

"CAPACITY"

La legge è
Eguale
per Tutti

Modelli e strumenti innovativi di sostegni per la presa di decisioni e per la piena inclusione sociale delle persone con disabilità intellettive e disturbi del neurosviluppo

Progetto finanziato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ai sensi dell'art.12 comma 3 lettera F) legge 383/2000 - ANNO FINANZIARIO 2016)



**VALUTAZIONE DELLA CONFORMITÀ DELLA NORMATIVA ITALIANA
ALL'ARTICOLO 12 DELLA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE
SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ (CRPD)**

**RAPPORTO DELL'ISTITUTO DI STUDI GIURIDICI
INTERNAZIONALI (ISGI)
DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE (CNR)**

VALUTAZIONE DELLA CONFORMITÀ DELLA NORMATIVA ITALIANA ALL'ARTICOLO 12 DELLA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ (CRPD)

Rapporto dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI)
del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR)*

Indice

➤ Introduzione	3
➤ La capacità giuridica nella CRPD e nella prassi del Comitato	
1. Articolo 12 – Uguale riconoscimento dinanzi alla legge	7
1.1. Riconoscimento della personalità giuridica.....	7
1.2. “Capacità giuridica universale”	9
1.3. Supporto nei processi decisionali	12
1.4. Garanzie.....	14
1.5. Diritti di proprietà e affari finanziari	16
➤ Analisi della normativa italiana	
1. Capacità giuridica e capacità di agire	18
2. Gli strumenti di protezione dei soggetti privi (in tutto o in parte) di autonomia nell'ordinamento italiano: l'amministrazione di sostegno, l'interdizione, l'inabilitazione e l'incapacità naturale	18
3. Ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno	19
3.1. I beneficiari dell'amministrazione di sostegno	20
3.2. La capacità di agire: gli atti che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può compiere	21
4. Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: la giurisprudenza in materia	23
5. La proposta legislativa di riforma dell'amministrazione di sostegno	28
6. Osservazioni conclusive del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità sul primo rapporto dell'Italia e rilievi critici da parte delle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità	29
7. Il II Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità	31

* Rapporto elaborato per l'ISGI – CNR da RACHELE CERA, Ricercatore, e VALENTINA DELLA FINA, Primo Ricercatore, nell'ambito del Progetto “CAPACITY: LA LEGGE E' UGUALE PER TUTTI – Modelli e strumenti innovativi di sostegni per la presa di decisioni e per la piena inclusione sociale delle persone con disabilità intellettive”.

➤ Profili di diritto comparato	32
➤ Valutazione dei risultati della consultazione pubblica	37
➤ Considerazioni sulla conformità della normativa italiana alla CRPD	43
➤ Raccomandazioni relative all'attuazione dell'art. 12 della CRPD in Italia	45

**VALUTAZIONE DELLA CONFORMITÀ DELLA NORMATIVA ITALIANA
ALL'ARTICOLO 12 DELLA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE
SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ (CRPD)**

**Rapporto dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI)
del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR)***

Indice

➤ Introduzione.....	3
➤ La capacità giuridica nella CRPD e nella prassi del Comitato	
1. Articolo 12 – Uguale riconoscimento dinanzi alla legge	7
1.1. Riconoscimento della personalità giuridica.....	7
1.2. “Capacità giuridica universale”	9
1.3. Supporto nei processi decisionali	12
1.4. Garanzie.....	14
1.5. Diritti di proprietà e affari finanziari	16
➤ Analisi della normativa italiana	
1. Capacità giuridica e capacità di agire.....	18
2. Gli strumenti di protezione dei soggetti privi (in tutto o in parte) di autonomia nell'ordinamento italiano: l'amministrazione di sostegno, l'interdizione, l'inabilitazione e l'incapacità naturale	18
3. Ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno.....	19
3.1. I beneficiari dell'amministrazione di sostegno	20
3.2. La capacità di agire: gli atti che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può compiere	21
4. Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: la giurisprudenza in materia	23
5. La proposta legislativa di riforma dell'amministrazione di sostegno.....	28
6. Osservazioni conclusive del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità sul primo rapporto dell'Italia e rilievi critici da parte delle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità	29
7. Il II Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità	31

* Rapporto elaborato per l'ISGI – CNR da RACHELE CERA, Ricercatore, e VALENTINA DELLA FINA, Primo Ricercatore, nell'ambito del Progetto “CAPACITY: LA LEGGE E' UGUALE PER TUTTI – Modelli e strumenti innovativi di sostegni per la presa di decisioni e per la piena inclusione sociale delle persone con disabilità intellettive”.

➤ Profili di diritto comparato	32
➤ Valutazione dei risultati della consultazione pubblica	37
➤ Considerazioni sulla conformità della normativa italiana alla CRPD	43
➤ Raccomandazioni relative all'attuazione dell'art. 12 della CRPD in Italia.....	45

Introduzione

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPD) e il relativo Protocollo opzionale sono stati adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 e sono entrati in vigore il 3 maggio 2008.

La Convenzione rientra tra i “core treaties” in materia di diritti umani ed integra gli altri accordi internazionali sui diritti dell'uomo già esistenti sia a livello universale sia regionale che si applicano a tutti gli individui, incluse dunque le persone con disabilità. La Convenzione, tuttavia, si distingue dagli altri strumenti internazionali in quanto i diritti umani ivi riconosciuti sono plasmati sulle peculiari esigenze delle persone con disabilità allo scopo di fornire loro maggiore tutela e migliorarne le condizioni di vita. L'obiettivo della Convenzione non è, infatti, quello di riconoscere nuovi diritti, quanto piuttosto raccogliere in un unico testo i diritti fondamentali tradizionali assicurando che tutte le persone con disabilità possano godere alla pari con gli altri. A tal fine, la Convenzione identifica gli adattamenti necessari per l'esercizio dei diritti umani da parte delle persone con disabilità e i settori in cui è necessario rafforzare la protezione di diritti fondamentali in quanto costantemente violati nella prassi.

Con Legge n. 18 del 3 marzo 2009 l'Italia ha ratificato e reso esecutivi la CRPD ed il relativo Protocollo opzionale. A seguito della ratifica, lo Stato ha l'obbligo di adattare il proprio ordinamento alle norme convenzionali, apportando alla legislazione interna tutte le modifiche necessarie per assicurare l'esecuzione degli impegni assunti tramite tale accordo, incluso l'art. 12 sull'uguale riconoscimento dinanzi alla legge.

L'entrata in vigore della CRPD ha posto per gli Stati parti la questione di dare attuazione all'art. 12 in conformità ai principi e agli obblighi ivi sanciti e, dunque, valutare se le normative interne relative alla capacità giuridica sono conformi al dettato convenzionale.

Quando la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità è stata negoziata tra il 2000 e il 2006 a New York, la capacità giuridica è stata uno dei temi maggiormente dibattuti tra i membri del Comitato Ad Hoc, l'organo che ha elaborato il trattato. Nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, le normative sull'incapacità si basano ancora su un modello medico di disabilità che è stato completamente superato dalla CRPD e ignorano l'esistenza di meccanismi alternativi nei processi decisionali che invece sono richiesti dalla Convenzione.

La CRPD ha codificato il modello di disabilità fondato sui diritti umani, di cui è parte integrante il nuovo paradigma della “capacità giuridica universale” elaborato dal Comitato sui diritti delle persone con disabilità (Comitato)¹. Attualmente, molti Stati parti alla Convenzione stanno riformando le rispettive normative interne sulla capacità giuridica per renderle conformi all'art. 12. Tali esigenze di riforma investono anche l'ordinamento italiano in quanto il Comitato nelle sue Osservazioni conclusive sul primo rapporto dell'Italia sull'attuazione della Convenzione (5 ottobre 2016), dopo aver espresso la propria preoccupazione per la persistenza della sostituzione nel processo decisionale, anche attraverso il meccanismo dell'amministrazione di sostegno, ha

¹ V., *infra*, par. 1.2.

raccomandato all'Italia di abrogare tutte le leggi che consentono la sostituzione nel processo decisionale e l'adozione e attuazione di meccanismi di supporto nella decisione, compresa la formazione di professionisti in materia di giustizia, salute e settore sociale.²

Del resto, nel Commento generale n. 1 del 2014 dedicato all'art. 12, il Comitato ha osservato che dai rapporti iniziali degli Stati parti si rileva una generale incomprendimento dell'esatta portata degli obblighi degli Stati parti ai sensi dell'art. 12 della Convenzione³. In effetti, il Comitato della Convenzione ha osservato che ancora oggi persistono difficoltà nel comprendere che il modello di disabilità basato sui diritti umani implica un cambiamento di prospettiva nell'esercizio della capacità giuridica da parte delle persone con disabilità che comporta il passaggio dal "paradigma decisionale sostitutivo" a quello basato sul "processo decisionale supportato", così come richiesto dall'art. 12 e ulteriormente precisato dal Comitato nel Commento generale n. 1.

L'adozione del Commento generale, in cui sono definiti i termini chiave e fornite indicazioni pratiche sulla realizzazione dei diritti riconosciuti nell'art. 12, ha inaugurato una fase di riflessione su cosa dovrebbero focalizzarsi i processi di riforma a livello nazionale.

Il riconoscimento della capacità giuridica intesa come capacità di agire rappresenta il principale elemento di discussione. La questione è chiarire se la garanzia di uguaglianza presuppone l'immediato pieno riconoscimento della capacità giuridica di tutte le persone in modo assoluto e senza eccezioni, cioè una sorta di presunzione *iuris et de iure*, o se al contrario, riconosce un principio generale che consente eccezioni, cioè una sorta di presunzione *iuris tantum*. Secondo alcuni, il linguaggio dell'art. 12 potrebbe consentire entrambe le conclusioni, visto che la disposizione non proibisce espressamente la sostituzione nei processi decisionali.

In materia, l'interpretazione radicale da parte Comitato si scontra con quella più cauta degli Stati.

Già alla ratifica della Convenzione, dopo un negoziato molto dibattuto sull'art. 12, molti Stati hanno effettuato dichiarazioni o riserve relative all'art. 12 della Convenzione con cui hanno espresso la loro intenzione di continuare a prevedere restrizioni della capacità giuridica in determinate circostanze.

Inoltre, in vari commenti sul *draft* del Commento generale, alcuni Stati, tra gli altri Francia e Germania, hanno evidenziato che la Convenzione consente restrizioni della capacità giuridica in determinate circostanze, contestando quindi le raccomandazioni del Comitato dirette all'abolizione di qualsiasi regime di sostituzione nelle decisioni. Secondo tali opinioni, una siffatta interpretazione delle disposizioni dell'art. 12 della

² Comitato sui diritti delle persone con disabilità, Osservazioni conclusive sul rapporto iniziale dell'Italia, CRPD/C/ITA/CO/1, 6 ottobre 2016, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fITA%2fCO%2f1&Lang=en. Sul punto, *infra*, par. 5.

³ Comitato sui diritti delle persone con disabilità, Commento generale N.1 – Articolo 12: Uguale riconoscimento dinanzi alla legge, CRPD/C/GC/1, 11 aprile 2014, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en.

Convenzione comporterebbe rilevanti implicazioni giuridiche e pratiche nel settore della tutela giuridica. L'attuazione a livello nazionale dell'art. 12 della Convenzione in conformità agli standards come interpretati dal Comitato si rivelerebbe quindi più una sfida che, come suggerito dal Comitato, una "incomprensione dell'esatta portata" dell'art. 12.

È stato dunque suggerito di dare un'interpretazione più realistica ed equilibrata di ciò che la Convenzione richiede, sostenendo che i meccanismi di sostituzione decisionale vanno perfezionati, ma non aboliti. Infatti, nonostante le numerose riforme delle normative nazionali in materia di capacità giuridica, nessuno Stato ha completamente abolito i regimi di sostituzione nei processi decisionali.

Ci si potrebbe chiedere come mai il Comitato abbia nel suo primo commento generale affrontato un argomento così controverso e peraltro in termini così oppositivi rispetto alla posizione degli Stati. Ovvero se il Comitato debba tener conto dell'interpretazione degli Stati parti in quanto più vicini alla realtà applicativa del trattato.

La risposta a questa domanda dipende dalla rilevanza giuridica che si riconosce ai Commenti generali elaborati dagli organi di controllo dei trattati. Alcuni non attribuiscono ai commenti generali alcun valore giuridico se non semplici indicazioni sul contenuto dei diritti e le misure che le Parti potrebbero o dovrebbero adottare per l'attuazione del trattato.

L'opinione prevalente è, tuttavia, quella che riconosce ai Commenti generali un considerevole valore giuridico, anche se non hanno carattere vincolante. Secondo tale dottrina, il Comitato è l'interprete più autorevole del trattato monitorato e gli Stati parti non possono ignorarne l'interpretazione del trattato da loro non condivisa.

Alla luce di questi sviluppi potenzialmente contraddittori nel diritto internazionale e interno, le prospettive di riforma della normativa nazionale in materia di capacità giuridica dovrebbero concentrarsi su tre questioni principali:

- ❖ In quale misura, se ammesso, possono essere imposte limitazioni ai diritti decisionali delle persone con disabilità nel rispetto della Convenzione?
- ❖ Come si può bilanciare il diritto all'autonomia con il dovere di proteggere, laddove le capacità decisionali delle persone sono limitate o sono più vulnerabili agli abusi?
- ❖ Come si può garantire che le persone con disabilità abbiano accesso ai supporti di cui hanno bisogno per massimizzare l'esercizio della loro capacità giuridica? Qual è il ruolo dello Stato e di altri enti nell'assicurare agli individui l'accesso a tali supporti?

La tutela legale non è l'unico meccanismo per rimuovere o limitare fortemente la capacità giuridica della persona con disabilità; esistono anche misure restrittive che consentono di detenere in modo involontario o trattare con la forza persone con disabilità psicosociali o che impediscono ad alcune di loro di contrarre il matrimonio, di impegnarsi in contratti vincolanti, o di votare.

Il modello di “processo decisionale supportato” indicato dall’art. 12 della Convenzione richiede che tutti questi sistemi siano riformati in conformità ai principi ispiratori e agli obiettivi della Convenzione.

Questo Rapporto, dopo un’analisi della portata normativa dell’art. 12 della Convenzione e della prassi del Comitato in tale ambito, si concentra sull’analisi della normativa italiana relativa ai meccanismi decisionali sostitutivi/istituti di protezione di persone con autonomia ridotta al fine di valutare tale normativa alla luce degli obblighi di cui all’art. 12, individuare eventuali aspetti di difformità e raccomandare alcune misure per rendere conforme il nostro ordinamento alla CRPD e alle indicazioni del Comitato.

La capacità giuridica nella CRPD e nella prassi del Comitato

1. Articolo 12 - Uguale riconoscimento dinanzi alla legge

L'approccio alla disabilità basato sui diritti umani su cui si fonda la Convenzione comporta un cambiamento di prospettiva nella concezione della personalità giuridica recepito nell'art. 12, che riconosce le persone con disabilità come soggetti *pleno iure* dell'ordinamento giuridico. Nel par. 1 dell'art. 12 è, infatti, stabilito che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica, che costituisce il presupposto per l'attribuzione della capacità giuridica e della capacità di agire.

Allo stesso tempo, il modello di personalità e capacità giuridica recepito nell'art. 12 della CRPD riconosce che alcune persone con disabilità possano richiedere assistenza per esercitare la propria capacità giuridica e, per tale ragione, la disposizione convenzionale focalizza l'attenzione sulla necessità di fornire un adeguato supporto nell'assunzione delle decisioni, invece di privare *tout court* le persone con disabilità della propria capacità giuridica.

1.1. Riconoscimento della personalità giuridica

L'art. 12, par. 1, della Convenzione stabilisce:

1. Gli Stati Parti riaffermano che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica.

Il primo principio contenuto nell'art. 12, para. 1, della Convenzione è diretto a "riaffermare" che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. Le persone con disabilità sono, quindi, soggetti *pleno iure* dell'ordinamento giuridico. Il diritto all'eguale riconoscimento davanti alla legge vige "in ogni luogo", ovvero non ci sono circostanze ammissibili ai sensi della Convenzione in cui la persona con disabilità possa essere privata del diritto al riconoscimento come persona di fronte alla legge o in cui questo diritto possa essere limitato.

A prima vista, questa formulazione non sembra indicare nulla di nuovo nel settore dei diritti umani poiché il diritto alla personalità giuridica è ampiamente riconosciuto nel diritto internazionale dei diritti umani, a partire dall'art. 6 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, fino a ottenere la piena consacrazione in strumenti giuridici vincolanti, quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 16).

La prova di quanto detto sta nell'uso della parola "riaffermare" che, come indica la propria etimologia, intende ribadire un diritto precedentemente riconosciuto. Per comprendere la rilevanza di questo principio nel contesto della disabilità, occorre fare due osservazioni.

La prima attiene all'interpretazione della disabilità ai sensi della Convenzione. L'art. 1 della CRPD nel definire lo scopo del trattato identifica le persone con disabilità in coloro "che hanno menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con vari ostacoli potrebbe ostacolare la piena e partecipazione effettiva nella società su base di uguaglianza gli altri". Anche se gran parte della normativa convenzionale sembra maggiormente indirizzata alle persone con disabilità fisiche o sensoriali, questa descrizione include esplicitamente anche persone con disabilità mentali e intellettuali. Alcuni hanno interpretato la qualifica "a lungo termine" come diretta a escludere disturbi che in genere riguardano solo periodi relativamente brevi di disabilità seguiti da periodi più lunghi di remissione, come la schizofrenia e il disturbo bipolare.¹ Tuttavia, il Comitato ha chiarito nel Commento generale n. 1 che tale descrizione include i disordini di ogni tipo.² Anzi, il Comitato ha sottolineato in modo inequivocabile che il par. 1 dell'art. 12 è diretto a garantire che *ogni essere umano* sia rispettato come persona dotata di personalità giuridica, che è un prerequisito per il riconoscimento della capacità giuridica.³

Un'altra considerazione concerne la lettura della previsione dell'art. 12, para. 1, della Convenzione, alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato e, soprattutto, dei concetti di "persona con disabilità" (art. 1) e di discriminazione basata sulla disabilità (art. 2). La lettura combinata di tali disposizioni convenzionali permette di interpretare altre norme della Convenzione in modo così pervasivo da avere potenzialmente un grande impatto sugli ordinamenti nazionali. Ad esempio, posto in relazione, all'art. 10 della CRPD sul diritto alla vita, il riconoscimento della personalità giuridica potrebbe impattare sulle normative nazionali che consentono le interruzioni di gravidanza in presenza di disabilità, in quanto tali pratiche annullano *ab origine* quell'idoneità ad essere potenziali titolari di diritti ed obblighi che la personalità giuridica sottende. A questo proposito, vale la pena notare le Osservazioni del Comitato sul rapporto presentato dalla Spagna (2011) che, in riferimento alla Legge n. 2/2010 sull'interruzione volontaria della gravidanza in cui è prevista l'estensione del periodo entro il quale è possibile ricorrere all'aborto nel caso in cui il feto presenti una disabilità, raccomandano lo Stato parte di eliminare tale distinzione.

Anche in Italia esiste una normativa simile che è stata portata all'attenzione del Comitato nel rapporto alternativo elaborato dal Forum italiano sulla disabilità, ma il Comitato non ha presentato rilievi sull'attuazione dell'art. 10 nelle Osservazioni conclusive sul rapporto italiano.

¹ Szmukler G., Daw R., Callard F., *Mental health law and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *International Journal of Law Psychiatry* 2014 (37), pp. 245–252.

² CRPD/C/GC/1, par. 13.

³ CRPD/C/GC/1, par. 11.

1.2. “Capacità giuridica universale”

2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita.

In tandem con la riaffermazione della personalità giuridica, segue nell’art. 12, para. 2 della Convenzione il riconoscimento su “base di eguaglianza” con gli altri della capacità giuridica. Quindi, dalla personalità giuridica, che identifica l’idoneità ad essere titolare di diritti e obblighi, si passa alla capacità giuridica, che dà la misura dell’effettiva titolarità di diritti e obblighi attraverso la capacità di agire.

Si tratta di riconoscere la “capacità giuridica universale”, nozione elaborata dal Comitato per indicare che la capacità giuridica è intrinseca ad ogni persona, indipendentemente dalla sua disabilità o dalla sua capacità decisionale. Vale bene precisare che la Convenzione non riconosce un diritto assoluto di esercitare la capacità giuridica delle persone con disabilità, ma stabilisce una garanzia di uguaglianza nell’esercizio di tale diritto. Ciò significa che lo Stato può limitare il diritto di esercitare la capacità giuridica delle persone, ma non può farlo a causa della disabilità.

Gli effetti di questa affermazione si comprendono meglio se la previsione viene letta alla luce della definizione di “discriminazione fondata sulla disabilità”, contenuta nell’art. 2 della CRPD. In linea con il concetto di disabilità basato sul modello sociale incluso nella Convenzione, la discriminazione non viene prodotta dalle disabilità individuali, ma dagli ostacoli che impediscono o rendono inefficaci il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, a parità di condizioni, di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali. Quindi, una persona che utilizza la lingua dei segni sarà discriminata rispetto al diritto all’eguale capacità giuridica se non ha un interprete che le consenta di comprendere i termini di un negozio giuridico per agire in condizioni di uguaglianza con gli altri.

La garanzia di uguaglianza è l’elemento cardine di tutta l’impostazione convenzionale in materia di capacità giuridica, visto che le condizioni in base alle quali la maggior parte dei sistemi giuridici nazionali determina le cause o le ragioni dell’incapacità giuridica sono generalmente associate all’esistenza di demenza, follia, salute mentale o disabilità intellettiva.

L’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha interpretato l’art. 12, par. 2, della CRPD nel senso che “se l’esistenza di una disabilità costituisce motivo diretto o indiretto per una dichiarazione di incapacità giuridica, le normative di questo tipo sono in contrasto con il riconoscimento della capacità giuridica delle persone con disabilità sancito dall’art. 12, par. 2”.⁴

⁴ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, A/HRC/10/48, 26 gennaio 2009, par. 45.

Tale interpretazione è stata sviluppata dal Comitato della Convenzione nel Commento generale n. 1, affermando che “la capacità giuridica e la capacità mentale sono concetti distinti”.⁵

La *capacità mentale* di un individuo attiene alla capacità decisionale. Questa può variare in base a una serie di fattori, tra cui: ambiente, relazioni sociali, livello di istruzione, personalità, disabilità e salute. Alcune persone con disabilità possono avere capacità decisionali ben sviluppate e altri no. Lo stesso vale per le persone senza disabilità.

La *capacità giuridica* è un diritto intrinseco riconosciuto a tutte le persone. Essa non dipende dalla capacità mentale dell’individuo o dalla sua capacità nei processi decisionali. Ciò non significa ignorare le differenze delle capacità nei processi decisionali. Semplicemente l’art.12, par. 2, della Convenzione è diretto a riconoscere che, a prescindere dalla capacità reale o percepita di prendere decisioni, ogni individuo ha il diritto di essere rispettato come persona titolare di diritti e doveri.

La capacità giuridica consta di due elementi. Il primo consiste nella titolarità di diritti e nel *riconoscimento come persona giuridica davanti alla legge*. La titolarità di diritti conferisce a una persona la piena protezione dei propri diritti da parte del sistema giuridico. Essa si concretizza, ad esempio, nel richiedere un certificato di nascita, ricevere assistenza medica, registrarsi nelle liste elettorali o richiedere un passaporto.

Il secondo aspetto concerne la *capacità di agire* e il diritto di vedere riconosciute dalla legge le proprie azioni. La capacità di agire secondo la legge riconosce la persona come un agente con il potere di impegnarsi in transazioni e di creare, modificare o terminare rapporti giuridici. È questa componente della capacità giuridica ad essere spesso negata o limitata nei confronti delle persone con disabilità.

Sulla base dell’art. 12, par. 2, della Convenzione, i deficit percepiti o effettivi nella capacità mentale non possono giustificare la negazione o la limitazione della capacità giuridica della persona con disabilità.⁶ Ciò significherebbe, infatti, intendere la disabilità in senso “diagnostico”, ponendo l’accento sul modello medico della disabilità contrario all’approccio basato sui diritti umani della Convenzione. L’art. 12 non riguarda solo il diritto al riconoscimento della capacità giuridica, ma anche la possibilità di essere effettivamente in grado di prendere decisioni. L’art. 12, par. 2, della Convenzione afferma, infatti, il diritto di “godere” della capacità giuridica, suggerendo che quest’ultima sia intesa nella disposizione convenzionale come capacità sia di essere titolare di diritti sia di agire secondo la legge.

Alla luce dell’art.12, par. 2, il riconoscimento della capacità giuridica “su base di eguaglianza” esclude l’*approccio di status* che considera la disabilità della persona o l’esistenza di una determinata menomazione (fisica, sensoriale, mentale o intellettuale) quali validi motivi per negare la capacità giuridica. Inoltre, l’uguale riconoscimento della capacità giuridica esclude anche l’*approccio di risultato*, che considera le conseguenze delle decisioni prese dalle persone con disabilità, in particolare quando tali decisioni sono ritenute contrarie ai propri interessi o socialmente inaccettabili. Infine,

⁵ CRPD/C/GC/1, par. 13.

⁶ CRPD/C/GC/1, paragrafi 13 e 14.

L'art. 12 esclude anche l'*approccio funzionale*, basato sulla valutazione della capacità mentale della persona di comprendere la natura e le conseguenze di una decisione e/o valutare le informazioni pertinenti. In questo caso, le abilità sono valutate alla luce della decisione particolare che la persona è chiamata a prendere. Seguendo questo approccio, una persona può risultare capace di assumere una determinata decisione, ma incapace per un'altra.

Come sottolineato dal Comitato, in tutti questi approcci, la disabilità e/o le capacità decisionali di una persona sono considerate motivi legittimi per negare la capacità giuridica e attenuare lo *status* di persona di fronte alla legge. Secondo il Comitato, se una persona ha difficoltà a prendere una decisione o a comunicarla, la soluzione non è negare la sua capacità giuridica, ma garantire il supporto nell'esercizio della capacità giuridica, che dovrà essere fornito tenendo conto della sua situazione individuale, dunque, caso per caso. Su questa premessa, il Comitato ha chiesto l'abolizione degli istituti di protezione giuridica che potrebbero impedire l'esercizio della capacità giuridica ovvero comportare la sostituzione nei processi decisionali.⁷

Nel Commento generale, il Comitato ha identificato le caratteristiche dei meccanismi di sostituzione nei processi decisionali contrari alla Convenzione, qualificando come inammissibili i sistemi in cui:

- (i) non si riconosce la capacità giuridica di una persona, anche con riguardo ad una singola decisione;
- (ii) un sostituto nella decisione può essere nominato da una persona diversa dalla persona interessata e questo può avvenire contro la sua volontà;
- (iii) ogni decisione presa da un sostituto nella decisione si basa su ciò che si ritiene essere il "miglior interesse" oggettivo della persona interessata, anziché tenere conto della volontà e delle preferenze della persona.

Come raccomandato dal Comitato nelle sue Osservazioni conclusive sui rapporti periodici degli Stati, le Parti hanno l'obbligo di *abolire tutti i sistemi di sostituzione nel processo decisionale*.

Ciò non significa che debbano essere aboliti tutti gli istituti che prevedono la concessione di procure e la nomina di altri rappresentanti nei processi decisionali concordati e/o nominati dall'individuo interessato.

Per il Comitato, un'ipotesi in cui il ricorso al sostituto nella decisione non viola la proibizione *ex art. 12* della Convenzione è la situazione in cui la volontà e le preferenze della persona non possono essere conosciute. In tale circostanza, non riconoscere l'opzione della sostituzione come alternativa implicherebbe impedire alla persona l'esercizio dei suoi diritti. Il Comitato ha chiarito che, in questo caso, il decisore esterno deve basare la decisione sulla "migliore interpretazione della volontà e delle preferenze della persona." Al fine di formulare la migliore interpretazione possibile, il decisore esterno deve utilizzare tutte le forme di comunicazione con l'individuo e consultarsi con chi può aiutarlo a interpretare la propria volontà e le proprie preferenze.

⁷ CRPD/C/GC/1, paras. 13 e 15.

Questo rileva in particolare per le persone con disabilità intellettiva in quanto nella maggior parte dei casi esse hanno subito un impedimento intellettuale nel corso dello sviluppo, pertanto, né loro stessi, né coloro che hanno la funzione istituzionale di proteggerne gli interessi possono trarre valutazioni da una precedente esperienza in cui la capacità decisionale della persona non fosse ridotta.

1.3. Supporto nei processi decisionali

L'art. 12, par. 3, della Convenzione rappresenta l'estensione logica del principio "della capacità giuridica universale".

3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica.

La disposizione convenzionale impone agli Stati parti di garantire alle persone con disabilità l'accesso al sostegno nell'esercizio della loro capacità giuridica. Tale obbligo discende dal presupposto che anche le persone con le disabilità più significative hanno capacità giuridica e riflette quanto affermato nel Preambolo in cui si "riconosce la necessità di promuovere e proteggere i diritti umani di tutte le persone con disabilità, comprese quelle che richiedono un supporto più intenso".⁸

La Convenzione non indica un modello specifico di supporto. Infatti, l'art. 12, par. 3, della Convenzione parla di "misure adeguate", lasciando un margine di discrezionalità alle Parti Contraenti. Quindi, ogni Stato potrà definire il sistema di supporto più adatto alla propria cultura giuridica e alla propria struttura sociale.

Questo margine di discrezionalità conduce a una riflessione sulla portata dell'obbligo in questione. L'art. 12, para. 3, stabilisce infatti che gli Stati "adottano misure adeguate". L'imperativo verbale sembrerebbe implicare che siamo di fronte a un vero obbligo di immediata applicazione. Tuttavia, il riferimento alla "misure adeguate", senza specificare altro, denota una certa genericità dell'obbligo che richiede l'intervento dello Stato, sia in senso normativo sia come messa a disposizione di risorse, inducendo a qualificare la previsione come "obbligo di realizzazione progressiva", ai sensi dell'art. 4, par. 2, della Convenzione. Quindi, non un obbligo immediatamente applicabile, ma rispetto al quale ogni Stato Parte si impegna a prendere misure, nei limiti delle proprie risorse disponibili.

Anche in materia l'intervento del Comitato nel Commento generale n. 1 è stato chiarificatore, precisando che l'obbligo di fornire accesso al sostegno nell'esercizio della capacità giuridica attiene alla realizzazione del diritto all'eguale riconoscimento davanti alla legge, riconosciuto come diritto civile e politico, mentre la "realizzazione progressiva" concerne gli obblighi corrispondenti ai diritti economici, sociali e culturali. Pertanto, continua il Comitato, "dopo la ratifica della CRPD gli Stati parti devono

⁸ Preambolo, alinea (j).

immediatamente assumere i provvedimenti idonei a dare attuazione all'art. 12" (para. 30 del Commento generale n. 1).

Sull'argomento il Comitato è tornato nel Commento generale n. 6 relativo all'art. 5 della Convenzione su eguaglianza e non discriminazione, adottato il 9 marzo 2018, specificando in una forma ancora più potenziata la portata dell'obbligo contenuto nell'art. 12, para. 3, della Convenzione. Tracciando la differenza tra l'obbligo di accomodamento ragionevole ai sensi dell'art. 5 della Convenzione e il sostegno che deve essere fornito alle persone con disabilità che esercitano la loro capacità giuridica ai sensi dell'art. 12, para. 3, il Comitato ha affermato che non vi è alcun limite a quest'ultimo, nemmeno quello dell'onere sproporzionato o eccessivo previsto come esimente per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli. Quindi, il fatto che il sostegno all'esercizio della capacità possa imporre un onere sproporzionato o indebito non limita l'obbligo di fornirlo (para. 48 del Commento generale n. 6).

Nel Commento generale n. 1, il Comitato ha sottolineato l'importanza di riconoscere le diverse tipologie di supporti che si distinguono per una graduazione dell'intensità del sostegno fornito, pur nel rispetto dei diritti, della volontà e delle preferenze della persona con disabilità. In particolare, il *supporto* può essere *informale o formale*.⁹ Ciò significa che il sostegno può essere rinvenuto nell'ambito delle relazioni informali della famiglia o degli amici oppure può essere fornito attraverso meccanismi o istituti giuridici più formalizzati. Il Comitato ha osservato che per entrambe le tipologie possono essere individuati aspetti negativi e positivi. Il supporto informale potrebbe non assicurare idonee garanzie per contrastare gli abusi lesivi dei diritti, della volontà e delle preferenze dell'individuo, ma ha il vantaggio che i fornitori di questo supporto conoscono bene la persona e la sua vita. Strutture di supporto formali possono essere soggette a maggiori garanzie, anche di indipendenza, ma rischiano di essere troppo professionalizzate, creando un'ulteriore intrusione nella vita delle persone con disabilità e potenzialmente una barriera aggiuntiva che l'individuo deve superare prima che il suo processo decisionale venga riconosciuto.

È probabile che il sistema migliore debba includere sia i supporti informali con garanzie e sia supporti formali non invasivi. E' necessario, quindi, adottare un approccio a doppio binario diretto, da un lato, a rendere le procedure generali delle negozi giuridici più accessibili e, dall'altro lato, sviluppare misure di supporto individualizzate per coloro che richiedono tale assistenza per esercitare la propria capacità giuridica. Gli Stati parti devono quindi cercare di sviluppare un ventaglio di differenti opzioni di supporto piuttosto che elaborare un modello unico per tutti. Le persone con disabilità mentale e/o intellettiva sono decisori eterogenei come gli altri. Alcuni potrebbero preferire designare un persona che li rappresenti nelle decisioni, altri potrebbero aver bisogno di un supporto nella comunicazione delle proprie decisioni oppure di qualcuno con cui discutere complesse opzioni e decisioni.

Il Commento generale n. 1 identifica anche alcuni aspetti che devono essere incorporati nei meccanismi di supporto nei processi decisionali. Tra questi si evidenziano i seguenti: il processo decisionale supportato "deve essere accessibile a tutti"; tutte le forme di supporto nell'esercizio della capacità giuridica, incluse le misure

⁹ CRPD/C/GC/1, paragrafi 17 e 18.

di sostegno più intense, “devono basarsi sulla volontà e le preferenze della persona, non su ciò che è percepito nel suo interesse superiore”; le forme di sostegno devono essere disponibili e gli Stati hanno l’obbligo di facilitare la creazione di nuove forme di supporto; “le risorse finanziarie non devono costituire un ostacolo all’accesso al sostegno nell’esercizio della capacità giuridica”; il sostegno nel processo decisionale non deve essere utilizzato come motivo per limitare altri diritti fondamentali delle persone con disabilità.¹⁰

Il Comitato ha chiarito, inoltre, nel Commento generale n. 1 che non è sufficiente sviluppare sistemi decisionali di supporto in parallelo con il mantenimento di regimi decisionali sostitutivi, ma è necessario abolire questi ultimi. Al riguardo, va tuttavia osservato che la dottrina prevalente non concorda con tale interpretazione, leggendo nella disposizione convenzionale la possibilità di mantenere un *continuum* di forme di supporto di intensità progressiva in base alla situazione individuale della persona.

1.4. Garanzie

Il quarto paragrafo dell’art. 12 introduce varie garanzie relative all’esercizio della capacità giuridica.

4. Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all’esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all’esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone.

Ai sensi dell’art. 12, par. 4, della Convenzione le misure relative all’esercizio della capacità giuridica devono assicurare “adeguate ed efficaci salvaguardie per prevenire gli abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani”. Sebbene tali misure di salvaguardia debbano essere adottate a livello nazionale, la Convenzione indica alcuni aspetti specifici che devono essere garantiti. In particolare, tali misure di sostegno devono: rispettare i diritti, la volontà e le preferenze della persona; essere libere da conflitti di interesse e influenza indebita; essere proporzionate e adattate alla situazione della persona; essere applicate per un breve periodo e soggette a revisione periodica da parte di un’autorità o di un organo giudiziario competente, indipendente e imparziale.

¹⁰ CRPD/C/GC/1, par. 29.

Come osservato dal Comitato nel Commento generale n. 1, tutte le persone rischiano di essere soggette a “un’influenza indebita”, tuttavia tale rischio può essere esacerbato per coloro che si affidano al supporto di altri per prendere decisioni.¹¹ L’influenza indebita si verifica quando l’interazione tra la persona che fornisce il supporto e il beneficiario del supporto è caratterizzata da segnali di paura, aggressività, minaccia, inganno o manipolazione.

Le misure di salvaguardia dirette a prevenire abusi nel sostegno nei processi decisionali possono assumere molte forme, come la disponibilità di rimedi, in modo che una persona che riceve assistenza possa far rilevare l’abuso e porre fine alla relazione di supporto; l’accessibilità di tali rimedi, in conformità agli obblighi relativi alla comunicazione accessibile e all’adozione di accomodamenti ragionevoli previsti dall’art. 13 della Convenzione sull’accesso alla giustizia; la definizione di linee guida/standard diretti a disciplinare la condotta di coloro che forniscono il sostegno e la previsione di sanzioni civili e penali relative alla loro violazione.

Secondo il Comitato, lo scopo principale delle misure di salvaguardia deve essere quello di garantire il rispetto dei diritti, della volontà e delle preferenze della persona.¹² Per il Comitato, il paradigma relativo a “volontà e preferenze” deve sostituire il paradigma del “miglior interesse” al fine di garantire che le persone con disabilità godano della capacità giuridica su base di eguaglianza con gli altri.¹³ Ciò implica che “qualora, dopo aver compiuto sforzi significativi, non sia possibile determinare la volontà e le preferenze di un individuo”, le misure di sostegno devono focalizzarsi sul rispetto della “migliore interpretazione della volontà e delle preferenze” della persona.

Il paradigma del rispetto dei “diritti, volontà e preferenze” delle persone con disabilità è stato oggetto di dibattiti durante i negoziati della Convenzione e la sua interpretazione e attuazione è controversa in quanto in alcune circostanze una decisione presa nel miglior interesse della persona può essere in conflitto con ciò che la persona stessa desidera.

Esistono interpretazioni flessibili e rigorose del “paradigma della volontà e delle preferenze”. Il Commento generale n. 1 recepisce un’interpretazione rigorosa che respinge qualsiasi giustificazione del processo decisionale fondato sul migliore interesse della persona con disabilità. Alla luce di tale paradigma, le preferenze soggettive dell’individuo sono prioritarie rispetto a qualsiasi altra considerazione assistenziale o obbligo di intervento da parte di terzi.

Più flessibile è stata l’interpretazione di tale paradigma da parte della giurisprudenza che ha respinto il principio secondo il quale la volontà e le preferenze di un individuo con disabilità debbano sempre prevalere.

Nel caso *A-MV c. Finlandia* del 2017, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto che la decisione del tutore legale di una persona con disabilità intellettiva di impedire il suo trasferimento era stata adottata nella prospettiva di tutelare la salute e il benessere della ricorrente che non possedeva la capacità mentale idonea a comprendere

¹¹ CRPD/C/GC/1, par. 22.

¹² CRPD/C/GC/1, par. 20.

¹³ CRPD/C/GC/1, par. 21.

le conseguenze derivanti dal trasferimento e non era quindi sproporzionata. Pur richiamando l'art. 12 della Convenzione, la Corte ha quindi implicitamente ritenuto prioritario l'obiettivo del migliore interesse del ricorrente.¹⁴

Anche la Corte costituzionale tedesca in una sentenza del 2016 ha ritenuto che l'art. 12 della Convenzione non impone alcun divieto generale di misure che sono prese contro la "volontà naturale" di una persona con disabilità, qualora ciò avvenga sulla base della capacità limitata della persona di prendere decisioni e nei casi in cui la limitazione di abilità sia il risultato di una malattia.

Secondo la Corte "l'art. 12, par. 4, della Convenzione, si riferisce alle misure che limitano l'esercizio della capacità giuridica di una persona e dimostra che la Convenzione non impone un divieto generale di tali misure, ma limita la loro ammissibilità, tra l'altro imponendo agli Stati contraenti di sviluppare garanzie contro i conflitti di interessi, gli abusi e per garantirne la proporzionalità."¹⁵

1.5. Diritti di proprietà e affari finanziari

L'art. 12, par. 5, della Convenzione tutela il diritto alla capacità giuridica delle persone con disabilità in ambito finanziario e immobiliare.

5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà.

A differenza di altre situazioni attinenti la capacità di agire trattate in disposizioni specifiche della Convenzione, come il matrimonio (art. 23) o il diritto di voto (art. 29), si tratta dell'unica previsione nel trattato dedicata a tale estrinsecazione della capacità di agire. Anche se non introduce alcun elemento del modello di supporto nei processi

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *A.-M.V. c. Finlandia*, Ricorso n. 53251/13, 23 marzo 2017. Il caso era stato presentato da un uomo con una disabilità intellettiva in seguito al rifiuto dei tribunali finlandesi di sostituire il tutore nominato dal tribunale, che gli aveva impedito nel suo interesse di spostarsi dalla sua città natale nel sud della Finlandia per vivere in un remoto villaggio nel lontano nord con i suoi genitori adottivi. La Corte non ha rilevato una violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, constatando che il rifiuto dei tribunali finlandesi di sostituire il tutore, impedendogli così di vivere nel luogo di sua scelta, era giustificato. La Corte ha considerato, in particolare, che la decisione dei tribunali finlandesi aveva essenzialmente tenuto conto dell'incapacità dell'uomo di comprendere il cambiamento radicale che il trasferimento avrebbe comportato per le sue condizioni di vita. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-172134\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

¹⁵ Bundesverfassungsgericht, Beschluss (des ersten Senats), 26 luglio 2016, par. 88. La ricorrente con disabilità mentale era stata ricoverata dal suo tutore per curare una malattia autoimmune. Quando in seguito ad un ulteriore esame le era stato diagnosticato un tumore al seno, con un ordine del tribunale le era stato imposto un trattamento forzato sebbene la donna avesse ripetutamente affermato che non desiderava essere curata. Secondo la Corte costituzionale tedesca, infatti, lo Stato ha il dovere proteggere la salute e la vita del disabile, ritenendo che la volontà espressa dalla persona non fosse frutto del "libero arbitrio" a causa della disabilità. http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/07/1s20160726_1bv1000815en.html

decisionali già trattato nei paragrafi precedenti della disposizione convenzionale, l'art. 12, par. 5, della CRPD è rilevante sia da un punto di vista strumentale che interpretativo.

Da un punto di vista strumentale, l'art. 12, par. 5 elenca una serie di settori che potrebbero essere identificati come prioritari o fondamentali. Da un punto di vista interpretativo, l'art. 12, par. 5, della Convenzione rafforza la portata e il significato di “capacità giuridica” contenuto nel par. 2, confermando che tale espressione comprende anche la capacità di agire.

La materia è peraltro particolarmente complessa, potendosi verificare anche situazioni di dissonanza tra la personalità giuridica e la capacità di agire. La legge, ad esempio, potrebbe consentire alle persone con disabilità di possedere beni, ma potrebbe non sempre rispettare gli atti di acquisto e vendita di tali proprietà da loro conclusi.

Riconoscendo le barriere discriminatorie che impediscono alle persone con disabilità di possedere e ereditare proprietà e controllare i propri affari finanziari, l'art. 12, par. 5, della CRPD impone alle Parti contraenti di garantire alle persone con disabilità l'uguale accesso al credito e che le stesse non siano arbitrariamente private della loro proprietà.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di occuparsi della questione nel caso *Zehentner c. l'Austria* del 2009. Il caso riguardava una donna il cui appartamento era stato venduto in sua assenza a seguito di un ordine di vendita forzata del bene emanato su richiesta dei suoi creditori.¹⁶ La donna, all'atto della vendita, si trovava in un ospedale psichiatrico ed era stata posta sotto tutela. Tramite il suo tutore, la ricorrente ha cercato di far annullare la vendita della propria casa, senza riuscirci. La Corte ha riconosciuto che vi era stata una violazione dell'art. 8 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione sulla protezione della proprietà, e ha concluso che il meccanismo procedurale previsto dall'ordinamento giuridico austriaco non offriva protezione a una persona priva di capacità giuridica, in quanto alla ricorrente era stato impedito di prendere parte alle procedure disponibili.

Secondo il Comitato, l'approccio tradizionale “di negare alle persone con disabilità la capacità giuridica per le questioni finanziarie deve essere sostituito con il supporto per l'esercizio della capacità giuridica, in conformità con l'art. 12, paragrafo 3”.¹⁷

Le persone con disabilità, pertanto, hanno il diritto di ricevere supporto nella gestione dei loro affari finanziari, compreso il sostegno teso a salvaguardare da abusi.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zehentner v. Austria*, ricorso n. 20082/02, 16 luglio 2009.

¹⁷ CRPD/C/GC/1, par. 23.

Analisi della normativa italiana

1. Capacità giuridica e capacità di agire

Nell'ordinamento italiano, le norme relative alla capacità giuridica e capacità di agire si rinvencono nel Codice civile (c.c.).

L'art. 1 c.c. stabilisce che la *capacità giuridica* si acquista al momento della nascita. Nel nostro ordinamento la capacità giuridica, che configura l'attitudine ad essere titolari di diritti, obblighi e altre situazioni giuridiche soggettive, sorge dunque con la nascita del soggetto e si perde soltanto al momento della morte. L'acquisto della capacità giuridica è, dunque, automatico ed avviene in capo a tutti i soggetti al momento della nascita, ossia con il distacco del feto dal grembo materno. La prova della nascita viene fatta coincidere tradizionalmente con la prova dell'autonoma respirazione.

In conformità all'art. 3 Cost., 1 c., che garantisce l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza discriminazioni, tutti i nati sono titolari della capacità giuridica. L'art. 22 Cost. stabilisce poi che "Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome".

L'art. 2 c.c. introduce la nozione di *capacità di agire*, ovvero l'attitudine a compiere atti giuridici. Ai sensi dell'art. 2 c.c. essa si acquista, per la generalità degli atti, al compimento del diciottesimo anno di età (maggiore età).

La capacità di agire può essere persa, o può subire limitazioni, se una persona è resa incapace di agire sulla base degli istituti dell'interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno.

2. Gli strumenti di protezione dei soggetti privi (in tutto o in parte) di autonomia nell'ordinamento italiano: l'amministrazione di sostegno, l'interdizione, l'inabilitazione e l'incapacità naturale

Nell'ordinamento italiano, la disciplina delle misure di protezione in favore dei soggetti privi (in tutto o in parte) di autonomia è stata riformata dalla Legge n. 6 del 9 gennaio 2004 che ha modificato in modo sostanziale il Libro I, Titolo XII del Codice civile (c.c.). L'intervento normativo ha introdotto nel nostro ordinamento, al primo capo del suddetto titolo (artt. 404-413 c.c.), l'istituto dell'*amministrazione di sostegno* e, nel contempo, ha innovato il regime giuridico degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione¹.

L'*interdizione* può essere disposta nei confronti del maggiore di età e del minore² emancipato che si trovano in condizioni di *abituale infermità di mente*, che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi al fine di assicurare la loro adeguata protezione (art. 414 c.c.). Viene nominato *un tutore* che, di norma, *può compiere tutti gli atti di straordinaria e ordinaria amministrazione*. Nella sentenza che pronuncia l'interdizione, o in successivi provvedimenti, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria

¹ V. artt. 414-432 c.c. che disciplinano gli istituti dell'interdizione, inabilitazione e incapacità naturale.

² Ai sensi dell'art. 416 c.c. il minore non emancipato può essere interdetto o inabilitato nell'ultimo anno della sua minore età.

amministrazione possano essere validamente compiuti dall'interdetto senza l'intervento (o con la mera assistenza) del tutore (art. 427 c.c.). In assenza di tali previsioni, gli atti compiuti dall'interdetto sono annullabili.

L'inabilitazione può essere disposta: *a)* nei confronti di un maggiore di età infermo di mente e di un minore non emancipato nell'ultimo anno della sua minore età, il cui stato non è così grave da dar luogo all'interdizione; *b)* nei confronti di persone che espongano sé o la propria famiglia a gravi pregiudizi economici, per prodigalità o abuso di bevande alcoliche o di stupefacenti; *c)* nei casi di sordità e cecità dalla nascita o dalla prima infanzia, se non è stata ricevuta un'educazione sufficiente (art. 415 c.c.). La sentenza che pronuncia l'inabilitazione *limita la capacità di agire del soggetto* nei cui confronti è emessa; l'inabilitato può compiere solo gli *atti di ordinaria amministrazione*, mentre per gli *atti di straordinaria amministrazione* deve essere assistito da un curatore (anche se, per taluni di tali atti, l'inabilitato può essere dichiarato idoneo ad agire autonomamente). Ove l'inabilitato provveda senza l'assistenza del curatore, gli atti di straordinaria amministrazione da lui compiuti sono annullabili.

L'incapacità naturale si contrappone al concetto di incapacità legale e si riferisce alla situazione in cui un soggetto, pur non essendo assoggettato ad una limitazione giudiziale della capacità di agire, al *momento del compimento dell'atto, sia concretamente incapace di intendere e di volere*, per qualsiasi causa, anche transitoria (art. 428 c.c.)³. L'art. 428 c.c. stabilisce che gli atti della persona incapace possono essere annullati su istanza della persona stessa o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. La *ratio* della norma è quella di bilanciare la tutela dell'incapace e l'affidamento della controparte. Ciò in quanto l'incapacità naturale non risulta ufficialmente dai registri dello stato civile, pertanto, si ravvisa la necessità di tutelare i terzi che con tale soggetto vengano in contatto.

3. Ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno

L'art. 404 c.c. individua l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno e i presupposti per applicare tale istituto che sono identificati nei seguenti: *a) l'infermità o la menomazione fisica o psichica*; *b) l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi* (v. in tal senso anche Cass. civ., sez. IV, 4.2.2014, n. 2364). Si tratta di due presupposti che devono essere entrambi sussistenti e occorre altresì che intercorra un nesso eziologico tra i due, poiché l'impossibilità di provvedere ai propri interessi deve essere causata dall'infermità o dalla menomazione fisica o psichica.

In base all'art. 404 c.c. l'amministratore di sostegno è nominato dal giudice tutelare del luogo in cui il beneficiario (o amministrato) ha la residenza o il domicilio. Ai sensi

³ Oltre che nell'art. 428 c.c., l'incapacità naturale si ritrova in norme specifiche, concernenti il matrimonio (art. 120 c.c.), il testamento (art. 591, n. 3 c.c.) e la donazione (art. 775 c.c.): in tali casi, l'annullabilità è comminata in presenza della sola incapacità, non essendo necessario nessun altro requisito, poiché qui la lesione della sfera dell'incapace è ritenuta in *re ipsa*. Inoltre, l'art. 2046 c.c. considera imputabile (e conseguentemente responsabile) solo il soggetto dotato di capacità naturale (essendo altrimenti possibile solo disporre a suo carico un'indennità, tenuto conto delle condizioni economiche di entrambe le parti, *ex art. 2047, co. 2, c.c.*).

dell'art. 405 c.c. il giudice tutelare nomina l'amministratore di sostegno con decreto motivato e immediatamente esecutivo. Il decreto stabilisce, tra l'altro, l'oggetto e la durata (può essere anche a tempo indeterminato) dell'incarico, l'ambito delle attività dell'amministratore di sostegno in favore del beneficiario e gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno o dal beneficiario in violazione delle norme di legge o delle disposizioni del giudice sono annullabili (art. 412 c.c.).

L'ambito di applicazione dell'istituto giuridico dell'amministrazione di sostegno, che lo distingue dagli altri istituti tutelari dell'interdizione e dell'inabilitazione, viene individuato di volta in volta in base all'esame che il giudice tutelare, supportato dai consulenti ed esperti psicopedagogici, compie sul beneficiario (una persona maggiore di età), per individuarne le capacità e l'autonomia.

L'amministrazione di sostegno è stata istituita allo scopo di tutelare, *con la minore limitazione possibile della capacità di agire*, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni relative alla vita quotidiana. Si tratta, pertanto, di uno strumento di tutela duttile e flessibile che può variare nel tempo adattandosi alle esigenze del beneficiario.

3.1. I beneficiari dell'amministrazione di sostegno

E' stato sottolineato che l'art. 404 c.c. ricorre a delle "tipizzazioni" individuando nell'*infermità* ovvero nella *menomazione fisica o psichica* i presupposti per l'apertura del procedimento. Il legislatore ha utilizzato il termine "*infermità*" senza alcuna qualificazione, discostandosi dalla formulazione normativa relativa all'interdizione e all'inabilitazione in cui, al contrario, è indicata *l'infermità mentale*⁴.

Al riguardo, è stato osservato che "per tale via si vuole sottolineare con maggiore efficacia la necessità che un disordine psichico, più o meno grave, debba sovrintendere alle pronunce di interdizione e inabilitazione, dall'altro, tuttavia, sembra legittimare la possibilità di un ricorso indiscriminato all'amministrazione di sostegno, altresì nelle ipotesi in cui (anche solo) una lieve fisica infermità rappresenti per il soggetto un impedimento, verosimilmente parziale o temporaneo, alla cura dei propri interessi"⁵.

La "generalità lessicale" della Legge n. 6/2004 trova una spiegazione nelle proposte che sono state avanzate nel lungo *iter* che ha condotto alla sua adozione, le quali miravano a includere tra le fattispecie legittimanti l'amministrazione di sostegno anche la senilità, riconducendola ad una sorta di infermità. Tale generalità, è stato osservato, ha il pregio di includere nella sfera di operatività della Legge n. 6/2004 anziani, invalidi

⁴ Va osservato che il Codice civile non definisce l'infermità mentale, lasciando alla scienza medica il compito di delinearne i caratteri.

⁵ Cfr. G. Di Salito, P. Matera (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Milano, 2013.

(parzialmente o totalmente), soggetti affetti da alcolismo, da tossicodipendenze, o dediti ai giochi d'azzardo.⁶

Tra le infermità o menomazioni psichiche si annoverano patologie non solo di tipo psichiatrico, ma anche malattie neurologiche di tipo degenerativo (es.: demenze, malattia di Alzheimer). Per quel che riguarda la sindrome di Down, poiché si tratta di una condizione genetica e non di una malattia, lo sviluppo mentale può variare in base all'ambiente familiare e alle condizioni di vita, pertanto, come è stato precisato dal Consiglio Nazionale del Notariato "tali persone potrebbero avere piena capacità d'agire, un lavoro, una vita autonoma: ogni caso va esaminato singolarmente"⁷.

Il Consiglio Nazionale del Notariato ha peraltro evidenziato come il legislatore non abbia normato compiutamente l'istituto dell'amministrazione di sostegno prevedendo che sia il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina o successivamente, a disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, con riguardo all'interesse del medesimo; ciò ha contribuito a far sorgere interpretazioni contrastanti creando incertezza e confusione, nonché due diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Il primo orientamento "restrittivo" si basa sul presupposto che la disabilità, fisica o psichica, debba essere sempre accompagnata da un deficit intellettuale; pertanto, secondo questo orientamento, la sola menomazione fisica non consente la nomina di un amministratore di sostegno essendo necessaria a tal fine anche la sussistenza di un deficit intellettuale a seguito della stessa menomazione fisica. Inoltre, si evidenzia che al fine di soddisfare le esigenze di tutela delle persone con disabilità fisica nell'ordinamento italiano sussistono altri istituti, quali, ad esempio, il mandato, la procura (generale o speciale), e il trust.

L'altro orientamento, più liberale, ritiene che l'amministrazione di sostegno possa sussistere anche in presenza di sole menomazioni fisiche di soggetti capaci, non essendo necessario che sussista anche un deficit cognitivo, mirando quindi a rendere più agevole e più tutelata, stante il controllo giudiziale sull'operato dell'amministratore di sostegno, la condizione di vita del soggetto debole, nel "provvedere ai suoi interessi". I fautori di questa tesi basano le loro argomentazioni sull'interpretazione letterale delle norme: l'art. 404 c.c. indica sia la menomazione "fisica" che quella "psichica", e prevede l'impossibilità "parziale" o "temporanea" di provvedere ai propri interessi.⁸

3.2. La capacità di agire: gli atti che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può compiere

La dottrina ha evidenziato alcune lacune della Legge n. 6 del 2004 che si riflettono sulla sfera della capacità negoziale del beneficiario.

⁶ Ibid. Cfr. anche Consiglio Nazionale del Notariato, "Dopo di noi", *Amministratore di sostegno gli strumenti per sostenere le fragilità sociali*, maggio 2017, pp. 15-16. V. anche Trib. Pinerolo, sentenza del 4 novembre 2004.

⁷ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, p. 16.

⁸ Ibid., p. 16.

Vi è chi, partendo dal principio di base dell'art. 409 c.c. secondo il quale il beneficiario dell'amministrazione di sostegno “*conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno*”, ritiene che sarà nella discrezionalità del giudice stabilire nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno quali siano le limitazioni alla capacità di agire dell'amministrato, potendo quest'ultimo liberamente compiere tutti gli altri atti; per contro, vi è chi sostiene che l'amministrato non possa liberamente compiere, non solo gli atti indicati nel decreto di nomina, ma anche tutti gli atti compatibili con lo stato di incapacità che può desumersi dal decreto di nomina, anche se non espressamente previsti nel decreto⁹.

Ai sensi dell'art. 405 c.c. il provvedimento di amministrazione di sostegno deve, infatti, “essere strutturato attraverso l'indicazione di singoli atti o categorie di atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto dell'amministrato, ovvero in assistenza del medesimo, mentre per tutti gli altri atti il beneficiario conserva la capacità di agire e può compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana¹⁰”.

Peraltro, come precisato dalla Corte di cassazione i poteri dell'amministratore di sostegno non coincidono “integralmente con quelli del tutore o del curatore, giacché secondo il nuovo testo dell'art. 411 c.c., comma 4, il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre soltanto che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno”¹¹.

“L'amministrazione di sostegno”, del resto, è “uno strumento non confezionato per (né destinato ad) accertare uno *status* e tantomeno ad incidere costitutivamente sullo stesso ma, più propriamente, istituzionalmente rivolto a garantire la più efficace gestione degli interessi della persona”¹². E, dunque, non v'è dubbio che l'amministratore possa e debba compiere atti di natura personale come patrimoniale¹³.

Tuttavia, l'art. 409 c.c., comma 1, nel prevedere che il beneficiario dell'amministrazione conservi la “capacità di agire” per tutti gli atti che non richiedano la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno,

⁹ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, p. 21 ss. Va ricordato che l'art. 427 c.c. statuisce che il giudice può stabilire “che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore”.

¹⁰ V. Trib. Torino, sentenza del 20 dicembre 2007.

¹¹ V. Corte Cass. sentenza n. 9628 del 2009.

¹² Cfr., tra gli altri, Stanzione, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione*, p. 15 (http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/stanzione_sostegno.pdf) (ultimo accesso 29 novembre 2018).

¹³ In ipotesi di istanza alla vendita di immobile presentata dall'amministratore di sostegno, non essendovi in materia competenze autorizzative del tribunale in composizione collegiale, ove sia comunque intervenuto un parere, favorevole o contrario, del giudice tutelare, deve intendersi un tale parere di per sé idoneo a rimuovere (o a non rimuovere) il limite del potere dispositivo sui beni del beneficiario, in quanto è da ritenersi del tutto equipollente alla autorizzazione (ovvero al rigetto dell'autorizzazione) del medesimo giudice tutelare, ai sensi ed agli effetti dell'art. 411 c.c. Sul punto, cfr. Stanzione, *op. cit.*, p. 17.

prevede anzitutto che l'amministrato sia soggetto da ritenere in grado di porre in essere e dunque valutare la portata di tali atti, con la sola eccezione dunque di quelli individuati nel decreto di nomina *ex art. 405*, pertanto l'amministrato è soggetto di norma capace la cui sfera di capacità viene limitata solo in relazione al compimento di alcuni atti determinati.

L'art. 410 c.c., comma 1, stabilisce a sua volta, che l'amministratore di sostegno nello svolgimento dei suoi compiti debba tener conto non solo dei bisogni ma anche delle "aspirazioni" del beneficiario, che dunque deve poterle esprimere. Lo stesso articolo stabilisce, al comma 2, che l'amministratore debba "tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere", prevedendo "in caso di contrasto" tra amministratore e beneficiario la possibilità di un ricorso al giudice tutelare, poiché lo svolgimento dell'amministrazione deve ritenersi frutto di una sorta di "concertazione" tra amministratore e beneficiario del sostegno.

In base ad un orientamento seguito dalla giurisprudenza di merito si ritiene che l'amministrato possa *accettare un'eredità* o anche *redigere validamente un testamento*, a meno che ciò non sia precluso nel decreto del giudice tutelare o dimostri di essere, in quel momento, per qualsiasi causa anche transitoria, incapace di intendere e di volere (incapace naturale). La dottrina prevalente ritiene che l'amministrato possa *accettare le eredità a lui devolute*, salvo che il giudice tutelare, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno o successivamente, non ritenga opportuna l'accettazione con beneficio di inventario.

In merito alle capacità di compiere atti familiari e personali, si ritiene che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, in assenza di un'espressa limitazione della sua capacità d'agire, possa *contrarre matrimonio e riconoscere figli nati fuori dal matrimonio*¹⁴.

4. Il *discrimen* tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: la giurisprudenza in materia

La delicata questione relativa all'individuazione dei confini tra amministrazione di sostegno, da un lato, e interdizione o inabilitazione, dall'altro è stata oggetto di diverse pronunce sia da parte della giurisprudenza di legittimità che di quella di merito.

Di tale questione è stata investita anzitutto la Corte costituzionale, dinanzi alla quale è stato sollevato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 404 c.c., art. 405 c.c., nn. 3 e 4, e art. 409 c.c., nel testo introdotto dalla Legge n. 6/2004, sotto il profilo che essi *non indicherebbero chiari criteri selettivi per distinguere il nuovo istituto dalle preesistenti figure dell'interdizione e dell'inabilitazione*, e quindi darebbero luogo a tre fattispecie legali irragionevolmente coincidenti, con duplicazione di istituti "parzialmente fungibili", lasciando di fatto all'arbitrio del giudice la scelta dello strumento di tutela concretamente applicabile. Ciò costituirebbe una violazione degli artt. 2, 3 e 4 Cost., che tutelano la sfera di libertà e autodeterminazione dei singoli, e

¹⁴ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *op. cit.*, p. 22 ss.

degli art. 41 Cost., comma 1, e art. 42 Cost., che garantiscono il pieno dispiegarsi della personalità del disabile nei rapporti economici e nei traffici giuridici.

Con sentenza n. 440 del 2005, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione, per l'erroneità del presupposto interpretativo circa la presunta coincidenza dell'ambito di operatività dell'amministrazione di sostegno con quelli degli altri due istituti. Al riguardo, la Corte ha chiarito che "la complessiva disciplina inserita dalla Legge n. 6/2004 sulle preesistenti norme del Codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, *limiti nella minore misura possibile la sua capacità*; e consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno *status* di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria".

La Corte di Cassazione in diverse pronunce ha ulteriormente chiarito i tratti distintivi dell'amministrazione di sostegno rispetto agli altri due istituti.

Va, in particolare, ricordata la sentenza n. 13584 del 12 giugno 2006, in cui la Corte ha svolto una operazione di "perimetrazione" dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, operazione che - come ha sottolineato la medesima Corte - non è stata esplicitamente compiuta dal legislatore nella Legge n. 6/2004 che ha introdotto tale istituto nell'ordinamento italiano.

Nel merito, la Suprema Corte ha precisato che la finalità della Legge n. 6/2004, enunciata nell'art. 1 della stessa, è «quella di "tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente": una finalità che, lungi dall'apparire attenuata per effetto del suo mancato recepimento nel Codice civile [...] rappresenta la "stella polare" destinata ad orientare l'interprete nella esegesi della nuova disciplina, anche con riguardo ai rapporti tra la figura dell'amministrazione di sostegno e le altre forme di protezione degli incapaci».

Per la Corte, infatti, "dalla esplicitazione della finalità della legge emerge, in modo incontrovertibile, una *linea di tendenza diretta alla massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà*, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente imposto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di *una effettiva protezione della sua persona*, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del *rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo*".

Nella pronuncia, la Corte ricorda come "parte della dottrina, muovendo dal presupposto del carattere del tutto residuale della misura della interdizione, ormai destinata a collocarsi quale *extrema ratio* cui ricorrere in casi limite, è giunta a mettere

in discussione la scelta legislativa di mantenere comunque in vigore l'istituto *de quo*, additando come esempio cui ispirarsi l'esperienza di alcuni Paesi europei, che lo hanno definitivamente ripudiato, siccome una sorta di "marchio", in favore di strumenti più moderni e rispettosi della dignità dell'individuo".

Partendo da tali premesse, la Corte asserisce che il legislatore ha inteso configurare l'amministrazione di sostegno come "*uno strumento elastico, modellato a misura delle esigenze del caso concreto*, che si distingue dalla interdizione non sotto il profilo quantitativo, ma sotto quello *funzionale*: ciò induce a non escludere che, in linea generale, in presenza di patologie particolarmente gravi, possa farsi ricorso sia all'uno che all'altro strumento di tutela, e che soltanto la specificità delle singole fattispecie, e delle esigenze da soddisfare di volta in volta, possano determinare la scelta tra i diversi istituti, con l'avvertenza che *quello della interdizione ha comunque carattere residuale*, intendendo il legislatore riservarlo, in considerazione della gravità degli effetti che da esso derivano, a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura".

In definitiva, per la Suprema Corte l'amministrazione di sostegno è da preferire non solo sul piano pratico, in considerazione dei costi meno elevati e delle procedure più snelle, ma altresì su quello *etico-sociale*, per il *maggior rispetto della dignità dell'individuo* che sottende, in contrapposizione alle più invasive misure dell'inabilitazione e della interdizione che attribuiscono uno *status* di incapacità, concernente, nel primo caso, i soli atti di straordinaria amministrazione, ed estesa, per l'interdizione, anche a quelli di amministrazione ordinaria. Detto *status*, precisa la Corte, "non è riconoscibile in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, al quale viene comunque assicurata la possibilità di compiere, ove ne sia in grado, quelle attività nelle quali si estrinseca la c.d. *contrattualità minima*, attraverso il riconoscimento allo stesso, a norma dell'art. 409, c. 2, della legge n. 6, della possibilità di compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana".

Alla stregua delle considerazioni svolte, la Corte afferma il seguente principio di diritto: "l'amministrazione di sostegno, introdotta nell'ordinamento dall'art. 3 della legge 6/2004 ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che *ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire*, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali la interdizione e la inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli articoli 414 e 417 del Cc. Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo *non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia*, ma piuttosto alla *maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto*, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità e la durata della

malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie”¹⁵.

La Corte di Cassazione con sentenza n. 17962 del 2015 ha ribadito che l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo *non già al diverso e meno intenso grado di infermità* o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma *alle residue capacità ed all'esperienza di vita dallo stesso maturate*, anche attraverso gli studi scolastici e lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Anche la giurisprudenza di merito ha contribuito a delineare i profili giuridici dell'amministrazione di sostegno e il *discrimen* rispetto all'interdizione e all'inabilitazione fin dai primi anni di applicazione del nuovo istituto.

In una sentenza del 2006, il Tribunale di Trieste osservava come «l'istituto dell'amministrazione di sostegno avesse introdotto una sorta di “rivoluzione” nell'ordinamento imponendo di considerare che *la capacità di agire, pure in casi di ridotta autonomia, resti la “regola”* cui fa eccezione ogni limitazione, necessitata dall'esigenza di protezione del soggetto debole; l'istituto consente così di elaborare un progetto adatto al singolo caso con una flessibilità attenta ai bisogni e alle richieste della persona».

Altri tribunali hanno evidenziato il rapporto di “sussidiarietà funzionale” tra l'amministrazione di sostegno e gli altri istituti¹⁶, precisando che l'interdizione del soggetto è possibile soltanto quando l'amministrazione di sostegno “risulti in concreto inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario”¹⁷ o ancora che “*le misure dell'interdizione e dell'inabilitazione, meno flessibili e più vincolanti, sono ormai da considerarsi, secondo unanime valutazione dottrinale e giurisprudenziale, quali figure residuali da applicarsi solo qualora non si ritengano possibili interventi di sostegno idonei ad assicurare al soggetto debole un'adeguata protezione*”¹⁸.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente è, dunque, nel senso di applicare l'amministrazione di sostegno anche in situazioni gravissime quali la presenza di “deficit cognitivo in fase avanzata”¹⁹ o di “uno stato significativo di demenza con conseguente impossibilità totale e stabile di provvedere ai propri interessi”, sul presupposto (più volte ribadito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità) per cui interdizione ed inabilitazione hanno “ormai carattere residuale”²⁰.

Nel solco di tale prassi giurisprudenziale si pone una sentenza Tribunale di Roma del 2015 che merita di essere citata in quanto nelle motivazioni che hanno condotto tale

¹⁵ V. anche Cass. sentenza n. 9628 del 2009, Corte Cass. sentenza n. 17421 del 2009; Corte Cass. sentenza n. 22332 del 2011.

¹⁶ V. Trib. Reggio Emilia, sentenza del 9 gennaio 2007; Trib. Bari, sentenza del 3 maggio 2008; Trib. Bologna, sentenze del 20 novembre 2006 e del 31 gennaio 2008; Trib. Modena, sentenza del 16 ottobre 2006; Trib. Trieste, sentenza del 5 ottobre 2006; Trib. Messina, sentenza del 13 marzo 2007.

¹⁷ Trib. Modena, sentenza del 15 novembre 2004.

¹⁸ Trib. Pavia, sentenza del 28 gennaio 2015.

¹⁹ Trib. Modena, sentenze del 20 marzo 2008 e 24 aprile 2008.

²⁰ Trib. Modena, sentenza del 19 marzo 2008.

organo giudiziario a revocare l'interdizione per dar luogo all'amministrazione di sostegno è richiamato espressamente l'art. 12 della Convenzione²¹.

A fondamento della sua decisione il Tribunale richiama la già menzionata sentenza della Corte di Cassazione n. 13584 del 2006, in cui la Corte ha affermato che il criterio quantitativo dell'infermità non costituisce elemento discriminante tra la misura dell'amministrazione di sostegno e gli istituti preesistenti rimasti in vigore nell'ordinamento seppur in posizione residuale, e che laddove non risulti necessaria una limitazione generale della capacità del soggetto, il giudice dovrà scegliere l'amministrazione di sostegno, da preferire soprattutto sul piano *etico-sociale*, per il *maggior rispetto della dignità dell'individuo*.

Per il Tribunale di Roma tale principio di diritto è conforme sia alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 440 del 2005 che alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con L. n. 18/2009.

In particolare, il Tribunale precisa che anche la Convenzione ONU è volta ad assicurare alle persone con disabilità la loro autonomia e indipendenza, *compresa la libertà di compiere le proprie scelte*, con una prospettiva molto simile a quella indicata nell'art. 1 della Legge n. 6/2004. Detta finalità, osserva il Tribunale, è contenuta nel preambolo della Convenzione alla lettera (n), nei principi generali (art. 3) e trova poi concreta attuazione nel successivo art. 12, par. 4.

Il Tribunale prosegue affermando che “in base alla norma convenzionale [da ultimo] citata le misure che limitano la capacità di agire devono adattarsi alle condizioni della persona, mentre quanto alla durata la misura deve applicarsi “*per il più breve tempo possibile*”, di conseguenza per il Tribunale “*la misura residuale dell'interdizione si pone radicalmente in contrasto con tali principi*” tanto “da dover prevedere una sua ulteriore limitazione nei suoi possibili spazi di applicazione concreta”²².

La sentenza del Tribunale di Roma del 2015 dichiara espressamente l'incompatibilità dell'interdizione con l'art. 12 e, più in generale, pone la questione della compatibilità degli istituti di protezione previsti nel nostro ordinamento con quanto stabilito nella Convenzione.

²¹ Il ricorso era stato presentato il 30 marzo 2015 da parte del tutore il quale aveva chiesto che venisse accertata la cessazione delle cause di interdizione con conseguente pronuncia di revoca dell'interdizione e trasmissione degli atti al giudice tutelare per la nomina di se stesso come un amministratore di sostegno. L'interdizione era stata decisa nel 2001 nei confronti di una persona che aveva subito un grave incidente automobilistico e si era venuta a trovare in stato vegetativo con conseguenti gravi limitazioni psicofisiche, ma in seguito aveva recuperato lo stato di coscienza e la maggior parte delle funzioni cognitive, pur rimanendo incapace di provvedere in autonomia ai propri interessi e necessitando, quindi, di assistenza per le attività quotidiane e per quelle attinenti la gestione economica.

²² <https://www.personaedanno.it/articolo/il-tribunale-di-roma-revoca-linterdizione-e-trasmette-gli-atti-al-giudice-tutelare--trib-roma-3122015-n-24348-alessandra-sarri> (ultimo accesso 29 novembre 2018).

5. La proposta legislativa di riforma dell'amministrazione di sostegno

Il 23 gennaio 2014, è stata presentata alla Camera dei Deputati la proposta di legge sul "Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione" volta a *potenziare l'istituto dell'amministrazione di sostegno e abrogare l'interdizione e l'inabilitazione*²³.

Tale proposta ha l'obiettivo di rendere maggiormente flessibile l'intervento su persone in difficoltà, fisica o psichica, attraverso:

- l'estensione del campo d'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno a tutte le ipotesi di incapacità legale, ricomprendendo dunque anche le fattispecie oggi coperte dall'interdizione e dall'inabilitazione;

- l'individuazione dell'incapacità come funzionale, ovvero circoscritta a un tempo e ad atti specifici (c.d. "incapacitazione funzionale") e non collegata semplicemente e in modo assoluto alla persona, come accade attualmente con la pronuncia di interdizione. Conseguentemente, anche nei casi più gravi, in cui l'intervento dell'amministratore di sostegno risulterà totale, tale intervento sarà circoscritto nel tempo, sempre rimodellabile e revocabile;

- valorizzazione del ruolo del giudice tutelare;

- conservazione, pur con alcune modifiche, della disciplina dell'annullabilità degli atti e dei contratti compiuti dall'incapace naturale;

- nuova disciplina del procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno.

Questi interventi sono finalizzati alla definitiva *soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione*, oltre all'*istituto dell'interdizione legale*, previsto come pena accessoria dagli articoli da 32 a 33 del Codice penale, in caso di condanna alla reclusione.

In particolare, la proposta di legge:

- prevede che l'amministratore di sostegno possa essere affiancato da un *co-amministratore di sostegno*, nominato sempre dal giudice tutelare nell'interesse del beneficiario, al fine di evitare che la persona in difficoltà rimanga senza protezione nei casi in cui l'amministratore di sostegno non possa intervenire (art. 19, che modifica l'art. 405 c.c.);

- *elimina ogni riferimento all'interdizione e all'inabilitazione*. In particolare, per quanto riguarda i soggetti che possono presentare il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, la proposta elimina il riferimento all'interdetto o inabilitato e al tutore o al curatore (art. 20, che modifica l'art. 406 c.c.);

²³ Proposta di legge C. 1985, presentata il 23 gennaio 2014. Esame in Commissione (iniziato il 9 settembre 2015) <http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=1985> (ultimo accesso 29 novembre 2018).

- interviene sul procedimento per l'istituzione dell'amministratore di sostegno, per precisare che il giudice tutelare, qualora intenda adottare provvedimenti che possano incidere sui diritti fondamentali della persona, debba prima invitare l'interessato (e l'amministratore di sostegno provvisorio) a *nominare un difensore*. Ciò si ricava dalla novella che l'art. 21 apporta all'art. 407 del Codice civile, rinviando all'art. 716 del Codice di procedura civile, oggetto di integrale sostituzione da parte della proposta di legge;

- specifica che, anche a seguito della nomina dell'amministratore di sostegno, il beneficiario può continuare a compiere personalmente tutti gli *atti di natura personale* (tra i quali il matrimonio, il riconoscimento del figlio, l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità) o patrimoniale *che non siano stati espressamente vietati* dal giudice tutelare con l'atto istitutivo dell'amministrazione di sostegno o con le periodiche rivalutazioni (art. 22, che modifica l'art. 409 c.c. e art. 23, che modifica l'art. 411 c.c.);

- precisa che le limitazioni alla capacità d'agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno possono essere introdotte non solo in sede di istituzione dell'amministrazione, ma anche successivamente, a seguito di ulteriori decreti del giudice tutelare (art. 24, che modifica l'art. 412 c.c.). La proposta intende rafforzare il carattere periodico delle valutazioni che il giudice tutelare deve compiere sul beneficiario dell'amministrazione, così da relativizzare le limitazioni che vengono imposte;

- *abroga* la previsione che attualmente consente al giudice tutelare di *trasformare l'amministrazione di sostegno in interdizione o inabilitazione* (art. 25, che modifica l'art. 413 del Codice civile);

- prevede una normativa transitoria in base alla quale, nel passaggio dall'attuale al nuovo sistema, in caso di interdizione e inabilitazione già pronunciate alla data di entrata in vigore della legge, vi sia la revoca automatica del relativo *status* con contestuale attivazione dell'amministrazione di sostegno da parte del Pubblico ministero. E' altresì previsto che il tutore e il curatore assumano automaticamente la funzione di amministratore di sostegno provvisorio relativamente al compimento degli atti di ordinaria amministrazione, fino all'istituzione della misura di protezione da parte del giudice tutelare.

6. Osservazioni conclusive del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità sul primo rapporto dell'Italia e rilievi critici da parte delle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità

Il Comitato sui diritti delle persone con disabilità, organo di controllo dell'omonima Convenzione, ha esaminato il primo Rapporto dell'Italia²⁴ nel corso della sua 16° sessione (15 agosto-6 settembre 2016) e ha adottato le relative Osservazioni conclusive il 1 settembre 2016²⁵.

²⁴ L'Italia ha presentato il primo rapporto al Comitato CRPD nel 2013, v. CRPD/C/ITA/1, 6 marzo 2015.

²⁵ CRPD/C/ITA/CO/1, 6 ottobre 2016.

In merito all'attuazione dell'art. 12 della Convenzione, nel Rapporto dell'Italia si afferma che il diritto di uguaglianza davanti alla legge è incardinato nel sistema costituzionale e giuridico italiano, che non prevede discriminazioni sulla base della disabilità rispetto alla capacità giuridica. Allo stesso tempo, nell'ordinamento italiano sono previsti gli istituti giuridici dell'interdizione e dell'inabilitazione, i quali presuppongono che vi sia una condizione individuale di incapacità di intendere e volere, totale o parziale. Nel 2004 è stato normato l'istituto dell'amministratore di sostegno (L. 6/04), attraverso il quale si affianca al soggetto la cui capacità di agire risulti limitata o del tutto compromessa con un amministratore di sostegno.

Nel rapporto, si sostiene inoltre che “A seguito di tale misura [Amministrazione di sostegno], il beneficiario mantiene la propria sfera di capacità per le attività volte a soddisfare le esigenze quotidiane e le attività che egli può svolgere autonomamente. Ancora più importante, questa figura professionale è caratterizzata da flessibilità temporale e revocabilità dell'incarico”²⁶.

Con riguardo a quanto affermato dall'Italia relativamente alle misure di attuazione dell'art. 12 della Convenzione, il Comitato ONU ha manifestato la *preoccupazione in merito alla sostituzione nel processo decisionale che continua ad essere praticata anche attraverso l'amministrazione di sostegno*. Ha inoltre raccomandato all'Italia di *abrogare tutte le leggi che permettono la sostituzione nel processo decisionale, inclusa l'amministrazione di sostegno, e di adottare un sistema decisionale di supporto che includa anche la formazione di professionisti in diversi ambiti (giustizia, salute e sociale)*²⁷.

In linea con le raccomandazioni del Comitato ONU sono i rilievi critici che il Forum Italiano sulla Disabilità (FID) ha espresso nel primo Rapporto alternativo, cui ha contribuito anche ANFFAS, presentato a tale organo nel 2016. Tra le priorità indicate dal FID nella materia *de quo*, figura infatti l'abrogazione delle disposizioni di legge sull'interdizione e inabilitazione, la riforma dell'attuale istituto giuridico dell'amministrazione di sostegno e l'introduzione nella legislazione italiana di una norma relativa all'accesso al sostegno alla presa di decisioni²⁸.

Il FID ha precisato che “Con la Legge 6/2004 la legislazione Italiana ha introdotto l'istituto giuridico dell'amministratore di sostegno per persone con limitata o compromessa capacità di agire. Tuttavia, rimangono in vigore gli istituti giuridici della interdizione e della inabilitazione basati sull'assunto dell'esistenza di condizioni personali di totale o parziale incapacità di intendere e di volere. Entrambi gli istituti giuridici di interdizione/inabilitazione e l'attuale istituto giuridico dell'amministrazione di sostegno si basano su un concetto di protezione nel migliore interesse della persona, in contrasto con l'art. 12 della CRPD, che dispone il riconoscimento della capacità totale senza eccezioni a tutte le persone con disabilità e di garantire un sostegno alla presa di decisione nel rispetto della sua volontà” (v. pp. 10-11 del Rapporto).

²⁶ Traduzione non ufficiale. V. paragrafi 31-32 del rapporto italiano.

²⁷ V. CRPD/C/ITA/CO/1, paragrafi 27- 28 (corsivo aggiunto).

²⁸ Primo Rapporto alternativo del Forum Italiano sulla Disabilità al Comitato delle Nazioni Unite sulla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, 18 gennaio 2016 (<http://www.superando.it/files/2016/03/fid-rapporto-convenzione-marzo-2016.pdf>, ultimo accesso 12 marzo 2018).

Il FID sostiene, infatti, che nonostante l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno con Legge n. 6/2004, la legislazione italiana permette tuttora la rimozione della capacità legale sulla base dell'incapacità di intendere e di volere (p. 48 del Rapporto). Sia l'incapacitazione totale della persona con disabilità, tuttora in vigore, che l'attuale istituto dell'amministrazione di sostegno si basano su un concetto di protezione della persona nel suo miglior interesse, in contrasto con l'art. 12 della Convenzione ONU, che dispone il riconoscimento della capacità totale senza eccezioni a tutte le persone con disabilità e di garantire un sostegno nei processi decisionali nel rispetto della loro volontà (p. 50 del Rapporto).

Per tali ragioni, il FID ha raccomandato di: 1) abolire gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, rafforzando ed estendendo a tutte le condizioni di disabilità e a tutti gli ambiti di vita l'attuale istituto dell'amministrazione di sostegno in conformità alla Convenzione, superando il concetto di incapacità e di sostituzione alla presa di decisioni; 2) normare il sostegno nei processi decisionali delle persone con disabilità in conformità alla Convenzione, sostituendo il concetto di "sostituzione della persona con disabilità nella presa di decisioni nel suo miglior interesse" con "sostegno alla presa di decisione nel rispetto della volontà della persona, comunque espressa"; 3) prevedere e finanziare la formazione degli amministratori di sostegno, ove necessario anche sulle strategie di comunicazione aumentativa-alternativa (pp. 50-51 del Rapporto).

7. Il II Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità

Il II Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità (DPR 12 ottobre 2017), in linea di continuità con il I Programma biennale, riprende e sostiene la proposta di abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione, mantenendo come sola misura di protezione giuridica, l'amministrazione di sostegno, rafforzata in alcuni aspetti. Il II Programma indica inoltre l'esigenza di un miglior coordinamento di tutto l'impianto civilistico riguardante l'esercizio dei diritti della persona e dei diritti patrimoniali, con particolare riferimento ai divieti o alle interpretazioni restrittive che tuttora colpiscono molte persone con disabilità, non solo intellettuale e/o relazionale. Tra le varie indicazioni figura anche quella di coinvolgere le Regioni nella informazione e divulgazione sulla figura dell'amministrazione di sostegno e sull'autodeterminazione della persona con disabilità, anche avvalendosi delle organizzazioni del terzo settore (v. Azione 6 "Protezione giuridica delle persone con disabilità e loro autodeterminazione").

In prospettiva *de lege ferenda*, sarà utile valutare quali profili dell'amministrazione di sostegno richiedono un intervento legislativo al fine di modificare tale istituto in conformità alle indicazioni del Comitato ONU che pongono al centro la *persona umana, la sua volontà e le sue preferenze*.

In quest'ottica, risultano senz'altro utili i modelli normativi adottati dai Paesi che hanno introdotto da tempo modifiche alle norme che regolano la protezione di soggetti privi di autonomia, superando la logica della custodia e della tutela dei terzi in favore di un regime di protezione ispirato ai principi della libertà e dignità dell'individuo, maggiormente conforme alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.

Profili di diritto comparato

In Europa, diversi Paesi hanno introdotto da tempo modifiche alle norme che regolano la protezione degli incapaci, superando la logica della custodia e della tutela dei terzi in favore di un regime di protezione ispirato ai principi della libertà e dignità della persona disabile, maggiormente conforme alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.

Alcuni ordinamenti, come quello austriaco e tedesco, hanno optato per l'eliminazione completa dell'istituto dell'interdizione, prevedendo un unico strumento di protezione. Altri Stati (Italia, Francia, Spagna¹), invece, hanno preferito la presenza di una pluralità di strumenti.

Un modello tripartito è stato adottato in **Francia** dove già nel 1968, con Legge n. 68-5 ha riconosciuto, per prima tra gli Stati europei, pari dignità giuridica e sociale alle persone incapaci². Gli istituti di protezione, profondamente riformati dalla Legge n. 308 del 5 marzo 2007, sono attualmente la *tutelle*, la *curatelle* e la *sauegarde de justice*, con quest'ultima che si configura come una misura flessibile, orientata alla minor compressione possibile dei diritti del soggetto non autonomo. I primi due istituti sono residuali rispetto alla *sauegarde de justice* e sono applicabili solo laddove vi sia un'effettiva esigenza di protezione, peraltro adeguatamente certificata.

La Legge n. 308/2007 ha anche introdotto lo strumento del *Mandat de protection future*, una sorta di atto di designazione fatto dal beneficiario in vista della propria eventuale incapacità. Si tratta di una nuova figura giuridica che valorizza la volontà della persona, cui è consentito di pronunciarsi riguardo alla predisposizione di una propria futura assistenza.

La normativa francese privilegia la *capacità giuridica della persona* che, in generale, conserva il diritto di compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione. La *tutelle* e la *curatelle* investono infatti solo gli atti di straordinaria amministrazione e vengono adottate solo laddove esigenze di protezione della persona derivino da alterazioni continuative e prolungate nel tempo.

La *sauegarde de justice* è un istituto a carattere temporaneo che si applica agli adulti che soffrono di una menomazione delle loro facoltà mentali a causa di una malattia; o di infermità o menomazione dovuta all'età; o di un'alterazione delle loro facoltà fisiche e/o psicologiche che impediscono la manifestazione della loro volontà.

La *sauegarde de justice* è di due tipi: a) giudiziaria (consiste nella pronuncia del giudice tutelare del luogo di residenza del beneficiario); b) medica (richiesta dal medico

¹ In Spagna, alla *tutela* e alla *curatela*, peraltro profondamente riformate con Ley n. 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), si è affiancato il *defensor judicial*. Il sistema di tutela spagnolo è stato oggetto di un'ulteriore riforma, introdotta dalla Ley n. 41/2003, avente ad oggetto la protezione del patrimonio delle persone affette da incapacità. Cfr. Azcano, *La protezione delle persone non autosufficienti nell'ordinamento spagnolo*, in www.personaedanno.it, 8/2011. V. anche <https://www.personaedanno.it/articolo/spagna-dieci-anni-del-patrimonio-protetto-delle-persone-disabili--eva-mara-martin-azcano> (ultimo accesso 29 novembre 2018).

² Cfr. Garlisi, *L'amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai quesiti della pratica*, Milano, 2012, p. 9 ss.

curante al Procuratore della Repubblica del luogo in cui è in corso il trattamento medico)³. La dottrina ha evidenziato che si tratta di una misura di protezione che consente di soddisfare diverse esigenze del beneficiario, tra cui: 1) non subire restrizioni alla capacità di agire; 2) mantenere inalterata la facoltà di esercitare i propri diritti; 3) non subire pregiudizi nella stipula dei contratti.

In Austria e in Germania, come già accennato, l'interdizione è stata completamente eliminata ed è stato introdotto un **unico strumento di protezione**: rispettivamente la *Sachwalterschaft* e la *Betreuung*. L'**Austria**, con Legge n. 136 del 2 febbraio 1983 (entrata in vigore il 1° luglio 1984), ha abrogato - primo caso in Europa - gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, ed ha introdotto la *Sachwalterschaft*, un istituto rivolto al soggetto maggiorenne colpito da malattia psichica o "mentalmente impedito" e, di conseguenza, non in grado di "occuparsi di tutti o di singoli interessi" senza il rischio di recarsi danno⁴. Tale misura di tutela non è applicata alle persone con disabilità fisiche, ma solo in presenza di *patologie di natura psichica di particolare gravità* nei confronti dei quali non sono sufficienti gli istituti dell'autonomia privata previsti dall'ordinamento austriaco⁵.

L'individuo sottoposto alla *Sachwalterschaft* non viene privato della propria capacità di agire. Egli può essere autorizzato ad agire senza l'intervento del *Sachwalter* (amministratore) per il compimento degli atti di disposizione di determinate cose o di parti del suo patrimonio. In assenza di tale autorizzazione, può assumere obbligazioni o compiere atti di disposizione del suo patrimonio con il necessario consenso espresso o tacito del *Sachwalter*. Se capace di intendere e di volere, con l'assenso del *Sachwalter*, il beneficiario può contrarre matrimonio e disporre per testamento.

I poteri dello *Sachwalter* non si limitano ai soli affari di natura patrimoniale ma comprendono anche la cura della persona, soprattutto in ambito medico e con riguardo all'assistenza sociale.

La *Sachwalterschaft* è una misura di protezione molto flessibile ed adattabile alle esigenze del caso concreto che crea le condizioni per il recupero sociale del beneficiario attraverso la conservazione della capacità di agire per tutti gli atti non inclusi nel provvedimento che la dispone. In dottrina è stato evidenziato come il modello austriaco "realizzi un'ampia e completa tutela dei diritti fondamentali della persona la quale assume una posizione centrale e primaria, non subordinata alle esigenze del traffico economico e giuridico"⁶.

In **Germania**, con Legge n. 48 del 12 settembre 1990 (entrata in vigore il 1° gennaio 1992), è stata introdotta nell'ordinamento giuridico la *Betreuung* (assistenza), assimilabile all'amministrazione di sostegno⁷. Tale misura di tutela ha sostituito i

³ Cfr. Tagliaferri, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, Piacenza, 2015.

⁴ V. la Legge n. 136/1983 dal titolo "Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen".

⁵ Cfr. Garlisi, *op. cit.*, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁷ La Legge n. 48/1990, dal titolo "Betreuungsgesetz", è stata più volte modificata al fine di correggere alcune criticità manifestatesi in sede di applicazione.

tradizionali istituti dell'interdizione, della curatela e della tutela dei maggiorenni ed è stata modellata sulla base della disciplina austriaca.

La riforma ha avuto l'obiettivo di migliorare la posizione giuridica della persona bisognosa di protezione salvaguardandone i diritti personali e patrimoniali attraverso la *garanzia di un'ampia autonomia decisionale*. Ha in tal modo inciso sugli aspetti della previgente normativa che era stata criticata per mortificare la volontà della persona protetta e privilegiare gli aspetti riguardanti la gestione del suo patrimonio piuttosto che la cura della persona.

Può accedere a tale misura di tutela “un maggiorenne che, a causa di una malattia psichica o di un impedimento fisico, mentale o psichico, non possa occuparsi, totalmente o parzialmente dei propri interessi”. Il *beneficiario non viene privato della capacità di agire* e può compiere, con l'assistenza del *Betreuer*, tutti gli atti giuridici per i quali il provvedimento di nomina disposto dal giudice non abbia previsto l'obbligo del suo consenso. L'amministratore diventa, quindi, rappresentante legale del beneficiario nei limiti delle funzioni che gli sono assegnate dal giudice, con l'obbligo di assecondare il più possibile le richieste e i bisogni della persona interessata, sempre che non siano per la stessa pregiudizievoli.

Alla *Betreuung* non può ricorrersi se gli “affari del maggiorenne possono essere gestiti altrettanto bene tramite un assistente, un procuratore oppure tramite altri ausiliari, tra i quali non venga nominato alcun rappresentante legale”, ossia qualora basti il supporto di familiari, parenti, amici o servizi ambulatoriali⁸.

I giudici dispongono la *Betreuung* solo in presenza di *patologie psichiche documentate* (non presunte) e solo se tali infermità determinano nel malato un impedimento alla cura dei propri interessi, ovvero nei riguardi di soggetti affetti da *gravi menomazioni fisiche* che impediscono la formazione e la manifestazione all'esterno della volontà (ad es. paralisi totale, cecità accompagnata da sordità e mutismo). La giurisprudenza tende a limitare la *Betreuung* solo ai casi di menomazioni fisiche di eccezionale gravità.

La *Betreuung*, come la *Sachwalterschaft* austriaca, si configura come uno strumento agile e flessibile che consente di adeguare il sistema di protezione alle esigenze del beneficiario, attraverso una *contrazione della sua capacità più limitata possibile*.

Nel 2005, a seguito dell'ampio utilizzo della *Betreuung*, è stato introdotto nell'ordinamento giuridico tedesco anche uno strumento di autonomia privata denominato *Vorsorgevollmacht*, vale a dire la procura rilasciata in vista della propria futura incapacità per la quale sono state previste una forma di autenticazione e una specifica forma di pubblicità.

Seguendo un ordine meramente cronologico, va ricordato che nel 2012 **la Repubblica Ceca** ha approvato un nuovo Codice civile. Il nuovo Codice, entrato in vigore 2014, ha abolito l'istituto della tutela e introdotto il processo decisionale supportato che si basa sui seguenti principi: (a) la piena capacità giuridica delle persone con disabilità; (b) le persone di supporto si impegnano per contratto a sostenere la

⁸ Cfr. Garlisi, *op. cit.*, p. 9; Tagliaferri, *op. cit.*

persona beneficiaria; (c) il contratto deve essere approvato dal tribunale; e (d) il ruolo della persona di supporto è quello di assistere la persona facilitando la condivisione delle informazioni, la comunicazione e aiutando a fornire consulenza alla persona interessata⁹.

Il nuovo Codice civile ha introdotto anche le c.d. “direttive anticipate”, uno strumento che consente ad una persona, in previsione di una sua futura ed eventuale incapacità, di esprimere la propria volontà in merito a come andranno condotti i suoi affari e di designare una persona come suo tutore. Un'altra misura nuova è la “rappresentanza da parte dei parenti prossimi”. Nel caso in cui una menomazione impedisce ad un adulto di compiere atti giuridici da solo e se questa persona non ha altri rappresentanti, può essere rappresentata dai suoi parenti più stretti per il disbrigo di tutti gli affari quotidiani, compresa la gestione delle finanze. Il rappresentante non è tuttavia autorizzato a fornire il consenso per gli interventi sanitari che hanno un impatto permanente sull'integrità mentale o fisica della persona.

Vanno ricordate anche le riforme introdotte in **Lettonia** che ha dovuto modificare le norme di diritto civile a seguito di una sentenza della Corte costituzionale del 2010 in cui si affermava che le norme del Codice civile che prevedevano una completa privazione della capacità giuridica erano incostituzionali e in contrasto con gli obblighi internazionali in materia di diritti umani, con un espresso riferimento all'art. 12 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

Nel 2013 è entrata in vigore una nuova legge che ha abolito la piena privazione della capacità giuridica di una persona e ha introdotto un sistema di tutela temporanea, in cui le decisioni possono essere prese congiuntamente da un adulto con disabilità e il suo tutore. La tutela temporanea può essere utilizzata per un massimo di due anni senza limitare la capacità giuridica di una persona. La nuova legge introduce anche le direttive anticipate, come nella Repubblica Ceca. Va tuttavia osservato che, nonostante questi sviluppi normativi importanti, il processo decisionale supportato, come alternativa alla tutela temporanea, non è stato inserito nella nuova legge.

Nel 2016, in **Irlanda** è entrato in vigore l'*Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015* che ha introdotto un nuovo sistema normativo per il supporto nei processi decisionali e ha abrogato la previgente legislazione in materia. Le nuove norme sono state adottate per dare attuazione alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e alla Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti del 2000.

Le disposizioni della nuova legge non si applicano solo alle persone con disabilità o con menomazioni, ma a qualsiasi persona la cui capacità decisionale “is in question”¹⁰.

Nella nuova normativa, la capacità decisionale è definita come la capacità di capire, nel momento in cui viene presa una decisione, la natura e le conseguenze della decisione stessa nel contesto delle scelte disponibili. La valutazione della capacità della

⁹ Cfr. Mental Disability Advocacy Center, *Legal Capacity in Europe A Call to Action to Governments and to the EU*, October 2013, p. 20.

¹⁰ http://www.citizensinformationboard.ie/downloads/relate/relate_2016_04.pdf (ultimo accesso 29 novembre 2018).

persona viene effettuata sulla base di un test funzionale, pertanto, tale valutazione può modificarsi nel corso del tempo.

L'*Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015* stabilisce, inoltre, i principi guida che sono destinati a salvaguardare l'autonomia e la dignità della persona con capacità ridotta. Alla base della nuova normativa, vi è la presunzione che la persona posseda la capacità decisionale a meno che non venga dimostrato il contrario. Inoltre, tutti gli atti o le decisioni presi ai sensi della legge devono ridurre al minimo le restrizioni sui diritti e le libertà della persona e devono tener conto della sua volontà e delle sue preferenze (passate e presenti).

La nuova legge si applica anche in ambito sanitario al fine di promuovere l'autonomia della persona in relazione alle scelte terapeutiche, consentirle di essere trattata seguendo la propria volontà e le proprie preferenze. Al di fuori del continente europeo, va ricordato che in **Argentina**, il nuovo Codice civile e commerciale adottato nel 2014¹¹ ha innovato la disciplina in materia di capacità giuridica al fine di renderla conforme alla CRPD e alla Convenzione interamericana per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le persone con disabilità del 1999.¹² Il principio generale che informa la nuova disciplina è la presunzione della capacità di agire per tutti gli individui, anche coloro che sono istituzionalizzati. Le limitazioni alla capacità sono di carattere eccezionale e si impongono sempre a "beneficio della persona" tenendo conto del rispetto dei diritti dell'individuo e alla promozione della sua autonomia personale. In particolare, il giudice può restringere la capacità giuridica di una persona con un'alterazione mentale permanente o a lungo termine per determinati atti qualora dall'esercizio della piena capacità possa risultare un danno alla sua persona o ai suoi beni. Con riferimento a tali atti, il giudice deve designare il supporto o i supporti necessari, precisandone le funzioni e gli accomodamenti ragionevoli in funzione delle necessità e delle condizioni della persona. I supporti devono promuovere l'autonomia e favorire le decisioni che riflettano le preferenze della persona.

Eccezionalmente, se la persona è assolutamente impossibilitata ad interagire e il sistema dei supporti risulti inefficace, il giudice può dichiararne l'incapacità e designare un curatore. L'incapacità non è valutata alla luce di un criterio diagnostico, ma tenendo conto della "situazione" della persona che versa in una condizione di assoluta impossibilità di interazione e/o comunicazione.

Dalle normative che sono state sopra esaminate emerge con chiarezza che l'orientamento prevalente tende verso misure di tutela che *limitano sempre meno la capacità di agire* della persona beneficiaria. Si tratta, inoltre, di misure di protezione caratterizzate da *flessibilità ed elasticità*, che vengono adottate valutando le specifiche esigenze della persona interessata.

Un altro aspetto che emerge è il rilievo della *volontà della persona* beneficiaria e la valorizzazione anche delle residue attitudini intellettive, con l'attribuzione di un ambito più o meno esteso di autonomia decisionale, soprattutto in relazione agli atti strettamente personali.

¹¹ Legge 26.994, Código civil y comercial de la Nación, del 7 ottobre 2014.

¹² <http://www.oas.org/Juridico/english/treaties/a-65.html>. Entrata in vigore nel 2011, la Convenzione interamericana

Valutazione dei risultati della consultazione pubblica

Nell'ambito della consultazione pubblica che l'ANFFAS ha svolto nel periodo luglio-ottobre 2018, l'ISGI ha elaborato un set di ventuno domande concentrate sui primi due paragrafi dell'art. 12 della CRPD e sulle corrispondenti norme interne di adattamento.

L'esigenza di concentrarsi su tali paragrafi è dovuta a due ordini di motivi: anzitutto, le fattispecie disciplinate in tali norme risultano ancora oggi controverse, anche a livello internazionale; in secondo luogo, si tratta di fattispecie per le quali la ricerca dell'ISGI ha rilevato diversi profili problematici nella legislazione italiana. Per tali ragioni, è sembrato utile acquisire alcuni dati relativi al *modus operandi* di tali norme, con domande rivolte principalmente agli addetti ai lavori.

Il questionario predisposto dall'ISGI è stato articolato in una serie di domande che attengono maggiormente alla fase applicativa degli istituti posti a tutela delle persone con disabilità, con particolare riguardo all'amministrazione di sostegno, al fine di comprendere in quale misura si tiene conto della volontà del beneficiario e come si valutano le sue capacità, elementi che sono determinanti per valutare il grado di conservazione della capacità decisionale dell'interessato e individuare i poteri dell'amministratore di sostegno. In quest'ottica, domande specifiche riguardano, a titolo esemplificativo, l'individuazione dei professionisti che effettuano l'esame della persona interessata ovvero i parametri usati dal giudice per valutare la capacità di autodeterminazione del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Sempre al fine di cogliere ciò di cui effettivamente tiene conto il giudice tutelare nell'assumere una decisione in merito all'amministrazione di sostegno, si è chiesto agli operatori quanto pesa l'analisi medico-clinica nella scelta dei giudici; se i meccanismi di valutazione della capacità garantiscono un appropriato equilibrio tra protezione del soggetto, accessibilità ed efficienza delle procedure; se, ai fini dell'amministrazione di sostegno, l'infermità è valutata alla stregua dell'infermità mentale.

Si collegano a questi aspetti anche le domande in merito ai criteri adottati dai giudici tutelari per rigettare un'istanza di nomina di un amministratore di sostegno, all'incidenza del consenso del beneficiario nella scelta dell'amministratore, così come il suo eventuale dissenso verso la persona prescelta oppure rispetto agli atti che l'amministratore di sostegno è chiamato a compiere.

Vi sono poi quesiti volti a comprendere se nell'amministrazione di sostegno possono individuarsi elementi riconducibili alla sfera dell'incapacitazione e, dunque, se nella prassi applicativa si assottiglia il *discrimen* tra le tre misure di protezione (interdizione, inabilitazione e amministrazione) sul fronte degli effetti incapacitanti. Questi aspetti sono rilevanti al fine di valutare la conformità della normativa italiana a quanto richiesto dall'art. 12 della Convenzione.

In considerazione dei recenti sviluppi normativi in alcuni settori particolarmente sensibili che incidono sulle misure giuridiche di protezione delle persone con disabilità, nel questionario si è anche chiesto se si ravvisa l'esigenza di una migliore armonizzazione di tali misure con quelle sulla privacy, il consenso nei trattamenti sanitari e la recente normativa sul biotestamento.

Alcune domande, in particolare quelle finali, sono ispirate ai processi di consultazione realizzati in alcuni Stati per la riforma delle rispettive normative in materia di capacità giuridica. Si tratta, pertanto, di quesiti di più ampia portata concernenti il ruolo che professionisti specializzati o volontari possono svolgere nei processi decisionali delle persone con limitata capacità giuridica, il tipo di formazione che tali figure dovrebbero avere, il sistema di monitoraggio sul loro operato che risulta più idoneo, la qualità e l'estensione dei supporti forniti a familiari, amici, tutori, curatori o amministratori e alle stesse persone beneficiarie.

Al questionario elaborato dall'ISGI hanno risposto in totale 247 persone, di cui il 63,97% si è dichiarato non addetto ai lavori mentre il restante 36,03% rientrava nell'alveo delle persone maggiormente addentro alle questioni giuridiche, in qualità di giudice, amministratore di sostegno, giurista, ricercatore, esperto in materia ed altro. Non si ha, tuttavia, il dato relativo a quale di queste categorie appartengono coloro che hanno risposto.

Dalle risposte riguardanti le modalità di applicazione dell'amministrazione di sostegno è emerso un quadro che mette in luce la non perfetta aderenza di tale istituto con quanto prescritto dall'art. 12 della CRPD, in particolare per quanto concerne il peso attribuito alla volontà della persona beneficiaria e i parametri usati dal giudice per valutare le capacità e l'autonomia del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. I rispondenti hanno, infatti, evidenziato che benché l'esame multidisciplinare compiuto sul beneficiario sia condotto dall'assistente sociale (71,67%), dal medico specialista (63,33%) e dallo psicologo (51,67%), nella decisione del giudice tutelare l'analisi medico-clinica ha un valore preponderante come affermato dal 70,83% dei 72 rispondenti. Questo dato va letto con le risposte fornite alla domanda sull'esistenza o meno dei parametri standard che il giudice utilizza per valutare le capacità e l'autonomia del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno, in particolare la sua capacità di autodeterminazione. Benché la maggioranza dei rispondenti (41,67%) abbia ammesso di non sapere, coloro che hanno risposto in senso affermativo (34,72%) hanno evidenziato che i principali parametri sono nell'ordine: interviste ai familiari (65,63%), diagnosi (62,50%), interviste su desideri, aspettative, preferenze (46,86%), interviste ad operatori/persone che prestano supporto (37,50%), misurazione dell'intelligenza (21,86%), funzionamento secondo ICF (15,63%). Le risposte confermano, quindi, che nella valutazione della capacità e dell'autonomia del soggetto beneficiario da parte del giudice l'analisi medico-clinica ha un valore preponderante, di poco inferiore alle interviste ai familiari.

Il 55,56% ha ammesso, tuttavia, di non sapere se nell'ambito della procedura relativa all'amministrazione di sostegno l'infermità ai sensi dell'art. 404 Cod. civ. sia valutata come "infermità mentale" alla stregua dell'interdizione e dell'inabilitazione, a fronte del 23,61% dei rispondenti che ritiene che non ci sia questa assimilazione e il 20,83% che fornisce una risposta affermativa.

Nell'ottica di comprendere quanto e come è valutata la volontà del beneficiario nella nomina dell'amministratore di sostegno, interessanti sono le risposte che concernono le ragioni che inducono il giudice tutelare a designare una persona diversa da quella indicata dal beneficiario. Due sono le ragioni principali: la presenza di un conflitto di interesse, sia potenziale che reale (56,94%); la valutazione del superiore interesse della

persona rispetto all'individuazione della persona scelta (50%); solo in percentuale minore, l'incapacità nella gestione dell'ufficio da parte della persona designata (36,11%). Si tratta dunque di ragioni che travalicano la volontà del beneficiario e che spetta al giudice tutelare valutare, come sottolineato in più occasioni dalla giurisprudenza. In particolare, va ricordato che la normativa sull'amministrazione di sostegno non ha espressamente disciplinato il possibile conflitto di interesse tra amministratore ed amministrato. In merito a questo aspetto, la dottrina ha infatti evidenziato come le norme in materia considerino solo le situazioni di abuso e di *mala gestio* poste in essere dall'amministratore nominato, sanzionandole però solo *ex post*; manca perciò nell'ordinamento italiano un rimedio a carattere preventivo¹.

Strettamente collegate a questa tematica sono le risposte fornite alla domanda con la quale si chiedeva se la giurisprudenza ha individuato dei parametri per "ricostruire la volontà" del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno di cui l'amministratore deve tener conto per gli atti c.d. "personalissimi" che riguardano le scelte fondamentali di vita della persona (quali, ad es., il riconoscimento di un figlio, il disconoscimento della paternità riguardo a figlio, il testamento, la donazione, le scelte relative allo *status* personale come il matrimonio, la separazione personale, il divorzio.). Il 68,06% dei rispondenti ha ammesso di non sapere, il 19,44% ha dichiarato che tali parametri non sono stati individuati, mentre il 12,50% ha risposto in modo affermativo e ha indicato i seguenti: la ricostruzione della volontà del beneficiario nel periodo antecedente la disabilità, sia attraverso forme espresse che nei valori, convincimenti, stile di vita della persona; audizione delle persone con cui il beneficiario si relazionava per conoscere la sua volontà in merito alla specifica decisione da prendere; le disposizioni relative al biotestamento. In merito al quesito sull'esistenza di criteri sulla base dei quali il giudice tutelare può rigettare un'istanza di nomina di un amministratore di sostegno, l'80,56% dei rispondenti ha dato una risposta affermativa e ha indicato due criteri principali: 1) l'assenza della necessità di attivazione di tale misura di tutela (78,33%); la previsione di altre misure di protezione giuridica (53,33%)².

Al quesito se nella prassi viene considerato in modo prioritario rispetto ad altre valutazioni il consenso del beneficiario ai fini dell'attivazione dell'amministrazione di sostegno e dell'individuazione dei singoli atti che l'amministratore sarà chiamato a compiere il 45,83% risponde in modo affermativo. Sarebbe, dunque, emergere un ruolo rilevante alla volontà del soggetto interessato, ma questo dato viene confutato dalla risposta negativa fornita dal 37,50% dei rispondenti alla domanda successiva che riguarda il dissenso del soggetto beneficiario, in particolare se tale dissenso ha efficacia paralizzante in ordine all'attivazione dell'amministrazione di sostegno e al compimento degli atti che l'amministratore può adottare (a fronte del 30,56% che risponde in modo affermativo e 31,94% che non sa).

Interessante, inoltre, il dato che emerge dalla risposta affermativa (62,50% dei rispondenti) alla domanda se, in presenza di sole disabilità fisiche, nella prassi, vengono adottate salvaguardie nell'amministrazione di sostegno per garantire al soggetto beneficiario la massima conservazione della propria capacità e autonomia. Questa

¹ V. sul punto sentenza del Tribunale di Modena, II sez. civile, R.G. 2101/06.

² Solo 4 rispondenti (6,67%) hanno indicato: l'inadeguatezza della persona; l'attenuazione dello stato di incapacità; la rete familiare, amicale e associativa molto supportiva della persona con disabilità.

percentuale indica, dunque, che l'amministrazione di sostegno, pur applicandosi a disabilità fisiche, è bilanciata dalle salvaguardie idonee a garantire nella misura più ampia possibile la capacità giuridica e l'autonomia della persona interessata, ponendosi in linea con l'art. 12 della CRPD.

Di particolare rilevanza ai fini della ricerca dell'ISGI sono le risposte relative alle domande che attengono all'incapacitazione. In particolare, va segnalato che al quesito relativo alla sussistenza di elementi che attengono alla sfera dell'incapacitazione nell'amministrazione di sostegno, il 50% dei rispondenti non sa rispondere, mentre il 37,50% risponde in modo affermativo e solo il 12,50% fornisce una risposta negativa. Tuttavia, alla domanda successiva riguardante gli effetti incapacitanti collegati alla massima estensione dell'amministrazione di sostegno il 41,67% dei rispondenti fornisce una risposta affermativa e solo il 25% una negativa, a fronte del 33,33% che non sa. Ciò conferma che tale istituto può produrre effetti incapacitanti simili all'interdizione e all'inabilitazione, con limitazioni sulla sfera della capacità di agire dei beneficiari che sono in contrasto con quanto stabilito nell'art. 12 della CRPD.

Peraltro, il 54,17% dei rispondenti ha ritenuto che non sufficientemente accessibili e snelle le procedure che attengono all'amministrazione di sostegno e ha indicato alcuni miglioramenti che possono risultare utili a tal fine, quali: snellimento della burocrazia, semplificando anche le procedure di cancelleria; riduzione dei tempi per i decreti di nomina da parte del giudice tutelare attraverso un generale miglioramento della tempistica dell'intera procedura; migliore accessibilità alle pratiche e agli uffici giudiziari; introduzione di procedure informatizzate e integrate con i sistemi informativi della pubblica amministrazione (ad esempio INPS, servizi sociali dei comuni, e altri); aumento del numero dei giudici tutelari con una maggiore competenza nel settore della disabilità; maggiore uniformità della procedura a livello nazionale, stante le differenze oggi riscontrabili a livello regionale.

Dalle risposte emerge dunque l'esigenza di intervenire nell'*iter* di nomina dell'amministrazione di sostegno, assicurando procedure più snelle, accessibili e maggiormente attente alle reali esigenze delle persone beneficiarie.

Per quanto concerne le domande di portata più generale, va segnalato che quasi unanime è la richiesta di una migliore armonizzazione delle norme in materia di tutela giuridica delle persone con disabilità con le altre normative quali quelle sulla privacy, il consenso nei trattamenti sanitari e il biotestamento (95,83% dei rispondenti). Tali esigenze di armonizzazione investono in particolar modo le questioni inerenti il biotestamento. Al riguardo, il Tribunale di Pavia con ordinanza del 24 marzo 2018 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, della Legge n. 219 del 22 dicembre 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), il quale stabilisce che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato. Secondo il giudice tutelare del Tribunale di Pavia, se si consentisse all'amministratore di sostegno, in assenza di DAT, di assumere in piena autonomia le determinazioni sul rifiuto delle cure, verrebbe annichilita la natura soggettiva e la speculare indisponibilità altrui del diritto alla vita. Ad avviso del Tribunale, è altresì

inadeguato il correttivo, in quanto eventuale e non indefettibile, costituito dal ricorso al giudice tutelare in caso di contrasto tra il rifiuto alle cure deciso dall'amministratore e il parere contrario del medico.

La questione del consenso informato del paziente in materia medico-sanitaria si pone in modo ancora più evidente quando vi sia una situazione di urgenza a fronte di uno stato di incoscienza della persona e l'amministratore di sostegno non abbia competenza al riguardo. In giurisprudenza, è stata più volte esclusa l'antigiuridicità dell'atto medico compiuto in difetto di consenso medico-sanitario del paziente, proprio quando tale atto sia stato effettuato in stato di necessità. Al riguardo, rileva il provvedimento del Tribunale di Modena del 18 gennaio 2018 relativo a un'istanza presentata da un amministratore di sostegno relativa a un paziente affetto da distrofia muscolare in stato avanzato che necessitava di un intervento di tracheotomia per la sua sopravvivenza. Il giudice adito, in assenza di poteri in materia nel decreto di nomina dell'amministratore, ha rigettato l'istanza rinviando alla responsabilità del personale medico-sanitario cui spetta assicurare alla persona le cure necessarie alla sua sopravvivenza, senza che il consenso informato del paziente in materia possa essere sostituito o surrogato dall'amministratore di sostegno.

Ulteriori questioni di armonizzazione della normativa italiana in materia di tutela giuridica delle persone con disabilità potrebbero presentarsi con l'applicazione del Regolamento europeo sulla privacy³, da cui è conseguita la modifica del Decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003 recante il Codice in materia di protezione dei dati personali.

Si avverte inoltre l'esigenza di rafforzare e ampliare il ruolo che professionisti specializzati o volontari possono svolgere nei processi decisionali delle persone con limitata capacità giuridica per un particolare tipo di decisione. Il 66,67% dei rispondenti è d'accordo con un ampliamento del loro ruolo, soprattutto nelle decisioni relative alla salute (65,57%), vita personale e di comunità (63,93%), aspetti legali (45,90%), di carattere finanziario e professionale (34,43%).

Di conseguenza, viene segnalato che i professionisti e i volontari dovrebbero avere una formazione ad ampio spettro, coinvolgendo competenze di tipo legale, socio-pedagogica, psico-educative, ma anche sui facilitatori della comunicazione e gli aspetti sanitari, al fine di far fronte alle diverse e spesso concomitanti esigenze delle persone con disabilità. Tali risposte fanno eco alla raccomandazione del Comitato della Convenzione sulla formazione di professionisti *inter alia* nel settore sociale contenuta nelle Osservazioni conclusive sul rapporto dell'Italia.⁴

Tra i requisiti che dovrebbero possedere tali figure, i rispondenti hanno individuato i seguenti: empatia, capacità comunicative anche di carattere alternativo, capacità di ascolto dei desideri e delle aspettative delle persone con disabilità con la massima disponibilità, l'agire seguendo un modello bio-psicosociale della disabilità che mette al centro la persona e la sua qualità della vita. Sull'operato di tali soggetti si dovrebbe,

³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁴ V. para. 6 del Rapporto.

inoltre, monitorare attraverso diversi sistemi che i rispondenti hanno variamente indicato (ad esempio, monitoraggio biennale condotto da esperti del settore, da parte delle ASL con commissioni miste, colloquio annuale con il giudice tutelare, verifica periodica sul benessere dei soggetti, verifica da parte dei servizi sociosanitari e altri ancora). Tuttavia, il dato più interessante che emerge dalle risposte è la richiesta di monitorare il benessere psico-fisico del soggetto beneficiario piuttosto che concentrarsi sugli aspetti economici, come attualmente avviene per il monitoraggio sulle attività dell'amministratore di sostegno, e di coinvolgere la persona con disabilità, così come la sua famiglia e la rete sociale intorno alla persona.

Quanto al supporto ai processi decisionali di una persona con limitata capacità giuridica, va osservato che secondo il 43,06% dei rispondenti non esistono adeguati supporti per la famiglia e gli amici che sono coinvolti in tali processi, e anche le persone che agiscono come tutori, curatori o amministratori non sono adeguatamente informate e istruite sul loro ruolo (59,72% dei rispondenti). Questo dato va aggiunto un ulteriore elemento che consiste nella mancanza di un monitoraggio sulla qualità del supporto nei processi decisionali, come rilevato dal 77,78% dei rispondenti.

Al riguardo, si segnala come buona prassi la Legge provinciale di Bolzano n. 12 del 16 luglio 2018 (Promozione dell'amministrazione di sostegno volontariato), che prevede misure di supporto e valorizzazione dell'istituto, quali il sostegno alle persone che necessitano di un amministratore, anche in relazione ad una indicazione preventiva rispetto al proprio futuro amministratore; la formazione delle persone che intendono svolgere la funzione di amministratore di sostegno; l'offerta di iniziative di aggiornamento ed ulteriori misure di supporto per gli amministratori nominati.⁵

⁵ http://lexbrowser.provinz.bz.it/doc/it/213139/legge_provinciale_16_luglio_2018_n_12.aspx (ultimo accesso 29 novembre 2018).

Considerazioni sulla conformità della normativa italiana alla CRPD

Alla luce delle Osservazioni conclusive sul rapporto dell'Italia da parte del Comitato del CRPD e del suo Commento generale, si possono trarre le seguenti valutazioni sulla conformità della normativa italiana all'art. 12 della Convenzione.

❖ Gli istituti dell'*interdizione* e dell'*inabilitazione* sono in contrasto con la Convenzione e vanno pertanto aboliti. In tale direzione, si pone del resto la proposta di legge presentata nel 2014 che è stata sopra esaminata. Si rileva, inoltre, che anche la giurisprudenza di legittimità e di merito è ormai orientata a considerare tali istituti come residuali rispetto all'amministrazione di sostegno.

❖ L'istituto dell'*amministrazione di sostegno* si distingue dall'interdizione e dall'inabilitazione in quanto incide sulla conservazione della capacità di agire in modo limitato ed esclusivamente in relazione a specifici atti.

❖ Alla luce dell'art. 12 della CRPD, l'amministrazione di sostegno possiede alcune caratteristiche che lo rendono conforme alla disposizione convenzionale.

In particolare, tra gli aspetti positivi della Legge n. 6/2004 si annoverano le garanzie ivi previste, quali la possibilità di revoca dell'amministrazione, anche su istanza dello stesso beneficiario (art. 408 c.c.); l'esclusione dalla designazione ad amministratore di sostegno degli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario (art. 408 c.c.); la previsione del ricorso al giudice tutelare in caso di contrasto o di negligenza dell'amministratore; l'annullabilità degli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto al suo incarico (art. 412 c.c.).

❖ Nell'amministrazione di sostegno si rilevano, tuttavia, aspetti non in linea con la CRPD che pertanto richiedono un intervento legislativo.

In particolare, si ravvisa nell'art. 1 della Legge n. 6/2004 la persistenza dell'identificazione tra incapacità giuridica e incapacità mentale, laddove si fa discendere dall'esistenza di una "menomazione fisica o psichica" l'eventuale impossibilità della persona di provvedere ai propri interessi.

La Legge n. 6/2004 sembra inoltre essere ancorata al paradigma del "migliore interesse" della persona beneficiaria in un'ottica paternalistica, invece di essere improntata al rispetto dei diritti, della volontà e delle preferenze della persona; né tantomeno recepisce il principio della migliore interpretazione della volontà e delle preferenze nelle situazioni in cui queste non siano state precedentemente espresse dalla persona interessata o non sia possibile identificarle malgrado gli sforzi in tal senso.

Si rileva, al riguardo, una certa ambiguità nella Legge n. 6/2004 idonea a creare pericolosi spazi grigi laddove il giudice tutelare competente può, discrezionalmente e senza garanzie particolari, imporre un amministratore di sostegno diverso da quello scelto e pre-designato dallo stesso beneficiario. Giova ricordare, infatti, che non costituisce condizione necessaria per l'applicazione della misura dell'amministrazione di sostegno la circostanza che il beneficiario abbia chiesto, o

quanto meno accettato, il sostegno e abbia indicato la persona da nominare (art. 408, c. 1, c.c. su cui cfr. Corte Cass. Sentenza n. 4866 del 2010), nel senso che il rifiuto non preclude l'istituzione della protezione giuridica (v. Corte Cost., ordinanza n. 4 del 19 gennaio 2007).

Raccomandazioni relative all'attuazione dell'art. 12 della CRPD in Italia

❖ Tutte le forme imposte di sostituzione nei processi decisionali vanno eliminate. Questo comporta l'abolizione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

❖ L'istituto dell'amministrazione di sostegno va modificato in conformità alle raccomandazioni rivolte all'Italia dal Comitato della CRPD che pongono al centro la persona umana, la sua volontà e le sue preferenze.

In tale ottica, si raccomanda la revisione dell'amministrazione di sostegno nelle residuali ipotesi di effetti incapacitanti collegati alla massima estensione dell'istituto e di superamento della volontà dell'amministrato (v. designazione coatta dell'amministratore).

Inoltre, nella Legge n. 6/2004 andrebbero introdotte norme dirette a disciplinare il conflitto di interessi tra amministratore e amministrato, che attualmente sono limitate alle fattispecie di abuso e *mala gestio*.

Si ravvisano esigenze di armonizzazione dell'amministrazione di sostegno con altre normative che incidono sulla manifestazione del consenso (v. biotestamento, privacy, ecc.).

❖ Oltre alla riforma degli istituti, occorre definire una normativa che assicuri e disciplini l'accesso alle misure di supporto per il processo decisionale autonomo nell'esercizio della capacità giuridica.

Tali misure devono garantire alle persone con disabilità più opzioni di assistenza nei processi decisionali e devono essere dirette a promuovere l'autonomia e a favorire la determinazione di decisioni che rispondano alle preferenze della persona. In particolare, le misure devono comprendere: supporti per aiutare a formulare gli obiettivi della persona, a esplorare la gamma di scelte e a prendere una decisione; supporti per partecipare in processi decisionali con altre parti; supporti per dare esecuzione ai propri obblighi in base ad eventuali accordi.

❖ Come raccomandato dal Comitato della CRPD nelle Osservazioni conclusive sul rapporto dell'Italia, occorre assicurare e promuovere la formazione di professionisti in materia di giustizia, salute e settore sociale per quanto concerne la fornitura dei supporti.

In Italia, dunque, si dovrebbe intervenire in tale settore rafforzando la rete di supporto nei processi decisionali attraverso figure professionali e familiari che abbiano un'adeguata preparazione per svolgere un ruolo che non si limita alla mera amministrazione del patrimonio della persona assistita, ma deve mettere al centro la volontà e le preferenze dell'individuo in conformità a quanto indicato dal Comitato della CRPD nel Commento generale n. 1.

A tal fine potrebbe essere utile elaborare delle linee guida idonee a facilitare la comprensione della varietà dei supporti e a promuovere il loro utilizzo.

❖ Nel Commento generale n. 1, il Comitato della CRPD ha sottolineato l'obbligo degli Stati di consultare e coinvolgere attivamente le persone con disabilità attraverso le loro organizzazioni rappresentative, nella definizione e nell'esecuzione della normativa e delle politiche relativi all'attuazione art. 12 della Convenzione.



Anffas Onlus Nazionale
Via Casilina, 3/T - 00182 Roma (RM)
Tel. 06/3611524 - 06/3212391
nazionale@anffas.net

@AnffasOnlus.naz 

@AnffasOnlus 

