199</sup>, poi, non approvata, ma ad ogni modo utile per giungere ad una definizione appagante dell’istituto della potestà genitoriale, capace di tenere in debita considerazione i mutamenti avvenuti dalla riforma del diritto di famiglia ad oggi.

Nella Proposta di legge n. 173 il testo dell' art. 315 cod. civ. veniva così riscritto: *“E' responsabilità dei genitori realizzare i compiti indicati nell' art. 147 , proteggendo il figlio, sostenendolo nel suo itinerario formativo, assicurandogli e tutelandone la sicurezza, la salute e la moralità, promuovendone il benessere psicofisico e la progressiva acquisizione dell'autonomia. A tal fine essi hanno il diritto-dovere di tenerlo presso di loro. Per attuare compiutamente questi doveri è conferita la potestà genitoriale”*<sup>200</sup>.

La formulazione proposta prendeva in considerazione lo sviluppo del bambino, il quale certamente nella prima fase della sua vita ha bisogno unicamente di cure e protezione; successivamente, con il passare del tempo e attraverso l’educazione, l’esigenza di protezione si attenua e il bambino, più autonomo, ha bisogno di essere sostenuto o solo assistito,

---

ed attuazione nella riforma del diritto di famiglia, la quale avrebbe perciò mancato di realizzare la promozione della persona umana nella famiglia.

<sup>198</sup> G.Palmeri *“Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori”*, Jovene Editore, Napoli, 1994, pag. 16

<sup>199</sup> d’iniziativa dei deputati Calzolaio ed altri, che ne riprende altre precedenti

<sup>200</sup> Della formulazione di questo articolo, così dice M. Sesta in *“Diritto di famiglia”*, Padova, 2003, pag. 372: *“La felice formula subordina e coniuga espressamente il conferimento dei poteri genitoriali alla responsabilità genitoriale, volta alla realizzazione dei compiti previsti dall' art. 147 c.c.”*

sino al momento in cui egli non avrà neppure più bisogno di assistenza, avendo raggiunto il pieno sviluppo della sua persona.

Alla luce di tale disposizione il concetto di potestà dei genitori avrebbe realizzato l'ottica della promozione quale insieme di poteri-doveri finalizzato alla crescita spirituale e fisica del figlio, da esercitarsi nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni.

In quest'ottica l'art. 147 non sarebbe più stata una formula di stile o programmatica, ma esso stesso parte integrante della nozione di potestà genitoriale<sup>201</sup>.

## 6. *Approccio filosofico*

Nonostante la riforma del diritto di famiglia abbia chiaramente posto l'interesse del minore al centro dell'intera disciplina della potestà, si è da alcuno evidenziato che il minore continua ad essere considerato non *“quale soggetto di diritto, bensì quale destinatario incidentale di una serie di decisioni altrui”*<sup>202</sup>.

Tale situazione di passività del minore sarebbe conseguenza di una normativa che tuttora, fatta eccezione per alcune leggi speciali, lo considera privo di autonomia ed inabile al compimento di qualunque scelta prima del raggiungimento della maggiore età: in tal modo si farebbe prevalere "l'alibi" della difesa del minore dal mondo esterno, rispetto all'esigenza di una sua maggiore responsabilità ed autonomia, mentre, al contrario, affiancare alla protezione del soggetto debole anche la promozione delle sue libertà, finirebbe per determinare un positivo mutamento di prospettiva nella disciplina della potestà, che

---

<sup>201</sup> In questo senso, M. Sesta, *“Diritto di famiglia”*, Cedam, Padova, 2003, pag. 372

<sup>202</sup> P. Cendon e L. Gaudino *“I problemi generali”*, in *“I bambini e i loro diritti”* a cura di P.Cendon, Società editrice il Mulino, Bologna, 1991, p. 25.

verrebbe interpretata come “*responsabilità genitoriale*”, ossia, non più solo quale potere-dovere esercitato in posizione di disparità, bensì quale collaborazione ed indirizzo, in un piano di parità e nel rispetto della personalità del minore .

Ritornando su un accostamento che già si è fatto in precedenza, il suggerimento dovrebbe essere quello di portare a compimento la “*riforma*” relativa ai minori di età sulla scorta di quelle stesse finalità che si sono già individuate, anche a livello legislativo, per il beneficiario dell’amministratore di sostegno: minima compressione dei diritti ed efficaci strumenti di assistenza, sostituzione, ma soprattutto promozione.

Ai minori dovrebbe essere riconosciuta la capacità di agire per il soddisfacimento dei propri interessi e la realizzazione dei propri bisogni.

Peraltro, è evidente come ad un simile risultato non possa giungersi soltanto attraverso strumenti normativi, ma sulla base di una prassi amministrativa e giudiziaria più attenta, nel concreto, soprattutto agli interessi dei minori in una valutazione globale della loro persona, più disponibile al loro “*ascolto*” e pronta ad una maggiore collaborazione con esperti in discipline psicopedagogiche, in particolare con gli operatori dei servizi sociali.

Questo risultato generale non può essere raggiunto se non recuperando anche in capo al minore la vera essenza della persona, attraverso la medesima operazione di ritorno al pensiero classico, che abbiamo già compiuto in relazione alle persone deboli prive in tutto o in parte di autonomia.

Come già abbiamo avuto modo di verificare è solo con la dottrina cristiana che l'individuo-persona viene esaltato nella sua singolarità<sup>203</sup> divenendo per la prima volta nella storia soggetto portatore di valori.

In particolare, il pensiero filosofico di S. Tommaso è stato quello più capace di mettere in luce l'autentica personalità di ogni individuo. Dopo S. Tommaso la speculazione filosofica si è sempre più allontanata dalla vera natura umana<sup>204</sup>, a causa del problema della giustificazione del potere, in quanto per dare risposta al quesito l'uomo doveva essere sempre assunto avente natura bellicosa. Ciò esigeva sempre un ordinamento superiore in grado non di comporre i rapporti, ma di annientarli, e con ciò il potere si giustificava.

A questo punto il problema della natura umana era completamente messo da parte. L'uomo poteva essere solo quello costruito ipoteticamente, e dimenticando la convenzionalità della costruzione ipotetica si cadde nell'errore di studiare la natura dell'uomo con riferimento al costrutto ipotetico, ritenendo di dedurre da esso la sua vera *natura*<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Così il già citato E.BERTI, *Genesi e sviluppo del concetto di persona nella storia del pensiero occidentale*, in "Persona e Diritto. Atti del convegno interdisciplinare internazionale", Editrice Missio, Udine 1988, pag. 17 e ss.

<sup>204</sup> Tanto che la speculazione filosofica si allontana così tanto dalla vera natura umana che D.CASTELLANO deve chiedersi "Che cosa si intende per uomo e per persona?" in *La crisi dell'identità nella cultura europea contemporanea*, a cura di D.Castellano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pag. 147.

<sup>205</sup> F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pag. 183. In particolare l'autore sostiene che "finché rimane vigile la consapevolezza filosofica della convenzionalità scientifica, non è dato confondere lo "stato di natura", costruzione ipotetica dello scienziato, con la natura o essenza dell'uomo".

Attraverso la riscoperta della personalità del minore, della sua dignità e della sua attitudine ad essere titolare di diritti fondamentali indisponibili si attua il superamento dello “stato di natura”, anche per quanto concerne i rapporti tra genitori e figli.

La vecchia concezione di potestà annientava ogni capacità del bambino, e non teneva mai conto del suo sviluppo, mentre l’evoluzione che abbiamo visto essere in atto, valorizzando la capacità di discernimento in relazione all’età, è sintomatica del riconoscimento della personalità del minore e del superamento della concezione assolutizzante.

## 7. *L’autonomia del minore e il principio di sussidiarietà*

Nel capitolo precedente abbiamo avuto modo di ricordare che la peculiarità delle geometrie legali era stato di avere creato un uomo “artificiale”, da cui è derivata la conseguenza della separazione tra diritto e natura.

Abbiamo già detto, quale riteniamo essere il compito irrinunciabile del giurista, che voglia essere veramente tale: “*recuperare la coscienza della naturalezza del diritto*”<sup>206</sup>. Tale compito intendiamo realizzarlo, come Gentile ci ha indicato, attraverso il ricorso al “principio di sussidiarietà”<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, “*L’estraneità, anzi la contrapposizione, di natura e diritto, postulate dalle geometrie legali sulla base dell’assunto scientifico per il quale vi sarebbe separazione netta tra i discorsi relativi all’essere quelli relativi al dover essere... hanno radicato nel subconscio moderno operatore giuridico un preconcetto difficile da estirpare*”, art. 58.

<sup>207</sup> In questo senso confronta F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in “Non Profit”, 1999, pag. 641.

L'ottica del “*subsidium*”<sup>208</sup> ci impone di improntare anche nella relazione tra genitori e figli norme e soprattutto strumenti di aiuto e non di sostituzione e mera rappresentanza determinate da interessi, che, nella maggior parte dei casi, sono patrimoniali.

Il concetto di soccorso si dimostra particolarmente efficace nel valorizzare la persona del minore, e nel responsabilizzarla<sup>209</sup>.

D'altronde il principio di sussidiarietà è pienamente compatibile con la funzione che viene assegnata ai genitori di educare la prole tenendo conto delle inclinazioni e delle capacità dei figli.

Inoltre la considerazione che la maggiore età sia un fatto estintivo della potestà, induce a pensare che l'opera di promozione della personalità e dell'autonomia del minore deve essere attuata dai genitori progressivamente, determinandosi altrimenti con la maggiore età il passaggio dalla completa incapacità e irresponsabilità, alla opposta situazione di piena capacità e responsabilità rispetto ad ogni atto compiuto.

In tal senso si esprime anche la dottrina della Chiesa<sup>210</sup> con “*La dichiarazione sull'educazione cristiana – Gravissimum*

---

<sup>208</sup> Che si ricorda etimologicamente sta a significare riserva o soccorso

<sup>209</sup> In questo senso C.Millon-Delsol, *Il Principio di sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003, pag. 3 “*L'idea di sussidiarietà si fonda su una antropologia specifica. Si radica in una filosofia dell'uomo e della società. Scaturisce dall'incontro, che a prima vista può sembrare contraddittorio, di una precisa filosofia dell'azione con una precisa rappresentazione dell'interesse generale. Filosofia dell'azione: l'individuo è considerato responsabile del proprio destino e capace di farsene carico*”.

<sup>210</sup> La dottrina sociale della Chiesa viene elaborata in risposta ai bisogni del momento di un determinato popolo, per cui essa è in perenne trasformazione ed accoglie una visione della natura e del diritto come in continua comunicazione “*La dottrina sociale della Chiesa è un corpo dottrinale "aperto", cioè continuamente in*

*Educationis*<sup>211</sup>, ove il Sinodo afferma che “la vera educazione deve promuovere la formazione della persona umana sia in vista del suo fine ultimo, sia per il bene dei vari gruppi di cui l'uomo è membro ed in cui, divenuto adulto, avrà mansioni da svolgere. Pertanto, i fanciulli ed i giovani, tenuto conto del progresso della psicologia e della didattica, debbono essere aiutati a sviluppare armonicamente le loro capacità fisiche, morali e intellettuali, ad acquistare gradualmente un più maturo senso di responsabilità(...) Debbono inoltre essere avviati alla vita sociale, in modo che, forniti dei mezzi ad essa necessari ed adeguati, possano attivamente inserirsi nei gruppi che costituiscono la comunità umana, siano disponibili al dialogo con gli altri e contribuiscano di buon grado all'incremento del bene comune”.

Dalla dottrina sociale cristiana emerge un concetto di politica come sostegno dello Stato al privato<sup>212</sup>, che deve realizzarsi anche all'interno della famiglia attraverso il sostegno da parte dei genitori ai figli, ai fini della promozione della loro persona. La politica del sostegno coinvolge

---

*via di sviluppo e destinato a chiudersi alla fine dei tempi. Essa si viene costituendo nel corso della storia a opera del Magistero e sulla base dell'elaborazione delle scienze umane, soprattutto in risposta alle sollecitazioni delle diverse società umane. Tale sviluppo è "sviluppo di qualcosa", cioè parte da principi di riflessione, che forniscono di volta in volta criteri di giudizio e direttive d'azione”, in questo senso G.CANTONI, *Il principio di sussidiarietà*, in “Il timone”, gennaio/febbraio 2001.*

<sup>211</sup> Firmata il 28 ottobre 1965 (edita da Edizioni Paoline nel 1966)

<sup>212</sup> In questo senso anche F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in “Non Profit”, 1999, pagg. 642-643.

il minore nel tessuto sociale per quanto gli è possibile, e lo integra facendolo partecipare<sup>213</sup> attivamente alla vita comune.

Questa concezione della politica è quella che riconosce l'autenticità e l'originalità dell'autonomia del singolo.

Lo sviluppo del fanciullo non può avvenire in una società che assorba tutte le sue facoltà; il bambino portato naturalmente alla vita sociale deve essere lasciato libero di esprimersi, e a garanzia di tale diritto è posto il principio di sussidiarietà.

---

<sup>213</sup> Per un approccio filosofico-cristiano al concetto di “partecipazione” si leggano le pagine che Karol WOYTILA dedica a tale tema nel suo *Persona e atto*, a cura di G.Reale e T.Styczen, Bompiani Testi a fronte, Milano 2001, in particolare Woytila spiega la natura sociale dell'uomo proprio con riferimento al concetto di partecipazione, che è insita nell'«<agire con gli altri>».

## PARTE III – LA SUSSIDIARIETA' NEL DIRITTO SUCCESSORIO

### 1. Introduzione

In questa parte del nostro lavoro andremo esaminare in modo specifico la possibilità di applicare nel diritto successorio il principio di sussidiarietà.

Ciò che ci prefiggiamo è verificare se è vero l'assunto di Giovan Battista Vico, secondo il quale: «*e siccome tutto che piace al principe ha vigore di legge, così tuttoché comanda il testatore nel testamento, è legge*»<sup>214</sup>.

Andremo in particolar modo ad analizzare l'autonomia testamentaria per capire se e fino a che punto siano giustificabili i limiti<sup>215</sup> imposti dalla legge alla volontà del testatore.

Questo è argomento che porta con se anche dei risvolti pratici, in quanto già da tempo<sup>216</sup> si lamenta la crisi dello strumento testamentario, quale mezzo per la sistemazione di interessi patrimoniali.

---

<sup>214</sup> G.B. Vico V, *Dell'unico principio e dell'unico fine dell'universo diritto*, traduzione e commento di C. Giani, Coi tipi di Alessandro Lombardi, Milano, 1855, p. 404: «*et uti quidquid principii legis habet vigorem; ita quidquid testator testamento jubet, jus esto...*».

<sup>215</sup> Basti pensare al divieto di diseredazione, al divieto di patti successori o alla stessa successione necessaria, in quanto proprio tra quest'ultima e l'autonomia testamentaria, esiste un rapporto dialettico "*Tanto più il diritto protegge gli interessi dei prossimi congiunti, quanto più restringe l'autonomia testamentaria*", così D. Henrich "*Autonomia testamentaria v. successione necessaria*" in *Familia* 2001, pag. 411

<sup>216</sup> R.Lenzi "*Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*", in *Rivista del Notariato*, 1988 pag. 1209, e più di recente AA.VV. "*La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*", Cedam, Padova, 1995.

Tuttavia, prima di entrare nel vivo della trattazione, e trattare degli aspetti che più riguardano il nostro profilo di ricerca, pare utile dare conto, come già abbiamo fatto per gli istituti rientranti nel diritto di famiglia, dell'evoluzione della disciplina del diritto successorio nella legislazione iniziando da quella più risalente, quella romana, per approdare a quella attuale.

## 2. *Excursus storico*

Abbiamo già ricordato<sup>217</sup> che nell'antico diritto romano il *pater familias* aveva la sovranità assoluta sulla *familia*, intesa sia nel senso di gruppo familiare, sia di patrimonio che appartiene al gruppo<sup>218</sup>, e tale sovranità veniva dallo stesso attuata a mezzo dell'esercizio della potestà, della quale poteva investire chiunque attraverso l'istituzione solenne di erede<sup>219</sup>.

Per effetto di tale istituzione l'erede, già succeduto nelle attribuzioni politico-religiose<sup>220</sup>, acquistava anche la proprietà delle cose familiari, le quali, appunto, venivano ad essere nella sua disponibilità come effetto dell'essere divenuto capo della famiglia.

---

<sup>217</sup> In particolare si veda la Parte II.

<sup>218</sup> A. Palazzo "Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare" in AA.VV. "La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio", Cedam, Padova, 1995.

<sup>219</sup> N. Stolfi, "Diritto Civile", vol. 6- *Diritto delle Successioni* - UTET, Torino 1934, pag. 2

<sup>220</sup> L'erede diveniva il nuovo *pater familia* con *potestas* sul gruppo.

Per quanto concerne lo strumento testamentario, nel diritto arcaico<sup>221</sup> la delazione normale avveniva *ab intestato*. I figli erano gli eredi necessari, che non avevano bisogno di accettare; solo in assenza di figli, e allo scopo di far continuare la famiglia, al *pater* era permesso di fare ricorso al testamento.

Intorno al III secolo a.C, attraverso un'evoluzione giurisprudenziale, che passa dalla vendita fittizia fiduciaria *inter vivos*, e che approda al *testamentum per aes et libram*, si consente al *pater* disporre diversamente da quanto previsto dal rigido sistema successorio.

Tuttavia, il sistema dello *ius civile*<sup>222</sup> era foriero di iniquità. Dalla successione erano escluse le donne e gli estranei, tutto la costruzione era basata sul vincolo parentale dell'*agnatio* “*ove la continuità familiare era assicurata dagli uomini mai usciti dal gruppo familiare*”<sup>223</sup>. A tale riguardo, basti ricordare che il coniuge in quanto *cognato* a seguito della successione non percepiva alcunché, in quanto risultava soccombente rispetto all'*agnato*<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Comunemente si parla di diritto romano arcaico con riferimento all'antico *ius civile*.

<sup>222</sup> Lo *ius civile*, è il primo diritto romano, fondato, per quanto riguarda la nostra conoscenza, per lo più sulle XII tavole, e poche altre leggi che ci sono pervenute. Esso domina incontrastato sino al 150 a.C., periodo intorno al quale comincia a svilupparsi il diritto dei pretori.

<sup>223</sup> A.Palazzo “*Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*” in AA.VV. “*La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*”, Cedam, Padova, 1995.

<sup>224</sup> Soggetto *sui iuris* era colui che avendo piena soggettività giuridica godeva di autonomia familiare, non risultando subordinato ad alcun soggetto, che fosse *pater familias*, *dòminus*, o marito. Il vincolo agnatizio era il rapporto di parentela di discendenza paterna, che trovava il suo fondamento nella comune sottoposizione alla potestà di un capofamiglia. Il vincolo si costituiva per filiazione, per *adrogatio*,

Le iniquità dello *ius civile*, furono oggetto di correzione da parte dei pretori<sup>225</sup>, i quali crearono un assetto successorio più vasto, non più basato unicamente sul vincolo agnatizio, che considerava parenti tutti coloro che fossero legati da vincolo di sangue, senza distinzioni di linee.

L'età della Repubblica proseguì l'opera di riforma e correzione delle ingiustizie del diritto civile iniziata dai pretori con il loro diritto.

Sotto la guida di Adriano, nel 138 d.c., il senatoconsulto Tertulliano, chiamò la madre alla successione dei figli.

Dopo quarant'anni, nel 178 d.c., un altro senatoconsulto emanato sotto Marco Aurelio e Commodo, chiamò i figli alla successione della madre.

Tuttavia, la svolta giunse a pieno compimento solo nel 542 d.c., quando sotto l'impero di Giustiniano, sotto influenza dell'imperatrice Teodora<sup>226</sup>, introdusse un sistema successorio fondato sulla cognizione e sull'eguaglianza tra i due sessi.

In ogni caso, ciò che preme evidenziare, è l'idea che stava alla base della successione, alla morte del *de cuius* la famiglia doveva continuare e pertanto era naturale che l'intero patrimonio venisse trasmesso dal padre al figlio, con completa esclusione di estranei<sup>227</sup>.

---

o per *adoptio*. Il gruppo degli *adgnati* sottoposti ad un capofamiglia vivente era raccolto nella *familia (communi iure)*. Alla morte del capostipite comune i *fili familias* si distaccavano in singole *familiae*, a meno che preferissero mantenere unita la struttura familiare e integro il patrimonio. La *cognatio*, invece, era il rapporto di parentela derivante dalla comune discendenza materna.

<sup>225</sup> Il sistema pretoriano comincia a svilupparsi intorno al II secolo a.C., con l'intento di integrare e correggere le norme di *ius civile*.

<sup>226</sup> Gianturco, "L'influenza dell'imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana" in *Scritti in onore di Fadda*, Napoli, 1906.

<sup>227</sup> Così, M. Comporti "Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione", in *Familia* 2003, pag. 27 "Nelle

Solo in epoca successiva, con l'allentarsi dei legami familiari<sup>228</sup> si assiste al riconoscimento della facoltà di disporre dei propri beni anche i favore di terzi estranei, ad ogni modo il testamento romano era tale solo se conteneva l'istituzione di erede secondo il brocardo di Modestino: “(...) *sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*”<sup>229</sup>.

Con l'avvento dei popoli germanici, si ritorna ad una sistema successorio basato sulla successione legittima, quale modalità per la conservazione unitaria del patrimonio familiare. Tale esigenza di conservazione del patrimonio familiare come complesso unitario, era sentita a tal punto che oltre ad essere esclusa ogni possibilità di fare testamento, erano altresì apposte forti limitazioni alle alienazioni

---

*società arcaiche relative ai primi sviluppi del diritto greco e del diritto romano, l'intero complesso familiare costituito da elementi patrimoniali e non patrimoniali (sacra familiaria, oikos) era naturalmente destinato a passare dal padre ai figli. Il passaggio dipendeva allora più dall'idea della continuazione della famiglia che dall'idea della successione, con attribuzione al de cuius dell'autonomia testamentaria”.*

<sup>228</sup> Tale osservazione è significativa soprattutto per quanto andremo a sostenere più avanti in tema di abolizione del divieto di diseredazione testamentaria; D. Henrich in “*Autonomia testamentaria v. successione necessaria*” in *Familia* 2001, pag. 411 fa questo esempio significativo: “Vi è anche il de cuius che intende lasciare il suo patrimonio al parente o ai parenti prossimi che dipendono con la massima urgenza da questa assistenza. Pensiamo ad esempio al caso in cui il de cuius abbia due figli: un figlio è medico e guadagna bene, una figlia ha perso il marito in un incidente e vive insieme ai suoi due figli grazie al sostegno di suo padre. Se ora il padre destina per testamento il suo intero patrimonio a questa figlia, certamente non si comporta in modo irresponsabile”.

<sup>229</sup> Digestus 28, 6, 1, 3.

gratuite *inter vivos*, le quali non potevano avvenire, se non con l'autorizzazione degli ascendenti e dei discendenti<sup>230</sup>.

Le rigidità di questo sistema e la completa chiusura al testamento, aprono la strada nel medioevo prima alle donazioni *mortis causa* e poi alle successioni contrattuali<sup>231</sup>. In particolare i patti successori, esclusi nel diritto romano, potevano essere non solo unilaterali, ma anche reciproci, e avevano la funzione di costituire alleanze tra famiglie diverse al fine di accorpate i patrimoni mantenendoli uniti. All'istituzione contrattuale era affidato l'obiettivo di costituire alleanze familiari, in vista di obiettivi politici. E' evidente come, questo strumento giuridico, potenzialmente idoneo a realizzare l'autonomia del soggetto, venisse in realtà piegato per assecondare interessi di casta.

Di ciò si resero conto i codificatori del codice napoleonico, poi trasfuso, lo si ricorda, nel codice Pisanelli del 1865, i quali stabilirono all'articolo 893 "*Nessuno potrà disporre de' suoi beni a titolo gratuito, se non per donazione tra vivi o per testamento nelle forme stabilite in appresso*", con ciò escludendo la possibilità di redigere contratti successori.

Il codice civile napoleonico nell'intento di realizzare un compromesso tra tradizioni giuridiche distanti, e in materia spesso divergenti, dei

---

<sup>230</sup> A.Palazzo "*Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*" in AA.VV. "*La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*", Cedam, Padova, 1995.

<sup>231</sup> A.Palazzo "*Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*" in AA.VV. "*La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*", Cedam, Padova, 1995.

*pays de droit écrit* e dei *pays de droit coutumier*<sup>232</sup>, realizza una disciplina analitica delle successioni legittime, alle quali affianca la successione testamentaria, imponendole allo stesso tempo il limite del rispetto della quota di riserva a favore dei legittimari, e approntando a tutela dei diritti di questi un sistema di azioni e rimedi.

In conclusione le codificazioni moderne arrivano a configurare il testamento come la “massima espressione dell’autonomia della volontà privata”<sup>233</sup>. Al punto tale che il soggetto in vista della propria morte, ha la facoltà non solo di disporre nel modo che vuole, salvi alcuni limiti che più avanti analizzeremo, del proprio patrimonio, ma anche di determinare col testamento vicende di natura non economica.

### *3. Spunti di diritto civile*

Ai sensi dell’art. 587 cod. civ. il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse.

Pertanto, può affermarsi senza timore di critiche che dal punto di vista del diritto civile il testamento è un negozio giuridico tipico, la cui

---

<sup>232</sup> E. Dezza “*Lezioni di storia della codificazione civile – Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*”, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pag. 80 “*compromesso nel quale trovano comunque spazio talune conquiste rivoluzionarie, quali l’equiparazione successoria tra maschi e femmine e l’abolizione di fedecommissi, primigeniture ed altre situazioni privilegiate tipiche dell’Antico Regime*”.

<sup>233</sup> F.Treggiari “*Interpretazione del testamento e ricerca della volontà*” in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2001, pag. 911

«causa», o funzione, è la regolamentazione di interessi *post mortem*<sup>234</sup>, la rilevanza dei quali come l'eventuale preminenza rispetto ad altri interessi è liberamente valutata da ogni ordinamento<sup>235</sup>.

Tra i caratteri che si è soliti enunciare quando si discute attorno al negozio testamentario vi sono la *personalità*, l'*unilateralità*, l'*unipersonalità* o *esclusività*, la *formalità*, la *revocabilità*.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> G.Bonilini, "Autonomia negoziale e Diritto Ereditario" in Rivista del Notariato, 2000, pag. 789. In senso conforme, M.C.Bianca, *Diritto Civile, vol. 2- La Famiglia, le Successioni* - Giuffrè Editore, Milano 2005 pgg.728, il quale attribuisce al testamento proprio la funzione di dare assetto ai rapporti del testatore per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere; e G. Capozzi, "Successioni e Donazioni", Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 727, per il quale il testamento è un negozio a causa di morte, la cui funzione consiste nella determinazione dei rapporti patrimoniali, in dipendenza della morte dell'autore.

<sup>235</sup> Si leggano in tal senso le parole autorevoli di G. Gabrielli, in "Il regime successorio della famiglia", in *Diritto di Famiglia*, 2005, pag. 1285. L'Autore, parlando del processo di uniformazione del diritto privato negli Stati Europei, afferma che "Nulla di simile si è ancora concretato nel campo del diritto di famiglia ed in quello, al diritto di famiglia per più profili strettamente connesso, del regolamento della successione per causa di morte. La ragione si trova riflessa nell'argomento di quanti, ancora di recente, hanno dubitato dell'opportunità stessa dell'uniformazione di queste parti del diritto privato: la disciplina dei rapporti familiari e della successione per causa di morte è espressione immediata della cultura di un popolo, formatasi nel corso dei secoli sotto l'influsso di vicende storiche diverse. L'uniformazione parrebbe assumere, allora, il carattere di un'imposizione innaturale, non giustificata dall'esigenza so stanziale che nel campo degli atti patrimoniali fra vivi sollecita il moto diretto ad attuarla: è l'unità del mercato che esige identità di regole operative; ma famiglia e trasmissione della ricchezza per causa di morte sono istituti estranei al mercato".

<sup>236</sup> G. Capozzi, "Successioni e Donazioni", Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 743 e ss., M.C.Bianca, *Diritto Civile, vol. 2- La Famiglia, le Successioni* - Giuffrè Editore,

Per *personalità* si intende che il testamento è un negozio personalissimo e come tale non ammette alcuna forma di rappresentanza, potendo essere formato unicamente dall'interessato.

L'*unilateralità* esprime la circostanza che l'efficacia del testamento è indipendente da ogni altra manifestazione di volontà che noi sia quella del soggetto che l'ha redatto: in particolare l'efficacia del testamento non dipende da alcuna forma di accettazione. In quanto con l'accettazione il chiamato non accetta il contenuto del testamento rendendolo efficace, bensì accetta che gli effetti della delazione si consolidino assumendo la qualifica di erede.

Il testamento è anche un atto *unipersonale* o *esclusivo*, in quanto esso non può essere imputato né formalmente né sostanzialmente ad una pluralità di persone<sup>237</sup>.

Quando si parla di testamento come negozio *formale*, si intende dire che la volontà, per potere essere presa in considerazione dopo l'evento morte, e pertanto regolare i rapporti facenti capo al testatore, deve essere vincolata ad una delle forme stabilite dal codice agli articoli 601 e seguenti. Quale negozio solenne, solo la volontà espressa nel testamento è efficace *mortis causa*.

Si è detto che il testamento è un atto revocabile (art. 587, comma 1° cod. civ.), nel senso comune del termine: il testatore può in ogni momento successivo alla redazione del suo testamento mutare la propria idea e conseguentemente disciplinare diversamente l'assetto

---

Milano 2005 pg. 733, e A. Trabucchi, "Istituzioni di Diritto Civile", Cedam, Padova, 2001, pag. 873 e ss.

<sup>237</sup> Come ad esempio avverrebbe nei casi di testamento "reciproco", ove più persone in uno stesso atto redigono disposizioni a vantaggio reciproco, o nei casi di testamento "simultaneo", ove i soggetti collaborano nello stesso atto con disposizioni a vantaggio di altri.

dei propri interessi, anche decidendo di non impartire una regolamentazione così rinviando alla legge.

Non si è voluto elencare questi caratteri del testamento per puro spirito di completezza, bensì perché si ritiene che essi siano espressione di tutela della volontà del testatore la quale deve essere la più libera possibile e non viziata da condizionamenti esterni.

Il fatto che per il testamento, contrariamente al principio generale del nostro ordinamento della libertà della forma, siano previste determinate forme, la cui mancata osservanza inficia di nullità l'atto, è sintomatico di una forte garanzia che l'ordinamento vuole apprestare ad un atto che nel momento in cui è destinato ad avere efficacia non sarà più ripetibile.

Già si è detto della revocabilità, ma anche l'unipersonalità e l'unilateralità sono caratteristiche volte alla tutela della volontà.

Pertanto da quanto detto emerge chiaramente ciò a cui più sopra si accennava: nel nostro ordinamento la volontà del testatore è ampiamente tutelata, ma altra cosa è se essa sia libera da limiti, o debba muoversi all'interno di essi.

#### *4. Studio dell'autonomia del testatore – la tutela della volontà del de cuius*

Tuttavia a questo punto ci si deve chiedere quale sia il fondamento del diritto di testare in capo ad un soggetto.

Nella Carta Costituzionale non vi è alcun appiglio relativo alla tutela della volontà del de cuius.

Infatti, l'unica norma costituzionale che si riferisce alle successioni è l'art. 42<sup>238</sup>, il quale, tuttavia, si limita a rinviare alla legge ordinaria il compito di stabilire le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria<sup>239</sup>. Tale norma importa che il legislatore ordinario debba innanzitutto prevedere una disciplina che consenta e regoli il subingresso di altri, alla morte di una persona, nella titolarità delle situazioni giuridiche già ad essa facenti capo; secondariamente la disciplina deve legittimare l'individuazione dei chiamati a succedere sia direttamente *ex lege* che ad opera delle disposizioni di ultima volontà manifestate dal soggetto della cui successione si tratta; e da ultimo deve trattarsi di una disciplina che preveda la possibilità di successione da parte dello Stato nel patrimonio relitto<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup> Si ricorda che l'art. 42 della Costituzione, è disposizione rivolta alla tutela della proprietà.

<sup>239</sup> Contra G. Gabrielli, *“Rapporti familiari e libertà di testare”*, in *Famiglia* 2001 pag. 11, sostiene che anche altre norme costituzionali incidono sull'impianto codicistico delle successioni *“il riferimento è alla disposizione dell'art. 29, 1° comma, secondo la quale “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”; nonché a quella del successivo art. 30, 3° comma, secondo la quale “la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima”*”. Inoltre A. Palazzo, trae dalla formulazione di questo stesso articolo la convinzione che il fenomeno successorio non è investito né chiamato a svolgere una funzione sociale, in quanto è con lo stesso avvicendamento nella titolarità dei beni che *“può ritenersi assolta la «funzione sociale» voluta dal legislatore per la proprietà”*, così in AA.VV. *“La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio”*, Cedam, Padova, 1995, pag. 8.

<sup>240</sup> G. Gabrielli, in *“Rapporti familiari e libertà di testare”*, in *Famiglia* 2001 pag. 11, riconoscendo l'influenza nella disciplina ordinaria anche di altre norme costituzionali, e segnatamente dell'art. 29, 1° comma e art. 30, 3° comma, fa da ciò derivare altre direttive che devono essere seguite dal legislatore, quali:

Nonostante non vi sia a livello costituzionale una previsione volta a tutelare la volontà del testatore, è incontestabile che nel nostro ordinamento questa sia ampiamente garantita; ciò emerge con chiarezza dalla disciplina del codice civile.

L'art. 457 1° comma, conformemente al dettato costituzionale, stabilisce che “*L'eredità si devolve per legge o per testamento*”.

Una lettura poco attenta della norma potrebbe fare pensare che la volontà del legislatore fosse quella di dare preminenza alla successione legittima su quella testamentaria. Ma non è così.

Nel sistema del codice un'altra norma, immediatamente consecutiva alla precedente, trattasi del secondo comma dell'art. 457, sembra togliere ogni valore alla preposizione della successione legittima, stabilendo che a questa “*non si fa luogo ..., se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria*”<sup>241</sup>.

Da ciò discende, come, anche, da altri sostenuto, la “centralità” del testamento nell'ordinamento della successione per causa di morte<sup>242</sup>.

Se così è, quale giustificazione sta a base del diritto di testare?

Tradizionalmente il diritto del soggetto, di dare una disciplina dei propri beni in vista della morte, veniva giustificato riconducendolo

---

l'individuazione diretta dei chiamati a succedere anche in considerazione della loro qualità di componenti della famiglia legittima del defunto o di suoi figli naturali; la prescrizione di limiti della libertà di disporre per causa di morte in considerazione degli interessi dei componenti della famiglia legittima e dei figli naturali.

<sup>241</sup> Ciò è dimostrato anche da altra norma. Ci si riferisce all'art. 590 cod. civ, il quale prevede un'ipotesi eccezionale di conferma del testamento nullo, la quale si giustifica per l'opportunità di consentire il rispetto della volontà del *de cuius*.

<sup>242</sup> A. Palazzo, “*Le successioni*”, in “*Trattato di diritto privato*” a cura di Iudica e Zatti, I, Milano, 2000, p. 1 ss

all'interno della tutela del diritto di proprietà<sup>243</sup>, e a sostegno di tale opinione si adduceva la considerazione che ad ospitare la previsione della norma costituzionale sulla successione testamentaria era l'articolo 42, norma dedicata al diritto di proprietà.

In realtà, pare più corretto recuperare dal principio generale di autonomia privata il fondamento del diritto di testare.

Secondo un Autore<sup>244</sup> il fondamento del diritto di testare può essere ritrovato nello stesso potere di autonomia privata, sancito dall'art. 1322<sup>245</sup> cod. civ., che pur previsto in materia contrattuale, rappresenterebbe un principio generale dell'ordinamento.

---

<sup>243</sup> In tal senso ancora A. Trabucchi, *“Istituzioni di Diritto Civile”*, Cedam, Padova, 2001, pag. 873, il quale con riferimento all'autonomia testamentaria afferma che essa costituisce *“un supremo rispetto della personalità del soggetto con estensione del significato della proprietà individuale”*.

<sup>244</sup> G. Capozzi, *“Successioni e Donazioni”*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 675, ma si legga in senso conforme anche M.C.Bianca, *Diritto Civile*, vol. 2- La Famiglia, le Successioni - Giuffrè Editore, Milano 2005 pg. 729 *“in realtà il fondamento politico della successione testamentaria deve pur sempre ravvisarsi nella tutela dell'autonomia privata quale potere del soggetto di disporre dei propri diritti”*.

<sup>245</sup> Art. 1322 cod. civ. rubricato *“Autonomia contrattuale”* stabilisce: *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*. Si ritiene, pacificamente, che tale articolo sia espressione del principio di autonomia privata delle parti in ambito contrattuale, trattandosi precisamente di una libertà concessa dall'ordinamento ai soggetti contraenti di determinare il contenuto delle loro obbligazioni, a mezzo di strumenti anche diversi da quelli offerti dall'ordinamento medesimo. Si legga in tal senso il commento all'art. 1322 in *“Commentario Breve al Codice Civile”*, ottava edizione a cura di G. Cian, Collana Giuridica *“Breviaria Juris”* fondati da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, Padova, 2007.

## 5. I limiti all' autonomia di testare

Ricostruire il testamento come atto di autonomia privata, significa riconoscere alla persona il potere di disporre, scegliendo i successori, dei propri beni, per il tempo in cui essa avrà cessato di vivere. Il potere di disporre non è, tuttavia, libero.

Autorevole<sup>246</sup> dottrina individua due limiti al potere di disporre *mortis causa*.

Un primo limite è rappresentato dai diritti dei legittimari<sup>247</sup>.

L'attuale codice civile dedica l'intero Capo X del libro secondo sulle successioni, ad una categoria di successibili quella, appunto, dei legittimari.

Tale categoria si pone come vincolo al libero esplicarsi dell'autonomia del testatore<sup>248</sup>, in quanto ad essa è riservato per legge il diritto ad una quota del patrimonio del defunto, variabile a seconda del numero e dal legame con il de cuius.

---

<sup>246</sup> A. Trabucchi, "Istituzioni di Diritto Civile", Cedam, Padova, 2001, pag. 861, M.C.Bianca, Diritto Civile, vol. 2- La Famiglia, le Successioni - Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 555 e 731, il quale vi aggiunge anche il rispetto dell'altrui libertà testamentaria.

<sup>247</sup> Molto efficacemente osserva A. Trabucchi, "Istituzioni di Diritto Civile", Cedam, Padova, 2001, pag. 897, che "nel diritto ereditario si ritrovano – e in conflitto tra loro – due poli di tutto il diritto privato: l'autonomia dei soggetti che vi domina in generale, e la subordinazione all'interesse del gruppo, che è propria del diritto di famiglia". Nello stesso senso anche M.C.Bianca, "Diritto Civile", vol. 2- La Famiglia, le Successioni - Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 531.

<sup>248</sup> M.C.Bianca, "Diritto Civile", vol. 2 - La Famiglia, le Successioni – Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 665 "la legittima è il diritto di successione che spetta agli stretti congiunti anche contro la volontà del defunto".

Titolari del diritto alla legittima sono il coniuge e i figli, e solo in mancanza di questi, gli ascendenti. La successione dei legittimari, comunemente detta successione necessaria, non configura un terzo tipo di successione, rispetto a quella legale e a quella testamentaria, ma rientra nella successione legittima, trovando il suo titolo nel dettato legale.

Il diritto alla riserva spettante agli stretti congiunti, attribuisce ad essi un diritto che prevale anche sulla diversa volontà del testatore.

Secondo autorevole dottrina<sup>249</sup>, la ragione giustificatrice della prevalenza della successione necessaria su quella testamentaria, risiederebbe “*nell’esigenza sociale di una inderogabile solidarietà tra gli stretti congiunti*”<sup>250</sup>, e in tal modo l’ordinamento attuerebbe la tutela della famiglia.

La ragione storica che in passato giustificava il limite imposto alla volontà del testatore scaturiva dalla realtà sociale e nello specifico dall’aspettativa di vita dei singoli individui, che di solito per un uomo superava a mala pena i quarant’anni.

In una società così caratterizzata era comune che al *de cuius* sopravvivevano moglie, la quale spesso era priva di lavoro, e figli molto piccoli, della vita dei quali il legislatore attraverso l’istituto della successione necessaria si preoccupava, imponendo che una parte del patrimonio relitto dovesse necessariamente loro pervenire, per esigenze di solidarietà familiare.

---

<sup>249</sup> M.C.Bianca, “*Diritto Civile*”, vol. 2 - *La Famiglia, le Successioni* – Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 669; . Trabucchi, “*Istituzioni di Diritto Civile*”, Cedam, Padova, 2001, pag. 898.

<sup>250</sup> M.C.Bianca, “*Diritto Civile*”, vol. 2 - *La Famiglia, le Successioni* – Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 669, riprendendo L.Ferri, “*Dei legittimari*”, Zanichelli, Bologna, 1981.

Oggigiorno l'aspettativa di vita è migliorata, tanto che il più delle volte il *de cuius* lascia figli che sono già alla soglia dei sessant'anni, il che porta a ritenere opportuna una revisione del grosso limite imposto alla libera volontà di testare, venendo in tali casi meno l'esigenza di tutela degli stretti congiunti.

D'altra parte v'è da considerare che il limite dettato dal rispetto della legittima, impedisce, al genitore si disporre in funzione dei meriti e dei bisogni dei successibili, in nome di una ragione giustificatrice che deve ritenersi inattuale.

Un secondo limite<sup>251</sup> imposto dal codice alla volontà del soggetto disponente, è determinato dalla disciplina dei patti successori.

Sino all'entrata in vigore, avvenuta il 16 marzo 2006, della legge 14 febbraio 2006 n. 55 <sup>252</sup>, l'art. 458 del codice civile recitava: "*Divieto dei patti successori – E' nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi*"<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> A. Trabucchi, "*Istituzioni di Diritto Civile*", Cedam, Padova, 2001, pag.861, il quale riconosce proprio unitamente al diritto dei legittimari alla quota di riserva, quale limite alla capacità di disporre mortis causa, il divieto dei patti successori stabilito dall'art. 458 cod.civ.

<sup>252</sup> Recante "*le modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia*", e che ha inserito nel Titolo IV del Libro II del codice civile sette nuovi articoli, raccolti nel Capo V-bis dedicati al nuovo istituto del patto di famiglia.

<sup>253</sup> In particolare è da notare che il legislatore del 1942 aveva racchiuso il divieto dei i diversi tipi di patti successori in un unico articolo, con ciò, sul punto, riformando il codice previgente ove il medesimo divieto era enunciato in termini generali dall'articolo 1118 - "*Le cose future possono formare oggetto di contratto. Non si può rinunciare ad una successione non ancora aperta, né fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta sia con terzi,*

Attualmente invece, proprio a seguito dell'introduzione nel codice civile del patto di famiglia, operata con legge n. 55/2006, la formulazione dell'articolo 458 cod. civ. è stata così modificata: *“Divieto dei patti successori – Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi”*.

Nel proseguo nella trattazione si vuole verificare, innanzitutto, l'adeguatezza del divieto alla luce delle moderne esigenze dell'individuo e della società, e in seguito se l'introduzione di un'eccezione, in una materia tradizionalmente ritenuta inderogabile, sia o meno spiegabile in relazione al principio di sussidiarietà.

Per comprendere appieno la portata della legge n. 55/2006, non possiamo limitarci a parlare del patto di famiglia, ma dobbiamo prima approfondire il divieto dei patti successori da esso derogato.

Dunque, si è detto che il nostro ordinamento sancisce il divieto di tutti i patti successori, intendendo tali tutte le convenzioni volte ad attribuire o negare diritti su una successione non ancora aperta.

Quella dei patti successori è una categoria eterogenea, e dall'analisi dell'art. 458 cod. civ., la dottrina ha distinto tre tipologie di patti successori vietati: i patti successori istitutivi, dispositivi e rinunziativi.

Con il patto successorio istitutivo, il de cuius realizza un contratto successorio con il quale si vincola a disporre dei propri beni, o parte di essi, in favore di un determinato soggetto, futuro erede o legatario, che nella maggior parte dei casi è parte del contratto.

---

*quantunque intervenisse il consenso di esso”* -, e poi ripreso per le singole ipotesi specifiche da altre norme, quali gli articoli 954, 1380, 1460.

Con il patto successorio dispositivo, invece, è un soggetto terzo, che prevedendo di ricevere, a titolo di successione, determinati diritti, ne dispone.

Infine, con il patto successorio rinunziativo, il soggetto terzo, rinuncia ai diritti che potrebbero spettargli in relazione ad una successione che ancora non si è aperta.

Una sentenza della Corte di Cassazione, ormai non più recente, ma, tuttora, non superata, ha stabilito, pur nell'eterogeneità delle figure, quali siano i caratteri che devono sussistere per aversi patto successorio vietato. La Corte di Cassazione, nella sentenza del 16 febbraio 1995 n. 1683 afferma che *“per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 codice civile occorre accertare: 1) se il vinculum iuris con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbono comunque essere comprese nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi così dello jus poenitendi; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo mortis causa, cioè a titolo di eredità o di legato”*.

Tuttavia, con riguardo al divieto statuito dall'art. 458 del codice civile, la questione più delicata, ma, che maggiormente coinvolge il profilo di ricerca consiste nella spiegazione del fondamento<sup>254</sup>; in quanto la sua

---

<sup>254</sup> E' interessante ricordare che nel diritto romano, da cui si dice sia tratto il divieto dei patti successori, i patti istitutivi al pari di quelli dispositivi di eredità future erano considerati *contra bonos mores*. Si legga in tal senso D.45.1.61 *“stipulatio hoc*

individuazione si rivela necessaria per giustificare la presenza del divieto<sup>255</sup>, da una parte, e l'introduzione dell'eccezione dall'altra.

Per quanto riguarda i patti dispositivo e rinunciativo, nei quali si ricorda non diviene parte il futuro *de cuius*, la ragione giustificatrice del divieto viene tradizionalmente rinvenuta in due assunti: da una parte l'aspirazione dell'ordinamento di impedire il cd. *votum corvinum o votum captandae mortis*, che si sostanzia nel desiderio delle parti della morte del *de cuius*; e dall'altra, soprattutto nel caso di atti a titolo gratuito, nell'esigenza di tutelare soggetti inesperti e prodighi, come se l'art. 458 cod. civ. fosse disposizione analoga all'art.771 cod. civ.<sup>256</sup>, e fosse pertanto volta a limitare l'oggetto del contratto quando si tratta di beni futuri.

---

*modo concepta: "si heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio".*

<sup>255</sup> Peraltro, non può tacersi il fatto che più voci si sono levate, anche richiamandosi alle legislazioni straniere, manifestando insofferenza nei confronti di un divieto che viene considerato un relitto storico e per certi versi un freno all'economia. Si confrontino a riguardo, anche, P. Rescigno "*Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*", in Vita Notarile 1993; R. Lenzi, "*Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*", in Rivista del Notariato, 1988, con particolare riferimento alla pag. 1246. M.A. Iancinelli "*Il divieto dei patti successori: prospettive di revisione legislativa*" in Famiglia, Persone, Successioni, 2008, pag. 361.

<sup>256</sup> Tale articolo così dispone: "*Donazione di beni futuri: La donazione non può comprendere che beni presenti del donante. Se comprende beni futuri è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati. Qualora oggetto della donazione sia un'universalità di cose e il donante ne conservi il godimento trattenendola presso di sé, si considerano comprese nella donazione anche le cose che vi si aggiungono successivamente, salvo che dall'atto risulti una diversa volontà*".

E' evidente quindi come il fondamento, che tradizionalmente viene individuato alla base del divieto, sia per queste due categorie di atti inconsistente e facilmente superabile.

Più interessante, invece, e maggiormente convincente, è la ragione giustificatrice del divieto dei patti istitutivi, nei quali assume veste contrattuale proprio il futuro *de cuius*, e i quali potrebbero porsi in atteggiamento concorrenziale, se non fossero vietati, con lo strumento testamentario al fine di disciplinare gli assetti patrimoniali con funzione successoria. A riguardo si potrebbe parlare di patti successori come atti *mortis causa*<sup>257</sup>, intendendo per tali ogni atto la cui funzione è di regolare rapporti e situazioni che trovano origine nella morte del soggetto.

Il divieto dei patti successori istitutivi viene, tradizionalmente, giustificato sulla base dei principi di assoluta libertà di testare e di revocabilità, che come più sopra osservato è uno dei caratteri fondamentali del testamento<sup>258</sup>. Il divieto, quindi, trova fondamento nel ruolo centrale che la volontà del testatore assume negli atti a causa di morte, e con tale divieto il legislatore ha voluto dare rilevanza

---

<sup>257</sup> La categoria così definita degli atti *mortis causa* non coincide con il testamento, ma è più ampia, potendo essere ascritti al suo interno anche particolari contratti. In tal senso R.Lenzi "*Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*", in *Rivista del Notariato*, 1988 pag. 1218.

<sup>258</sup> In tal senso R.Lenzi "*Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*", in *Rivista del Notariato*, 1988 pag. 1218; A. Trabucchi, "*Istituzioni di Diritto Civile*", Cedam, Padova, 2001, pag. 861; G. Capozzi, "*Successioni e Donazioni*", Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 39, il quale altresì individua sul piano tecnico giuridico l'intento del legislatore a corollario dell'art. 457 cod. civ. , non ammettere una terza causa di delazione, in aggiunta a quella legale e testamentaria.

nell'ambito della delazione testamentaria unicamente alla volontà del de cuius, con conseguente esclusione della volontà di altri soggetti.

Proprio ritenendo che “*caratteri essenziali dell'atto mortis causa*” siano “*la spontaneità nella formazione del volere e la sua revocabilità*” si giunge alla conclusione di non poter ammettere “*nel nostro ordinamento una figura di negozio mortis causa*” che sia priva di tali caratteri, e tutto ciò costituisce l'ostacolo maggiore ad una revisione del sistema che porti all'abolizione, anche nel nostro ordinamento<sup>259</sup>, del divieto dei patti successori.

C'è da chiedersi però se tale divieto valga realmente al tutelare la spontaneità della volontà del disponente.

In realtà può osservarsi che un soggetto potrebbe volere realizzare un determinato regolamento in previsione della propria morte, spogliandosi del potere di revoca<sup>260</sup>, per fini che potrebbero non essere futili, od anzi socialmente apprezzabili.

---

<sup>259</sup> Si ricorda che in altri Paesi non esiste un divieto di patti successori, ma addirittura sono disciplinati alcuni validi contratti: per esempio il codice civile svizzero pur non contenendo alcuna definizione legale dei contratti successori, definisce quali tipi siano ammessi: l'istituzione di erede o legato contrattuale (art. 494 cod. civ. svizzero), ossia il patto istitutivo, e la rinuncia di eredità (art. 495 cod. civ. svizzero), ossia il patto rinunciativo. Ma anche Germania e Austria contemplano ipotesi di questo tipo, giova poi ricordare che anche la Francia, la quale vieta i patti successori, al tempo stesso ammette poi validi contratti *mortis causa*, infatti le nuove disposizioni francesi sulle successioni e liberalità (Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités), introducono nel Code Civil il patto rinunciativo quale rinuncia anticipata a promuovere l'azione di riduzione.

<sup>260</sup> In tal senso R.Lenzi “*Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*”, in Rivista del Notariato, 1988 pag. 1221, il quale afferma come sia “*aporistico affermare che il principio dell'assoluta libertà di disporre mortis causa, quale ampia espressione di autonomia privata, sia garantito dal*

Un esempio, presente già nella manualistica dell'Ottocento, richiama il caso di una famiglia composta da un padre e tre figli: due figli lavorano col padre la terra, mentre il terzo, che ha potuto studiare anche grazie ai sacrifici degli altri due, è un affermato medico a Parigi. Quest'ultimo, riconoscente verso i fratelli, vuole rinunciare all'eredità quando il padre è ancora in vita, per tranquillizzare sia lui che i fratelli sull'assetto che avranno i beni ereditari una volta apertasi la successione.<sup>261</sup>

L'esempio, si potrebbe anche modificare, e potrebbe essere il padre a volere riconoscere ai due figli che hanno sempre lavorato con lui, sacrificandosi anche per il terzo, l'intera aspettativa ereditaria.

Ma altri esempi<sup>262</sup>, anche più recenti, si potrebbero portare; come il caso dell'accordo tra un'anziana madre e i figli, avente ad oggetto il diritto di proprietà dell'abitazione della madre, il quale spetterà, definitivamente alla sua morte, al figlio che l'avrà accolta a vivere con sé.

In tal caso il non volere riconoscere questa possibilità al soggetto adducendo il divieto a tutela della volontà, si risolve nel limitare

---

*carattere essenzialmente revocabile degli atti a causa di morte*". E nello stesso senso si leggano le parole di A. Trabucchi "Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80", in Rivista di Diritto Civile, 1986, pag. 180 il quale afferma che quando si estende il campo dell'autonomia privata fino al punto di non riconoscere un vincolo, che trova fonte nella volontà delle parti, in realtà non si tratta di autonomia, bensì di esclusione della stessa.

<sup>261</sup> D.Dalloz, "Encyclopedie juridique-Succession-n. 935-6, Renonciation convention elle", vol. X, Paris, 1998, p. 435.

<sup>262</sup> Per la casistica completa si leggano le pagine di A.Fusaro "Una casistica in tema di pianificazione successoria" in Notariato, 2008, pag. 187, in cui l'Autore ripropone la sua Introduzione unitamente all'oggetto delle relazioni al Convegno "La pianificazione successoria. Problemi, strumenti e prospettive di riforma: la casistica", svoltosi a Genova nei giorni 8 e 9 febbraio 2008.

l'autonomia e la volontà del disponente. In termini molto incisivi si afferma che *“la limitazione volontaria dell'autonomia privata è esclusa attraverso l'introduzione di una limitazione ex lege”*<sup>263</sup>.

Merita infine di essere considerato il fatto che gli unici Paesi europei, oltre all'Italia, in cui è ancora sancito il divieto dei patti successori sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio e Lussemburgo, il che evidenzia la posizione di isolamento rispetto al resto degli ordinamenti europei.

Alla luce di quanto detto, si mette in luce l'opportunità di riconoscere validità a pattuizioni, che pur esulando dal campo dello strumento testamentario, siano, tuttavia, espressione di interessi meritevoli di tutela, i quali dovrebbero trovare protezione giuridica da parte dell'ordinamento.

L'assolutezza del divieto dipende sostanzialmente da una scelta tecnica del legislatore, il cui abbandono non contrasterebbe né con i precetti costituzionali, né con principi etici, ma anzi ampliherebbe il campo d'azione del disponente il quale potrebbe realizzare il migliore assetto dei suoi interessi conoscendo le capacità e i bisogni dei suoi futuri eredi.

#### *6. Patti di famiglia: espressione del trend legislativo di rivalutazione dell'autonomia nel diritto privato*

In precedenza abbiamo accennato alla legge 14 febbraio 2006 n. 55, con la quale il legislatore ha introdotto<sup>264</sup> gli articoli da 768-bis a 768-

---

<sup>263</sup> R.Lenzi *“Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma”*, in Rivista del Notariato, 1988 pag. 1221

<sup>264</sup> in accoglimento della raccomandazione della Commissione Europea del 7 dicembre 1994 (94/1069/CE) e della comunicazione n. 98/C 93/02 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle

octies cod. civ., relativi alla disciplina del patto di famiglia, della quale si intende ora parlare in quanto essa deroga, seppure parzialmente, al divieto dei patti successori contenuto nell'articolo 458 cod. civ. del quale abbiamo poco sopra parlato, e che è stato, a seguito dell'introduzione del nuovo istituto, in parte modificato.

L'articolo 768-bis cod. civ. definisce il patto di famiglia come “*il contratto*” con cui “*l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare delle partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno più discendenti*”.

Ai sensi del successivo articolo 768-quater cod. civ., i legittimari esclusi possono essere liquidati anche, in via non contestuale, tramite la predisposizione di un successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo, del quale, necessariamente, dovranno essere parti tutti gli aventi diritto.

La dottrina maggioritaria<sup>265</sup> attribuisce alla disciplina del patto di famiglia la funzione di fornire all'imprenditore uno strumento

---

Comunità europee n. C93 del 28 marzo 1998, ove si rilevava che “*specialmente nel caso delle imprese familiari, gli accordi (interfamiliari) possono essere utilizzati per tramandare determinati criteri gestionali da una generazione all'altra*” per cui si rilevava l'opportunità che “*gli Stati membri che vietano i patti successori (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo) dovrebbero provvedere a consentirli, dal momento che il predetto divieto complica inutilmente la buona gestione del patrimonio (familiare)*”.

<sup>265</sup> C.Caccavale, “*Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*” in *Notariato*, 2006, pag. 289; G. Capozzi, “*Successioni e Donazioni*”, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 1452, G.Petrelli “*La nuova disciplina del patto di famiglia*” in *Rivista del Notariato*, 2006, pg. 451; G.Rizzi, “*Il patto di famiglia - Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*” in *Notariato*, 2006, pag. 429; “*Commentario Breve al Codice Civile*”, ottava edizione a cura di G. Cian, Collana Giuridica “*Breviaria Juris*” fondati da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, Padova, 2007.

giuridico capace da un lato di realizzare il passaggio generazionale dell'impresa, e dall'altro di garantire la funzionalità futura dell'azienda, evitandone la disgregazione,

cioè si ravvisa nell'istituto in esame l'esigenza di assicurare il trapasso generazionale dell'azienda di famiglia, gestita individualmente oppure in forma societaria, in favore del soggetto che si sia dimostrato più idoneo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale<sup>266</sup>.

Infatti il contesto socio-economico in cui si inserisce il patto di famiglia è una realtà capitalistica, caratterizzata da numerose piccole e medie imprese, alla cui guida vi è, spesso, un unico fondatore, il cui desiderio è quello di far continuare l'attività imprenditoriale, anche quando alla guida dell'azienda non vi sarà più lui. Nasce quindi l'esigenza, per costui, di individuare tra i suoi eredi il soggetto, o i soggetti, con qualità imprenditoriali, più affinate rispetto agli altri a cui affidare la gestione dell'impresa.

Lo scopo perseguito dal legislatore con l'introduzione dell'istituto in oggetto, dunque, è stato quello di garantire la competitività del sistema imprenditoriale italiano assicurando la continuità all'impresa e la funzionalità futura all'azienda, evitando la successiva frammentazione del controllo<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Del resto tale finalità emerge anche dalla Relazione al disegno di legge 3870 dell'8 aprile 2003, assorbito poi dal disegno di legge 3567e trasfuso nella legge di riforma *“La presente proposta di legge provvede a conciliare il diritto dei legittimari con l'esigenza dell'imprenditore che intende garantire alla propria azienda (o alla propria partecipazione societaria) una successione non aleatoria a favore di uno o più dei propri discendenti, prevedendo da una parte la liceità di accordi in tal senso, dall'altra la predisposizione di strumenti di tutela dei legittimari che siano esclusi dalla proprietà dell'azienda stessa”*.

<sup>267</sup> G.Petrelli *“La nuova disciplina del patto di famiglia”* in Rivista del Notariato, 2006, pag. 451

La struttura del patto di famiglia consente, quindi, di realizzare durante la vita del disponente il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni sociali, conseguendo nel contempo un peculiare effetto di stabilità attraverso la liquidazione dei diritti dei legittimari non assegnatari<sup>268</sup>.

A tale proposito la disciplina applicabile al patto di famiglia prevede che la liquidazione debba essere effettuata con beni del discendente assegnatario, e non del disponente. Al riguardo, si osserva che il discendente, nel caso in cui non ne disponga, sarebbe tenuto a procurarsi le disponibilità economiche necessarie all'adempimento di tale obbligo, eventualmente mediante la richiesta di finanziamenti bancari quali mutui di scopo o aperture di credito.

Tale onere, pare essere un disincentivo alla pratica del patto di famiglia; probabilmente, più opportuna, sarebbe stata la previsione della possibilità per lo stesso disponente, di liquidare con altri beni in natura i legittimari non assegnatari, con ciò ampliando la portata derogatoria dell'istituto rispetto al divieto dell'articolo 458 cod. civ..

Al patto di famiglia, dunque, l'ordinamento riconosce finalità di regolamentazione preventiva dei rapporti successori per il trasferimento immediato, e non con effetti *post mortem*, del bene azienda, in ciò provvedendo anche a modificare la norma sui patti successori, al fine di evitare contraddizioni tra norme.

---

<sup>268</sup> C.Caccavale, "Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie" in *Notariato*, 2006, pag. 290 "il divisato scopo riceve l'imprimatur del diritto non soltanto, come potrebbe apparire a prima vista, in funzione delle ragioni del singolo imprenditore, ma, come può facilmente comprendersi consultando gli evocati provvedimenti comunitari, anche in relazione al più generale interesse del mercato alla razionale organizzazione e conduzione delle imprese economiche", nello stesso senso anche G.Petrelli "La nuova disciplina del patto di famiglia" in *Rivista del Notariato*, 2006, pag. 451.

Al fine della correlazione tra l'istituto del patto di famiglia e il divieto dei patti successori è interessante quanto si ricava dalla lettura della Relazione al disegno di legge 3870 dell'8 aprile 2003, assorbito poi dal disegno di legge 3567 e trasfuso nella legge di riforma, dalla quale emerge l'intento del legislatore di procedere nella strada dell'abolizione dei patti successori, la cui ratio è di difficile individuazione<sup>269</sup>, e la cui presenza comporta delle rigidità, certamente contrastanti con l'esplicitarsi dell'autonomia individuale e antieconomiche per le attività imprenditoriali, e, quindi, per il mercato.

### *7. Autonomia e sussidiarietà*

L'idea di sussidiarietà che, in modo sintetico, potremmo definire come attribuzione della competenza a decidere o svolgere una certa attività ad un soggetto, con la specificazione, che nel caso in cui questi rimanga inerte o non sia in grado di attivarsi nel modo migliore, un soggetto di grado superiore possa, ad esso, sostituirsi, ci aiuta a domandarci

---

<sup>269</sup> Nella relazione in oggetto, si afferma espressamente che “*Non è facile individuare la ratio di tali divieti, risalenti al diritto romano; ma ormai va diffondendosi sempre più, sia nel mondo accademico, sia in quello delle professioni, sia nella pubblica opinione, la convinzione della necessità se non di annullare tali divieti, quanto meno di ridimensionarli, ammettendone deroghe sempre più ampie; infatti la rigidità di questo nostro ordinamento contrasta non solo con il fondamentale diritto all'esercizio dell'autonomia privata, riconosciuto e tutelato in via generale dal codice civile e, ancor più, dalla Costituzione, ma altresì e soprattutto con la necessità di garantire la dinamicità degli istituti collegati all'attività di impresa, assicurando la massima commerciabilità dei beni nei quali si traduce giuridicamente l'attività stessa: l'azienda, nella quale si realizza l'impresa individuale, e le partecipazioni sociali nelle quali si concretizza l'impresa collettiva, quella svolta cioè in forma societaria*”.

perché deve esistere un'autorità sovraordinata al testatore, e se esiste di quali poteri essa può essere munita.

Dall'analisi che sopra abbiamo svolto, ci pare di potere affermare che dal diritto successorio emerge il principio di sussidiarietà.

Infatti, qualora, un soggetto in previsione della sua morte, non disponga nulla, l'ordinamento colma tale carenza attraverso una disciplina legale, predisposta allo scopo di operare un trasferimento della ricchezza. Inoltre, nel nostro diritto successorio, il legislatore si pone ad un livello superiore rispetto al testatore, in quanto si arroga il diritto di porre nel nulla determinate pattuizioni, o determinate disposizioni testamentarie, in ciò sostituendosi alla volontà del testatore.

Tuttavia, non si riesce a giustificare, il potere dell'ordinamento di sostituirsi al testatore, e di imporre il rispetto di certi limiti.

Abbiamo, più sopra, visto le critiche che si possono muovere al limite imposto al testatore del rispetto dei diritti dei legittimari.

Si è detto che il legislatore stabilisce questo limite per esigenze di solidarietà familiare, che abbiamo visto non essere più rispondenti alla società attuale, la quale si è profondamente evoluta soprattutto negli ultimi cinquant'anni.

Bisognerebbe, quindi, prendere atto del fatto che lo scontro, tra opposti principi in materia successoria<sup>270</sup>, allo stato non ha più ragione di

---

<sup>270</sup>A. Trabucchi, *“Istituzioni di Diritto Civile”*, Cedam, Padova, 2001, pag. 897, che *“nel diritto ereditario si ritrovano – e in conflitto tra loro – due poli di tutto il diritto privato: l'autonomia dei soggetti che vi domina in generale, e la subordinazione all'interesse del gruppo”*. Nello stesso senso anche M.C.Bianca, *“Diritto Civile”, vol. 2- La Famiglia, le Successioni* - Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 531.

esistere, e il principio di autonomia del testatore non più limitato dai diritti dei legittimari dovrebbe riespandersi.

Si sono levate già altre voci<sup>271</sup> a sottolineare la peculiarità del momento storico che ci si trova ad affrontare. Momento caratterizzato, in primo luogo, dall'emersione di nuove esigenze dettate soprattutto dal mutamento della struttura della famiglia che da patriarcale si è evoluta verso molto più piccole; e, in secondo luogo, come già osservato dall'innalzarsi della vita media. Questi elementi combinati, rendono meno pressante l'esigenza, imposta dall'ordinamento di solidarietà familiare, che potrebbe lasciare spazio, attraverso l'autonomia del singolo alla valorizzazione di altri tipi di rapporti.

Tutto ciò ci porta a schierarci a sostegno della necessità di una nuova politica in materia di legislazione, che sia capace di prendere in considerazione la mutata realtà sociale, e la valorizzi, senza sovrapporsi falsando i singoli rapporti sociali.

---

<sup>271</sup> L. Rossi Carleo, *“Il patto di famiglia: una monade nel sistema?”*, in *Notariato* 2008 pag. 435 *“Tuttavia - seppure, sotto questo ultimo aspetto, non possiamo considerare in questa sede né la crescente rilevanza che il fenomeno successorio ha assunto al di fuori delle successioni, né il moltiplicarsi delle successioni cc.dd. anomale, che già da tempo hanno inciso sulla unicità della successione, né, per quanto riguarda la famiglia, possiamo soffermarci sulla pluralità dei modelli familiari, anche non necessariamente fondati sul matrimonio - appare sufficiente tener conto del difficile confronto con la realtà sociale per prendere atto di quanto sia pressante la forza di nuove istanze di protezione destinate a irrompere nel sistema rigido, frantumandone la unità degli schemi tradizionali”*.



## **PARTE IV – LA NUOVA POLITICA DEL DIRITTO SOCIETARIO**

### *1. Introduzione*

Ciò che intendiamo verificare in questa parte del nostro lavoro è di verificare se anche il diritto societario evidenzi le intenzioni del legislatore di lasciare ampia autonomia ai soggetti privati capaci, con le loro scelte, di determinare nel modo migliore la gestione di attività riguardanti interessi della comunità sociale o delle singole imprese. Ciò che si vuole analizzare in questa sezione, è in particolare l'istituto dell'impresa sociale, di cui alla recente novella portata dal decreto legislativo n. 155/2006<sup>272</sup>.

### *2. Profili storici e percorso genetico del D. Lgs. 155/2006 istitutivo dell'impresa sociale*

Sulla G.U. del 27 aprile 2006 n. 97 è stato pubblicato il decreto legislativo 24 marzo 2006 n. 155 che disciplina l'impresa sociale. Prima di trattare dei caratteri marcanti del nuovo istituto e quindi procedere ad un esame delle disposizioni contenute nel decreto legislativo con particolare attenzione a quelle che più direttamente interessano la nostra ricerca, è opportuno, come già fatto in precedenza per l'istituto dell'amministratore di sostegno, per la potestà dei genitori e infine per l'autonomia del testatore, trattare, anche se in modo

---

<sup>272</sup> Da subito la dottrina ha messo in evidenza il fatto che l'impresa sociale configuri un esempio della tendenza della legislazione speciale ad erodere la “*validità generale ed assoluta di taluni principi fondamentali del diritto societario*”, così V. Calandra Buonauro “*Impresa sociale e responsabilità limitata*”, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, pag.849.

sintetico, del percorso e della genesi storica dell'impresa sociale che si sviluppa all'interno del più ampio fenomeno degli enti *non profit*.

Si può affermare che la storia dell'assistenza inizia in Europa nel corso del 1600 grazie all'opera e all'attività della Chiesa. Proprio in tale periodo vennero istituite diverse congregazioni volte ad aiutare i poveri e le persone svantaggiate, con attenzione particolare per i minori abbandonati e i malati.

L'attività di queste istituzioni poteva realizzarsi direttamente, attraverso la prestazione di cura e assistenza, anche a mezzo di ricovero dei bisognosi nelle strutture, oppure indirettamente attraverso la raccolta di denaro che veniva poi distribuito.

L'organizzazione del settore assistenziale da parte della Chiesa, perdura sino all'ultimo decennio dell'ottocento, periodo in cui emerse con forza la questione sociale, e si pose anche agli occhi dello Stato.

E' la stessa *Rerum Novarum*<sup>273</sup>, che già più volte nel corso di questo lavoro abbiamo citato e vedremo più avanti in modo analitico, a fornire una precisa immagine della società italiana ed europea di fine Ottocento:

*“[...] i portentosi progressi delle arti e i nuovi metodi dell'industria, le mutate relazioni tra padroni ed operai; l'essersi in poche mani accumulata la ricchezza, ed essersi largamente estesa la povertà; il sentimento delle proprie forze divenuto nelle classi lavoratrici più vivo e l'unione tra loro più intima, questo insieme di cose e i peggiorati costumi han fatto scoppiare il conflitto. Il quale è di tale e tanta gravità che tiene in trepida aspettativa sospesi gli animi ed*

---

<sup>273</sup> Si tratta della lettera enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII “dato a Roma presso San Pietro, il giorno 15 maggio 1891, anno decimoquarto del nostro pontificato”, alla quale viene unanimemente riconosciuta grande importanza per il tema trattato: la questione operaia, appunto.

*affatica l'ingegno dei dotti, i congressi dei savi, le assemblee popolari, le deliberazioni, che oggi non v'ha questione che maggiormente interessi gli interessi del mondo”.*

Per far fronte e dare una risposta alle esigenze del popolo italiano, l'allora Presidente del Consiglio Francesco Crispi, promosse la legge sulle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza n. 6972 emanata 17 luglio 1890<sup>274</sup>. Tale legge è di particolare importanza, in quanto, fu la prima a dare una sistemazione organica al settore assistenziale.

Ai fini della nostra ricerca è importante rilevare che la legge Crispi del 1890 aveva stabilito che tutte le organizzazioni che avevano per oggetto uno dei seguenti fini, dovevano assumere uno status pubblicistico. Precisamente l'art. 1 della legge Crispi aveva come ambito di applicazione *“le opere pie ed ogni altro ente morale”* che avesse *“in tutto od in parte per fine: a) di prestare assistenza ai poveri, tanto in istato di sanità quanto di malattia; b) di procurarne l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico”*.

Il carattere pubblico delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza chiaramente confermato dall'articolo 78: *“Le istituzioni esercitano la beneficenza verso coloro che vi hanno titolo, senza distinzione di culto religioso o di opinione pubblica”*.

A seguito dell'entrata in vigore di questa legge, quindi, lo Stato entra nel merito dell'assistenza ai bisognosi<sup>275</sup>, cercando di sostituirsi, e

---

<sup>274</sup> Si anticipa sin d'ora che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 396 del 1988 riconoscendo l'incostituzionalità di tale enunciato perché contrario al principio della libertà di assistenza privata contenuto nell'art. 38 della Costituzione, diede una forte spinta all'evoluzione del cd. terzo settore.

<sup>275</sup> Sul punto si veda, A. Scalisi, *“Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e Passato”*, in *Annali Genova*, 1999, pag. 1427, il quale

quindi non affiancandosi, alle Opere Pie che sino a quel momento si erano occupate dei bisognosi.

La conseguenza dell'intervento statale fu la soppressione di gran parte delle Opere pie e la devoluzione del loro patrimonio ad altre forme di assistenza, amministrate in modo da assicurarne una gestione laica<sup>276</sup>.

L'impianto della legge del 1890 resistette anche in epoca fascista. Dell'attenzione che lo Stato fascista riservava alla famiglia già si è detto<sup>277</sup>, tuttavia dobbiamo qui tornare a parlarne in relazione ai compiti che la politica sociale del regime scaricava sulle famiglie e in particolare sulle donne, alle quali era affidato il compito della assistenza. Sebbene lo Stato Fascista con la sua attività legislativa ha realizzato alcuni interventi sociali di rilievo<sup>278</sup>, tuttavia lo spirito di

---

scrive: *“la legge Crispi segna il passaggio dalla fase della carità privata a quella della beneficenza legale. Si è di fronte alla carità privata allorquando lo Stato si disinteressa di soccorrere gli indigenti e si limita a seguire l'attività di soccorso svolta da altri. Si ha, invece, beneficenza legale allorché lo Stato qualifica siccome attività di pubblico interesse il soccorso ai bisognosi e agli indigenti e attribuisce carattere pubblico agli enti che svolgono quella attività, sottoponendoli al suo controllo”*.

<sup>276</sup> Si tratta delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB). Si è anche detto che *“Fino all'entrata in vigore della Costituzione italiana e prima delle riforme istituzionali, la disciplina vincolistica e, per molti versi repressiva, contenuta nella legge (...), assolveva ad una funzione eminentemente tutoria delle istituzioni, garantendo un costante controllo statale sul corretto perseguimento di finalità considerate pubbliche”* così A.Serio *“Quale natura Giuridica per le IPAB?”* in Foro Amministrativo TAR 2002, pag. 3312.

<sup>277</sup> Confronta quanto osservato nella seconda parte del presente lavoro.

<sup>278</sup> Si fa riferimento all'istituzione della ONMI (Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia che aveva lo scopo di dare aiuto alle gestanti e alle madri bisognose o abbandonate; ai bambini di famiglie che non sono in grado di assisterli fino all'età di 5 anni; ai minorenni portatori di *handicap* fisici o psichici, o

fondo è fortemente caratterizzato dal paternalismo nei confronti dei cittadini<sup>279</sup>.

Con l'instaurazione della Repubblica, muta la concezione di assistenza sociale: si passa dall'intervento pubblico, eventuale, di tipo caritativo a favore di coloro che versano in stato di bisogno, al riconoscimento di un vero diritto sociale da riconoscersi nei confronti di tutti.

Il quadro di riferimento muta profondamente a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, improntata alla centralità della persona umana e dei suoi valori esistenziali. A riguardo autorevole dottrina<sup>280</sup> ha avuto modo di osservare che l'impianto costituzionale pare volto a *“colmare il vuoto apertosi tra l'individuo e lo Stato all'inizio dell'età moderna”*, vuoto che verrebbe riempito dalle nuove norme

---

in stato di abbandono, o riconosciuti colpevoli di reato; gestisce consultori ostetrici, consultori pediatrici e asili-nido), e della ONB (Opera nazionale balilla). Inoltre il Fascismo si occupò di creare anche enti di assistenza rivolti a specifiche categorie, tra i quali si ricordano: l'Unione italiana cechi, l'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordomuti, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro le malattie (INAM), l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), l'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS), gli Enti comunali per l'assistenza ai poveri (ECA).

<sup>279</sup> *“lo Stato corporativo, nonostante alcuni suoi apprezzabili interventi sociali a vantaggio degli indigenti, mostra di intendere l'assistenza sociale in senso paternalistico e di beneficenza, e, per ciò stesso, di essere ancora lontano dal concepire l'assistenza sociale quale impegno politico ed economico dello Stato per garantire a tutti una vita a dimensione umana, liberando ogni uomo dal bisogno o dalle necessità esistenziali”* A. Scalisi, *“Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e Passato”*, in *Annali Genova*, 1999, pag. 1427.

<sup>280</sup> P. Rescigno *“Ascesa e declino della società pluralista”* in *“Persona e Comunità”* a cura di P. Rescigno, 1966, pag. 8

costituzionali “*attraverso la rivalutazione dei gruppi*”, che vengono dall’autore definiti “*comunità intermedie*”<sup>281</sup>.

Quanto appena affermato, trova riscontro nella formulazione degli articoli 2 e 3 della nostra Costituzione.

L’articolo 2 recita: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”; mentre all’articolo 3 si afferma che: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”.

Dalla lettura degli articoli da ultimo citati emerge con chiarezza quanto sostenuto poco sopra, ovvero si conferma l’idea della centralità della persona – come valore – e l’assunzione da parte dello Stato di impegni precisi.

L’articolo 2 si è visto che riconosce e garantisce le formazioni sociali, non in quanto tali, ma in quanto consentano lo sviluppo della persona.

---

<sup>281</sup> P. Rescigno “Ascesa e declino della società pluralista” in “Persona e Comunità” a cura di P. Rescigno, 1966, pag. 20, l’autore in particolare riesce ad inserire il tema delle comunità intermedie nell’ambito del diritto privato in ragione di una serie di caratteristiche, che egli individua ne “*la libertà nel formarsi e nell’organizzarsi, la particolarità degli interessi perseguiti, il legame con la persona e con l’autonoma esplicazione delle possibilità individuali*”.

Sebbene il fondamento di tale norma sia di sicura matrice cattolica<sup>282</sup> – e in quanto tale ancorata all’ottica precedente – la formulazione dell’articolo 2 della Costituzione segna un passo in avanti rispetto alla concezione precedente, in quanto si riconosce un diritto inviolabile dell’uomo attraverso l’assunzione in capo allo Stato dei doveri di solidarietà, che possono essere attuati anche attraverso la tutela, o meglio la promozione, di formazioni sociali, diverse dallo Stato<sup>283</sup>.

L’articolo 3 è ancora più esplicito nel riconoscere ai cittadini la pari dignità sociale. Si è detto<sup>284</sup> che l’intenzione del Costituente nel formulare questo articolo, fosse quella di contrapporre due modelli. Un primo modello – la società rifiutata, quella del momento storico in cui viveva – era rappresentato dalla democrazia formale; il secondo modello – la società prefigurata – era quello che il legislatore voleva realizzare, ovvero la democrazia reale, caratterizzata dall’appartenenza della sovranità al popolo. Nel realizzare questo obiettivo lo Stato, in modo ancora più esplicito rispetto a quanto affermato nell’articolo 2, assume su di sé i compiti di eliminare le disuguaglianze sociali, al fine

---

<sup>282</sup> Per un’analisi compiuta della norma in oggetto, si veda il commento di A. Barbera in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, pagg. 50 e ss. Nello stesso senso anche P. Rescigno “Ascesa e declino della società pluralista” in “Persona e Comunità” a cura di P. Rescigno, 1966, pag. 5.

<sup>283</sup> E stato detto che “*La norma costituzionale consente una ricognizione sociale assai larga: una ricognizione che – seguendo una linea di progressivo sviluppo dell’intimità e della coesione sociale – va dalle associazioni economiche a fini di cooperazione fino ai sindacati professionali, ai partiti politici, alle Chiese alle famiglie*” così P. Rescigno “Ascesa e declino della società pluralista” in “Persona e Comunità” a cura di P. Rescigno, 1966, pag. 6 e ss.

<sup>284</sup> Si legga sul punto U. Romagnoli in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, pag. 162

di permettere una partecipazione attiva di tutti i cittadini alla vita del Paese<sup>285</sup>.

Dall'analisi del secondo comma della disposizione in oggetto, emergono due profili. La prima notazione che deve essere fatta è che lo Stato assume su di sé il compito prioritario il pieno sviluppo della persona umana quale fine che esso Stato deve perseguire e raggiungere. A differenza dell'articolo 2, che impone un dovere negativo di rispetto dei diritti qualificati come inviolabili, l'articolo 3 impone l'assunzione di un obbligo positivo di agire per la realizzazione e la promozione della persona, creando le condizioni per la realizzazione dell'obiettivo e rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana<sup>286</sup>.

Tuttavia la Costituzione repubblicana va oltre nell'affermare l'impegno dello Stato nell'assistenza ai bisognosi.

---

<sup>285</sup> Efficacemente A. Scalisi, *“Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e Passato”*, in *Annali Genova*, 1999, pag. 1427, opera un'analisi degli articoli 2 e 3 della Costituzione con riferimento all'assistenza. Egli osserva che nella Costituzione la persona umana è posta al primo posto nella gerarchia dei valori e che in tale contesto *“L'art. 3 Cost., in sintesi, identifica un nuovo modello di società (una società pluralista) e un nuovo Stato (uno Stato sociale e interventista), riconducendo al pieno sviluppo della persona umana l'identità giuridica del sistema normativo italiano”*.

<sup>286</sup> In tal senso sul punto A. Scalisi, *“Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e Passato”*, in *Annali Genova*, 1999, pag. 1427 *“Lo Stato, nel progetto costituzionale, non è più un guardiano di frontiere, ma esso stesso è attore nella società civile, soggetto responsabile e garante dello sviluppo, con il compito specifico di attuare un'equa distribuzione sociale della risorse e della ricchezza per creare le migliori e possibili condizioni di vita umana”*.

L'art. 38 recita che *“Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale.*

*I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera”.*

La lettura della norma ci impone di prendere atto del fatto che l'ordinamento riconosce ai soggetti deboli il diritto di essere integrati nel sociale attraverso una serie di aiuti e sostegni che lo Stato, in primo luogo, assume come impegno su di sè, senza, peraltro escludere la possibilità di intervento ai privati.

Nell'inquadramento generale che sopra abbiamo delineato l'articolo 38 della Costituzione evidenzia l'intento dell'ordinamento di riconfermare il suo impegno di realizzare condizioni di vita in cui l'uomo può attuare il suo personale progetto di vita, di crescita e di sviluppo.

In particolare, l'articolo 38 trasforma quella che in origine era la beneficenza di iniziativa privata in un vero diritto pubblico soggettivo dei cittadini.

L'assistenza sociale diviene attività volta non solo a liberare l'uomo dal bisogno, ma soprattutto, a promuoverlo l'uomo verso condizioni di dignità umana, di sicurezza di vita, di libertà, che deve essere garantita dallo Stato, ma che può essere integrata anche dai privati<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> In tal senso A. Scalisi, *“Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e Passato”*, in *Annali Genova*, 1999, pag. 1427 *“l'art. 38 Cost. assume un significato ed una valenza di grande spessore culturale, politico e giuridico, in quanto riconferma l'impegno dello Stato italiano a superare la logica*

Dall'attuale quadro normativo di riferimento, rappresentato come si è visto dagli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione, emerge, dunque, che il concetto di assistenza sociale - caratterizzata dall'offerta di prestazioni e servizi volti a fornire sicurezza a soggetti che si trovano in situazioni di bisogno<sup>288</sup> e sprovvisti di una copertura previdenziale - contiene in sé due aspetti essendo potenzialmente idonea ad indicare l'istituzione incaricata di mettere in atto l'assistenza, ma anche la stessa azione diretta a vantaggio dei soggetti deboli<sup>289</sup>.

Inoltre pare interessante rilevare che la Corte Costituzionale assumendo a parametro l'articolo 38 della Costituzione, a distanza di un secolo dall'emanazione della legge Crispi del 1890, ha potuto dichiararne l'incostituzionalità dell'articolo 1.

Con la sentenza<sup>290</sup> 7 aprile 1988 n. 396 la Corte Costituzionale ha posto fine all'assunzione obbligatoria della veste pubblica, da parte degli enti

---

*delle «provvidenze escogitate di volta in volta» a fronte delle singole cause di miseria o di bisogno in cui può venirsi a trovare il singolo cittadino, per realizzare condizioni di vita in cui l'uomo libero dal bisogno e da ogni forma di insicurezza può essere se stesso con il suo personale progetto di crescita e di sviluppo.»*

<sup>288</sup> Perché si trovano in particolari condizioni di vita essendo esposti ad uno stato di bisogno cui non riescono a far fronte, o perchè hanno bisogno di servizi specializzati, troppo costosi.

<sup>289</sup> A. Scalisi, "Il valore della persona umana e l'assistenza sociale in Italia tra presente e Passato", in Annali Genova, 1999, pag. 1427 "l'assistenza sociale (...) assume un duplice significato: può indicare l'organizzazione predisposta per attuare una protezione sociale tramite i Servizi sociali, ma anche l'azione pratica, concreta ed effettiva svolta da persone specializzate (dagli assistenti sociali) a vantaggio dei soggetti per così dire «deboli» della società"

<sup>290</sup> Pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 13 aprile 1988 n. 15. All'esame della Corte era stata posta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 17 luglio 1890 n. 6972 - legge Crispi - perché esso, riconducendo nell'ambito degli enti pubblici tutte le istituzioni di assistenza e beneficenza (IPAB), si poneva in

assistenziali, sancendo l'incostituzionalità di una norma che tanto a lungo aveva impedito l'azione assistenziale da parte della libera iniziativa privata<sup>291</sup>.

---

contrasto con l'art. 38, ultimo comma, Cost. nella parte in cui tutela la libertà dell'assistenza privata. La Corte Costituzionale, in tale sede riconobbe la fondatezza della questione. Premesso che *“la scelta operata dalla legge Crispi, (...) non fu una vera e propria pubblicizzazione del settore della beneficenza (...) ma la creazione progressiva di strumenti statali di "beneficenza legale" e la predisposizione di forme di controllo e di disciplina uniforme, nella beneficenza di origine privata”* e premesso ancora che *“Sono, quindi, venuti ormai meno i presupposti che avevano presieduto, all'epoca della legge Crispi, al generalizzato regime di pubblicizzazione, oggi non più aderente alla mutata situazione dei tempi ed alla evoluzione degli apparati pubblici, per l'avvenuta assunzione diretta da parte di questi di certe categorie di interessi, la cui realizzazione era invece assicurata, nel sistema della legge del 1890, quasi esclusivamente dalla iniziativa dei privati, che veniva poi assoggettata al controllo pubblico per costituire un sistema di "beneficenza legale", che altrimenti sarebbe mancata del tutto”*, la Corte dichiara l'art. 1 della legge Crispi incostituzionale nella parte in cui non prevede che le IPAB regionali e infraregionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tuttora i requisiti di un'istituzione privata.

<sup>291</sup> In tal senso si legga D.Corrà, *“La riconduzione delle IPAB al regime giuridico di diritto privato. Il criterio della composizione degli organi di amministrazione”*, in Non Profit, 1996, pag. 355 e ss, ove l'autore afferma che con la citata sentenza *“la Corte costituzionale ha definitivamente posto fine all'obbligatoria veste giuridica pubblicistica degli enti assistenziali regionali, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 1 della L.n. 6972 del 1890, norma che per più di un secolo aveva impedito la libera espressione dell'iniziativa privata nel settore e, di fatto, aveva ostacolato la piena attuazione dell'art. 38 della Cost. La decisione della Corte ha duplice valenza: additiva laddove consente alle IPAB di accedere al regime giuridico di diritto privato: interpretativa di rigetto nella parte in cui stabilisce che le nuove realtà assistenziali possono rivestire la personalità giuridica privata”*. Della stessa opinione anche M. Capecchi, *“Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica”*,

### 3. *Il Decreto Legislativo n. 155 del 24 marzo 2006*

E', pacificamente, sostenuto che l'interesse del legislatore al settore del *non profit* scaturisce dalla consapevolezza dell'impossibilità del pubblico di far fronte alla predisposizione e all'offerta di "servizi sociali"<sup>292</sup>, il che trova causa nella progressiva crisi del Welfare State<sup>293</sup>, determinata dalla difficoltà di gestione della spesa pubblica.

---

Cedam, Padova, 2005, pag. 28 e segg, il quale osserva come la censura della Corte abbia fatto "*cadere la riserva in favore della mano pubblica nel campo dell'assistenza*" riconoscendo che anche i privati "*possono occuparsi di quelle funzioni assistenziali fino ad allora ad essi almeno formalmente precluse*".

<sup>292</sup> Servizi sociali sono quei peculiari servizi che vengono forniti ai cittadini in forza del riconoscimento nel Welfare State di particolari diritti cd. sociali, "*intendendosi per tali quei diritti che spettano ad un soggetto, direttamente riconosciuti dalla legge, indipendentemente dalla capacità economica del soggetto stesso*" così lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - "*L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*".

<sup>293</sup> Parlando di welfare State, ovvero Stato sociale, ci si riferisce ad un sistema di norme con il quale lo Stato cerca di eliminare le disuguaglianze sociali ed economiche tra i cittadini, aiutando in particolar modo i ceti meno abbienti. Sul punto della crisi del welfare State, si veda M. Capecchi, "*Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*", Cedam, Padova, 2005, pag. 25 e segg., che individua la crisi del welfare state in tre distinte cause, e precisamente:

"a) *un'offerta di servizi limitata, dovuta al fatto che in passato molti dei servizi a sostegno della persona venivano offerti dalla famiglia e la crisi della famiglia allargata ( o meglio il progressivo passaggio da una famiglia allargata ad una famiglia sempre più nucleare con mutamento del ruolo della donna, sempre più occupata nel lavoro) richiedeva la fornitura di servizi che la mano pubblica non era in grado di offrire con sufficiente efficienza;*

b) *crescente bisogno di servizi legati alle cd. povertà post materialistiche. L'evoluzione dei costumi di vita aveva condotto all'emergere di nuovi bisogni di*

A riguardo si può osservare che lo Stato, percepita l'impossibilità di far fronte da solo alla gestione del sociale, aveva quale unica scelta necessitata, quella di favorire l'azione dei privati.

Tuttavia l'ordinamento non poteva, attribuire alle famiglie i compiti che esso non riusciva ad assolvere. Si può giungere a questa affermazione in quanto la famiglia patriarcale costituita – da più nuclei – come già osservato in altre parti di questo lavoro, non esiste più. Nella famiglia patriarcale, in cui non era necessario che tutti i componenti lavorassero fuori casa, era più facile che l'assistenza – ai malati, ai bambini ecc. – venisse fornita direttamente dalla famiglia. La società moderna, invece, è strutturata in famiglie composte, perlopiù, dai genitori e uno o due figli: in situazioni di questo tipo è normale che entrambi i genitori siano costretti a lavorare fuori casa. L'assistenza all'anziano spesso è ricercata al di fuori del nucleo familiare, così come l'aiuto nella cura dei figli.

Lo Stato, pertanto, non poteva delegare i suoi compiti alle famiglie, ma solo promuovere, l'azione dei privati, o meglio l'autonomia dei privati nel realizzare “modelli” capaci di assolvere al meglio il compito dell'assistenza sociale.

Prima di approdare alla legge del 2005, il concetto di impresa sociale si fa strada in Italia verso la fine degli anni ottanta, all'interno del dibattito relativo al « volontariato organizzato », all'esito del quale, sono state emanate le leggi n. 266 del 1991 – sul volontariato – e la n.

---

*cui sono portatori i disabili mentali, i senza tetto, i tossicodipendenti, gli immigrati ed i disoccupati di lungo periodo;*

*c) settore non profit sottosviluppato e concentrato sulle funzioni mutualistiche e di advocacy”.*

Nello stesso senso si vedano anche lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - “L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155” .

381 del 1991 – sulle cooperative sociali. Proprio dall’esperienza delle cooperative sociali, inizia la riflessione intorno al concetto di impresa, in quanto ben presto ci si accorse che le leggi sul volontariato e sulle cooperative sociale erano insufficienti per regolare e promuovere il fenomeno assistenziale<sup>294</sup>.

E’ interessante osservare come il legislatore italiano<sup>295</sup>, abbia disciplinato un fenomeno di origine – in prevalenza – spontanea, in quanto la citata legge, altro non fece che registrare la crescita del settore sociale<sup>296</sup>.

Il dibattito intorno al concetto di impresa sociale non si è sviluppato esclusivamente nel nostro Paese. Anche in ambito comunitario il tema ha suscitato interesse. In particolare da uno studio sostenuto dalla

---

<sup>294</sup> A. Fusaro, in “*La nuova disciplina dell’impresa sociale*” a cura di M.V. De Giorgi, CEDAM, 2007, pag. 20 e ss. osserva come a fronte dell’insufficienza constatata della disciplina sulla cooperazione, vi fosse un’aspettativa di una forma giuridica apposita e di una legge funzionale al riconoscimento del fenomeno oltre che della promozione dello stesso.

<sup>295</sup> Fenomeni analoghi avvennero anche in altri Paesi Europei. A riguardo si ricorda la legge belga del 1995 sulle “*società a finalità sociale*”, tale legge consentiva, a partire dal 1° luglio 1996, la creazione delle SFS (*société à finalit  sociale*) che poteva essere applicata a qualunque impresa commerciale, comprese le cooperative e le aziende private a responsabilit  limitata, purch  i soci perseguissero “*soltanto un profitto limitato, o (...) alcun profitto*” e che non si ponesse come finalit  essenziale dell’impresa “*lo scopo di procurare ai soci alcun profitto di tipo indiretto*”. In Grecia nel maggio 1999 veniva emanata la legge sulla cooperativa sociale a responsabilit  limitata (a vantaggio esclusivo di disabili psicofisici). La Francia il 17 luglio 2001 promulga la legge sulla creazione delle SCIC – Societ  cooperative ad interesse collettivo per “la produzione o fornitura di beni e servizi d’interesse collettivo, che presentano una dimensione d’utilit  sociale”.

<sup>296</sup> In tal senso si veda anche A. Fusaro, in “*La nuova disciplina dell’impresa sociale*” a cura di M.V. De Giorgi, CEDAM, 2007, pag. 19, e pag 26.

Commissione europea<sup>297</sup>, emerge che l'impresa a finalità sociale, nell'esperienza dei Paesi appartenenti all'Unione europea, sintetizza l'incontro tra l'impiego *for profit* di forme *no profit* e la situazione speculare<sup>298</sup>.

Rientrando nel nostro Paese, ancora alla vigilia della nascita dell'impresa sociale il dibattito era incentrato principalmente sull'estensione agli enti *non profit* della possibilità di esercitare quell'attività economica organizzata, che l'articolo 2247 cod. civ.<sup>299</sup> prevede essere il contenuto del contratto di società e pertanto appannaggio delle imprese collettive commerciali.

Durante il dibattito intorno alla proposta di creazione dell'impresa sociale tre sono state le soluzioni che si sono ipotizzate.

Secondo una prima teoria l'impresa sociale doveva nascere come nuovo modello di ente non profit, distinto dagli altri enti già esistenti, e a tal fine distaccarsi da essi a mezzo di una disciplina autonoma capace di riuscire a coniugare le motivazioni solidaristiche con lo svolgimento di un'attività economica.<sup>300</sup>

---

<sup>297</sup> Precisamente si fa riferimento al progetto Digestus, avviato in ambito comunitario e concluso nel 1999, che ha coinvolto oltre all'Italia, anche Belgio, Francia, Germania, e Spagna. Il Digestus era un progetto incentrato sul censimento e l'analisi delle forme giuridiche utilizzate nei vari Paesi Europei, in vista della formulazione di un intervento normativo atto ad avvicinare le esperienze nazionali, verso una definizione condivisa di impresa sociale.

<sup>298</sup> In tal senso si legga il contributo di A. Fusaro, in *“La nuova disciplina dell'impresa sociale”* a cura di M.V. De Giorgi, CEDAM, 2007, pag. 20 e ss.

<sup>299</sup> Art. 2247 cod. civ.. *“Contratto di società: Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili”*.

<sup>300</sup> Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - *“L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155”* .

Altra soluzione ipotizzata, propose, l'utilizzo dello schema organizzativo delle associazioni e fondazioni. Questa soluzione modificava l'idea tradizionale di tali enti prevedendo, espressamente, che essi potessero svolgere attività economica<sup>301</sup>.

Infine un terza proposta, prevedeva l'utilizzo dei modelli e delle disposizioni relativi alle società disciplinate dal libro V del codice nel presupposto che il profilo causale tipico delle società di capitali, poteva all'interno del medesimo modello organizzativo essere sostituito da finalità di carattere sociale, nel presupposto che l'economicità della prestazione e l'efficienza produttiva potessero essere realizzate anche sotto la spinta di interessi non egoistici.

La scelta operata dal legislatore, come già da altri sottolineato<sup>302</sup>, è stata di carattere "*trasversale*". In altri termini, la soluzione adottata non ha creato un nuovo tipo di ente, ma ha reso possibile per gli operatori, la scelta di un tipo qualsiasi, a condizione che l'ente in concreto adottato persegua finalità sociali, soggiacendo a determinate norme imperative e approntando un'organizzazione con caratteristiche per così dire di democraticità, senza le quali l'assunzione della qualifica di impresa sociale sarebbe, per ciò solo, preclusa all'ente.

Il Parlamento, a mezzo della legge 13 giugno 2005 n. 118<sup>303</sup>, ha, dunque, delegato al Governo la predisposizione di una nuova disciplina

---

<sup>301</sup> Per un'ampia disamina sul dibattito relativo alla ammissibilità dello svolgimento di attività economica da parte di enti non lucrativi, si veda M. Capecchi, "*Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*", Cedam, Padova, 2005, pag. 139 e ss.

<sup>302</sup> Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - "*L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*"

<sup>303</sup> La legge 13 giugno 2005 n. 118, recante la "*Delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale*", è stata pubblicata sulla *G.U.* del 4 luglio 2005, n. 153. L'*iter* parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge 13 giugno

sull'impresa sociale, che definiva all'art. 1, co. 1° descrivendola come un'organizzazione privata *non profit* che esercita “*in via stabile e principale un'attività economica*” diretta a realizzare finalità di interesse generale “*di produzione o scambio di beni o di servizi*”, caratterizzati dal requisito dell'utilità sociale.

Scelta che da subito è parsa condivisibile<sup>304</sup> ai più, per la sua capacità di attrarre nel fenomeno “sociale”, enti diversi sia per interessi che per genesi. La soluzione proposta è stata, in altri termini, capace di predisporre il terreno per una disciplina flessibile, utile per il raggiungimento delle finalità e degli obiettivi sociali, attraverso l'uso della forma giuridica che pare più efficiente rispetto al caso concreto<sup>305</sup>. Con la creazione dell'impresa sociale il legislatore ha ritenuto essere venuto il tempo “*di abbandonare l'atteggiamento mentale di chi collega impresa solo ad attività speculativa nel senso deteriore del termine*”<sup>306</sup>. Per pensare all'impresa oggi non è più necessario

---

2005, n. 118 è iniziato con la presentazione del d.d.l. n. 3045, d'iniziativa del Governo (al quale è stato successivamente affiancato il d.d.l. n. 3045-B), alla Camera dei deputati il 19 luglio 2002; è stato approvato il 20 novembre 2003; giunto al Senato con il n. 2595, è stato definitivamente approvato l'11 maggio 2005.

<sup>304</sup> In tal senso si veda anche lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - “*L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*”.

<sup>305</sup> Si può dire che la soluzione adottata sia in perfetta aderenza con il dettato costituzionale dell'art. 2, il quale come è stato osservato da autorevole dottrina apre la strada al riconoscimento delle dei gruppi sociali “*capaci di portare la sostanza di vere comunità*”, e la cui natura privata “*consente una estrema varietà di forme, senza che queste debbano essere inquadrare in schemi prefissati e immutabili*”, così P. Rescigno “*Ascesa e declino della società pluralista*” in “*Persona e Comunità*” a cura di P. Rescigno, 1966, pag. 21.

<sup>306</sup> V. Buonocore “*Etica degli affari e impresa etica*”, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, pag. 181: “*Non è inopportuno ricordare che è da qualche tempo in atto una rilettura dell'art. 41 Cost., tendente a riconoscere all'impresa un ruolo positivo non consistente solo nella produzione e nella distribuzione della*

immaginarla orientata a fini speculativi, ma è sufficiente che tale struttura – in quanto è pur sempre necessario che essa abbia delle caratteristiche determinate – abbia una gestione ispirata a principi di economicità e produttività.

Tuttavia, la legge delega prevedeva altresì precisi limiti, cui doveva attenersi il Governo, il quale avrebbe dovuto approntare una disciplina che lasciasse i privati liberi nella scelta del modello, ma vincolati da norme inderogabili al fine di garantire la realizzazione degli obiettivi, da una parte, e l'autonomia del terzo settore<sup>307</sup> rispetto allo Stato dall'altra. A tal fine la legge delega prevedeva espressamente: il divieto di redistribuire, anche in modo indiretto, utili e avanzi di gestione, nonché fondi, riserve o capitali ad amministratori ed a persone fisiche e giuridiche – partecipanti, collaboratori o dipendenti – al fine di garantire in ogni caso il carattere non speculativo della partecipazione all'attività dell'impresa; l'obbligo di reinvestire gli utili o gli avanzi di

---

*ricchezza, ma soprattutto nella costruzione di una società più giusta e vivibile: si pensi al ruolo dell'impresa nel miglioramento del tenore di vita dei lavoratori o nella difesa dell'ambiente”.*

<sup>307</sup> Si parla di terzo settore o privato sociale per identificare un nuovo settore intermedio tra quelli tradizionali pubblico e privato, che è “composto da enti collettivi che alla natura privata coniugano finalità di pubblico interesse”, in tal senso M. Capecchi, “Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica”, Cedam, Padova, 2005, pag. 51. La prima definizione di terzo settore è data dal D.p.c.m. 30 marzo 2001 – atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 L.328/2000 – il quale all'art. 2 enuncia “Soggetti del terzo settore: Ai fini del presente atto si considerano soggetti del terzo settore : le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni gli enti di patronato, altri soggetti privati no a scopo di lucro”. Questa prima definizione attribuiva agli enti del terzo settore due caratteristiche: da un lato la tipicità della forma giuridica e dall'altra l'assenza dello scopo di lucro, caratteri entrambi scardinati dalla legge sull'impresa sociale.

gestione nello svolgimento dell'attività istituzionale o ad incremento del patrimonio; l'obbligo di fissare caratteristiche e vincoli relativi alla struttura proprietaria o di controllo, escludendo che soggetti pubblici o imprese private con finalità lucrative possano detenere il controllo, anche attraverso la facoltà di nomina maggioritaria degli organi di amministrazione.

Ciò che quindi si delegava al Governo – e che è la vera novità nell'ambito del settore del *non profit* – era la realizzazione di una nuova e generale disciplina a sostegno di tutte quelle iniziative economiche che si rivolgevano ai bisogni sociali, la quale fosse capace di realizzare uno schema flessibile al punto di attrarre qualunque iniziativa “sociale”, in ciò promovendo l'autonomia privata, la quale tuttavia, doveva al contempo essere limitata al rispetto di varie norme imperative, tutte aventi lo scopo di evitare speculazioni in un settore, che di norma fruisce di agevolazioni e sostegni finanziari.

Queste le linee guida dettate dal Parlamento, che si sono tradotte nel decreto emanato dal Governo.

#### *4. Elementi caratterizzanti “le imprese sociali”*

La nozione di impresa sociale è contenuta nell'articolo 1 del decreto legislativo n. 155/2006, ove al comma 1 si individuano le organizzazioni che possono acquisire la qualifica di impresa sociale; al comma 2, gli enti ai quali è preclusa questa possibilità; al comma 3, gli enti che pur non assumendo la qualifica di impresa sociale e, quindi, non perdendo la forma giuridica propria, possono partecipare alle finalità dell'impresa sociale assoggettandosi, volontariamente e parzialmente alla sua disciplina.

Più precisamente, il decreto legislativo dà la seguente definizione di impresa sociale:

*“1. Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4 del presente decreto.*

*2. Le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l’erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi non acquisiscono la qualifica di impresa sociale.*

*3. Agli enti ecclesiastici e agli enti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese si applicano le norme di cui al presente decreto limitatamente allo svolgimento delle attività elencate all’articolo 2, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di scrittura privata autenticata, che recepisca le norme del presente decreto. Per tali attività devono essere tenute separatamente le scritture contabili previste dall’articolo 10. Il regolamento deve contenere i requisiti che sono richiesti dal presente decreto per gli atti costitutivi”.*

Dalla definizione offerta dall’articolo 1 della legge emerge con chiarezza l’indifferenza del legislatore rispetto alla forma dell’ente<sup>308</sup> - potendo alla luce del dato legislativo assumere la qualifica di impresa sociale associazioni, comitati, fondazioni, società di persone, società di capitali, società cooperative e qualunque altra forma di organizzazione

---

<sup>308</sup> Tanto che si è anche detto che il “*legislatore ha riconosciuto il principio di una tendenziale neutralità delle forme giuridiche*”, in tal senso Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - “*L’impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*” e A.A.Carrabba “*Lo scopo delle associazioni e fondazioni*” in Rivista del Notariato, 2001, pag. 764.

collettiva - cui contrappone una forte attenzione per la finalità sociale di interesse generale.

Dall'ampia definizione emerge, altresì, che il carattere "sociale" dell'impresa è legato ad una serie di criteri e parametri – quali assenza di lucro soggettivo, attività finalizzata verso settori sociali preindividuati e regole organizzative a salvaguardia dell'autonomia della "governance"<sup>309</sup> – e tra tutti assume importanza particolare il concetto di "utilità sociale"<sup>310</sup> dei beni e servizi prodotti. In altri termini la "socialità" dell'impresa è data principalmente dall'attività che essa sceglie di esercitare.

E' interessante soffermarsi brevemente sul secondo comma del primo articolo, che sancisce l'impossibilità per le pubbliche amministrazioni di assumere la qualifica di impresa sociale.

Tale divieto è di facile comprensione: esso è stabilito in conseguenza della *ratio* della nuova disciplina, la quale, come abbiamo avuto modo di sottolineare largamente, è stata determinata dalla constata

---

<sup>309</sup> La relazione che ha accompagnato il Disegno di Legge n. 3045, si è espressa nei seguenti termini nei confronti di ciò che è il dato fondamentale dell'impresa sociale con espresso riferimento ai parametri citati: *"È dall'essenzialità di tali fattori (assenza di lucro soggettivo, attività finalizzata verso settori sociali preindividuati e regole organizzative a salvaguardia dell'autonomia della "governance") dalla loro mutevole combinazione, che trae origine il delinearsi di una vera e propria imprenditorialità sociale, del tutto affrancata da letture manichee nelle quali l'ideale ed il profitto, il lavoro e l'azione benefica si vorrebbero rigidamente separati così come, in natura, non si sono mai presentati. Il valore di un'iniziativa legislativa organica sull'impresa sociale, in fondo, è tutto qui: non ostacolare ed assecondare l'originaria spinta della persona a costruire, ad un tempo, per sé e per gli altri"*.

<sup>310</sup> L'utilità sociale, come vedremo nel corso del lavoro, è collegata in modo molto stretto alle attività indicate dall'art. 2 del decreto legislativo. A causa della elencazione, della cui tassatività ci si deve interrogare, molte discussioni sono sorte in merito ai settori che dovevano essere inseriti.

impossibilità della mano pubblica di far fronte alle esigenze sociali, cui si è tentato di far fronte promovendo l'iniziativa privata nella sostituzione della pubblica amministrazione in attività con finalità di interesse generale. Ammettere la possibilità per l'amministrazione pubblica di assumere la qualifica di impresa sociale sarebbe stata una evidente contraddizione con l'intento proclamato di promuovere la sostituzione del pubblico da parte dei privati.<sup>311</sup>

L'articolo 2 del decreto legislativo, completa l'articolo 1 indicando i vari settori<sup>312</sup>, all'interno dei quali l'attività imprenditoriale, organizzata ai fini della produzione o scambio di beni o servizi, si considera di utilità sociale. Precisamente i settori che la norma prende in considerazione sono:

- assistenza sociale, ai sensi della legge 8 novembre 2000, n. 328, recante "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali";
- assistenza sanitaria, per l'erogazione delle prestazioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 29 novembre 2001, recante "Definizione dei livelli essenziali di assistenza", e successive modificazioni<sup>313</sup>;

---

<sup>311</sup> In tal senso Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - *"L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155"*.

<sup>312</sup> A riguardo la relazione di accompagnamento dello Schema di decreto legislativo recante: *"Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118"*, presentata al Consiglio dei Ministri nella seduta del 2.12.2005, reperibile nel sito [www.nonprofitonline.it](http://www.nonprofitonline.it), afferma che *"L'individuazione delle materie di particolare rilievo sociale è stata condotta alla luce di un'indagine sui settori all'interno dei quali è più consistente la presenza di operatori del terzo settore"*.

<sup>313</sup> pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n.33 dell'8 febbraio 2002

- assistenza socio-sanitaria, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 14 febbraio 2001, recante “Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie”<sup>314</sup>;
- educazione, istruzione e formazione, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, recante delega al Governo per la definizione delle norme generali sull’istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale;
- tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, ai sensi della legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l’integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, con esclusione delle attività, esercitate abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi;
- valorizzazione del patrimonio culturale, ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42;
- turismo sociale, di cui all’articolo 7, comma 10, della legge 29 marzo 2001, n. 135, recante riforma della legislazione nazionale del turismo;
- formazione universitaria e post-universitaria;
- ricerca ed erogazione di servizi culturali;
- formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo;
- servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano un’impresa sociale.

Di fronte alla formulazione dell’articolo 2, l’operatore del diritto deve assolutamente porsi la domanda relativa alla tassatività o meno dell’elenco dei settori all’interno dei quali possono operare le imprese

---

<sup>314</sup> pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001

sociali per potere assumere la qualifica ed fruire della disciplina di favore.

Allo stato sembra che in dottrina prevalga la tesi della tassatività, ritenendo la maggior parte degli interpreti che la norma in commento non permetta alle imprese di assumere come attività principale una che non sia compresa nel suddetto elenco<sup>315</sup>.

Tuttavia, non mancano le critiche<sup>316</sup> e si ravvisano anche sostenitori per la tesi opposta.

Secondo alcuni, ed io ritengo che questa soluzione sia condivisibile, l'elenco di cui all'articolo 2 del decreto legislativo n. 155/2006 sarebbe composto da una serie di attività "suggerite" dal legislatore, avendo esso già valutato la compatibilità con l'utilità sociale in detti settori. Tuttavia, l'iniziativa privata, ben potrebbe riuscire ad individuare altri campi all'interno dei quali svolgere la propria azione eleggendoli a propria attività principale. Escludere tale possibilità significherebbe

---

<sup>315</sup> M. Capecchi, *"Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica"*, Cedam, Padova, 2005, pag. 102, individua un duplice ordine di ragioni a sostegno dell'opportunità dello svolgimento dell'attività in particolari settori. Una prima ragione viene individuata nell'incrementare l'attività dei privati in determinati settori socialmente utili, settori che se non fossero coperti adeguatamente dall'attività dei privati renderebbero necessario l'intervento da parte degli enti pubblici. La seconda ragione a sostegno della lista di settori predeterminati, che pare essere una conseguenza della prima, è data dalla scarsità di offerta in tali settori, il che *"giustifica un trattamento differenziato rispetto all'impresa operante in settori nei quali è maggiore l'offerta da parte del mercato"*. Tuttavia tali giustificazioni non appaiono convincenti, in quanto contro entrambe osta l'osservazione che vi potrebbero essere altri settori, esclusi dall'elenco, socialmente utili i quali potrebbero avere bisogno di essere incrementati e per i quali potrebbe giustificarsi un trattamento di favore.

<sup>316</sup> Per una seria critica del criterio di affidarsi ad una lista di materie predeterminate si veda A. Bucelli, in *"La nuova disciplina dell'impresa sociale"* a cura di M.V. De Giorgi, CEDAM, 2007, pag. 85 e ss.

limitare inopinatamente, l'autonomia delle imprese private a fronte di un timore – la possibilità di elusione – che potrebbe essere facilmente accertato attraverso adeguati controlli.

Inoltre se si considera che al requisito dell'attività per potersi configurare un'impresa sociale, deve associarsi quello della “*finalità di interesse generale*”, per la verifica del quale si dovrà sempre e comunque effettuare un giudizio *ex post*<sup>317</sup> si può giungere ad affermare che è possibile per le imprese esercitare attività non ricomprese nell'elenco di cui all'articolo 2, potendo essere vagliata la compatibilità con la ratio della disciplina sull'impresa sociale in sede di valutazione sulla “*finalità di interesse generale*” dell'attività svolta.

##### *5. Impresa sociale e art. 118. Rapporto con il principio di sussidiarietà*

Abbiamo già avuto modo di rilevare che l'importanza del terzo settore è aumentata in modo direttamente proporzionale alla crisi dello Stato sociale e alla sua contemporanea presa di coscienza dell'incapacità – anche attraverso strutture apposite – di far fronte ai crescenti bisogni della società, con particolare attenzione a quelli delle categorie sociali emarginate o, comunque, incapaci a soddisfare in modo dignitoso i bisogni primari della propria esistenza.

Si è, anche accennato, che il terzo settore si è evoluto principalmente grazie all'attività dei privati e delle loro organizzazioni.

Tuttavia, un altro impulso allo sviluppo del settore è venuto dalla riforma del titolo V della Costituzione.

Come riconosciuto dalla stessa Relazione di accompagnamento dello Schema di decreto legislativo recante: “*Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118*”, presentata al Consiglio

---

<sup>317</sup> In tal senso Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - “*L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*”

dei Ministri nella seduta del 2.12.2005<sup>318</sup>, l'articolo 118 della Costituzione ha dato nuova vita allo sviluppo del terzo settore.

In particolare la nuova formulazione dell'articolo 118 della Costituzione è molto significativa soprattutto nella parte in cui espressamente prevede che *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*.

Questa norma si è detto essere il nuovo principio generale che regola i rapporti tra il pubblico e il privato, nell'intervenire nei settori dell'assistenza e delle attività sociali: si tratta del principio di sussidiarietà orizzontale.

In base a tale articolo si è espressamente riconosciuta la preferenza che l'ordinamento accorda alla libera iniziativa dei privati nel settore sociale, riservando per se il compito di colmare le lacune, in quei casi in cui l'iniziativa privata non si sia rivolta verso determinate situazioni di bisogno, o lo abbia fatto in modo carente<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> Reperibile nel sito [www.nonprofitonline.it](http://www.nonprofitonline.it), la quale, precisamente, afferma che *“É peraltro noto che il terzo settore - che ha trovato rinnovato impulso anche grazie alla organica inserzione di esso nella società per la realizzazione di interessi generali esplicitata dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118 della Costituzione - abbia assunto nel tempo una rilevanza, anche quantitativa, particolarmente imponente: i beni e i servizi da esso prodotti e scambiati sono connotati da forte innovatività, alto livello qualitativo, fluidità delle forme gestionali; d'altra parte, le forme organizzative si sono evolute in favore di strutturazioni complesse, per l'appunto imprenditoriali. La legge delega n. 118 del 2005 si inserisce, perciò, in un ampio dibattito sul rafforzamento degli strumenti operativi attraverso i quali operano gli enti e i soggetti del terzo settore”*.

<sup>319</sup> In tal senso si veda anche lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - *“L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155”* : *“Il nuovo principio generale che regola l'intervento pubblico nel settore*

Già da queste prime osservazioni, emerge con chiarezza come la *ratio* della disciplina sull'impresa sociale sia permeata dall'ottica della sussidiarietà.

Accanto all'articolo 118 Cost. anche altre disposizioni della Carta Costituzionale sono state innovate a mezzo della legge costituzionale n. 3 del 2001<sup>320</sup>, che ha affermato in sintonia all'accennato principio della sussidiarietà orizzontale gli ulteriori cardini capaci di dare un effettivo carattere innovativo alla riforma e, precisamente si tratta degli articoli 117, 119 e 120 della Costituzione.

L'articolo 117 è significativo per il suo comma 2, lettera m), ovvero nella parte in cui attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva per la *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*.

La ragione per cui l'ordinamento riserva alla sua competenza esclusiva la determinazione dei livelli essenziali consiste nella salvaguardia dell'unità del sistema per quanto riguarda il soddisfacimento dei diritti. L'esigenza di tutela di questo settore, determina la possibile interferenza diretta da parte dello Stato in ambiti che sarebbero astrattamente competenza delle Regioni<sup>321</sup>.

---

*delle attività sociali è quello della sussidiarietà orizzontale, ossia una preferenza assoluta per gli interventi dei privati nell'erogazione di beni e servizi sociali ed un compito residuale dello Stato chiamato ad intervenire nelle limitate ipotesi in cui non ci sia un privato disposto ad assumere l'iniziativa ovvero nei casi in cui il privato non è in grado di offrire un servizio ottimale o equivalente a quello pubblico”*.

<sup>320</sup> Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001

<sup>321</sup> Così, P. Stella Richter, *“La nozione di «governo del territorio» dopo la riforma dell'art. 117 Cost”* in Giustizia Civile, 2003, pag. 107: *“la particolare incidenza di nozioni, qualificate anch'esse dalla norma costituzionale come materie, che però sono sostanzialmente dei valori o, se si preferisce, delle esigenze di tutela che*

Il combinato disposto degli articoli 117 e 118, attribuisce all'autonomia ed all'iniziativa dei privati un ruolo primario nel godimento di quei diritti civili e sociali, che abbiamo visto essere riconosciuti ad ogni cittadino<sup>322</sup>, o meglio ad ogni uomo, ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione.

Di rilievo è anche l'articolo 119 della Costituzione che, al suo comma 3, istituisce *“un fondo perequativo, senza vincolo di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante”*.

Infine l'articolo 120 della Costituzione, al comma 2 prevede l'intervento sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni e degli Enti locali per garantire l'unità giuridica od economica e per assicurare la piena tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili. Con l'innovata formulazione delle norme da ultimo citate il legislatore ha evidentemente inteso rafforzare la portata dell'affermazione del

---

*rilevano nei più disparati settori e che quindi comportano una possibile interferenza diretta della legge dello Stato anche là dove la competenza sarebbe regionale e anche nel dettaglio sebbene in settori di competenza ripartita. L'esempio più vistoso è rappresentato dalla « determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»*

<sup>322</sup> Sul punto, M. Capecchi, *“Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica”*, Cedam, Padova, 2005, pag. 42 e ss. Lo stesso autore osserva inoltre che proprio il campo dei diritti sociali costituirà il terreno sul quale il principio di sussidiarietà orizzontale opererà maggiormente, e ciò osserva l'autore per tre ragioni: la prima *“perché rappresenta uno dei settori nei quali è tradizionalmente più presente l'intervento del terzo settore”*; la seconda *“perché i rapporti con la pubblica amministrazione sono stati improntati a principi differenti”*; infine, la terza ragione *“perché questo settore rappresenta attualmente l'ambito nel quale le recenti riforme dell'ordinamento hanno previsto un ruolo di grande importanza per gli enti non profit”*.

principio di sussidiarietà orizzontale, fornendo ulteriori basi su cui fondarlo<sup>323</sup>.

L'affermazione di tale principio mette, tuttavia, in luce l'esigenza di un coordinamento tra l'attività pubblica, in origine l'unica a gestire i servizi, e l'attività dei privati, che entrano in un settore i cui servizi devono essere garantiti a prescindere dall'aspettativa di reddito<sup>324</sup>.

Questa legge, pertanto, si pone come la conseguenza necessaria, rispetto al riconoscimento, ed all'esigenza di tutela, dei diritti civili e sociali, in capo ad ogni individuo.

Il riconoscimento dei diritti sociali e civili, in capo a tutti i cittadini, impone, come già precedentemente osservato<sup>325</sup>, anche il riconoscimento di pari dignità ad ogni componente della comunità, al quale deve essere garantita la possibilità di esercitare i propri diritti, all'uopo rimuovendo gli ostacoli alla libera espressione della "*sua personalità*"<sup>326</sup>.

Essa attua, dunque, il principio di sussidiarietà, lasciando spazio alla libera iniziativa dei privati, i quali se sapranno cogliere appieno la

---

<sup>323</sup> In tal senso lo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 429-2006/C - "*L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*"

<sup>324</sup>così A.Fusaro "*Profili giuridici della partecipazione dell'impresa nel soggetto non profit: l'opzione tra fondazione e associazione*", in Notariato, 2007, pag. 328 e ss: "*L'introduzione nella Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale ha fatto maturare la necessità di organizzare armonicamente l'intervento pubblico e quello privato in ampi settori economico-sociali, un tempo appannaggio esclusivo delle imprese gestite dalla P.A. (in particolare quello dell'assistenza sociale e socio-sanitaria). E' in questi ambiti, infatti, che si avverte l'esigenza di coordinare l'offerta pubblica e privata al fine di assicurare risposta a tutte le necessità della popolazione ed evitare la concentrazione dell'offerta in taluni segmenti più redditizi, lasciando scoperti altri meno lucrosi ma ugualmente importanti*".

<sup>325</sup> Confronta quanto osservato nella Parte I di questo lavoro.

<sup>326</sup> Secondo quanto previsto dall'articolo 2 della Costituzione.

possibilità loro offerta dall'ordinamento potranno attuare le iniziative più idonee a supportare i bisogni e le esigenze delle persone più deboli. L'ottica del sostegno si affaccia, quindi, anche all'interno del diritto societario, il quale si allontana dall'ottica economica-materialistica, assumendo una veste nuova capace di mettersi al servizio della comunità.

## PARTE V – SPUNTI DI RIFLESSIONE FILOSOFICA

### 3. *Il rapporto tra la realtà sociale e il diritto.*

La ricerca sino a questo punto ha affrontato e approfondito in modo particolare gli istituti di incapacitazione, con attenzione speciale riservata all'amministrazione di sostegno; successivamente, nell'ambito del diritto di famiglia, l'istituto della potestà dei genitori; nell'ambito del diritto delle successioni, i limiti che l'ordinamento pone all'autonomia del testatore, con particolare riferimento alla successione "necessaria" e al divieto dei patti successori; infine, per la materia societaria, l'impresa sociale, come introdotta dalla legge n. 155/2006.

E' giunto ora il momento di trarre dialetticamente le conclusioni raccogliendo in "*genere*" la "*moltitudine*"<sup>327</sup>.

Innanzitutto dobbiamo riflettere sulla genesi delle leggi istitutive o modificative degli istituti che abbiamo avuto modo di affrontare. Da questa riflessione, emerge che gli istituti in oggetto sono tutti accomunati dalla tendenza da parte dell'ordinamento di prendere atto delle esigenze dei cittadini, alle quali si cerca di dare risposta attraverso una disciplina giuridica che valorizzi i risultati che a livello sociale si sono già valutati, il tutto improntato secondo l'ottica del *subsidium*.

Ma è opportuno procedere con ordine e dare contezza di quanto appena affermato.

Dalla ricerca sugli istituti di diritto privato è emersa, innanzitutto, la constatazione che l'ordine giuridico ancorato ad una proposta unicamente di stampo positivo non è da solo sufficiente a dare risposta alle esigenze della comunità, ed anzi un ordinamento ancorato solo alle

---

<sup>327</sup> F.V.Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, pag. 172.

istanze positivistiche, come si è visto, mette fortemente in pericolo<sup>328</sup> la persona umana, la cui essenza rischia di essere oggetto di malintesi.

Al contrario, invece, attraverso il riconoscimento che l'attività legislativa non può trovare fonte nell'arbitrio del governante del momento, ma necessariamente nella realtà e nella natura delle cose, l'essenza della persona umana non è più messa in pericolo, ma viene promossa dall'ordinamento, la pone a base e fondamento per ogni istituto che la riguarda<sup>329</sup>.

Le ragioni del malinteso circa la natura umana e del progressivo scostamento del diritto dalla natura e dalla realtà delle cose può essere compreso solo attraverso l'analisi dell'evoluzione del pensiero.

Nel pensiero della Grecia classica l'ambito del diritto era descritto da due idee: la legge, o norma, da una parte; e la giustizia, dall'altra.

Cerchiamo di comprendere questi concetti astratti partendo dalle loro radici. "Norma", deriva certamente dal greco "*nomos*", che a sua volta deriva dal verbo "*nemo*", il cui primo significato era quello di "pascere,

---

<sup>328</sup> In tal senso il contributo di M.E. Bigotte Chorão "*Crisi dell'ordine giuridico-politico e proposta giusnaturalista*" in "Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico" a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002, pag. 45 e ss. L'autore, subito dopo avere osservato che l'ordine giuridico-politico mostra "*segni preoccupanti di una crisi profonda che turba la pace sociale e mette gravemente in pericolo la persona umana*", afferma che "*la crisi degli ordinamenti giuridico-politici è, essenzialmente, una crisi positivistica. Il positivismo è la sua vera chiave*".

<sup>329</sup> In tal senso D. Castellano nella sua "Introduzione" al volume "Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico" a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002, pag. 12 "*Se è vero (...) che un istituto giuridico è dato da un complesso di norme coordinate per la disciplina dei singoli rapporti tipicamente previsti dall'ordinamento, è altrettanto vero che questo complesso di norme non può avere come fonte l'arbitrio del legislatore (che fra l'altro avverte il bisogno di "motivare") ma deve trovare il suo fondamento nella natura delle cose, che è essenza e, perciò, norma dell'istituto*".

condurre al pascolo” e pertanto “governare” nel senso di “avere cura di qualcuno o qualcosa”. “*Nomos*”, deriva appunto da tutto ciò, essendo lo strumento che permette di “governare e prendersi cura di qualcuno”, significa dapprima “uso, costume”, e poi, appunto, “norma”.

L’idea centrale del pensiero classico vedeva nella norma una regola di condotta, che deriva d “*espressione o risultato dell’atto di un’autorità che comanda, come un pastore con il suo gregge*”<sup>330</sup>.

Si diceva poco sopra che da una parte il diritto classico parla di norma, e dall’altra di giustizia. Quest’ultima deriva dal termine greco “*dikaiosýne*”, che in sé contiene la radice “*dike*”, che il cui primo significato è quello di “regola”, che però muta in “giustizia”, se si applica alla condotta umana. Tanto che nell’Olimpo tra tutte le divinità, i greci immaginavano anche la dea *Dike*, personificazione della giustizia.

Da tutto ciò, deriva per il pensiero classico un rapporto stretto in quanto la regola come norma è misura di ciò che è giusto. In questa fase, dunque non c’è contrapposizione tra diritto e natura, in quanto regola e giustizia sono due aspetti dello stesso fenomeno: il diritto.

La concezione di diritto nella Roma antica, non si allontana molto dai concetti della Grecia classica.

Anche il latino registra due termini, nell’ambito del campo semantico del diritto: si tratta di “*ius*” e “*lex*”.

Dunque da una parte “*lex*”, un particolare tipo di norma, e dall’altra “*ius*”, il cui legame etimologico con “*iustitia*” è evidente. Il diritto anche nel pensiero dei romani antichi era un fenomeno sociale, che aveva uno stretto legame con i valori sociali, e soprattutto con la giustizia.

---

<sup>330</sup> F.A. Lamas nel suo saggio “*Esperienza giuridica e validità del diritto*” raccolto nel volume “Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico” a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002, pag. 25.

Validità e vigenza del diritto erano due aspetti strettamente connessi, in quanto complementari, ove validità identifica l'aspetto "naturale", o conforme a giustizia del diritto, e vigenza rappresenta la "positività"<sup>331</sup>. Tuttavia, deve registrarsi, che ad un certo punto, lo stretto legame tra vigenza e validità del diritto, tra norma e giustizia, tra diritto positivo e diritto naturale si è spezzato e questi elementi sono stati collocati in una nuova ed antitetica relazione.

Questo risultato lo si deve al positivismo giuridico, o con parole del maestro Francesco Gentile alle "*geometrie legali*".

Il positivismo giuridico nasce storicamente dall'esigenza di dare fondamento teorico al potere politico. Il diritto viene concepito dai pensatori che si inseriscono in questo filone – tra i più famosi: Marsilio da Padova, Hobbes, Rousseau, Locke e Marx – come "tecnica" finalizzata ad assicurare il potere. I pensatori citati, non sono di certo accomunati dal periodo storico in cui sono vissuti, e nemmeno dall'area geografica di appartenenza: ciò che li accomuna è unicamente l'attitudine di pensare il diritto come strumento per ottenere il controllo sociale, e la sua capacità di essere pensato e ricostruito "*more geometrico*".

Caratteristica fondamentale di questi pensatori<sup>332</sup> è il dato di partenza del ragionamento filosofico. Esso trova origine da alcuni postulati o assiomi, incontestati ed assunti problematicamente, relativi alla natura umana e poi dedurre da questi, con matematica necessità, tutto il sistema delle conoscenze politiche.

---

<sup>331</sup> In termini molto significativa, è stato detto che "*Il diritto naturale non è altro che il fondamento intrinseco di validità del diritto; il diritto positivo è la realtà storica del diritto e ciò che gli conferisce vigenza*" così F.A. Lamas nel suo saggio "*Esperienza giuridica e validità del diritto*" raccolto nel volume "*Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*" a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002, pag. 41.

<sup>332</sup> Di cui già si è detto nella Parte I di questo lavoro, ma che deve ora essere ripresa.

Si può ora osservare come in questo modo le geometrie legali abbiano quantomeno contribuito a dare origine al preconcetto della separazione tra diritto e natura, che non può ora non essere messa in discussione.

Alla base della separazione c'è l'idea che natura e diritto siano due enti “*separati e tra loro incomunicanti*”<sup>333</sup>. Questa idea sarebbe, secondo Gentile, “*difficile da estirpare*”<sup>334</sup>, tuttavia, egli osserva anche che “*recuperare la coscienza della naturalezza del diritto*” sebbene si tratti di un compito difficile, è tuttavia “*irrinunciabile per il giurista che voglia onorare il suo nome*”.

In particolare Gentile riconosce nella natura comune degli uomini il fondamento degli obblighi reciproci e quindi delle norme<sup>335</sup>, in modo che solo regolando i rapporti sulla base della natura dell'uomo si potranno riconoscere relazioni veramente autentiche, e non false ricostruzioni basate su delle convenzioni.

Quel che è messo in luce dalle discipline esaminate è che il diritto codificato, o positivo, non è “altro”, ovvero qualcosa di diverso rispetto

---

<sup>333</sup> F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pag. 174.

<sup>334</sup> F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, “*L'estraneità, anzi la contrapposizione, di natura e diritto, postulate dalle geometrie legali sulla base dell'assunto scientifico per il quale vi sarebbe separazione netta tra i discorsi relativi all'essere quelli relativi al dover essere... hanno radicato nel subconscio moderno operatore giuridico un preconcetto difficile da estirpare*”, art. 58.

<sup>335</sup> F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pag. 186 “*Non è per caso, d'altronde, che nel linguaggio corrente gli aggettivi naturale, normale, e comune vengono usati come sinonimi, perché è la natura che gli uomini hanno in comune e che costituisce il fondamento di ogni loro reciproco obbligo e, quindi, di ogni norma*”.

al diritto naturale “classico”<sup>336</sup>, bensì costituisce il tentativo dell'ordinamento di fornire una regolamentazione agli atti umani, al fine di “imporre” un comportamento conforme a giustizia, a coloro che per motivi diversi spontaneamente non lo tengono.

Tenuto conto di ciò, deve osservarsi come la componente storica del diritto sia fondamentale, in quanto essa permette al legislatore di adeguare continuamente l'ordine positivo, rappresentato dagli strumenti legislativi, alle esigenze dei cittadini, evitando la “cristallizzazione” del diritto. Significative al riguardo sono le parole di un autore<sup>337</sup>, che parlando di diritto si è espresso in questi termini: *“Diritto è qualcosa di proprio dell'uomo, cioè una sua determinazione nella vita sociale, e pertanto qualcosa di dinamico, in continuo divenire; è un oggetto culturale e sociale estremamente complesso e permanentemente aperto a successive determinazioni per mezzo di atti legislativi, sentenze giudiziarie, contratti ecc., che non può mai essere indicato definitivamente”*.

L'esperienza giuridica, rappresentata dalle diverse fonti dell'ordinamento, deve pertanto essere niente altro che una forma particolare dell'esperienza sociale, e ciò sembra essere avvenuto per gli istituti studiati.

#### *4. L'ottica del subsidium*

Abbiamo più sopra osservato che gli istituti oggetto della ricerca sono tutti accomunati dalla tendenza da parte dell'ordinamento di prendere

---

<sup>336</sup> Sulla non necessaria contrapposizione tra i due concetti, si era, peraltro, già espresso D. Castellano nella sua “Introduzione” al volume “Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico” a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002, pag. 15

<sup>337</sup> F.A. Lamas nel suo saggio “Esperienza giuridica e validità del diritto” raccolto nel volume “Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico” a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002, pag. 21.

atto delle esigenze dei cittadini, alle quali dà risposta attraverso una disciplina giuridica capace di valorizzare, o meglio che cerca di valorizzare, i risultati elaborati dalla comunità civile, il tutto secondo l'ottica del *subsidium*.

Della prima parte di questa affermazione abbiamo già dato sufficiente spiegazione. Resta, ora, da chiarire la seconda parte: quella relativa alla sussumibilità degli istituti analizzati nell'ambito del principio di sussidiarietà.

Nel paragrafo precedente, si è osservato come prerogativa del positivismo fosse quella di aver creato un uomo “artificiale”, capace di sostituire – prendendone il posto – quello “reale”, e tutto ciò al fine di avvalorare le costruzioni filosofiche giustificatrici del potere statale. Tornando alla questione del recupero della naturalezza del diritto, Gentile osserva come si possa ricorrere al “principio di sussidiarietà”<sup>338</sup> per superare il problema.

In particolare ciò che ci si propone è di dimostrare come il principio di sussidiarietà sia lo strumento idoneo ad avvicinare lo Stato all'uomo, in questo modo superando definitivamente la concezione geometrica e pertanto l'opposizione tra Stato e cittadino.

In via preliminare può essere interessante, ma soprattutto utile per la comprensione del principio, ricorrere all'etimologia del termine “sussidiarietà” per chiarirne anche solo in via approssimativa il significato.

La parola italiana sussidiarietà va ricondotta alla voce latina “*subsidium*” che significa riserva o soccorso, il che presume che vi sia

---

<sup>338</sup> In questo senso confronta F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in “Non Profit”, 1999, pag. 641 “*In altri termini si pone così il problema di riconoscere come la sussidiarietà costituisca uno strumento politico per superare quella lontananza del “Paese legale” dal “Paese reale”, per superare la scissione tra la “vita delle istituzioni” e “vita dei cittadini” che ogni giorno di più ci appare come il segno della crisi della vita sociale*”.

un qualcuno che deve essere aiutato e non, lo si tenga presente, qualcuno che deve essere sostituito in tutto.

In quest'ottica, cioè, l'ottica del soccorso, il principio in questione è utile nella nostra ricerca, in quanto basandosi su una concezione di uomo quale responsabile del proprio destino e capace di farsene carico<sup>339</sup>, è espressione di quella concezione di persona che si tentato di riscoprire nel paragrafo precedente.

Nello specifico si può sostenere che la persona alla base del principio di sussidiarietà è una persona che naturalmente è portata all'autonomia in quanto, se così non fosse, sarebbe inutile la formulazione stessa del principio, perché non si vedrebbe il motivo di lasciare la possibilità di svolgere tutto quanto è nelle capacità della persona, se poi allo stesso tempo si ammettesse una competenza ipertrofica dello Stato in ogni settore: se così fosse implicitamente si affermerebbe che la persona in realtà non è in grado di svolgere da sola alcunché, e quindi non va mai soccorsa, ma sempre sostituita.

Infatti, come sopra è stato osservato, la visione dialettica dell'uomo deve riconoscere quali innate allo stesso sia la capacità che l'incapacità di essere padrone di sé il che, lo si è appunto osservato nel secondo paragrafo, comporta il riconoscimento dell'autonomia, quale capacità di autoregolamentarsi, in capo alla persona.

Pur avendo assunto contorni precisi solo in epoca recente la nozione di sussidiarietà, è un concetto che affonda le sue radici, ben indietro nel tempo, e che essendosi persa nei secoli, è riapparsa per la prima volta,

---

<sup>339</sup> In questo senso C.MILLON-DELSOL, *Il Principio di sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003, pag. 3 “*L’idea di sussidiarietà si fonda su una antropologia specifica. Si radica in una filosofia dell’uomo e della società. Scaturisce dall’incontro, che a prima vista può sembrare contraddittorio, di una precisa filosofia dell’azione con una precisa rappresentazione dell’interesse generale. Filosofia dell’azione: l’individuo è considerato responsabile del proprio destino e capace di farsene carico*”.

alla fine del XIX secolo, in forma implicita, nell'enciclica *Rerum Novarum*<sup>340</sup> del Pontefice Leone XIII.

Dopo il 1891, vi è stato un ricorso sempre maggiore a questo principio, tanto che si parla di sussidiarietà non più solo nei rapporti Stato e cittadini, ma si esportato il concetto anche in ambito europeo, ove si è affermato che i rapporti tra l'odierna Unione Europea e i singoli Stati membri devono essere improntati sul principio di sussidiarietà.

Può essere utile a questo punto fare un confronto tra la formulazione storica originaria dell'idea di sussidiarietà e quella più recente per evidenziare le differenze tra le due impostazioni: si intende fare riferimento al pensiero di Aristotele e di Leone XIII, in quanto al primo può essere imputata l'originaria formulazione del principio di sussidiarietà, mentre con Leone XIII, viene rielaborato tale principio anche alla luce della dottrina cattolica.

Prendendo per primo in considerazione il pensiero di Aristotele si può osservare come egli, nella *Politica*, descriva una società formata da diversi gruppi o formazioni sociali: la famiglia, il villaggio, la città.

Questi gruppi svolgono funzioni che corrispondono ai rispettivi bisogni, tuttavia solo la *polis*, cioè lo Stato, è caratterizzato dalla autosufficienza o autarchia: ossia, la capacità di bastare a sé stesso<sup>341</sup>.

Aristotele afferma “*La comunità che risulta di più villaggi è lo stato, perfetto, che raggiunge per così dire, il limite dell'autosufficienza completa: formato bensì per rendere possibile la vita, in realtà esiste*”

---

<sup>340</sup> Si tratta della lettera enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII “*dato a Roma presso San Pietro, il giorno 15 maggio 1891, anno decimoquarto del nostro pontificato*”. A tale enciclica viene unanimemente riconosciuta grande importanza per l'importanza del tema trattato: la questione operaia.

<sup>341</sup> Letteralmente “autarchia” deriva dal vocabolo greco “*autàrkeia*” composta da “auto” e “arkéo”, e quindi letteralmente significa *io basto a me stesso*, è il dominio di sé come indipendenza dalle cose esterne.

*per rendere possibile una vita felice*<sup>342</sup>, dunque per Aristotele, lo Stato, che nasce per far fronte alle necessità delle singole comunità, a partire dalla famiglia, in realtà viene a costituire quell'unica forma di associazione in grado di perseguire il bene supremo per l'uomo.

Aristotele si è detto organizza la società a partire dalla famiglia, in quanto in essa riconosce la prima forma di associazione umana, caratterizzata dall'unione naturale di un uomo e una donna. La vita associata, dunque nasce dal fatto che l'individuo non basta a sé stesso, tanto che Aristotele sostiene che essere uomo significa proprio questo cioè essere parte di una comunità per il fatto che da soli non si riesce a far fronte ad ogni bisogno<sup>343</sup>.

Nella società aristotelica i compiti dei vari gruppi, gerarchicamente considerati, non coincidono ma si sovrappongono: in altri termini, ogni gruppo più largo si occupa di soddisfare quei bisogni, che quello immediatamente più ristretto non è riuscito a soddisfare<sup>344</sup>.

Inoltre si può osservare, ricordando che la gerarchia parte dal gradino più basso costituito dalla famiglia, che solo i singoli gruppi possono rivendicare una qualche autonomia e non il singolo individuo, in quanto l'uomo non unito alla donna non costituisce alcuna, seppur minima, unione sociale.

Data la correlazione tra vita della *polis* e bene supremo, si può osservare che il concetto di sussidiarietà, in questo contesto, va oltre la

---

<sup>342</sup> Aristotele, *Politica*, A, 1 e 2.

<sup>343</sup> *“chi vive fuori della comunità statale per natura e non per qualche caso o è un abietto o è superiore all'uomo”*, Aristotele, *Politica*, A, 1 e 2.

<sup>344</sup> Così, C.MILLON-DELSOL, *Il Principio di sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003, pag. 8 *“La città ha un altro scopo ancora: non il semplice vivere, ma il vivere bene. Così i compiti dei differenti gruppi non coincidono, ma si sovrappongono. Ogni gruppo lavora per rispondere ai bisogni lasciati insoddisfatti dalla sfera immediatamente inferiore per importanza”*.

supplenza nei casi di carenza di capacità a svolgere da soli i propri compiti; in realtà, al di là della funzione di ausilio, compito dello Stato è quello di accrescere la persona<sup>345</sup>.

Aristotele, nel proseguo dei suoi ragionamenti sulla *polis* e il cittadino, pone lo Stato, che si è detto dotato di autosufficienza e che essendo il risultato della somma delle singole associazioni è un “tutto”, prima della famiglia e di ogni altro gruppo in quanto il “tutto” deve necessariamente esistere prima delle parti<sup>346</sup>.

Esaurito così il pensiero aristotelico per quanto riguarda il punto che ci interessa, sembra opportuno prima di passare al pensiero di Leone XIII spendere qualche parola per spiegare la dottrina sociale della Chiesa in cui si inserisce l’elaborazione del principio di sussidiarietà.

La dottrina sociale della Chiesa viene elaborata in risposta ai bisogni del momento di un determinato popolo<sup>347</sup>, per cui si può affermare che

---

<sup>345</sup> *“La finalità della società di Aristotele va ben al di là della mera supplenza. La società civile non è un’associazione utilitaristica: nel senso che ci si unisce per ottenere insieme quel che ciascuno da solo non può ottenere (per esempio la sicurezza o la ricchezza). La società non risponde alle incapacità dei suoi membri, ma apporta anche un accrescimento dell’essere”*, così, C.MILLON-DELSOL, *Il Principio di sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003, pag. 8.

<sup>346</sup> *“E per natura lo stato è anteriore alla famiglia e a ciascuno di noi perché il tutto deve essere necessariamente anteriore alla parte”*, Aristotele, *Politica*, A, 1 e 2.

<sup>347</sup> *“La dottrina sociale della Chiesa è un corpo dottrinale “aperto”, cioè continuamente in via di sviluppo e destinato a chiudersi alla fine dei tempi. Essa si viene costituendo nel corso della storia a opera del Magistero e sulla base dell’elaborazione delle scienze umane, soprattutto in risposta alle sollecitazioni delle diverse società umane. Tale sviluppo è “sviluppo di qualcosa”, cioè parte da principi di riflessione, che forniscono di volta in volta criteri di giudizio e direttive d’azione”*, in questo senso G.CANTONI, *Il principio di sussidiarietà*, in “Il timone”, gennaio/febbraio 2001.

è in perenne trasformazione ed accoglie una visione della natura e del diritto come non contrapposte, ma in continua comunicazione in quanto il diritto che viene riconosciuto dalla Chiesa recepisce ciò che a livello delle relazioni interpersonali viene identificato come bisogno.

I principi di riflessione della dottrina sociale naturale e cristiana sono costituiti dal primato della persona umana, dal principio di sussidiarietà e da quello di solidarietà<sup>348</sup>. Questi principi sono naturalmente correlati tra loro, per cui non pare affatto priva di fondamento, la riflessione di chi vede nel principio di sussidiarietà lo strumento per ritrovare quello “statuto personale dell’uomo” capace di porsi in antitesi rispetto al modo di considerare la società e l’individuo da parte dei geometri del diritto; insomma, col il principio di sussidiarietà rettammente inteso si riscoprirebbe la naturale autonomia dell’individuo che in quanto capace di frenare i propri impulsi peggiori antepoendo loro la parte migliore di sé, sarebbe autenticamente padrone di sé stesso<sup>349</sup>.

*“Non è giusto, come abbiamo detto, che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all’uno e all’altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune*

---

<sup>348</sup> Così G.CANTONI, *Il principio di sussidiarietà*, in “Il timone”, gennaio/febbraio 2001.

<sup>349</sup> Così F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in “Non Profit”, 1999, pag. 643: “Radicando l’ordinamento giuridico nell’originaria autonomia dell’uomo, nella sua natura la sussidiarietà, o meglio con la sussidiarietà torna prepotentemente in gioco il problema radicale dello statuto personale dell’uomo, caratterizzato dalla attitudine ad essere “padrone di sé stesso, mettendo la parte migliore della sua anima sulla peggiore”...Ecco perché ciò di cui bisogna rendersi conto, quando si parla di sussidiarietà, e di cui non tutti non sempre ci si rende conto, è che si tratta di un’alternativa radicale rispetto al modo corrente d’intendere sia l’individuale che il sociale”.

*e gli altrui diritti*”<sup>350</sup> afferma Leone XIII nell’enciclica *Rerum Novarum*. Si può leggere in queste righe, come si è avuto modo di accennare in precedenza, l’affermazione implicita del principio di sussidiarietà.

Altra affermazione di Leone XIII è quella per cui *“Non v’è ragione di ricorrere alla provvidenza dello Stato perché l’uomo è anteriore allo Stato: quindi prima che si formasse il civile consorzio egli dovette aver da natura il diritto di provvedere a sé stesso”*.

Considerando queste affermazioni e ricordando il pensiero aristotelico, dal confronto si possono rilevare analogie e differenze significative.

Innanzitutto elemento comune ai pensieri che abbiamo considerato, è il dato per cui l’uomo è ritenuto essere naturalmente socievole<sup>351</sup>, per

---

<sup>350</sup> Il punto continua così: *“Tuttavia, i governanti debbono tutelare la società e le sue parti. La società, perché la tutela di questa fu da natura commessa al sommo potere, tanto che la salute pubblica non è solo legge suprema, ma unica e totale ragione della pubblica autorità; le parti, poi, perché filosofia e Vangelo si accordano a insegnare che il governo è istituito da natura non a beneficio dei governanti, bensì dei governati. E perché il potere politico viene da Dio ed è una certa quale partecipazione della divina sovranità, deve amministrarsi sull’esempio di questa, che con paterna cura provvede non meno alle particolari creature che a tutto l’universo. Se dunque alla società o a qualche sua parte è stato recato o sovrasta un danno che non si possa in altro modo riparare o impedire, si rende necessario l’intervento dello Stato”*.

<sup>351</sup> Per quanto riguarda la dottrina sociale della Chiesa tale carattere dell’uomo, la sua socialità, ricorre spesso, si legga come esempio il punto n. 118 della lettera enciclica *Quadragesimo anno*: *“Infatti, secondo la dottrina cristiana, il fine per cui l’uomo dotato di una natura socievole, si trova su questa terra, è questo che, vivendo in società e sotto un’autorità sociale ordinata da Dio (cfr. Rom 13,1), coltivi e svolga pienamente tutte le sue facoltà a lode e gloria del Creatore; e adempiendo fedelmente i doveri della sua professione o della sua vocazione, qualunque sia, giunga alla felicità temporale ed insieme alla eterna”*.

cui, nonostante, in lui vi sia una parte certamente egoista, egli riesce a reprimerla, e ad entrare a far parte del consorzio sociale.

La differenza principale, invece, è questa: mentre in Aristotele il *prius* è lo Stato che in quanto tutto deve necessariamente essere prima delle singole parti; con il pensiero di Leone XIII il rapporto viene rovesciato, per cui si riconosce l'uomo alla base del consorzio sociale, e lo Stato, e in genere tutte le formazioni sociali, nascono dalla socialità dell'uomo, per cui sono necessariamente un suo prodotto.

La conseguenza di questo approccio diverso al rapporto tra Stato e persona comporta che la sussidiarietà aristotelica e quella più recente espressa da Leone XIII, non esprimano esattamente lo stesso concetto, ma siano espressione di concezioni che possono essere definite speculari, in quanto, mentre nella società aristotelica si può sostenere che siano le azioni dei singoli gruppi ad essere sussidiarie rispetto al fine perseguito dallo Stato<sup>352</sup>, nella concezione moderna, invece, proprio perché il singolo viene prima, è l'azione statale a doversi mettere a servizio della persona, quando questa non sia in grado con le sue sole forze a ottenere ciò che si prefigge per lo sviluppo della sua personalità<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> In questo senso anche C.MILLON-DELSOL, *Il Principio di sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003, pag. 10, “*L’idea di suppleanza significa che ogni membro del corpo sociale, inteso come gruppo, si organizza a modo suo per tendere a una finalità particolare che rimane integrata alla finalità complessiva. L’esistenza di un forte consenso di tipo religioso permette la conciliazione della finalità comune propria della società olista, e delle libere azioni proprie della società sussidiaria*”, per la comprensione di questo passo è forse utile definire cosa si intende per società olista altrimenti organica: si intende una società composta da gruppi e non da singoli individui, l’esempio è proprio la *polis* greca nella visione aristotelica.

<sup>353</sup> Di “politica per il personale” parla L.LOMBARDI VALLAURI, *Terre: terra del nulla, terra degli uomini, terra dell’oltre*, Vita e Pensiero, Milano 1989, pag. 245,

Nonostante il principio di sussidiarietà venga formulato per la prima volta in chiave, per così dire, moderna nell'enciclica *Rerum Novarum*, nel 1891, in quel testo, lo si è già osservato, la sua formulazione è non esplicita. Tale principio venne a formulazione compiuta in seno alla Chiesa e dichiarato contestualmente importantissimo quarant'anni dopo, in un'altra enciclica, che pubblicata in memoria della precedente, fu intitolata *Quadragesimo anno*<sup>354</sup>.

Vale la pena leggere attentamente le parole con cui l'allora Papa Pio XI, espone il principio nell'ambito della regolamentazione dell'intervento statale "nel personale": *“È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche dalle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle”*<sup>355</sup>.

---

che sarebbe domandata quale nuova politica nella cultura post-industriale. Lombardi Vallauri si dichiara favorevole a un *“liberalismo attivamente aperto sulle dimensioni profonde sacrificate nel modello moderno di sviluppo della persona, tra le quali appunto la sapienza, la ricerca religiosa della salvezza, l'amicizia, la fantasia”*.

<sup>354</sup> Si tratta della lettera enciclica di PP. PIO XI *“dato a Roma, presso San Pietro, il 15 maggio 1931, anno decimo del Nostro Pontificato”*.

<sup>355</sup> Si tratta del punto n. 80 dell'enciclica *Quadragesimo anno*.

Da questo passo si possono desumere le due concezioni politiche messe a confronto dal Sommo Pontefice: la politica come dominio dello Stato sul cittadino, e la politica come sostegno dello Stato al privato<sup>356</sup>.

Nello specifico la politica di dominio si desume dalla metafora della distruzione e dell'assorbimento delle membra sociali ad opera della società stessa. La politica che si cerca di contrastare con il concetto del sostegno è quella per cui il singolo perde la sua identità di persona e viene totalmente asservita allo Stato.

Al contrario con la politica del sostegno: il singolo viene aiutato ad entrare nel sociale, quando ne sia escluso, e ad integrarsi partecipando<sup>357</sup> attivamente alla vita comune quando ne sia impossibilitato. Questa concezione della politica è quella che riconosce l'autenticità e l'originalità dell'autonomia del singolo.

---

<sup>356</sup> In questo senso anche F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in "Non Profit", 1999, pagg. 642-643.

<sup>357</sup> Per un approccio filosofico-cristiano al concetto di "partecipazione" si leggano le pagine che Karol WOYTYLA dedica a tale tema nel suo *Persona e atto*, a cura di G.Reale e T.Styczen, Bompiani Testi a fronte, Milano 2001, in particolare Woytila spiega la natura sociale dell'uomo proprio con riferimento al concetto di partecipazione, che è insita nell'«agire con gli altri». Nello specifico viene affermato, pag. 631, *"Il tratto caratteristico della partecipazione indica quindi che l'uomo, agendo insieme con gli altri, mantiene in questa azione il valore personalistico del proprio atto e contemporaneamente realizza ciò che risulta dall'azione comune. Invertendo l'ordine si può dire anche che grazie alla partecipazione l'uomo, agendo insieme con gli altri, mantiene tutto ciò che risulta dall'azione comune e al tempo stesso, attraverso ciò appunto, realizza il valore personalistico del proprio atto"*. La persona in questo schema si realizza nella partecipazione, per cui vi è una sorta di dovere implicito a partecipare, dovere che esprime l'autodeterminazione della persona e la sua capacità di autoregolarsi, confronta le pagg. 637-639.

Un'altra enciclica promulgata in occasione del centenario della *Rerum Novarum*, è la *Centesimus Annus*<sup>358</sup> di Giovanni Paolo II, la quale oltre a riprendere il tema della questione sociale dei lavoratori, riaffronta in termini più precisi, anche il tema della sussidiarietà, che deve essere principio guida nell'azione statale, perché uno Stato che non sia cosciente di quali sono i suoi compiti non fa altro che allontanare la comunità dal bene comune.

In particolare, viene fornita in quest'enciclica la definizione di principio di sussidiarietà per cui *“una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune”*<sup>359</sup>.

Tuttavia, queste non sono le uniche parole che Giovanni Paolo II pronuncia in favore del principio di sussidiarietà, in effetti l'anno successivo alla *Centesimus Annus* viene pubblicato il Catechismo della Chiesa Cattolica<sup>360</sup>, dove viene affermato l'importanza della

---

<sup>358</sup> GIOVANNI PAOLO II, lettera enciclica *Centesimus Annus*, “dato a Roma, presso San Pietro, il 10 maggio — memoria di San Giuseppe lavoratore — dell'anno 1991, decimoterzo di pontificato”.

<sup>359</sup> Confronta il punto n. 48 della lettera enciclica *Centesimus Annus*.

<sup>360</sup> Si intende qui fare riferimento in modo particolare a Catechismo della Chiesa Cattolica, parte terza, sezione prima, capitolo secondo, articolo 1, I, numeri:

**“1879** *La persona umana ha bisogno della vita sociale. Questa non è per l'uomo qualcosa di aggiunto, ma un'esigenza della sua natura. Attraverso il rapporto con gli altri, la reciprocità dei servizi e il dialogo con i fratelli, l'uomo sviluppa le proprie virtualità, e così risponde alla propria vocazione.*

**1881** *Ogni comunità si definisce in base al proprio fine e conseguentemente obbedisce a regole specifiche; però « principio, soggetto e fine di tutte le istituzioni sociali è e deve essere la persona umana ».*

**1883** *La socializzazione presenta anche dei pericoli. Un intervento troppo spinto dello Stato può minacciare la libertà e l'iniziativa personali. La dottrina della*

sussidiarietà nell'ottica della tutela dello sviluppo della persona, come singolo che vive in società, da un'azione statale troppo invasiva: il pericolo di questo agire statale sarebbe quello dell'alienazione della persona che verrebbe a smarrire se stessa divenendo uno strumento dello Stato e non più il suo fine<sup>361</sup>.

In altri termini, una volta affermata la socialità dell'uomo, e dunque la naturalezza dell'esistenza della società ove l'uomo esprime se stesso, la Chiesa poi si accorge che se la società assorbisse in sé l'uomo, si perderebbe ogni possibilità di sviluppo per la persona, ed per evitare questa evenienza che è stato formulato il principio di sussidiarietà.

### *Conclusione*

---

*Chiesa ha elaborato il principio detto di sussidiarietà. Secondo tale principio, « una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune ».*

**1885** *Il principio di sussidiarietà si oppone a tutte le forme di collettivismo. Esso precisa i limiti dell'intervento dello Stato. Mira ad armonizzare i rapporti tra gli individui e le società. Tende ad instaurare un autentico ordine internazionale”.*

<sup>361</sup> Si legga in tal senso anche P. Rescigno “Le società intermedie” in “Persona e Comunità” a cura di P. Rescigno, 1966, pag. 30 “Noi abbiamo assistito con sgomento e terrore, alla crisi ed alla rovina dell'individuo. Perciò può sembrare che basti per ristabilire i valori individuali distrutti o minacciati, può sembrare che basti restituire all'individuo il senso della sua libertà ed imporre allo Stato il senso del limite, il rispetto dell'autonomia della persona”.

Nel corso di questo lavoro si è cercato di indagare l'ordinamento attraverso un'ottica diversa da quelle tradizionali, che sono solite vedere nelle norme da esso predisposte degli strumenti capaci di tenere a freno gli spiriti dei consociati. Nel diritto privato, sebbene sia il campo dell'ordinamento ove l'autonomia trova più ampio spazio, molti campi, relativi soprattutto alla persona, hanno per lungo tempo sopportato le conseguenze dell'ottica distorta.

Secondo la nostra ricostruzione la conflittualità non è nella natura intrinseca dell'uomo, e pertanto l'ordinamento deve prenderne atto e strutturarsi in modo da riconoscere l'autentico significato di "persona", mettendone in evidenza la capacità di tenere comportamenti *non conflittuali*, o meglio *non necessariamente conflittuali*, in quanto sono intrinseche alla natura dell'uomo, la sua naturale, in quanto originaria, capacità di autodeterminarsi e la socialità.

L'amministrazione di sostegno pone in modo particolare il problema del riconoscimento della dignità e della autonomia ed è per questo motivo che si è cercato di approfondire l'istituto.

Particolarmente interessante si è dimostrato lo studio della sua ricostruzione, per così dire, storica, in quanto è stato capace di evidenziare la nuova direzione che ha portato all'emanazione della legge: non è una legge che, calata dall'alto, va a coprire le autentiche situazioni personali con soluzioni "standard"<sup>362</sup>, ma è una legge che partendo "dal basso" e dalle situazioni concrete è stata elaborata dalle

---

<sup>362</sup> In sostanza questa è l'ottica che vige nel sistema precedente, ove le misure in vigore erano solo l'interdizione e l'inabilitazione che suddividono l'infinita schiera di situazioni personali in due categorie, con sostanziale iniquità di trattamento in quanto il risultato era di applicare a situazioni concrete diverse le medesime soluzioni giuridiche.

Commissioni parlamentari in modo da tenere in considerazione le esigenze concrete delle persone cui sarebbe stata applicata.

Dallo studio delle norme fondamentali che regolano questo istituto, con riferimento specifico all'articolo 1 della legge n. 6/2004 e agli articoli 404 e 408 da essa introdotti nel Codice Civile, si è tratta la convinzione che ci si trova di fronte ad una misura che non ha alcun legame con l'interdizione e l'inabilitazione, in quanto se ne differenzia nettamente essendo una misura flessibile, non stigmatizzante, capace di valorizzare l'autonomia della persona in particolare attraverso l'attribuzione della possibilità di scelta dell'amministratore di sostegno da parte del beneficiario<sup>363</sup> e l'elaborazione del progetto di sostegno preordinato ad identificare e valorizzare le residue possibilità della persona.

Essa rompe completamente con interdizione ed inabilitazione, le quali sopprimendo ogni residuo nucleo di intelletto, sensibilità e lucidità attribuivano alla persona una precisa qualifica giuridica da cui derivavano specifici effetti mortificanti: la pronuncia del giudice era equiparata ad una sentenza di "morte civile", in quanto l'inabilitato, ma soprattutto, l'interdetto per la società erano "morti", essendo loro preclusa la possibilità di compiere atti giuridicamente validi.

Nell'ambito dell'amministrazione di sostegno, invece, la pronuncia definitiva diviene lo strumento per attuare una sorta di ri-nascita della persona nella società, in quanto attraverso un adeguato progetto di vita, il giudice può indirizzare le competenze, prima ignorate, verso attività di ogni specie o addirittura verso lavori retribuiti<sup>364</sup>, in modo da

---

<sup>363</sup> Si fa riferimento alla previsione dell'art. 408 c.c.

<sup>364</sup> Qui si hanno in mente sia i malati psichici sia i malati fisici, significativo può essere l'esempio di uno studio svolto dall'università di Bologna su un soggetto affetto da sindrome di Rubistein, una malattia particolare che associa deficit

intervenire nel rapporto di relazione della persona con la comunità, ed in questo modo farla sentire realizzata.

Dall'analisi dei tratti peculiari dell'amministrazione di sostegno e dal suo confronto con l'interdizione e l'inabilitazione, si è, dunque, tratta la convinzione che la nuova misura sia stata ideata sulla base di una nuova visione della persona, rispetto a quella accolta nelle misure precedenti.

Su questo punto si è concentrata l'indagine filosofica che, partendo dalla critica relativa all'impostazione "geometrica" individuata nelle misure tradizionali di incapacitazione, ha aperto la strada al riconoscimento, nell'amministrazione di sostegno, di una persona, i cui tratti peculiari sono da rinvenire nell'autonomia e la dignità.

In particolare, si è osservato come assumendo validi i presupposti di solitudine ed egoismo propri delle geometrie legali, quali caratteristiche peculiari dell'uomo, si debba concludere che la persona "debole" è destinata ad essere sopraffatta ed esclusa dal consorzio sociale. Infatti, si è visto come l'uomo, per dimostrare la sua unicità

---

psichico a deficit fisico, in quanto la persona è soggetta ad un rapido invecchiamento. Nello studio che ha seguito il ragazzo per 35 anni, quindi siamo in epoca anteriore alla normativa di cui si tratta, l'Università di Bologna aveva sperimentato una sorta di progetto di sostegno, facendo in modo di potenziare le residue capacità del soggetto, e al contempo di integrarlo nella comunità in cui si viveva. Partendo da un tirocinio, il ragazzo ha ottenuto un lavoro. Nel lavoro e nel rapporto con il colleghi ha ottenuto ulteriori progressi nel frenare la malattia. Si può dunque osservare come un lavoro di questo tipo dimostri di per se l'efficacia sia per la persona che per la comunità, che da questa persona viene arricchita, del progetto di sostegno. Questo è quanto è risultato dalla discussione interna al gruppo universitario, in seno al Convegno "*Legge 6/2004. Il riconoscimento dei diritti inviolabili e il superamento degli ostacoli alla libertà e all'uguaglianza attraverso l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà*" tenutosi a Venezia il 28 giugno 2006.

rispetto alle cose e agli altri, instaurerebbe solo rapporti bellicosi, e uscendone vittorioso dimostrerebbe la debolezza altrui.

Nell'amministrazione di sostegno si cercato di recuperare una visione dell'uomo diversa, non fondata su presupposti convenzionali, ma capace di vedere ciò che è veramente l'uomo, e accogliere una definizione di persona caratterizzata da "*habere dignitatem*"<sup>365</sup>.

Dunque, la svolta operata dal legislatore del 2004, è stata quella di abbandonare l'idea di un uomo astratto, accorgendosi che la "dignità di persona" è qualcosa che si ritrova in ognuno a prescindere dal riconoscimento diretto, da parte dello stesso interessato, o indiretto, da parte della comunità quando l'interessato, a causa degli *handicap*, non ne sia in grado.

Altra caratteristica primaria della "nuova" persona è l'autonomia che le viene riconosciuta e valorizzata attraverso il principio di sussidiarietà, che, permeato dall'ottica del soccorso, come si può facilmente dedurre dall'etimologia, affondando "*le radici dell'ordinamento giuridico delle relazioni interpersonali nella natura dell'uomo*"<sup>366</sup> va a recuperarne la "*naturale autonomia*".

Attraverso l'assunzione del principio di sussidiarietà quale criterio direttivo, l'amministrazione di sostegno consente la realizzazione di una rete di sostegno, in cui la convergenza sinergica dei diversi gruppi sociali permette la realizzazione delle aspirazioni della persona, che così diviene il centro dall'attenzione della comunità, e viene superata l'ottica dell'esclusione e della "morte civile".

Anche, l'indagine sulla potestà – patria, prima, genitoriale, poi – si è

---

<sup>365</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I parte, q. 29, a. III.

<sup>366</sup> F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, art. 58, pag. 63.

dimostrata utile ad evidenziare le possibilità del *subsidium*.

Questa concezione della politica, lo si ripete, è quella che riconosce l'autenticità e l'originalità dell'autonomia del singolo.

Lo sviluppo del fanciullo non può avvenire in una società che assorba tutte le sue facoltà: il bambino portato naturalmente alla vita sociale deve essere lasciato libero di esprimersi, e a garanzia di tale diritto è posto il principio di sussidiarietà.

Il progressivo riconoscimento al minore della facoltà di esprimersi per le situazioni che lo riguardano maggiormente, sembra appunto porsi in ottica sussidiaria. A riguardo si auspica che questa via continui ad essere percorsa nel tempo al fine di non arrivare al risultato illogico di permettere al minore di esprimersi in situazioni caratterizzate da gravità particolare, e in cui decidere risulta complicato anche per gli adulti – si pensi al caso di interruzione della gravidanza di cui alla legge n. 174/78 – e al contrario non vengano prese in considerazione le decisioni dallo stesso assunte in condizioni ordinarie.

L'idea di sussidiarietà che, in modo sintetico, potremmo definire come attribuzione della competenza a decidere o svolgere una certa attività ad un soggetto, con la specificazione, che nel caso in cui questi rimanga inerte o non sia in grado di attivarsi nel modo migliore, un soggetto di grado superiore possa, ad esso, sostituirsi, ci aiuta a domandarci perché deve esistere un'autorità sovraordinata al testatore, e se esiste di quali poteri essa può essere munita.

Dall'analisi che sopra abbiamo svolto, ci pare di potere affermare che dal diritto successorio emerge il principio di sussidiarietà.

Infatti, qualora, un soggetto in previsione della sua morte, non disponga nulla, l'ordinamento colma tale carenza attraverso una disciplina legale, predisposta allo scopo di operare un trasferimento della ricchezza. Inoltre, nel nostro diritto successorio, il legislatore si

pone ad un livello superiore rispetto al testatore, in quanto si arroga il diritto di porre nel nulla determinate pattuizioni, o determinate disposizioni testamentarie, in ciò sostituendosi alla volontà del testatore.

Tuttavia, non si riesce a giustificare, il potere dell'ordinamento di sostituirsi al testatore, e di imporre il rispetto di certi limiti.

Abbiamo, più sopra, visto le critiche che si possono muovere al limite imposto al testatore del rispetto dei diritti dei legittimari.

Si è detto che il legislatore stabilisce questo limite per esigenze di solidarietà familiare, che abbiamo visto non essere più rispondenti alla società attuale, la quale si è profondamente evoluta soprattutto negli ultimi cinquant'anni.

Bisognerebbe, quindi, prendere atto del fatto che lo scontro, tra opposti principi in materia successoria<sup>367</sup>, allo stato non ha più ragione di esistere, e il principio di autonomia del testatore non più limitato dai diritti dei legittimari dovrebbe riespandersi.

Si sono levate già altre voci<sup>368</sup> a sottolineare la peculiarità del momento storico che ci si trova ad affrontare. Momento caratterizzato, in primo

---

<sup>367</sup> A. Trabucchi, *“Istituzioni di Diritto Civile”*, Cedam, Padova, 2001, pag. 897, che *“nel diritto ereditario si ritrovano – e in conflitto tra loro – due poli di tutto il diritto privato: l'autonomia dei soggetti che vi domina in generale, e la subordinazione all'interesse del gruppo”*. Nello stesso senso anche M.C.Bianca, *“Diritto Civile”, vol. 2- La Famiglia, le Successioni* - Giuffrè Editore, Milano 2005 pag. 531.

<sup>368</sup> L. Rossi Carleo, *“Il patto di famiglia: una monade nel sistema?”*, in *Notariato* 2008 pag. 435 *“Tuttavia - seppure, sotto questo ultimo aspetto, non possiamo considerare in questa sede né la crescente rilevanza che il fenomeno successorio ha assunto al di fuori delle successioni, né il moltiplicarsi delle successioni cc.dd. anomale, che già da tempo hanno inciso sulla unicità della successione, né, per quanto riguarda la famiglia, possiamo soffermarci sulla*

luogo, dall'emersione di nuove esigenze dettate soprattutto dal mutamento della struttura della famiglia che da patriarcale si è evoluta verso molto più piccole; e, in secondo luogo, come già osservato dall'innalzarsi della vita media. Questi elementi combinati, rendono meno pressante l'esigenza, imposta dall'ordinamento di solidarietà familiare, che potrebbe lasciare spazio, attraverso l'autonomia del singolo alla valorizzazione di altri tipi di rapporti.

Tutto ciò ci porta a schierarci a sostegno della necessità di una nuova politica in materia di legislazione, che sia capace di prendere in considerazione la mutata realtà sociale, e la valorizzi, senza sovrapporsi falsando i singoli rapporti sociali.

L'ottica del *subsidium* è stata ritrovata anche all'interno del diritto societario, il quale attraverso la disciplina dell'impresa sociale si allontana dall'ottica economica-materialistica, assumendo una veste nuova capace di mettersi al servizio della comunità.

L'excurus storico ha mostrato come nel tempo i soggetti predisposti all'assistenza, alla cura e alla formazione siano mutati nel tempo. La mano pubblica dell'800 – attraverso l'istituzione delle IPAB – si è sostituita alla Chiesa e alle fondazioni che per secoli mosse da intenti sociali, per non dire mosse da spirito di carità, avevano dato assistenza ai disagiati ed ai bisognosi. Con l'avvento della Costituzione Repubblicana l'esclusione dei privati dalle attività socialmente meritevoli diviene illegale: l'iniziativa e l'autonomia dei privati devono poter concorrere con lo Stato nella fornitura di servizi alla persona.

---

*pluralità dei modelli familiari, anche non necessariamente fondati sul matrimonio - appare sufficiente tener conto del difficile confronto con la realtà sociale per prendere atto di quanto sia pressante la forza di nuove istanze di protezione destinate a irrompere nel sistema rigido, frantumandone la unità degli schemi tradizionali”.*

Tuttavia, l'evoluzione non si arresta a questo punto, progressivamente nel tempo, lo Stato realizza la sua incapacità, determinata anche dagli ingenti costi di gestione, nel fornire i servizi alla persona. Pertanto, a seguito della constatata inadeguatezza dei mezzi, inizia ad emanare leggi volte alla promozione dell'iniziativa dei privati. Il risultato finale cui approda – con il decreto legislativo n. 155 del 2006 – è la disciplina dell'impresa sociale.

Essa appare improntata sul principio di sussidiarietà, lasciando spazio alla libera iniziativa dei privati, i quali se sapranno cogliere appieno la possibilità loro offerta dall'ordinamento potranno attuare le iniziative più idonee a supportare i bisogni e le esigenze delle persone più deboli. Vorrei concludere sottolineando come la dignità e la capacità di autonomia della persona debbano essere il faro che deve orientare l'interpretazione della legge, la quale è a servizio delle persone. Ognuno, pur nella diversità delle condizioni personali, è portatore di valori, ed è per questo che la persona deve essere sempre rispettata in ogni situazione, e a maggior ragione quando si trovi ad affrontare eventi che mettono alla prova il riconoscimento della sua dignità<sup>369</sup>.

La dignità e l'autonomia della persona, infatti, costituiscono quell'elemento comune che permette di raccogliere in "genere" la "moltitudine", proprio secondo la regola della "dialettica classica" "secondo la quale" è detto nel Politico, "di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non bisogna smettere di esaminarle prima di aver distinto , nell'ambito della comunità, tutte le differenze che

---

<sup>369</sup> *“Quanto più ci si muove, infatti, nelle zone oscure e ignote della realtà umana, tanto più si comprende che proprio nelle situazioni più difficili e inquietanti emerge la dignità e la grandezza dell'essere umano”*, messaggio di Giovanni Paolo II ai partecipanti al simposio internazionale su “Dignità e Diritti della Persona con Handicap Mentale”, punto n. 2, Vaticano 5 gennaio 2004.

costituiscono le specie, e”- aggiungeva Platone -, “d’altra parte, di fronte alle differenze d’ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima di aver compreso, in una sola somiglianza tutti i tratti di parentela che esse nascondono, e di averli raccolti nell’essenza di un genere”<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, pag. 172.



## Bibliografia

### Articoli

G.ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in [http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/6\\_Alpa.pdf](http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/6_Alpa.pdf)

E.ANCONA, *Uomo e società nella filosofia di Marino Gentile. Riflessione a margine ad un convegno*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1998.

A.APRILE,P.BENCIOLINI, *Il ruolo della medicina legale clinica nell'amministrazione di sostegno. Prime esperienze casistiche*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2005.

L.BAGOLINI, *La persona nell'esperienza morale e giuridica*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1989.

L.BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in [http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/8\\_Balestra.pdf](http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/8_Balestra.pdf).

A. BARBERA in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975.

A.BARDUSCO, *Il labirinto delle malattie di mente e la legge 180*, in “Diritto e Società”, 1978.

A. BUCELLI, in “*La nuova disciplina dell'impresa sociale*” a cura di M.V. De Giorgi, CEDAM, 2007.

A. BULGARELLI, *La “procura di sostegno” ovvero l’amministrazione di sostegno per i casi di sola infermità fisica*, in [personaedanno\\_browse1\\_it\\_206\\_resource\\_orig.pdf](#)

V.BUONOCORE *“Etica degli affari e impresa etica”*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004.

V.CALANDRA BUONAURA *“Impresa sociale e responsabilità limitata”*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006.

C.CACCAVALE, *“Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie”* in *Notariato*, 2006.

E.CALO’, *L’Amministrazione di Sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *“Notariato”*, 3/2004.

G.CAMPESE, *L’istituzione dell’amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *“Famiglia e Diritto”*, 2/2004

E.CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell’incapacità di agire*, in *“La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”*, 2004, tomo II.

A.A.CARRABBA *“Lo scopo delle associazioni e fondazioni”* in *Rivista del Notariato*, 2001.

I.CARTER, *Funzionamenti e capacità: una critica liberale alle teorie di Sen e Nussbaum*, in *“Rivista di Filosofia”*, 2001.

F.CAVALLA, *Diritto alla vita e diritto sulla vita. Sulle origini culturali del problema dell’ “eutanasia”*, in *“Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”*, 1988.

P.CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in “Giurisprudenza italiana”, 1988.

P.CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in [www.diritto.it/materiali/civile/cendon2.pdf](http://www.diritto.it/materiali/civile/cendon2.pdf)

G.CIAN, *L'Amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in “Rivista di Diritto Civile”, 2004.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO Studio n. 429-2006/C - “L'impresa sociale - Prime riflessioni sul d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155” .

F.D'AGOSTINO, *I diritti degli animali*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1994.

S.DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'Amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, 2004, tomo II.

P.DONATELLI, *Valore e possibilità di vita: Martha Nussbaum*, in “Rivista di Filosofia”, 2001.

P.DONATI, *I diritti-doveri dei mondi vitali: l'Europa delle famiglie*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1990.

F.ERAMO, *L'Amministrazione di sostegno*, in “Il Diritto di Famiglia e delle Persone”, 2004.

G.FIASCHI, *Soggetto e senso del diritto nell'esperienza giuridica moderna: appunti in tema di positività*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1989.

M. FORTINO *“Solidarietà e protezione dei minori”*, Familia, 2003.

A. FUSARO, in *“La nuova disciplina dell’impresa sociale”* a cura di M.V. De Giorgi, CEDAM, 2007.

A.FUSARO *“Profili giuridici della partecipazione dell’impresa nel soggetto non profit: l’opzione tra fondazione e associazione”*, in Notariato, 2007.

G. GABRIELLI, *“Rapporti familiari e libertà di testare”*, in Familia 2001.

F.V.GENTILE, *Ancora su illuminismo e storicismo*, in *“Rivista di Filosofia”*, 1961.

F.V.GENTILE, *L’uomo e i suoi diritti. Scienza e filosofia di fronte al problema del fondamento e della tutela dei diritti dell’uomo*, estratto da *“Verifiche”*, 1980.

F.V.GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in *“Non Profit”*, ottobre/dicembre 1999.

F.V.GENTILE, *L’impegno politico dei cattolici nell’antropologia di Luigi Sturzo*, in *“Nord e Sud”*, 1990.

D. HENRICH *“Autonomia testamentaria v. successione necessaria”* in Familia, 2001.

M.A. IANCINELLI *“Il divieto dei patti successori: prospettive di revisione legislativa”* in Famiglia, Persone, Successioni, 2008.

E.LECALDANO, *L'etica teorica e la qualità della vita*, in “Rivista di Filosofia”, 2001.

R.LENZI “*Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*”, in Rivista del Notariato, 1988.

G.LISELLA, *Amministratore di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in “Rassegna di Diritto Civile”, 1999.

M.G.LOSANO, *Verso il bene comune : un sentiero per Utopia? Dalla filosofia attraverso la legislazione sino alla vita degna*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 2003.

B.MALVASI, *Il commento*, in “Notariato” n.3/2004.

E.MONTSERRAT PAPPALETTERE, *L'Amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, 2004, tomo II.

U.MORELLO, *L'Amministrazione di Sostegno( dalle regole ai principi)*, in “Notariato”, 3/2004.

M.MORI, *L'etica della qualità della vita e la natura della bioetica*, in “Rivista di Filosofia”, 2001.

A.O.OLIVETTI, *Il problema della folla*, in “Nuova Antologia”, 16 settembre 1903.

A. PALAZZO, “Le successioni”, in “Trattato di diritto privato” a cura di Iudica e Zatti, I, Milano, 2000.

C.PERNICOLA, *La valutazione del danno psichico: comprendere per spiegare, piuttosto che spiegare senza comprendere*, in

[http://www.filodiritto.com/diritto/penale/valutazione\\_dannopsichicopernicola.htm](http://www.filodiritto.com/diritto/penale/valutazione_dannopsichicopernicola.htm)

R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in “Trattato di Diritto Privato” diretto da P. Rescigno, 4, III, Utet, Torino 1997.

G. PETRELLI “La nuova disciplina del patto di famiglia” in *Rivista del Notariato*, 2006.

C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in “Diritto Pubblico e Comparato Europeo”, 2001.

M. PINI, *Consenso informato al trattamento sanitario: limiti del potere di rappresentanza dell'amministratore di sostegno*, in “Il Merito”, n.10 ottobre 2004.

P. RESCIGNO “*Ascesa e declino della società pluralista*” in “Persona e Comunità” a cura di P. Rescigno, Il Mulino, Bologna, 1966.

P. RESCIGNO “*Le società intermedie*” in “Persona e Comunità” a cura di P. Rescigno, Il Mulino, Bologna, 1966.

P. RESCIGNO “*Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*”, in *Vita Notarile* 1993

G. RIZZI, “*Il patto di famiglia - Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*” in *Notariato*, 2006.

U. ROMA, *L'Amministrazione di Sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in “Le Nuove Leggi Civili Commentate”, 2004.

L. ROSSI CARLEO, *“Il patto di famiglia: una monade nel sistema?”*, in *Notariato*, 2008.

M.G.RUO *“La volontà del minore: sua rappresentanza e difesa nel processo civile”*, in *Diritto di Famiglia*, 2006.

F. RUSCELLO, *“Amministrazione di sostegno” e tutela dei “disabili”*. *Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *“Studium juris”*, 2004.

A. SCALISI, *“Il valore della persona umana e l’assistenza sociale in Italia tra presente e Passato”*, in *Annali Genova*, 1999.

L.SCILLITANI, *L’antropologia culturale alla ricerca del suo fondamento: l’archeologia fenomenologica*, in *“Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”*, 1998.

L.SCILLITANI, *Un’introduzione all’antropologia giuridica*, in *“Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”*, 1997.

A.SERIO *“Quale natura Giuridica per le IPAB?”* in *Foro Amministrativo TAR* 2002.

M.SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in [http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/11\\_Sesta.pdf](http://www.fondazioneveronesi.it/images/phgallTestbio/11_Sesta.pdf)

P. STELLA RICHTER, *“La nozione di «governo del territorio» dopo la riforma dell’art. 117 Cost”* in *Giustizia Civile*, 2003.

F.TOMATIS, *Personalismo ontologico, antinomico ed escatologico*, in *“Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”*, 2002.

V.TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in “Diritto e Società”, 2005.

A.TRABUCCHI “*Famiglia e diritto nell’orizzonte degli anni ‘80*”, in Rivista di Diritto Civile, 1986

F.TREGGIARI “Interpretazione del testamento e ricerca della volontà” in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2001.

S.TRENTANOVI, *La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del Giudice Tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

S.VECA, *La teoria politica e la qualità della vita*, in “Rivista di Filosofia”, 2001.

P.ZATTI, “*Familia, Familiae – Declinazioni di un’idea. I. La Privatizzazione del Diritto di Famiglia*”, *Familia*, 2002.

P.ZATTI, “*Familia, Familiae – Declinazioni di un’idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*”, *Familia*, 2002.

### Monografie

AA.VV. “*Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*” a cura di D. Castellano, Cedam, Padova, 2002.

AA.VV. “*La trasmissione familiare della ricchezza - Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*”, Cedam, Padova, 1995.

AA.VV., *Iam rude donatus. Nel settantesimo compleanno di Marino Gentile*, Editrice Antenore, Padova 1978.

AA.VV., *Il meritevole di tutela*, studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri, Giuffrè Editore, Milano 1990.

AA.VV., *Soggetti e norma, individuo e società*, a cura di P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987.

F.ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, parte speciale, tomo I, Giuffrè Editore, Milano 2002

V. ARANGIO-RUIZ “Istituzioni di Diritto Romano”, Casa Editrice Jovene, Napoli 1998.

F.S. AZZARITI, G.MARTINEZ, G.AZZARITI “*Diritto Civile Italiano*”, CEDAM, Padova 1943.

E.BACCARINI, *La persona e i suoi volti. Etica e antropologia*, Anicia, Roma 1996.

L.BAGOLINI, *Il significato della persona nell'esperienza giuridica e sociale*, Circolo giuridico dell'università, Siena 1946.

L.BAGOLINI, *Persona e società nell'esistenzialismo di Berdiaeff*, estratto dal Bollettino dell'istituto di filosofia del diritto della regia università di Roma, 1943.

G. BALLARANI “*La capacità determinativa del minore nelle situazioni esistenziali*”, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

M.C.BIANCA, *Diritto Civile, vol. 2- La Famiglia, le Successioni* - Giuffrè Editore, Milano, 2005

N.BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, estratto dal Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto della Regia Università di Roma, 1942.

N.BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, Casa editrice dott. Eugenio Novene, Napoli, 1939.

M. CAPECCHI, *“Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica”*, Cedam, Padova, 2005.

G. CAPOZZI, *“Successioni e Donazioni”*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

D.CASTELLANO, *La crisi dell'identità nella cultura europea contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992.

D.CASTELLANO, *Modernità della classicità*, Forum, Udine, 1996.

D.CASTELLANO, *Persona e Diritto. Atti del convegno interdisciplinare internazionale*, Editrice Missio, Udine 1988.

S.CASTIGNONE, *I diritti degli animali: prospettive bioetiche e giuridiche*, Il Mulino, Bologna 1985.

P.CENDON (a cura di), *Persona e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

*“Commentario Breve al Codice Civile”*, ottava edizione a cura di G. CIAN, Collana Giuridica *“Breviaria Juris”* fondati da G. Cian e A. Trabucchi, Cedam, Padova, 2007.

A.CICU *“Diritto di Famiglia”*, Athenaeum, Roma, 1914

M.COSSUTTA “Questioni sulle fonti del diritto”, Giappichelli Editore, Torino, 2005.

B. DE FILIPPIS, G. CASABURI, “Trattato breve di Diritto di Famiglia”, Cedam, Padova, 2002.

E. DEZZA “Lezioni di storia della codificazione civile – Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)”, Giappichelli Editore, Torino, 2000.

M.DOSSETTI, M.MORETTI, C.MORETTI, *L’Amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e inabilitazione*, IPSOA, Milano 2004.

P.DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova 2004.

F.V.GENTILE, *Dalla concezione illuministica alla concezione storicistica della vita sociale. Saggio sul concetto di società nel pensiero di C.H. de Saint Simon*, Cedam, Padova 1960.

F.V.GENTILE, *Intelligenza Politica e Ragion di Stato*, Giuffrè Editore, Milano 1984.

F.V.GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000.

M.GENTILE, *Luigi Stefanini*, in “Studia Patavina”, Padova 1956.

N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè Editore, Milano 1970

L.LOMBARDI VALLAURI, *Il meritevole di tutela*, Giuffrè Editore, Milano 1990.

L.LOMBARDI VALLAURI, *Terre: terra del nulla, terra degli uomini, terra dell'oltre*, Vita e Pensiero, Milano 1989.

C.MILLON-DELSOL, *Lo Stato di sussidiarietà*, Editrice CEL, Gorle (BG), 1995.

C.MILLON-DELSOL, *Il Principio di Sussidiarietà*, traduzione e presentazione a cura di M.Tringali, Giuffrè Editore, Milano 2003.

E.MOUNIER, *Che cos'è il personalismo*, Einaudi, Torino 1948.

N.NAVA, *Il diritto nell'etica della persona*, Tipografia STEM di C. Mucchi, Modena 1960.

N.NAVA, *Personalismo giuridico*, E.Bassi & Nipoti, Modena 1951.

A.PALAZZO, *“Autonomia contrattuale e successione anomala”*, Jovene Editore, Napoli, 1983.

G.PALMERI *“Diritti senza poteri – La condizione giuridica dei minori”*, Jovene Editore, Napoli, 1994.

S.PATTI, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *Familia. Quaderni*, Giuffrè, Milano 2002.

P.RESCIGNO *“Trattato di Diritto Privato” -Persone e Famiglia-* tomo III, UTET, Torino, 1982

A.RIGOBELLO, *Il Personalismo*, Città Nuova Editrice, Roma 1975.

J.J.ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, traduzione introduzione e note di E.NARDI, Fabbri Editori, Milano 2001.

N.STOLFI, “*Diritto Civile*”, vol. 5- *La Famiglia* - UTET, Torino 1921

N. STOLFI, “*Diritto Civile*”, vol. 6- *Diritto delle Successioni* - UTET, Torino 1934.

F. TODESCAN, “*Etiamsi Daremus. Studi sinfonici sul diritto natuarle*”, Cedam, Padova, 2003.

TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino dell'edizione leonina, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1985.

TOMMASO D'AQUINO, *Contra Gentes*, UTET, Torino 1975.

A. TORRENTE E P. SCHLESINGER “*Manuale di Diritto Privato*”, XVII ed., Giuffrè Editore, Milano, 2004

A. TRABUCCHI, “*Istituzioni di Diritto Civile*”, Cedam, Padova, 2001.

F.UCCELLA “*Persona e Famiglia*”, Cedam, Padova, 1980

K.WOJTYLA, *Persona e atto*, a cura di G.Reale e T.Styczen, Bompiani testi a fronte, Milano 2001.

## Documenti

LEGGE 9 gennaio 2004, n.6, Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali, in G.U. 19 gennaio 2004 n.14.

BOZZA di proposta di legge 1987 (Bozza Cendon)

RISOLUZIONE ONU del 20 dicembre 1971, n.2856- Declaration of the Rights of Mentally Retarded Persons.

RISOLUZIONE ONU del 9 dicembre 1975, n. 3447 – Declaration of the Right of Disabled Persons.

RACCOMANDAZIONE 23 febbraio 1999 del Consiglio di Europa – Principi concernenti la tutela legale dei maggiorenni incapaci.

LETTERA ENCICLICA *Rerum Novarum*, di Leone XIII “*dato a Roma presso San Pietro, il giorno 15 maggio 1891, anno decimoquarto del nostro pontificato*”.

LETTERA ENCICLICA *Quadragesimo anno*, di PP. PIO XI “*dato a Roma, presso San Pietro, il 15 maggio 1931, anno decimo del Nostro Pontificato*”.

LETTERA ENCICLICA *Laborem exercens*, di Giovanni Paolo II “*Dato a Castel Gandolfo, il 14 settembre, festa dell'Esaltazione della s. Croce, dell'anno 1981, terzo di Pontificato*”

LETTERA ENCICLICA *Centesimus Annus*, di Giovanni Paolo II, “*dato a Roma, presso San Pietro, il 10 maggio – memoria di San Giuseppe lavoratore – dell'anno 1991, decimoterzo di pontificato*”.

Messaggio di Giovanni Paolo II ai partecipanti al simposio internazionale su “Dignità e Diritti della Persona con Handicap Mentale”, Vaticano 5 gennaio 2004.

Siti internet

[www.altalex.com](http://www.altalex.com)

[www.iusseek.it](http://www.iusseek.it)

[www.vatican.va](http://www.vatican.va)

[www.nonprofitonline.it](http://www.nonprofitonline.it)

