



**COMPARAZIONE E CULTURA GIURIDICA**

*Collana fondata da*

**A. DE VITA, A. PIZZORUSSO, N. TROCKER, V. VARANO, V. VIGORITI**

*diretta da*

**V. BARSOTTI, A. DE LUCA, A. SIMONI, S. SONELLI**

**CLAUDIA MORGANA CASCIONE**

**IL LATO GRIGIO DEL DIRITTO  
INVECCHIAMENTO DELLA POPOLAZIONE  
E TUTELA DEGLI ANZIANI  
IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA**

*Prefazione di* **VINCENZO ZENO-ZENCOVICH**



**G. Giappichelli Editore**

## PREFAZIONE

*De te liber narratur* è l'ovvio *incipit* di chi rientra pienamente in quel gruppo sociale qualificabile – con termine politicamente corretto – come “grigio”. E dunque è forte la tentazione di leggerlo come una sorta di *vademecum* nel quale calarsi alla ricerca di soluzioni per l'età ingrarescente. Un siffatto approccio rischia però di essere senilmente accondiscendente, perdendo di vista il senso del volume che qui si introduce.

Secondo una metafora comune, il comparatista è simile ad un viaggiatore d'altri tempi – tempi pre-digitali, prima dell'*anything, anywhere, anytime* – il quale esplora mondi distanti e poco, o per nulla, frequentati dalla propria genia, il quale torna a casa con manufatti, trofei, cimeli ai quali cerca di dare un senso, un ordine, un raffronto. Il viaggio che l'Autrice di questo volume compie è nell'affascinante, ricco, evoluto, campo della demografia che, per ragioni legate alla diffusa auto-referenzialità del giurista, era rimasto (lo si può dire) colpevolmente trascurato.

Beninteso non è mai mancata – e il libro ne dà doveroso conto – una attenzione dei giuristi verso importanti fenomeni sociali legali all'età – dai *baby-boomers* all'emersione dell'anziano come *status* dell'individuo – variamente affrontati dai legislatori e dai giudici. Ma quel che mancava era la consapevolezza di quanto il diritto può imparare dalla demografia, soprattutto nel suo costante anelito a guardare al futuro. Infatti, mentre la statistica – da tempo immemore studiata e utilizzata dai giuristi (il gius-economista Melchiorre Gioja fu tra i primi direttori del napoleonico Istituto di Statistica) – aiuta a comprendere il passato, la demografia – la quale ovviamente è alimentata da statistiche – ci dovrebbe far comprendere meglio il futuro. E questo non solo – ovviamente – per le scelte di *policy* che legislatori e amministrazioni dovranno adottare. Ma soprattutto per spiegare tendenze inevitabili che porteranno a convergenze o divergenze silenziose fra ordinamenti.

La demografia, scienza sociale seria e rigorosa, dunque, interroga il giurista – e soprattutto il comparatista – sul suo metodo. Non per appiattirsi ma per cogliere ulteriori potenzialità euristiche, come dimostrano le metodiche della *comparison by and through numbers*. Ma anche per collocare in un contesto reale – l'autore di queste pagine direbbe gius-realista – una serie di fenomeni giuridici ereditati dal passato che le proiezioni demografiche rendono marginali ovvero incrementali.

Quel che però interessa maggiormente lo studioso del diritto comparato – e che riporta ai tanti arricchenti contributi pubblicati in *Comparare. Una riflessione tra le discipline* (Mimesis, 2020) – è la demografia come scienza naturalmente vocata alla comparazione diacronica e sincronica.

Si confida che questo libro contribuisca ad aprire un dialogo dal quale il giurista, attento e rispettoso, ha sicuramente molto da imparare.

Accanto a questo profilo, fortemente innovativo, vi è nel volume che qui si introduce un secondo tema, ormai classico – e per questo motivo sollecitante l'indagine del comparatista – sulle tecniche di tutela del soggetto anziano nelle sue relazioni giuridiche. Quel che interessa segnalare è come, nella attuale società globalizzata, ad un fenomeno comune e diffuso – l'invecchiamento della popolazione – la “cassetta degli attrezzi” del legislatore si accresca notevolmente con inevitabili processi di rapida circolazione di modelli.

Questo processo ci consente di confrontare dal vivo punti di convergenza e di divergenza dei sistemi. Ciò che si vuol dire è che la scelta della tecnica di tutela – soprattutto quelle privatistiche, che costituiscono il cuore del presente volume – necessariamente deve essere coerente con il restante sistema normativo. Si prenda, ad esempio, la rendita vitalizia la quale taglia attraverso il diritto della famiglia, delle successioni, della proprietà, del contratto, delle garanzie e che può coinvolgere soggetti finanziari regolamentati. Lo strumento che viene ideato in ciascun ordinamento deve potersi inserire in maniera fluida – e dunque effettiva – nel sistema. Studiare quell'istituto, comporta studiarlo nell'intero contesto; le differenze non sono intrinseche, ma dipendono dal sistema.

Per queste ragioni la fatica dell'Autrice spinge verso nuove e aggiornate riflessioni comparatistiche e ne sottolinea la dimensione olistica.

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

## INTRODUZIONE

# MUTAMENTI DEMOGRAFICI E MUTAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. *The ageing society* e le sfide del diritto. – 2. Gli anziani: da gruppo sociale a categoria giuridica. – 3. *Law & Ageing*: problemi e prospettive. – 4. Piano dell'opera e metodologie della ricerca.

### 1. *The ageing society e le sfide del diritto*

Gli anziani rappresentano un segmento considerevole della popolazione mondiale, in rapidissima crescita<sup>1</sup>.

L'invecchiamento della popolazione è un fenomeno piuttosto recente<sup>2</sup> e rappresenta uno dei più chiari indicatori dello sviluppo economico, che ha connotato la transizione dalla società preindustriale a quella industriale<sup>3</sup>, caratteriz-

---

<sup>1</sup>Cfr. per accurati dati statistici United Nation Department of Economic and Social Affairs, *World Population Prospect 2019*, consultabile al link <https://population.un.org/wpp/>.

Si stima che nel 2025 circa 1.2 miliardi di persone avranno più di sessant'anni (cfr. i dati forniti nel CESCR, General Comment No. 6: *The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons*, 13 Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 8 dicembre 1995, Document E/1996/22) e che nel 2050 il numero di ultrasessantenni raggiungerà i due miliardi, rappresentando il 21% della popolazione mondiale (v. *Report of the Second World Assembly on Ageing*, Madrid, 8-12 aprile 2002, pp. 1-43, U.N. Doc. A/CONF.1979, U.N. Sales No. E.02.IV.4, 2002).

<sup>2</sup>A. SAUVY, *Théorie générale de la population*, Paris: PUF, 1966, II, p. 54 analizza l'evoluzione storica del fenomeno dell'invecchiamento, evidenziando che – eccettuati i periodi di declino – le popolazioni antiche non hanno conosciuto l'invecchiamento demografico, che è dunque un fenomeno nuovo: compare per la prima volta in Francia nel XIX secolo, per poi svilupparsi nel resto d'Europa.

<sup>3</sup>Come chiaramente espresso dal *Demographic Transition Model*, elaborato nel 1929 da Warren Thompson (W.S. THOMPSON, *Population*, in 34 *American Journal of Sociology* (1929), p. 959 ss. per cui v. L. DI COMITE, *L'invecchiamento della popolazione nel processo di transizione demografica*, in *Rivista italiana di economia, demografia e statistica*, 1977, n. 2).

La continua variazione dei tassi di natalità e mortalità ha portato i demografi a sviluppare una teoria che rappresenta un modello di cambiamento economico e culturale nel periodo di indu-

zata da una contestuale diminuzione del tasso di natalità e del tasso di mortalità e dall'aumento dell'età media della popolazione (per fattori quali il miglioramento delle strutture sanitarie, i progressi della medicina, i controlli sugli alimenti). Nel corso del ventesimo secolo, infatti, in numerose regioni del mondo si è assistito al controllo della mortalità perinatale e infantile<sup>4</sup>, a un declino nel tasso demografico, a miglioramenti nella nutrizione, nell'assistenza sanitaria di base e al controllo di numerose malattie infettive. Questa combinazione di fattori si è tradotta in un numero crescente e in una sempre maggiore percentuale di persone che raggiungono un'età avanzata rispetto al passato.

Allo stesso tempo, si assiste ad una vera e propria *implosione demografica*<sup>5</sup>, nel senso che vi sono meno giovani rispetto alle persone della terza<sup>6</sup> (o quarta<sup>7</sup>)

---

strializzazione che può essere rappresentato in quattro fasi: la prima fase, il periodo pre-industriale, caratterizzato da alti tassi di mortalità e alti tassi di natalità; la seconda fase, di transizione, in cui i tassi di mortalità diminuiscono grazie ai progressi in campo igienico e sanitario, ma i tassi di natalità restano alti determinando un aumento della popolazione; la terza fase, industriale, dove i tassi di natalità diminuiscono, a causa dell'occupazione e della progressiva emancipazione femminile, e, di conseguenza, i tassi di crescita della popolazione diminuiscono; la quarta fase, post-industriale, in cui i tassi di natalità e mortalità restano bassi generando, appunto, il progressivo invecchiamento della popolazione. Attualmente, le nazioni più avanzate si trovano nell'ultima fase in cui i tassi di natalità sono molto bassi determinando un saldo naturale negativo della popolazione. V., da ultimo, C. BUCCIANI, M. SEMBOLONI, *L'invecchiamento della popolazione italiana ed i suoi effetti in ambito economico*, in *Rivista italiana di economia, demografia e statistica*, 2, 2020, p. 97 ss.

Il concetto di transizione demografica è stato efficacemente espresso da P. DEMENY, *Early Fertility Decline in Austria-Hungary: A Lesson in Demographic Transition*, in 97 *Daedalus* (1968), p. 502: «Nelle società tradizionali la fecondità e la mortalità sono alte. Nelle società moderne, la fecondità e mortalità sono basse. Nel mezzo vi è la transizione demografica».

<sup>4</sup>Come rilevato da D.E. BLOOM, D. CANNING, *Global Demographic Change: Dimensions and Economic Significance*, Economic Policy Symposium, Jackson Hole, 9, 2004, nel XIX secolo la mortalità infantile era alta pressoché ovunque; invece, dal XX secolo si è aperto un notevole divario tra paesi ricchi, in cui il tasso di mortalità infantile si è notevolmente ridotto, e paesi poveri in cui è rimasto elevato.

<sup>5</sup>V. R. BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2005, p. 942 ss. e S. BEALE, *The Mark of a Noble Society: Human Rights and Older People*, 2000, consultabile al link <https://www.helpage.org/silo/files/the-mark-of-a-noble-society-human-rights-and-older-people.pdf>, che evidenzia che, per la prima volta, il numero degli anziani supererà quello dei bambini.

<sup>6</sup>Sulle tappe della vita e, nello specifico, della vecchiaia, imprescindibile è il contributo di P. LASLETT, *Una nuova mappa della vita. L'emergere della terza età*, Bologna: Il Mulino, 1992, *passim*. Laslett introduce il concetto di terza età, come età della vita *circostrita* tra la «seconda età», quella adulta, e la «quarta età», quella della dipendenza. Tale distinzione è affine a quella elaborata nella società tecnologica, incentrata sul momento della produzione: ad un'età prelaborativa succede un'età lavorativa e ad entrambe la terza che è un'età postlaborativa o di pensionamento. V. P. STANZIONE, voce *Anziani (assistenza agli)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. III, Milano: Giuffrè, 1999, p. 112 ss., 114.

<sup>7</sup>V. SANSONE, *La quarta età: inchiesta sul secolo dai capelli bianchi*, Roma: Editori Riuniti, 2000. La quarta età, generazione composta da persone con più di ottant'anni, comprenderà, se-

età. La ragione prima risiede nel calo della fecondità/natalità registrato, soprattutto in Europa, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, che ha portato quest'ultima al di sotto del tasso di sostituzione delle generazioni: ha avuto inizio allora la fase dell'«inverno demografico»<sup>8</sup>. Si stima che, entro il 2050, le persone oltre i sessant'anni saranno più del doppio dei bambini con meno di 5 anni.

Inoltre, i progressi nella medicina e nella sanità pubblica sono stati finora maggiori rispetto a quelli conseguiti nel medesimo periodo nei campi della produzione, della distribuzione del reddito, dell'addestramento, dell'istruzione, delle abitazioni, della modernizzazione istituzionale e dello sviluppo sociale in termini generali<sup>9</sup>. In questo senso, i Paesi in via di sviluppo stanno per “invecchiare” senza che tutti i settori necessari a garantire uno sviluppo bilanciato e integrato siano nella condizione di procedere alla stessa andatura e garantire uno standard di vita accettabile per il numero sempre crescente di anziani previsto per il prossimo futuro.

L'invecchiamento della popolazione non rappresenta unicamente un dato demografico, ma costituisce una “rivoluzione silente” nella società, con profonde ripercussioni nella sfera pubblica e privata<sup>10</sup>.

condo le previsioni, più di trecentocinquantamila persone nel 2050. Per F. VIOLA, *I diritti della terza età*, draft consultabile al link [http://www1.unipa.it/viola/Diritti\\_della\\_terza\\_eta.pdf](http://www1.unipa.it/viola/Diritti_della_terza_eta.pdf). è valida e rilevante la distinzione fra la terza e la quarta età, cioè tra anziani autosufficienti e anziani che non lo sono e che solitamente consideriamo a tutti gli effetti “vecchi” (*the oldest old*). Costoro necessitano di una particolare assistenza da parte della società, richiedono l'impiego di risorse economiche e sociali ingenti e sollevano problematiche bioetiche del tutto particolari. Per questo motivo, per l'Autore, non è opportuno accostare troppo la terza e la quarta età. Addirittura bisognerebbe distinguerle così come lo sono la prima e la seconda età, anche se in senso inverso, perché si va verso una sempre maggiore fragilità.

<sup>8</sup> Così G.F. DUMONT, *Implosione demografica in Europa?*, Bologna: Lexicon EDB Edizioni Dehoniane, 2003, p. 471 ss., 476. L'autore evidenzia le cause del calo della fecondità (p. 480 ss.): innanzitutto, l'introduzione di una contraccezione moderna perfettamente efficace, che modifica del tutto il regime della fecondità; l'aumento della durata della scolarizzazione e, in particolare, della scolarizzazione femminile che determina un ritardo dell'età al matrimonio e alla maternità; infine, l'attività economica delle donne esercitata frequentemente all'esterno dell'ambiente familiare.

<sup>9</sup> A. MINETTI, A. CENSI, *La vita estrema. Per una sociologia della fragilità e della dipendenza nella grande vecchiaia*, in *Quaderni europei sul nuovo welfare*, Quaderno 25/2015, consultabile al link <http://www.newwelfare.org/2015/08/24/la-vita-estrema-per-una-sociologia-della-fragilita-e-della-dipendenza-nella-grande-vecchiaia/>. «I due problemi più importanti che deve fronteggiare una società fortemente invecchiata sono la solidità finanziaria dei programmi di previdenza sociale e di assistenza sanitaria per gli anziani e il finanziamento del servizio sanitario pubblico. In tutti i paesi occidentali, i programmi di previdenza sociale sono stati impostati in un'epoca in cui esisteva un basso tasso di invecchiamento. La struttura per età della popolazione aveva un andamento piramidale e la speranza di vita era inferiore a 60 anni. Oggi i beneficiari di quei programmi sono molto più numerosi e longevi di quanto si prevedesse in origine (...). Analoghe considerazioni valgono per la sanità pubblica. Una più lunga sopravvivenza in età avanzata inciderà sia sulla spesa sanitaria riguardante la cura delle malattie acute sia sulla spesa relativa ai servizi di lungodegenza per persone affette da malattie croniche e degenerative».

<sup>10</sup> A. GOLINI, A. ROSINA, *Il secolo degli anziani. Come cambierà l'Italia*, Bologna: Il Mulino, 2011.

Da un lato, l'aumento del numero di anziani pone inevitabilmente alla società un elevato numero di questioni economiche: basti pensare al finanziamento delle pensioni (considerata la diminuzione della popolazione attiva lavorativamente e l'aumento correlativo del numero di inattivi); al finanziamento delle spese sanitarie legate alla vecchiaia ed anche all'aumento delle spese necessarie a mantenere gli anziani nel loro domicilio o in strutture di accoglienza<sup>11</sup>. In tal senso, il Fondo Monetario Internazionale ha evidenziato il rischio del c.d. *longevity shock*, derivante dall'aumento degli oneri socioeconomici correlati alla cura, all'assistenza e alle spese previdenziali destinate agli anziani, dovuto all'aumento dell'aspettativa di vita e al rapporto sempre più sfavorevole tra popolazione attiva e non attiva<sup>12</sup>.

L'imponente mutamento demografico in atto ha ripercussioni (che nel prossimo futuro saranno ancora più significative) sui rapporti di lavoro, sulla crescita economica dei paesi sviluppati e, al contempo, rappresenta una voce della spesa sanitaria e assistenziale dei paesi in via di sviluppo in esponentiale crescita<sup>13</sup>.

Dall'altro lato, è la stessa società a non poter ignorare che milioni di anziani in tutto il mondo subiscono disparità di trattamento o diniego dei diritti fondamentali, in particolare in termini di povertà cronica, violenza e abusi, mancanza di istruzione, scarso accesso alla giustizia ed esclusione dalla partecipazione sociale e politica<sup>14</sup> e che la vulnerabilità connessa all'affievolimento delle capacità psico-fisiche li rende frequentemente vittime di raggiri, truffe e abusi finanziari.

La discriminazione fondata sull'età può essere diretta, ad esempio negando il lavoro a una persona a causa della sua età, oppure indiretta, ad esempio escludendo gli anziani dai programmi sanitari (ad es. di prevenzione di alcune malattie, tra cui l'HIV<sup>15</sup>). Sotto quest'ultimo profilo, l'emergenza pandemica da Co-

<sup>11</sup> M. BORGETTO, *La personne âgée, sujet de protection du droit*, in RDSS, 2018, p. 757 ss.

<sup>12</sup> International Monetary Fund, *Global financial stability report: the quest for lasting stability* – 2012, <https://www.imf.org/en/Publications/GFSR/Issues/2016/12/31/The-Quest-for-Lasting-Stability>.

<sup>13</sup> I. DORON, *Ithaka: on the Journey to an International Human Rights Convention for the Rights of Older Persons*, in *International and Comparative Law on the Rights of Older Persons* (R. REUBNER, T. DO, A. TAYLOR eds), Lake Mary: Vandepul Publishing, 2015, p. 18 ss.

<sup>14</sup> Si sono occupati del problema dell'esclusione sociale degli anziani K. WALSH, T. SCHARF, N. KEATING, *Social Exclusion of Older Persons: a Scoping Review and Conceptual Framework*, in 14 *European Journal of Ageing* (2017), p. 81 ss.; M.F. HRAST, A.K. MIRAK, T. RAKAR, *Social Exclusion of Elderly in Central and Eastern Europe*, in 40 *Int. J. Soc. Econ.* (2013), p. 971 ss.; R. LEVITAS, C. PANTAZIS, E. FAHMY, *The Multi-Dimensional Analysis of Social Exclusion*, London: Cabinet Office, 2007 secondo cui «*Social exclusion of older persons is a complex process that involves the lack or denial of resources, rights, goods and services as people age, and the inability to participate in the normal relationships and activities, available to the majority of people across the varied and multiple domains of society. It affects both the quality of life of older individuals and the equity and cohesion of an ageing society as a whole.*».

<sup>15</sup> C. CHUNG, *The Necessity of a Human Rights Approach and Effective United Nations Mechanism for the Human Rights of the Older Person*, A/HRC/AC/4/CRP.1, 2009.

Possono mutarsi le definizioni di discriminazione "diretta" e "indiretta" fornite dalla Diretti-

vid-19 ha mostrato che in alcuni paesi, come Italia e Spagna, soprattutto durante la prima ondata, il criterio dell'età è stato utilizzato, in situazione di congestione ospedaliera, per escludere i pazienti più anziani di Covid-19 dai trattamenti salvavita<sup>16</sup>.

La percezione della vecchiaia varia nelle diverse culture ed è influenzata da fattori storici, politici, economici e religiosi.

In generale, sin dai primi studi sul tema, è stato evidenziato che nei paesi con un maggiore sviluppo economico e un elevato grado di industrializzazione sono maggiormente diffusi atteggiamenti di sfavore nei confronti dell'invecchiamento e di discriminazione nei confronti degli anziani<sup>17</sup>. In generale, nei paesi c.d. sviluppati le persone anziane sono solitamente rappresentate come più fragili<sup>18</sup> o, meglio, come portatrici di uno status che si lega a condizioni di malattia, di debolezza, di deprivazione e di isolamento relazionale<sup>19</sup>.

Tuttavia, tale impostazione è stata tacciata di ipersemplicificazione, perché non

va 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro (su cui si tornerà, *infra*, § 8 del cap. I), art. 2:

«a) sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che:

(i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo perseguimento siano appropriati e necessari».

<sup>16</sup>In Germania, invece, si è affermata l'idea che l'età non possa essere un criterio accettabile per escludere i pazienti più anziani dai trattamenti salvavita quando le risorse sono scarse, richiedendosi che le decisioni di triage siano basate interamente su considerazioni cliniche. Per considerazioni più ampie circa il trattamento degli anziani durante l'emergenza pandemica si rinvia a, *infra*, § 11 del cap. I.

<sup>17</sup>L.W. SIMMONS, *The Role of Aged in Primitive Society*, New Heaven: Yale University Press, 1945; F.N. ARNHOF, H. LEON, I. LORGE, *Cross Cultural Acceptance of Stereotypes toward Aging*, in 63 (1) *Journal of Social Psychology* (1964), p. 41 ss.

<sup>18</sup>Come suggestivamente evidenzia N. FELL, *Guardianship and the Elderly: Oversight not Overlooked*, in 25 *U. Tol. L. Rev.* (1994), p. 189 ss., 192 «*the aging process is a process of loss*»: la vecchiaia comporta perdita di udito, vista e memoria; perdita di vigore, agilità e mobilità. La pelle perde elasticità, le ossa perdono calcio, i muscoli perdono tono. Gli anziani spesso perdono il loro posto di lavoro, perdono famiglia, amici, consorti. Come conseguenza del decadimento fisico, viene influenzato anche il profilo psicologico: si registra perdita di autostima, senso di perdita di controllo sulla vita e sull'ambiente circostante.

<sup>19</sup>Il legame (racchiuso nell'adagio terenziano secondo cui *senectus ipsa morbus*) tra salute ed età avanzata è il connotato che da sempre ha contraddistinto, in una dimensione pressoché assorbente, la tematica degli anziani. «Ora, invece, i progressi della scienza medica, le mutate condizioni di vita, l'incidenza della solidarietà sociale propongono il fenomeno – anche all'attenzione del giurista – in una diversa, più articolata prospettiva». Così G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Milano: Ipsosa, 2003, p. 4.



considera le differenze interculturali, la gerarchia dei valori e le ideologie sottostanti ad ogni sistema giuridico, che possono influenzare il modo in cui i diversi ordinamenti reagiscono allo sviluppo socioeconomico<sup>20</sup>.

In tale prospettiva, può registrarsi una fondamentale differenza tra la percezione della vecchiaia nelle culture orientali e in quelle occidentali. Le culture asiatiche sono intrise dei valori del confucianesimo – della pietà filiale e del rispetto degli anziani – che hanno tradizionalmente condotto ad una visione positiva dell'invecchiamento e alla diffusione di sentimenti di obbedienza e cura nei confronti degli anziani; tuttavia, anche in talune di tali società, il repentino sviluppo tecnologico ed informatico ha finito per lasciare gli anziani ai margini dei processi di modernizzazione<sup>21</sup>. Il Giappone, invece, che registra la più alta percentuale di anziani nel mondo, ha affrontato la crisi demografica in atto, attraverso politiche tendenti a potenziare la *silver economy*, ad arginare il calo della fecondità, ad allungare l'età lavorativa e ad assicurare cure e assistenza nell'età senile<sup>22</sup>.

Al di là della differente considerazione che la senilità ha nei diversi modelli culturali di riferimento, ovunque si sta diffondendo la consapevolezza che la fragilità degli anziani sia anche dovuta alla scarsa capacità della società odierna di accogliere i loro bisogni<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Per una visione di insieme v. AA.VV., *Perception of Aging across 26 Cultures and their Culture – Level Associates*, in 24 (4) *Psychol Aging* (2009), p. 941 ss.

<sup>21</sup> All'esito della ricerca condotta da C.M. VAUCLAIR, K. HANKE, L.L. HUANG, D. ABRAMS, *Are Asian Cultures Really Less Ageist than Western Ones? It Depends on the Questions Asked*, in 52 *Int. J. of Psychology* (2017), p. 139 ss., 144 è stato evidenziato l'*ageism paradox* nelle culture asiatiche, ossia la contemporanea presenza di visioni positive e negative nei confronti degli anziani.

<sup>22</sup> Esulerà dalla presente trattazione un'analisi dell'ordinamento giapponese, che rappresenta una *super aged society*, in cui quasi un terzo della popolazione ha più di 65 anni. Il Giappone costituisce un modello a cui guardare nell'affrontare le problematiche connesse alla crisi demografica in atto. Da un lato, per far fronte alla crisi del sistema pensionistico, sono in atto politiche per consentire di lavorare oltre l'età pensionabile; dall'altro, per far fronte al calo della fecondità, sin dal 1994 è in vigore l'*Angel Plan*, poi accompagnato da una serie di misure volte ad assistere le coppie nella fecondazione e crescita dei figli. Cfr., per dati e riferimenti, E. D'AMBROSIO, *Japan's Ageing Society*, EPRS – European Parliament Research Service, 2020.

Da ultimo, nel 2000 è entrata in vigore in Giappone, una capillare riforma del sistema assistenziale che ha istituito l'assicurazione obbligatoria di assistenza a lungo termine, con il dichiarato intento di diminuire il carico dell'assistenza endofamiliare e di addossare sulla società la responsabilità dell'assistenza agli anziani. V. l'analisi di K. ISHII, *Le système de prise en charge des personnes âgées dépendantes: le Japon un modèle pour la France?*, Economies et finances. Université Paris Dauphine – Paris IX, 2015.

<sup>23</sup> S. LICURSI, *Gli anziani nella modernità*, in *A partire dagli anziani. L'invecchiamento della popolazione e le nuove responsabilità intergenerazionali. Una ricerca in Calabria* (a cura di P. FANTOZZI, S. LICURSI, G. MARCELLO), Roma: Liberetà, 2013, p. 21 ss.

Come afferma B. MCLACHLIN, *Human Dignity at any Age: the Law's Response to an Ageing Population*, in 6 *Journal of International Aging* (2012), p. 111 ss., 112 nel mondo contemporaneo, la sfida maggiore è «*society's ability to remain committed to the idea of dignity at any age, the idea that every human being, regardless of his or her age, possesses inherent and equal fundamental dignity and basic rights*».

Il mutamento qualitativo e quantitativo della popolazione, unito alle ricadute economiche della senescenza per i sistemi di *welfare* contemporanei, pone ai legislatori nazionali e ai *policy makers* internazionali la “questione degli anziani”, come emergenza da affrontare a più livelli<sup>24</sup>.

In primo luogo, alle organizzazioni internazionali e agli Stati è affidato il compito di garantire l’effettiva tutela dei diritti umani nel mutato panorama demografico<sup>25</sup> e di evitare ogni forma di abuso e di discriminazione fondata sull’età<sup>26</sup>.

Ad un secondo livello, si pone il problema della redistribuzione delle risorse per l’accesso alla giustizia, la sicurezza sociale, la sanità<sup>27</sup> e per garantire un’adeguata partecipazione alla vita politica e sociale a tale fascia della popolazione che ne viene sempre più frequentemente esclusa<sup>28</sup>. Tale partecipazione implica, per gli anziani, la possibilità di compiere scelte consapevoli, di contribuire alla società ed al suo sviluppo e di usufruire pienamente dei servizi offerti<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> La World Health Organization ha evidenziato che «l’invecchiamento della popolazione è uno dei maggiori trionfi dell’umanità. Ma è anche una delle maggiori sfide», World Health Organization, *Active Ageing: A Policy Framework*, WHO/NMH/NPH/02.8 (2002) 6, [http://www.who.int/ageing/publications/active\\_ageing/en/](http://www.who.int/ageing/publications/active_ageing/en/).

In tal senso, la recente legge francese, Loi 2015-1776 du 28 décembre 2015 *relative à l’adaptation de la société au vieillissement* afferma all’art. 1 che «l’adaptation de la société au vieillissement est un impérative national et une priorité de l’ensemble des politiques publiques de la Nation». Per commenti alla normativa v. *ex aliis*, H. RIHAL, *La loi rel à l’adaptation de la société au vieillissement*, in *AJDA*, 2016, p. 851 ss. La legge sarà oggetto di analisi e approfondimenti, *infra*, § 4.2 del cap. II.

<sup>25</sup> La questione della tutela dei diritti umani degli anziani è affrontata diffusamente da C. MARTIN, D. RODRIGUEZ-PINZÓN, B. BROWN, *Human Rights of Older People. Universal and Regional Legal Perspectives*, Dordrecht: Springer, 2015, *passim*.

Da più parti si lamenta la scarsa attenzione al profilo della tutela dei diritti umani degli anziani che «fared far worse than other groups in terms of human rights protection». Così A.S. KANTER, *The United Nation Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for Rights of Elderly People under International Law*, in *25 Georgia State Univ. Law Rev.* (2009), p. 527 ss., 538.

<sup>26</sup> Cfr., *sin d’ora, ex aliis*, H. MEENAN, *Reflecting on Age Discrimination and Rights of the Elderly in the European Union and the Council of Europe*, in *14 Med. Jour.* (2007), p. 1 ss., 2.

<sup>27</sup> Come chiaramente messo in luce dalle Raccomandazioni riguardanti le politiche generali, espresse nel Piano d’azione internazionale dell’invecchiamento di Madrid (su cui si ritornerà, *amplius* § 1.1 del cap. I) «politiche e iniziative dovrebbero essere ispirate dalla determinazione di offrire un ulteriore contenuto e significato qualitativo a un processo quantitativo, così da essere certi che il generale allungamento della vita umana in tutto il mondo sia accompagnato da sforzi per dare a questi anni in più un senso di scopo e di realizzazione e che, dopo aver raggiunto una certa età, le persone non vengano relegate a un ruolo marginale e passivo».

<sup>28</sup> «The empowerment of older persons necessitates their recognition as full participants and equal citizens in the society»: International Federation on Ageing, *The Montreal Declaration*, 1999, [https://www.ifa-fiv.org/wp-content/uploads/2012/11/057\\_IFA-Montreal-Declaration.pdf](https://www.ifa-fiv.org/wp-content/uploads/2012/11/057_IFA-Montreal-Declaration.pdf).

<sup>29</sup> Sul punto v. P. KELLY, *Intersection of Population and Human Rights: Rights of Older Persons in the International Context*, 2006, [www.cepal.org/sites/default/files/events/files/kellyp.pdf](http://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/kellyp.pdf).

In tale prospettiva, nella maggior parte dei sistemi occidentali sono stati adottati programmi di sicurezza sociale, che forniscono servizi assistenziali a coloro che sono ritenuti inabili al lavoro, tra cui gli anziani<sup>30</sup>.

Misure specificamente dedicate all'assistenza ai soggetti non autosufficienti (tra cui, in particolare, gli anziani) sono state adottate in molti paesi negli ultimi decenni<sup>31</sup>; i sistemi assistenziali impiegati nei diversi ordinamenti variano considerevolmente in termini di organizzazione, criteri di accesso, natura e quantità dei servizi erogati<sup>32</sup>. Il modo in cui le società moderne approcciano il tema dell'assistenza ai soggetti che richiedono supporto per un prolungato periodo di tempo è legato a norme etiche, sociali e morali, alle politiche istituzionali e a specifiche circostanze che caratterizzano, nel complesso, i sistemi considerati.

Le politiche sociali di sostegno agli anziani, tuttavia, si rivelano spesso insufficienti; ciò ha determinato il ricorso ad una serie di strumenti privatistici per la gestione delle vicende negoziali che coinvolgono gli anziani. Si sta iniziando a delineare un "diritto speciale della terza età", che è un intricato mosaico di regole giuridiche volte ad incidere nelle diverse aree del diritto; in ogni ordinamento esso è destinato ad introdurre strumenti di protezione o istituti dedicati a questa fascia sociale, caratterizzata da dinamiche del tutto peculiari.

In linea di estrema sintesi – e anticipando una conclusione che sarà nel prosieguo meglio argomentata – può rilevarsi sin d'ora che il numero e la portata di tali strumenti è inversamente proporzionale al livello del welfare di ciascuno Stato<sup>33</sup>: quanto maggiore è la protezione accordata agli anziani (in termini di in-

<sup>30</sup> Per un'analisi delle diverse politiche di sicurezza sociale in Europa v. Soc. Sec. Admin., Office of Ret. and Disability Policy, no. 13-11801, *Social Security Programs throughout World: Europe* (2018). Per gli Stati Uniti v. M.A. FINEMAN, *Elderly as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility*, in 20 *Elder L.J.* (2012), p. 71 ss.

<sup>31</sup> Le prime leggi sull'assistenza domiciliare agli anziani sono state promulgate nel 1949 in Danimarca e nel 1964 in Svezia. Dagli anni '90 del secolo scorso sono state emanate leggi anche nel Regno Unito (*National Health Service and Community Care*), in Germania, Francia e Italia.

<sup>32</sup> In estrema sintesi, alcuni Stati considerano l'assistenza a lungo termine come parte della sfera privata, attribuendo alla famiglia la responsabilità della cura; altri la considerano, invece, una responsabilità collettiva. Diversa, inoltre, è l'entità del finanziamento pubblico all'assistenza; i paesi scandinavi, ad esempio, dedicano una porzione rilevante della spesa pubblica (oscillante tra il 2% e il 3,5%) alla *long term care*; di contro nei paesi del sud e dell'est europeo (Portogallo, Ungheria, Repubblica Ceca e Spagna) la percentuale è inferiore all'1%. Cfr. i dati OECD riportati da F. COLOMBO, A. LLENA NOZAL, J. MERCIER, F. TADENS, *Help Wanted? Providing and Paying for Long Term Care*, OECD Health Policy studies, OECD Publishing, 2011.

<sup>33</sup> Si rinvia, con riguardo all'Italia, all'attenta analisi di E. PUGLIESE, *La terza età. Anziani e società in Italia*, Bologna: Il Mulino, 2011, p. 145: «Il sistema italiano di welfare, come è noto, rientra pienamente all'interno di quello che è stato definito "modello di welfare mediterraneo", caratterizzato tra le altre cose da una prevalenza della spesa pensionistica rispetto a quella destinata ai servizi. [...] la situazione degli anziani all'interno di questo modello è peculiare perché da un lato essi godono – o comunque hanno goduto fino a ora – di trattamenti pensionistici (e in genere trasferimenti monetari) relativamente "generosi", dall'altro invece soffrono per la carenza di servizi: sia di quelli avanzati di assistenza domiciliare, sia di quelli più tradizionali rappresentati dalle resi-

clusione sociale, accesso ai servizi e al lavoro, assistenza) tanto minore è il bisogno di ricorrere, in via suppletiva, a strumenti privatistici.

Un altro fattore rilevante è rappresentato dal livello del “*pension gap*”: l’aumento dell’età media della popolazione e, quindi, la proporzionale diminuzione della percentuale della popolazione attiva lavorativamente ha avuto, come conseguenza prima, la diminuzione delle pensioni pubbliche in numerosi Stati<sup>34</sup>. L’insufficienza dei sistemi pensionistici nazionali ha determinato il ricorso a forme integrative di pensioni, nonché a prestiti e finanziamenti per mantenere uno standard adeguato di vita durante la vecchiaia e per far fronte alle necessità della senilità.

Tutti questi elementi, acuiti dalla rapidità dell’invecchiamento demografico, concorrono a dimostrare che gli ordinamenti occidentali contemporanei non sono *paesi per vecchi*: da un lato, le politiche pubbliche non sempre sono in grado di assorbire i bisogni di questa fascia sempre più ampia della popolazione; dall’altro, anche i sistemi privatistici tradizionali lasciano ai margini la popolazione anziana che, invece, rivendica uno spazio specifico di riconoscimento e tutela, in ragione delle peculiarità connesse alla vulnerabilità collegata alla senescenza.

## 2. *Gli anziani: da gruppo sociale a categoria giuridica*

Gli anziani rappresentano senz’altro un gruppo demografico, sempre più numeroso.

Il primo problema, prodromico rispetto a quello delle tutele apprestabili, è quello di verificare se gli anziani rappresentino altresì una categoria giuridica unitaria, con conseguente attribuzione del relativo *status* alle persone ivi riconducibili. In altri termini, si tratta di stabilire se «il progressivo decadimento delle forze fisiche e mentali che accompagna l’invecchiamento legittimi l’edificazione di uno statuto giuridico speciale e derogatorio rispetto al diritto comune»<sup>35</sup>.

La costruzione di una visione produttivistica della società ha condotto ad una suddivisione dell’esistenza in tre fasi chiaramente delineate: la giovinezza,

---

denze per anziani, case di riposo pubbliche o private. Rispetto agli altri paesi europei questa è una grave carenza dell’Italia: le residenze per anziani sono meno numerose non solo rispetto agli altri paesi europei in generale ma anche rispetto a paesi dell’area mediterranea come ad esempio la Spagna. In questo ambito si è accennato ai termini e ai limiti del dibattito italiano sull’età di pensionamento caratterizzato da un sovradimensionamento degli aspetti demografici e, per converso, una sottovalutazione delle difficoltà dei lavoratori anziani a trovare nuove possibilità di occupazione in caso di licenziamento».

<sup>34</sup> Per uno sguardo d’insieme sui diversi sistemi pensionistici nazionali si rinvia, senza pretese di esaustività, al rapporto OECD, *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*, Paris: OECD Publishing, 2017.

<sup>35</sup> La questione è stata affrontata da E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell’art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova giur. civ. com.*, 6, 2015, p. 293 ss.

l'età adulta e la vecchiaia. Tuttavia, mentre le prime due stagioni dell'esistenza sono precisamente definite, anche dal diritto, il confine tra la maturità e la vecchiaia è piuttosto fluttuante e solleva interrogativi etici e giuridici.

A monte, si pone la questione di identificare l'età da cui inizia l'età senile e di chiarire chi siano gli "anziani", eventualmente idonei ad accedere ad un sistema di tutele differenziate. Non vi è una risposta universalmente accolta e condivisa. Nella maggior parte dei paesi occidentali, la senilità si identifica con il raggiungimento di una soglia anagrafica, a sua volta sollecitata da un'interpretazione economicista dei ruoli sociali (chi non lavora più e/o acquisisce lo status di pensionato). Al raggiungimento generalmente del sessantacinquesimo anno di età, l'uomo, in linea di principio, viene ritenuto inabile al lavoro<sup>36</sup> e, secondo alcune previsioni normative, viene presunto "inidoneo" all'assolvimento di determinate funzioni o all'assunzione di determinati ruoli (ad esempio, il codice civile italiano prevede, all'art. 352, n. 5, il diritto per chi abbia compiuto 65 anni ad essere dispensato su domanda dall'ufficio di tutore<sup>37</sup>) o viene ammesso alla stipulazione di alcuni negozi "riservati alla terza età" (come, ad esempio, il prestito vitalizio ipotecario).

Tuttavia, il demarcatore temporale non è universalmente valido innanzitutto perché l'età pensionabile varia nei diversi Stati; inoltre, l'OMS ha fissato, per i paesi in via di sviluppo, a sessanta anni l'inizio dell'età senile, tanto che nella legge brasiliana del 2003 che ha introdotto «uno statuto per gli anziani»<sup>38</sup> si presume che la persona anziana sia vulnerabile al compimento del sessantesimo anno.

A monte, da taluni è contestato che possa fissarsi una linea di confine netta che segni l'ingresso nell'età senile e, nello specifico, si dubita che sessantacinque anni costituisca l'esatto demarcatore temporale<sup>39</sup>: la distinzione (tra infra e ultra

<sup>36</sup> L'età di 65 anni coincide in generale con la soglia anagrafica per il pensionamento fissata o alla quale stanno tendendo quasi tutti i Paesi dell'Area OCSE; pur considerando le specificità delle singole realtà nazionali, e con riguardo all'Europa, si va dai 68,5 anni di età effettiva di pensionamento del Portogallo ai 60,5 del Lussemburgo.

<sup>37</sup> V. G. BUFFONE, *La protezione giuridica dell'adulto incapace: l'anziano e l'amministratore di sostegno*, in *Giur. merito*, 12, 2011, p. 907 ss. che traccia un parallelismo tra disposizioni giuridiche e letteratura scientifica nell'identificare «nel sessantacinquesimo anno di età un grimaldello di scambio tra la fase adulta e la fase senile». Riprova ne sia che le patologie tipiche della terza età (demenze senili) sono considerate a insorgenza precoce se emergono in soggetti con un'età inferiore a 65 anni.

<sup>38</sup> Lei n. 10.741 dell'1.10.2003, *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências* che, all'art. 1, proclama solennemente che «Viene istituito lo Statuto degli Anziani, volto a regolare i diritti assicurati alle persone di 60 (sessanta) anni o più».

<sup>39</sup> Ripercorre criticamente i termini del dibattito M.I. HALL, "Old Age" (*Or, We Need a Critical Theory of Law and Aging?*), in *Review of Legal and Social Issues* (2014), p. 35 ss. La fissazione di un'età più bassa – come ad esempio 55 anni – darebbe vita ad un gruppo molto ampio e disomogeneo, rendendo difficile la creazione di un'identità di gruppo. D'altra parte, innalzare l'età da cui comincia la vecchiaia (ad 80 anni per esempio) lascerebbe fuori dal gruppo un numero troppo elevato di persone. È stato proposto, allora, di non utilizzare un'unica età come inizio della terza

sessantacinquenni) non è in grado di esaurire la complessità e le differenziazioni che segnano la condizione anziana<sup>40</sup>. Rappresentare la vecchiaia come un insieme omogeneo di persone che raggruppi gli appena sessantacinquenni e gli ultracentenari può comportare delle complessità interpretative ed eccessive generalizzazioni, non consentendo peraltro di evidenziare le peculiarità dei sempre più numerosi *oldest old*.

Se è vero che l'invecchiamento è un processo naturalmente degenerativo, accompagnato da varie forme di decadimento fisico e psicologico, è parimenti vero che il trascorrere degli anni non ha lo stesso impatto su tutti e il livello del declino legato alla vecchiaia dipende anche da fattori economici, sociali e culturali<sup>41</sup>.

L'età anziana non può essere considerata un'esperienza omogenea, poiché si manifesta con caratteristiche diverse in funzione dei contesti fisiologici e sociali che caratterizzano ogni esperienza individuale. La durezza di questa fase della vita varia altresì notevolmente in funzione delle risorse di cui si può disporre per proteggersi o superarla<sup>42</sup>.

Inoltre, l'allungamento della vita determina anche un allungamento della vecchiaia, con la possibilità che in essa coesistano condizioni molto differenti e si disegni uno spazio specifico per i grandi anziani, denominato quarta età<sup>43</sup>.

La disomogeneità della condizione anziana non toglie, tuttavia, che vi sia una situazione di vulnerabilità condivisa da un elevato numero di anziani, che non

età, ma di fissare una serie di demarcatori cronologici in relazione alle diverse aspettative di vita (ad esempio, l'aspettativa di vita di una donna bianca che vive in una città è mediamente di ottantacinque anni, mentre quella di un aborigeno che vive in una riserva è più bassa: la vecchiaia dovrebbe iniziare in due momenti diversi).

<sup>40</sup> Secondo J. HERRING, *Older People in Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 3 bisognerebbe considerare anziano chi è trattato come tale dalla società.

<sup>41</sup> OMS, *World Report on Ageing and Health*, WT 104, 2015, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186463/9789240694811\\_eng.pdf;jsessionid=9F7EE3A55AF84095AB93471413F568E5?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186463/9789240694811_eng.pdf;jsessionid=9F7EE3A55AF84095AB93471413F568E5?sequence=1), rileva che la diversità osservata nell'età senile non è casuale. Sebbene, in una certa misura, le differenze riflettano il patrimonio genetico o le scelte fatte dagli individui durante la loro vita, in gran parte esse sono dovute ad influenze che sono spesso al di fuori del controllo individuale. Esse derivano dagli ambienti fisici e sociali in cui i soggetti vivono, che possono influire direttamente sulla salute attraverso barriere o incentivi che incidono su opportunità, decisioni e comportamenti.

<sup>42</sup> Per A. CENSI, A. MINETTI ZAVARITT, *La sfida della grande vecchiaia: tra legami fluidi e riconversioni identitarie*, in *Quaderni di Sociologia*, 58, 2012, online sul sito <http://journals.openedition.org/qds/595> tali risorse derivano sia dal bagaglio personale dell'individuo (stato di salute, forza di carattere, capacità cognitive o di adattamento, che ha acquisito nel corso dell'esistenza), sia, più estesamente, delle sue reti di supporto sociale: gli aiuti tecnici ed umani che gli permettono di proseguire le sue attività malgrado i suoi problemi funzionali.

<sup>43</sup> Secondo E. PUGLIESE, *La terza età. Anziani e società in Italia*, cit., p. 64 la quarta età è «una condizione il cui inizio è anch'esso variabile ma certamente molto più rispondente al modello classico di vecchiaia, così come intesa tradizionalmente e così come ci è stato tramandato dalle opere artistiche e letterarie».

può essere ignorata: una debilitazione progressiva, accompagnata da un affievolimento delle funzioni vitali e intellettive, una fragilità derivante dal declino delle riserve funzionali di molti sistemi fisiologici.

L'invecchiamento della popolazione (e la progressiva fragilità che accompagna l'avanzare degli anni) impone, pertanto, al pensiero politico e giuridico – tradizionalmente concentrato sulle prime due fasi dell'esistenza – di occuparsi anche della terza età, al fine di valutare l'edificabilità di uno statuto giuridico peculiare.

Poche sono le norme che si occupino direttamente degli anziani<sup>44</sup> e da esse non si può certo trarre una definizione giuridica. Al di là del richiamo espresso operato dall'art. 25 della Carta di Nizza<sup>45</sup>, l'anziano non viene generalmente preso in considerazione in quanto tale (come, invece, avviene per il minore), ma assume rilievo giuridico solo quando si trovi in situazioni particolari (non-auto-sufficienza, incapacità di provvedere a sé stesso)<sup>46</sup>.

Nonostante il silenzio legislativo, che risponde all'«agnosticismo dei codici per i problemi della vita materiale»<sup>47</sup>, secondo una certa prospettiva ermeneutica, la vecchiaia in sé dovrebbe generare l'attribuzione di «diritti di categoria»: all'interno della popolazione, gli anziani presentano esigenze esistenziali comuni, nonché concrete situazioni di bisogno non necessariamente materiali, a cui la società dovrebbe fornire una soddisfacente risposta unitaria<sup>48</sup>. Tale prospettiva

<sup>44</sup> V., *infra*, § 1 del cap. II.

<sup>45</sup> La norma sarà oggetto di specifica attenzione, *infra*, § 2.1 del cap. I. Tuttavia, ai fini del discorso in essere, può condividersi l'opinione di M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2020, p. 48, secondo cui dalla norma scaturisce «se non la raffigurazione di una classe protetta, quantomeno un impegno programmatico – indirizzato alla Commissione, al Consiglio e agli Stati membri – a favore di una convivenza “per tutte le età”».

<sup>46</sup> M. DOGLIOTTI, *I diritti degli anziani*, in *Riv. proc. civ.*, 1987, p. 708 ss., 713. Possono essere considerate, a titolo esemplificativo, alcune disposizioni del codice civile: l'art. 540, comma 2, in tema di diritto del coniuge di uso e abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e gli artt. 438 e 443 in tema di alimenti. Tali norme non menzionano espressamente gli anziani, ma, anche a voler ammettere che generalmente accordino una protezione a chi abbia raggiunto una certa età, di certo non si organizzano a sistema di tutela dell'anziano. Inoltre «al fattore età – spesso presupposto – si accompagnano sempre altre condizioni (ad esempio, il bisogno economico)». Così G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, cit., pp. 14-15. Riprova ne sia che, anche nel diritto francese, il diritto de *l'aide et de l'action sociales* fa riferimento alla vulnerabilità in ragione dell'età associandola ad altri criteri prevalentemente economici, là dove prevede che l'assistenza sociale è aperta alle persone che «abbiano compiuto i 65 anni e siano privi di risorse sufficienti o che abbiano compiuto i 60 anni e siano stati dichiarati inabili al lavoro» v. CASF, art. 113-1.

<sup>47</sup> Così L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1118 ss., 1119.

<sup>48</sup> S. SAETTA, *La condizione degli anziani alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. lav.*, 1978, p. 162 ss.

S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 3, p. 259 ss.,

è stata seguita da alcuni paesi che hanno introdotto normative e tutele specifiche, rendendo gli anziani una categoria definita a cui è attribuito uno status particolare e tutele differenziate. Emblematica in tal senso è l'esperienza del Brasile: in ossequio al dettato dell'art. 230 della Costituzione, in base a cui «è dovere della famiglia, della società e dello Stato assistere le persone anziane e assicurare la loro partecipazione sociale e difendere la loro dignità e i loro beni e di garantire il loro diritto alla vita», è stata emanata una legge speciale, volta a disciplinare lo «statuto delle persone anziane»<sup>49</sup>.

Diversamente, nella più parte dei paesi occidentali, la tendenza alla categorizzazione degli anziani si scontra con la considerazione della circostanza che la senescenza in sé non determina un decadimento delle capacità della persona, in assenza di altre circostanze di natura medica, economica o sociale<sup>50</sup>. Già a livello sociologico, non è dato riscontrare l'anziano come il prototipo della persona che, nell'immutabilità della sua condizione, racchiuda in sé ed esaurisca le esigenze di un'intera categoria<sup>51</sup>. L'età avanzata racchiude una variegata serie di condizioni e non costituisce, di per sé sola, privazione di autonomia: solo se la senilità incide sulla salute e, quindi, sostanzia uno stato patologico, può determinare qualche forma di incapacità<sup>52</sup>.

Di conseguenza, seguendo questa linea argomentativa, l'introduzione di una normativa speciale per gli anziani creerebbe delle barriere discriminatorie, perché le deroghe, le decadenze e i divieti verrebbero fissati in relazione a particolari età, a prescindere dalle obiettive condizioni psicofisiche del soggetto<sup>53</sup>, facendo correre il grosso rischio di passare da una «marginalizzazione congiunturale» ad una «marginalizzazione strutturale»<sup>54</sup>.

---

suggerisce l'introduzione di una «presunzione di debolezza del volere» almeno per coloro che abbiano superato il settantacinquesimo anno di età.

<sup>49</sup> V., *supra*, nota 38.

<sup>50</sup> M. DOGLIOTTI, *I diritti degli anziani*, cit., p. 714.

<sup>51</sup> P. STANZIONE, *Le età dell'uomo e la tutela della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 439 ss., 452.

<sup>52</sup> G. BONILINI, *Persone in età avanzata e amministratore di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 7, p. 487 ss.

<sup>53</sup> C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano: Giuffrè, 1998, p. 98 ss.

Rigettano l'edificabilità, sulla base dell'età avanzata, di alcuna «categoria giuridica» *ex aliis*, E. GIACOBBE, *I vecchi e i giovani*, in *Dir. fam. e pers.*, 3, 2016, p. 905 ss.; nonché M.S. SCARDIGNO, *Prestito vitalizio ipotecario e rimedi a tutela del soggetto finanziato*, in *Il prestito vitalizio ipotecario* (a cura di M. LOBUONO), Torino: Giappichelli, 2017, p. 282, nota 46.

<sup>54</sup> P. STANZIONE, *Le età dell'uomo e la tutela della persona*, cit., p. 452. Per E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, cit., p. 300 l'introduzione di un regime speciale per gli anziani, finirebbe per scoraggiare gli operatori economici dall'intraprendere trattative o negozi con tali soggetti, per il timore di una successiva azione di impugnazione del negozio. In tale direzione anche M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, cit., p. 50.



Pur condividendosi l'opzione contraria alla costruzione di uno statuto giuridico della terza età, operante a prescindere dall'alterazione delle capacità del soggetto<sup>55</sup>, va tuttavia valorizzato il rilievo sociale della condizione anziana, che può tradursi (non già, come detto, nella creazione di una categoria, ma) in criterio giuridico, idoneo ad indirizzare le decisioni dei giudici in questioni delicate quali, ad esempio, la validità dei testamenti, il grado della responsabilità civile<sup>56</sup>, la liquidazione del danno non patrimoniale o la determinazione dell'obbligo di correttezza<sup>57</sup>.

Pertanto, le peculiarità connesse all'invecchiamento – riconducibili ad una condizione comune di vulnerabilità – dovrebbero quantomeno orientare l'interpretazione di alcuni istituti, sorti in un momento in cui il numero degli anziani era notevolmente inferiore e la cura affidata alle strutture familiari. In tale ottica, dovrebbe darsi rilievo alla particolare forma di vulnerabilità che è connessa alla senilità.

Inoltre, le impalcature giuridiche nazionali e internazionali dovrebbero arricchirsi di strumenti giuridici ad esclusivo beneficio degli anziani, per far fronte alle loro esigenze specifiche, esigenze che prescindono da eventuali patologie invalidanti.

Infine, dovrebbero essere previsti meccanismi che, tenendo conto del diverso grado con cui l'avanzare dell'età influisce sulle capacità psico-fisiche degli anziani, consentano specularmente una gradazione delle tutele e dei meccanismi di protezione differenziati.

### 3. Law & Ageing: *problemi e prospettive*

La *Law & Ageing* è una branca del diritto piuttosto recente, sorta negli Stati Uniti, all'inizio degli anni '80, per esigenze prevalentemente professionali: alcuni avvocati iniziarono a trattare, abitualmente, le questioni patrimoniali degli an-

<sup>55</sup> E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, cit., p. 295 sostiene che «L'impossibilità di forgiare una categoria giuridica della terza età su basi esclusivamente demografiche trova conferma sia nel tessuto costituzionale – ove la persona anziana riceve tutela soltanto sul piano assistenziale e socio-sanitario – sia nella formulazione dell'art. 25 della Carta di Nizza (...). Dalla collocazione della norma nel capo afferente alla "uguaglianza", in particolare, si evince la volontà delle istituzioni comunitarie di escludere la legittimità di trattamenti giuridici differenziati in ragione del mero dato anagrafico».

<sup>56</sup> Sul tema della responsabilità civile dell'anziano v. S. SICA, *Anziani e responsabilità civile: a proposito del concorso di colpa del danneggiato*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 857 ss.; M. BUSSANI, *Faiblesse oblige*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio* (a cura di P. CENDON), t. 2, Milano: Giuffrè, 1994, p. 69 ss.

<sup>57</sup> C.M. D'ARRIGO, R. PARRINELLO, *L'anziano nel sistema e nell'interpretazione giuridica*, in *Soggetti e ordinamento giuridico. Segmenti del corso di diritto civile* (a cura di R. TOMMASINI), Torino: Giappichelli, 2000, p. 124 ss.

ziani (*trust*, mutui), a curarne la contrattazione e a difenderli in caso di abusi. L'emersione di un diritto specifico per le persone anziane derivò dalla consapevolezza degli avvocati che i loro clienti stessero invecchiando e che, quindi, fosse necessario affrontarne i problemi relativi.

Il fenomeno divenne così rilevante negli Stati Uniti<sup>58</sup>, di pari passo con l'invecchiamento della popolazione, che l'American Bar Association costituì nel 1979 la *Commission on Law and Aging*<sup>59</sup>.

Essenzialmente, gli avvocati specializzatisi in tale campo – sempre più numerosi – si occupavano di attivare le procedure di *guardianship* e di valutarne le alternative, delle allocazioni degli *asset – inter vivos e mortis causa* – soprattutto al fine di minimizzare la pressione fiscale e di assicurare l'accesso a *Medicare* e *Medicaid*, i programmi statunitensi di assicurazione medica per gli anziani.

Non vi era – almeno inizialmente – alcun substrato teorico a sostegno dell'attività di tutela legale degli anziani e i primi studi sul tema miravano essenzialmente a fornire risposte astratte alle questioni di volta in volta emergenti nella prassi.

Dagli anni '90, alcuni accademici statunitensi iniziarono a scrivere manuali e trattati sul tema e si iniziarono ad organizzare corsi e cliniche legali; l'approccio, tuttavia, anche in tali casi, rimaneva eminentemente pratico<sup>60</sup>.

In Europa, l'emersione del tema è stata decisamente successiva (anche a causa della mancanza di una specializzazione forense in tal senso) e l'evoluzione della riflessione più lenta<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> L. FROLIK, *The Developing Field of Elder Law: A Historical Perspective*, in 1 *Elder L.J.* (1993), p. 1 ss.

<sup>59</sup> *Commission on Law and Aging*, A.B.A., [https://www.americanbar.org/groups/law\\_aging.html](https://www.americanbar.org/groups/law_aging.html). Tale commissione, formata da geriatri, avvocati, accademici, giudici, operatori del sociale, attraverso un approccio multidisciplinare, aveva il compito di identificare, definire e risolvere le particolari questioni giuridiche concernenti gli anziani. Attraverso l'azione di tale organismo, il diritto degli anziani ha assunto maggiore sistematicità: nel 1984 durante il meeting annuale “*Doing well by doing good*”, alcuni avvocati selezionati fornirono informazioni sulle loro cause, i loro clienti ed il tipo di lavoro svolto; l'anno seguente venne creata la *National Academy of Elder Law Attorneys* (NAELA), con sede in San Francisco ([www.naela.org](http://www.naela.org)). Attualmente l'accademia riunisce numerosi avvocati specializzati, tra cui *Certified Elder Law Specialists*. V. per un'analisi dello sviluppo della *elder law* negli Stati Uniti A.D. BOGUTZ, *Elder Law: a Personal Perspective*, in *Theories on Law and Aging. The Jurisprudence of Elder Law* (I. DORON ed.), Berlin Heidelberg: Springer, 2009, p. 1 ss., 5-6.

<sup>60</sup> N.A. KOHN, E.D. SPURGEON, *Elder Law Teaching & Scholarship: An Empirical Evaluation of an Evolving Field*, in 59 *J. Legal Educ.* (2010), p. 414 ss., 422-423.

<sup>61</sup> H. MEENAN, G. BROADBENT, *Law, Ageing and Policy in the United Kingdom*, in 2 *J. Int. Aging, L. & Pol'y* (2007), p. 67 ss., 102 affermano che in UK, a differenza che negli Stati Uniti, «*there is no coherent body of law that can be properly described as elder law*» e che «*nor is there a taught subject known as elder law in Higher Education*».

Il ritardo europeo è dovuto, per I. DORON, *A Multi-Dimensional Model of Elder Law*, in *Theories on Law and Ageing. The Jurisprudence of Elder Law* (I. DORON ed.), Berlin Heidelberg: Springer, 2009, p. 59 ss., sia alla storia del concetto di cittadinanza in Europa, sia alla tradizione euro-

Con il tempo, invece, abbandonata la prospettiva *case oriented*, è emersa la consapevolezza della necessità di erigere le fondamenta di tale area del diritto<sup>62</sup>, fornendo una base teorica unitaria<sup>63</sup>, che giustifichi la creazione scientifica di una branca del diritto, autonoma e fondata su pilastri razionali.

In tal senso, significativa è la riflessione di un gruppo di studiosi coordinati da I. DORON, *Theories on Law and Aging*, pubblicata nel 2009, che descrive differenti prospettive teoriche di approccio al diritto degli anziani<sup>64</sup>, nonché il recente simposio *Elder Law and its Discontent*, organizzato a Tel Aviv nel 2018, i cui atti sono confluiti in un recente numero della rivista *Theoretical Inquiries Law*<sup>65</sup>.

Ed è lo stesso Doron a tracciare, con entusiasmo, la via per il futuro dell' *elder law*, soprattutto nell'ottica della cooperazione internazionale «*The extension of elder law into international law holds great promise (...) It will release great creative potential and will allow for the formulation of legal solutions that have hitherto been impossible*»<sup>66</sup>.

---

peo-continentale di universalismo che rende difficile giustificare la «separazione dei diritti delle persone anziane dalla generale tutela dei diritti umani».

<sup>62</sup>I. DORON, *25 Years of Elder Law: An Integrative and Historical Account of the Field of Law and Aging*, in 21 *Theoretical Inquiries L.* (2020), p. 1.

<sup>63</sup>Già a livello definitorio, è stata avvertita l'esigenza di separare la nozione di *elder law* dalla casistica pratica. Un'ipotesi in tal senso è offerta da D. HACKER, *Elder Law and its Justifications: A Hybrid Vision Inspired by Family Law Jurisprudence*, in 21 *Theoretical Inquiries L.* (2020), p. 25, che ha elaborato la seguente definizione: «*Elder Law is the area of law (in books and in action, existing and potential) specifically aimed at people due to their (perceived or actual) old age or due to their connection with old people as such, and any area of law that generates old-age-related disparate treatment or impact*», ponendosi la questione della giustificazione di questo settore giuridico e della base normativa che dovrebbe giustificare il contenuto.

<sup>64</sup>Non appare ultroneo riassumere le differenti teorie elaborate nel volume *Theories on Law and Aging. The Jurisprudence of Elder Law* (I. DORON ed.), Berlin Heidelberg: Springer, 2009: (1) L. FROLIK, *Later Life Legal Planning*, p. 11 ss. sostiene che l'essenza del diritto degli anziani consista nella pianificazione per il tempo della vecchiaia, in ragione dell'inevitabile declino fisico e mentale; (2) M.B. KAPP, *A Therapeutic Approach*, p. 31 ss. si concentra sulle conseguenze che il diritto ha (o può avere) sul benessere degli anziani; (3) A.K. DAYTON, *A Feminist Approach to Elder Law*, p. 45 ss. utilizza la giurisprudenza sui diritti delle donne, per comprendere regole ed istituti per gli anziani; (4) I. DORON, *A Multidimensional Model of Elder Law*, p. 59 ss. fornisce una base concettuale della materia, introducendo un modello basato su cinque dimensioni (principi giuridici; protezione; supporto; prevenzione; pianificazione); (5) R.L. KAPLAN, *A Law and Economics Approach*, p. 75 ss. analizza alcune regole in materia di anziani alla luce dell'analisi economica del diritto; (6) D. SURTEES, *What can Elder Law Learn from Disability Law?*, p. 93 ss. rilegge il diritto degli anziani alla luce del diritto delle persone con disabilità; (7) M. HALL, *Equity Theory: Responding to the Material Exploitation of the Vulnerable but Capable*, p. 107 ss., affronta il tema della vulnerabilità degli anziani, applicando le teorie della *undue influence e della unconscionability*; (8) W. SCHMIDT, *Law and Aging: Mental Health Theory Approach*, p. 121 ss. ravvisa il fulcro del diritto degli anziani nelle questioni di capacità mentale, personalità giuridica e consenso.

<sup>65</sup>Il volume è 21 *Theoretical Inquiries L.* (2020); *infra*, riferimenti ai diversi articoli.

<sup>66</sup>I. DORON, *From National to International Elder Law*, in 1 *Int'L Aging, L & Pol'y* (2005), p. 45 ss.

L'approccio al diritto degli anziani non può che fondarsi su più livelli.

La prima questione di fondo è capire come le norme e gli istituti giuridici tradizionali influenzino l'esperienza dell'invecchiamento<sup>67</sup>. In tal senso, occorre analizzare regole, istituti e procedure messe a punto dai diversi sistemi giuridici e valutare se esse siano idonee a far fronte al fenomeno generale dell'invecchiamento e, nello specifico, a garantire non solo la qualità della vita, ma anche la piena tutela giuridica degli anziani.

In secondo luogo, occorre ripensare i modelli tradizionali, emergenti dalle legislazioni tradizionali privatistiche, evidenziando l'eventuale insufficienza delle tutele esistenti per la "fluttuante categoria degli anziani", lasciati al margine della dicotomia tradizionale minorenni-incapace/maggiorenni-capace.

Da ultimo, occorre enucleare e confrontare modelli di disciplina, tenendo sempre sullo sfondo l'interazione tra assetto socio-economico, modelli culturali di riferimento e ordinamento giuridico.

Per tale via, occorre valutare l'opportunità della messa a punto di uno statuto giuridico della senilità, che tenga conto della particolare vulnerabilità connessa all'avanzare degli anni. Tale operazione richiede un'attività di bilanciamento costante tra l'interesse alla protezione e la necessità di evitare che le misure protettive si traducano in indiscriminate limitazioni e conseguenti discriminazioni.

#### 4. Piano dell'opera e metodologie della ricerca

Il presente lavoro si propone di analizzare, in una chiave di diritto comparato, l'impatto dell'invecchiamento della popolazione sulle categorie giuridiche tradizionali, evidenziando l'insufficienza dei sistemi di protezione e tutela a far fronte alle specifiche esigenze connesse alla terza età.

L'invecchiamento della popolazione è un fenomeno mondiale che ha conseguenze, in maniera più o meno evidente, sulle politiche pubbliche e sui sistemi socioassistenziali di ogni Stato, da cui si attendono risposte concrete in termini di cura, assistenza e inclusione.

Ma quella degli anziani è anche una massa di soggetti che, se pur pensionati, indeboliti, resi fragili da un fisiologico processo degenerativo, continuano ad operare nel mondo giuridico da cui, invece, non vengono adeguatamente riconosciuti nelle loro peculiarità intrinseche.

Nella prima parte (cap. I), la ricerca è volta a dar conto del crescente rilievo che la protezione degli anziani ha assunto a livello internazionale. L'invecchiamento della popolazione ha condotto alla necessità di un ripensamento, da parte degli organi delle Nazioni Unite, delle prerogative e dei diritti che vanno assicurati agli anziani, concretizzatosi nell'adozione degli *Action Plan* di Vienna e di

---

<sup>67</sup> In tal senso l'analisi di N.A. KOHN, *A Framework for Theoretical Inquiry into Law and Aging*, in 21 *Theoretical Inquiries L.* (2020), p. 187 ss.

Madrid, nonché nell'istituzione dell'*Open Ended Working Group on Ageing*, con il compito di monitorare l'implementazione da parte degli Stati delle Raccomandazioni dell'Assemblea Generale.

Manca, allo stato, uno strumento di *hard law*, tanto che è vivace il dibattito circa l'opportunità dell'adozione di una Convenzione internazionale a tutela dei diritti delle persone anziane, sul modello della Convenzione a tutela dei soggetti con disabilità. Tale dibattito ha ripreso vigore nella recente esperienza pandemica, in cui si è resa ancor più evidente la fragilità connessa all'avanzare dell'età, così amplificandosi molte problematiche che richiedono risposte certe ed immediate, come la discriminazione basata sull'età avanzata, la mancanza di protezione sociale e di accesso ai servizi sanitari, la mancanza di autonomia e di partecipazione al processo decisionale, nonché il rischio di violenza, abbandono e abuso.

Mentre in America e in Africa sono state emanate specifiche Convenzioni a tutela dei diritti delle persone anziane, in Europa – il più vecchio dei continenti anche a livello demografico – l'attenzione nei confronti degli anziani viene manifestata a più livelli. Da un lato, le istituzioni europee, dall'altro il Consiglio d'Europa hanno preso atto della necessità di adeguare il panorama normativo esistente all'invecchiamento della popolazione, così rafforzando le tutele e il progressivo riconoscimento dei diritti e delle tutele degli anziani.

Emblemi di tale riconoscimento sono, da un lato, l'art. 25 della Carta di Nizza, che sancisce il diritto degli anziani ad un'esistenza dignitosa, nonché alla partecipazione alla vita sociale e politica e, dall'altro, l'art. 23 della Carta Sociale Europea che impone agli Stati di adottare "misure appropriate" per garantire l'effettivo esercizio del diritto delle persone anziane alla protezione sociale.

Nonostante la presa d'atto che l'invecchiamento della popolazione non costituisca un mero dato demografico, ma che rappresenti un fenomeno sociale con evidenti implicazioni economiche e giuridiche e, nonostante il riconoscimento dei diritti di questa fascia della popolazione su basi di uguaglianza, rimangono scoperti numerosi nodi problematici (di cui si darà conto nella sez. II del cap. I).

Innanzitutto non può essere ignorata la diffusione di fenomeni di *ageism*, consistenti in stereotipizzazioni e atteggiamenti pregiudizievole nei confronti degli anziani, percepiti come inutili per la società in quanto improduttivi. La discriminazione sulla base dell'età, che peraltro costituisce la condizione prima per la perpetrazione di abusi, richiede sanzioni ben precise che, di contro, mancano nei tradizionali strumenti internazionali, in cui l'età non figura tra i fattori di discriminazione.

Anche in tale prospettiva, la presa d'atto che la senescenza della popolazione non costituisca più un dato trascurabile e che gli anziani siano sempre più spesso oggetto di disparità di trattamento, ha condotto più di recente alla formalizzazione del divieto di discriminazione sulla base dell'età, nella Convenzione interamericana sui diritti delle persone anziane (art. 5), nel *Protocol to the African Charter on the rights of older persons* in Africa e nell'art. 21 della Carta di Nizza.

Cionondimeno, permane ancora il dubbio che – soprattutto in Europa – l'età non venga considerata un fattore di discriminazione di “primo livello” (al pari di sesso e razza), ma che il correlativo divieto di discriminazione sia inteso come una mera misura regolatoria che gli Stati sono chiamati ad applicare con un certo margine di discrezionalità. Il dubbio è avvalorato dalla circostanza che la *race equality directive* e la *gender equality directive* generalizzano il divieto di discriminazione sulla base di nazionalità o genere nella fornitura di beni e servizi; invece, la Direttiva 2000/78/CE circoscrive il divieto di discriminazione sulla base dell'età al campo dei rapporti di lavoro, peraltro prevedendo una serie di eccezioni giustificate al divieto suddetto.

Inquadrata la questione sotto il profilo della tutela internazionale e sovranazionale, la ricerca è volta ad indagare se ed in quale misura i sistemi codicistici tradizionali siano idonei a dar conto delle problematiche connesse all'invecchiamento della popolazione e, per tale via, ad apprestare tutele civilistiche per gli anziani che operano nel mondo giuridico. In altri termini, si tratta di verificare se per quella fascia della popolazione, identificata come terza (o quarta età), vi siano adeguati strumenti di protezione e tutela o se, invece, essa sia relegata in una “zona grigia del diritto”.

La prima area problematica, prodromica a tutti gli aspetti di seguito analizzati, deriva dalla basilare affermazione che, in tutti gli ordinamenti giuridici, la capacità di ogni soggetto perduri sino al suo ultimo istante di vita. Tale affermazione, che si fonda sulla rigida dicotomia maggiorenne = capace/minorenne (o infermo di mente) = incapace, non è idonea a dar compiutamente conto di tutte quelle situazioni di affievolimento delle capacità psico-fisiche connesse all'invecchiamento.

Del resto, sottesi al tema della capacità negoziale degli anziani si celano diversi nodi problematici che saranno affrontati nel cap. II: in primo luogo, tracciare un'età che segni la necessità di un controllo persistente sulla capacità del soggetto di governare le attività giuridico-economiche a sé riferibili pregiudica fortemente, in maniera discriminatoria, coloro che, pur avendo raggiunto la terza età, conservano piena capacità di autodeterminarsi, nonché effettiva coscienza dei propri atti. Inoltre, sottoporre a tutela ogni soggetto in età avanzata – oltre a contrastare la tendenza opposta a promuovere l'*active ageing* – rischia di diventare uno strumento legalizzato di discriminazione e di emarginazione sociale.

La soluzione, più che in una statuizione generale di incapacità, può essere ricercata in una rimodulazione delle misure di protezione, già in atto nella più parte degli ordinamenti giuridici, che sia ispirata dall'obiettivo di proteggere senza azzerare l'autonomia del soggetto, di adattare la misura alle esigenze del rappresentato, di passare da una logica di sostituzione nel consenso ad una di concertazione.

In tale ottica, saranno analizzati i principali sistemi di misure di protezione dei principali ordinamenti occidentali, le riforme nel tempo intervenute, valutando l'idoneità di tali misure a far fronte ai bisogni degli anziani. Con specifico

riguardo alla protezione degli anziani, appare essenziale il superamento della rigida dicotomia tra incapacità e capacità, nonché la contestuale emersione di regimi più flessibili, parziali e modellabili in relazione alle concrete esigenze del soggetto. E soprattutto appare fondamentale la ritrovata attenzione alla debolezza, che richiede affiancamento (e non sostituzione); alla dipendenza, che richiede aiuto (e non imposizione); alla molteplicità di situazioni differenti che richiedono interventi settoriali e non standardizzate privazioni di autonomia.

Nella valorizzazione del diritto all'autodeterminazione, appare assai utile altresì la previsione, codificata in tutti gli ordinamenti considerati, di procure in previsione della futura incapacità; in tal modo, ognuno – in previsione dell'età senile e dell'indebolimento delle facoltà connesso all'avanzare degli anni, pur se in misura variabile – ha la possibilità di stabilire chi e come possa prendere decisioni in sua vece.

La questione della capacità dell'anziano è altresì funzionale a stabilire la validità del consenso prestato in ambito negoziale (tema che sarà oggetto di specifica attenzione nel cap. III).

Infatti, i sistemi codicistici tradizionali non sembrano lasciare spazio a quelle situazioni in cui un soggetto presti il suo consenso in condizioni di debolezza e/o in virtù di un rapporto di fiducia, dipendenza e soggezione nei confronti della controparte (o di un terzo).

Il terreno che maggiormente sembra prestarsi ad accogliere i condizionamenti della volontà, dovuti alla debolezza di uno dei contraenti, è quello dei vizi della volontà: tuttavia, non sempre, le rigidità (anche interpretative) dei confini delle fattispecie, consentono di farvi rientrare comportamenti induttivi, che non configurino, in senso stretto, né raggiri né minacce.

Parimenti, ove si percorra la via dell'invalidità per incapacità naturale, si incontra lo scoglio della prova dell'alterazione grave delle capacità cognitive o volitive del soggetto.

In generale, il problema è quello di verificare se i differenti ordinamenti giuridici offrano rimedi nei casi in cui il consenso, pur non formatosi liberamente, non sia stato prestato per effetto di errore, raggiri o minaccia, bensì perché la particolare situazione di debolezza, bisogno o dipendenza del soggetto l'abbia spinto ad aderire a delle condizioni contrattuali che, in altre circostanze, non avrebbe accettato.

In particolare, occorrerà chiedersi se e come gli ordinamenti considerati reagiscano alla particolare condizione di debolezza rappresentata dalla senilità, verificando la tenuta degli assetti tradizionali in tema di incapacità e vizi del volere, a fronte del fenomeno globale dell'invecchiamento della popolazione.

Nel capitolo III saranno analizzati gli strumenti che i diversi ordinamenti giuridici apprestano per far fronte all'abuso di debolezza dell'anziano in ambito contrattuale (sez. II), in ambito testamentario (sez. III) e nelle peculiari contrattazioni in cui l'anziano riveste il ruolo di consumatore (sez. IV).

L'ultima parte del lavoro è dedicata all'analisi dei "contratti della terza età" (cap. IV).

Con tale espressione si è inteso far riferimento, innanzitutto, a quei negozi utilizzati nella prassi con maggiore frequenza dagli anziani per far fronte ai loro più comuni bisogni, di natura economica o assistenziale. Sotto quest'ultimo aspetto, saranno funzionalmente distinti i contratti destinati a soddisfare le esigenze economico-finanziarie degli anziani, dai contratti "assistenziali", destinati a soddisfarne i bisogni di cura, attuali o potenziali (sez. I).

In una seconda accezione, l'espressione "contratti della terza età" può riferirsi a quelle fattispecie negoziali destinate – per espressa previsione normativa – esclusivamente ai soggetti che abbiano superato una determinata età. In tali casi, il giudizio circa la meritevolezza di tali accordi a far fronte ai bisogni dell'età senile è operato, a monte, dal legislatore. Questi contratti, che sono stati disciplinati nella maggior parte dei paesi occidentali, hanno rappresentato, nelle intenzioni dei legislatori, una risposta alle esigenze degli anziani *home rich, cash poor*; tuttavia, oltre a costituire un numero limitato di realtà isolate, non hanno avuto significativa diffusione applicativa soprattutto nei paesi del Mediterraneo, ancorati ad una concezione della ricchezza legata alle proprietà immobiliari.

Nella sez. II sarà analizzato – come esempio più noto di contratto riservato agli anziani – il *reverse mortgage* che, sorto negli Stati Uniti sin dagli anni '80 del secolo scorso, è stato poi disciplinato nella maggior parte dei sistemi occidentali. Verranno analizzate le diverse normative nazionali, operando un confronto tra le discipline di dettaglio e valutando il diverso livello di penetrazione dell'istituto nel mercato del credito agli anziani.

Da ultimo, al *genus* contratti della terza età possono essere ricondotti gli strumenti negoziali in *favore* dei soggetti deboli e, in particolare, degli anziani. Per tale via, nella sez. III, sarà vagliata la possibilità di costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* e di fondi speciali composti da beni sottoposti a vincoli di destinazione in favore di soggetti anziani.

La ricerca sarà condotta attraverso un costante confronto delle soluzioni offerte dai diversi sistemi giuridici, per valutare se e come gli ordinamenti considerati abbiano approntato strumenti e tutele idonee a far fronte all'invecchiamento della popolazione e, per tale via, a dar conto della particolare vulnerabilità connessa all'età senile nelle relazioni interprivatistiche. L'analisi sarà effettuata tenendo sempre sullo sfondo il rapporto tra modelli di sicurezza sociale ed emersione di strumenti privatistici, tra intervento pubblico e autonomia privata, tra norme e prassi, nell'ottica di inquadrare e comprendere modelli emergenti ed individuare le *best practices* nel campo della promozione e protezione dei diritti dei soggetti anziani.