

Ai confini dell'autonomia

Raffaele Caterina

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le norme. – 3. I limiti dell'autonomia. – 4. Le direttive anticipate di trattamento sanitario. – 5. Le opinioni dei minori. – 6. La designazione dell'amministratore di sostegno. – 7. Due modelli.

1. In una serie (crescente) di ipotesi, il diritto attribuisce rilevanza alle dichiarazioni di volontà di una persona, senza tuttavia considerarle decisive. Quelle dichiarazioni di volontà devono essere prese in considerazione da un soggetto terzo, chiamato a decidere (perlopiù, il giudice); tale soggetto può, però, discostarsene.

In molti casi, la legge non fornisce indicazioni rispetto ai criteri che devono guidare la decisione. Ai confini dell'autonomia si individua, così, una classe di problemi simili. Non necessariamente le soluzioni dovranno coincidere; ma le opzioni aperte all'interprete mi sembrano, fundamentalmente, le stesse.

2. Un primo, importante gruppo di ipotesi riguarda i minori.

La stella polare è, ovviamente, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che, all'art. 12, prevede che il «fanciullo capace di discernimento» abbia «il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità», e che a tal fine si dia «in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne».

Tale previsione ha ispirato alcune novità legislative; può ispirare una rilettura di una serie di disposizioni già esistenti.

Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 155-*sexies* c.c., secondo cui il giudice, prima dell'emanazione dei provvedimenti di cui all'articolo 155, deve disporre l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento (prima dell'entrata in vigore della l. 8 febbraio 2006, n. 54, il giudice poteva, in sede di divorzio, ed ai fini dell'emanazione dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, sentire i figli minori qualora lo ritenesse «strettamente necessario anche in considerazione della loro età»). Ma si possono ricordare anche altre norme, a partire dall'art. 316 c.c., secondo il quale il giudice, prima di procedere alla nomina del tutore, deve sentire il minore che abbia raggiunto l'età di anni sedici.

Restano fuori dal nostro discorso le ipotesi in cui è necessario il consenso del minore, per cui, rispetto all'affidamento preadottivo e al-

l'adozione, non ci interessa tanto il caso del minore che abbia compiuto i quattordici anni, quanto il caso del minore dodicenne o anche di età inferiore, «in considerazione della sua capacità di discernimento», che deve essere sentito (l. 4 maggio 1983, n. 184, artt. 22 e 25).

Un discorso a sé merita l'art. 147 c.c., che impone ai coniugi di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto non solo delle capacità e dell'inclinazione naturale, ma anche «delle aspirazioni dei figli». Nel nuovo contesto, non è detto che tale norma debba conservare una portata meramente declamatoria. In ogni caso, in collegamento ad essa si deve leggere anche l'art. 316, che prevede che il giudice senta il figlio, se maggiore degli anni quattordici.

Un secondo gruppo di ipotesi riguarda le decisioni in ambito medico.

Innanzitutto, dobbiamo occuparci delle direttive anticipate di trattamento. In attesa di novità legislative, possiamo ancorare il nostro discorso alla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina. Secondo l'art. 9, «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione». In termini analoghi si esprime il Codice deontologico dei medici italiani, secondo cui «il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso» (art. 34).

Anche in questo campo, è poi interessante la situazione del minore. Secondo la Convenzione di Oviedo, «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).

Un ulteriore gruppo di ipotesi riguarda l'amministrazione di sostegno.

In primo luogo, l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, ma «in presenza di gravi motivi» il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso (art. 408 c.c.).

Ci interessa poi la disciplina dei doveri dell'amministratore di sostegno. L'amministratore di sostegno deve tener conto non solo dei bisogni ma anche delle «aspirazioni» del beneficiario. L'amministratore di sostegno deve «tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso» (art. 410 c.c.). Dunque l'opinione del beneficiario sugli atti da compiere non è decisiva ma è rilevante; anzi, in caso di dissenso tra amministratore e beneficiario è necessario informare il giudice tutelare.

Nelle ipotesi esaminate le dichiarazioni di volontà dell'interessato devono essere «tenute in considerazione», o devono essere rispettate salvo «gravi motivi».

Spesso, in sede di primo commento di queste norme, non si va oltre la constatazione che, se non ci si conforma alla volontà del soggetto, c'è l'obbligo di motivare. Resta da chiarire, però, quale sia il criterio di giudizio; quali siano le ragioni accettabili per disattendere le scelte dell'interessato.

3. Con qualche semplificazione, si possono individuare quattro diverse ragioni per disattendere le scelte di un individuo.

a) Innanzitutto, e ovviamente, le scelte di un individuo non sono decisive quando sono coinvolti gli interessi di altre persone. Le azioni di un soggetto possono produrre conseguenze negative in capo a terzi. Naturalmente non sempre il diritto interverrà a proteggere i terzi: tracciare i confini tra le sfere in cui opera la libertà dei diversi individui, e decidere quali sono i mezzi più adatti per presidiare tali confini, implica scelte tutt'altro che banali. Almeno in linea di principio, comunque, regolare il conflitto tra gli interessi di persone diverse costituisce una delle fondamentali funzioni del diritto.

b) In secondo luogo, la scelta di un individuo può essere disattesa quando si ritiene che non sia una vera scelta, che sia viziata nel suo procedimento di formazione. Così avviene ad esempio quando una scelta è basata su un errore di fatto, o è posta in essere in un momento di grande turbamento emotivo. In questo caso, disattendendo le scelte di un individuo si intende tutelare, paradossalmente, la sua stessa libertà.

Una ipotesi interessante è quella di un imprevisto mutamento delle circostanze su cui si fonda la scelta. Anche in questo caso, la scelta è viziata da erronei presupposti di fatto; anche in questo caso, il percorso argomentativo che conduce a disattenderla si basa su una ricostruzione della volontà ipotetica dell'individuo: «non avrebbe scelto così se avesse saputo che era successo il fatto x» (errore di fatto); «non avrebbe scelto così se avesse saputo che sarebbe successo il fatto y» (circostanza imprevista).

c) Si può disattendere una scelta perché si ritiene che essa sia dannosa per chi la compie. In questo caso la critica non va al procedimento di formazione della scelta, ma al suo contenuto. Disattendendo le scelte di un individuo si intende tutelare il suo interesse.

Naturalmente gli atteggiamenti descritti sotto b e c possono condurre a risultati analoghi. Una scelta rischiosa per la salute di un individuo potrà in molti casi essere ritenuta frutto di ignoranza, o distrazione. Almeno in linea di principio, però, i due atteggiamenti sono distinti. Qualche autore parla di *soft paternalism* e di *hard paternalism*¹.

¹ Cfr., ad es., J. Feinberg, *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford, 1986, 12 ss.

La differenza tra i due atteggiamenti emerge con molta efficacia da un noto passo di John Stuart Mill:

Se un agente in servizio, o chiunque altro, si accorgesse che una persona sta per attraversare un ponte dichiarato pericolante, e non ci fosse abbastanza tempo per avvertirla del pericolo, potrebbe agguantarla e tirarla indietro a forza senza ledere realmente la sua libertà, dato che la libertà consiste nel fare ciò che si desidera, e quella persona non desidera certo cascare nel fiume. Quando invece non c'è la certezza, ma c'è semplicemente il rischio di un male, è soltanto il diretto interessato l'unico che può giudicare se il motivo che lo spinge a correre il rischio è sufficiente o no; in questo caso, quindi (a meno che non si tratti di un bambino, o di uno che è in un tale stato di delirio o di eccitazione o di distrazione da non avere il pieno uso delle sue facoltà di riflessione), secondo me ci si dovrebbe limitare ad avvertire la persona del pericolo, senza usare la forza per impedirle di esporvisi².

Chi vuole attraversare un ponte pericolante di norma non sa che è pericolante, oppure non ha il pieno uso delle sue facoltà di riflessione. Ma se qualcuno decide consapevolmente di esporsi a un pericolo, secondo Mill il diretto interessato è «l'unico che può giudicare se il motivo che lo spinge a correre il rischio è sufficiente o no».

d) Infine, si possono disattendere le scelte di una persona perché esse sono immorali. Il moralismo interferisce con le scelte degli individui non perché esse sono inadeguate a perseguire i loro veri interessi, ma perché confliggono con principi morali che devono prevalere sui loro stessi interessi (non importa, in questa sede, quale sia la legittimazione di tali principi)³.

Naturalmente, esistono casi in cui le distinzioni che ho provato a tracciare appaiono sfumate, o problematiche.

Così, la distinzione tra paternalismo e moralismo sfuma quando si prendono in considerazione gli interessi immateriali delle persone. Finché una certa scelta causa o rischia di causare un evidente danno alla integrità fisica o al patrimonio delle persone (ad es.: non allacciare le cinture di sicurezza in automobile; assumere droghe pesanti; prendere denaro in prestito a tassi usurari), una restrizione alla libertà degli individui può sicuramente essere giustificata sulla base di una strategia paternalista. Ma se si vuole interferire con la scelta di un individuo perché, ad esempio, essa rischia di creare un danno alla sua reputazione, o al suo benessere psicologico, il discrimine dal moralismo è sottile.

² J.S. Mill, *La libertà*, in Id., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne* (tr. it. E. Mistretta), Milano, 1999, 200.

³ Sulla differenza tra paternalismo e moralismo giuridico, cfr., ad esempio, H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, 30 ss.

Quelle che si sono individuate sono strategie argomentative diverse per giustificare le interferenze nelle scelte degli individui; tali strategie possono sovrapporsi e in alcuni casi convergere su identici risultati. Tuttavia la distinzione tra di esse è di qualche utilità nell'analisi della nostra materia.

4. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle norme di cui ci occupiamo è troppo ricco per poterlo riassumere in poche pagine. È interessante tuttavia analizzare alcune significative prese di posizione nel quadro delle distinzioni che abbiamo tracciato.

Partiamo dalle direttive anticipate. In che senso esse devono essere «tenute in considerazione»?

Secondo il Comitato Nazionale di Bioetica⁴, «quando una persona redige e sottoscrive dichiarazioni anticipate, manifesta chiaramente la volontà che i suoi desideri vengano onorati, ma, al tempo stesso, indicando le situazioni di riferimento, manifesta altrettanto chiaramente la volontà di non assegnare ai suoi desideri un valore assolutamente (e cioè deterministicamente e meccanicamente) vincolante». Esiste uno «spazio per l'esercizio dell'autonoma valutazione del medico, che non deve eseguire meccanicamente i desideri del paziente, ma anzi ha l'obbligo di valutarne l'attualità in relazione alla situazione clinica di questo e agli eventuali sviluppi della tecnologia medica o della ricerca farmacologica che possano essere avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni anticipate o che possa sembrare palese che fossero ignorati dal paziente». Se il medico si forma il solido convincimento che i desideri del malato siano ancora attuali, «onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell'alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare». Ed è «altresi ovvio che se il medico, nella sua autonomia, dovesse diversamente convincersi, avrebbe l'obbligo di motivare e giustificare in modo esauriente tale suo diverso convincimento».

Le direttive, insomma, possono essere disattese solo se sono viziata da una informazione erronea o incompleta o se sono superate dal mutare delle circostanze.

Come si è sottolineato, il Comitato Nazionale di Bioetica, nell'interpretare le previsioni della Convenzione di Oviedo, «si discosta apertamente dal significato delle espressioni utilizzate poiché vincola sostanzialmente il medico al rispetto delle direttive anticipate salvo l'accertamento che, alla luce de progressi della scienza medica e/o della

⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003 (consultabile all'indirizzo http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf), 14-15.

ricerca farmacologica, le anzidette direttive siano carenti di attualità». In tal modo si attribuisce «efficacia piena al testamento biologico salva la verifica, secondo principi ben noti alla tradizione civilistica, che le circostanze in cui è maturata la volontà del malato non siano mutate al punto da renderla praticamente ineffettiva». «La necessità di discostarsi dalle scelte del malato ogniqualvolta se ne ravvisi la carenza di attualità, lungi dall'introdurre un qualsiasi profilo di autonomia nell'attività del medico, risponde unicamente all'esigenza di tutelare la stessa volontà del malato, il quale, qualora fosse stato in condizione di farlo, avrebbe espresso un diverso volere e, comunque, modificato le scelte precedenti»⁵.

La stella polare è dunque pur sempre la volontà del paziente, e non l'interesse del paziente, valutato dal medico o dal giudice secondo criteri estranei alla volontà del paziente stesso.

Naturalmente resta ben rappresentata, in dottrina, l'opinione secondo la quale «il quadro globale del nostro sistema positivo resta pur sempre ancorato alla protezione, in modo assoluto, del bene vita, anche oltre la volontà del soggetto»⁶.

Come è noto, tuttavia, la Corte di cassazione ha escluso «che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»; di fronte al rifiuto della cura, c'è, da parte del medico, «il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale», ma «allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»⁷.

In una sentenza recente, la Corte di cassazione ha considerato legittimo l'operato di un medico che aveva ignorato il cartellino «niente sangue» esibito da un testimone di Geova⁸. La decisione però si fonda sul principio che «nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo debba essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata» e deve esprimere «una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto «ideologica», ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria». La Corte non intende «sostenere che, in tutti i casi in cui il paziente portatore di forti convinzioni etico-religiose (come è appunto il caso dei testimoni di Geova) si trovi in stato di incoscienza, debba perciò solo subire un trattamento terapeutico contrario alla sua fede»; in tal caso, però il medico deve astenersi dal trattamento trasfusionale solo di

⁵ L. Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in «Famiglia», 2006, 435, 444 s.

⁶ In questi termini C. Venditti, *Sulle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in «Diritto e giurisprudenza», 2007, 181, 188.

⁷ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁸ Cass. 15 settembre 2008, n. 23676.

fronte a «una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerge la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita». Che si condivida o meno la soluzione a cui è giunta la Corte, ciò che interessa in questa sede è che ancora una volta al centro della scena non è la tutela paternalistica dell'interesse del paziente, ma la esigenza che la decisione del paziente sia informata, consapevole, ponderata, oltre che espressa in modo inequivoco.

Naturalmente si potrà anche ritenere che le declamazioni della Corte di cassazione nascondano una scelta in concreto assai poco rispettosa del principio di autodeterminazione. Anche se così fosse, sarebbe ugualmente significativo che la Corte si senta obbligata a giustificare la sua decisione sulla base della assenza di una «manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata» del dissenso del paziente, e non sulla base della irragionevolezza sostanziale di tale dissenso o della indisponibilità della vita.

5. Spostiamo ora la nostra attenzione sulle norme che prescrivono, in una serie di circostanze, di prendere in considerazione le opinioni del minore.

Le opinioni degli interpreti oscillano (non sempre con piena consapevolezza) tra impostazioni diverse.

Ormai molti anni fa, una autorevole dottrina aveva lucidamente riassunto le diverse funzioni che l'ascolto del minore può svolgere. «Il suo parere non vincolante potrà valere come: 1) informazione su certi fatti, tanto più qualificata quanto più la questione lo riguarda da vicino; 2) autovalutazione da parte del minore dei propri interessi, in una materia, però, in cui vi sono interessi altrui, concorrenti e non subordinati; 3) autovalutazione dei suoi interessi da parte di un minore di cui si vuole, però, accertare la maturità in relazione alla specifica scelta che deve essere compiuta»⁹.

Secondo la prima impostazione il minore è soltanto una fonte di informazioni; tali informazioni possono anche riguardare i suoi stati d'animo e le sue aspirazioni, ma è il giudice che, a partire da tali informazioni, dovrà prendere la decisione più corrispondente all'interesse del minore (eventualmente temperato con gli altri interessi considerati rilevanti).

Lo stesso autore sottolineava, però, che «è vero che volontà e interessi del minore non coincidono necessariamente, ma, così come per gli adulti, questa identità deve essere tendenzialmente affermata mano a mano che al minore venga riconosciuta una maturità sufficiente per la valutazione dei suoi interessi»; «in questo caso non è possibile disattendere le sue indicazioni se non quando i suoi interessi debbano es-

⁹ A. Belvedere, *L'autonomia del minore nelle decisioni familiari*, in M. De Cristofaro e A. Belvedere (cur.), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, 319, 324.

sere contemperati con interessi di altre persone: la libertà del minore, cioè, potrà essere limitata in nome non dei suoi interessi, ma di interessi altrui»¹⁰.

Fuori dal caso in cui si debba tener conto di interessi concorrenti con quelli del minore, «si può richiedere solamente il parere non vincolante del minore anche quando non si sia del tutto sicuri che è in grado di valutare esattamente i propri interessi coinvolti nella questione da decidere». Questa ipotesi però «implica necessariamente un più ristretto potere discrezionale da parte di chi decide, nel senso che potrebbe non attenersi alle indicazioni del minore solo quando queste rivelassero una perdurante immaturità», «cioè quando l'opinione da lui espressa non fosse semplicemente diversa da quella di colui cui spetta la decisione, ma apparisse irragionevole»¹¹.

Emergono così due impostazioni profondamente diverse. La prima considera l'opinione del minore un mero dato di fatto, di cui tener conto al fine di una decisione che spetta, in definitiva, al giudice. La seconda ritiene che il legislatore abbia semplicemente lasciato al giudice il compito di accertare, caso per caso, la maturità del minore; laddove il minore non dia segni di perdurante immaturità, il giudice dovrà attenersi alla sua volontà, considerando il minore stesso, in definitiva, il miglior giudice dei propri interessi.

La prima impostazione è stata a lungo assolutamente prevalente. In una sentenza emessa prima della entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n. 54, la Corte di cassazione ha affermato espressamente che ai fini dell'affidamento della prole il giudice «non può attribuire valore decisivo alla scelta preferenziale manifestata dai figli durante l'audizione, ma deve perseguire la soluzione che risulti essere, con certezza, quella più idonea a garantire la formazione della corretta personalità dei minori ed il loro armonioso sviluppo psicofisico», censurando una sentenza di merito che aveva in tema di affidamento dei figli attribuito «valore decisivo» alla loro «scelta preferenziale»¹².

Una autorevole dottrina, con riferimento alle ipotesi in cui il legislatore prevedeva l'audizione del minore, come necessaria oppure come facoltativa, poteva affermare, nel 2004, che «l'audizione del minore è stata costruita dal legislatore con un valore palesemente strumentale alla formazione del convincimento del giudice, e il minore, in simile contesto, è fonte di informazione, piuttosto che soggetto degli effetti della sentenza», pur rilevando che il diritto italiano, sotto questo profilo, si poneva «frontalmente in contrasto» con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo¹³.

¹⁰ Belvedere, *L'autonomia del minore nelle decisioni familiari*, cit., 323.

¹¹ Belvedere, *L'autonomia del minore nelle decisioni familiari*, cit., 324.

¹² Cass. 11 giugno 1991 n. 6621, in «Foro it.», 1993, I, 1247.

¹³ F. TOMMASEO, *Riflessioni sul processo civile minorile*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3945, 3961.

Deve essere sottolineato che la previsione dell'audizione del minore come meramente facoltativa sembra meglio compatibile con la concezione che la riduce a mera fonte di informazioni. In questo senso, l'art. 155-*sexies* c.c., prevedendo l'ascolto come obbligatorio in sede di separazione, sembra costituire un segnale importante di rivalutazione del ruolo delle opinioni del minore¹⁴.

La novità legislativa, insieme alla crescente sensibilità per il diritto convenzionale, hanno prodotto qualche segnale di cambiamento. Quanto meno, le opinioni sul peso da attribuire all'opinione del minore si sono fatte più articolate.

Così, pur continuando a ritenere che «l'opinione del minore deve entrare tra i fatti di sentimento oggetto di valutazione» da parte del giudice, si è scritto che «l'opinione del minore va valutata in relazione alla sua ragionevolezza, all'età e alla maturità del minore (il suo parere deve essere considerato in modo sempre più determinante tanto più è grande e maturo) e alla natura dei diritti in discussione (per esempio, quando si tratta di diritti personalissimi relativi all'affettività, alla salute, alle scelte politiche e religiose, alle inclinazioni speciali verso una scuola o professione, l'opinione del minore deve essere quasi sempre determinante anche vincendo la contraria volontà dei genitori)»¹⁵.

Con specifico riguardo all'affidamento del minore, una sentenza di merito ha precisato che pur non dovendo il giudice «limitarsi a ratificare acriticamente la volontà del minore», allo sviluppo della capacità di discernimento «è intimamente legato il grado di vincolatività che per l'autorità giurisdizionale chiamata a tutelare gli interessi del minore assumono le opinioni di quest'ultimo»¹⁶.

Quanto meno per i grandi minori, sembra dunque crescere l'opinione della tendenziale vincolatività delle volontà espresse (salvo che specifiche circostanze mettano in discussione la capacità di discernimento del minore, per una sua generale immaturità o per le pressioni psicologiche a cui è sottoposto).

È interessante notare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in una decisione finlandese che aveva negato l'affidamento di due minori al padre fondandosi esclusivamente sulla volontà

¹⁴ È noto che nella prassi l'obbligo di ascolto del minore è stato frequentemente disatteso. È ormai pacifico, però, che la omessa audizione immotivata del minore comporta la cassazione della decisione di merito, «dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificarne l'omesso ascolto» (Cass. 21 ottobre 2009, n. 22238). Naturalmente diventa cruciale comprendere con quanto rigore si chiederà al giudice di motivare l'incompatibilità dell'ascolto con gli interessi fondamentali dei minori.

¹⁵ P. Pazé, *Ascolto del minore: senza «paracadute» indagini a rischio*, in «Famiglia e minori», n. 7/2007, 11, 13.

¹⁶ Trib. Terni 31 luglio 2007, in «Giur. it.», 2008, 1142.

dei minori stessi. La Corte ha censurato il fatto che la decisione finlandese avesse «dato peso esclusivo alle opinioni espresse dai minori senza considerare alcun altro fattore, in particolare i diritti dell'attore come padre, in effetti attribuendo ai minori (...) un potere incondizionato di veto»¹⁷. La decisione della Corte non si fonda, in effetti, sul possibile contrasto tra volontà e interesse del minore, ma sull'esigenza di tener conto anche dei diritti del padre. Prevedere che il parere del minore non sia strettamente vincolante non serve solo a consentire una protezione paternalistica del minore, ma anche a lasciare uno spazio al giudice per conciliare i diversi interessi coinvolti.

6. L'art. 408 c.c. prevede che l'amministratore di sostegno possa essere designato dallo stesso interessato, «in previsione della propria eventuale futura incapacità», mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, ma che «in presenza di gravi motivi» il giudice tutelare possa designare, con decreto motivato, un amministratore di sostegno diverso.

Quali sono i «gravi motivi» che possono giustificare la scelta di discostarsi dalla designazione dell'interessato?

Innanzitutto sembra chiaro che l'analogia con l'art. 348 c.c., che pure è stata sottolineata in dottrina¹⁸, non deve essere sopravvalutata. Non è inconcepibile, infatti, che il controllo sulla designazione effettuata da un altro soggetto (nel caso dell'art. 348, dal genitore) sia effettuato secondo criteri diversi (e più severi) rispetto al controllo sulla designazione effettuata dallo stesso interessato (così come, in termini più generali, le scelte fatte dai genitori per il figlio sono sottoposte ad un maggiore controllo rispetto alle scelte che ogni individuo compie per se stesso).

Anche in questo caso, emergono due diverse impostazioni.

Da un lato, vi è chi sottolinea la «natura vincolante della designazione»; e ritiene che «il potere riconosciuto al giudice tutelare di prescindere dalla designazione dell'interessato sembra essere concesso in virtù della possibilità che la situazione si sia modificata dopo l'atto di nomina volontaria»: «una differente interpretazione dei 'gravi motivi' (...) rischierebbe di svilire il ruolo della volontà dell'interessato»¹⁹. Anzi, in questa prospettiva si ritiene dubbio che «il giudice possa legittimamente sindacare l'idoneità del soggetto indicato dal beneficiario quando ancora pienamente capace; quantomeno laddove nessun elemento nuovo sia sorto, tale da fondare un giudizio in questo senso»²⁰.

¹⁷ C. v. *Finland*, 9 maggio 2006.

¹⁸ G. Bonilini [e F. Tommaseo], *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Commentario del codice civile* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2008, 259.

¹⁹ S. Salito, P. Matera, *Amministrazione di sostegno*, in www.personaedanno.it.

²⁰ Salito e Matera, *Amministrazione di sostegno*, cit., nt. 40.

Parafrasando quanto è stato detto a proposito delle direttive anticipate, in tal modo si attribuisce efficacia pienamente vincolante alla designazione da parte dell'interessato «salva la verifica, secondo principi ben noti alla tradizione civilistica», che le circostanze in cui è maturata tale designazione non siano mutate al punto da renderla praticamente ineffettiva. Se si accoglie questa impostazione, i fatti che dimostrino la disonestà o l'inettitudine del soggetto designato possono avere rilevanza solo se sopravvenuti o comunque ignoti all'interessato al momento della designazione.

In una prospettiva diversa si pone chi enfatizza invece il criterio indicato dalla prima frase dell'art. 408 c.c., secondo cui la scelta dell'amministratore deve avvenire «con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario», e ritiene che il giudice possa disattendere l'indicazione dell'interessato quando «la persona eletta, in ragione della sua condizione complessiva, del *modus vivendi* e delle sue qualità, anche morali, non appaia obiettivamente idonea ad attendere adeguatamente ai compiti che il giudice ritiene di dover assegnare all'amministratore con riguardo al caso concreto»²¹.

Una posizione in qualche modo intermedia è assunta da chi, pur ritenendo che il giudice possa disattendere la scelta dell'interessato se l'amministratore non appare idoneo, sottolinea che il giudice può distaccarsi dalla designazione solo in «casi di particolare gravità», considerando anche che «l'amministratore di sostegno è destinato ad avere incontri frequenti con il beneficiario, sicché potrebbe risultargli sgradita la nomina d'un soggetto differente da quello da lui stesso eletto». Il giudice non potrebbe, ad esempio, discostarsi dalla scelta dell'interessato soltanto perché la persona indicata conduce «una vita disordinata, sbrigliata, non proprio in linea con il comune modo di vivere», ma solo se «sia convinto, in base a considerazioni oggettive, dell'inidoneità di detto soggetto a svolgere l'ufficio»; ad esempio ove «il designato abbia scarsissima competenza professionale, e gli atti, che dovrebbe compiere in qualità di amministratore di sostegno, richiedano, invece, specifiche competenze»²².

7. Nell'applicazione delle norme che attribuiscono rilevanza alle dichiarazioni di volontà di una persona, senza tuttavia considerarle decisive, sembrano emergere due modelli profondamente diversi.

Il primo modello considera le opinioni del soggetto interessato come dei semplici fatti; tali opinioni rivelano al giudice delle esigenze concrete, o anche semplicemente degli stati d'animo, di cui egli deve tener conto nell'elaborare (e nel coerentemente argomentare) una decisione che è volta a perseguire l'interesse della persona.

²¹ S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: Profili di diritto sostanziale*, in *La nuova giur. civ. commentata*, 2004, II, 44-45.

²² Bonilini [e Tommaseo], *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 260-261.

Il secondo modello invece considera le opinioni dell'interessato come dei veri e propri atti di autonomia. La valutazione dei propri interessi è rimessa all'interessato, e la sua volontà è di conseguenza tendenzialmente vincolante. La peculiarità di queste situazioni discende però, da un lato, dal fatto che non esistono esigenze di tutela dell'affidamento di terzi; dall'altro, dal fatto che esiste sempre un sospetto intorno alla effettiva capacità di intendere e di volere del soggetto che pone in essere la dichiarazione. Di conseguenza, il diritto, applicando, come si è già detto, «principi ben noti alla tradizione civilistica»²³, da un lato, riconosce ampia rilevanza alle sopravvenienze, dall'altro, consente al giudice di controllare, senza particolari formalismi, che la volontà non sia viziata da incapacità o da errore.

Nella contrapposizione usata da alcuni filosofi, il primo modello incarna un atteggiamento di *hard paternalism*, mentre il secondo modello incarna un atteggiamento di *soft paternalism*²⁴.

Ovviamente non si può escludere che un ordinamento adotti modelli diversi in diversi contesti.

Già sul piano letterale, è facile percepire la distanza tra affermare che un soggetto deve essere ascoltato, o che la sua opinione deve essere tenuta in conto, ed affermare che la sua decisione può essere disattesa solo in presenza di gravi motivi.

Ciò che più conta, però, è che le situazioni esaminate appaiono ben diverse sul piano sostanziale.

Qualche considerazione ulteriore si può spendere sul caso dei minori. L'incapacità dell'adolescente non è necessariamente legata alle sue minori capacità cognitive rispetto ad un adulto, quanto ad altri fattori, ad esempio la maggiore instabilità emotiva, o la tendenza ad attribuire minore rilevanza alle conseguenze di lungo periodo delle proprie azioni²⁵. L'adolescente può compiere scelte che non sono illo-

²³ Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., 445.

²⁴ Cfr. Feinberg, *Harm to Self*, cit., 12: «Il *soft paternalism* ritiene che lo stato abbia il diritto di impedire una condotta dannosa per chi la pone in essere (...) *quando ma solo quando* quella condotta è sostanzialmente non volontaria, o quando è necessario un intervento temporaneo per stabilire se essa sia volontaria o no. Nel caso in cui siano coinvolte due parti, il *soft paternalism* permetterebbe a B di aderire ad un accordo con A che sia pericoloso o dannoso per gli interessi di B, *se ma solo se* il consenso di B sia volontario. Nella misura in cui il consenso di B non sia pienamente volontario, il diritto è giustificato ad intervenire 'per il suo bene'. La frase 'per il suo bene' suona paternalista, ma il paternalista *soft* afferma che il diritto non deve preoccuparsi della saggezza, prudenza o pericolosità della scelta di B, ma piuttosto deve preoccuparsi se la scelta sia veramente sua (...) Dopotutto, nella misura in cui la scelta apparente di B discenda da ignoranza, costrizione, disturbo mentale, droghe o altri fattori che viciano la volontarietà, ci sono ragioni per sospettare che essa non venga dalla sua volontà, e che possa essere così estranea a lui come le scelte di qualcun altro».

²⁵ Cfr., ad esempio, L. Steinberg & E. Cauffman, *Maturity of Judgment in Adolescence: Psychosocial Factors in Adolescent Decision Making*, in 20 «Law & Human Behavior» 249 (1996).

giche o fondate su una insufficiente comprensione dei fatti, ma semplicemente ispirate da una scala di preferenze che è prevedibilmente destinata a cambiare profondamente nel giro di pochi anni; proprio per questo, si può ritenere necessario un controllo, quando le scelte del minore possono determinare conseguenze durevoli e importanti sulla sua vita, un controllo che, fuori da ogni ipocrisia, non può che considerarsi orientato all'interesse del minore, così come individuato dal genitore, dal tutore o dal giudice, e non dal minore stesso.

Tuttavia, anche per quanto riguarda i minori è difficile stabilire criteri generali. L'ordinamento ad alcuni specifici fini abbassa l'età raggiunta la quale la decisione del minore è vincolante, e non più sindacabile nel merito; di ciò si deve tener conto anche nel valutare il peso da attribuire all'audizione del minore. Laddove il minore quattordicenne ha un vero e proprio potere di veto, non si può non ritenere tendenzialmente vincolante anche l'opinione del tredicenne.

Si potrebbe allora ipotizzare che l'opinione del minore costituisca un vero e proprio atto di autonomia, tendenzialmente vincolante, nella fascia di età che si colloca immediatamente a ridosso di quella alla quale l'ordinamento ricollega l'acquisto della capacità per quello specifico atto; e costituisca invece una semplice fonte di informazione sulla situazione concreta ma anche sugli stati d'animo del minore quando tale età è più distante²⁶.

Un'ultima considerazione generale riguarda il rapporto dei due modelli che abbiamo delineato con il moralismo giuridico. Ovviamente, nessuno dei due modelli descritti attribuisce espressamente rilevanza alle personali convinzioni etiche del giudice (o del medico). È evidente, tuttavia, che sotto questo profilo il rischio di un'interferenza è più elevato se si ammette una generale valutazione dell'interesse del soggetto. Basti qui ricordare la questione, marginale ma esemplificativa, dei limiti in cui il giudice può sindacare la statura morale del soggetto designato come amministratore di sostegno.

²⁶ Una impostazione diversa, volta al radicale *empowerment* del minore, che limiti il controllo alla capacità di intendere (ovvero, nelle parole del legislatore, alla capacità di discernimento), e rispetti fino in fondo gli obbiettivi e le preferenze dell'adolescente, è teoricamente concepibile e ha un certo fascino eversivo, ma sembra molto lontana dai modi di pensare tuttora prevalenti.

