

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

SARA LANDINI

*Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari
di amministrazione di sostegno
e formalismo degli atti di ultima volontà*

CEDAM

► TRIB. VARESE, decr. 12.3.2012

SUCCESSIONE EREDITARIA - TESTAMENTO - FORMA DEL TESTAMENTO - TESTATORE AFFETTO DA SCLEROSI LATERALE AMIOTROFICA - VOLONTÀ DETTATE ALL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO - COMUNICATORE OCULARE - AMMISSIBILITÀ (cod. civ., artt. 409, comma 1°, 591, 602, 606; Convenzione sui diritti delle persone con disabilità di New York, 13.12.2006, artt. 3, 9; l. 3.3.2009, n. 18, artt. 1, 2)

Il paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica (SLA) può fare testamento dettando le proprie volontà all'amministratore di sostegno avvalendosi del comunicatore oculare, non potendosi ammettere che un individuo perda la facoltà di testare a causa della propria malattia, trattandosi di una discriminazione fondata sulla disabilità. Per i pazienti affetti da SLA, peraltro, deve ritenersi sussistente un vero e proprio diritto alla comunicazione non verbale, mediante l'utilizzo di un comunicatore a puntamento oculare.

dal testo:

Il fatto. I motivi. In data 17 gennaio 2012, con decreto n. 333/2012, è stata istituita, in favore di (nato il 1950 e residente presso la propria abitazione, ino), una amministrazione di sostegno, con designazione della sorella, quale soggetto deputato a coadiuvarlo nelle attività gestionali e amministrative, atteso il suo impedimento fisico. è affetto da sclerosi laterale amiotrofica (SLA), esordita nei primi mesi del 2005. Allo stato, si trova in respirazione meccanica attraverso tracheotomia dall'11 novembre 2008 e in nutrizione enterale attraverso PEG dall'agosto del 2008. All'esito degli accertamenti medici, è risultato essere perfettamente vigile, cosciente e ben orientato con pieno sensorio integro. Il beneficiario, tuttavia, presenta una grave tetra paresi per cui non è in grado di utilizzare gli arti per i movimenti finalistici (v. certificato in atti, dell'1 agosto 2011). In data 16 febbraio 2011, il beneficiario – in funzione del procedimento (allora

pendente – è stato sentito dal giudice, presso la sua abitazione. In quell'occasione, si è così accertato che, nella sua dimora, il beneficiario dispone di un comunicatore oculare che gli consente di esprimersi autonomamente. In sede di esame, il beneficiario, infatti, ha dichiarato di essere consapevole della pendenza del procedimento di amministrazione di sostegno ed ha chiesto di designare la propria sorella come amministratrice., insomma, è perfettamente capace di intendere e volere e, grazie al supporto delle nuove tecnologie, può anche esprimere la sua volontà e comunicarla all'esterno, senza alcun problemi. Vi è, tuttavia, che il beneficiario non può "firmare" le sue volontà, nel senso che, pur manifestando il suo volere non può sottoscriverlo in forma solenne. Orbene, in data odierna, l'amministratrice di sostegno ha presentato al giudice quelle che sarebbero le volontà testamentarie del beneficiario; volontà che, però, non possono essere tradotte in *testamenti factio* per la impossibilità fisica del fratello di firmare il negozio, eventualmente nello studio notarile prescelto. Ha, pertanto, chiesto di autorizzare la sua sostituzione, con rappresentanza, al beneficiario, per presentare ella stessa, come amministratrice, il testamento. Posto che, tuttavia, la stessa, come sorella, è comunque nominata tra gli eredi, ha anche proposto al giudice di valutare la eventuale nomina di un curatore speciale.

SlA e comunicazione non verbale

La SLA comporta, in danno del paziente, la progressiva perdita dei motoneuroni centrali e periferici, con un decorso atipico variabile da caso a caso ma con esiti infausti che la letteratura di settore non ha difficoltà a definire disastrosi per la qualità di vita, oltre che per la sopravvivenza. La patologia determina disfagia (ovvero la perdita progressiva e irreversibile della normale capacità di deglutizione), disartria (perdita dell'articolazione della parola) e una progressiva perdita del controllo dei muscoli scheletrici, con una paralisi che può avere estensioni variabili, anche in ragione delle condizioni soggettive concrete del paziente, pregresse o sopravvenute. La SLA, tuttavia, non altera le funzioni cognitive e sensoriali del malato e, anche nelle fasi più avanzate, colpisce soltanto il sistema motorio e risparmia tutte le altre funzioni neurologiche.

Alla luce di queste brevi premesse – e tenuto conto della situazione nel caso concreto – è agevole apprendere che, il paziente affetto da SLA conserva intatto il suo nucleo del volere: e, però, pur “potendo volere”, è racchiuso in una corteccia fisica aggredita dalla malattia che gli impedisce di esternare, con i canali tipici, le proprie volontà. Per far fronte alla “prigione” fisica in cui vengono a trovarsi i pazienti affetti da SLA, il progresso tecnologico ha elaborato e messo in commercio sistemi di comunicazione alternativi che consentono al paziente di comunicare con forme diverse da quella verbale. Spiccano, in questo ambito, i comunicatori a controllo oculare (o a “puntamento oculare”) che profitano dell’unico movimento ancora controllabile dal paziente: quello degli occhi. La credibilità scientifica di questi strumenti è riconosciuta dalla Comunità scientifica internazionale e dalle Associazioni di settore. Ciò che osta alla loro diffusione, infatti, non è la funzionalità degli stessi (nota e riconosciuta) ma il costo elevato che non li rende facilmente accessibili a tutti i pazienti, in assenza di specifiche disposizioni del sistema sanitario nazionale che riconoscano, invero, l’essenzialità di questi veicoli di comunicazione, per i pazienti affetti da SLA.

Il riconoscimento dell’importanza della comunicazione non verbale, mediante lettura del movimento oculare, in ogni caso, non costituisce solamente un mezzo di esternazione (anche giuridica) delle volontà, ma un atto di rispetto e celebrazione della dignità del malato, il quale solo in questo modo può tornare ad essere partecipe della società, della famiglia degli affetti e, soprattutto, solo in questo modo può tornare ad avere il governo della propria vita, mediante chiara e precisa rivelazione di ogni volontà e desiderio.

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, e ratificata dall’Italia per effetto degli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009 n. 18, riconosce espressamente (lett. *n* del preambolo) “l’importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte” (collocati nel novero dei “principi generali”, v. art. 3 della convenzione). La Convenzione, inoltre, all’art. 4 espressamente impone agli Stati Membri l’adozione di quelle misure

che garantiscano “l’accessibilità alla comunicazione”, così essendo riconosciuto che “comunicare è un diritto” della persona malata con disabilità e non una eventualità ancillare al diritto alla salute ed alla cura.

Alla luce delle riflessioni che precedono, deve affermarsi che il paziente gode del diritto a comunicare le sue volontà ed ha anche diritto a che le stesse siano rese effettive, nel senso che, in caso di impossibilità di accesso alle forme previste dalla Legge per beneficiarie di taluni Diritti, siano introdotte misure per evitare l’impasse e, quindi, la discriminazione in base alla malattia.

Si giunge, così, al caso di specie.

Se il paziente affetto da SLA ha desiderio di testamentare, ritenere che non possa farlo a causa della patologia, è una discriminazione inaccettabile che, al di là del quadro normativo internazionale sopra segnalato, si scontra con gli artt. 2 e 3 della Costituzione i quali non distinguono l’accesso ai diritti costituzionali in base alla capacità o meno di potere scrivere o muoversi (soprattutto dove il disponente sia pienamente capace di intendere e volere). Da qui, pertanto, la necessità di apprestare, in favore del paziente, meccanismi di “sostituzione” giuridica attraverso i quali il rappresentante raccolga la volontà del titolare del diritto e la renda efficace nell’ordinamento, sottoscrivendo gli atti in nome e per conto del rappresentato, nel rispetto del volere raccolto. Ebbene, una tale procedura è espressamente ammessa nell’ambito dell’amministrazione di sostegno che prevede, infatti, il meccanismo giuridico della rappresentanza sostitutiva, *ex* art. 409 comma I c.c.

Il problema che si pone, però, nasce dal fatto che, in questi casi, si ammetterebbe una rappresentanza in atti personalissimi e, peraltro, in situazioni giuridiche soggettive non necessariamente a contenuto patrimoniale. La Dottrina, infatti, colloca la volontà di testare negli atti personalissimi. Come noto, in linea astratta, al codice di rito non è estranea l’evenienza che un soggetto diverso dal titolare del diritto possa in taluni casi agire o resistere in un giudizio in sostituzione od in assistenza di quest’ultimo. L’indagine diventa però complessa là dove venga in rilievo una situazione soggettiva attiva rientrante nella categoria dei c.d. diritti personalissimi, rispetto ai quali l’insegnamento tra-

dizionale è che non sia possibile alcuna forma di esercizio disgiunto dalla titolarità. Tale assioma si è, però, andato sgretolando nella sua assolutezza, in tempi più recenti, grazie ai contributi della Dottrina ed alle spinte della giurisprudenza, soprattutto nel delicato settore degli adulti incapaci. La giurisprudenza più garantista così, ha ritenuto di dovere accedere alla più moderna concezione che non esclude la possibilità di una sostituzione anche nelle situazioni giuridiche soggettive con sostrato esistenziale (anche questo Ufficio, v. Trib. Varese, Ufficio V.G., decreto 20 aprile 2010). Gli istituti di protezione, infatti, hanno il principale fine di rimuovere quegli ostacoli che si frappongono tra il soggetto e la sua libera esplicazione della personalità e, dunque, oltre a poter costituire una figura che rappresenti il beneficiario/interdicendo possono tradursi nella istituzione di “una persona che accompagna le scelte esistenziali”, come, in particolare, gli studiosi dell’Amministrazione di sostegno tendono oggi a suggerire nell’elaborazione dottrinale più recente. Si tratta cioè di approdare ad un’interpretazione che valorizzi l’autonomia dei soggetti deboli in una prospettiva nel senso di rendere effettivo esercizio dei diritti laddove, come giustamente si è scritto, “se non vi è esercizio non vi è neppure titolarità”. Una interpretazione di segno diverso, dietro la difesa del diritto personalissimo, maschererebbe in realtà una sostanziale “espropriazione” di tal altri diritti, pure personalissimi e fondamentali: come quello alla separazione (cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099) o al divorzio. Il problema, così, si sposta: non astratta configurabilità della sostituzione, ma modalità e limiti della sua effettiva consistenza (ecco perché, alcuni in Dottrina hanno parlato di “procura di sostegno”). La soluzione preferibile è, dunque quella che salvaguarda il diritto dell’incapace a porre in essere i suoi atti personalissimi e gli fa dono di uno strumento flessibile e plastico perché ciò avvenga: se si sostenesse che l’incapace non può farsi sostituire dall’amministratore nel porre in essere gli atti personalissimi allora si dovrebbe accettare, di fatto, che i soggetti vulnerabili perdono, in concreto, quei diritti, in quanto non ne hanno più l’esercizio. Tesi non più accettabile alla luce del mutato quadro costituzionale, comunitario e internazionale. Certo: si

tratta di atti che debbono essere oggetto di specifico provvedimento autorizzatorio motivato e che devono trovare giustificazione nella volontà del beneficiario, come percepibile all’attualità o ricostruibile guardando al passato. Ma non possono essere negati per il solo fatto della infermità.

Quanto ai pazienti di SLA dotati di comunicatore oculare (“fortunati tra gli sfortunati”), deve dunque ammettersi che l’amministratore possa raccogliere le volontà testamentarie del beneficiario, riportarle in forma scritta su atto formale sottoscritto, *ex art. 409 comma I c.c.*, in nome e per conto del beneficiario, con i poteri di rappresentanza sostitutiva. In questo modo, insomma, l’amministratore diventerà strumento del beneficiario per confezionare un valido testamento olografo.

D’altronde, l’art. 591 comma 1 n. 2) esclude la capacità di testare per gli interdetti ma non per i beneficiari. Nel caso di specie, però, l’amministratrice sarebbe una delle eredi e, dunque, è opportuno designare un curatore speciale che provvederà come da dispositivo.

P.Q.M.

Letto ed applicato l’art. 409, comma I, c.c.

Nomina un curatore speciale, in persona dell’Avv., in favore di, nato a il1950, cui domanda, *ex art. 409, comma I, c.c.*, il potere di rappresentanza sostitutiva per la redazione di testamento olografo ai sensi dell’art. 602 cod. civ., nel rispetto rigoroso delle formalità che seguono:

- 1) Il Curatore si recherà a casa del beneficiario (entro il 31 marzo 2012) e, in presenza dell’amministratore di sostegno, chiederà al beneficiario stesso di redigere (a video), con il comunicatore oculare, il suo testamento. Della schermata a video il curatore dovrà raccogliere rappresentazione fotografica. A questo punto, il curatore riporterà le volontà del beneficiario su atto scritto di suo pugno, secondo le forme di cui all’art. 602 c.c. Ogni foglio sarà sottoscritto come segue: “il sottoscritto curatore Avv. in rappresentanza sostitutiva di e per suo conto, ai sensi dell’art. 409 c.c., giusta decreto del Tribunale di Varese del 12 marzo 2012”.
- 2) A questo punto, a cura del curatore, il testamento olografo verrà depositato in casa del be-

neficiario, in luogo da lui indicato e copia dello stesso, con le rappresentazioni fotografiche, verrà depositato agli atti del procedimento. In quel momento cessa la curatela speciale qui aperta.

3) L'amministratore ha il compito di raccogliere le eventuali revoche o modifiche al testamento, informando il giudice tutelare perché si provveda alla raccolta delle nuove volontà, dove sopravvenute.

4) Convoca il curatore per il giuramento, prima di assumere l'incarico. (*Omissis*)

[BUFFONE G. *tut.*]

Nota di commento: «*Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*» [★]

I. Il caso

Un soggetto affetto da sclerosi laterale amiotrofica (SLA), in respirazione meccanica ma ancora perfettamente vigile, cosciente e ben orientato con pieno sensorio integro, desidera fare testamento. Risulta, però, problematico tradurre il suo intento in *testamenti factio*.

Il beneficiario, infatti, pur essendo capace di intendere e volere e di manifestare la propria volontà, grazie ad un comunicatore oculare, non può sottoscrivere a causa di una paresi che gli impedisce di utilizzare gli arti per movimenti finalistici.

La amministratrice di sostegno ha pertanto chiesto di essere autorizzata alla sostituzione del beneficiario per presentare lei medesima il testamento. Dato che, tuttavia, la stessa, risulta chiamata all'eredità, si è anche proposto al giudice di valutare la eventuale nomina di un curatore speciale.

Il Giudice Tutelare ha riconosciuto in capo al paziente di SLA *il diritto a comunicare le sue volontà secondo tecniche rispondenti alle sue diverse abilità e il diritto a che le stesse siano rese effettive*. Una diversa interpretazione delle norme sull'amministrazione di sostegno e sulla capacità di testare darebbe luogo ad una discriminazione fondata sulla disabilità.

II. Le questioni

1. FORMALISMO DEGLI ATTI TESTAMENTARI E TUTELA DELLA VOLONTÀ DEL BENEFICIARIO DI AMMI-

[★] **Contributo pubblicato in base a referee.**

NISTRAZIONE DI SOSTEGNO. Nel caso in esame un soggetto, impossibilitato a comunicare in via orale e per iscritto desidera fare testamento. Il primo problema che emerge è dato dal formalismo che connota il negozio testamentario.

La documentazione degli atti di ultima volontà assume una rilevanza centrale considerata l'inevitabile assenza dell'autore nel momento della loro esecuzione. Il documento, in cui è incorporata la volontà testamentaria, diviene così lo strumento per conservare certa memoria degli intenti del *de cuius* in ordine alla propria successione.

La normativa al riguardo individua differenti modalità (testamento olografo, segreto, pubblico) rispondenti a diverse esigenze del testatore.

Il legislatore del '42 aveva anche considerato la eventualità di possibili difficoltà comunicative del soggetto. Speciali formalità sono richieste per il caso in cui il *de cuius* non sappia o non possa sottoscrivere oppure sia muto o sordo. Per il testamento pubblico all'art. 603, comma 3°, cod. civ., si prevede la dichiarazione del testatore in ordine alla causa di detta impossibilità di sottoscrivere e la relativa menzione da parte del notaio. Analoghe previsioni sono contenute all'art. 604, comma 2°, cod. civ., per il testamento segreto. Per il testamento del sordo o del muto il codice rinvia alla legge notarile del 1913 ove agli artt. 56-58 sono contenute disposizioni *ad hoc*.

Il nostro legislatore non prevede, però, norme per il caso del soggetto, il quale, sebbene pienamente capace di intendere e di volere, abbia disfunzioni organiche ostative all'uso della comunicazione sia orale sia scritta e utilizzi modalità comunicative non contemplate nella normativa *de qua*.

Prima di venire ad analizzare la soluzione proposta dal ricorrente e accolta dal giudice nel caso in esame, consideriamo se vi era in concreto la possibilità di non adire il giudice per consentire al beneficiario di amministrazione di sostegno di fare testamento.

Interpretando le norme sopra richiamate in modo non formalistico, ma funzionale alle istanze proprie della disciplina della documentazione della volontà testamentaria in linea con gli orientamenti sul punto anche da noi in precedenza espressi (v. CARNELUTTI, 217; BETTI, 8; PERLINGIERI, 2; PALAZZO, 465; CASU, 244; D'AURIA, 1; BARTOLUZZI, 41; LANDINI, 191, tutti *infra*, sez. IV), si potrebbe in astratto ammettere l'applicazione in combinato della disciplina prevista per il soggetto non sottoscrivente e per il muto adeguandola alle condizioni specifiche del caso.

Il problema riguarda la possibilità in concreto per il notaio di ricevere testamento, nel caso in cui ci si trovi in presenza, come sovente capita e come pare fosse anche nell'ipotesi in esame, di un provvedi-

mento giudiziale che attribuisce una generalità e genericità di poteri in capo all'amministratore. I notai in tal caso solitamente si mostrano riluttanti a ricevere l'atto, appellandosi alla normativa sull'amministrazione di sostegno ove si prevede che il decreto debba contemplare l'indicazione degli «atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno» (art. 405, comma 5°, n. 4, cod. civ.) e che «il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva e l'assistenza necessaria dell'amministratore» (art. 409, comma 1°, cod. civ.).

La generalità e genericità dell'assistenza importerebbe, secondo detta lettura, una equiparazione della condizione del soggetto sottoposto a provvedimento *ex art.* 404 cod. civ. a quella dell'interdetto.

Potremmo spendere parole sulla correttezza o meno di questa impostazione e sull'equiparazione automatica, in tal caso, della assistenza dell'amministratore alla sostituzione del tutore in caso di interdizione (per la giurisprudenza TRIB. LA SPEZIA, 2.10.2010, *infra*, sez. III, e per la dottrina v. *infra*, sez. IV), considerato pure il disposto di cui all'art. 411, comma 4°, cod. civ., ove è previsto che, ai fini dell'estensione delle limitazioni per gli interdetti (tra cui possiamo annoverare quelle relative agli atti testamentari *ex art.* 591 cod. civ.), occorra espressa menzione nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Ai fini del commento alla sentenza in esame ci preme soltanto evidenziare come questa prassi, mini l'effettività della soluzione proposta del ricorso al testamento pubblico, che parrebbe più lineare e più garantista.

Ove poi si procedesse addirittura a chiedere un provvedimento *ad hoc* al giudice per ottenere la specificazione in ordine al fatto che il beneficiario può fare testamento pubblico, il notaio potrebbe mostrare comunque resistenze in situazioni limite e in particolare ove si sia in presenza di una malattia degenerativa. Il pubblico ufficiale sarà infatti comunque tenuto ad accertare la capacità del soggetto nel momento della redazione/ricezione dell'atto, non rilevando le attestazioni anteriori del giudice. Ricordiamo al riguardo che la giurisprudenza considera integrante la fattispecie del reato di falsità ideologica in atto pubblico, la condotta del notaio che, nell'atto di ricevere un testamento in forma pubblica, attesti di avere ricevuto dichiarazioni di ultima volontà liberamente e spontaneamente espresse dal testatore che invece versi in stato di incapacità (CASS. PEN., 5.12.2008, n. 4694, *infra*, sez. III).

È vero che i casi in cui è stato accertato il falso ideologico del notaio riguardano testatori in stato di semincoscienza ed è anche vero che il notaio ha a sua disposizione tecniche per l'accertamento della capacità del testatore anche in casi complessi come

quello in esame. Il notaio potrebbe ad esempio avvalersi di medici che potrebbero presenziare alla redazione dell'atto come testimoni. Con riferimento al caso *de quo*, è infine da ricordare che la SLA non altera le funzioni cognitive del malato neppure nelle fasi più avanzate.

Rimane il rischio di un'impugnativa dell'atto con le conseguenze sopradette, su cui si fondano le resistenze dei notai a ricevere testamenti da parte di soggetti in amministrazione di sostegno.

Da qui la possibile giustificazione della complessa soluzione proposta davanti al giudice di Varese di poter compiere un testamento «olografo» utilizzando una modalità di documentazione affatto particolare.

La soluzione accolta dal giudice nel caso in esame, per quanto «barocca», dispendiosa e come vedremo non esente da rischi di impugnativa del negozio testamentario, è il risultato della realtà sopradescritta, su cui indubbiamente occorre riflettere anche alla luce del diritto del diversamente abile a comunicare la propria volontà (v. *infra*, sub 3).

Veniamo quindi a valutare la validità l'atto che il giudice ha autorizzato. I profili da considerare sono sia formali sia sostanziali.

Con riguardo ai primi, sebbene il giudice si richiami all'art. 602 cod. civ., resta la mancanza della olografia dell'atto per quanto non possa parlarsi neppure di un negozio testamentario non documentato, dal momento che la volontà del testatore risulta registrata su un supporto durevole secondo modalità (rappresentazione fotografica della redazione a video) idonee a conferire certezza circa la provenienza di dette volontà dal beneficiario. Seguendo il soprarichiamato orientamento interpretativo non formalistico, ma funzionale alle istanze perseguite dalle formalità del testamento olografo (ovvero la verificabilità della integrale provenienza delle dichiarazioni dal testatore e verificabilità della sua capacità attraverso la linearità della redazione, v. CASS., 3.11.2008, n. 26406, *infra*, sez. III) si potrebbe concludere nel senso della equipollenza delle formalità attuate rispetto all'olografia di cui all'art. 602 cod. civ.

Quanto ai vizi sostanziali, l'attenzione cade sull'inciso del decreto ove si afferma che l'atto sarà redatto in presenza dell'amministratore di sostegno, che è probabilmente la persona più in grado di coadiuvare la complessa operazione. Il fatto è che i vizi del consenso nell'atto testamentario *ex art.* 624 cod. civ. presentano una generalità ed un'ampiezza maggiore di quelli previsti in materia contrattuale. La giurisprudenza tende in particolare ad ammettere l'impugnabilità dell'atto per mera captazione del volere del *de cuius* e la presenza, al momento della redazione del testamento, dell'amministratore, che è

anche uno dei chiamati, potrebbe aprire a possibili impugnative dell'atto testamentario per vizio del consenso, nonostante la nomina di un curatore, ove si dia riscontro di ulteriori elementi che presentino i connotati della callidità e dell'illecito (TRIB. CATANIA, 15.4.2010; CASS., 28.5.2008, n. 14011; CASS., 22.4.2003, n. 6396; CASS., 14.6.2001, n. 804, tutte *infra*, sez. III).

Volendo completare la nostra indagine sui profili di efficacia del testamento redatto nella modalità prevista nel decreto in esame, nella prospettiva di valutare l'effettività del diritto a comunicare le ultime volontà da parte del diversamente abile, si può ricordare come le invalidità testamentarie risultino in genere sanabili attraverso atti di autonomia dei soggetti legittimati all'impugnativa. La conferma del testamento nullo di cui all'art. 590 cod. civ., ritenuta dalla giurisprudenza operante anche in caso di testamento nuncupativo (TRIB. NAPOLI, 30.6.2009, *infra*, sez. III. Per la dottrina si veda in particolare BIGLIAZZI GERI, *infra*, sez. IV), sarebbe peraltro estensibile, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, anche ai testamenti annullabili (CASS., 11.8.1980, n. 4923, *infra*, sez. III; in dottrina si veda in particolare BONILINI, 78; TATARANO, 500 ss.; DELLE MONACHE, *Testamento*, 280, *infra*, sez. IV). La prassi notarile riconosce inoltre altri atti per conferire stabilità alle disposizioni testamentarie quale «l'accettazione e acquiescenza» del testamento anche da parte dei legittimati all'impugnativa. Per tali vie, però, la efficacia delle disposizioni testamentarie sarebbe rimessa ad un atto di autonomia dei possibili legittimati all'azione di invalidità.

2. CAPACITÀ DI TESTARE E COMPIMENTO DI ATTI PERSONALISSIMI. L'art. 591 cod. civ. in tema di limiti alla capacità di testare non contiene una disposizione *ad hoc* per il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, prevedendo solo l'impossibilità di disporre per testamento nei confronti di tutti coloro che sono dichiarati incapaci dalla legge.

Non paiono comunque esservi dubbi, stante il disposto dell'art. 411, comma 4°, cod. civ., che la norma contenuta nell'art. 591 cod. civ. sia applicabile anche in caso di amministrazione di sostegno ove il beneficiario non sia impedito solo fisicamente, ma sia addirittura incapace di intendere e volere in ordine alla propria successione a causa di una patologia invalidante o di un altro stato morboso e ove nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno sia indicato, tra gli atti che il beneficiario non può compiere, anche il testamento (TRIB. VARESE, 19.10.2011 e TRIB. LA SPEZIA, 2.10.2010, *infra*, sez. III).

Un provvedimento in tal senso importerebbe l'impossibilità di testare data l'unipersonalità dell'at-

to testamentario che non consente l'intervento di un rappresentante (CICCARELLO, TATARANO, *infra*, sez. IV). Da qui l'importanza di ponderare accuratamente l'effettiva impossibilità di testare del beneficiario valutando possibili interventi assistenziali dell'amministratore (DELLE MONACHE, *Prime note*, 42 s.; BALESTRA, 659 ss., e altri autori citt. *infra*, sez. IV).

Nel caso in esame non si propone comunque tecnicamente una rappresentanza del beneficiario nel compimento dell'atto, autorizzandosi unicamente il curatore a raccogliere la volontà espressa dal testatore a video. Il curatore parrebbe allora più propriamente un mero *nuncius*.

3. DIRITTO AL COMPIMENTO DI ATTI PERSONALISSIMI ANCHE IN FORMA DOCUMENTALE E DIGNITÀ. Il provvedimento dà infine occasione al giudice per puntualizzare il diritto del diversamente abile a comunicare la propria volontà, in modo giuridicamente valido ed efficace, secondo i mezzi espressivi consentiti dalla sua condizione, come sancito dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, stipulata a New York il 13.12.2006, e ratificata dall'Italia per effetto degli artt. 1 e 2 della legge 3.3.2009, n. 18. La convenzione riconosce espressamente (lett. *n* del preambolo) «l'importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte». L'indipendenza individuale e la libertà di compiere le proprie scelte rientrano peraltro nel novero dei «principi generali» di cui all'art. 3 della Convenzione. Inoltre, all'art. 9, espressamente si prevede che «al fine di consentire alle persone con disabilità di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita, *gli Stati Parti devono prendere misure appropriate per assicurare alle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, l'accesso all'ambiente fisico, ai trasporti, all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione*». Da ciò il giudice di Varese deduce che per la Convenzione «comunicare è un diritto» della persona malata con disabilità e non una eventualità ancillare al diritto alla salute ed alla cura».

Al di là della Convenzione, un tale diritto pare ricavabile anche dalle norme nazionali e in particolare dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, come osserva il giudice nel decreto, i quali verrebbero violati ove al soggetto non si consenta di impiegare i mezzi comunicativi rispondenti alle sue diverse abilità (v. *infra*, sez. IV).

III. I precedenti

1. FORMALISMO DEGLI ATTI TESTAMENTARI E TUTELA DELLA VOLONTÀ DEL BENEFICIARIO DI AMMI-

NISTRAZIONE DI SOSTEGNO. La giurisprudenza ha più volte evidenziato come il formalismo che connota la disciplina del testamento sia ordinato anche a finalità di tutela della volontà del *de cuius*. Recentemente si è affermato che il testamento olografo alterato da terzi conserva la sua validità ed efficacia quando l'intervento dei terzi non sia tale da impedire l'individuazione della originaria, genuina volontà che il testatore intese manifestare nella relativa scheda (CASS., 3.11.2008, n. 26406, in *Guida al dir.*, 2008, 46, 72). In taluni casi i profili redazionali del testamento sono stati considerati nei giudizi sull'incapacità del testatore. I giudici di merito hanno infatti affermato come l'evidenza, risultante da perizie grafologiche, della stanchezza fisica e psichica del redattore, non rileva ai fini della validità del testamento laddove emerga quantunque una costante leggibilità e coerenza del pensiero (TRIB. TERNI, 10.4.1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 381).

2. CAPACITÀ DI TESTARE E COMPIMENTO DI ATTI PERSONALISSIMI. Il principio di diritto espresso nel provvedimento giudiziale in esame risulta in linea con la lettura restrittiva che la giurisprudenza dà dell'art. 591 cod. civ., individuante le fattispecie di incapacità di testare, avuto particolare riguardo al problema della prova dell'incapacità naturale.

In giurisprudenza si richiede un particolare rigore nella prova della incapacità naturale ai sensi dell'art. 591 cod. civ. affermando che tale stato non si identifica con una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì con una infermità anche transitoria o con altra causa perturbatrice della capacità di autodeterminarsi del soggetto al momento della redazione dell'atto di ultima volontà (CASS., 11.4.2007, n. 8728, in *Fam. e dir.*, 2007, 676, con nota di BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*; CASS., 15.4.2010, n. 9081, in *Mass. Foro it.*, 2010; CASS., 24.10.1998, n. 10571, *ivi*, 1998; CASS., 22.5.1995, n. 5620, *ivi*, 1995; APP. PERUGIA, 10.3.2009, in *Rass. giur. umbra*, 2009, 36). Tale rigore probatorio può venir meno solo nel caso in cui venga impugnato il testamento redatto da una persona mentre era «*affetta da una grave e conclamata malattia mentale, tale da far ritenere provata l'irreparabile alterazione della sua capacità di intendere e di volere*». In tal caso incomberà sul convenuto, che voglia avvalersi di tale testamento, l'onere di provare che questo fu predisposto in un momento di lucido intervallo (CASS., 3.3.2010, n. 5091, in *Foro it.*, 2010, I, 3450).

Limiti all'impugnativa del testamento dell'incapace si possono avere in caso di testamento pubblico. In questa ipotesi sarà necessario preventivamente proporre querela di falso contro il notaio, salvo che

le attestazioni del pubblico ufficiale non concernano il comportamento del testatore durante l'espressione della volontà testamentaria, da cui poteva dedursi lo stato di incapacità del medesimo. La Supr. Corte ha così affermato che integra il reato di falso ideologico in atto pubblico la ricezione da parte del notaio di un atto di un soggetto incapace attestando di aver ricevuto dichiarazioni di ultima volontà liberamente e spontaneamente espresse (CASS. PEN., 5.12.2008, n. 4694, in *Mass. Foro it.*, 2008).

Spesso i giudici hanno dato rilevanza all'incapacità in combinato con vizi del consenso derivanti anche dalla mera captazione della volontà. Va detto che l'annullamento del testamento per captazione può essere pronunciato nel caso in cui siano comunque provati concreti, specifici ed univoci elementi, idonei a comprovare l'effettivo uso da parte del terzo di mezzi fraudolenti ordinati ad ingannare il testatore orientando la di lui volontà in un senso verso il quale non si sarebbe spontaneamente indirizzata (TRIB. CATANIA, 15.4.2010, in *Questioni dir. fam.*, 2010, 57, con nota di DI STASO, *Incapacità di testare*; CASS., 28.5.2008, n. 14011, in *Foro it.*, 2009, I, 480; CASS., 22.4.2003, n. 6396, in *Mass. Foro it.*, 2003; CASS., 14.6.2001, n. 804, in *Riv. notar.*, 2002, 484).

Quanto alla sanabilità del testamento invalido va detto che la giurisprudenza tende ad estendere la conferma del testamento nullo disciplinata all'art. 590 cod. civ., non solo al testamento nuncupativo (TRIB. NAPOLI, 30.6.2009, in *Vita not.*, 2011, 755, con nota di MOSCATELLI, *Conferma ed esecuzione volontaria del testamento orale e del patto successorio istitutivo*), ma anche a quello annullabile per vizio del consenso o incapacità (CASS., 11.8.1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, 435).

3. DIRITTO AL COMPIMENTO DI ATTI PERSONALISSIMI ANCHE IN FORMA DOCUMENTALE E DIGNITÀ. Sulla capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno non abbiamo pronunce di merito relative a casi di identico contenuto. È dato però ricordare un'ipotesi in cui, stante l'inidoneità del beneficiario ad esprimere contenuti di volontà testamentaria, si era dichiarata la sua incapacità di testare *ex art.* 591 cod. civ. (TRIB. VARESE, 19.10.2011, in *www.amministrazioneedisostegno.it*).

Il tema si lega, per problematiche consonanti, in quanto comunque concernenti atti personalissimi, con quello del consenso alla cura da parte del beneficiario e con quello del matrimonio e della separazione del disabile.

Con riferimento ad una persona fisica portatrice della sindrome di Down, si è affermato che essa per il diritto è una persona diversamente abile, da aiutare anche attraverso l'amministrazione di sostegno

ove detta diversità si frapponga al pieno esercizio dei diritti che l'ordinamento le riconosce. Pertanto, questa persona ha il diritto di sposarsi civilmente «accompagnata» dal suo amministratore di sostegno (TRIB. VARESE, 24.10.2009, in *Fam e dir.*, 2010, 287, con nota di RUSSO, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*).

In un altro caso i giudici hanno accolto il reclamo proposto avverso il decreto del Giudice Tutelare, dichiarando che nulla osta ad autorizzare l'amministratrice di sostegno della beneficiaria alla proposizione, in nome e nell'interesse della stessa, del ricorso giudiziale o congiunto per separazione personale (TRIB. CAGLIARI, 15.6.2010, in *www.personaedano.it*, in senso analogo v. anche TRIB. MODENA, 25.10.2007, e TRIB. MODENA, 26.10.2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 280 ss., con nota di ANELLI, *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*).

Con riferimento ai trattamenti sanitari e in particolare al c.d. testamento biologico i giudici hanno affermato che «la disposizione dell'art. 408, comma 2°, cod. civ. come novellato dalla l. n. 6 del 2004, secondo cui l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, ha la sua ratio incentrata sulla tutela della persona e delle sue esigenze esistenziali». L'amministrazione di sostegno risulta essere pertanto l'istituto più appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari (TRIB. MODENA, 5.11.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 277 ss., con nota di FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*). Ancora con riferimento al consenso informato alle cure del disabile, si è ammessa la possibilità di far richiedere dai familiari la nomina di un legale rappresentante della persona incapace al fine di esprimere un consenso (o un dissenso) informato alle cure, agli esami diagnostici nonché agli interventi chirurgici (così TRIB. TRIESTE, 11.3.2009, in *dejure.giuffrè*; in senso analogo TRIB. GENOVA, 6.3.2009, *ibidem*; TRIB. CATANIA, 22.9.2006, *ibidem*).

Infine possiamo ricordare un recente caso concernente la capacità di donare del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno. I giudici hanno affermato che il beneficiario, per quanto possa venir limitato nella sua autonomia negoziale, mai diviene formalmente incapace. Può pertanto liberamente fare donazione, salvo che il giudice ritenga di dover inserire nel decreto la limitazione a tale facoltà, ex art. 411, ult. comma, cod. civ. (TRIB. LA SPEZIA, 2.10.2010, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 1911 ss., con nota di CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario di amministrazione di sostegno*).

IV. La dottrina

1. FORMALISMO DEGLI ATTI TESTAMENTARI E TUTELA DELLA VOLONTÀ DEL BENEFICIARIO DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO. Ampia è la letteratura sulla amministrazione di sostegno che ha toccato il tema della possibilità per il beneficiario di compiere atti personalissimi anche con l'assistenza dell'amministratore. ZATTI, *Il diritto a scegliere della propria salute, (in margine al caso S. Raffaele)*, in questa *Rivista*, 2000, II, 1 ss.; ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione (commento alla l. 9 gennaio 2004 n. 6)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1002 ss.; ID., *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, nota a TRIB. TORINO, 26.2.2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 725; CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di FERRANDO, Giuffrè, 2005, 51 ss.; BIANCA, *Premessa*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di PATTI, Giuffrè, 2005, 2; GIARDINA, voce «Incapacità naturale», in *Il diritto - Enc. giur.*, Ilsole24ore-Pirola, 2007, VII, 567 ss.; ZUDDAS, *Soggetto in stato vegetativo permanente e amministrazione di sostegno*, nota a TRIB. PERUGIA-ASSISI, 20.11.2008, in *Rass. giur. umbra*, 2008, 463; PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 259; GORGONI, *Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 821 ss.; ID., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Persona e mercato*, 2011, 289 ss.; FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 836 ss.; SACCHETTINI, *La tutela dei soggetti deboli nei processi di separazione e divorzio*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di GRAZIOSI, 2a ed., Giappichelli, 2011, 385 ss.

La dottrina pronunciata sul problema della possibilità per il beneficiario di compiere atti personalissimi ha affermato che, per quanto pare evidente la necessità di ammettere limiti alla capacità ove questi siano giustificati da concrete esigenze di sostegno (DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in questa *Rivista*, 2004, 42 s.), si evidenzia la necessità di verificare caso per caso, in sede di emanazione del provvedimento giudiziale di nomina dell'amministratore, se sia, o meno, possibile superare la mancanza di autonomia del beneficiario attraverso una valorizzazione dei profili di assistenziali (BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famila*, 2005, 659 ss.).

Si tende così a superare la posizione tradizionale, che nega in assoluto la possibilità di introdurre mec-

canismi di rappresentanza nel compimento di atti personalissimi (JEMOLO, *Il matrimonio*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 1950, 373), compensando i limiti di autonomia del beneficiario attraverso una valorizzazione dei profili di assistenza (BALESTRA, 668 ss.; ZATTI, 1 ss.; CENDON, 51 ss.; BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, 2007, 185 ss.; AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in questa *Rivista*, 2008, II, 331 ss.

2. CAPACITÀ DI TESTARE E COMPIMENTO DI ATTI PERSONALISSIMI. Con specifico riferimento al testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno la dottrina ha espresso l'auspicio che i giudici non operino interpretazioni estensive dell'art. 591 cod. civ., sull'incapacità di testare dell'interdetto, del minore e dell'incapace naturale (BALESTRA, 666).

Nella prospettiva di valorizzare lo svolgimento della personalità del diversamente abile, la dottrina ha addirittura rilevato come per il caso della capacità a testare si sarebbe forse potuto prevedere per lo stesso interdetto una «contrattualità minima», introducendo una disposizione simile a quella di cui all'art. 409, comma 2°, cod. civ., dettato per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno (ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione (commento alla l. 9 gennaio 2004 n. 6)*, 993 ss.). La dottrina, infatti, tende ad inquadrare il testamento come atto espressivo della personalità del *de cuius* (CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Esi, 1994; TATARANO, *Il testamento*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale*, a cura di P. PERLINGIERI, Esi, 2003, 7 ss.).

In attuazione del *favor testamenti* si tende infine a proporre letture estensive di meccanismi conservativi come la conferma del testamento nullo di cui all'art. 590 cod. civ. (GABRIELLI *L'oggetto della conferma ex art. 590*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1367 ss.; SCHLESINGER, *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1,

1003 ss.; TOTI, *La rilevanza delle cause di invalidità nell'applicazione dell'art. 590*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 215; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Successioni II*, nel *Trattato Rescigno*, 6, Utet, 1982, 185; ID., *Successioni testamentarie*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Zanichelli, 1993, 157). In particolare la dottrina tende ad affermare l'estensibilità della norma anche alle ipotesi di annullabilità del testamento (BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Cedam, 1995, 78; TATARANO, 500 ss.; DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, nel *Commentario Schlensiger*, Giuffrè, 2005, 280; *contra* PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile*, in *Diritto delle successioni*, a cura di CALVO e PERLINGIERI, II, Esi, 2009, 895).

3. DIRITTO AL COMPIMENTO DI ATTI PERSONALISSIMI ANCHE IN FORMA DOCUMENTALE E DIGNITÀ. Sulle formalità notarili che connotano la documentazione testamentaria la dottrina tende ad adottare orientamenti interpretativi non formalistici tenuto conto della funzione dell'atto notarile (CARNELUTTI, *Diritto o arte notarile*, in *Vita not.*, 1954, 217; BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, in *Riv. notar.*, 1960, 8; P. PERLINGIERI, in *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Esi, 1976, 2; PALAZZO, voce «Forme del negozio giuridico», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, VIII, Utet, 1992, 465; CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Giuffrè, 1996, 244; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, 2008, 191 ss.).

Va detto inoltre che la dottrina ha ormai preso atto di come il concetto di documento si sia arricchito di modalità espressivo-rappresentative che hanno le stesse caratteristiche della rappresentazione scritta ovvero la fissità, la durevolezza e la sequenzialità intesa come successione rigorosa dei codici grafici (ONG, *Oralità e scrittura*, Il Mulino, 1986; DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Giuffrè, 1998, 38; ORLANDI, *Il falso digitale*, Giuffrè, 2003, 7 ss.; MASUCCI, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 755 ss.).

SARA LANDINI

