

## Art. 2 Maggiore età. Capacità di agire

*[1] La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa.*

*[2] Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.*

commento di Francesca Giardina

**Sommario:** 1. "Persone fisiche" e capacità di agire. -- 2. La capacità legale di agire: significato e funzione. -- 3. La regola "in negativo": l'incapacità legale di agire. -- 4. Le eccezioni alla regola: gli atti per i quali è stabilita un'età diversa. -- 5. Le eccezioni alla regola: l'incapacità di intendere o di volere. -- 6. Regole diverse: la capacità di discernimento. -- 7. Regole diverse: l'amministrazione di sostegno. -- 8. La capacità del minore in materia di lavoro. -- 9. Capacità e incapacità di agire.

### 1. "Persone fisiche" e capacità di agire

La disposizione che segue immediatamente la norma di apertura del codice civile ne condivide la storia e, in larga misura, il destino. La storia è quella di una regola di non minore importanza sistematica; il destino è quello di una norma ormai inadeguata.

Gli artt. 1 e 2 c.c. esprimono, infatti, aspetti diversi, ma complementari, di un unico disegno: capacità giuridica e capacità di agire sono i due volti di un'unica dimensione normativa, che riduce la condizione umana ad un'entità distillata dal diritto attraverso strumenti di astratta e immota definizione.

Astratta è l'immagine dell'uomo che la capacità giuridica restituisce, nel descrivere la condizione del soggetto in termini di idoneità ad essere titolare di diritti ed obblighi. Astratta è, parimenti, l'immagine – colta in un successivo momento dell'esistenza umana – di un soggetto in grado di svolgere un ruolo attivo nella dinamica dei fenomeni giuridici.

Se la capacità giuridica individua nel soggetto il punto di riferimento essenziale per l'attribuzione e l'imputazione di effetti giuridici, la capacità legale di agire riconosce nel soggetto il motore degli effetti giuridici, colui che li produce, li modifica, li estingue.

Entrambi i volti della capacità conoscono un inarrestabile declino. La capacità giuridica – pensata per accompagnare il soggetto dalla nascita alla morte – vede svanire le certezze che era chiamata ad offrire, al cospetto della complessità dei momenti cruciali della vita dell'uomo. La capacità di agire – voluta per accogliere

il soggetto nell'attività consapevole del privato, padrone delle sue scelte – vede svanire altre certezze: quelle che segnano le vicende dell'uomo attraverso barriere e rigide scansioni temporali.

Tutto il primo comma dell'art. 2 c.c. ha i tratti di una regola ormai inadeguata, a partire dall'unica sua parte che suona diversa dal testo originario e che individua il dato anagrafico della “maggiore età” nel “compimento del diciottesimo anno”<sup>1</sup>. Si tratta di una rigida cesura che spezza la vita umana in due periodi drasticamente contrapposti, in ossequio ad un'antica logica di certezza, fatalmente destinata ad esigere il sacrificio delle sfumature che accompagnano il percorso dell'uomo verso la maturità.

Non è più vero, poi, che *tutti* “gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa” sono dominati dal requisito della capacità legale di agire. Il legislatore, che si era riservato il potere di decidere quando concedere anticipatamente l'attributo della capacità, ha visto dottrina e giurisprudenza sottrarre alla totalità degli atti sfere di irrilevanza dell'incapacità legale. Ha visto anche i legislatori successivi prescindere dal riferimento ad una precisa “età diversa”. Ma, soprattutto, ha visto mutare il senso e il ruolo della capacità legale di agire, non più unico criterio ordinante dell'attività del privato, ma istituto affiancato da altri e diversi strumenti di valutazione della maturità e della consapevolezza dell'uomo.

Se, per il legislatore del 1942, sono legalmente e assolutamente incapaci di agire il minore d'età e l'interdetto, nuove e diverse tendenze contraddicono l'originaria e radicale scelta del codice civile: all'incapacità del minore leggi recenti contrappongono la effettiva capacità di discernimento, a chi un tempo doveva essere interdetto una novella del codice offre lo strumento dell'amministrazione di sostegno<sup>2</sup>.

## 2. La capacità legale di agire: significato e funzione

Nessuna riflessione sull'attuale portata dell'art. 2 c.c. potrebbe prescindere da un'accurata ricostruzione del significato e della funzione della capacità legale di agire che, al contrario della capacità giuridica, spetta solo ai privati che il sistema reputa in grado di assumere il ruolo di protagonisti del traffico giuridico<sup>3</sup>. In questa logica è naturale che, per l'acquisto della capacità legale di agire, sia richiesto il compimento di un'età minima, e non rileva che quest'età muti col mutare delle

<sup>1</sup> Si tratta, come si è detto, dell'unica modifica apportata all'art. 2 c.c.: l'attuale formulazione è stata, infatti, introdotta con l'art. 1, l. 8.3.1975, n. 39, che ha abbassato l'età originariamente fissata dal codice al ventunesimo anno.

<sup>2</sup> Per il minore v. *infra*, § 6; sulla novella introdotta con l. 9.1.2004, n. 6 v. *infra*, § 7.

<sup>3</sup> FERRARA F. *sr.*, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921; PIOLA, *Delle persone incapaci*, I, Napoli-Torino, 1925; RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 861; ARENA, *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 910; COLUSSI, *Capacità e impresa*, Padova, 1974; RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 209; VENCHIARUTTI, *Incapaci*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1993, 367.

epoche. La logica è la stessa: non sarebbe possibile, senza venir meno ad elementari esigenze di certezza, individuare caso per caso (per ogni soggetto e per ogni tipo di atto) la capacità necessaria. È indispensabile stabilire una misura unica e valida per tutti, che, nell'assicurare la certezza sulla condizione del singolo, sacrifica fatalmente le sfumature e le diversità.

Il compimento del diciottesimo anno di età individua, dunque, una linea di confine tra una precedente condizione di incapacità legale assoluta di agire e una successiva condizione di piena capacità legale di agire, cioè di compiere tutti gli atti per i quali, eccezionalmente, la legge non stabilisca un'età diversa. Così insegna un'autorevole tradizione: al compimento della maggiore età, secondo una nota immagine, "per il bisogno di sicurezza giuridica, è adottata una misura unica per tutti", "con un brusco passaggio dall'incapacità assoluta alla capacità totale, dal buio alla luce del pieno meriggio"<sup>4</sup>.

Questo schema ha origini remote: si deve al *code Napoléon* il netto meccanismo di sostituzione della capacità all'incapacità legale di agire al compimento della maggiore età, che segna, per il soggetto, l'inizio della vita adulta<sup>5</sup>. Per il codice francese, tuttavia, questa rigida cesura nella condizione del privato aveva ed ha tuttora un chiaro e specifico riferimento: il contratto come strumento essenziale dell'autonomia dell'individuo proprietario. Il legame tra incapacità e contratto è così forte che gli interpreti del *code civil* hanno fatto riferimento, da sempre, alla *capacité de contracter*, che l'art. 1108 del codice francese individua come condizione di validità del contratto<sup>6</sup>, o – spostando l'attenzione sugli impegni assunti con l'accordo – alla *capacité de s'obliger*<sup>7</sup>.

Il legame tra capacità legale di agire e contratto resta fortissimo anche nel codice italiano del 1942<sup>8</sup>, al punto che il senso dell'istituto si coglie appieno nel coordinamento tra l'art. 2 e l'art. 1425 c.c., che individua le conseguenze dell'incapacità di una delle parti sul contratto. Ma, per molteplici ragioni, l'istituto di protezione (e di esclusione) della persona dall'attività dei privati diviene generalissimo, oggetto di una previsione posta tra le norme di apertura del codice.

Le ragioni di questa dimensione "totale" dell'incapacità legale di agire sono complesse e in gran parte legate ai più generali modi di evoluzione del diritto privato classico. Gli strumenti di più lunga e consolidata tradizione, pensati per attivi-

<sup>4</sup> FERRARA F. *sr.*, *op. cit.*, 488.

<sup>5</sup> "À ce moment, l'autorité du père cesse. Miraculeusement, on le déclare capable, ce jour-là, d'accomplir les actes pour lesquels on exigeait la veille encore la protection paternelle" (ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, 65).

<sup>6</sup> L'art. 1123 *code civil* conferma che "Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi".

<sup>7</sup> "Sous le rapport de la capacité de contracter, les mineurs non émancipés, soit plus près soit moins près de la puberté, soit pubères, soit impubères, restent confondus dans une seule et même classe. Le Code les déclare incapables de s'obliger" (TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, III, Bruxelles, 1847, 281).

<sup>8</sup> Della "capacità di contrattare" si trova esplicita traccia nell'art. 2029 c.c., dedicato alla gestione di affari.

tà a prevalente rilevanza patrimoniale, tendono ad essere, quasi naturalmente, “estesi” ad attività di diversa natura. Così è per l’incapacità, eccezione alla regola della piena autonomia e libertà dei privati, un’eccezione che diviene a sua volta regola, grazie alla sua idoneità a garantire certezze.

Così l’incapacità legale, in origine presidio della sicurezza degli scambi, assume un ruolo totalizzante, e investe l’attività del privato nel suo complesso. La nuova dimensione dell’incapacità ne trasforma il ruolo e la rende, “nella tradizionale impostazione del discorso privatistico”, una di quelle “figure concettuali...che assumono la forza di dogma”<sup>9</sup>.

Si giunge, proprio grazie alla forza attrattiva del dogma, a realizzare una rigida e ordinata semplificazione dei ruoli del soggetto di diritto: un drastico binomio, che pone in netta alternativa capacità e incapacità legale di agire, disegna perfettamente uno strumento di razionalizzazione del traffico giuridico e di garanzia di certezza degli scambi. Si tratta di una doppia garanzia: per l’incapace, protetto dalle possibili scelte pregiudizievoli legate alla sua immaturità, per i terzi, in grado di sapere prima, e con certezza, con chi possono contrattare.

Per risultare efficiente, la semplificazione doveva essere totale e completa: non poteva, dunque, limitarsi a tracciare l’alternativa tra minore e maggiore età. Anche dopo il raggiungimento della maggiore età, una persona *doveva* essere privata della capacità legale di agire (così l’art. 414 c.c., nella sua originaria formulazione) attraverso una sentenza diretta a pronunciarne l’interdizione, quando le sue “condizioni di abituale infermità di mente” l’avessero resa incapace “di provvedere ai propri interessi”<sup>10</sup>.

Minore età e sentenza di interdizione segnavano drasticamente la vita umana, in momenti diversi dell’esistenza, escludendo minori e interdetti dal novero dei privati in grado di esprimere appieno la loro autonomia.

### 3. La regola “in negativo”: l’incapacità legale di agire

Nel sistema del diritto delle “persone fisiche” delineato dal codice e descritto dalla dottrina, l’incapacità legale di agire richiede la sostituzione del soggetto incapace da parte di un rappresentante legale. Questi agisce in nome e per conto (nell’interesse) dell’incapace: l’atto è compiuto dal rappresentante, ma gli effetti

<sup>9</sup> Così ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in DE CRISTOFARO, BELVEDERE (a cura di), *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, 190. Sulle ragioni della generale portata dell’incapacità legale di agire cfr. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 49.

<sup>10</sup> Contribuiva a rafforzare questa logica di assoluta certezza *a priori* sulla condizione del soggetto la previsione, tuttora vigente, diretta a escludere qualsiasi intervallo di capacità nella persona bisognosa della protezione offerta dall’incapacità legale di agire. Può essere interdetto o inabilitato non solo il maggiore d’età, ma anche il minore “nell’ultimo anno della sua minore età” (art. 416 c.c.), quando le sue condizioni mentali facciano prevedere la necessità di un provvedimento che escluda o limiti l’imminente capacità legale di agire. In questo caso, poiché il minore è già incapace di agire, è naturale che il provvedimento abbia “effetto dal giorno in cui il minore raggiunge l’età maggiore”.

dell'atto si producono nella sfera giuridica dell'incapace. In tal modo viene garantita l'idoneità dell'incapace di agire ad essere o divenire titolare di diritti ed obblighi (capacità giuridica), pur escludendosi la sua idoneità a compiere gli atti necessari ad acquistarli o esercitarli (capacità legale di agire).

Solo gli atti compiuti dal rappresentante legale in nome e per conto dell'incapace (con l'osservanza delle formalità previste dalla legge) sono pienamente e definitivamente validi. I contratti che l'incapace compie direttamente sono, invece, annullabili (art. 1425, comma 1, c.c.)<sup>11</sup>.

Per il minore la rappresentanza legale è, per così dire, "naturalmente" affidata ai genitori e si iscrive nel più ampio istituto della potestà (un tempo patria, ora) dei genitori, alla quale il figlio è "soggetto... sino all'età maggiore o alla emancipazione" (art. 316, comma 1, c.c.)<sup>12</sup>. Il legame tra incapacità e istituti familiari è fortissimo in ogni epoca, anche se muta nel tempo la sua "cifra": l'autorità e la tutela degli interessi patrimoniali cedono il posto, nel corso di due secoli di codificazioni, alla protezione e alla solidarietà familiare. Ma, sia pure con diversi caratteri, il ruolo dei genitori ha comunque, da sempre, la funzione di garantire un perfetto coordinamento tra ordine delle famiglie e attività dei privati<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> L'analisi della disciplina dell'annullabilità chiarisce che gli atti posti in essere dall'incapace sono provvisoriamente efficaci, ma possono essere annullati (con conseguente eliminazione degli effetti che hanno prodotto) su iniziativa dell'incapace (una volta acquistata o riacquistata la capacità di agire) o del suo legale rappresentante (art. 1441, comma 1, c.c.). Il regime dell'annullabilità offre, così, all'incapace una forte misura di protezione dei propri interessi da contratti che possono rivelarsi pregiudizievoli e non tutela l'altro contraente, che è in grado di conoscere prima del contratto la particolare condizione dell'incapace.

<sup>12</sup> La potestà dei genitori viene "esercitata di comune accordo da entrambi i genitori" (art. 316, comma 2, c.c.). Fanno eccezione all'esercizio congiunto della potestà i casi "di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della potestà": in tutte queste ipotesi la potestà "è esercitata in modo esclusivo dall'altro" (art. 317, comma 1, c.c.). Nei casi di separazione personale dei genitori, "il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi"; a tal fine il giudice valuta "prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori"; altrimenti stabilisce a quale dei due essi sono affidati. La potestà è esercitata da entrambi i genitori; solo per le "decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente" (art. 155 c.c., nel testo riformato dalla l. 8.2.2006, n. 54).

Sulla potestà, nella sua configurazione tradizionale, v., in particolare, TRABUCCHI, *Patria potestà e interventi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 223; PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965; RUPERTO, *Età (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 85; CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, III, 2, Torino, 1969; BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971; PELOSI, *Usufrutto legale del genitore*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, 356; ID., *Potestà dei genitori, Tutela, Affiliazione, Alimenti*, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 2, Padova, 1977, 769; GIORGIANNI, *Il controllo sull'esercizio della potestà dei genitori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 1179; PELOSI, *Potestà dei genitori sui figli*, in *Noviss. Dig. it.*, App., V, Torino, 1984, 1124; FERRI L., *Potestà dei genitori*, in *Comm. Scialoja-Brancati, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988.

<sup>13</sup> La dottrina francese nota che "dans une institution comme l'autorité parentale, l'incapacité du mineur a autant sa cause que son remède" (CARBONNIER, *Droit civil*, II, *La Famille, les Incapacités*, Paris, 1979, 537). Nel pensiero dei commentatori del *code civil*, si sintetizzava il legame tra autorità

Secondo l'attuale previsione dell'art. 320, comma 1, c.c. i genitori "rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni". Sono previste regole dettagliate per l'esercizio della rappresentanza e dell'amministrazione in relazione alla natura degli atti da compiere<sup>14</sup>.

I compiti di rappresentanza e amministrazione del patrimonio del minore – benché fondamentali per definire la condizione di incapacità legale di agire nel sistema del codice civile – rappresentano solo uno dei molti aspetti del più complesso quadro di doveri e poteri che la legge impone ai genitori nei confronti dei figli. Alla potestà dei genitori si collegano compiti di cura della persona del figlio, come appare dall'ampia formulazione dell'art. 316 c.c., che descrive le prerogative dei genitori in termini più generali rispetto alla specifica disposizione dell'art. 320 c.c., dedicato ai profili patrimoniali<sup>15</sup>. Più in generale, i genitori hanno "l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli" (art. 147 c.c.). Questa norma (significativamente collocata al di fuori dell'istituto della potestà dei genitori e dettata nel quadro dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio) è diretta espressione di un principio costituzionale, solennemente formulato in termini ancora più ampi dall'art. 30, comma 1, Cost. come dovere e diritto dei genitori "di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio". Ed infatti l'obbligo

familiare e attività dei privati con la definizione della potestà del padre nei termini di "une garantie qu'il doit à la société: voila la règle" (TOULLIER, *op. cit.*, XVI, 110).

<sup>14</sup> I genitori possono agire disgiuntamente nel compimento di atti di ordinaria amministrazione (art. 320, comma 1, ult. parte, c.c.). Per gli atti di straordinaria amministrazione i genitori devono agire congiuntamente e solo "per necessità o utilità evidente del figlio", verificate attraverso la necessaria autorizzazione del giudice tutelare: così è previsto per una serie di atti di straordinaria amministrazione elencati dall'art. 320, comma 3, c.c. L'autorizzazione del Tribunale, oltre al parere del giudice tutelare, è richiesta per la continuazione da parte del minore dell'esercizio di un'impresa commerciale (art. 320, comma 5, c.c.). Gli atti compiuti dai genitori senza le autorizzazioni prescritte dalla legge sono annullabili (art. 322 c.c.).

A garanzia degli interessi del minore, è possibile la nomina di un curatore speciale per il compimento di atti di straordinaria amministrazione che i genitori non possano o non vogliano compiere (art. 321 c.c.). La nomina del curatore speciale è possibile altresì nel caso in cui sorga "conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà" (art. 320, ultimo comma, c.c.).

Infine, sempre a garanzia degli interessi del minore, è vietato ai genitori "rendersi acquirenti direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore" (art. 323, comma 1, c.c.): gli atti compiuti nonostante il divieto sono annullabili (art. 323, comma 2, c.c.).

<sup>15</sup> Diverse sono anche le previsioni che intervengono a protezione del minore nei confronti della condotta dei genitori che non garantisce adeguata cura degli interessi dell'incapace. L'art. 330 c.c. sancisce la decadenza dalla potestà del genitore che violi o trascuri i propri doveri o abusi dei propri poteri e l'art. 333 c.c. consente l'intervento del giudice e l'adozione di provvedimenti convenienti (fino all'allontanamento del minore, del genitore o del convivente dalla residenza familiare), quando la condotta del genitore "non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio": si tratta di norme dettate a protezione degli interessi personali del minore. È invece legato alla specifica protezione degli interessi patrimoniali dell'incapace l'art. 334 c.c. che prevede la rimozione del genitore dall'amministrazione dei beni del figlio, quando il patrimonio del minore sia "male amministrato".

sancito dall'art. 147 c.c. non può ritenersi limitato ai soli genitori uniti in matrimonio: l'art. 264 c.c. ne ribadisce l'estensione ai genitori naturali.

Quando il minore sia privo di genitori in grado di esercitare la potestà (assenza di genitori legittimi o che abbiano riconosciuto il figlio, morte o decadenza dalla potestà di entrambi i genitori), si apre la tutela dei minori (art. 343 c.c.), che garantisce la rappresentanza e la cura della persona dell'incapace<sup>16</sup>.

L'incapacità legale assoluta del minore può trasformarsi in incapacità relativa attraverso l'emancipazione, che è ormai possibile solo di diritto (art. 390 c.c.), cioè esclusivamente come effetto automatico del matrimonio che il minore abbia contratto, in via del tutto eccezionale e dietro autorizzazione del giudice, in presenza dei presupposti previsti dall'art. 84 c.c. (maturità psico-fisica del nubendo e gravi motivi)<sup>17</sup>. Quando il minore è emancipato, gli viene nominato un curatore<sup>18</sup>, che ha il compito pressoché esclusivo di prestare il consenso agli atti di straordinaria amministrazione che l'incapace relativo deve compiere<sup>19</sup>.

Come si è già accennato, il maggiore di età e il minore emancipato dovevano (e ancora oggi possono) essere privati della capacità legale di agire, con un provvedimento di interdizione giudiziale<sup>20</sup>, quando le loro "condizioni di abituale infermi-

<sup>16</sup> Le modalità di esercizio della rappresentanza legale dell'incapace presentano, nella tutela, qualche aspetto particolare. Il tutore può compiere liberamente, come i genitori, tutti gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti di straordinaria amministrazione solo con l'autorizzazione del giudice tutelare (art. 374 c.c.). Per alcuni atti di particolare importanza economica (e non solo per la continuazione dell'esercizio di un'impresa: art. 371, ultimo comma, c.c.) egli deve ottenere l'autorizzazione non del giudice tutelare, ma del Tribunale su parere del giudice tutelare (art. 375 c.c.). Sono inoltre previste regole dettagliate per l'investimento dei capitali (art. 372 c.c.) e per la vendita dei beni del minore (art. 376 c.c.). Gli atti compiuti dal tutore senza il rispetto delle regole stabilite dalla legge sono annullabili (art. 377 c.c.).

<sup>17</sup> In passato era prevista anche una diversa figura di emancipazione, detta giudiziale, cioè pronunciata con apposito provvedimento del giudice (art. 391 c.c., ora abrogato). L'istituto consentiva l'emancipazione di minori (quando ancora l'età per l'acquisto della capacità legale di agire era fissata al compimento del ventunesimo anno di età) che avessero raggiunto i diciotto anni. La figura dell'emancipazione giudiziale è scomparsa con l'abbassamento della maggiore età a diciotto anni (art. 6, l. 8.3.1975, n. 39, cit.).

<sup>18</sup> Poiché il minore è emancipato dal matrimonio eccezionalmente contratto prima della maggiore età (art. 390 c.c.), suo curatore è il coniuge maggiorenne (art. 392, comma 1, c.c.). Se anche il coniuge è minorenne il giudice tutelare può nominare un unico curatore per entrambi i coniugi, scegliendolo con preferenza tra i genitori (art. 392, comma 2, c.c.). Al curatore si applicano le disposizioni dettate in materia di tutela per i casi di esclusione e rimozione dall'ufficio (art. 393 c.c.) e i divieti relativi all'acquisto di beni o diritti del minore (art. 396, comma 2). Può anche essere nominato un curatore speciale per il compimento di atti ai quali il curatore non abbia prestato il suo consenso (art. 395 c.c.).

<sup>19</sup> Quando il minore emancipato è autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, può agire senza l'assistenza del curatore (art. 397, comma 1, c.c.), e "può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa" (ult. comma).

<sup>20</sup> POGGESCHI, *Interdizione e inabilitazione*, in *Noviss. Dig it.*, VIII, 1962, Torino, 809; SCARDULLA, *Interdizione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1971, 932; BRUSCUGLIA, BUSNELLI, GALOPPINI, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 658; DE ACUTIS, EBENE, ZATTI, *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e dirit-*

tà di mente” li rendano incapaci “di provvedere ai propri interessi”; la novella del 2004 ha aggiunto “quando ciò sia necessario per assicurare la loro adeguata protezione” (art. 414 c.c.)<sup>21</sup>. L’infermità di mente, oltre che abituale, deve essere grave.

*to privato* Milano, 1978, 101; BRUSCUGLIA, *L’interdizione per infermità di mente*, Milano, 1983; LISELLA, *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell’incapacità legale*, Napoli, 1983; BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 25; CENDON, *Profili dell’infermità di mente e diritto privato*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 31; ID., *Il prezzo della follia*, Bologna, 1986; ID. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988; FORCHIELLI, *Dell’infermità di mente, dell’interdizione e dell’inabilitazione*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988; NAPOLI, *L’infermità di mente, l’interdizione, l’inabilitazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 1995; VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell’incapace*, Milano, 1995; PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. Rescigno*, IV, 3, Torino, 1997, 755.

<sup>21</sup> La disciplina dell’interdizione giudiziale, pur mantenendo i caratteri che le sono propri, risente sensibilmente dell’introduzione nel codice civile dell’istituto dell’amministrazione di sostegno. Il nuovo testo dell’art. 414 c.c. non prevede più la misura dell’interdizione come obbligatoria in presenza di un’infermità di mente grave ed abituale che renda la persona incapace di provvedere ai propri interessi. L’interdizione, condizionata alla necessità di assicurare a quest’ultima “adeguata protezione”, deve essere coordinata con un sistema che mostra di preferire il ricorso al più duttile strumento dell’amministrazione di sostegno. Non a caso è consentito al giudice dell’interdizione disporre la trasmissione del procedimento al giudice tutelare se “appare opportuno applicare l’amministrazione di sostegno” (art. 418, ultimo comma c.c.).

Persino l’incapacità legale di agire assoluta che costituisce l’effetto della sentenza di interdizione si piega alla nuova logica di lasciare alla persona, per quanto possibile, un minimo di attività più o meno autonoma. Al testo originario dell’art. 427 c.c. – che stabilisce la consolidata regola dell’annullabilità degli atti compiuti personalmente dall’interdetto – è stato premesso un primo comma del tutto nuovo, che sembra riecheggiare quanto previsto dall’art. 409, comma 2, c.c. per la persona sottoposta all’amministrazione di sostegno: nella sentenza che pronuncia l’interdizione “o in successivi provvedimenti dell’autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall’interdetto senza l’intervento ovvero con l’assistenza del tutore”. La norma è evidente frutto della lunga riflessione che ha maturato l’esigenza di abbandonare, nel trattamento riservato agli infermi di mente, la precedente logica “custodialistica” legata all’esclusione del malato di mente dalla società civile, anche attraverso il ricovero in ospedale psichiatrico. Sotto il profilo terapeutico, inoltre, veniva da tempo e da più parti sottolineata la necessità di non privare totalmente l’infermo di mente della capacità di svolgere l’attività compatibile con le sue condizioni, quanto meno quella che si esprime in “atti minuti” della vita quotidiana.

Per tutto quanto non è escluso dalla sentenza di interdizione, vale il consueto regime di incapacità legale assoluta. All’interdetto viene nominato un tutore che lo rappresenta e ne amministra il patrimonio. Per espressa disposizione di legge, alla tutela degli interdetti si applicano le norme dettate per la tutela dei minori (art. 424, comma 1, c.c.) e, dunque, sia le regole di rappresentanza che di amministrazione. Non manca, peraltro, qualche regola specifica, sulla quale è intervenuta la l. n. 6/2004. Nella scelta del tutore “il giudice tutelare individua di preferenza la persona più idonea all’incarico tra i soggetti, e con i criteri, indicati nell’articolo 408” (art. 424, comma 3, c.c.), cioè nella norma dedicata alla scelta dell’amministratore di sostegno. Regole diverse rispetto alla tutela dei minori valgono anche per la durata dell’ufficio tutelare. “Nessuno è tenuto a continuare nella tutela dell’interdetto...oltre dieci anni, ad eccezione del coniuge, della persona stabilmente convivente, degli ascendenti o dei discendenti” (art. 426 c.c.).

Gli atti compiuti in stato di interdizione giudiziale sono annullabili (art. 427, comma 2, c.c.). L’annullabilità dei contratti, in particolare, è sottoposta al regime della legittimazione esclusiva

Lo si desume dal coordinamento dell'art. 414 con il successivo art. 415, comma 1, c.c. (che la novella del 2004 non ha toccato), a norma del quale l'infermo di mente, "lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione", può essere sottoposto a una misura ridotta di restrizione della capacità legale di agire, l'inabilitazione. Questo istituto, che può apparire desueto in presenza della riforma che ha introdotto l'amministrazione di sostegno, ha subito modifiche minime di regime<sup>22</sup>, ma è rimasto inalterato nei presupposti. Possono quindi ancora essere inabilitati anche coloro che, "per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici" (art. 415, comma 2, c.c.)<sup>23</sup>. Deve trattarsi comunque di persone inferme di mente: è

all'impugnazione dell'atto a favore dell'interdetto, una volta che abbia riacquisito la capacità, e del suo rappresentante legale (art. 1441 c.c.). Non rilevano le ragioni dell'altro contraente che è posto in grado di conoscere lo stato di interdizione: la sentenza di interdizione viene infatti annotata (oltre che nel registro delle tutele che esiste in ogni Tribunale) a margine dell'atto di nascita nei registri di stato civile (art. 423 c.c.), che sono pubblici, cioè accessibili a chiunque abbia interesse a consultarli.

L'istituto non ha rilevanza esclusivamente patrimoniale, ma si estende anche all'ambito delle attività personali e familiari: l'interdetto giudiziale, infatti, non può contrarre matrimonio (art. 85 c.c.), non può riconoscere un figlio naturale (art. 266 c.c.), non può fare testamento (art. 591 c.c.). Il matrimonio e il testamento posti in essere dall'interdetto sono annullabili su istanza di chiunque vi abbia interesse (art. 119, comma 1, e art. 591, comma 3, c.c.), il riconoscimento di un figlio naturale è annullabile su istanza del rappresentante dell'interdetto e dall'autore del riconoscimento, dopo la revoca dell'interdizione (art. 266 c.c.).

È naturale peraltro – ma merita di essere precisato – che l'interdetto è comunque titolare dei diritti inviolabili dell'uomo previsti dall'art. 2 Cost. e che non può essergli precluso, per quanto lo consentano le sue condizioni, il compimento di atti che interessano la sua sfera personale, in particolar modo la sua salute. In questa direzione sembra essersi mosso, sporadicamente, anche il legislatore speciale. La l. 22.5.1978, n. 194, che disciplina l'interruzione volontaria della gravidanza, consente (art. 13) anche alla donna interdetta di richiedere personalmente l'intervento, che viene autorizzato dal giudice tutelare, sentito il parere del tutore.

<sup>22</sup> SCARDULLA, *Inabilitazione*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970; NAPOLI, *L'inabilitazione*, Milano, 1985.

<sup>23</sup> Alla base dell'inabilitazione stanno ancora prevalenti esigenze di natura patrimoniale: la misura restrittiva della capacità legale di agire è infatti collegata alla salvaguardia degli interessi economici sia dell'interdicendo che della famiglia.

È considerato sufficiente, peraltro, controllare l'incapace solo nel compimento dell'attività economica di maggiore importanza. All'inabilitato viene infatti nominato un curatore che lo assiste, prestando il suo assenso, nella sola attività di straordinaria amministrazione. Anche sul regime dell'inabilitazione ha inciso la novella introdotta dalla l. n. 6/2004: il nuovo testo dell'art. 427, comma 1, c.c. prevede infatti che, nella sentenza che pronuncia l'inabilitazione o in successivi atti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che "taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore".

Con riserva delle eventuali eccezioni previste dalla sentenza di inabilitazione, gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dall'inabilitato senza il consenso del curatore (e senza l'autorizzazione del giudice tutelare) sono annullabili, su istanza del curatore o dell'inabilitato (art. 427, comma 2, c.c.). Se l'atto annullabile è un contratto, non rilevano le ragioni dell'altro contraente che è posto in grado di conoscere lo stato di inabilitazione: la sentenza di inabilitazione è, infatti, sottoposta allo stesso regime di pubblicità che è previsto per la sentenza di interdizione (art. 423 c.c.).

escluso che prodigalità (intesa come tendenza a dilapidare il proprio patrimonio), alcolismo o tossicodipendenza siano rilevanti in sé, in assenza di effettive patologie mentali. Infine, possono essere inabilitati anche “il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un’educazione sufficiente” (art. 415, comma 3, c.c.). Anche in questo caso non può mai rilevare una semplice infermità fisica<sup>24</sup>.

Anche per la persona alla quale, per maggiore età, sarebbe spettata la condizione di capacità legale di agire, il codice civile tracciava una rigida alternativa, legata alla condizione di infermità mentale, tra capacità e incapacità. Un’alternativa resa in origine meno drastica dalla misura – per così dire intermedia tra capacità e interdizione – dell’inabilitazione. Un’alternativa ora non più solo mitigata, ma decisamente superata dalle misure di protezione legate all’amministrazione di sostegno.

#### **4. Le eccezioni alla regola: gli atti per i quali è stabilita un’età diversa**

L’indagine sulla condizione giuridica del minore deve essere arricchita da una serie di considerazioni che è opportuno sviluppare in due direzioni distinte.

La prima è quella verso la quale ci conduce lo stesso art. 2, comma 1, c.c., che apre la via all’individuazione degli atti per il compimento dei quali è stabilita un’età diversa dalla maggiore età: si tratta di ipotesi di anticipazione della capacità legale di agire. La seconda direzione traccia una via diversa che conduce, per così dire, al di là e al di fuori dell’art. 2 c.c., nel tentativo di circoscrivere la portata dell’apparente regola generale restituendola al suo preciso significato.

Questa distinzione di fondo si intreccia con una diversa, e altrettanto significativa, direttrice dell’indagine: lo stretto legame dell’incapacità di agire con l’area dell’attività contrattuale. Per un verso, l’incapacità ha sicura incidenza sul contratto

Alla curatela dell’inabilitato si applicano, per espressa disposizione di legge, le regole previste per la curatela dei minori emancipati (art. 424, comma 1, c.c.). Fanno eccezione, oltre alle regole che presiedono alla scelta del curatore e alla durata dell’ufficio (che sono identiche a quelle dettate per la tutela: art. 424, comma 3, e art. 426 c.c.), anche le norme che, come si è già accennato, consentono all’inabilitato solo la continuazione e non anche l’inizio dell’esercizio di un’impresa commerciale (art. 425 c.c.).

L’inabilitato ha la piena capacità di compiere tutti gli atti personalissimi: può sposarsi, riconoscere un figlio naturale, fare testamento.

<sup>24</sup> Il testo originario dell’art. 415, comma 3, c.c. si riferiva al “sordomuto”: la sostituzione con l’espressione “sordo” (operata in tutte le disposizioni vigenti) si deve alla l. 20.2.2006, n. 95, che ha introdotto una nuova disciplina in favore dei minorati auditivi.

Ai ciechi la l. 3.2.1975, n. 18 accorda specifiche misure di protezione che non incidono sulla loro piena capacità legale di agire.

Perché si giunga ad un provvedimento di inabilitazione è sempre necessario che la cecità o la sordità abbiano prodotto uno stato di infermità di mente. L’art. 415, comma 3, c.c. stabilisce ancora che, quando il cieco o il sordo siano del tutto incapaci di provvedere ai loro interessi, può farsi ricorso all’interdizione: questa norma deve ora essere coordinata con l’istituto dell’amministrazione di sostegno, al quale la legge accorda evidente preferenza.

in generale, ma questo non significa che l'istituto sia del tutto irrilevante in ambito non contrattuale. Per altro verso, esistono contratti dove la regola dell'incapacità subisce eccezioni o deroghe.

Tra gli atti per il compimento dei quali è stabilita un'età diversa dalla maggiore età compaiono, infatti, figure assai diverse tra loro.

Una prima categoria è costituita dai c.d. atti personalissimi, che solo il diretto interessato può compiere. Vi rientrano il matrimonio, atto che l'incapace non può compiere, ma che nessuno può evidentemente compiere per lui, il riconoscimento di un figlio naturale, il testamento (atto personalissimo in quanto non ammette rappresentanza, benché a contenuto patrimoniale). Proprio perché l'atto non può essere compiuto in nessun modo durante la minore età, per alcuni atti personalissimi è prevista un'eccezionale anticipazione della capacità legale di agire prima del compimento del diciottesimo anno di età. Il minore che abbia compiuto sedici anni, ad esempio, può riconoscere il proprio figlio naturale (art. 250, ultimo comma, c.c.). Dopo avere stabilito, al comma 1, che "i minori di età non possono contrarre matrimonio", l'art. 84 c.c. consente, al comma 2, che il minore, in eccezionali circostanze ("gravi motivi") e "accertata la sua maturità psico-fisica", possa essere autorizzato dal giudice a contrarre matrimonio, purché abbia compiuto i sedici anni. Questi atti, durante lo stato di incapacità legale di agire, non possono essere compiuti affatto, o meglio non possono essere validamente compiuti: il che significa, come di regola, che, se compiuti, sono annullabili (art. 117, comma 2, e 119 c.c. per il matrimonio; art. 250, ultimo comma, e 266 c.c. per il riconoscimento di un figlio naturale; art. 591 c.c. per il testamento). Il regime di annullabilità per incapacità legale di agire varia, per questi atti, rispetto a quello previsto per l'annullabilità del contratto ed è, di volta in volta, diverso per i singoli atti in ragione della loro particolare natura. Così il matrimonio del minore può essere annullato su istanza dei coniugi, dei genitori del minore e del pubblico ministero, ma la domanda di persone diverse dai coniugi "deve essere respinta, ove, anche in pendenza del giudizio, il minore abbia raggiunto la maggiore età ovvero vi sia stato concepimento o procreazione e in ogni caso sia accertata la volontà del minore di mantenere in vita il vincolo matrimoniale" (art. 117, comma 2, c.c.). Al contrario, il testamento, per la sua natura di atto di ultima volontà, "può essere impugnato da chiunque vi ha interesse" (art. 591, ultimo comma, c.c.).

Il quadro degli atti personalissimi che il minore può compiere prima dell'acquisto della generale capacità di agire può essere completato con riferimento ad alcune importanti manifestazioni di volontà di natura squisitamente personale. Compiuti i sedici anni, il minore non può essere riconosciuto come figlio naturale senza il suo assenso (art. 250, comma 2, c.c.); è richiesto il consenso del figlio legittimo sedicenne convivente con i genitori per l'inserimento in famiglia del figlio naturale riconosciuto da uno dei genitori stessi (art. 252, comma 2, c.c.); il minore che abbia compiuto i quattordici anni non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso (art. 7, comma 2, l. 4.5.1983, n. 184, nel testo modificato dalla l. 28.3.2001, n. 149).

Ma esiste un'area di anticipazione della capacità legale di agire che ha natura certamente patrimoniale. Si è già visto che, in via eccezionale e previa autorizzazione del giudice, il sedicenne può essere ammesso a contrarre matrimonio (art. 84, comma 2, c.c.): in tal caso egli è anche capace di prestare il consenso a tutte le eventuali convenzioni matrimoniali, con l'assistenza dei genitori (art. 165 c.c.). Sempre all'età di sedici anni il soggetto diventa capace di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere dell'ingegno da lui create (art. 108, l. 22.4.1941, n. 633, sulla protezione del diritto d'autore, nel testo modificato dall'art. 13, l. 8.3.1975, n. 39): è certamente capace di stipulare personalmente contratti che coinvolgono il diritto d'autore<sup>25</sup>.

Deve inoltre essere ricordato – anche se l'indagine deve essere rinviata al commento del comma 2 dell'art. 2 c.c.<sup>26</sup> – il contratto di lavoro del minore, per il quale la rilevanza dell'incapacità di agire è oggetto di controverse opinioni.

Molto delicata è, infine, la materia delle operazioni di sfruttamento economico degli attributi della personalità che coinvolgono minori. La rilevanza patrimoniale degli atti di disposizione dei diritti della personalità dovrebbe indurre – e induce la dottrina e la giurisprudenza prevalenti – a ricondurre tutta questa area alle regole generali di capacità contrattuale, e in particolare all'art. 2 c.c. Si tratta di una soluzione che applica semplicisticamente una logica di stampo patrimoniale in una materia che conosce un intreccio strettissimo tra profili esistenziali e profili economici, e dove “qualsiasi attività di ‘amministrazione del patrimonio’ si traduce di fatto in un controllo sulla libera costruzione dell'identità del soggetto”<sup>27</sup>. Ma la critica ad una tesi “culturalmente datata” non può condurre ad una scelta di autonomia senza controllo, in un settore dove i rischi di pregiudizio (non solo patrimoniale) suggeriscono di non abbandonare completamente le difese offerte dall'istituto dell'incapacità<sup>28</sup>.

#### 4. Le eccezioni alla regola: l'incapacità di intendere e di volere

Come si è visto, l'intero sistema del Libro I del codice civile – diretto a regolare la condizione giuridica delle persone fisiche e l'idoneità a compiere una valida attività giuridicamente rilevante – è fondato sulla rigida distinzione tra soggetti le-

<sup>25</sup> CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, 85; v. *ivi*, 86, il riferimento ai contratti tra minori e banche.

<sup>26</sup> V. *infra*, § 8.

<sup>27</sup> Così RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 310-311, al quale si deve un'ampia indagine sul tema, particolarmente attenta ai profili comparatistici.

<sup>28</sup> Ancora RESTA G., *op. cit.*, 315, opta per una soluzione intermedia, che “ampli gli spazi di libertà decisionale del minore, senza incrinare eccessivamente il quadro delle garanzie individuali”. L'A. segnala, infatti, che, per un verso, l'incapacità del minore rischia di legittimare “fenomeni di sfruttamento della personalità di bambini ed adolescenti da parte dei loro genitori” (*ivi*, 311), mentre, per altro verso, la piena capacità del minore potrebbe lasciarlo “completamente indifeso rispetto alle lusinghe del mercato” (315).

galmente capaci e soggetti legalmente incapaci di agire. Il sistema mirava – e, in parte, mira tuttora – ad offrire garanzie di certezza, dato che consente di conoscere *a priori* la condizione dei soggetti: prima del compimento dei singoli atti è già noto quali siano i soggetti in grado di compierli validamente, quali i soggetti che non sono in grado di farlo e, in questo caso, quali i soggetti chiamati ad agire in sostituzione di chi è escluso.

La certezza richiede un alto grado di semplificazione: la distinzione tra soggetti capaci e soggetti incapaci comporta fatalmente l'adozione di criteri indifferenziati e aprioristici (età, provvedimenti del giudice) e la tendenziale esclusione di una valutazione concreta. Ad evitare gli eccessi di una semplificazione senza appello, il sistema prevede dei limitati correttivi che consentono di dare specifica rilevanza all'effettiva e concreta incapacità di fatto di un soggetto legalmente capace. Il che avviene quando una persona maggiorenne e non interdetta, quindi legalmente capace di agire, “provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere” nel momento in cui l'atto è stato compiuto (art. 428, comma 1, c.c.)<sup>29</sup>.

È consentito al soggetto legalmente capace di avvalersi del regime di protezione offerto dall'annullabilità dell'atto, ma a condizioni assai più gravose di quelle legate alla condizione di incapacità legale. La prova dell'incapacità d'intendere o di volere nel singolo atto è già, di per sé, ben più difficile della quanto mai semplice attestazione dello stato di incapacità legale che risulta *a priori* rispetto a qualunque

<sup>29</sup> Sull'incapacità di intendere o di volere esiste, da sempre, un'ampia letteratura. V. COVIELLO, *L'incapacità naturale di contrattare*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, II, 237; DEGNI, *L'infermità di mente nella teoria del negozio giuridico*, *ivi*, 1911, 197; ASCOLI, *Incapacità naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 484; FUNAIOLI, *L'incapacità di intendere e di volere nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. privato*, 1944, I, 10; STOLFI, *In tema di incapacità naturale del testatore*, in *Foro it.*, 1947, I, 45; PUGLIATTI, *Insania mentale e incapacità di testare*, in *Temì*, 1948, 414; RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950; TRABUCCHI, *Ancora sull'incapacità a fare testamento*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 1304; BUSNELLI, *L'incapacità d'intendere e di volere nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Foro padano*, 1962, I, 955; BESSONE, *L'incapacità di intendere e di volere nel riconoscimento dei figli naturali*, in *Giur. it.*, 1966, I, 2, 270; PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale ed incapacità di intendere e di volere*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 466; TRABUCCHI, *Incapacità di intendere o di volere, scelta del rito matrimoniale e costituzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 329; SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, 280; BOCCHINI, *Incapacità naturale e tutela della "salute"*, in *Dir. e giur.*, 1976, 935; DE ACUTIS, EBENE, ZATTI, *La cura degli interessi del malato*, *cit.*, 122; GALLETTA, *Sull'annullamento del contratto stipulato dall'incapace di intendere e di volere*, in *Giur. it.*, 1981, I, 615; RESCIGNO, *L'incapacità naturale e la trascrizione del matrimonio religioso*, in *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti in onore di Nicolò*, Milano, 1982, 167; PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contratto e impresa*, 1987, 759; ID., *Incapacità naturale*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989; GUARNERI, *Malafede e danno nell'interpretazione dell'art. 428 c.c.*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, *cit.*, 489; BONILINI, *Il testamento dell'infermo di mente*, *ivi*, 511; FURGUELE, *Il matrimonio dell'infermo di mente*, *ivi*, 587; VENCHIARUTTI, *L'annullamento del matrimonio*, in *Nuova giur. comm.*, 1989, I, 104; LOI, *Le successioni testamentarie*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1992, 144; SACCO, *Il consenso*, in *Tratt. Rescigno*, X, 2, Torino, 1995, 172; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, *ivi*, VI, 2, Torino, 1997, 54; PESCARA, *Le figure dell'incapacità naturale nell'art. 428 c.c.*, *ivi*, IV, 3, Torino 1997, 867; MAURINI, *L'incapacità naturale*, Padova, 2002.

attività. È poi necessaria l'ulteriore dimostrazione del grave pregiudizio che dall'atto derivi o possa derivare all'incapace naturale. Nei contratti, inoltre, da tale pregiudizio, dalla qualità del contratto o altrimenti, deve risultare la malafede dell'altro contraente (art. 428, commi 1 e 2; art. 1425, comma 2, c.c.)<sup>30</sup>.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, rende evidente che la tutela dell'incapace naturale non è incondizionata, ma limitata dall'esigenza di tenere conto anche degli interessi della controparte<sup>31</sup>.

Prima dell'avvento della recente riforma del sistema di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, l'art. 428 c.c. rappresentava l'unico strumento di protezione dei soggetti che, sebbene non interdetti o inabilitati, fossero di fatto incapaci d'intendere o di volere. Di qui gli sforzi interpretativi – sia della giurisprudenza che della dottrina – diretti ad estendere la protezione offerta dalla norma riducendo il rigore e il significato dei requisiti necessari alla sua applicabilità, fino a “costruire” uno strumento generale di protezione del soggetto in condizioni di *handicap*<sup>32</sup>. Se tuttavia era possibile vedere nell'art. 428 c.c. un indubbio elemento di attenuazione della rigidità del sistema della capacità legale di agire, era per altro verso altrettanto difficile negare l'origine e la *ratio* dell'incapacità naturale come istituto funzionale allo schema di base – costituito dall'alternativa capacità/incapacità legale – diretto alla produzione di “conseguenze giuridiche opposte a quelle che produrrebbero le situazioni legali inerenti alla capacità”<sup>33</sup>.

In questo quadro, l'art. 428 c.c. ha tutte le caratteristiche di una norma “compatibile con la logica della disciplina ordinaria del contratto e degli atti giuridici, proprio perché, con i requisiti del pregiudizio e della malafede della controparte, garantisce una forte tutela dell'affidamento”<sup>34</sup>, soddisfacendo non tanto esigenze di tutela della persona quanto, piuttosto, esigenze di sicurezza della circolazione.

<sup>30</sup> Si tratta di una norma chiaramente dettata per gli atti tra vivi a contenuto patrimoniale (contratti e atti unilaterali diretti a regolare interessi di natura patrimoniale). È infatti escluso dall'ambito di operatività dell'art. 428 c.c. il testamento, per il quale è prevista un'espressa disciplina dell'annullamento per incapacità naturale, assimilabile a quella dell'annullamento per incapacità legale (art. 591, comma 2, n. 3, c.c.). È certamente escluso il matrimonio contratto in stato di incapacità d'intendere o di volere (la specifica disciplina è contenuta nell'art. 120 c.c.). Dubbi sorgono per il riconoscimento di un figlio naturale, per il quale manca una norma espressa in tema di incapacità naturale, ma che è certamente inopportuno ricondurre all'art. 428 c.c. Una disciplina specifica è anche prevista per la donazione fatta da persona incapace d'intendere e di volere (art. 775 c.c.).

<sup>31</sup> Quest'ultima, in particolare, può avere legittimamente confidato nella validità del contratto e il suo interesse è preso in considerazione dalla legge dato che la condizione di incapacità naturale non è, al contrario della condizione di incapacità legale, conoscibile *a priori*, prima del compimento dei singoli atti. Più in generale può dirsi che, mentre attraverso l'incapacità legale di agire si tende sia a prevenire ogni pregiudizio per l'incapace (protezione preventiva, realizzata attraverso la sostituzione dell'incapace nel compimento di atti giuridici), sia a consentire l'eliminazione del pregiudizio che si sia verificato (protezione successiva, legata all'annullamento degli atti compiuti), attraverso la rilevanza accordata all'incapacità naturale si realizza esclusivamente una limitata protezione successiva dell'incapace.

<sup>32</sup> BOCCHINI, *op. cit.*, 935.

<sup>33</sup> FALZEA, *Capacità*, cit., 196.

<sup>34</sup> DE ACUTIS, EBENE, ZATTI, *op. cit.*, 131.

Se l'art. 428 c.c. rappresenta un'eccezione al sistema di capacità/incapacità legale della persona, una vera regola di rilevanza della capacità/incapacità naturale del soggetto (come dato rilevante in sé, indipendentemente dalla condizione di capacità o incapacità legale) è possibile rinvenire nell'area della responsabilità civile (art. 2046 c.c.)<sup>35</sup>. Non sono mancate, invero, interpretazioni dell'art. 2046 c.c. che ne registrano il dato letterale in chiave di esclusione – e non di affermazione – dei presupposti dell'imputabilità: ne sono sintomo evidente le letture della norma in chiave di “esimente” da responsabilità. Si tratta di un'impostazione che – individuando l'incapacità di intendere o di volere in negativo, come eccezione alle regole

<sup>35</sup> Anche sull'art 2046 c.c. esiste, da sempre, un'ampia letteratura. V. CAPACCIOLI, *Responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 259; SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 207; MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria*, in *Dir. e giur.*, 1960, 44; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964; COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966; FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 941; CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969; TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 90; ROSSI CARLEO, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 126; BESSONE, *Fatto illecito del minore e regime della responsabilità per mancata sorveglianza*, in *Dir. famiglia*, 1982, 1014 ss.; VISINTINI, *Imputabilità e danno cagionato dall'incapace*, in *Nuova giur. comm.*, 1986, II, 119; CHIANALE, *In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1525; MANTOVANI, *Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e maestri d'arte*, in ALPA, BESSONE *La responsabilità civile*, Torino, 1987, II, 1; CORSARO, *Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 225; VENCHIARUTTI, *La responsabilità civile dell'incapace*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 1988, 497; SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1187; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989; CENDON, *Infermità di mente e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1991, 81; ROMEO, *In tema di responsabilità dei genitori per l'illecito del figlio minore*, in *Dir. e giur.*, 1992, 546; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca. Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2046-2048 (2<sup>a</sup> ed. Bologna-Roma, 2004); CENDON (a cura di), *Infermità di mente e responsabilità civile*, Padova, 1993; MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994; PELLECCIA, *L'art. 2047 c.c. tra anacronismi e pericolose fughe in avanti: ovvero, quando l'infermo di mente, il “sorvegliante” e il danneggiato sono tutte vittime*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1067; CHIANALE, *Responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 301; PARDOLESI, *Danni cagionati da minori: pagano sempre i genitori?*, in *Fam. dir.*, 1997, 221; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1998, 104; DI CIOMMO, *Minore “maleducato” e responsabilità dei genitori*, in *Danno e resp.*, 1998, 1087; COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 656; DI CIOMMO, *L'illiceità (o antigiuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 c.c. (o 2047)*, in *Foro it.*, 2001, I, 3098; PATTI, *Responsabilità dei genitori: una sentenza in linea con l'evoluzione europea*, in *Famiglia*, 2001, 1174; MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in *Tratt. Bessone*, X, 2, Torino, 2002, 1; COMPORTI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2002, I, 353; ID., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 2044-2048, Milano, 2002, 53.

che descrivono la condizione del soggetto legalmente capace – si richiama alla generale sistemazione degli istituti che regolano il diritto delle “persone fisiche”<sup>36</sup>.

È discusso se la regola prevista dall’art. 2046 c.c. possa essere estesa al di fuori dell’area degli atti illeciti, cioè se sia possibile dare rilevanza alla capacità d’intendere e di volere per categorie di atti che abbiano caratteristiche più simili a quelle degli atti illeciti piuttosto che a quelle degli atti di gestione dei propri interessi di natura patrimoniale (contratti e atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale) per i quali è richiesta la capacità legale di agire: si pensi, ad esempio, ai meri atti materiali che consistono in una diretta modificazione del mondo esterno non accompagnata da una manifestazione espressa di volontà. L’opinione favorevole, autorevolmente sostenuta<sup>37</sup>, tende a ravvisare nell’art. 2046 c.c. la regola di “capacità necessaria per la riferibilità al soggetto degli atti non negoziali”.

## 5. Regole diverse: la capacità di discernimento

L’art. 2, comma 1, c.c. sembra attribuire all’incapacità legale di agire del minore un significato e una portata tendenzialmente illimitati: la formula che fissa nella maggiore età il momento di acquisto della “capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un’età diversa” è scritta dal legislatore con i termini della regola generale. L’esame degli istituti posti dal codice a protezione del minore sembra confermare questa impressione: il minore, in quanto incapace, è sostituito nell’attività giuridica dal rappresentante legale e soggetto alla potestà dei genitori o alla tutela.

Fino alla fine degli anni ’60 dello scorso secolo queste considerazioni avrebbero esaurito l’indagine sulla condizione giuridica del minore: il civilista che si occupava di minori ne studiava l’incapacità legale di agire e il quadro era quello di un rassicurante ordine concettuale garantito da una rigida e ordinata semplificazione del trattamento riservato al soggetto di diritto.

<sup>36</sup> I risultati di questa linea interpretativa dell’art. 2046 c.c. sono visibili nella storia del mancato coordinamento tra gli art. 2047 e 2048 c.c. Se l’art. 2048 c.c. viene interpretato – secondo quanto avveniva in passato e avviene, talvolta, tuttora – come creativo di una responsabilità del genitore o del tutore per *culpa in vigilando* o *in educando* e, dunque, di una responsabilità *per fatto proprio*, l’art. 2047 c.c. costituisce, nell’area dell’incapacità legale di agire, un inutile doppione e diviene dunque applicabile al solo soggetto legalmente capace di agire, ma incapace d’intendere o di volere. Anche qui, dunque, si ripropone una visione dell’incapacità naturale come eccezione alla capacità legale. La storia interpretativa delle due norme le ha condotte a un diverso coordinamento, più razionale e simmetrico, che trova ormai concorde la dottrina, ma che non è sempre seguito dalla giurisprudenza. L’art. 2048 c.c. dovrebbe ormai risultare applicabile al solo *atto illecito* della persona capace d’intendere e di volere (con conseguente responsabilità solidale dei genitori o del tutore che non esclude la responsabilità del minore) e l’art. 2047 c.c. *al fatto dannoso* della persona incapace d’intendere o di volere (con conseguente responsabilità esclusiva di chi appare sorvegliante dell’incapace).

<sup>37</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 210.

Un'analisi che si limitasse oggi a restituire questo quadro di riferimento sarebbe tutt'altro che completa. Il rassicurante ordine che aveva sorretto le tradizionali ricostruzioni è scomparso da tempo, da quando la riflessione degli studiosi e dei giudici minorili ha imposto un vero e proprio "statuto" dei diritti del minore, fondato sui principi che legittimano la preminenza del suo interesse nel rapporto educativo<sup>38</sup>.

Resta ancora vero che i principi incontrano la "porta stretta" del dogma<sup>39</sup>, lo schermo indifferenziato dell'incapacità legale di agire. Ma se gli strumenti del diritto civile non riescono a tradurre in chiare regole la bellezza dei principi, è ormai indiscutibile che un tempo – quello in cui il diritto si è limitato a descrivere in sintesi la condizione del minore, affidandosi alla sola incapacità legale di agire – è finito.

L'indagine sulla condizione del minore deve quindi percorrere una via diversa e alternativa rispetto a quella tracciata dall'art. 2 c.c. e al suo regime di regola generale, derogata dalle eccezioni previste dalla legge: una via che conduce, per così dire, al di là e al di fuori della disposizione del codice. Si tratta di una via obbligata, se si muove dall'idea che la regola generale sia tale solo in apparenza e che i principi che non riesce ad accogliere la ridimensionino, restituendola al suo preciso significato storico.

È necessario domandarsi, in altri termini, se questa dimensione generale dell'incapacità legale di agire, che preclude al privato la possibilità di esercitare i

<sup>38</sup> Il rinnovamento è legato, oltre che all'opera della giurisprudenza minorile degli anni '60 e '70, all'impegno della dottrina. Devono essere ricordati, in particolare, i contributi di CIVIDALI, *L'art. 333 e la sua applicazione nella prassi giudiziaria: prospettive presenti e future*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 306; MORO, *I diritti del minore*, in *Esperienze rieducative*, 1973, 8, 5; POGGI, *Patria potestà e autonomia del minore*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 329; BESSONE, *Educazione del minore, diritti della personalità e ratio legis dell'art. 2 Cost.*, in *Foro padano*, 1975, 345; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1976, sub art. 30-31, 101; BAVIERA, *Diritto minorile*, Milano, 1976; DOGLIOTTI, *Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice*, in *Giur. di Merito*, 1976, I, 44; GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1352; DOGLIOTTI, GIACALONE, SANSÀ, *I diritti del minore e la realtà dell'emarginazione*, Bologna, 1977; DE CRISTOFARO, BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, cit.; BUSNELLI, GIARDINA, *La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 203; BUSNELLI, *Capacità e incapacità del minore*, in *Dir. famiglia*, 1982, 54; MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 1117; GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, cit.; ID., *Minore, I Dir. civ.*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990; GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, Napoli, 1994; CENDON (a cura di), *Il bambino e le cose*, Milano, 1993; QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995; MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 1996; QUADRATO, *Il ruolo dei genitori dalla "potestà" ai "compiti"*, Bari, 1999; TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003; GIARDINA, *La capacità del minore in relazione all'esercizio dei suoi diritti*, in *L'avvocato del minore*, Quaderni AIAF, 260; ZATTI (a cura di), *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti"*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, Suppl. fasc. 3; LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005.

<sup>39</sup> L'immagine è di ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., 250.

suoi diritti, sia ancora oggi adeguata o se non sia invece più opportuno restituire alla regola di incapacità del minore la sua dimensione originaria di strumento diretto a consentire la miglior cura degli interessi patrimoniali dell'incapace. Si tratta, cioè, di chiedersi se esistano aspetti non più di eccezione alla regola (ammessi dalla regola stessa), bensì di irrilevanza della regola di incapacità del minore.

In particolare, può apparire ingiustificato invocare una regola di matrice patrimoniale per condizionare al raggiungimento della maggiore età la capacità di porre in essere le attività necessarie all'esercizio di alcuni diritti inviolabili dell'uomo sanciti dalla Costituzione, come il diritto di riunirsi pacificamente (art. 17), il diritto di associarsi (art. 18), il diritto di professare la propria fede religiosa (art. 19), il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21), il diritto alla tutela della salute (art. 32). Il che dovrebbe indurre a ripensare anche l'estensione delle prerogative del genitore nelle scelte legate alla persona del minore, man mano che si sviluppa la naturale "capacità" – non legale, ma effettiva – del minore di porre in essere scelte espressive autonome.

In un passato non molto lontano, si poteva leggere nei trattati di diritto civile che, "se si potesse considerare il figlio come oggetto, anziché soggetto di diritto, il rapporto potrebbe configurarsi come identico od analogo a quello che si ha nel diritto di proprietà" o a quello "fra Stato sovrano e cittadino suddito"<sup>40</sup>. Si deve all'attenta opera dei giudici tutelari e dei Tribunali per i minorenni, costantemente diretta a garantire l'interesse del minore<sup>41</sup>, il completo e irreversibile tramonto di questa impostazione.

In questa direzione sono ormai orientati non solo il pensiero degli interpreti, ma anche gli interventi del legislatore speciale che, in alcuni casi, hanno aggirato l'area di rilevanza dell'incapacità legale di agire del minore, sottraendole varie attività di natura personale. Gli interventi più significativi riguardano materie dove è preminente l'esigenza di tutela della salute; il riferimento alla persona non ancora maggiorenne prescinde dal riferimento ad un'età diversa dal diciottesimo anno, quasi a segnare un abbandono della logica dell'art. 2 c.c.

Già l'art. 95, l. 22.2.1975, n. 685, sulla "Disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope" consentiva esplicitamente anche ai minori di richiedere personalmente e autonomamente gli interventi terapeutici e riabilitativi previsti dalla norma. Ora il d.p.r. 9.10.1990, n. 309 (t.u. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nel riordinare la materia, recepisce all'art. 120 il dettato dell'art 29, l. 26.5.1990, n. 162, e ribadisce la possibilità per il minore di ricorrere agli accertamenti diagnostici e ai trattamenti necessari, in piena autonomia e con garanzia dell'anonimato (comma 2).

<sup>40</sup> CICU, *op. cit.*, 349.

<sup>41</sup> Sono ormai celebri le pronunce che hanno autorizzato interventi medici necessari al minore e rifiutati dai genitori, primo tra tutti lo storico decreto della P. Arezzo, 24.4.1963, in *Arch. ricerche giur.*, 1964, 406, che autorizzò una trasfusione di sangue indispensabile al minore, superando l'opposizione dei genitori testimoni di Jeova, poiché "l'esercente la potestà non ha il diritto di disporre della vita e della salute del minore".

La l. 22.5.1978, n. 194, che disciplina l'interruzione volontaria della gravidanza, prevede (art. 12) che la donna minore possa chiedere personalmente l'intervento e ottenerlo anche senza l'assenso dei genitori, ricorrendo all'autorizzazione del giudice tutelare, quando "vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi" (comma 2); l'autorizzazione non è necessaria, e dunque la minore può agire in perfetta autonomia, nei casi in cui l'intervento sia urgente a causa di un grave pericolo per la salute della donna (comma 3).

Più in generale, la tutela della salute del minore sembra esigere modalità di accertamento del suo consenso, in ordine ai trattamenti sanitari, che risultino adeguate al grado di maturità raggiunto, fino a consentire spazi di autonomia in presenza di una piena capacità di scelta. Il che può valere per diversi campi nei quali la decisione del paziente, fondata sull'informazione che dona fondamento al consenso, esprime marcati profili di espressione della personalità: si pensi, tra le altre ipotesi, alla sperimentazione clinica o al rifiuto di terapie<sup>42</sup>.

Nel tracciare le linee di uno "statuto" dei diritti del minore, hanno assunto sempre maggiore importanza numerose Convenzioni internazionali: tra le altre, assumono particolare rilievo la Convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo del 20.11.1989 (ratificata con l. 27.5.1991, n. 176), e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, approvata a Strasburgo il 25-1-1996 (e ratificata con l. 20.3.2003, n. 77).

Ma anche la normativa internazionale non esclusivamente mirata alla protezione del minore non dimentica i "diritti del bambino" (art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: i bambini "possono esprimere liberamente la loro opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità"). E la Convenzione di Oviedo del 4.4.1997 (Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina) utilizza per le "persone che non hanno la capacità di dare consenso" una formula interessante: "Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità" (art. 6).

Infine, deve essere ricordata l'ampia formulazione (contenuta nel comma 5 dell'art. 1, l. 4.5.1983, n. 184, in materia di adozione, nel testo introdotto con l. 28.3.2001, n. 149) del "diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia", "assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età,

<sup>42</sup> Per la sperimentazione, il consenso informato dei genitori "deve comunque rispecchiare la volontà del minore" (d.lg. 24.6.2003, n. 211, che recepisce la direttiva 2001/20/CE); sul punto v. il quadro ricostruttivo proposto da PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007, 286. Sul rifiuto di terapie è noto il caso della piccola Ketha, la cui maturità ha orientato la decisione del giudice minorile (Trib. min. Brescia, 22.5.1999, in *Nuova giur. comm.*, 2000, I, 209) verso il rispetto della volontà della paziente: sul tema v. le osservazioni di PELLECCCHIA, *La salute dei minori tra autodeterminazione, potestà e intervento del giudice*, in *Giustizia minore?*, cit., 103, e di PICCINNI, *op. cit.*, 314.

di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore”. E nella stessa legge il costante riferimento, in molti e decisivi momenti del procedimento di adozione, alla “capacità di discernimento” dell’adottando rappresenta la conseguenza logica del raggiunto rispetto della personalità del minore.

Dall’incapacità legale di agire del minore alla capacità di discernimento del minore, si potrebbe essere tentati di dire, tracciando idealmente la linea che separa due ordini di grandezze incomparabili. Mentre l’incapacità legale di agire è un istituto di raffinata genesi ed elaborazione dogmatica, la capacità di discernimento nasce nei testi delle Convenzioni internazionali come punto di riferimento orientativo per l’espressione di alcune libertà fondamentali. La Convenzione ONU impone agli Stati parti di garantire “al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa”, precisando che “le opinioni del fanciullo” debbano essere “prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità” (art. 12). La Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei minori riconosce il diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione, “nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un’autorità giudiziaria, al minore che è considerato nel diritto interno come avente una capacità di discernimento sufficiente” (art. 3). Il legislatore dell’adozione del 2001 ha indubbiamente inteso accogliere questa raccomandazione.

Ma è soprattutto sull’espressione usata che occorre riflettere. Mai il legislatore interno si era spinto a usare il termine “capacità” al di fuori degli istituti tipici di riferimento (con l’eccezione dell’uso al plurale del termine, con significato del tutto atecnico, nell’art. 147 c.c.). Mai il legislatore aveva parlato per il minore di “capacità”, anche quando gliene aveva attribuito l’eccezionale anticipazione, anche quando aveva dato al minore la possibilità di esprimere un decisivo assenso o consenso. Ne era un esempio – e ne è tuttora un esempio nella parte che è rimasta inalterata – l’art. 7 della legge sull’adozione che delineava, e delinea tuttora, in termini generali la condizione e il ruolo del minore nel procedimento di adozione, differenziando le sue possibilità di intervento e decisione a seconda dell’età e del grado di maturità raggiunti. Le diverse “capacità” – del minore ultraquattordicenne di accettare o meno l’adozione, del minore ultradodicenne di esprimere un parere necessario – erano frutto di ricostruzioni dottrinali, spesso dettate dall’esigenza di valorizzare il ruolo attivo del minore nella procedura di adozione. Ora la “capacità” di discernimento del minore è scritta non più solo negli studi della dottrina, ma dalla penna del legislatore.

La disciplina dell’adozione rappresenta, come le è consueto – e come è avvenuto per tutti gli interventi del legislatore che si sono succeduti per modificare l’istituto dal 1967 ad oggi – una fuga in avanti del diritto della famiglia, un piccolo sistema che spesso anticipa le trasformazioni più generali del più ampio sistema in cui è inserito. Non è difficile immaginare che potrà apparire ben presto inadeguato quanto alla nuovissima “capacità di discernimento” del minore non fa ancora riferimento. Si pensi ai molti e diversi procedimenti nei quali sono coinvolti i minori, per i quali non è da escludere che la disciplina dell’adozione eserciti ancora una volta un ruolo trainante.

Un ruolo trainante la legge del 2001 ha certamente già avuto sull'evoluzione delle norme del codice civile che sono state modificate in occasione della riforma dell'adozione. È interessante notare che gli art. 330, 333, 336 c.c. hanno assunto un nuovo volto: si tratta di novità di ordine processuale – si pensi al difensore del minore che compare all'art. 336 c.c. – ma anche di ordine sostanziale. In particolare, l'allontanamento del genitore o del convivente dalla residenza familiare – previsto dagli art. 330 e 333 c.c. a tutela del minore – è un rimedio del tutto nuovo che conduce queste norme all'epilogo della loro storia. Appaiono veramente lontani i tempi nei quali gli art. 330 e 333 c.c. venivano sacrificati all'art. 318 c.c. per costringere il minore nella casa del genitore e nei quali il giudice minorile si comportava come “braccio secolare della patria potestà”<sup>43</sup>.

La “capacità di discernimento” del minore compare poi nel testo dell'art. 155 *sexies* c.c. (inserito nella disciplina della separazione dei coniugi dall'art.1, comma 2, l. 8.2.2006, n. 54, che ha disciplinato l'affido condiviso dei figli), come criterio di valutazione, per il giudice, dell'opportunità di ascoltare il minore di dodici anni (per il minore ultradodicesimo, l'ascolto sembra necessario).

Resta, peraltro, da valutare il significato effettivo dei vari riferimenti alla “capacità di discernimento”, che apre la via all'ascolto del minore. Nulla è detto sulla rilevanza dell'opinione del minore ai fini della formazione del convincimento del giudice. Il problema è rilevante sia sul piano processuale che sul piano sostanziale. Sotto il primo profilo, l'audizione del minore non può essere intesa come un mero strumento istruttorio, utile per verificare i fatti rilevanti in causa, ma come un diritto processuale del minore, diretto ad attuare un momento formale del procedimento<sup>44</sup>. Sul piano sostanziale, lo scopo delle previsioni normative è quello di racco-

<sup>43</sup> Così Trib. min. Bologna, 23.10.1973 (decr.), in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 549.

<sup>44</sup> In questo senso debbono essere lette le modifiche apportate dalla l. n. 149/2001 ai procedimenti *de potestate* (cfr. art. 336, comma 4, c.c.) ed a quelli diretti alla dichiarazione dello stato di adottabilità (cfr. artt. 8, comma 4, 10, comma 2, 15, commi 2 e 3, 17, l. n. 184/1983), che attribuiscono al minore la qualità di parte in senso formale e sostanziale, prevedendo l'obbligo della difesa tecnica. Negli stessi termini dovrebbe essere intesa la partecipazione del minore ai procedimenti di separazione e divorzio dei suoi genitori (art. 155 *sexies*, comma 1, c.c.).

In materia di adozione v. Cass., sez. I, 10.6.2011, n. 12739 (in *Famiglia e dir.*, 2012, 37, con nota di TOMMASEO, *Per una giustizia “a misura del minore”: la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*): «In tema di adozione, l'audizione del minore, non rappresentando una testimonianza o un altro atto istruttorio bensì un momento formale del procedimento deputato a raccogliere le opinioni e i bisogni rappresentati dal minore, deve svolgersi in modo tale da garantire l'esercizio effettivo del diritto del minore di esprimere liberamente la propria opinione e questo anche ascoltandolo da solo, vietando l'interlocuzione con i genitori e i loro difensori». In tal senso già Cass., sez. I, 26.1.2011, n. 1838, in *CED Cass.*, 2011; Cass., sez. I, 26.3.2010, n. 7282, in *Famiglia e dir.*, 2011, 268, con nota di QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*.

In materia di separazione v. Cass., S. U., 21.10.2009, n. 22238, in *Dir. famiglia*, 2009, 364, con nota di RUO, *The long long way del processo minorile verso il giusto processo*; in *Nuova giur. comm.*, 2010, 312, con nota di LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*; in *Famiglia e dir.*, 2010, 364, con nota di GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; in *Riv. dir. proces-*

gliere le opinioni e i bisogni rappresentati ed espressi dal minore, affinché la decisione giudiziale offra spazio e riconoscimento al suo interesse. Anche se formalmente non vincolante, il parere del minore che appaia capace di discernimento non può essere disatteso dal giudice. In altri termini, poiché la capacità di discernimento non può mai essere presunta o esclusa *a priori*, ma valutata solo attraverso l'ascolto del minore, essa non costituisce il presupposto, ma l'esito dell'ascolto. Quando il giudice ne verifichi l'esistenza, il suo accertamento dovrebbe aprire la via al rispetto della volontà del minore.

## 7. Regole diverse: l'amministrazione di sostegno

“La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi” riceve oggi – in virtù di un intervento del legislatore che ha novellato il codice civile (la l. 9.1.2004, n. 6) – una protezione del tutto nuova negli scopi e negli strumenti. L'abituale infermità di mente che renda la persona incapace di provvedere ai propri interessi, anche se grave, non conduce più necessariamente all'interdizione giudiziale, che deve essere adottata solo quando “ciò è necessario per assicurare... adeguata protezione” (così l'attuale testo dell'art. 414 c.c., a seguito della modifica operata dall'art. 4, comma 2, l. n. 6/2004). Resta inalterata, accanto alla nuova interdizione, la disciplina dell'inabilitazione, ma mutano le regole di procedura per entrambi gli istituti<sup>45</sup>.

La principale novità della l. n. 6/2004 non è nelle modifiche apportate agli istituti tradizionali. La novella, oltre a riformare gli art. 414 ss. c.c., ha modificato l'intitolazione e la struttura del Titolo XII del Libro I, che ora si occupa – non più

*suale*, 2010, 1418, con nota di DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento*.

Su tutta questa tematica cfr. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a “supernorme”*, in *Famiglia e dir.*, 2011, 401.

<sup>45</sup> I procedimenti diretti all'interdizione o all'inabilitazione possono essere promossi dalle persone indicate dal nuovo testo dell'art. 417 c.c. (introdotto dall'art. 5, comma 1, l. n. 6/2004): oltre alle persone legittimate dalla disciplina previgente (coniuge, parenti o affini nel grado indicato dalla legge, genitori e pubblico ministero) sono legittimati lo stesso interdicendo o inabilitando e la persona con lui “stabilmente convivente”. Poiché può giungersi al procedimento di interdizione in stato di (precedente) inabilitazione o, viceversa, al procedimento di inabilitazione in stato di (precedente) interdizione, possono, come in passato, promuovere i relativi giudizi coloro che avevano, rispettivamente, la cura o la tutela dell'incapace. Il giudice può pronunziare la misura meno grave dell'inabilitazione anche se gli è stata richiesta l'interdizione (art. 418, comma 1, c.c.); il giudizio di inabilitazione può trasformarsi in giudizio di interdizione con la procedura prevista dall'art. 418, comma 2, c.c. Ma può anche avvenire che non si adottino alcun provvedimento restrittivo della generale capacità legale di agire (art. 418, comma 3, c.c.). Infine, quando le condizioni della persona lo consentano, i provvedimenti di interdizione e inabilitazione possono essere revocati (art. 429 c.c.) e il provvedimento di interdizione può eventualmente essere convertito in una pronuncia di inabilitazione o in provvedimenti non restrittivi della generale capacità di agire (art. 432 c.c.). In entrambi i casi è possibile applicare lo strumento previsto dalla l. n. 6/2004: l'amministrazione di sostegno.

“Dell’infermità di mente, dell’interdizione e dell’inabilitazione”, bensì – “Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia”<sup>46</sup>.

Si tratta di un istituto duttile, che consente al giudice tutelare di adottare provvedimenti protettivi della persona senza privarla della generale capacità di agire. Alla persona che abbia necessità di essere assistita nella cura dei propri interessi viene nominato, con decreto motivato immediatamente esecutivo, un amministratore di sostegno (art. 404 c.c.). Il decreto di nomina – del giudice tutelare competente nel luogo dove la persona ha la residenza o il domicilio – determina la “durata dell’incarico, che può essere anche a tempo indeterminato”, l’“oggetto dell’incarico”, gli “atti che l’amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario” e “gli atti che il beneficiario può compiere solo con l’assistenza dell’amministratore di sostegno” (art. 405, comma 5, n. 2, 3 e 4). L’art. 409 c.c. chiarisce espressamente la portata della misura di protezione che deve essere mirata all’attività che richiede il sostegno della persona priva in tutto o in parte di autonomia: “Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti

<sup>46</sup> Il titolo XII del Libro I del codice civile si presenta ora diviso in due Capi. Il Capo II tratta – con le modifiche sopra indicate – “Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale”. Il Capo I – composto dai nuovi art. 404-413 c.c., originariamente compresi nel Titolo XI, ma rimasti vuoti numeri per l’abrogazione dell’istituto dell’affiliazione ad opera dell’art. 77, l. 4.5.1983, n. 184 – tratta “Dell’amministrazione di sostegno”, introdotta dall’art. 3 l. n. 6/2004.

Su questi temi, già prima della l. n. 6/2004, v. CENDON, *Infermi di mente e altri “disabili” in una proposta di riforma del Codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 117; PATTI (a cura di), *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione. Atti del convegno di studi su capacità e autonomia delle persone*, Quaderni Famiglia, Milano, 2002. La bibliografia successiva alla riforma è stata ricchissima: v., in particolare, DOSSETTI, MORETTI M., MORETTI C., *L’amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Milano, 2004; CALO’, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004; SASSANO, *La tutela dell’incapace e l’amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Rimini, 2004; CALO’, *La nuova legge sull’amministrazione di sostegno. Commento alla l. 9 gennaio 2004, n. 6*, in *Corriere giur.*, 2004, 7, 861; CAMPESE, *L’istituzione dell’amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e dir.*, 2004, 2, 126; CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell’incapacità di agire*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, II, 537; DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell’amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, II, 29; MORELLO, *L’amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, 3, 225; RUSCELLO, “Amministrazione di sostegno” e tutela dei “disabili”. *Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004, 2, 149; ROMA, *L’amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l’interdizione*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 993; BONILINI, *La designazione dell’amministratore di sostegno*, in *Studium iuris*, 2004, 9, 1051; VOCATURO, *L’amministrazione di sostegno: la dignità dell’uomo al di là dell’handicap*, in *Riv. notariato*, 2004, 242; ANTONICA, *L’amministrazione di sostegno: un’alternativa all’interdizione e all’inabilitazione*, in *Famiglia e dir.*, 2004, 437; FASSONE, *Più sostegno ai soggetti deboli grazie all’“amministratore”*. *Cambiano le regole sull’incapacità di agire*, in *Dir. e giur.*, 2004, 4; CALICE, *Commento agli art. 404 ss. cod. civ.*, in BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI (a cura di) *Codice civile ipertestuale. Aggiornamento*, Torino, 2004; CIAN, *L’amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 481; FERRANDO (a cura di), *L’amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005; PATTI (a cura di), *L’amministrazione di sostegno*, Quaderni Famiglia, Milano 2005; NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall’interdizione all’amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.

che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno" (comma 1). Indipendentemente dall'estensione delle misure di protezione adottate "Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana" (comma 2).

Il nuovo art. 409 c.c. manifesta con estrema chiarezza la sua portata di norma di rottura con la tradizionale impostazione del diritto delle persone che vuole la condizione del soggetto descritta dalla rigida alternativa tra capacità e incapacità legale di agire<sup>47</sup>.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno è tutto orientato dalla nuova logica che impone come prevalente l'interesse del soggetto protetto<sup>48</sup>. "La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario" (art. 408, comma 1, c.c.). Allo scopo "il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa" (art. 407, comma 2, c.c.).

<sup>47</sup> La disciplina dell'amministrazione di sostegno si confronta in vario modo con il precedente stato di incapacità legale della persona. "Il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta" (art. 405, comma 2, c.c.). "Se l'interessato è un interdetto o un inabilitato, il decreto è esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione" (art. 405, comma 3, c.c.); coerentemente il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno che concerne un interdetto o un inabilitato deve essere presentato "congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione davanti al giudice competente per quest'ultima" (art. 406, comma 2, c.c.). Alla scelta dell'amministrazione di sostegno si può giungere anche durante un giudizio di interdizione o di inabilitazione, nel quale il giudice che lo ritenga opportuno può, allo scopo, disporre la trasmissione del procedimento al giudice tutelare (art. 418, comma 3, c.c.).

<sup>48</sup> A tal fine il giudice tutelare ha, sia nel corso del procedimento diretto a pronunciare l'amministrazione di sostegno che in seguito, numerosi poteri d'ufficio. Può adottare "i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio" e nominare "un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è autorizzato a compiere" (art. 405, comma 3, c.c.). Può disporre "gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione" (art. 407, comma 3, c.c.). Può "modificare o integrare, anche d'ufficio, le decisioni assunte" (art. 407, comma 4, c.c.) e, infine, provvedere alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno "quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario"; in tal caso, se ritiene opportuno un giudizio di interdizione o di inabilitazione, trasmette gli atti al pubblico ministero (art. 414, ultimo comma, c.c.), che interviene sempre nei procedimenti relativi all'amministrazione di sostegno (art. 407, ultimo comma, c.c.).

Il giudice tutelare ha inoltre poteri di controllo sull'operato dell'amministratore di sostegno. Allo scopo il decreto di nomina deve contenere l'indicazione "della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario" (art. 405, comma 5, n. 6, c.c.). Per consentire un controllo sugli aspetti più propriamente patrimoniali dell'amministrazione di sostegno, inoltre, il decreto deve anche contenere l'indicazione dei "limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzazione delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità" (art. 405, comma 5, n. 5, c.c.).

Nella logica di massima valorizzazione della volontà della persona bisognosa di protezione, la legge consente che il ricorso al giudice tutelare, diretto a ottenere il provvedimento protettivo, possa essere proposto dallo stesso interessato, oltre che dalle persone indicate dall'art. 417 c.c. (art. 406, comma 1, c.c.) e dai responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona (art. 406, comma 3, c.c.). È inoltre prevista la possibilità per l'interessato di effettuare – mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata – una designazione preventiva, in vista di una eventuale futura incapacità, designazione dalla quale il giudice può discostarsi solo “in presenza di gravi motivi” (art. 408, comma 1, c.c.)<sup>49</sup>. Si tratta di una norma di indubbio significato, nella quale si è voluto ravvisare, tra l'altro, un primo riconoscimento della legittimità di manifestazioni di volontà dirette a regolare il futuro destino della persona, quasi una sorta di testamento biologico<sup>50</sup>.

Norma di grande rilievo, che richiede di essere sottolineata per il suo carattere di assoluta novità e di distanza dalla logica tradizionale di esclusione dell'incapace dall'attività che lo riguarda, è indubbiamente l'art. 410 c.c. La norma si apre con un'indicazione generale di condotta per l'amministratore di sostegno che “nello svolgimento dei suoi compiti...deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario” (comma 1). Ma la parte più interessante è il secondo comma, che impone all'amministratore di sostegno di “tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il bene-

<sup>49</sup> L'art. 408, comma 1, c.c. individua le persone che il giudice deve – ma non necessariamente, cfr. il comma 4 della norma – preferire nella scelta: il coniuge non separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata.

<sup>50</sup> Alcuni provvedimenti giurisprudenziali hanno cercato di dare concretezza alle direttive anticipate di trattamento attraverso il riferimento all'art. 408, comma 1, c.c. e alla possibilità di nomina dell'amministratore da parte dello stesso beneficiario. In tal senso T. Modena, 13.5.2008 (decr.), in *Foro, it.*, 2008, I, 2692, con nota di BONACCORSI, *Amministrazione di sostegno e disposizioni di fine vita*; T. Bologna, 4.6.2008 (decr.), in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); T. Modena, 5.11.2008 (decr.), in *Guida dir.*, 2009, 41, con nota di CENDON, ROSSI, *Individuato un neo-segno operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*; T. Prato, 8.4.2009 (decr.), in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); T. Modena, 14.5.2009 (decr.), in *Giur. di Merito*, 2009, 2692, con nota di COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*. In senso contrario si è espressa altra parte della giurisprudenza, che ha respinto le richieste di nomina dell'amministratore di sostegno da parte di soggetti pienamente capaci: così T. Roma, 1.4.2009 (decr.), e T. Firenze, 8.4.2009 (decr.), entrambe in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it). Diversamente, sulla necessità di valutare l'incapacità del beneficiario non al momento nel quale viene rilasciato il provvedimento di nomina, ma al tempo in cui l'amministratore assumerà l'incarico, FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e dir.*, 2009, 286.

In dottrina, in senso decisamente critico sull'utilizzo dell'amministrazione di sostegno come strumento di attuazione di direttive anticipate di trattamento, GENNARI, *La via giudiziaria al testamento biologico?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1828, e GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in *Famiglia e dir.*, 2008, 289.

ficiario stesso”. Si tratta di una disposizione che introduce una nuova logica di protezione della persona, non fondata sull’esclusione e sulla classica perdita di contatto dell’incapace con l’attività che lo riguarda. Il beneficiario dell’amministrazione di sostegno, in altri termini, non perde il controllo dell’attività che viene svolta nel suo interesse, come accade al soggetto protetto attraverso l’incapacità legale assoluta di agire. In caso di contrasto tra beneficiario e amministratore dunque – e non solo nei più gravi casi “di scelte o di atti dannosi” dell’amministratore “nel perseguire l’interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario” – il giudice tutelare può essere chiamato a intervenire con gli opportuni provvedimenti, su istanza dell’interessato oltre che del pubblico ministero e dei soggetti legittimati *ex art. 406 (art. 410 c.c.)*<sup>51</sup>.

## 8. La capacità del minore in materia di lavoro

Il secondo comma dell’art. 2 c.c. merita un’attenzione del tutto particolare, che impone all’interprete un’indagine molto più ampia di quella che la collocazione della norma sembra proporre. Un commento della disposizione in pura e semplice chiave di capacità di agire, in sintonia con la rubrica dell’art. 2, sarebbe riduttivo, poiché nel secondo comma è evocata la delicata materia del lavoro minorile, regolata da un complesso intreccio di fonti normative.

Com’è noto, prima della l. n. 39/1975, l’abrogato art. 3 c.c. dedicava alla “capacità in materia di lavoro” una disposizione più chiara ed esauriente, fissando al diciottesimo anno di età – con un’anticipazione rispetto alla generale capacità di agire, fissata al ventunesimo anno – la capacità di “prestare il proprio lavoro, stipulare i relativi contratti ed esercitare i diritti e le azioni che ne dipendono”. La formulazione, apparentemente garante di una tutela del minore nell’accesso al lavoro, era tuttavia contraddetta dall’inciso che faceva “salve le leggi speciali” che stabilivano un’età inferiore. Ed in effetti, nella vigenza dell’art 3 c.c. e fino agli anni ’60 dello scorso secolo, furono previste età assai inferiori per l’accesso dei minori al lavoro<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Per gli atti compiuti senza osservare le regole dettate dal decreto che pronuncia l’amministrazione di sostegno, l’art. 412 c.c. prevede la conseguenza dell’annullabilità, non solo per gli atti compiuti “personalmente dal beneficiario, in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l’amministrazione di sostegno” (comma 2), ma anche per gli atti “compiuti dall’amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge, od in eccesso rispetto all’oggetto dell’incarico o ai poteri conferitigli dal giudice” (comma 1). L’azione di annullamento – che spetta in entrambi i casi anche al beneficiario, oltre che all’amministratore, ai suoi eredi e aventi causa e, solo nella seconda ipotesi, anche al pubblico ministero – si prescrive nel termine di cinque anni che decorrono dal momento in cui è cessato il regime di amministrazione di sostegno (art. 412, comma 3, c.c.).

<sup>52</sup> In tempi ancora precedenti l’età minima per l’impiego di minori nel lavoro era genericamente indicata in 9 anni (l. 11.2.1886, n. 3657); in seguito venne innalzata a 12 anni, a 13 per i lavori sotterranei e a 15 per il lavoro notturno (l. 19.6.1902, n. 242, e r.d. 10.11.1907, n. 818, t.u. sul lavoro delle donne e dei fanciulli). Per una sintesi storica della disciplina v. TREU, *La tutela del minore nel diritto*

Anche se l'intento di protezione dei minori caratterizza il diritto del lavoro fin dalle origini, è assai tardivo l'adeguamento delle regole ai principi, persino dopo l'avvento della Costituzione, che pure dedica espressamente alla materia il secondo e terzo comma dell'art. 37. La norma costituzionale detta tre fondamentali precetti: contiene una riserva di legge in tema di età minima per l'ammissione al lavoro, sancisce il principio di specialità della tutela del lavoro minorile (differenziandolo così dal lavoro femminile, al quale era in precedenza assimilato), stabilisce il diritto del minore alla stessa retribuzione del lavoratore adulto, a parità di lavoro<sup>53</sup>. La protezione del lavoro dei minori è poi inserita, nella Costituzione, in un più ampio quadro di tutela dell'infanzia e della gioventù (art. 31, comma 2), con particolare riguardo all'istruzione (art. 34).

L'adeguamento delle regole ai precetti costituzionali è stato lento e tardivo. La determinazione dell'età minima di ammissione al lavoro è stata per lungo tempo affidata alla l. 26.4.1934, n. 653 – che è rimasta in vigore fino agli anni '60 – assai carente sul collegamento tra accesso al lavoro e obbligo scolastico<sup>54</sup>. Quanto alla parità di retribuzione, si tratta di un obiettivo lungamente ignorato, al pari del diritto alla retribuzione del figlio come corrispettivo del lavoro prestato nella famiglia<sup>55</sup>.

Un parziale adeguamento delle regole ai principi, in materia di età minima di ingresso nel mondo del lavoro, viene realizzato con l. 29.11.1961, n. 2328, emanata per adeguare la normativa italiana alle direttive OIL. Ma il riferimento all'età di 15 anni come minimo generale di età lavorativa conosce ancora ampie deroghe.

Un più completo intervento si deve alla successiva l. 17.10.1967, n. 977, che ha lungamente rappresentato la principale fonte normativa in materia di lavoro minorile, per la prima volta distinto dal lavoro femminile. L'antica logica di riferimento ad un'unica categoria di "mezze forze-lavoro" viene abbandonata a favore di soluzioni differenziate per i minori, bisognosi della particolare considerazione dovuta al coordinamento tra attività lavorativa ed esigenze di formazione scolastica e professionale. La legge n. 977/1967 è ancora vigente, benché "riscritta" dal successivo d.lg. 4.8.1999, n. 262 di "Attuazione della direttiva 94/3/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro" (a sua volta corretto e integrato dal successivo d.lg. 18.8.2000, n. 262). Ma il quadro normativo deve essere completato dal riferimento alle numerose fonti internazionali<sup>56</sup> e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE,

*del lavoro*, in DE CRISTOFARO, BELVEDERE, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, cit., 441.

<sup>53</sup> Cfr. TREU, *Rapporti economici*, I, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1979, sub art. 37, 204.

<sup>54</sup> L'unico, limitatissimo coordinamento era costituito dall'impossibilità di ammettere al lavoro i minori di anni 12 che non avessero conseguito la promozione dalla quinta classe elementare o dalla classe elementare più elevata nel luogo di residenza, salvo il caso di "incapacità intellettuale" debitamente certificata (art. 7): sul punto cfr. TREU, *La tutela del minore nel diritto del lavoro*, cit., 442.

<sup>55</sup> Cfr. GHEZZI, *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, 60-62, nonché TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 65.

<sup>56</sup> Tra le fonti internazionali v. la Convenzione OIL n. 138 del 1973 sull'età minima di ammissione al lavoro, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione OIL n. 182 del 1999

che all'art. 32 detta regole in tema di "Divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro". In particolare, dopo un generico divieto di lavoro minorile, la norma stabilisce che "L'età minima per l'ammissione al lavoro non può essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo", e che "I giovani ammessi al lavoro devono beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione".

Il riferimento alle leggi speciali che l'art. 2, comma 2, c.c. fa salve nella determinazione dell'età minima per l'acquisto della capacità di prestare lavoro richiama tuttora l'art. 1, l. n. 977/1977 nella sua attuale formulazione, successiva al d.lg. n. 345/1999. L'art. 1 dichiara l'applicabilità della normativa a tutti i minori di diciotto anni che abbiano un contratto o un rapporto di lavoro, anche speciale, quindi non necessariamente caratterizzato dal requisito della subordinazione. Il comma 2 distingue tra "bambino" (termine che ha sostituito l'originario "fanciullo") e "adolescente" non più, come in origine, soltanto sulla base del dato anagrafico (il compimento del quindicesimo anno di età), ma anche con riguardo al completamento dell'obbligo scolastico. La nuova formulazione dell'art. 1, introdotta dal legislatore del '99, è idealmente legata all'art. 3, che identifica i requisiti richiesti per l'acquisto della capacità di prestare lavoro non più soltanto nel compimento di un'età minima (il quindicesimo anno, comunque previsto come limite inderogabile), ma anche, in primo luogo, nella conclusione del periodo di istruzione obbligatoria.

Il coordinamento della disciplina del lavoro minorile con le inderogabili esigenze di istruzione e formazione del minore incontra non pochi elementi di criticità con riferimento alla disciplina dell'apprendistato, in ragione della difficoltà di qualificare il relativo rapporto come semplice rapporto di lavoro o, invece, come (anche) strumento di istruzione e qualificazione professionale; di recente, l'art. 48, comma 8, l. 4.11.2010, n. 183, e il t.u. sull'apprendistato (d.lg. 14.9.2011, n. 167) hanno previsto che gli obblighi di istruzione possano essere assolti anche attraverso l'apprendistato a partire dal quindicesimo anno di età.

Per i bambini, il divieto di lavoro è assoluto, con la sola eccezione prevista dall'art. 4, comma 2: lo svolgimento, dietro autorizzazione della direzione provinciale del lavoro e con l'assenso dei genitori, di "attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale".

Il difetto di età minima per l'accesso al lavoro – che la dottrina giuslavoristica comunemente definisce "capacità giuridica speciale" – si traduce in illiceità dell'oggetto del contratto, la cui nullità, posta a tutela del prestatore di lavoro, consente l'applicabilità dell'art. 2126, comma 2, c.c., con conseguente diritto alla re-

sulle peggiori forme di lavoro minorile e la Raccomandazione OIL n. 190 del 1999.

tribuzione<sup>57</sup>.

Il minore che lavora “è abilitato all’esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro”: egli può quindi percepire la retribuzione, recedere dal contratto di lavoro, aderire a un sindacato. Non è esplicitamente prevista la capacità del minore di stipulare personalmente il contratto di lavoro che era presente nell’abrogato art. 3 c.c. Le opinioni espresse al riguardo sono state le più varie: non è mancato chi ha affermato che la piena capacità del minore sarebbe implicitamente ammessa dalla formulazione dell’art. 2, comma 2, c.c.<sup>58</sup>, né chi, al contrario, ha ritenuto che, in assenza di un’espressa disposizione normativa, anche il contratto di lavoro richieda la rappresentanza legale dei genitori secondo le regole generali<sup>59</sup>, con conseguente annullabilità del contratto direttamente stipulato dal minore. Entrambe le opinioni presentano fondate ragioni, a riprova di una più generale ambiguità dell’incapacità legale di agire, che induce – accanto alla tentazione di eliminarne gli aspetti che sacrificano l’autonomia del minore – alla prudenza nell’abbracciare la scelta di un suo totale abbandono. Così, per il contratto di lavoro del minore, la posizione più equilibrata sembra quella di chi, facendo leva sulla soluzione adottata per alcune specie di lavoro marittimo e aereo dal codice della navigazione (art. 324, comma 1, e art. 901, comma 1), ritiene che il minore debba prestare il proprio consenso insieme ai genitori<sup>60</sup>.

L’incapacità legale di agire costituisce infatti, in questa materia, una formula riassuntiva di molteplici profili di protezione e rende rilevanti, in sintesi, i diversi interessi legati al contratto di lavoro. Una duplice esigenza è infatti collegata alla stipulazione di quest’atto: quella di tutelare l’autonomia del minore già capace di prestare il proprio lavoro, accanto a quella di garantire la conformità delle condizioni di lavoro all’interesse del minore e alle finalità educative. Libertà di contratto e tutela del minore rappresentano i poli di un’alternativa che resta inconciliabile solo se l’incapacità legale di agire continua a rappresentare il dogma che si può accettare o aggirare, ma sempre nella sua inespugnabile totalità.

## 9. Capacità e incapacità di agire

Una sintesi della condizione dell’uomo che non ha raggiunto la maggiore età, alla quale la rubrica dell’art. 2 collega la capacità di agire, deve seguire alcune linee obbligate.

<sup>57</sup> CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1985, 43.

<sup>58</sup> In questa direzione conduce l’ampia analisi di DE CRISTOFARO, *Minore età e contratto di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 362; per una critica puntuale e per un quadro complessivo dei diversi orientamenti interpretativi v. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., 58.

<sup>59</sup> SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 34.a ed., Napoli, 1985, 136.

<sup>60</sup> RESCIGNO, *Capacità di agire*, cit., 213; RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 316-317.

L'incapacità legale non spiega più i suoi effetti su "tutti quegli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa", bensì su quegli atti per i quali l'istituto abbia una nitida e persistente funzione di protezione. Così è per il contratto, ma non per tutti i contratti, poiché non per tutti i contratti esiste una simile esigenza. Se anche alla persona bisognosa di protezione è dato compiere "gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana" (art. 409, comma 2, c.c.), trova fondamento normativo una categoria un tempo considerata indeterminata ed evanescente: quella degli "atti minuti" che, anche se contrattuali, non sembrano più in grado di giustificare strumenti di protezione<sup>61</sup>.

L'incapacità legale tende a non rilevare nell'ambito delle attività di natura non patrimoniale, ma esistono alcuni atti natura personale dove esiste, a protezione della persona, una precisa regola di incapacità.

L'incapacità rileva – e ha regole specifiche che escludono istituti sostitutivi – nel compimento di atti personalissimi, per alcuni dei quali, tuttavia, è ammissibile una forma del tutto peculiare di "interpretazione" della volontà dell'incapace.

In alcuni casi l'incapacità legale si collega strettamente all'incapacità naturale, in altri ne prescinde e si muove secondo logiche proprie, esclusivamente formali.

Infine, l'incapacità legale è superata da un'effettiva condizione di discernimento, che la legge definisce "capacità", attribuendo al termine un significato del tutto nuovo.

L'incapacità, in tal modo, si frantuma, non soltanto in relazione alla natura dell'atto ma, più nel profondo, in ragione della sua idoneità a servire le esigenze dell'uomo che descrive. E tende ormai, con vocazione nuova, ad accompagnare più da vicino la vicenda di chi non è, o non è ancora, consapevole appieno della sua condizione.

Perché l'art. 2 c.c., dedicato all'individuo protagonista delle regole del gioco, protetto da un istituto che fu fondamentale strumento di ordine della soggettività, ha perso il suo ruolo portante. E l'interprete si avvede che le regole che presiedono alle vicende dell'uomo hanno avuto sulla disposizione normativa l'effetto di una dissolvenza.

<sup>61</sup> V. l'ampia indagine di CINQUE, *Il minore contraente*, cit., 98.