

## **Il curatore speciale del minore: nuove prospettive e questioni ancora aperte in tema di autodeterminazione e rappresentanza dell'incapace legale nell'esercizio del diritto alla salute**

di Giulia Biagioni\*

**Abstract IT:** *L'introduzione del curatore speciale del minore attraverso la legge n. 206 del 2021 fornisce all'A. l'occasione per tratteggiare un'attenta analisi sulla nuova disciplina. La riflessione si concentra sulla maggiore capacità di autodeterminazione riconosciuta ai minori, seguita dall'esame dell'impatto del novato contesto normativo sulla tutela del fondamentale diritto alla salute.*

**Abstract EN:** *The introduction of the special guardian for minors through Law No. 206 of 2021 provides the Author with the opportunity to outline a careful analysis of the new discipline. The reflection focuses on the greater capacity for self-determination recognized for minors, followed by an examination of the impact of the novel regulatory framework on the protection of the fundamental right to health.*

**Sommario:** 1. La condizione della persona incapace tra potere di rappresentanza e diritto all'autodeterminazione. – 2. Il curatore speciale: nuovi strumenti di rappresentanza processuale e sostanziale della persona minorenni. – 3. Il potere di autodeterminazione della persona minorenni in tema di consenso al trattamento medico: un modello imitabile.

### **1. La persona incapace tra potere di rappresentanza e diritto all'autodeterminazione.**

La variegata casistica degli incapaci negoziali suggerisce che l'individuazione del miglior strumento volto alla loro tutela non può prescindere dall'esame degli aspetti concreti di ciascuna vicenda, atto dovuto onde evitare che l'omessa ricerca di una soluzione si traduca in una rinuncia ai loro diritti fondamentali<sup>1</sup>.

---

\* Avvocato del Foro di Firenze.

<sup>1</sup> In tal senso Cass. civ., sent. n. 14669 del 06/06/2018, espressasi su un caso di accesso dell'interdetto alla separazione dei coniugi, ma in senso più ampio si veda la Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità del 13/12/2006, ratificata in Italia con la legge n. 18 del 13/03/2009 ed entrata in vigore il successivo 30 marzo, che impone di riconoscere la capacità naturale di ciascun individuo e di permettergli, in tale condizione, di partecipare ai traffici giuridici.

Ferme restando le esigenze di protezione di tali individui, ma volendo incentivarne una maggiore partecipazione personale ai traffici giuridici, vi potrebbe essere l'opportunità, in taluni casi di incapacità legale, di recuperare il concetto di «volontà» che, a ben vedere costituisce l'elemento peculiare della rappresentanza volontaria<sup>2</sup>, anche in quella di tipo legale, tradizionalmente fondata sulla diversa tutela degli «interessi» dell'individuo.

Anche quando si sia in presenza di incapacità più serie, sembra comunque sempre doveroso mantenere la funzione strumentale della rappresentanza e, dunque, dedicarsi con maggiore impegno alla realizzazione della volontà della persona, in primo luogo attribuendo al legale rappresentante il «nuovo» compito di ricostruire, ove possibile, i desideri e le intenzioni variamente espresse dall'individuo<sup>3</sup>.

Tale ipotesi, peraltro, non è infrequente ove si considerino gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per consentire a ciascuno di decidere in forma sempre più ampia della propria esistenza in caso di futura sopravvenuta incapacità, soprattutto in ambito sanitario, quali le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione preventiva delle cure<sup>4</sup>.

A questi si aggiungono la possibilità di individuare *ex ante* il proprio futuro amministratore di sostegno e, da ultimo, la proposta di legge volta ad introdurre il c.d. mandato di protezione<sup>5</sup>.

Tali istituti confermano il progressivo superamento delle difficoltà sottese alla ricostruzione della volontà attuale della persona quando si tratti di disposizioni lasciate «ora per allora» e/o di attribuzioni di potere in merito alle scelte personali in favore di soggetti diversi da sé.

Quest'obiettivo dovrebbe esser perseguito anche quando si tratti di soggetti che vengano dichiarati incapaci già dal diciottesimo anno di età, valorizzando quel concetto di *capacity* a cui fa riferimento il diritto internazionale<sup>6</sup> ed in maggior armonia, seppur con le dovute distinzioni, con ciò che avviene nella disciplina dei minorenni, pur sempre incapaci legali.

Soltanto ove ciò non appaia possibile e solo adesso, si dovrebbe ripiegare su una tutela della persona maggiormente improntata alla cura dei suoi interessi,

---

<sup>2</sup> La rappresentanza volontaria, secondo la posizione in dottrina dominante, si fonda sul compimento di un'attività giuridica nell'interesse altrui e sulla *contemplatio domini*. Si veda, in tal senso A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997, 18. A ben vedere, in tale istituto il rappresentante più che compiere un atto nell'interesse del rappresentato, lo fa nel rispetto della sua volontà, non essendo chiamato a nessuna indagine circa la rispondenza oggettiva dello stesso ai suoi interessi.

<sup>3</sup> In senso contrario si segnala la pronuncia di Trib. La Spezia del 04/03/2020 ove il giudice tutelare, estendendo il divieto di cui all'art. 85 c.c. previsto per la sola persona interdetta, ha negato che all'amministratore di sostegno di un soggetto in stato di coma potesse essere riconosciuta la legittimazione all'espressione del consenso matrimoniale in luogo di quest'ultimo. Tale decisione è stata motivata alla luce del fatto che il beneficiario era totalmente incapace di determinarsi al compimento di un atto di così elevato rilievo nella sfera individuale ed economico-patrimoniale, nonostante convivesse da moltissimi anni con la compagna.

<sup>4</sup> Cfr. legge n. 219/2017.

<sup>5</sup> Il riferimento è alla proposta di legge avanzata da FederNotai nel maggio 2022, volta a introdurre il Mandato di protezione, istituto con cui taluno potrebbe designare uno o più soggetti ai quali attribuire specifici compiti di gestione della propria persona e del patrimonio qualora dovesse sopraggiungere un'eventuale incapacità d'agire.

<sup>6</sup> Si veda *sub* nota 1.

valutando se il compimento di quella determinata attività giuridica realizzi, nel singolo caso concreto e secondo le peculiarità della persona, un assetto di interessi tangibilmente favorevole per l'individuo, impiegando criteri quali utilità e necessità dell'atto e finalità di protezione della rappresentanza.

Ciò dovrebbe aver ad oggetto soprattutto il compimento di atti c.d. «personalissimi», ove il soggetto manifesta la propria individualità in via diretta ed esercita i propri diritti fondamentali, non ancora oggetto di una disciplina unitaria e, dunque, talvolta rimessi alla libera ed assoluta determinazione della persona incapace e talvolta rimessi al legale rappresentante<sup>7</sup>.

Si annoverano in tale categoria anche gli atti volti alla tutela del diritto alla salute, settore che peraltro ben si presta alla valorizzazione della volontà del singolo individuo in quanto non vi è alcuna particolare esigenza di tutelare la posizione di un terzo che sia eventualmente coinvolto dall'atto giuridico<sup>8</sup>.

Peraltro, atteso che la legge non sembra porre limiti espressi in tal senso<sup>9</sup>, si potrebbe anche ritenere ormai superata la categoria stessa degli «atti personalissimi», disomogenea e talvolta di difficile descrizione unitaria.

Invece, un esame concreto e atomistico del singolo atto che l'incapace si appresta a porre in essere porterebbe a meglio comprendere se la preclusione al suo compimento, prevista dalla legge o non espressamente disciplinata, possa ancora ritenersi attuale, anche alla luce dell'assetto di condizioni peculiari che si creerebbero nella vita dell'incapace<sup>10</sup>.

Peraltro, è di particolare interesse considerare come, talvolta, soprattutto in ambito sanitario, vi possa essere un proficuo dialogo tra il legale rappresentate dell'incapace e quest'ultimo, anche con intervento dell'autorità giudiziaria.

---

<sup>7</sup> Rientrano nei c.d. «atti personalissimi» il matrimonio (cfr. Cass. civ., sent. n. 11536 del 11/05/2017), il testamento (cfr. Cass. civ., sent. n. 12460 del 21/05/2018), la donazione ed il riconoscimento del figlio, (cfr. Corte cost., sent. n. 114 del 10/05/2019); tuttavia, la persona, anche completamente incapace, ha diritto di autodeterminarsi in merito al diritto di aborto, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 194 del 1978, mentre spetta al legale rappresentante l'espressione del consenso al divorzio, ai sensi dell'art. 4 co. 5 del d.lgs. n. 898/1970 e, per analogia, alla separazione: si veda in tal senso Cass. civ., sent. n. 14669 del 06/06/2018; spetta ancora al legale rappresentante l'espressione del consenso informato ai trattamenti medici, ai sensi dell'art. 3 co. 2 della legge 2019 del 2017 e, per recente giurisprudenza, il consenso all'adozione dell'*adottando* interdetto, su cui si segnala Cass. civ., sent. n. 3462 del 03/02/2022; secondo un orientamento più ampio, invece, l'espressione del consenso informato, quale atto unilaterale, richiede esclusivamente la capacità psico-giuridica e non quella in accezione legale, dovendo dunque spettare al titolare della posizione giuridica, anche incapace legale: si veda G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore «maturo» agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta di equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. e Dir.*, n. 4/2004, 407 ss.

<sup>8</sup> Diversamente da ciò che avviene in tema di contrazione del vincolo matrimoniale o in merito alla libertà di testare o fare donazioni, ove si avverte l'esigenza sia di considerare le conseguenze economiche delle proprie scelte sia la posizione dei terzi, quali l'altro coniuge o gli eredi legittimari.

<sup>9</sup> In tal senso Cass. civ., sent. n. 1133 del 08/07/2021, in senso contrario la già citata pronuncia del Trib. La Spezia del 04/03/2020, si veda *sub* nota 3.

<sup>10</sup> Alla persona incapace legale, per motivi diversi, sono espressamente vietati il matrimonio, ai sensi dell'art. 85 c.c., il testamento, ai sensi dell'art. 591 c.c. e la donazione, ai sensi dell'art. 774 c.c., pur essendo ammessa la donazione effettuata dal legale rappresentante dell'interdetto a causa del matrimonio di un discendente dell'incapace, in adempimento di un dovere morale di solidarietà familiare; sul tema si veda G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 853; in tema di donazione dell'incapace a mezzo del suo rappresentante legale, anche in assenza della causa di nozze del discendente, si segnala Trib. Caltagirone, del 10/07/2008, con nota di A. DI SAPIO, A. GIANOLA, *Di una "donazione" del tutore dell'interdetto* in *Dir. Famiglia*, n. 2/2009, 673.

Difatti, quando il giudice è in grado di leggere le peculiarità e le esigenze della singola persona, può meglio comprendere la condizione di difficoltà dell'individuo soggetto a misura di protezione e, alla luce di ciò e con il supporto del legale rappresentante, condurlo a condividere la scelta che sia – seppur solo oggettivamente – più rispondente ai suoi interessi<sup>11</sup>.

Diversa condizione si prospetta quando, invece alla luce delle condizioni psico-fisiche della persona, del suo ambiente socio-familiare, della presenza di una rete di supporto, ma, ancora una volta, del singolo atto giuridico che intenda porre in essere e dell'assetto di interessi che si andrebbe delineando, emerge che la persona incapace legale possa determinarsi e porre in essere in modo più autonomo l'attività giuridica.

In tali casi, difatti, dovrebbe recuperarsi con maggiore convinzione il perseguimento delle volontà e delle aspirazioni della persona incapace e riconoscersi in modo più espreso una concreta capacità «d'azione» di quest'ultima.

Ciò consentirebbe di rendere non solo più intensa ma soprattutto più diretta la partecipazione della persona alle attività giuridiche, mantenendo la funzione di controllo delle misure poste a protezione delle persone fragili mediante la supervisione del legale rappresentante, la nomina di un curatore speciale in caso di conflitto di interessi e, ove necessaria, la previa autorizzazione del giudice tutelare.

Ciò consentirebbe, altresì, di valorizzare anche il concetto di «assistenza» – anziché di «sostituzione» – per tutte quelle ipotesi ove l'individuo appaia bisognoso di un supporto, anche materiale, maggiore.

Un passo avanti in tal senso è già stato compiuto mediante l'introduzione della figura dell'amministrazione di sostegno, nata come forma di protezione «su misura» che consente al beneficiario di godere di uno strumento calibrato sulle proprie esigenze concrete, in un'ottica – seppur ancora sfumata – di maggior coinvolgimento dell'individuo nelle scelte che lo riguardano e di maggior rispetto delle proprie volontà<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Il riferimento è a Trib. Vercelli del 31/05/2018, ove il giudice, adito su ricorso della beneficiaria di amministrazione di sostegno sostitutiva per sua contrarietà alla sottoposizione alle terapie mediche indicate dal personale sanitario e condivide dall'A.d.S., dall'ascolto della stessa capiva come la donna cercasse comprensione rispetto al peso di aver sopportato la terapia di dialisi per tutta la vita, più che voler esprimere un effettivo dissenso alla stessa, dichiarando espressamente come «mi hanno spiegato i dottori che se non la faccio muoio, ma io non ci volevo credere; ora mi sono ripresa e ho capito; ho chiaro il problema, e so che se mio marito farà l'ADS poi le decisioni le prende lui, nel caso mi vengano i cinque minuti; so anche che se vivo altri trenta anni (ne ho settantuno) devo fare la dialisi sempre, ma è meglio fare la dialisi che morire».

<sup>12</sup> La disciplina applicabile a ciascun individuo soggetto all'amministrazione di sostegno non è determinabile *ex ante* alla luce del dettato codicistico, atteso che spetta al singolo giudice tutelare indicare nel decreto di cui all'art. 405 c.c. sia i singoli atti che l'A.d.S. è chiamato a compiere in nome e per conto del beneficiario sia quelli che possano esser compiuti con la mera assistenza dello stesso, conservandosi per tutto ciò che non sia previsto, la piena capacità legale del beneficiario, il quale ha altresì diritto ad essere tenuto in considerazione per ciò che riguarda le proprie aspirazioni e ad essere tempestivamente informato degli atti ritenuti opportuni.

È innegabile, dunque, che la valorizzazione dei desideri della persona variamente incapace potrebbe richiedere una revisione dei meccanismi sottesi in senso ampio all'amministrazione della giustizia, forse anche gravosa.

Ciò, infatti, implicherebbe un maggiore impegno concreto per attuarne al massimo i desideri e le aspirazioni, o tentare di ricostruirli, e, nei casi più seri, per riconoscere a ciascuno il diritto ad una tutela che possa dirsi soggettivamente giusta.

Peraltro, onde evitare un eccessivo congestionamento dei traffici giuridici, conseguente a una continua valutazione concreta dell'opportunità del singolo atto, una particolare attenzione potrebbe esser riconosciuta, *in primis*, alle situazioni a carattere esistenziale.

Nelle predette, infatti, e soprattutto in quelle rilevanti in ambito medico-sanitario, il mancato esercizio dell'atto equivale effettivamente e solamente alla privazione di un diritto.

Come si accennava, inoltre, per la persona minorenni, comunque incapace legale, tale procedimento è già *in itinere*: il minore di età oggi è pienamente riconosciuto quale soggetto di diritti e, grazie anche al rafforzamento del dovere di ascolto, calibrato sul suo sviluppo psichico e fisico, viene coinvolto in modo sempre più intenso e diretto nelle decisioni che lo riguardano.

Tale tendenza emerge dai procedimenti autorizzativi *ex* articoli 374 e 375 c.c., ove si predilige un esame della vicenda dal taglio concreto, volto proprio a valutare quelle peculiarità dell'assetto di interessi particolare che si delinea dal compimento della singola attività giuridica<sup>13</sup>, sempre nel preminente interesse del minore e nell'ottica di uno sviluppo progressivo della persona, come incrementato dalle recenti novità in materia.

Del pari emerge dalla casistica presente in ambito medico-sanitario ove, già da tempo, l'autorità giudiziaria valorizza la volontà della persona minorenni onde, nuovamente, evitare che la condizione naturale di «minore età» comporti la privazione di diritti fondamentali della persona<sup>14</sup>.

## **2. Il curatore speciale: nuovi strumenti di rappresentanza processuale e sostanziale della persona minorenni.**

L'introduzione della figura del curatore speciale del minore<sup>15</sup>, ad opera della legge n. 206 del 2021, offre un'occasione interessante per valutare se – e in che

---

<sup>13</sup> Il giudice competente, avvalendosi dei propri poteri d'iniziativa, assume tutte le informazioni utili o necessarie per la decisione, potendo a tal fine prendere in considerazione i documenti e le prove esibite dalle parti, ascoltare gli interessati, compreso il minorenni, disporre la consulenza tecnica di ufficio ed ogni altra ulteriore attività che ritenga necessaria o utile. In tal senso, si veda A. TORRONI, *L'evoluto concetto di responsabilità genitoriale: poteri gestionali e ruolo del giudice tutelare* in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 4/2021, 1880.

<sup>14</sup> Si veda in tal senso Trib. Minorenni di Milano del 30/03/2010.

<sup>15</sup> La riforma Cartabia introduce due nuovi commi all'articolo 78 c.p.c., prevedendo che l'autorità giudiziaria debba procedere alla nomina del curatore speciale del minore quando: «1) il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro; 2) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'articolo 403 del codice civile o di affidamento del minore ai sensi degli articoli 2 e seguenti della legge 4 maggio 1983, n. 184; 3) nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una

misura – il legislatore abbia riconosciuto una maggiore capacità di autodeterminazione al minore di età, quanto abbia ancora lasciato all'istituto della rappresentanza e come tali novità possano trovare applicazione in ciò che concerne la tutela del fondamentale diritto alla salute.

Il generale riconoscimento di un autonomo centro di interessi in capo al minore, distinto da quello dei genitori, come operato dalla riforma, rappresenta indubbiamente una presa d'atto positiva poiché consente anche a tale soggetto di disporre di una difesa tecnica indipendente, volta a tutelare la sua esclusiva posizione giuridica, rendendolo da mera parte sostanziale del giudizio tale anche in senso processuale<sup>16</sup>.

Nell'intervento normativo *de quo* sembra individuarsi un precursore anche del diritto sovranazionale, e segnatamente del Regolamento n. 1111/2019 UE, entrato in vigore nell'agosto del 2022, in materia di competenza, esecuzione e riconoscimento delle decisioni adottate in ambito di responsabilità genitoriale.

Nel predetto, infatti, pur ribadendo l'importanza del coinvolgimento del minore nel giudizio che lo riguarda e il suo diritto di ascolto<sup>17</sup>, non ci si spinge sino ad individuarvi quel centro di imputazione autonomo rispetto a quello dei suoi genitori, che invece caratterizza la legge n. 206.

È innegabile, da un lato, che l'attribuzione della rappresentanza processuale della prole al curatore speciale e, dunque la sua sottrazione nei confronti dei genitori, possa rappresentare per questi un effetto estremamente severo, poiché volto a privarli di prerogative fondamentali nei confronti dei figli.

Ed è vero che nei conflitti endo-familiari i genitori possano, talvolta, apparire inadonei a rappresentare gli interessi processuali della prole, non perché “cattivi genitori” ma perché chiamati ad agire, contemporaneamente, anche per la tutela dei propri<sup>18</sup>.

---

situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori; 4) quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni. In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore; il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato».

<sup>16</sup> Lo stesso quindi non è più solo destinatario degli effetti dei provvedimenti giurisdizionali, su cui si veda *ex multis* Cass. civ., sent. n. 20323 del 23/06/2022, e già Corte cost., sent. n. 1 del 30/01/2002, ma viene riconosciuto portatore di posizioni giuridiche proprie, bisognose di tutela giurisdizionale, in applicazione degli artt. 24 e 111 Cost. e degli artt. 4, 9 e 10.1 della Convenzione di Strasburgo del 1996, ratificata in Italia con la legge n. 77 del 20/03/2003, ed in armonia con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per cui si rimanda a G.O. CESARO, *La corte europea dei diritti dell'uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 397 e ss. e F. DANOVÌ, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo* in *Dir. Famiglia*, n.1/2010, 243.

<sup>17</sup> Si veda in tal senso l'art. 39 comma 2 del Regolamento 1111/2019 UE in materia di competenza, esecuzione e riconoscimento delle decisioni adottate anche in ambito di responsabilità genitoriale, che prevede la possibilità di negare il riconoscimento della decisione adottata in un altro Stato membro quando il minore non sia stato sentito, solo a condizione che il procedimento riguardasse esclusivamente i beni del minore, in presenza di seri motivi, da valutarsi a seconda dell'urgenza del caso.

<sup>18</sup> La giurisprudenza appare sempre più incline a riconoscere l'esistenza di un conflitto di interessi *in re ipsa* tra genitori e figli in molte controversie endo-familiari, oltre che nei giudizi di adozione e decadenza dalla responsabilità genitoriale, in quanto minore e genitore sarebbero portatori di interessi, se non sempre confliggenti, quantomeno distinti; sul tema si veda: Cass. civ., sent. n. 5256 del 03/06/2018, Cass. civ., sent. n. 7281 del 26/03/2010 in *Riv. Dir. proc.*, 2011, 407, con nota di S. BOCCAGNA; in senso

Tuttavia, tale dualità caratterizza proprio la figura dell'esercente la responsabilità genitoriale che, anche sul piano del diritto sostanziale e della quotidianità del proprio ruolo, è chiamato a cercare un bilanciamento tra le proprie esigenze e quelle, spesso preminenti, dei figli<sup>19</sup>.

Occorre sottolineare che in ambito medico-sanitario tale rischio di conflitto di interessi sembra attenuato dalla natura stessa dell'atto, che non coinvolge in modo diretto gli interessi o i diritti del genitore, sebbene, d'altra parte, si tratti di un settore maggiormente esposto, forse, ad una strumentalizzazione della salute del minore da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale.

In generale, la riforma sembra allora recuperare il carattere strumentale, ma in tale sede necessario<sup>20</sup>, della rappresentanza quale mezzo per affermare una certa autonomia della persona minorenni, soggetto diverso e distinto rispetto ai propri genitori e per questo, titolare di una propria posizione processuale.

Nel compiere tale importante affermazione dell'individualità della singola persona, la riforma Cartabia effettua un ulteriore passo avanti dove predisporre una figura *ad hoc* che si occupi della tutela della posizione del minore, ruolo che in passato era invece rimesso all'autorità giudiziaria, che assumeva direttamente le decisioni rispondenti all'interesse del minore, anche nel delicato ambito medico-sanitario<sup>21</sup>.

Tale previsione, anche nel rispetto dell'ordine logico-giuridico per cui la tutela dei diritti può solo seguire al loro riconoscimento, porta a chiedersi come – e se – una certa affermazione dell'individualità del minore abbia avuto una disciplina nel diritto sostanziale, alla luce del nuovo art. 80 co. 3 c.p.c.<sup>22</sup>.

---

contrario, in dottrina O. CLARIZIA, *La disciplina delle responsabilità genitoriali*, in *Aa. V.v., La nuova disciplina della filiazione*, 153.

<sup>19</sup> In tema di obbligo di mantenimento della prole, escluso soltanto quando l'obbligato sia assolutamente privo di redditi, si veda, *ex multis*, Trib. Udine, sent. n. 1216 del 30/06/2022 in *Redazione Giuffrè 2022*, in tema di diritto alla bigenitorialità della prole anche in ipotesi di crisi coniugale si veda Trib. Palermo, sent. n. 2848 del 29/06/2022 in *Redazione Giuffrè 2022*, in tema di assegnazione della casa familiare nell'interesse della prole, in ipotesi di separazione o divorzio si veda Trib. Como, sent. n. 902 del 13/09/2022 in *Redazione Giuffrè 2022*.

<sup>20</sup> Nel nostro ordinamento manca una disposizione che attribuisca la legittimazione processuale al minorenni anche in ipotesi di separazione o divorzio ove lo stesso, pur essendo destinatario, in parte, dei provvedimenti ivi assunti, non ha alcun interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. né ha il libero esercizio dei diritti e, pertanto, può solamente stare in giudizio per mezzo del proprio rappresentante, ai sensi dell'art. 75 c.p.c.; in dottrina, si veda G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

<sup>21</sup> Si veda in tal senso Corte appello Ancona, 26/03/1999 in *Famiglia e diritto 1999*, 467 ove si afferma che: «Nel caso in cui si tratti di assumere decisioni relativamente alla salute del minore non trova applicazione l'art. 78 comma 2 c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale del rappresentato, in quanto dettato in previsione della tutela giudiziaria di un diritto di contenuto patrimoniale in relazione al quale sorga il conflitto tra l'esercente la potestà parentale ed il minore. In detta ipotesi, qualora si assuma che le decisioni dei genitori siano pregiudizievoli alla tutela del minore, il giudice, sulla base degli ampi poteri anche sostitutivi, conferitegli dall'art. 333 c.c., può consentire all'intervento sanitario, demandando ad altri l'esecuzione, anche forzosa, di tale provvedimento qualora esso non fosse eseguito spontaneamente dall'esercente la potestà parentale».

<sup>22</sup> Secondo cui «Al curatore speciale del minore il giudice può attribuire nel provvedimento di nomina, ovvero con provvedimento non impugnabile adottato nel corso del giudizio, specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Il curatore speciale del minore procede al suo ascolto. Il minore che abbia compiuto quattordici anni, i genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, il tutore o il pubblico ministero possono chiedere con istanza motivata al presidente del tribunale o al giudice che procede,

La riforma consente di attribuire al curatore speciale anche poteri di rappresentanza sostanziale della persona minorenni, sottraendo nuovamente tale prerogativa agli esercenti la responsabilità genitoriale.

In via del tutto preliminare, ancor prima di considerare l'opportunità di tale scelta e le sue implicazioni concrete, si può forse dire con le dovute cautele, che il solo operare una distinzione tra la persona minorenni ed i genitori, anche per ciò che riguarda i diritti sostanziali dell'individuo, significhi attribuirle una soggettività autonoma.

E tale riconoscimento, non scontato, costituisce in un certo senso il presupposto fondamentale per poter eventualmente parlare delle sue modalità di attuazione e, dunque, sia di autonomia che di rappresentanza.

Più nel dettaglio, il nuovo assetto incentiva l'impiego della rappresentanza sostanziale del minorenni, attribuendo al curatore speciale anche il potere di compiere atti aventi carattere personale in nome e per conto del rappresentato<sup>23</sup>, assieme al dovere di ascolto del minore a cui deve procedere il suo «nuovo» rappresentante legale.

Ciò sembra allora confermare la tendenza a garantire una maggior partecipazione dell'individuo, anche legalmente incapace, all'assunzione delle decisioni che lo riguardano e la volontà del legislatore di considerare e valorizzare i suoi desideri, aspetto che, soprattutto in ipotesi di alta conflittualità tra genitori, potrebbe facilmente passare in secondo piano.

Sembra tuttavia opportuno riflettere sul diverso ruolo della rappresentanza in ambito processuale ed in ambito sostanziale, poiché se nel giudizio tale istituto sembra aver il pregio di porre le parti in condizione di parità, al fine di suggerire al giudice la scelta che meglio rispecchi il *best interest of the child*, in ambito sostanziale costituisce una manifestazione della responsabilità genitoriale e, in senso lato, esprime anche il diritto del minore alla bigenitorialità.

In estrema sintesi, l'esercizio della responsabilità genitoriale, oltre all'adempimento dei doveri codicistici verso la prole, importa lo sviluppo e la definizione della personalità del minorenni, atteso che la famiglia è portatrice di valori, idee e modelli comportamentali diretti e dà origine ad un rapporto stabile e a costruzione progressiva, soprattutto da lato figlio-genitore.

È allora doveroso chiedersi se tale complessità di prerogative possa pretendersi anche dal curatore speciale, soggetto terzo rispetto al nucleo familiare e privo

---

che decide con decreto non impugnabile, la revoca del curatore per gravi inadempienze o perché mancano o sono venuti meno i presupposti per la sua nomina».

<sup>23</sup> La formulazione letterale della norma non aiuta in tal senso, essendo esclusivamente prevista la generale attribuzione di poteri. Tuttavia, l'interpretazione accolta appare preferibile in quanto, in caso contrario, il curatore speciale rappresenterebbe un mero esecutore delle decisioni altrui e la sua figura diverrebbe più difficilmente inquadrabile atteso che, onde evitare l'inerzia dei genitori nel compimento delle attività materiali da eseguirsi nell'interesse del minore, sarebbe stata sufficiente una delega ai servizi sociali. Del pari, si ritiene che per gli atti a contenuto patrimoniale l'articolo 321 c.c. già preveda la nomina di un curatore speciale, quando si tratti di compiere atti di straordinaria amministrazione. Di conseguenza, onde evitare un'inutile duplicazione delle norme, l'articolo 80 c.p.c. sembra attribuire al curatore una rappresentanza per ciò che concerne il compimento di atti personali, quali la scelta dell'indirizzo scolastico, le scelte mediche, la gestione delle relazioni interpersonali del minore. In tal senso si veda C. COSTABILE, *Il curatore speciale del minore in Riforma del processo per le persone, i minorenni e le famiglie*, (a cura di R. GIORDANO, A. SIMEONE), Milano, 2022, 136.

delle conoscenze psico-pedagogiche necessarie a tal fine, e, dunque, se sia opportuno sostituire la discrezionalità genitoriale<sup>24</sup> con la professionalità del curatore, e, in altre parole, il modello diretto dell'esempio con il parere del tecnico.

È innegabile, tuttavia, che in ambito strettamente medico-sanitario la discrezionalità riconosciuta al genitore nell'esercizio delle sue prerogative ceda parzialmente il passo all'utilità oggettiva del trattamento.

Con la conseguenza che, forse, è proprio in tale ambito, meno opinabile e dal forte carattere scientifico, che la sostituzione dei genitori con un terzo nel ruolo rappresentativo potrebbe dare più vantaggi, senza arrivare a compromettere quegli aspetti strettamente discrezionali che caratterizzano la figura genitoriale.

L'unicità di tale ultima figura emerge ancora più marcatamente ove si consideri la struttura della rappresentanza legale nei confronti della prole, la quale, per ciò che riguarda l'assunzione delle decisioni più rilevanti, come appunto la salute e le scelte esistenziali, impone la partecipazione di due diversi individui al processo decisionale<sup>25</sup>, con intervento dell'autorità giudiziaria in ipotesi di disaccordo<sup>26</sup>.

Tale meccanismo fondato sul doppio ramo della genitorialità, oltre che essere conseguenza della filiazione, a ben vedere, svolge anche una funzione di garanzia per il figlio minore, incentivando il dialogo tra i genitori e la ponderazione delle scelte nell'interesse della prole.

La predetta funzione potrebbe allora subire un affievolimento ove le decisioni maggiormente rilevanti per l'individuo minore fossero assunte esclusivamente dal curatore speciale.

---

<sup>24</sup> A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 il legislatore ha sostituito l'educazione familiare fondata sul rispetto dei principi della morale con una maggiormente personalista, che pone al centro il soggetto destinatario della stessa e, dunque, il figlio; si veda in tal senso C. COSSU, *Potestà dei genitori in Dig. IV, sez. civ., XIV*, Torino, 1996, 121 e già l'articolo 29 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia, adottata dall'Assemblea ONU nel 1989 e ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, secondo cui l'educazione «[...] l'educazione del fanciullo deve avere come finalità: a) favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche, in tutta la loro potenzialità; b) sviluppare nel fanciullo il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite; c) sviluppare nel fanciullo il rispetto dei suoi genitori, della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese nel quale vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua; d) preparare il fanciullo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di uguaglianza tra i sessi e di amicizia tra tutti i popoli e gruppi etnici, nazionali e religiosi e delle persone di origine autoctona; e) sviluppare nel fanciullo il rispetto dell'ambiente naturale».

<sup>25</sup> Per quanto sia ormai principio appurato che non sempre la presenza di due genitori rappresenti *tout court* un vantaggio per la prole e l'esistenza di famiglie anche monogenitoriali, la regola è ancora rappresentata dalla bigenitorialità; si vedano a tal proposito G. BATTEZZATI, G. COSCIA, E. SAITA, G.G. VALTELLINA, *La famiglia monoparentale. Problematiche dello sviluppo normale e patologico dei figli*, 1995, Milano e A. ZANATTA, *Le nuove Famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, Bologna, 2008.

<sup>26</sup> Si vedano, *ex multis*, C. App. Napoli, decreto del 30/08/2017 in *Guida al Diritto* 2018, 5,40 e Trib. Milano, ordinanza del 09/01/2018 in *Fam. dir.*, 10/2018, con nota di M. MONTANARI. Inoltre, sulla rilevanza della preventiva autorizzazione del giudice si vedano Cass. civ., sent. n. 2235 del 17/03/1990 e, prima, Cass. civ., sent. n. 541 del 15/02/1969 secondo cui: «l'impegno assunto verso terzi dal rappresentante dell'incapace, di ottenere il provvedimento di autorizzazione [...] è radicalmente nullo per contrarietà a norme di ordine pubblico».

A tal proposito non mancano casi, anche in merito alla vaccinazione anti Covid 19, ove proprio il contrasto tra i genitori in merito all'opportunità di sottoporre il figlio al trattamento sanitario, ha generato il ricorso all'autorità giudiziaria che, all'esito della dovuta comparazione degli interessi in gioco e dell'ascolto del minore interessato, ha individuato tra i due il genitore più in grado di tutelare gli interessi della prole<sup>27</sup>.

Allora, venendo meno proprio questa ipotesi di confronto tra genitori che giustifica l'intervento dell'autorità giudiziaria nell'assunzione delle scelte di maggior rilievo, si rischierà di adire il giudice soltanto ove vi sia contrasto tra il parere del minore medesimo e quello del suo legale rappresentante<sup>28</sup>, ipotesi per cui sino a poco tempo fa non erano stati previsti strumenti *ad hoc* a tutela del minore di età.

Così il minore potrebbe trovarsi da solo davanti al parere del proprio legale rappresentante, in una condizione di inferiorità psichica più intensa rispetto a quella in cui verserebbe nei confronti del genitore in disaccordo, il quale costituisce, pur sempre, un punto di riferimento sicuro per il minore.

Sarebbe allora stata doverosa qualche riflessione in più in merito all'annoso problema del contrasto tra l'opinione del titolare della posizione giuridica soggettiva e quella del suo legale rappresentante, e dunque, del rapporto tra *auto* ed *etero* determinazione del minore, soprattutto quando, come nel caso del curatore speciale, questi sia chiamato ad assumere decisioni di tipo personale in nome e per conto dello stesso.

Anche a tal proposito, come si accennava sopra per l'incapace maggiorenne, non sembra più possibile ignorare le singole circostanze del caso concreto onde individuare una soluzione che sia, da una parte rispondente agli interessi di una personalità ancora in formazione e non pienamente consapevole delle decisioni che assume e, dall'altra, quanto più rispettosa delle sue aspirazioni.

Sarebbe allora auspicabile, quantomeno di fatto, dato che la riforma Cartabia non prevede espressamente tale dovere, che il curatore speciale chiamato ad assumere decisioni in ambito sanitario ponderasse il grado del proprio intervento nei confronti del minore anche alla luce dell'effettiva necessità della sostituzione e/o dell'assistenza.

E così, di fronte a ipotesi in cui il minore sia di così piccola età da non poter essere minimamente coinvolto nella decisione sul trattamento sanitario, nei casi

---

<sup>27</sup> Il riferimento è a Trib. Firenze del 15/02/2022 in *Diritto & Giustizia* 2022, 12 maggio, che ha evidenziato come: «Nel caso in cui insorga un contrasto tra i genitori sull'opportunità di sottoporre o meno a vaccinazione la figlia, deve essere preferito quello che meglio rappresenta gli interessi della minore. Spetterà, poi, al medico vaccinatore dell'Asl territorialmente competente valutare se sottoporre in concreto o meno la minore alla vaccinazione in questione, tenuto conto delle condizioni psico-fisiche della stessa e di eventuali patologie della medesima (nella specie, il giudice ha ritenuto che fosse da preferire il padre, assecondando il medesimo la volontà della minore, la quale peraltro aveva già effettuato la prima dose di vaccino, di sottoporsi anche alla seconda dose)».

<sup>28</sup> In tale situazione, tuttavia, il minore in disaccordo con il proprio curatore in merito all'assunzione di una decisione per lui rilevante, essendo privo di capacità negoziale, non potrà tuttavia conferire alcun mandato al difensore onde far valere le proprie ragioni dinanzi al giudice e dovrà necessariamente rivolgersi personalmente o far affidamento su un intervento del Pubblico Ministero.

di inadeguatezza dei genitori, il curatore speciale non potrà che sostituirsi ai medesimi.

È ciò che potrà accadere in casi analoghi a quello affrontato dal Tribunale di Modena nel Febbraio 2022<sup>29</sup>, ove il giudice tutelare ha nominato un curatore speciale, con potere di esprimere il consenso al trattamento medico, al minore di soli due anni di età, a cui i genitori avevano negato emotrasfusioni vitali, per motivi in parte religiosi ed in parte dovuti al timore che venisse utilizzato sangue di donatori vaccinati contro l'infezione da Covid 19.

In tali casi, difatti, è la condizione stessa del minore a suggerire la necessità di un intervento particolarmente forte, mentre, quando il minore sia già in grado di esprimere le proprie considerazioni in merito al trattamento sanitario il ruolo del curatore dovrebbe esser attenuato.

Tale ufficio potrebbe allora anche esser declinato quale figura di raccordo tra il personale medico ed il paziente minore, al fine di fargli meglio comprendere le informazioni, le conseguenze del trattamento e tutto ciò che concerne l'espressione di un consenso che sia davvero informato<sup>30</sup>.

Fermo restando comunque che la possibilità di attribuire al curatore speciale specifici poteri di rappresentanza potrebbe aiutare a costruire, anche per il minore, una tutela che sia un vero «vestito su misura», sarebbe di fondamentale importanza anche garantirne la preparazione tecnica.

E così, occorrerebbe perseguire l'idea non solo che tale frammentazione del potere di rappresentanza sia rispondente agli interessi del minore, ma anche che sia accompagnata da una sempre maggiore garanzia di competenza dei suoi legali rappresentanti<sup>31</sup>.

Un particolare dovere di formazione non è però stato previsto per il curatore speciale<sup>32</sup>, il quale spesso svolgerà contemporaneamente la difesa tecnica del minore e la sua rappresentanza anche di tipo sostanziale, in una – forse eccessiva – commistione di ruoli<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Si veda Trib. Modena del 08/02/2022 in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 4/2022, 1240.

<sup>30</sup> Il riferimento è a Trib. Milano del 22/11/2021 in *Ilfamiliarista.it* 7 aprile 2022, ove un minore di anni 12, affidato ai Servizi Sociali, non era stato sufficientemente informato circa la somministrazione del vaccino anti Covid 19, aderendo in modo passivo all'opinione del proprio genitore, nonostante gli fosse stato nominato un curatore speciale.

<sup>31</sup> Non si può nascondere, tuttavia, il rischio che si verifichino conflitti di competenza tra i vari legali rappresentanti, compresi i Servizi sociali, normalmente incaricati nei procedimenti *de potestate*. A tal proposito si veda M. DOGLIOTTI, A. FIGONI, *L'affido del minore al Servizio Sociale ed i limiti all'esercizio della responsabilità genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2003, 397 ss.

<sup>32</sup> Per rivestire l'ufficio di curatore speciale del minore è richiesta l'iscrizione all'albo degli avvocati con anzianità pari ad almeno 5 anni, non aver riportato sanzioni disciplinari più gravi dell'avvertimento, aver correttamente adempiuto ai doveri di formazione professionale continua, aver maturato una certa esperienza in materia di diritto familiare e minorile, documentabile attraverso un certo numero di cause in materia ed aver frequentato un corso in materia, predisposto da un soggetto abilitato. Occorre aggiungere le linee guida elaborate dal Consiglio Nazionale Forense, le quali impongono al professionista il rispetto dell'art. 9 del Codice Deontologico Forense che si sostanziano in indipendenza, correttezza, competenza e lealtà. Si raccomanda inoltre al curatore di procedere all'ascolto del minore, chiarendo «al minore che sia capace di discernimento, con modi e termini a lui comprensibili, che la sua opinione sarà tenuta in debita considerazione ma non necessariamente accolta».

<sup>33</sup> Sebbene la precedente giurisprudenza abbia ribadito che i due ruoli di avvocato e curatore restano distinti anche quando sono cumulati nel medesimo soggetto. In tal senso: Cass. civ., sent. n. 9 del 03/01/2019 e Cass. civ., sent. n. 14216 del 14/06/2010.

### **3. Il potere di autodeterminazione della persona minorenni in tema di consenso al trattamento medico: un modello imitabile.**

La riforma, oltre a valorizzare nuove forme di rappresentanza del minorenni, in un certo senso, incoraggia anche il riconoscimento di quella sfera «personalissima» ed intangibile che caratterizza qualunque individuo, nella parte in cui, in ambito processuale, permette all'ultraquattordicenne di adire personalmente l'autorità giudiziaria per ottenere la nomina del proprio curatore speciale.

E proprio a tal proposito sembra interessante considerare il diverso operare dell'autonomia dell'individuo minore di età in ambito sostanziale, e segnatamente in tema di espressione del consenso informato al trattamento medico, ed in ambito processuale, alla luce del nuovo art. 78 comma 3 n. 4 c.p.c.. La libertà riconosciuta al minorenni nell'esercizio del diritto alla salute può giustificarsi alla luce della natura delle scelte che esso implica, decisioni estremamente personali ove si avverte un'esigenza di protezione del minore da tutti i terzi estranei, compresi i genitori.

E difatti ad oggi il minorenni adolescente, in determinate casistiche, ha capacità decisionale per ciò che riguarda il diritto di aborto, l'accesso ai trattamenti sanitari a seguito di uso di stupefacenti a scopi non terapeutici ed in tema di accertamenti diagnostici e relative cure in caso di insorgenza di sintomi da malattia sessualmente trasmissibile<sup>34</sup>, a cui occorre aggiungere la recente previsione giurisprudenziale che conferma la possibilità di somministrare alla minorenni la c.d. «pillola dei cinque giorni dopo» senza alcuna prescrizione medica<sup>35</sup>.

La peculiarità del soggetto coinvolto, tuttavia, suggerisce ancora la necessità di rafforzare un obbligo informativo che consideri il grado di sviluppo della persona<sup>36</sup>, il contesto socio-familiare di provenienza e la sua concreta capacità di comprensione, ma anche di accettare che l'eventuale assenso - o dissenso - al trattamento potrebbe essere sorretto da un minor grado di consapevolezza

---

<sup>34</sup> Si vedano, rispettivamente, l'art. 12 della legge n. 194 del 1978, l'art. 95 della legge n. 685 e l'art. 4 della legge n. 837 del 1956 ed il regolamento attuativo d.p.r. n. 2056 del 1978; Inoltre, in senso più ampio, già il codice civile del 42 riconosce al minore capacità d'agire anticipata per il riconoscimento del figlio naturale, dal compimento del 16esimo anno di età, il consenso all'adozione da parte di chi abbia compiuto 14 anni e la capacità lavorativa per il minore che abbia compiuto 16 anni. In tema di diritto di aborto della minorenni anche in assenza del consenso dell'esercente la responsabilità genitoriale si veda giudice tutelare Catania, 07/11/2002.

<sup>35</sup> Si veda Cons. Stato, sent. n. 2928 del 19/04/2022 ove si afferma: «[...] Peraltro, il Giudice ha disposto che una lettura costituzionalmente orientata della disciplina del consenso informato impone comunque la protezione del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'auto-determinazione della persona, diritto quest'ultimo che sarebbe esposto al concreto rischio di frustrazione nel caso in cui si pretendesse, limitatamente al caso di specie - che attiene alla libertà sessuale e, più in generale, alla sfera privata - la necessità del consenso dei genitori o dei tutori».

<sup>36</sup> In tal senso si veda art. 3 della legge n. 201 del 2017, il quale impone di il necessario coinvolgimento del minore nell'informazione e nell'assunzione della decisione, mentre, più recentemente il Comitato Nazionale di Bioetica nel parere del 29/07/2021 in materia di vaccinazione contro il Covid-19 ai minori di età, ha ribadito l'importanza di fornire loro un'informazione chiara in ordine alla natura del vaccino da somministrare.

rispetto a quello che possa esprimere un adulto, ma non per questo automaticamente meno valido.

Tuttavia, sebbene in ambito di espressione del consenso informato al trattamento medico, anche al di fuori dei casi predetti, si abbia *in primis* l'obbligo di legge, rivolto anche ai sanitari, di tenere in considerazione la posizione della persona minorenni, concretamente si è fatto fatica a riconoscerle un effettivo potere di tutela processuale<sup>37</sup>.

Allora, la possibilità di adire il giudice da parte dell'ultraquattordicenne introdotta dalla riforma Cartabia potrebbe costituirne proprio un valido strumento attuativo, traducendo anche in sede «contenziosa» quel riconoscimento di autonomia che già opera, in parte, in ambito sostanziale, rendendolo così completo.

Tuttavia, tale previsione appare forse prematura, di difficile attuazione pratica e fa sorgere dubbi anche sulla sua opportunità, in quanto importa che il minore denunci personalmente e senza alcuna difesa tecnica<sup>38</sup>, dinanzi all'autorità giudiziaria, l'inadeguatezza dei propri genitori alla tutela della propria sfera giuridica.

Per quanto si debba favorire il riconoscimento dell'autonomia del minore quale centro di interessi sostanziali e processuali autonomo, ciò non dovrebbe tradursi nella sua diretta e solitaria partecipazione al giudizio<sup>39</sup>.

Non solo, il riconoscimento e la valorizzazione della capacità di discernimento del minore, spesso presente quando abbia compiuto gli anni 14, non dovrebbe passare dall'attribuzione allo stesso di responsabilità e compiti che non può gestire, quale sarebbe un'accusa di inidoneità rivolta ai propri genitori.

Sarebbe stato allora forse più opportuno, in linea con la *ratio* ispiratrice della riforma e con la disciplina già applicata nel diritto sostanziale, predisporre una serie di meccanismi volti a far meglio comprendere al minore le dinamiche conflittuali che si trova a vivere, secondo la propria maturità, o ancora, individuare un soggetto diverso deputato già *ex ante*, e cioè dal momento stesso di insorgenza del contrasto con il parere dei propri genitori, alla tutela dei suoi interessi<sup>40</sup>.

Tuttavia, se per ciò che concerne la rappresentanza del minore si è, in qualche modo, assistito alla creazione di un raccordo tra la disciplina processuale e quella del diritto sostanziale, aspetto quest'ultimo su cui comunque la riforma non sembra aver voluto mettere un *focus*, lo stesso non può dirsi per ciò che riguarda il diritto di autodeterminazione della persona minorenni.

---

<sup>37</sup> L'art. 3 comma 5 della l. n. 219/2017 difatti prevede espressamente l'obbligo del sanitario di adire il giudice soltanto ove si abbia contrasto tra il proprio parere tecnico circa l'utilità del trattamento sanitario e quello degli esercenti la rappresentanza dell'incapace.

<sup>38</sup> Si ricorda che il minore non può conferire alcun mandato al difensore, pertanto lo stesso si troverà da solo dinanzi al giudice o da solo di fronte al medesimo ma alla presenza dei propri genitori, privo di qualsivoglia supporto giuridico e/o psicologico, in una condizione tutt'altro che ideale.

<sup>39</sup> Peraltro, è anche alla luce di una maggior protezione emotiva e psicologica della parte – oltre che dell'incompetenza tecnica – che si rinviene la necessità di far partecipare al processo il difensore.

<sup>40</sup> Ad esempio, prevedendo espressamente l'obbligo del medico di adire il giudice in ipotesi di contrasto tra il parere del minore e quello dei genitori.

Ed è forse in merito a tale aspetto che si avvertiva – e si avverte - invece, una maggiore necessità di intervento, anche in tema di tutela del diritto alla salute.

La riforma Cartabia si può forse ritenere un'occasione mancata per incoraggiare, anche da un punto di vista normativo, quella capacità di gestirsi in modo più autonomo che il minorenni più maturo già mostra nella propria quotidianità<sup>41</sup> e che è riconosciuta da unanime giurisprudenza.

Si è consapevoli che la *ratio* ispiratrice della riforma Cartabia fosse un'altra così come è di tutta evidenza che la valorizzazione della capacità d'autodeterminazione sia un aspetto di difficile positivizzazione, sia per i delicati interessi coinvolti sia per la difficoltà di predisporre una disciplina generale ed astratta per un fenomeno così variegato.

Poteva comunque esser opportuno stabilire un diverso trattamento del minore alla luce della sua età, *rectius*, della sua concreta capacità di discernimento<sup>42</sup>.

E così prevedere, ad esempio, un più semplice dovere di ascolto e di informazione da parte del curatore solo nei confronti dei minori di età inferiore e ponendo invece un vero obbligo di coinvolgimento del c.d. «grande minore» nelle decisioni sostanziali che lo interessino<sup>43</sup>, di modo che la volontà del minore sia sempre considerata, ove necessario ponderata e, quando lo stesso sia prossimo al raggiungimento della maggiore età, rispettata.

E sempre a tal fine, ci si chiede se il curatore speciale stesso, quale ibrido tra il difensore tecnico ed il tutore, possa rappresentare la figura più idonea alla protezione del minore di età.

Il curatore, tra le figure poste a tutela dell'individuo incapace, sembra quella maggiormente incentrata sulla tutela del solo patrimonio<sup>44</sup>, non avendo,

---

<sup>41</sup> Si segnala, in tal senso, Trib. Minorenni Caltanissetta del 13/08/2019 in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2019, 4, I, 1699, ove si afferma che: «Valutata in concreto la maturità del minore, risulta illegittima la volontà del padre della minorenni di opporsi alla relazione sentimentale della figlia. L'ordinamento, infatti, attribuendo rilevanza giuridica alla volontà del minore adolescente in svariate ipotesi, riconosce la sua facoltà di autodeterminarsi, anche nella scelta di instaurare delle relazioni sentimentali. Va pertanto autorizzata la figlia a trascorrere (sotto la supervisione dei servizi sociali) i fine settimana in compagnia del suo fidanzato e dei relativi familiari (con esclusione del pernottamento), essendo state appurate la sua piena maturità e l'affidabilità della famiglia ospitante».

<sup>42</sup> Secondo molti continuare a distinguere i minorenni esclusivamente in base alla propria età sembra ormai anacronistico poiché risente della dicotomia capacità d'agire – incapacità e poiché non sembra tener conto del grado di sviluppo della singola persona che dovrebbe, altresì, condizionare le modalità di coinvolgimento del minorenni nelle vicende che lo riguardano, il diritto all'ascolto e le modalità di informazione del medesimo. In tal senso si veda G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno* in *Quaderni di «diritto delle successioni e della famiglia»*, 5, Napoli, 2006, 29 e A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione* in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, 262; si dovrebbe allora svolgere una valutazione, ancora una volta, maggiormente casistica, per valutare “se il minore abbia [...] il discernimento per adottare una decisione con la medesima consapevolezza di una persona adulta” P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 4, 1 dicembre 2020, 1792;

<sup>43</sup> Sulla valorizzazione del diritto di ascolto della persona minorenni per ciò che attiene gli aspetti che lo riguardano e sulla sua capacità di assumere talune decisioni in modo autonomo, si veda Trib. Milano, del 15/02/2010, in *Fam. Dir.*, 2011, 401, con nota di F. RUSCELLO. *Minore di età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a supermome*; in generale, sull'insufficienza del solo diritto all'ascolto quando il minore sia prossimo alla maggiore età, si veda M. PORCELLI, *Minori d'età e rapporti giuridici non patrimoniali*, 584.

<sup>44</sup> In tal senso si veda Trib. Messina del 08/03/2005 in *Giurisprudenza locale – Messina 2005*, secondo cui: «[...] L'assistenza del curatore non costituisce un accompagnamento alla persona e non soddisfa le esigenze di cura ed aiuto nella vita quotidiana, quali il provvedere al vestiario, alla alimentazione ed alla

solitamente, quella funzione volta alla predisposizione di un progetto educativo ed assistenziale, anche in continuità con la precedente attività genitoriale e volto all'esercizio concreto dei diritti da parte della persona fragile che, invece, caratterizza l'ufficio del tutore o dell'amministratore di sostegno.

D'altra parte, è innegabile che la figura del curatore speciale, tra tutte, si caratterizzi proprio per la sua natura assistenziale e partecipativa del compimento di un atto giuridico soggettivamente complesso<sup>45</sup> ed incoraggi non la «sostituzione» della volontà del rappresentato quanto, invece, una sua maggiore partecipazione diretta.

Tuttavia, a voler garantire anche in un più intenso intervento del minore nella sua attività giuridica, sarebbe stata forse auspicabile qualche ulteriore riflessione a tal proposito.

Occorre ricordare che, grazie alla legge n. 206 del 2021, il curatore speciale del minore si sostituisce alla figura genitoriale nell'esercizio della rappresentanza e, dunque, la scelta del miglior professionista avrebbe potuto – e forse dovuto – tener conto dei principi che ispirano proprio tale ruolo complesso.

Il genitore, seppur con ampia discrezionalità, sembra affine ad una figura di cura, insegnamento ed educazione dell'individuo<sup>46</sup>, indole e formazione che si sarebbe potuta ricercare anche del nuovo rappresentante legale, anziché attribuire tale delicata prerogativa alla figura dell'avvocato, che agisce, invece, seguendo il principio di legalità.

Ad ogni modo, come già accennato, per ciò che concerne il riconoscimento di poteri sostanziali in ambito sanitario, la figura del curatore speciale può presentare molteplici aspetti positivi e, stante l'ampia formulazione scelta dal legislatore ben potrà essere oggetto di molteplici declinazioni pratiche.

Non resta che vedere come opererà concretamente la figura del curatore speciale del minore quale suo nuovo rappresentante legale, onde comprendere se davvero la sostituzione del genitore idoneo permetta, finalmente, di garantire i diritti fondamentali della persona minore anche in quelle circostanze familiari più complesse che possano coinvolgerlo.

Si ritiene che uno degli aspetti che sarà maggiormente oggetto dalla riforma sarà proprio la tutela del diritto alla salute del minore, sia perché diritto presupposto fondamentale che coinvolge l'integrità psico-fisica ed il benessere dell'individuo, sia perché, variamente declinato, importa il diritto alla libertà sessuale, alla capacità di autodeterminazione e in generale alla dignità della persona sia perché ambito ove la responsabilità genitoriale si manifesta in modo meno discrezionale.

---

casa, in esse comprese l'indirizzare il soggetto che soffre di una patologia verso un programma terapeutico» e già l'art. 321 c.c. che consente la nomina del curatore *ad acta* del minore quando i genitori non possano o non vogliano compiere un atto eccedente l'ordinaria amministrazione.

<sup>45</sup> La giurisprudenza ha evidenziato come il compimento dell'atto giuridico da parte della persona soggetta a curatela non richieda la presenza simultanea di due volontà, bensì la sola volontà del titolare della posizione giuridica soggettiva ed una mera integrazione della stessa da parte del curatore. In tal senso, si veda, C. App. Bari, sent. n. 1027 del 02/05/2019 in *Redazione Giuffrè 2019*.

<sup>46</sup> P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 945.

Si ritiene, altresì, che con la progressiva applicazione della legge n. 206 del 2021 si avvertirà, forse, l'esigenza di delineare un curatore speciale che sia maggiormente specializzato e, possibilmente, multidisciplinare, di modo da renderlo, oltre che difensore tecnico, anche un supporto competente per il minore ed una figura di mediazione e raccordo tra ciò che il minore desidera e ciò che è più rispondente ai suoi interessi.

Tale opportunità di specializzazione, allora, ben potrebbe riguardare anche gli istituti posti a protezione del maggiorenne, di modo da distinguere la gestione della persona dalla gestione del patrimonio<sup>47</sup>, ridimensionando quella concezione forse un po' degradante che caratterizza la persona ad essi sottoposta, per dar loro una veste che sia maggiormente professionalizzante.

Del pari, sarà l'operare concreto della nuova figura del curatore speciale del minore, non solo come descritto dalla riforma Cartabia, ma soprattutto alla luce del diritto vivente e delle evolutive interpretazioni giurisprudenziali, a suggerire se una modulazione quantitativa e qualitativa del suo intervento sia, oltre che auspicabile, possibile ed opportuna.

E così, se vi sia spazio per una progressiva riduzione del ruolo del legale rappresentante anche della persona incapace adulta, quando le sue condizioni lo consentano, valorizzando l'autonomia che già la misura dell'amministrazione di sostegno astrattamente prevede.

Ad ogni modo, sarà la casistica a suggerire se il nuovo assetto di rapporti tra minore, genitori e curatore speciale debba ritenersi eccessivamente responsabilizzante nei confronti dell'adolescente o se, invece, nemmeno troppo avanguardistica, operare concreto dell'istituto che sarà una rinnovata occasione di riflessione per individuare nuovi limiti e vecchi problemi delle misure di protezione delle persone variamente incapaci.

---

<sup>47</sup> Patrimonio dell'incapace che è ancora soggetto ad una gestione meramente conservativa. Si veda in tal senso P. STANZIONE in *Manuale di diritto privato*, Torino, 2017, 73 secondo cui: «La riscoperta della centralità della persona umana, alla luce dei valori espressi dalla Carta Costituzionale, ha [...] determinato un sostanziale e progressivo ripensamento della categoria della capacità d'agire ed in particolare degli strumenti di tutela a vantaggio dei soggetti che ne siano sprovvisti» e «un simile ripensamento ha riguardato in primo luogo i profili di carattere personale ed esistenziale dell'incapace, quasi del tutto sacrificati dal legislatore del 1942».