



LA GIURIDIFICAZIONE DI INFERMITÀ E DISABILITÀ. PROFILI COMPARATIVI

CRISTINA COSTANTINI

SOMMARIO **1.** Per una rilettura critica dei diversi modelli di definizione della disabilità e della infermità nella prospettiva del diritto comparato **2.** L'esperienza inglese tra *royal prerogatives*, *parens patriae jurisdiction* e principio di autodeterminazione **3.** L'esperienza francese e spagnola: ragioni di somiglianza e divergenza **4.** L'esperienza austriaca e tedesca oltre i regimi di interdizione ed inabilitazione **5.** La protezione del disabile nell'ottica del diritto internazionale

1. La questione che apre l'indagine comparata impegna la scelta consapevole tra diversi e non di rado contrapposti modelli di definizione e comprensione dei concetti di disabilità ed infermità, i quali hanno storicamente giustificato ora la struttura della disciplina giuridica vigente e l'istituzione di separate giurisdizioni, tanto da porsi quali criteri di validazione e legittimazione dell'«esistente», ora - ed in senso polarmente antitetico - gli argomenti critici nei confronti del dato normativo applicato, la revisione delle soluzioni espresse verso l'elaborazione di nuovi sistemi di regolazione e tutela.

L'analisi che prende corpo in queste pagine muove, pertanto, dall'intento di verificare, in prospettiva diacronica, quale modello abbia prevalso nei discreti ordinamenti nazionali (sempre che di prevalenza 'pura' si possa discorrere e non si debba, piuttosto, ravvisare una ibridazione dei tipi di definizione astrattamente posti in alternativa tra loro); da quali ragioni teorico-operative e da quali opzioni valoriali esso sia stato sostenuto; quali regole giuridiche esso abbia espresso; quali reazioni esso abbia suscitato.

Il percorso seguito consente, dunque, di specificare come si sia svolta, nella storia recente, la vicenda giuridica come momento costitutivo dell'intera vicenda sociale¹; come il primato, ovvero alternativamente la successione o ancora l'intersezione tra i summenzionati modelli abbiano concorso a determinare la *giuridificazione* del sociale, rendendosi compartecipi, insieme ad essa, del processo di de-finizione della forma di una data «esistenza storica».²

In via preliminare è possibile rilevare nella letteratura giuridica appartenente a differenti contesti culturali una macro-distinzione tra un modo di definire, o meglio, di costruire il concetto di *disabilità* in termini esclusivamente medici; un modo di ripensare la disabilità in chiave socio-politica (oltre ed al di là delle categorizzazioni mediche); un modo

¹ Mi avvalgo dell'espressione impiegata da Stefano Rodotà, in S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, La Feltrinelli, Milano, 2009, p. 13.

² Nel significato fatto proprio da Ernst Nolte; E. NOLTE, *Esistenza storica. Fra inizio e fine della storia?*, Le Lettere, Firenze, 2003, laddove si propone una rilettura degli esistenziali storici, fondamentale, nell'ottica che mi è propria, per la comprensione del Giuridico.



di collegare la riflessione svolta in tema di disabilità ai problemi di garanzia e tutela dei diritti delle c.d. minoranze.

Il primo approccio, che potremmo sinteticamente denominare “*medico*”, guarda alla disabilità come ad una forma di patologia da cui l’individuo è affetto e per cui l’individuo è reso bisognoso di cura, cui vengono collegati uno stato sociale di dipendenza, uno stato economico di isolamento, se non di emarginazione, e, conseguentemente, uno stato giuridico di incapacità.³ In questa lettura, la definizione medica della disabilità diviene segnatura⁴ di una altrettanto individuata posizione sociale (che può essere sincreticamente declinata come una condizione di *patologia sociale*) a fronte della quale - ed in ultima analisi - il giuridico opera quale dispositivo di dislocazione di una serie differenziata di ‘gradi di capacità’, sia rispetto ai diritti, alle facoltà ed ai poteri, sia rispetto alle condizioni ed alle forme della loro concreta attuazione. Il dato su cui viene costruito lo stato del ‘disabile’ è il dato biologico in sé e per sé considerato; in questa prospettiva, dunque, può dirsi decisa l’apprensione della nuda vita⁵ nella sfera del giuridico: la patologia o la disfunzione,

³ Per una discussione in proposito, M. CROSSLEY, *The Disability Kaleidoscope*, in *Notre Dame Law Review*, 1999, 74, p. 621 e segnatamente laddove offre la seguente definizione “The individual is the locus of the disability and, thus, the individual is properly understood as needing aid and assistance in remediating that disability. Under this view, while the cause of impairments may vary, the disable individual is viewed as innately, biologically different and inferior [...]. Thus, according to the medical model of disability, the disable individual’s problem lies in her impairment”; cfr. M. CROSSLEY, *ibidem*, pp. 649-650, nt. 26. Altre notazioni si leggono in D. KAPLAN, *The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community*, in *Journal Health Care Law & Pol’y*, 2000, 3, p. 352. Per una analisi brillante, S. SCHWEIK, *The Ugly Laws: Disability in Public*, New York University, New York, 2009. Ancora in tema D. POTHIER, R. DEVLIN (eds), *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, UBC Press, Vancouver, 2006.

⁴ Utilizzo il concetto di segnatura nel significato che ad esso è stato attribuito dalla recente rivisitazione proposta da Giorgio Agamben; cfr. G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008.

⁵ L’espressione “nuda vita”, già impiegata da W. Benjamin (si veda W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 1962, ed in specie il riferimento è ai saggi ivi contenuti *Per la critica della violenza e Destino e carattere*), ripreso da Jacques Derrida (in J. DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell’ autorità*, ed. it. a cura di F. Garritano, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 86 ss), è divenuta oggetto di analisi radicale nel pensiero di Giorgio Agamben, che ne ha fatto paradigma indefettibile di spiegazione della genesi del Politico e del Giuridico. Il rinvio è ovviamente a G. AGAMBEN, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, nonché a G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004. La rilettura di Agamben, sicuramente dirompente, ha orientato il dibattito successivo, tanto che se ne trova un’eco laddove Stefano Rodotà, interrogandosi sui limiti che possono essere ascritti al Giuridico, apre con l’interrogativo “Può il diritto, la regola giuridica, invadere i mondi vitali, impadronirsi della nuda vita, pretendere anzi che il mondo debba evadere dalla vita?”; S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 9. Nella stessa prospettiva si leggano le brillanti considerazioni svolte da P.G. Monateri, che, non solo offre una personale rilettura del paradigma agambeniano nella determinazione delle intersezioni tra bioetica e biodiritto, ma giunge in modo puntuale ed efficace a fornire le chiavi intellettuali di comprensione di quella ‘antropologia costituzionale’ che si pone alla base di ogni sistema giuridico, nella misura in cui, se l’apprensione della nuda vita è la segnatura di definizione e creazione del Giuridico (secondo G. Agamben), occorre poi verificare quale figura di uomo sia espressa dalla costituzione (o, in alternativa, dai principii fondanti) di un dato ordinamento, da intendersi quale *nomos* effettivo che in-forma l’esistenza storica della comunità in quanto comunità giuridico politica;



l'alterazione della normalità biologica, divengono oggetto diretto di regolazione, così che allo stato 'naturale' di menomazione o difficoltà relazionale non può non corrispondere una condizione di incapacità giuridica o di disciplinata 'minore partecipazione' alle attività giuridicamente rilevanti. Al centro della scena e del dibattito è posta la naturalità dell'individuo nella sua concreta condizione di deficienza fisica o psichica.

Su queste basi è stato possibile, da un lato, giustificare impianti normativi finalizzati all'individuazione di stati progressivi di *esclusione* e di *controllo*⁶ dell'individuo infermo o disabile; dall'altro, presentare come non imperativi, bensì semplicemente caritativi, gli eventuali interventi riabilitativi od assistenziali messi in atto dai pubblici poteri.⁷ L'inclusione della vita nella sua nudità, così come segnata da eventuali aberrazioni biologiche che debbono rimanere imputabili ad un destino sfortunato senza tradursi in peso, onere o responsabilità per la società (nella sua dimensione collettiva conforme alla 'normalità'), ha inoltre legittimato e declinato forme storiche di bio-potere, cui non di rado sono seguite determinazioni di eugenetica.

Inoltre, se vero è che proprio la considerazione della naturalità ha inserito nella struttura dei diritti continentali una distanza consapevole tra regola giuridica e corpo, tanto che i grandi codici ottocenteschi, pur inaugurando la nuova disciplina con una parte dedicata alle 'persone', venivano poi sostanzialmente ad ignorarne la fisicità, disciplinando in formule sintetiche unicamente l'evento nascita e l'evento morte⁸, al pari e per altro verso la considerazione della naturalità dei corpi infermi o disabili ha condotto ad una pervasiva giuridificazione intesa come dispositivo di concreta amministrazione ed istituzionalizzazione della devianza biologica rispetto ad uno standard di normalità

P.G. MONATERI, *Bioetica e biodiritto. Dal potere sulla nuda vita all'antropologia costituzionale*, in *Archivio Teologico Torinese*, 2008, 1, p. 120.

⁶ Pare interessante introdurre al riguardo una notazione storica che si avrà modo di sviluppare nella parte dedicata all'analisi del common law inglese. I medici che nell'Inghilterra vittoriana avevano il compito di visitare il soggetto affetto da menomazioni psichiche o da malattie mentali, onde verificare la sussistenza delle condizioni necessarie per il rilascio del 'lunacy certificate', che di quelle alterazioni era formale attestazione ai fini di una serie di effetti giuridici, erano nominati "alienists", termine ambiguo, che sicuramente rinvia alla condizione di marginalizzazione conseguente al positivo accertamento. In proposito I. WARD, *The Rochester Wives*, in *Law and Humanities*, 2008, 2, p. 102, nt. 13; A. SCULL, *The Most Solitary of Afflictions: Madness and Society in Britain 1700-1900*, Yale University Press, Yale, 1993, pp. 249 – 251.

⁷ In questo senso si legga ancora puntualmente M. CROSSLEY, *op. ult. cit.*, p. 651-652 "According to the medical model, the disable individual is the unfortunate victim of some twist of fate, and that misfortune is seen as essentially a personal or family matter – not a misfortune that society is obliged to remedy. For if disability is essentially biological, then the social disadvantages and exclusion that accompany the disability can be explained as natural and not ascribable to any social cause. Because disability is not socially caused, the disable individual has no claim of right to social remediation, and any benefits or assistance that society chooses to bestow on persons with disabilities can be viewed as a charitable response of doing special things".

⁸ Questa notazione si deve a Rodotà, in S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 74, laddove si specifica ulteriormente che dei punti estremi del ciclo vitale (nascita, morte) i codici ottocenteschi francese, italiano, svizzero, si sono limitati a registrare la naturalità: "era la natura che governava, e il diritto poteva silenziosamente stare a guardare".



medicalmente definito, così da invertire, a fronte della ‘eccezionalità’ del dato biologico, il rapporto di lontananza tra regole e corporeità che con-forma la normalità giuridica.

Il secondo approccio, che potremmo sinteticamente definire “*socio-politico*”, pone una netta differenziazione tra menomazione e disabilità, la prima intesa come alterazione e/o limitazione delle funzioni biologiche dipendente da una determinata patologia, la seconda intesa come costruzione sociale giustificata da specifiche opzioni culturali a loro volta sostanziate da altrettanto puntali e strategiche narrative di cui si nutrono le forme plurali di discorso che confluiscono nell’arena pubblica (ed in specie tanto il discorso politico, quanto il discorso giuridico).⁹ In questo modo i concetti di ‘disabilità’ e di ‘invalidità’ vengono costruiti consapevolmente con un contenuto ampio e declinabile in modi diversi a seconda delle mutevoli scelte che orientano la vita di una data collettività: da un lato, non vi è semplice identificazione tra menomazione e disabilità, nel senso che la seconda può darsi anche in difetto della prima e per contro la prima può non essere necessariamente associata alla seconda, non dovendosi ravvisare tra l’una e l’altra un rapporto necessario di ‘causa-effetto’; dall’altro, ove sussistano disfunzioni o menomazioni fisiche o psichiche, la condizione di ‘disabile’ deriva dalla combinazione del dato naturale, che riguarda l’individuo, e dal dato politico sociale, ossia dalle risposte e dalle reazioni approntate dalla collettività. In questa prospettiva si ha un rovesciamento degli assunti espressi da quello che abbiamo definito “*approccio medico*”: mentre secondo quest’ultimo – come si è evidenziato più sopra – la definizione medica della disabilità diviene segnatura di una precisa condizione sociale e conseguentemente di un altrettanto individuato stato

⁹ In tal senso J.L. ERKULWATER, *Disability Rights and the American Social Safety Net*, Cornell University Press, Ithaca N.Y., 2006, p. 29 “disability was not an objective characteristic or defect of a person but rather a socially constructed category used to justify discrimination against individuals whose bodies made them different from the social norm. According to this perspective there was nothing inherently deviant about disability nor did the condition necessarily translate into incapacity and helplessness. Instead the functional limitations of disability arose from the interplay between a person’s mental or physical attributes and an environment that was structurally or socially arranged to be unreceptive and inaccessible to individuals with disabilities. In other words an individual’s medical condition might be given but the hardships resulting from it were not an inevitable consequence of that condition”; L.J. DAVIS, *Enforcing Normalcy: Disability, Deafness and the Body*, Verso, London, 1995, dove si afferma “The construction of disability is based on a deconstruction of a continuum”, *ibidem*, p. ; R. SCOTCH, *Models of Disability and the Americans with Disabilities Act*, in *Berkeley Journal Emp. & Lab. Law*, 2000, 21, p. 215 “Thus people with disabilities are frequently marginalized by the constraints of a constructed social environment in which assumptions of the inability to participate become self-fulfilling prophecies”; H. HAHN, *Accommodations and the ADA: Unreasonable Bias or Biased Reasoning?*, in *Berkeley Journal Emp. & Lab. Law*, 2000, 21, p. 178 “a) the basic problem of disable persons stem from social attitudes; b) all facts of the environment are molded by public policy; and c) policies that have an adverse effect on people with disabilities are a reflection of widespread social attitudes and values”; I. WARD, *op. ult. cit.*, p. 100, laddove, nell’indagare la disciplina giuridica dell’infermità mentale vigente in Inghilterra a metà Ottocento, pone in evidenza come “a ‘critical’ history of madness in the mid-nineteenth century, like indeed any critical history, should be understood in terms of competing cultural prejudices and shifting discursive strategies. It asks the legal historian to look not just at the public discourses of law and jurisprudence, but also at the private testaments of justice and injustice. And it imputes a further responsibility: to investigate silences, to raise voices, to excavate supplementary testaments”.



giuridico, secondo l'approccio socio-politico la definizione di disabilità, che una data società elabora, coscientemente organizza e struttura, diviene segnatura del progetto di autogoverno ed autorappresentazione che essa intende attuare, così da scolorire con diverse considerazioni la lettura del dato biologico attraverso le categorie della scienza medica.

Questa rilettura in termini sociali, politici e culturali apre inevitabilmente all'ulteriore prospettiva che lega la riflessione in tema di disabilità al problema della *tutela delle c.d. minoranze*. Poiché la definizione di ciò che corrisponde alla "normalità" e di ciò che esprime devianza rispetto ad essa è operazione culturale, occorre orientarsi ad un'analisi critica radicale onde superare pregiudizi e limitazioni, censurando ogni forma di discriminazione, diretta od indiretta, e conseguentemente garantire comunque ai soggetti affetti da menomazioni o patologie una pari opportunità di partecipazione alla vita pubblica della collettività.

In tal senso l'indagine viene strettamente collegata agli studi ed ai dibattiti che hanno sostanziato l'analisi di genere, anche in prospettiva storica, in modo da giustificare – in specie - la definizione di una esperienza propriamente femminile di quella soglia che separa giustizia ed ingiustizia.¹⁰ Proprio la costruzione di una posizione di debolezza sociale e di menomazione, associata ad un uso funzionale delle ricerche mediche e psichiatriche, avrebbe contribuito, nel passato, a rafforzare una dinamica discriminatoria che l'odierna riflessione pone polemicamente in luce. In questa direzione mi pare che l'evoluzione del dettato normativo, così come stimolata da simili dibattiti, possa essere ulteriormente compresa applicando la brillante tesi elaborata da Robert Cover in relazione alla produzione di significato giuridico. In quello che l'Autore definisce come universo normativo, ove l'insieme delle regole e dei principi di giustizia, delle istituzioni formali del diritto e delle concezioni dell'ordine sociale convive con le narrazioni che lo collocano in uno spazio e lo dotano di significato, il significato giuridico viene creato dall'impegno e dal disimpegno, dall'identificazione e dall'oggettivazione simultanei.¹¹ Più in particolare,

¹⁰ Per una analisi strutturale, di carattere generale, volta all'individuazione degli strumenti e dei dispositivi culturali che possono portare ad evidenza l'inconscio reso oggetto di normazione sociale, M. ARISTODEMOU, *Law and Literature: Journeys from Her to Eternity*, Oxford University Press, Oxford, 2000, specialmente laddove l'Autrice chiarisce come l'approccio interdisciplinare sia utile per svelare il 'silent dark continent' che qualifica l'esperienza femminile di giustizia ed ingiustizia; *ibidem*, p. 57. Per una applicazione dell'analisi di genere attenta al dato sociologico e normativo si vedano J. HOMSHAW, S. HILLIER, *Gender and Culture: A Sociological Perspective to Mental Health Problems in Women*, in D. KOHEN (ed.), *Women and Mental Health*, Routledge, London, 2000, pp. 39 e ss.; M. WILLIAMS, *Empty Justice. One hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, Routledge, London, 2002. Per uno studio specifico, S. WENDELL, *The Rejected Body: Feminist Philosophical Reflections on Disability*, Routledge, London, 1996; A. SILVERS, *Disability Rights*, in *Encyclopedia of Applied Ethics*, 1, 1998, p. 781; C.R. FONTAINE, *Roundtable Discussion: Women with Disabilities. A Challenge to Feminist Theology*, in *Journal of Feminist Studies in Religion*, 1994, 10, p. 99; H. BEQUART HOLMES & L.M. PURDY, *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Indiana University Press, Bloomington, 1992.

¹¹ R. COVER, *Nomos e narrazione* (a cura di M. Goldoni), Giappichelli, Torino, 2008, p. 65. La concezione di Cover riposa, per questi riguardi, su due aspetti tra loro intrinsecamente correlati. Da un lato, la concezione pluralista del diritto, espressa in termini paradigmatici dall'interrelazione *Halakab/Haggadab* costitutiva dell'esperienza ebraica, per cui il dato normativo non può essere disgiunto da altri materiali



l'interpretazione può dirsi effettivamente tradotta in significato giuridico solo quando la posizione presa sia sostenuta attraverso un atto di impegno personale: «la creazione di significato giuridico implica pertanto un impegno soggettivo verso una comprensione oggettivata di una richiesta».

Dunque, applicando la lettura di Cover alla materia oggetto di indagine in questa sede, si può utilmente mettere in risalto come le narrazioni, che hanno accompagnato la definizione dell'incapacità e della disabilità, richiamate e valorizzate dall'analisi storica e di genere, siano in grado, da un lato, di offrire una spiegazione più profonda delle potenzialità trasformative latenti in diversi contesti istituzionali e sociali; dall'altro, di chiarire come la costruzione del significato normativo si sia espressa anche nelle apologie del potere e del privilegio, o, per converso, nella considerazione critica delle giustificazioni delle norme giuridiche, e sia stata attuata grazie ad un coordinato complesso di dispositivi, fino a fare del diritto stesso una riserva di senso idonea a permettere un'ampia gamma di azioni, dal sottomettere, al pervertire, al prendersi gioco, all'umiliare, all'onorare.

Il dibattito internazionale è stato, inoltre e da ultimo arricchito dalle voci che hanno richiesto come urgente la riqualificazione e la riconcettualizzazione della “questione disabilità” alla stregua dei principi espressi in materia di protezione dei diritti umani¹², promuovendo l'azione combinata di istituzioni non governative nella definizione di standard uniformi di regolazione. Su questo terreno un primo decisivo approdo è rappresentato dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità promulgata dall'ONU nel 2007 che, richiamando espressamente i principi fondamentali della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, pone all'art. 3 i principi entro cui deve essere ripensata la normazione della disabilità, ossia: il rispetto della persona nelle sue scelte di autodeterminazione; la non discriminazione; l'integrazione sociale; l'accettazione delle

complessi che unitariamente stabiliscono il canone dell'obbedienza e dell'acquiescenza, della contraddizione e della resistenza. Dall'altro, il pensare il diritto come un sistema di tensioni tra una determinata considerazione della realtà ed una concezione alternativa, un processo teso tra visione e realtà, per cui “il diritto dona alle visioni una profondità di campo, esponendo una parte di esse alla luce delle richieste immediate e pressanti, mentre l'altra parte viene respinta sotto l'ombra del millennio” (*ibidem*, p. 23). La correlazione tra i due poli del discorso porta Cover a qualificare l'impegno che determina la produzione di significato normativo come la comprensione della norma nella realtà attraverso tutti i mondi possibili secondo la visione teleologica che l'interpretazione prevede (*ibidem*, pp. 65-66).

¹² Per un'interessante ricognizione delle questioni aperte e delle proposte soluzioni, S.S. HERR, L.O. GOSTIN, H. HONGJU KOH, *The Human Rights of Persons with intellectual disabilities*, Oxford University Press, Oxford, 2003; tra le numerose pubblicazioni sul tema si segnalano G. QUINN, T. DEGENER, *Human Rights and Disability. The current use and future potential of United Nations Human Rights instruments in the context of disability*, United Nations Publications, 2002; G. ALBRECHT, K.D. SEELMA, M. BURY, *Handbook of Disability Studies*, Sage Publications, London, 2001; M. ASHLEY STEIN, *Disability Human Rights*, in *Cardozo Law Review*, 2007, 95, p. 75; R. HURST, *The International Disability Rights Movements and the ICF*, in *Disability and Rehabilitation*, 2003, 25, p. 572; M.L. PERLIN, *International Human Rights and Comparative Disability Law: The Role of Institutional Psychiatry in the suppression of Political Dissent*, in *Isr. Law Review*, 2006, 39, p. 69; P. FUNK, *Disability Rights: From Castle to Class in the Context of Civil Rights*, in A. GARTNER, T. JOE (eds.), *Images of the Disabled, Disabling Images*, Praeger, New York, 1986, p. 7.



condizioni di diversità della persona disabile; il rispetto delle pari opportunità e dell'uguaglianza tra uomini e donne; l'accessibilità; il rispetto dello sviluppo dei bambini disabili.¹³

Gli argomenti fino a questo punto discussi suggeriscono come la comparazione tra diverse esperienze normative, supportata da un approccio più propriamente interdisciplinare, sia funzionale al conseguimento di diversi obiettivi scientifici e pratici, ed in dettaglio:

a) alla comprensione dei modi plurali di costruzione di una *percezione culturale* della disabilità, dell'infermità e della devianza rispetto a modelli assunti e presentati come 'canone di normalità', rivelando come i differenti universi normativi espressi dai diversi sistemi si sostanzino di molteplici *strategie discorsive* (legale, medica e letteraria);

b) alla individuazione dei *rapporti tra terminologia giuridica* (e conseguenti operazioni definitorie e classificatorie) e *potere*, evidenziando come essi prendano corpo in diversi contesti¹⁴ e specificando i processi di mediazione o di negoziazione che possono essere attivati dai (o, a seconda dell'intensità, residuare ai) soggetti portatori di disabilità/infermità per concorrere alla creazione del significato giuridico e culturale dei concetti stessi di disabilità/infermità¹⁵;

¹³ In proposito J. KUMPUVUORI, M. SCHEININ (eds.), *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Multidisciplinary Perspectives*, United Nations Publications, 2009; R. KAYESS, P. FRECH, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 1; A.S. KANTER, *The Promise and Challenge of The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Syracuse J. Int'l Law & Com.*, 2006-2007, 34, p. 287; A. LAWSON, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn*, in *Syracuse J. Int'l Law & Com.*, 2006-2007, 34, p. 363; V. TORRES HERNANDEZ, *Making Good on the Promise of International Law: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Inclusive Education in China and India*, in *Pac. Rim. L. & Pol'y J.*, 2008, 17, p. 497; HE ZHI PENG, *On Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Reflection on the Mechanism of International Human Rights*, in *Northern Legal Science*, 2008; T. J. MELISH, *The United Nations Disability Convention: Historic Process, Strong Prospect and Why the US should Ratify*, in *Human Rights Brief*, 2007, 14, p. 1.

¹⁴ Una chiara distinzione tra denominazione, definizione e classificazione proprio rispetto alle ipotesi di infermità mentale, oltre che una acuta lettura dei fini cui ciascuna attività è preposta si trova in R. LUCKASSON, A. REEVE, *Naming, Defining and Classifying*, in *Mental Retardation*, 2001, 39, pp. 47-52, laddove si precisa: "Naming refers to assigning a specific term to something or someone. Naming probably reflects a basic human desire to create order in the world. In order for a name to function in communication and to carry meaning, the name must be commonly accepted as the assigned term. Defining refers to precisely explaining a name or a term. The term must be outlined clearly and differentiated from other terms. The purpose of defining is to establish the meaning and boundaries of a term. Classifying refers to dividing into groups what has been included within the boundaries of a name or a term. In classifying one creates subgroups or clusters within the defined group, according to some established criteria".

¹⁵ Si è notato che "In their struggle not to be called retarded, they are often powerless. In the politics of reality, their competing view of retardation is not treated seriously, not in their own lives, not in the literature on retardation, and not in the way we think about these issues"; R.C. BOGDAN, *What does it mean when a person says "I am not retarded"?*, in *Education and Training of the Mentally Retarded*, 1980, 15, p. 76.



c) alla *articolazione delle diverse comunità giusgenerative* responsabili della produzione di pratiche interne di regolazione; alla analisi dei modi in cui il significato normativo espresso da ciascuna di esse possa influenzare (e su quali basi) altri gruppi ed istituzioni; alla specifica considerazione che deve essere riservata alle *giurisdizioni* come spazi storici di dislocazione dei principii di esclusione (e quindi di discriminazione) e di inclusione (e quindi di uguaglianza);

d) alla ricognizione dei *diversi dispositivi di protezione* introdotti nonché alle *plurali figure tutelari* ed ai rapporti che tra i primi e le seconde vengono riconosciuti nelle diverse esperienze;

e) alla relazione tra *ipotesi rigide di incapacità legale*, espressione di un dato portato storico delle culture giuridiche nazionali, e *previsione di differenti misure di protezione flessibili*, frutto di un rinnovato modo di intendere disabilità ed infermità, che, abbandonata la visione patrimonialistica dell'istituto, superata l'equazione tra malattia ed incapacità propugnata dal modello medico, giunge a porre al centro della tutela giuridica la personalità dell'individuo;

f) alle *tecniche* specificamente utilizzate nei diversi contesti nazionali *per riformare* il dato normativo in accordo con gli sviluppi di teoria generale.

Queste considerazioni giustificano la scelta delle esperienze giuridiche trattate nei paragrafi successivi, considerando ciascuna di esse come portatrice di una data e differenziata percezione culturale della disabilità ed in specie di quella specifica forma di infermità che si collega a psicopatologie mentali.

2. La disciplina inglese relativa alla tutela ed al trattamento dei soggetti disabili, ed in specie affetti da psicopatologie mentali, risulta stratificata nel tempo, promanante da diverse fonti ed amministrata da distinte giurisdizioni.

Le origini della *guardianship* possono essere rinvenute nel *De Prerogativa Regis*, uno *statute* risalente al regno di Edoardo II, che attribuiva al Sovrano il dovere fiduciario di custodia sulle sostanze di chi avesse perso temporaneamente il controllo delle proprie facoltà mentali¹⁶, ovvero di chi fosse incapace dalla nascita, così da porre in questione il

¹⁶ In particolare lo Statute al cap. 10 espressamente prevede "The King shall provide, when any, that beforetime hath had his wit and memory happen to fail of his wit, as there are many [*per lucida intervalla*], that their lands and tenements shall be safely kept without waste and destruction, and that they and their household shall live and be maintained competently with the profits of the same, and the residue besides their sustentation shall kept to their use, to be delivered unto them when they come to right mind, so that such lands and tenements shall in no wise be alienated, and the King shall take nothing in his own use"; per una analisi ricostruttiva si vedano KEELY, T.S.C., *One Hundred Years of Lunacy Administration*, in 8 *The Cambridge Law Journal*, 1944, pp. 195-200, ove si specifica che "The history of lunacy administration can be traced back with reasonable certainty to 1339, the assumed date of the Statute de Prerogativa Regis, which limited the King's jurisdiction (already existing) over the estates of idiots or natural fools, whose profits he was to take, but for whom he was to find necessaries"; SALLYANNE PAYTON, *The Concept of the Person in the Parens Patriae Jurisdiction over Previously Competent Persons*, in 17 *Journal Medicine and Philosophy*, 1992, p. 605 ss..



rapporto tra diritti di cui il Re era titolare quale signore feudale¹⁷ e limitazioni concrete all'esercizio della sovranità. Questa notazione è di particolare interesse ai fini comparatistici, anche in considerazione di quanto già rilevato nel paragrafo introduttivo, nella misura in cui la qualificazione giuridica dei rimedi posti a salvaguardia del soggetto disabile od incapace diviene espressione del modo concreto in cui si è inteso articolare storicamente il rapporto tra Legge e Potere. Non a caso le radici della regolamentazione inglese ed i successivi sviluppi in epoca rinascimentale e moderna sono strutturalmente interrelati alla consistenza ed alla possibilità effettiva di esercizio delle prerogative regie, da intendersi come complesso di immunità, poteri (fino alla massima esternazione che si ha in poteri di decisione affrancati da ogni effettivo controllo), privilegi che al contempo costituiscono ed esprimono la sovranità.

La rilevanza dello *Statute* emerge dalla specifica considerazione che esso riceve nei *Commentaries on the Laws of England* di William Blackstone: il celeberrimo giurista cita, infatti, il provvedimento per ben due volte (limitatamente alla materia di nostro interesse), ricollegando alle differenti previsioni contemplate dai capi 9 e 10 la distinzione sostanziale tra la nozione di *idiots* e quella di *lunatics*, la prima indicando i soggetti affetti da una incapacità mentale originaria ed insanabile; la seconda facendo riferimento a quanti avessero temporaneamente perduto l'uso della ragione.¹⁸

¹⁷ Al riguardo occorre ricordare come lo stesso documento contemplasse i diritti del Sovrano in caso di decesso di un *tenant in chief* e ne prevedesse una diversa estensione a seconda l'erede del *tenant* fosse minorenni ovvero maggiorenne.

¹⁸ Entrambi i riferimenti si trovano non a caso nel Libro I (*Book of Person*), Capitolo VIII, che tratta delle entrate del regno, ancora una volta evidenziando come la disciplina delle incapacità possa assumere profili rilevanti nella definizione di pubblici poteri ed interessi. In specie il primo riferimento è al capo 9, laddove Blackstone afferma "An idiot, or natural fool, is one that hath had no understanding from his nativity, and therefore is by law presumed never likely to attain any. For which reason the custody of him and of his lands was formerly vested in the lord of the fee (and therefore still, by special custom, in some manors the lord shall have the ordering of idiot and lunatic copyholders); but by reason of the manifold abuses of this power by subjects, it was at last provided by common consent that it should be given to the king, as the general conservator of his people, in order to prevent the idiot from wasting his estate, and reducing himself and his heirs to poverty and distress. This fiscal prerogative of the king is declared in parliament by statute 17 Edw. II. C. 9. which directs (in affirmance of the common law) that the king shall have ward of the lands of natural fools, taking the profits without waste or destruction, and shall find them necessaries; and after the death of such idiots he shall render the estate to the heirs; in order to prevent such idiots from aliening their lands, and their heirs from being disinherited"; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Book 1, Ch. 8. Il secondo riferimento si trova pochi paragrafi dopo, laddove Blackstone prende in considerazione chi possa essere definito come "*lunatic*", e a costoro poi dichiara applicabile la disciplina dettata dal capo 10 del medesimo Statute "A lunatic, or *non compos sui*, is one who hath had understanding, but by disease, grief, or other accident hath lost the use of his reason. A lunatic is indeed properly one that hath lucid intervals; sometimes enjoying his senses, and sometimes not, and that frequently depending upon the change of the moon [...]. For the law always imagines, that these accidental misfortunes may be removed; and therefore only constitutes the crown a trustee for the unfortunate persons, to protect their property, and to account to them for all profits received, if they recover, or after their decease to their representatives. And therefore it is declared by statute 17 Edw. II. C. 9 [...]", cui segue la citazione della disposizione riportata *supra* nt. 11.



Un altro dato che emerge e che pure è in stretto raccordo con la configurazione della Signoria politica e giuridica, è la definizione di spazi separati in cui i soggetti disabili possano essere collocati e curati.

L'individuazione, la decisione di confini fisici, da un lato, è strumentale alla definizione di che cosa è normalità, in questo divenendo mezzo di estrinsecazione del potere nella costruzione progressiva della 'nuda vita'; dall'altro, e per converso, concorre a marcare la soglia tra giurisdizione e tutela, dis-apprendendo, per via di una eccezione inclusiva, quella medesima vita che già è stata qualificata giuridicamente.

Così è riportato dalle fonti più antiche che un certo Robert Daplan, cappellano, ottenne dal Re licenza per ospitare nella propria abitazione, vicino alla parrocchia di Berking in Londra "the poor priests and the men and women in the sad city who suddenly fall into a frenzy and lose their memory"¹⁹; l'antico priorato dell'ordine religioso di S. Maria di Betlemme fu confiscato nel 1375 da Edoardo III e reso ospizio per i *lunatics*.²⁰

Fin dai primi interventi volti a disciplinare la materia e dalle interpretazioni che di essi sono state offerte, emerge come l'attenzione dei giuristi si focalizzi non tanto sulla definizione (e conseguente de-limitazione) dei pregiudizi fisici o mentali (quali essi siano, di quale tipologia, di quale intensità), che concorrono a definire lo stato di *mental illness*, o comunque di infermità e disabilità²¹, quanto intorno alle implicazioni che detto stato comporta per l'amministrazione del patrimonio del soggetto che ne sia affetto.

Nel giustificare il potere sovrano di custodia su *idiots* e *lunatics* (e soprattutto sui loro beni) si incontrano, fin dalla letteratura rinascimentale, differenti posizioni. Così Frowyk e Spelman ritengono che tali poteri trovino fondamento nell'incapacità di tali soggetti di adempiere il dovere di difendere il regno; conseguentemente solo il Sovrano, in quanto tale, potrà provvedervi in loro vece.²² Fitzherbert introduce un argomento paternalistico nella

¹⁹ Se ne trova menzione in W. DUGDALE, *Monasticon Anglicanum*, typis Richardi Hodginsonne, Londini, 1655-1673.

²⁰ K. JONES, *A history of the mental health services*, Routledge and Kegan Paul, London, 1972; J. ANDREWS, *The history of Bethlem*, Routledge, London, 1997.

²¹ Infatti di norma i common lawyers sogliono riferire l'*insanity* ad una alterazione generica e non diversamente specificata delle memoria (a quelli che noi oggi definiremmo, in generale, disturbi mnestici): *idiots* e *lunatics* sono individui di *non sanae memoriae*, con la specificazione che i *lunatics* possono tornare a *bon memory*. Parimenti non univoco è il test che viene effettuato per comprendere se un determinato soggetto sia o meno affetto da *insanity*. In via esemplificativa Anthony Fitzherbert specifica che "the who shall be said to be a sot and an idiot from his birth, is such a person who cannot account or number twenty pence, nor can tell who was his father or mother, nor how old he is etc., so as it may appear he hath no understanding of reason what shall be for his profit, or what for his loss; but if he hath such understanding, that he know and understand his letters, and read by teaching or information of another man, then it seemeth that he is not a sot or a natural idiot"; A. FITZHERBERT, *The New Natura Brevium of the Most Reverend Judge Mr. Anthony Fitzherbert*, 9 ed., London, 1794, f. 233. John Rastell aggiunge, che per valutare la sanità mentale di un individuo, occorre verificare anche "the ability to measure an ell of cloth or to name the days of the week, together with the ability to beget a child, or such like"; J. RASTELL, *Termes de la Ley*, London, 1671, 419.

²² In specie Frowyk afferma che "because they do not have reason to govern themselves and also they are not able to do service to defend the realm, and because of this it is reasonable that the king himself, in



misura in cui *wardship* e *guardianship* sarebbero estrinsecazioni del dovere del Re di provvedere alla cura e difesa del regno non tanto come entità astratta, quanto come entità concreta, sostanziata dall'insieme fisico dei suoi sudditi.²³ Staunford, nel far sua questa posizione, contribuisce ad avvalorarla con ulteriori ed ancor più pregnanti considerazioni.²⁴

Evidentemente, in questo modo, inizia a profilarsi un effettivo slittamento dalla preminenza del diritto sovrano sulle terre del regno e sui corpi dei sudditi alla centralità dell'obbligazione di protezione e difesa che grava sul Re ed al contempo è manifestazione e limitazione dei suoi poteri.

Le prime notizie che si hanno in ordine alla procedura attivata per stabilire se un soggetto dovesse considerarsi *idiot* o *lunatic*, ci riportano a quel peculiare dualismo che definisce in modo autonomo gli sviluppi storici dell'esperienza inglese e che viene incarnato dal Re e dal Cancelliere. Da un lato, si riporta che il Re poteva ingiungere ad una commissione speciale di ricercare²⁵, nelle terre del regno, chi potesse essere considerato affetto da *insanity*; la procedura di accertamento era di tipo inquisitorio ed il Cancelliere poteva intervenire ogniqualevolta si nutrisse il sospetto di intimidazione o collusione dei giurati.²⁶ Dall'altro, si attesta che il Re delegò al Cancelliere il potere di nominare la commissione per accertare lo stato di salute mentale di un determinato soggetto, sulla base di petizioni o informazioni assunte ed attraverso lo strumento procedurale del *writ de idiota inquirendo*.²⁷

whom is all the defense of the realm, shall have the wardship of their lands"; T. FROWYK, Cambridge University Library (CUL), MS Hh 2.1 f. 17.

²³ Così Fitzherbert sostiene "the king, by the law of right, is to defend his subjects, their goods and chattels, lands and tenements; and therefore in the law every loyal subject is taken into the king's protection [...]; and because every man is within the king's protection, an idiot, who cannot defend or govern himself, nor order his land, tenements, good or chattels, the king of right ought to have in his custody"; A. FITZHERBERT, *op. cit.*, 232.

²⁴ In particolare Staunford giunge a sostenere che "of such as cannot gouerne them soules nor order their landes and tenements hys grace (as a father) must take vppon hym to prouyde for them, that they them selues and their thinges maye bee preserues"; W. STAUNFORD, *An Exposition of the Kings Prerogative, collected out of the great Abridgement of Iustice Fitzherbert, and other olde Writers of the Lawes of Englande, by the right Worshipfull Sir William Staunford Knight, lately one of the Iustices of the Queenes Maiesties Court of Common Pleas*, London, 1567, f. 37.

²⁵ La ricerca poteva essere specificamente orientata a questo fine, sulla base di informazioni precedentemente assunte, ovvero compiersi nell'ambito di inchieste di più ampio rilievo (volte, per esempio ad accertare: *concealed lands, alienation without licence, goods of felons and fugitives*).

²⁶ Così chi fosse stato giudicato *idiot* poteva rivolgersi al Cancelliere mediante l'apposito *writ de idiota sua inquirenda*: se il Cancelliere accertava la sanità mentale dell'individuo, l'intera procedura veniva invalidata e l'interessato poteva recuperare le terre di cui fosse già stato spogliato in base alla precedente pronuncia. In tal senso si trovano casi in T. FROWYK, *op. cit.*, f. 16v ed in J. PORT, British Library (BL) MS Hargrave 87, f. 168v.

²⁷ Così ci riporta Blackstone "By the old common law there is a writ *de idiota inquirendo*, to enquire whether a man be an idiot or not: which must be tried by a jury of twelve men"; ed ancora "The method of proving a person *non compos* is very similar to that of proving him an idiot. The Lord Chancellor, to whom, by special authority from the king, the custody of idiots and lunatics is intrusted, upon petition or information,



La storia della regolamentazione inglese in materia di *idiots* e *lunatics* è segnata dal susseguirsi di numerosi provvedimenti e dalla articolazione di separate giurisdizioni. In questa sede si darà conto dei più significativi sviluppi, fino ai più recenti.

In epoca Tudor²⁸ numerosi sono gli interventi: Enrico VIII istituisce la Court of King's Wards and Liveries cui delega il potere di esercitare le *royal prerogatives* sui soggetti in questione²⁹; Elisabetta I affianca agli *statutes* in essere un diverso tipo di regolamentazione, volta a garantire interventi caritativi a favore di quei soggetti che, a causa della propria infermità, versassero in stato di indigenza.³⁰ In epoca Stuart le attribuzioni in

grants a commission in nature of the *writ de idiota inquirendo*, to enquire into the party's state of mind" W. BLACKSTONE, *op.cit.*, Book I, Ch. XVIII.

²⁸ Per una articolata ricostruzione storica del modo di intendere incapacità ed infermità, V. SKULTANS, *English Madness. Ideas on Insanity 1580-1890*, Routledge, London, 1979, ove molto efficacemente si sottolinea quella specifica comprensione della infermità che portò a provvedimenti restrittivi e penalizzanti "insanity is seen as part of a gothic landscape of doom and terror, synonymous with bestiality – it forms a configuration of which confinement is a necessary part", *ivi*, p. 17. In specie, per quanto riguarda il periodo elisabettiano, si sottolinea come le diverse fenomenologie patologiche delle affezioni psichiche e mentali vengano ricondotte al generico concetto di *melancholy* (si veda l'importanza del trattato di Robert Burton, *The Anatomy of Melancholy*) e come – dato assai interessante in considerazione delle concezioni che supportano la costruzione del sistema inglese sia da un punto di vista filosofico che giuridico – gli argomenti scientifici siano correlati a considerazioni teologiche. Così, nel suo *Treatise of Melancholy*, Timothy Bright poteva scrivere "Although no man is by nature freed from this affliction in so much as all men are sinners and being culpable of the breach of God's laws, incur the punishment of condemnations yet is the melancholicke person more than any subject thereunto" (pp. 198-199). Ben presto il termine *melancholy* diviene ambiguo, potenzialmente idoneo ad esprimere due stati contrapposti: l'uno, negativo, come descritto, si riporterebbe alle teorie umorali presocratiche (Empedocle, riprendendo Anassimene di Mileto, individua gli elementi immutabili costitutivi della realtà – fuoco, acqua, terra, aria. Ippocrate riferisce questa teoria alla natura umana, individuando quattro umori di base – bile nera, bile gialla, flegma e sangue – cui corrisponderebbero quattro distinti temperamenti – flemmatico, melanconico, collerico, sanguigno. La teoria risponde al tentativo di fornire una spiegazione eziologica dell'insorgenza di patologie, nella misura in cui, in caso di equilibrio – eucrasia – tra i diversi elementi, si avrebbe un corretto funzionamento dell'organismo, mentre, in caso di prevalenza dell'uno sugli altri – discrasia -, si darebbe causa all'insorgenza di definite patologie); l'altro, positivo, si ricollegerebbe alla tradizione aristotelica che associa il termine all'ispirazione poetica.

²⁹ Nella misura in cui la Corte garantiva la tenuta del sistema feudale di successione nella titolarità delle terre. La sua istituzione si deve a due *Statutes* rispettivamente del 1540 (32 Henry VIII c. 46) e del 1542 (33 Henry VIII c. 22).

³⁰ Si pensi al *Poor Law Act* del 1598, cui fece seguito il *Poor Law Act* del 1601 che rimase in vigore fino al 1834. Una vera e propria classificazione dei soggetti bisognosi era già stata introdotta dal *Poor Law Act* del 1563 ove si faceva distinzione tra *deserving poor* (giovani, anziani e malati cui veniva attribuito un '*outdoor relief*', ossia generi di sussistenza consistenti in vestiti, cibo, denaro); *deserving unemployed* (coloro che pur avendo capacità lavorativa, non riuscivano a trovare una collocazione; a costoro veniva attribuito un '*indoor relief*', ossia venivano introdotti in *almshouses, orphanages, workhouses, hospitals*), *undeserving poor* (chi avesse commesso reati unitamente ai mendicanti, che venivano sottoposti a pene e sanzioni proprio nella misura in cui dovevano essere considerati *undeserving*).



materia tornano ad essere affidate al Lord Cancelliere, dopo la soppressione della Court of King's Wards and Liveries nel 1660.³¹

La legislazione successiva è contrassegnata da interventi repressivi e finalizzati ad introdurre vere e proprie forme di detenzione privata di chi fosse considerato, a torto o a ragione, affetto da disturbi mentali.³² Il primo significativo intervento in questa direzione si ha con il *Madhouses Act* del 1774³³ (14 Geo. III c. 49), i cui effetti vennero prorogati a mezzo dei successivi *Madhouse Continuation Act* del 1779 e *Madhouse Law Perpetuation Act* del 1786, così che il provvedimento rimase in vigore fino a che non venne abrogato dal *Madhouses Act* del 1828. Accanto alle case private di accoglienza sorgono appositi istituti pubblici, dove gli infermi possano ricevere anche opportuni trattamenti. In questa duplice direzione gli interventi si moltiplicano: al riguardo si possono annoverare il *County Asylums Act* del 1808 e del 1828; il *Madhouses Act* del 1828 e del 1832.

Particolare rilievo assume il *Lunacy Act* del 1845³⁴, che, con il coevo *County Asylums Act*, definisce il *framework* del 'mental health law' in Inghilterra e Galles dal 1845 al 1890 e suggella una significativa modificazione del modo di intendere le patologie mentali in termini sociali, così da comprenderne e gestirne (anche) le ripercussioni economiche.³⁵ Il

³¹ Dopo l'abolizione delle *feudal tenures* ad opera del Long Parliament nel 1645, evidentemente l'istituzione non aveva più alcuna funzionalità. Essa fu soppressa proprio dal *Tenures Abolition Act (An Act for taking away the Court of Wards and Liveries, and tenures in capite, and by knights-service, and purveyance, and for setting a revenue upon his Majesty in lieu thereof)* del 1660.

³² Per notazioni in proposito, C. UNSWORTH, *Mental Disorder and the Tutelary Relationship: From Pre- to Post-Carveral Order*, in *Journal of Law and Society*, 18, p. 254. Qui si giustifica l'istituzione delle madhouses sulla base del potere generico riconosciuto in common law di "confine a person disordered in mind, who seems disposed to do mischief to himself, or to another person", *ibidem*, p. 259. Questo provvedimento legislativo può essere considerato come il naturale sviluppo del *Vagrancy Act* del 1744 che introduceva una forma di controllo effettivo su quanti, malati o indigenti, potessero rappresentare un pericolo per la collettività. La section n. 20 del *Vagrancy Act* si esprimeva in questo senso "there are sometimes persons, who by Lunacy, or otherwise, are furiously mad or are so far disordered in their sense that they may be dangerous to be permitted to go abroad".

³³ Le c.d. *madhouses*, definite anche '*insane asylums*', erano case private in cui poter offrire accoglienza agli infermi. Il provvedimento è così motivato "Whereas many great and dangerous abuses arose from the present state of houses kept for the reception of lunatics, for want of regulations with respect to the persons keeping such houses, the admission of patients into them and the visitation by proper persons of the said houses and patients: and whereas the law, as it now stands, is insufficient for preventing or discovering such abuses [...] after 20.11.1774, anyone in England or Wales who shall upon any pretence whatsoever, conceal, harbour, entertain, or confine, in any house or place, kept for the reception of lunatics, more than one lunatic at any time without a licence for that purpose was for every such offence to forfeit and pay £ 500".

³⁴ Il più decisivo intervento che porta all'adozione del *Lunacy Act* si deve a Lord Shaftesbury, promotore del *Lunacy Reform Movement*. Per ulteriori considerazioni, P. NELSON, *A history of mental health nursing*, Atheneum Press Ltd, London, 1993; K. JONES, *Mental Health and Social Policy 1845-1959*, Routledge, London, 2003; K. JONES, *Lunacy, Law and Conscience 1744 – 1845*, Routledge, London, 2003; J. MELLING, B. FORSYTHE, *The Politics of Madness. The state, insanity and society in England, 1845 – 1914*, Routledge, London, 2006.

³⁵ Come si è correttamente evidenziato, "removing the pauper insane from the community into institutions had practical utility in freeing others in their families from caring for them and thus allowing them to work. It also underlined the values of bourgeois society where rationality came to be identified with work



provvedimento stabilisce come e a quali condizioni chi sia affetto da patologie mentali appositamente certificate debba trovare accoglienza presso appositi istituti di trattamento e cura ed istituisce un corpo pubblico, quello dei *Commissioners in Lunacy* con il compito di presiedere al controllo dei centri così costituiti.³⁶

Il Novecento è scandito da successivi *Mental Health Acts*: dal *Mental Treatment Act* del 1930 al *Mental Health Act* del 1959 fino a giungere al *Mental Health Act* del 1983.

Quest'ultimo introduce due distinte figure per la protezione dell'incapace: il *guardian*, con funzione di cura del soggetto; il *receiver*, con funzioni di gestione ed amministrazione delle sostanze patrimoniali dell'interessato, entrambi nominati dalla *Court of Protection*.³⁷

Il dato più significativo, ai fini di una analisi comparatistica, è la previsione di un articolato sistema di rappresentanza volontaria, che attribuisce posizione di centralità al valore dell'autodeterminazione. Il complesso di disposizioni che regolano la materia si evince da una serie di provvedimenti tra loro coordinati: l'*Enduring Powers of Attorney Act* del 1985, le *Court of Protection (Enduring Powers of Attorney) Rules* del 1986, le *Enduring Powers of Attorney (Prescribed Forms) Regulations* del 1990.

In particolare l'*Enduring Powers of Attorney Act* del 1985 attribuisce all'individuo la facoltà di predisporre, in completa autonomia, un regime di protezione per il caso in cui divenga in futuro incapace, conferendo una procura (sinteticamente definita *EPA*) *durable*, ossia (appunto) in grado di perdurare anche in caso di sopravvenuta incapacità psichica. L'autonomia si esplica tanto nella scelta del soggetto cui attribuire poteri rappresentativi, quanto nella determinazione dell'oggetto del mandato, che pertanto potrà essere speciale o generale, ed in entrambe le ipotesi sottoponibile a condizioni e restrizioni.³⁸ È importante

and irrationality with idleness and poverty"; K. DOERNER, *Introduction*, in *Madmen and the Bourgeoisie*, Basil Blackwell, Oxford, 1981. Nello stesso senso A. DIGBY, *Madness, Morality and Medicine: A study of the York Retreat*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, che richiama l'avvento di una diversa "pubblica consapevolezza".

³⁶ Per notazioni brillanti sulla legislazione di epoca vittoriana, specie per segnalare le intrinseche aberrazioni, si rinvia all'analisi di Ian Ward, I. WARD, *op. cit.*, nt. 6. Ulteriormente si vedano A. SCULL, *The Most Solitary of Afflictions: Madness and Society in Britain 1700-1900*, Yale University Press, New Haven CT, 1993; A. SUZUKI, *Madness at home: The Psychiatrist, the Patient and the Family in England 1820-1860*, University of California Press, Berkeley, 2006.

³⁷ L'organo giurisdizionale in allora era parte dell'*Office of the Public Guardian*; dopo la riforma introdotta con il *Mental Capacity Act* del 2005 *Court of Protection e Public Guardian* debbono considerarsi istituzioni separate ed indipendenti.

³⁸ Salve le cautele formali introdotte dalla *section 2* che tendono a garantire la consapevolezza degli effetti negoziali. Ivi infatti si stabilisce che il Lord Cancelliere può emanare disposizioni in ordine alla forma della EPA e del suo contenuto, per quanto riguarda: a) l'inserimento nel testo di congrue informazioni che chiarifichino gli effetti del negozio posto in essere; b) l'inserimento nel testo di dichiarazioni del rappresentato che affermino sia la sua volontà di conservare l'efficacia della procura nonostante la sua sopraggiunta incapacità, sia la avvenuta lettura delle informazioni che spiegano gli effetti della procura; c) l'inserimento nel testo di dichiarazioni del rappresentato che affermino la sua consapevolezza dell'obbligo di registrazione della procura.



sottolineare come l'istituto non si estenda alla persona del rappresentato (l'oggetto del medesimo è meramente patrimoniale) e non siano previste specifiche verifiche dello stato di capacità o incapacità del mandante.

La EPA diviene efficace con la registrazione giudiziale³⁹, che, da un lato, la rende irrevocabile, ed irrinunciabile (tranne ove ricorrano le specifiche eccezioni contemplate); dall'altro, impedisce al rappresentato la modificazione del contenuto oggettivo del mandato medesimo, precludendo ogni rideterminazione dei poteri rappresentativi (nel senso di restringerli od estenderli rispetto alle originarie previsioni).

Il sistema introdotto è tale, comunque, da garantire un effettivo controllo espletato in sede giudiziale, che si esprime nel potere della Corte di impartire istruzioni in merito alla gestione patrimoniale; di procedere alla verifica del rendiconto e del compenso del mandatario; di dirimere ogni questione concernente l'interpretazione della procura; di richiedere al mandatario informazioni o documenti, ovvero di rilasciare autorizzazioni che il procuratore avrebbe dovuto richiedere se il rappresentante fosse stato capace di agire. Il potere della Corte può esplicarsi financo nella revoca della procura nei casi espressamente contemplati che includono una pregressa e valida revoca del rappresentato, la riacquisita capacità di costui, l'aver reputato il procuratore *unsuitable*, ossia inadatto all'espletamento del proprio ufficio.

Il *Mental Capacity Act* del 2005 è intervenuto a modificare il regime dell'EPA, prevedendo che, a far tempo dalla propria entrata in vigore (1 ottobre 2007), i mandati rilasciabili dai soggetti interessati (*donors*) a rappresentanti (*donees / attorneys*) non saranno più configurati come EPA, ma come *Lasting Power of Attorney* (LPA). La più incisiva modificazione riguarda proprio l'estensione del contenuto oggettivo della procura, non più limitato alle questioni patrimoniali, ma esteso alle decisioni che concernono la cura personale (ivi compresa la scelta di trattamenti medici) del soggetto interessato, così da distinguere tra *property and affairs LPAs* e *personal welfare LPAs*.⁴⁰ La section n. 2 del *Mental*

³⁹ Peraltro, prima della registrazione della procura, ove abbia ragione di ritenere che il soggetto in questione, conferente la procura, sia o stia divenendo mentalmente incapace, ed ove la misura sia reputata necessaria, la Corte può adottare i provvedimenti previsti dalla section n. 8 per il tempo successivo alla registrazione.

⁴⁰ Con l'ulteriore precisazione che mentre i *property and affairs LPAs* possono essere utilizzati anche quando il soggetto interessato sia ancora capace (salvo in essi non sia diversamente previsto), i *personal welfare LPAs* possono essere impiegati solo quando l'interessato non sia più in grado di assumere decisioni in ordine alla propria salute e cura. I *property and affairs LPAs* attribuiscono all'attorney il potere di compiere diverse operazioni a carattere patrimoniale (*buying, selling, mortgaging of property, or dealing with the donors' tax affairs, or claiming benefits on behalf of the donor*), ma specifiche limitazioni sono previste per le donazioni di denaro e proprietà di cui sia titolare il soggetto mandante e per la predisposizione del testamento del soggetto interessato (nella misura in cui il *Wills Act* del 1837 richiede che il testamento sia sottoscritto personalmente dal testatore o da qualcuno in sua presenza e sulla scorta delle sue determinazioni; in difetto di capacità a testare è la Court of Protection – al cui *will-making jurisdiction* – è stata confermata dalla section 18 del *Mental Capacity Act* del 2005 - che può ordinare la predisposizione di uno *statutory will*). La tecnica normativa utilizzata per definire i poteri conferibili mediante i *personal welfare LPAs* è diversa nella misura in cui assume prioritaria rilevanza la determinazione esplicita degli atti che non possono essere compiuti e delle



Capacity Act introduce altresì la definizione di incapacità rilevante ai fini dell'applicazione delle succitate disposizioni: “*a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter, because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain*”. D'altra parte, se si è stabilito che cosa debba intendersi con il termine di incapacità, non si è poi corredata la definizione con la previsione di un grado specifico di incapacità quale presupposto di applicazione della disciplina in esame.⁴¹ Inoltre si prevede, ai fini della validità di ogni LPA (sia *property and affairs LPA* che *personal welfare LPA*), che il documento sia corredato da un certificato stilato da una terza parte indipendente (c.d. *certificate provider*)⁴² ove si dia atto che il soggetto ha correttamente inteso scopo e funzioni del LPA; che nessuna indebita pressione, o condotta fraudolenta o dolosa è stata impiegata per indurre il soggetto a porre in essere un LPA e che non esiste nessuna altra circostanza che possa deporre in senso contrario alla creazione di un LPA. Il *Mental Capacity Act* prescrive modelli di forma distinti per le due tipologie di LPAs, con la previsione residuale che anche un LPA posto in essere in difetto dei requisiti formali indicati può essere reputato valido dalla Court of Protection ogniqualvolta risulti evidente che il soggetto interessato aveva l'intenzione di conferirlo.

Il nuovo mandato non esiste giuridicamente (e, quindi, a differenza dell'EPA non è solo inefficace) fino a che non sia registrato presso l'Office of the Public Guardian.

determinazioni che non possono essere assunte dall'attorney ed in specie: “decisions relating to life sustaining treatment, unless the LPA expressly authorises this (sec. 8.2); where the donor has made a valid advance decision to refuse the proposed treatment (sec. 8.3.1); consent or refusal of medical treatment for a mental disorder where the donor is detained under the Mental Health Act 1983; decisions about where a donor subject to guardianship under the Mental Health Act 1983 is to reside, nor any other decisions which conflict with those of a guardian”. Inoltre il correlato *Code of Practice* offre linee guida per stabilire quali siano le decisioni rilevanti per il personal welfare del soggetto (a personal welfare LPA might include decisions about: where the donor should live and who they should live with; the donor's day-to-day care, including diet and dress; who the donor may have contact with; consenting to or refusing medical examination and treatment on the donor's behalf; arrangements needed for the donor to be given medical, dental or optical treatment; assessments for and provision of community care services; whether the donor should take part in social activities, leisure activities, education or training; the donor's personal correspondence and papers; rights of access to personal information about the donor; complaints about the donor's care and treatment”).

⁴¹ Si ritiene che al riguardo, in sede giudiziale, possa farsi uso dei principii contemplati dal *Mental Capacity Act* 2005: “A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity”; “A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision” (sec. 1, 3-4).

⁴² Ovviamente il provvedimento interviene nello specifico per stabilire chi possa essere certificate provider, individuando al riguardo due diverse tipologie: un “knowledge-based certificate provider”, ossia una parte che abbia conoscenza personale del soggetto interessato ed uno “skill-based certificate provider”, ossia una parte che abbia al riguardo esperienza e competenza professionale (ossia, testualmente: “a registered healthcare professional; a registered social worker, a barrister, solicitor or advocate, an Independent Mental Capacity Advocate, someone who considers they have the relevant professional skills and expertise to be a certificate provider”).



Ove l'interessato intenda conferire due LPA, un *property and affairs* LPA ed un *personal welfare* LPA, può designare due *attorneys* diversi cui attribuire i differenti poteri. D'altra parte è pure possibile designare più *attorneys* per ogni singola tipologia di LPA.⁴³

Ancora di recente è stato adottato il *Mental Health Act* del 2007, che più specificamente ha ridisciplinato il trattamento dei soggetti all'interno di istituti di cura, per adeguare la normativa vigente alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.⁴⁴

L'analisi della regolamentazione che ha contrassegnato l'esperienza inglese porta ad evidenziare come la definizione della soglia che separa capacità ed incapacità, sanità ed infermità abbia concorso a determinare, nella concretezza storica, le reciproche e plurali interrelazioni tra il Politico ed il Giuridico e perciò sia stata oltremodo significativa nella costruzione e nella determinazione della fisionomia dell'intero sistema giuridico.

3. In questo paragrafo si propone un esame comparato del modo in cui il trattamento giuridico dell'infermità e della disabilità (a seconda della terminologia che, nel corso del tempo si è inteso prescegliere) si è storicamente espresso nel sistema francese ed in quello spagnolo.

Come è stato efficacemente messo in luce⁴⁵, se, da un lato, entrambi i sistemi hanno inteso rompere con la tradizione, addivenendo ad una strutturale riforma dei regimi di protezione dell'incapace maggiore di età, tale da investire ogni aspetto della previgente disciplina (presupposti, funzione, organizzazione e principii), dall'altro i successivi interventi di riforma risultano - singolarmente considerati - non perfettamente omologhi o coincidenti, lasciando emergere alcune sensibili divergenze, tali da investire financo il rapporto tra interessi oggetto di tutela e dispositivi di protezione attivati.⁴⁶

Per comprendere le ragioni che giustificano tale affermazione e per verificare se le discipline attualmente vigenti in Francia ed in Spagna, all'esito di una complessa stratificazione di provvedimenti, possa considerarsi maggiormente omogenea (non solo nei principii ispiratori, ma anche nelle regole sostanziali e processuali applicate), è opportuno

⁴³ In tal caso essi debbono essere designati per agire 'jointly' o 'jointly and severally' o 'jointly in respect of some matters and jointly severally in respect of others'.

⁴⁴ Di particolare interesse è la modificazione della definizione di *mental disorder* rispetto a quella già introdotta dal *Mental Health Act* del 1983. Mentre la previgente normativa faceva riferimento a "mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder and any other disorder or disability of mind", il *Mental Health Act* del 2007 ha introdotto il generico riferimento a "any disorder or disability of the mind".

⁴⁵ L'osservazione puntuale ed ampiamente argomentata si deve a Gabriella Autorino Stanzione; G. AUTORINO STAZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, ESI, Napoli, 1990, pp. 96 e ss.

⁴⁶ Nel senso che le due discipline, francese e spagnola, talora paiono proteggere le medesime esigenze ma con strumenti differenti; talora addirittura paiono privilegiare interessi contrastanti; in tal senso G. AUTORINO STAZIONE, *op. ult. cit.*, p. 99.



premettere un'analisi discreta delle vicende che hanno contrassegnato la storia della regolamentazione nei due ordinamenti.

Nell'impianto originario del *Code Napoleon* venivano distinti due regimi in funzione sia delle categorie di soggetti interessati, sia degli effetti giuridici a ciascuno di essi collegati: l'interdizione ed il *Conseil Judiciaire*.⁴⁷ L'interdizione riguardava «*le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur*» (art. 489); il *Conseil Judiciaire* era previsto per le ipotesi di prodigalità (art. 514); l'interdizione comportava l'incapacità generale del soggetto e l'apertura della tutela; il *Conseil Judiciaire* veniva appositamente nominato per consentire al prodigo il compimento di una serie di atti.

La dottrina ulteriormente precisava in via interpretativa i presupposti di applicazione delle norme⁴⁸, e chiaramente ricollegava causalmente l'incapacità giuridica ad una situazione di inferiorità fisica o mentale⁴⁹.

Una prima istanza di riforma dell'originaria disciplina portava, poi, all'emanazione della legge 30 giugno 1838, che recepiva la diversa percezione sociale della follia maturata attraverso lo sviluppo delle teorie psicanalitiche, così da orientarsi verso l'adozione di quello che nel paragrafo introduttivo è stato definito come modello medico di definizione della infermità/disabilità: la follia veniva, infatti, intesa come malattia mentale, come affezione patologica, ed all'internamento manicomiale conseguiva, per automatismo, l'incapacitazione dell'infermo.

La legge rimase in vigore fino al 1968, nonostante l'impianto fosse stato criticato sotto diversi profili, e soprattutto per non consentire affatto una effettiva tutela della libertà individuale nel momento in cui contemplava un trattamento di isolamento terapeutico e confermava l'automatismo del sistema rappresentativo⁵⁰, misure – l'una e l'altra - considerate oramai inopportune, se non perniciose, alla luce dei più recenti studi psichiatrici. Il quadro normativo complessivo che ne risultava appariva fortemente

⁴⁷ L'art. 513 prevedeva: «Il peut être défendu aux prodigues de plaider, transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le Tribunal».

⁴⁸ In particolare Duranton sosteneva che «*L'imbécillité est cette faiblesse d'esprit qui, sans priver entièrement la personne de l'usage de la raison, ne lui laisse toutefois que la faculté de concevoir les idées les plus communes et qui se rapportent presque toujours à ses besoins physiques et à ses habitudes. Cet état est ordinairement permanent. La démence provient, non de la faiblesse des organes, mais de leur dérangement: elle est plus ou moins continue, selon que leurs fonctions sont altérées sous un plus ou moins grand nombre de rapports. La fureur est l'état de démence portée au plus haut degré et provient du dérangement et de la contraction des organes, dont les fonctions discordantes excitent le furieux à des mouvements dangereux pour lui-même et pour les autres. Ordinairement cet état n'est pas continu: les forces vitales suffiraient difficilement pensant longtemps à une existence aussi exagérée*»; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, Alex Gobelet, Paris, 1828, p. 668.

⁴⁹ Fino a definire come non esaustiva, bensì meramente esemplificativa l'elencazione prevista dall'art. 498 cod. civ., nella convinzione che «*tous le cas d'aliénation mentale sont une cause d'interdiction*»; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, I, Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 617.

⁵⁰ Per l'incapace era previsto l'*asile* e la conseguente gestione del patrimonio di cui fosse titolare mediante un amministratore legale, per il caso in cui il malato venisse internato in un ospedale psichiatrico pubblico; ovvero giudiziario, nominato su domanda della famiglia, ove il malato fosse internato in un *établissement* privato.



penalizzante, espressione e formalizzazione estrema degli assunti del positivismo psichiatrico combinati con la rivendicata esigenza di tutela della sicurezza del traffico giuridico. I punti salienti della disciplina, che comportavano una sostanziale stigmatizzazione dell'incapace, un'effettiva *élimination* sia fisica che giuridica del medesimo, tradotta nella qualificazione duplice e sintetica del soggetto in termini di "aliéné-interné", erano rappresentati dalla conservazione dei due regimi di protezione rigidi e predeterminati, così come modellati dalla codificazione ottocentesca (*interdiction* e *conseil judiciaire*); dalla previsione della *nullité de droit* come sanzione civilistica idonea a colpire gli atti posti in essere dall'interdetto, che poteva conseguentemente divenire interlocutore nel mondo e farsi attore nella vita sociale solo per il medio della sostituzione tutoria; dalla previsione di un procedimento giudiziario particolarmente pesante, complesso e costoso (rientrante nella giurisdizione del Tribunale di Grande Istanza) per l'apertura di entrambi i regimi.

La disciplina veniva integralmente rivisitata con l'entrata in vigore della legge 68-5 del 3 gennaio 1968 (c.d. riforma Carbonnier), modificativa delle disposizioni codicistiche ed espressione della decisa volontà di rompere con il passato, di creare una cesura netta rispetto al sistema fino ad allora praticato.⁵¹ Ciò si evince non solo dal contenuto sostanziale delle norme dalla medesima dettate, e dalla sostituzione di istituti giuridici con effetti paralizzanti⁵², ma anche dalla struttura dell'articolato e dalla tecnica normativa prescelta.⁵³ Rilevante è anche la scelta terminologica compiuta, nel momento in cui il legislatore decide di denominare i soggetti in questione non più *incapables majeurs*, ma *majeurs protégé par la loi*, così da attribuire loro nuova dignità sociale.

Ciò che viene ad evidenza è l'intenzione, da un lato, di introdurre sistemi di protezione differenziati e personalizzabili, ossia commisurabili tanto al discernimento, quanto alla attitudine alla cura dei propri interessi da parte del malato⁵⁴; dall'altro, di evitare, ove la situazione concreta lo consenta, la statuizione di qualsivoglia incapacità, privilegiando il ricorso ad altri strumenti giuridici di tutela.⁵⁵ L'attuazione di queste linee direttrici si

⁵¹ Per un commento sulla legge di riforma si vedano anche i contributi di G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 523 ss.; A. VENCHIARUTTI, *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, pp. 1455 ss.; C. EBENE COBELLI, *La riforma in Francia delle leggi sulle persone e sulla famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 430 ss.

⁵² Così nota M.R. Marella; M.R. MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1991, p. 246.

⁵³ Come rilevato da G. Autorino Stanzone; G. AUTORINO STAZIONE, *op. ult.cit.*, p. 100 in relazione al rapporto tra norme di dettaglio e principi generali.

⁵⁴ Ai quali sistemi di protezione è associata una corrispondente limitazione di capacità, onde alla pluralità dei primi è connesso un ventaglio ampio di ipotesi che si snoda dalla capacità totale fino alla incapacità assoluta.

⁵⁵ Come evidentemente è reso palese dal dettato dell'art. 498 cod. civ., secondo cui «Il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle qui devrait être dévolue au conjoint, si, par l'application du régime matrimonial, et notamment par les règles des articles 217 et 219, 1426 et 1429, il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne protégée». Pertanto il regime incapacitante più severo deve essere applicato in via meramente residuale, non potendo essere invocato nel caso in cui un parente prossimo sia in grado di amministrare le



realizza, poi, attraverso l'equilibrata ponderazione dei ruoli attribuibili rispettivamente al Giudice (nella individuazione del regime di tutela), alla famiglia dell'infermo ed al personale medico (curante e specialista nella certificazione della alterazione delle facoltà mentali o fisiche). In specie si prevede la reciproca indipendenza tra trattamento medico sanitario e status giuridico dell'infermo, rinunciando ad una ragione di necessaria determinazione del secondo sulla base del primo⁵⁶ e, se si obbliga il Giudice alla richiesta preventiva del parere del medico curante o specialista in funzione del provvedimento adottando, lo si ritiene, poi, ed in ultima analisi, ad esso non vincolato, così che il già censurato imperialismo medico viene abolito a favore di un principio di mutua collaborazione.⁵⁷

I dispositivi di protezione previsti dalla legge 3 gennaio 1968 (e che soppiantano *interdiction* e *conseil judiciaire*) sono rispettivamente la *tutelle*, la *curatelle* e la *sauvegarde de justice*. Comune presupposto è la condizione di alterazione delle facoltà personali definita dall'art. 490 code civ. attraverso il richiamo all'art. 488, 2° comma code civ.: essa può consistere tanto in una alterazione delle facoltà mentali dovuta a malattia, infermità, senescenza, quanto ad una alterazione delle facoltà fisiche che venga ad incidere sulla libera e consapevole espressione della volontà. Il grado di infermità incide sulla determinazione specifica del trattamento giuridico applicabile caso per caso, precisandone gli effetti.

La vera novità introdotta dall'articolo è rappresentata dalla *sauvegarde de justice*, che, non solo non ha precedenti nella tradizione francese, ma si pone come innovativa anche rispetto alle coeve esperienze straniere.

Qui di seguito vengono evidenziati i tratti salienti della disciplina che, introdotta nel 1968, è stata applicata fino al 2008, prima dell'entrata in vigore della legge di riforma 5 marzo 2007, n. 308, di cui si darà conto al termine della trattazione.

La *sauvegarde de justice* riguarda i soggetti, che per una delle cause contemplate nel succitato art. 490 code civ., presentano una limitata esigenza di protezione: può trattarsi di individui che, pur avendo capacità di discernimento sufficiente a condurre una vita

sostanze dell'inabile, ovvero ogniqualvolta la cura del soggetto sia comunque garantita dalle regole ordinarie di sostituzione tra coniugi, ovvero ancora, quando, in caso di patrimonio modesto, il Giudice ritenga sufficiente la nomina di un *gérant en tutelle* per la mera gestione reddituale.

⁵⁶ L'art. 490-1 code civil, introdotto dalla legge del 1968, prevede, infatti, nei suoi primi due commi, «Les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils. [2] Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical». La disposizione verrà abrogata dalla legge 308/2007 di cui si darà conto più avanti nel corpo del testo. Per contro la legge del 1838 ricollegava al ricovero in ospedale psichiatrico la presunzione di incapacità assoluta dell'*aliéné interné*, ne consegue, come correttamente evidenziato, che in ciò la legge del 1968 riproduceva il modello propugnato dal codice, per cui né l'interdizione, né l'istituzione del *conseil* erano strutturalmente collegate alle modalità concrete e specifiche del trattamento medico; cfr. G.AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, pp. 105-106.

⁵⁷ Il Giudice deve parametrare, caso per caso, decisioni e provvedimenti alle condizioni di salute ed alle necessità terapeutiche dell'infermo; il personale medico è chiamato ad offrire le proprie conoscenze e la propria professionalità per individuare la soluzione preferibile in relazione al bisogno di tutela concretamente verificato ed accertato.



pressoché normale, rischiano di compiere atti pregiudizievoli per i propri interessi, ovvero di persone affette da alterazioni cicliche e di breve durata.

La specificità si coglie nel fatto che detta protezione giuridicamente non si traduce in una incapacità assoluta, ma, al contrario, garantisce l'esercizio dei diritti, salva la possibilità di rescindere per lesione o di sottoporre a riduzione gli atti effettivamente compiuti.

Correttamente, ed in sintesi, la *sauvegarde* è stata definita come un regime di protezione minimale a carattere temporaneo⁵⁸, che lungi dall'incidere *ex ante* in funzione limitativa della capacità d'agire del soggetto, opera *ex post* rendendo costui immune dagli eventuali effetti pregiudizievoli derivanti dagli atti conclusi.

La disciplina del 1968 contempla due procedure di attivazione della misura, l'una giudiziaria, l'altra medica. La prima viene disposta su iniziativa del Giudice tutelare cui sia stata presentata una istanza di tutela o curatela per la durata del procedimento attivato; la seconda trae origine dall'iniziativa del medico curante ogniqualvolta, nell'esercizio della professione, accerti l'esistenza di una patologia rientrante nel campo di applicazione dell'art. 490-1 code civ.⁵⁹

⁵⁸ R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, III, IV ed., Utet, Torino, 1997, p. 763. Specificamente sulla misura della *sauvegarde de justice*, E.V. NAPOLI, *Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 92 ss.

⁵⁹ L'iniziativa del medico curante, a sua volta, deve essere assunta obbligatoriamente nel caso in cui il malato in questione si trovi ricoverato in un istituto di cura pubblico o privato, menzionato in una lista specifica stabilita con *arrêté ministerial* del 12 novembre 1971. Per contro, l'iniziativa del medico può essere discrezionalmente esercitata in ogni altro caso, in via residuale, ed in specie allorché il soggetto sia curato a domicilio. In entrambe le ipotesi la dichiarazione viene comunicata al Procuratore della Repubblica competente affinché sia iscritta in un apposito registro. L'esigenza di tutela e la garanzia che il sottoposto alla misura possa operare nel mondo giuridico hanno portato il legislatore francese a stabilire che l'accesso al registro è consentito unicamente alle persone legittimate a chiedere l'apertura della tutela o della curatela, all'Autorità Giudiziaria, e, solo su richiesta motivata, ad avvocati, notai, uscieri che debbano utilizzare un estratto del medesimo registro nell'esercizio delle loro funzioni (art. 10 legge 3 gennaio 1968), introducendo, così, una forma di limitata pubblicità. In commento alla regolamentazione introdotta si è efficacemente sostenuto che la *sauvegarde de justice* riveste un carattere "quasi confidenziale", nella misura in cui è inibito ai terzi (in assenza di precise determinazioni) l'accesso alle informazioni contenute nel registro (cfr. T. ACHER, *Droit civil, Personnes, Incapacités, Famille*, DEUG Droit 1^{re} année, Paris, 1998, p. 72), o, con efficace espressione, che il regime ha un carattere semi-formale (cfr. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1134). Sui poteri del Procuratore della Repubblica rispetto alla dichiarazione presentata dal medico curante/specialista svolge accurate osservazioni G. Autorino Stanzone, argomentando sul punto se sia ammissibile, per il Procuratore della Repubblica, il rifiuto della registrazione o, financo, la radiazione del medico quale provvedimento sanzionatorio ove l'ammissione alla misura di protezione non possa considerarsi giustificata; ovvero se sia consentito solo un controllo di rispondenza della valutazione del medico rispetto alle effettive condizioni del soggetto, così da lasciare a quest'ultimo il ruolo propulsore in materia; G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 127. La questione non investe soltanto aspetti teorici o di principio, bensì attiva problemi di carattere pratico-operazionale: la definizione e l'articolazione dei poteri tra medico e Procuratore della Repubblica viene significativamente ad incidere sulla natura dell'atto che determina l'ammissione alla *sauvegarde de justice* e, conseguentemente, sul momento di inizio del regime (con ulteriori effetti in ordine alla decorrenza dei termini di impugnativa degli atti posti in essere come si avrà



Come si diceva, la *ratio* originaria dell'istituto è consentire al soggetto la partecipazione alla vita di relazione socio-giuridica, prevedendo una forma di controllo *a posteriori* sulla validità degli atti compiuti, che può concludersi, ove l'atto risulti pregiudizievole, o nell'annullamento dello stesso (rimedio generale contemplato dall'art. 489 code civ. per il caso di mancanza di discernimento sussistente nel momento in cui l'atto è stato posto in essere), ovvero nella rescissione per lesione o nella riduzione (ipotesi specificamente contemplate dall'art. 491-2 code civ., prima della riforma introdotta nel 2007). In particolare la *rescission pour simple lésion* dell'atto può essere pronunciata discrezionalmente dal Giudice sulla base dei parametri oggettivi e soggettivi contemplati dalla norma in questione, ossia la consistenza del patrimonio del maggiorenne protetto, la buona o mala fede della controparte, l'utilità o inutilità dell'operazione.⁶⁰ E' evidente come l'ampio potere di accertamento e di valutazione attribuito al Giudice consente di superare una visione meramente patrimonialistica dell'istituto in questione, per attribuire rilevanza anche al pregiudizio di interessi essenziali del soggetto protetto che pure derivino da contratti sostanzialmente equilibrati dal punto di vista patrimoniale. La lesione può, conseguentemente, essere accertata come presupposto della rescissione del contratto quand'anche non vi sia rilevante sproporzione tra le prestazioni ed i sacrifici patrimoniali: scopo primario è la protezione del disabile anche quando questo compporti sacrificio della posizione del terzo.

Questi principii informano l'intera disciplina, tanto che l'*action en réduction en cas d'excès* può essere esercitata sulla base degli stessi presupposti contemplati per l'azione di rescissione. Il positivo esperimento del rimedio processuale comporta la riduzione dell'operazione compiuta in modo che essa possa essere resa accessibile in considerazione della consistenza patrimoniale dell'incapace.

La legittimazione attiva spetta, oltre che all'interessato, ai soggetti legittimati a chiedere l'apertura della tutela. Ancora unitario è il termine di prescrizione contemplato per entrambe le pretese deducibili in azione (di rescissione e di riduzione): cinque anni dal

modo di precisare). Infatti, sostenere che il Procuratore della Repubblica ha un potere effettivo – fino al rifiuto della registrazione ed alla radiazione del medico che ha assunto l'iniziativa – significa attribuire all'atto di ammissione alla misura di protezione natura di atto complesso, che non si può dire perfetto con la mera dichiarazione del medico, occorrendo l'ulteriore e distinta iscrizione nell'apposito registro, tanto da differire a questo momento (dunque ben oltre l'emissione della dichiarazione del medico) l'effetto costitutivo del regime di *sauvegarde*. La letteratura francese sul punto pare non univocamente orientata, anche se la soluzione sostenuta dalla maggioranza degli Autori propende per una lettura che garantisca al medico effettivo potere di impulso, confermando l'urgenza della protezione. Per il dibattito si vedano G. CHAMPENOIS *Incapables majeurs*, p. 16; J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, p. 495; R SAVATIER, *Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil*, in *Dalloz Sirey*, 1968, *Chron.*, p. 112; J. MASSIP, *Le réforme du droit des incapables mejeurs*, Defrénois, Paris, 1983, p. 91 ss.

⁶⁰ Secondo la disposizione rilevano la “fortune de la personne protégée, la bonne ou mauvaise foi, l'utilité ou l'inutilité de l'opération”.



giorno in cui il soggetto ha avuto conoscenza dell'atto ed è in grado di rifarlo validamente, secondo il disposto dell'art. 1304, 3° comma code civ.⁶¹

Sempre secondo la normativa del 1968, il soggetto sottoposto a *sauvegarde de justice* non solo può compiere atti giuridici personalmente, ma può anche conferire mandato ad altri per l'amministrazione del proprio patrimonio. Sono contemplate due ipotesi: la designazione di un mandatario generale (per la gestione dell'intero patrimonio) o speciale (per il compimento di affari specifici e determinati) può essere antecedente alla costituzione del regime di *sauvegarde*, ovvero ad essa successiva e determinata "proprio in considerazione del periodo di *sauvegarde*", come espressamente previsto dall'originaria formulazione dell'art. 491-3 code civ.⁶² Le questioni giuridiche che si sono poste al riguardo hanno investito la determinazione dei poteri spettanti al mandatario e la possibilità di controllarne il corretto esercizio; l'individuazione di misure suppletive per il caso di sopravvenuta incapacità del mandatario designato; la definizione di rimedi appropriati nell'ipotesi in cui il soggetto ammesso alla *sauvegarde* non abbia provveduto (prima ovvero dopo l'attivazione del regime di protezione) alla designazione di alcun mandatario e sia divenuto incapace alla cura dei propri interessi.

Nella prima direzione la giurisprudenza ha precisato che il mandatario speciale può compiere solo atti di ordinaria amministrazione indispensabili per la gestione del patrimonio e per la cura della persona protetta. L'operato del mandatario è sottoposto al controllo del Giudice che può espletarsi d'ufficio o su impulso di una delle persone legittimate a chiedere l'apertura della tutela e si traduce concretamente nella richiesta di visione dei rendiconti dell'amministrazione ai fini dell'approvazione o di qualsiasi altra informazione relativa alla compiuta gestione.

Le due ulteriori questioni debbono essere trattate congiuntamente. Vengono in considerazione le disposizioni dettate rispettivamente dagli artt. 491-4 e 491-5 code civ., sempre prima della riforma introdotta nel 2007. In particolare l'art. 491-4 code civ. contemplava, al primo comma, un richiamo generale alla gestione di affari "*en l'absence de mandat on suit les règles de la gestion d'affaires*", per poi inserire una misura ulteriore nel disposto del secondo comma, obbligando tutti i soggetti legittimati a richiedere la tutela, nonché il direttore dell'istituto di cura in cui il soggetto si trovasse ricoverato ed il Procuratore della Repubblica a compiere atti conservativi al fine di salvaguardarne il patrimonio, ogniquale volta essi fossero a conoscenza dell'urgenza e della necessità degli stessi ovvero della dichiarazione di *sauvegarde*. L'art. 491-5 code civ. attribuiva quindi al Giudice delle tutele, d'ufficio o su intervento di qualsiasi interessato, il potere di nominare un curatore speciale (*mandataire special*) per il compimento di un atto determinato od una serie di atti

⁶¹ Si commenta che, nella pratica, la decorrenza viene a coincidere con il momento di estinzione della *sauvegarde*; così J. MASSIP, *op. ult. cit.*, p. 106.

⁶² In tal caso il mandato può essere revocato solo previa autorizzazione del Giudice delle tutele.



della medesima natura, purché essi rientrassero nei limiti di quelli che il tutore può compiere senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.⁶³

L'originaria disciplina contemplava, poi, un diverso termine di durata della *sauvegarde de justice* a seconda questa fosse stata disposta per iniziativa del medico curante, ovvero per decisione del Giudice tutelare e rispettivamente il termine di due mesi a far tempo dalla dichiarazione resa dal medico nel primo caso⁶⁴; per tutta la durata dell'*instance* nel secondo, con la precisazione ulteriore che il termine di scadenza dell'*instance* era di un anno.

Le cause di cessazione della *sauvegarde* venivano individuate dall'art. 491-6 code civ. “nella dichiarazione di un medico attestante la cessazione della situazione che aveva dato causa alla attivazione del regime di protezione, così che il soggetto interessato non ha più bisogno di essere tutelato nel compimento degli atti della vita civile; nella perenzione per mancato rinnovo secondo le disposizioni vigenti; nell'estinzione per diritto della *sauvegarde* disposta con sentenza ove non sia seguita l'apertura della *tutelle* nel termine di un anno dalla relativa richiesta; nella cancellazione ordinata dal Procuratore della repubblica ove ritenga ingiustificato il trattamento; nella apertura di una *tutelle* o di una *curatelle*”.

Le altre misure contemplate dall'articolato del 1968 sono, come sopra anticipato, la tutela e la curatela. Anche per esse si offre un resoconto sintetico della disciplina applicata fino al 2008, prima dell'entrata in vigore della legge di riforma, per poi evidenziare, al termine del paragrafo, le innovazioni più significative.

La *tutelle*, nell'impianto originario, è finalizzata ad offrire adeguata protezione a favore di soggetti che presentino la necessità di essere *rappresentati* continuamente (e non solo per un periodo transitorio) negli atti della vita civile. I presupposti necessari per l'applicazione della misura vengono individuati nello stato del proteggendo (alterazione delle facoltà mentali e/o di quelle fisiche, come richiedeva la formulazione dell'art. 492 code civ., richiamando l'art. 490) e nell'accertamento medico di tale stato.

I tratti più significativi della disciplina, che debbono essere evidenziati in questa ricognizione ai fini della comparazione, sono, da un lato, la effettiva duttilità che definisce l'istituto; dall'altro il regime giuridico degli atti compiuti dal maggiorenne sottoposto a *tutelle*.

In primo luogo sono introdotte diverse configurazioni della tutela, così da consentire al Giudice la concreta adattabilità del regime di protezione alle condizioni di vita e di salute, oltre che alla consistenza patrimoniale del proteggendo. E' evidente come questa sia una preoccupazione comune e di fondo che ha orientato il legislatore del 1968 nella scelta

⁶³ La progressiva tendenza dei giudici tutelari ad estendere l'ambito di applicazione di questo istituto, fino a trasformarlo in una sorta di “*tutelle au petit pied*” viene bene messa in luce da G. Autorino Stanzone, con ampi riferimenti ai rilievi critici espressi in dottrina ed alle resistenze della Cassazione; G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile*, cit., p. 538.

⁶⁴ In tale ipotesi la misura poteva essere rinnovata (in via potenzialmente illimitata) per ulteriori sei mesi, ove fosse sorretta da ulteriori certificazioni, con controllo in merito effettuato dal Procuratore della Repubblica.



normativa, garantendo la compiuta protezione della persona attraverso la definizione specifica, caso per caso, delle misure applicate.

In specie, rispetto alla tutela, è possibile individuare diverse forme semplificate accanto alla *tutelle complète*: l'*administration légale*, la *gérance de tutelle*, la *tutelle d'Etat*.

All'*administration légale* (art. 497 code civ.) si può ricorrere ogniqualvolta vi siano persone vicine per parentela o coniugio al soggetto interessato in grado di provvedere all'amministrazione del relativo patrimonio, senza che sia necessario designare un protutore e senza l'intervento additivo del Consiglio di famiglia. La *gérance de tutelle* (art. 499 code civ.) viene applicata quando il maggiorenne proteggendo abbia un patrimonio di modesta entità (anche in questo caso viene nominato un *gérant de la tutelle* senza protutore e senza Consiglio di famiglia). Infine la *tutelle d'Etat* (art. 493 code civ.) viene disposta quando sia rimasta vacante la *tutelle*; in tal caso, infatti, il giudice tutelare la deferisce allo Stato che viene rappresentato dal direttore della *Direction des Affaires Sanitaires et Sociales*.

Queste misure si caratterizzano, dunque, per una maggiore agilità rispetto al regime complesso e pesante della *tutelle complète*, che richiede l'intervento del Consiglio di famiglia, del tutore, del "surrogato" tutore, oltre che del Giudice Tutelare.⁶⁵

Anche rispetto al regime giuridico degli atti posti in essere dal maggiorenne sottoposto a tutela viene ribadita la preoccupazione del legislatore di consentire una personalizzazione della disciplina. Infatti, se l'art. 502 code civ. introduce, in generale, il principio della nullità di diritto degli atti compiuti successivamente alla sentenza di apertura della tutela, l'art. 501 code civ. premette, sia pure in via di eccezione rispetto al successivo principio generale, il riconoscimento di validità, da parte del Giudice Tutelare e su parere del medico curante, per determinati atti che siano pure compiuti personalmente dal maggiorenne, cui viene, in tal modo, garantita una capacità parziale. Gli atti posti in essere prima della sentenza che dispone l'apertura della tutela sono annullabili quando la causa che consente il ricorso alla misura di protezione risulti notoriamente esistente all'epoca del loro compimento.

Infine la *curatelle* (sempre nell'impianto originario) viene prevista per le ipotesi in cui il maggiorenne, a motivo dell'alterazione delle proprie facoltà mentali o fisiche⁶⁶, e nonostante conservi la capacità di agire, abbia bisogno di essere *consigliato o assistito* nel compimento degli atti della vita civile.⁶⁷ La misura può essere disposta anche per tutelare il

⁶⁵ Il Consiglio di Famiglia è organo collegiale presieduto dal Giudice Tutelare e composto da un numero di membri, variabile da quattro a sei, scelti dal Giudice di norma tra i parenti o affini del proteggendo (anche se le disposizioni consentono al Giudice di nominare persone diverse sempre che siano in grado di curare gli interessi del maggiorenne, nonché di designare persone giuridiche). Il tutore viene eletto dal Consiglio di famiglia con parere prevalente del Giudice Tutelare e può essere un parente, un affine, un amico della persona in questione, o anche un estraneo. Il "surrogato" tutore viene scelto dal Consiglio di famiglia tra i propri membri con il compito di sorvegliare sull'operato del tutore e di assisterlo o supplirlo quando necessario.

⁶⁶ Anche in questo caso l'alterazione deve essere comprovata mediante apposito certificato medico.

⁶⁷ Nell'interpretazione che ha offerto la dottrina più autorevole, la *curatelle* può essere disposta sempre che ricorrano due condizioni: che il proteggendo non versi in uno stato di incapacità di agire, ossia che risulti



maggioranne che a causa della sua prodigalità⁶⁸, intemperanza od oziosità⁶⁹, espone sé al rischio di diventare bisognoso, ovvero compromette l'adempimento dei propri obblighi familiari.

Organo della *curatelle* è il Curatore, chiamato ad assistere il maggioranne nel compimento di quegli atti che, in regime di tutela, richiederebbero l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, oltre che degli atti per i quali siano previste come necessarie particolari formalità. L'assistenza del Curatore è altro rispetto alla rappresentanza del tutore: in questo caso il Curatore si limita a manifestare il proprio consenso rispetto all'atto compiuto dal protetto, definendo il proprio intervento e la propria funzione come ausiliari.

D'altra parte, sempre in un'ottica di personalizzazione delle misure di protezione, il Giudice, su parere del medico curante, nel momento di apertura della *curatelle*, o anche in un momento successivo, può sia enumerare atti che il protetto può porre in essere senza l'assistenza del Curatore, in deroga al disposto dell'art. 510 code civ.; sia, al contrario, aggiungere, a quelli già contemplati, altri atti il cui compimento richieda l'intervento del Curatore. Gli atti compiuti senza la necessaria assistenza del curatore sono annullabili su domanda del Curatore medesimo o del protetto (art. 510-1 code civ.). Inoltre, stante il disposto di cui all'art. 510-3 code civ., gli atti posti in essere personalmente dal protetto possono essere oggetto di rescissione e di riduzione, come se si trattasse di soggetto sottoposto a *sauvegarde de justice*.

La materia è stata interessata da un recente intervento di riforma, che si è concretato nella pubblicazione della legge n. 308 del 5 marzo 2007 (entrata in vigore il 1 gennaio 2009), tesa a garantire al massimo la protezione dell'individuo non attraverso una limitazione o privazione della libertà, bensì attraverso l'aiuto sociale. Le misure di protezione sono state mantenute, ma ne è stata modificata la disciplina nella parte in cui ciò si è reso necessario per renderla maggiormente rispondente all'obiettivo indicato. L'intento

– nonostante l'alterazione – in grado di esternare una volontà socialmente comunicabile; che il proteggendo possa essere effettivamente consigliato o controllato, ossia che manifesti una certa recettività psicologica; in tal senso J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, *Les personnes*, XIV ed., Paris, 1994, p. 328. La giurisprudenza richiama il disposto normativo, statuendo che “la sottoposizione al regime della *curatelle*, prevista dagli artt. 490, 2° comma e 508 code civ., esige la verifica da parte dei giudici di merito, da un lato, di una alterazione delle facoltà corporali dell'interessato di natura tale da impedire l'espressione della sua volontà e, dall'altro, della necessità per lo stesso di essere consigliato o assistito negli atti della vita civile”; Cass., 9 mars 1994, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1994, 16° *Cahier-Jurisprudence Rapides*, p. 103.

⁶⁸ Al riguardo la legge del 1968 ha superato, eliminandola, l'antica distinzione tra consumazione dei redditi, che non era sufficiente a giustificare l'apertura della curatela e consumazione dei capitali, che di per sé dava prova della prodigalità del soggetto; V.L. LORVELLEC, *Majeurs protégés. Curatelle*, in *Juris Classeurs Civil* (1983), *sub. Art. 488-514*, fasc. 25, p. 7.

⁶⁹ Intemperanza ed oziosità sono stati introdotti dalla legge del 1968: l'interpretazione del primo presupposto risulta restrittiva, venendo esso fatto coincidere con un eccesso di consumazione di sostanze alcoliche o stupefacenti; l'interpretazione del secondo lo identifica nel mero rifiuto a lavorare, non dovendosi confondere l'oziosità né con il tempo libero (che risulterebbe riconosciuto come diritto soggettivo), né con la disoccupazione (che tutto al contrario sarebbe da qualificarsi come calamità nazionale); J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, *Les personnes*, XII ed., Paris, 1983, pp. 299-300.



del legislatore pare confermato anche dalla scelta dei termini impiegati, non più appartenenti al lessico tradizionale (laddove si faceva questione di *incapacité, gouvernement, contrôle de la personne*), ma evidentemente ispirati dall'esigenza di offrire una sempre maggiore protezione delle *personnes vulnérables*. Significativo al riguardo è il contenuto dell'art. 415 code civ., 2-4 comma code civ., inserito tra le disposizioni comuni a tutte le misure di protezione: «Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. [3] Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. [4] Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique». Ancora, rafforzando il principio di personalizzazione delle misure, l'art. 428, 2° comma code civ. prevede che «Le mesure est proportionale ed individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé». Nella stessa prospettiva debbono essere lette le disposizioni che definiscono la durata delle misure di protezione, nella parte in cui prevedono un limite massimo ed una facoltà di rinnovo, attribuendo al Giudice il potere di graduare l'intensità dell'intervento, anche sotto il profilo temporale, caso per caso⁷⁰; le norme che disciplinano il numero dei soggetti designandi, incaricati della protezione dell'infermo, nonché l'attribuzione ad essi di compiti specifici⁷¹; le regole che governano il compimento degli atti c.d. personalissimi.⁷²

Come si rilevava, viene conservata la distinzione tra *sauvegarde de justice, curatelle e tutelle*, ma con la precisazione che tra le misure sussiste un rapporto di graduazione, tale per cui

⁷⁰ L'art. 439 code civ. stabilisce che «Sous peine de caducité, la mesure de sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois dans les conditions fixées au quatrième alinéa de l'article 442»; l'art. 441, a proposito di tutela e curatela dispone che «Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans» ed il successivo art. 492 code civ. aggiunge che «Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée. Toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine. Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure prévue au présent titre, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection».

⁷¹ L'art. 447 code civ. dispone: «Le curateur ou le tuteur est désigné par le juge. [2] Celui-ci peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs ou plusieurs tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur ou tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation. [3] Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur ou un tuteur chargé de la protection de la personne et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint».

⁷² L'art. 458 code civ. prevede: «Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. [2] Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant».



rispettivamente la curatela può essere aperta quando la *sauvegarde de justice* non risulti misura di protezione adeguata e la *tutelle* può essere disposta quando non appaiano sufficienti né la *sauvegarde* né la *curatelle*. Per sottolineare come alla persona sottoposta a misura di protezione debbano essere riconosciuti i diritti fondamentali, l'art. 459-1 stabilisce che «La personne protégée choisit le lieu de sa résidence. [2] Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci. [3] En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue».

Nella prescelta prospettiva che impegna la massima valorizzazione della volontà della persona, la legge 208/2007 ha introdotto un nuovo istituto giuridico, superando la tradizionale concezione delle misure di protezione, il *mandat de protection future*. Si tratta di una nuova figura giuridica che consente a ciascuno di predisporre una assistenza per la propria protezione futura, ove questa si renda nel tempo necessaria.⁷³

Un percorso analogo per quanto riguarda i motivi ispiratori, che hanno condotto ad una drastica e sicura revisione delle impostazioni consegnate dalla tradizione, cristallizzate nei codici ottocenteschi, ha contrassegnato l'esperienza spagnola.⁷⁴

La legge 24 ottobre 1983, n. 13 (integrata dalle disposizioni della successiva legge n. 1/2000), dando espressione ai principii contenuti nella Costituzione del 1978, ha inteso porre al centro della disciplina la persona del disabile, tutelandola contro ogni ingiustificata limitazione della concreta possibilità di agire nel mondo giuridico, così da sovvertire il precedente orientamento incline a garantire interessi facenti capo a terzi soggetti “contro il disabile”.⁷⁵

Così come in Francia, anche in Spagna si è giunti ad una personalizzazione del regime giuridico applicabile ai soggetti disabili, privilegiando istanze di coinvolgimento, di responsabilizzazione dei medesimi e riportando l'intensità delle misure di protezione all'effettiva capacità di discernimento dell'interessato, oltre che alla sua idoneità di provvedere a se stesso. Questo risultato è stato conseguito coniugando due tecniche: da un

⁷³ In base all'art. 477 code civ., «Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.[2] La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. [3] Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé. [4] Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié».

⁷⁴ Oltre ai contributi già richiamati si segnala G. LISELLA, *Fondamento e limiti dell'incapacitación nell'ordinamento spagnolo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1985, pp. 778 ss.

⁷⁵ La disciplina della materia oggetto della presente trattazione è collocata nel Libro Primero del Código civil, Título IX (De la incapacitación – arts. 199-214), Título X (De la tutela, de la curatela y de la guardia de los menores o incapacitados – arts. 215-313)



lato la rappresentanza - sostituzione in caso di incapacità assoluta; dall'altro l'assistenza o l'integrazione in caso di capacità limitata. Un ruolo decisivo nel modellare il regime di protezione alle necessità apprezzate caso per caso è attribuito, in entrambi gli ordinamenti, al giudice che opera in stretta collaborazione con il medico.

Conseguentemente la stessa definizione ed individuazione del soggetto bisognoso di protezione è mutata: la maggiore o minore incapacità viene svincolata dal riferimento ad una tipologia fissa e predeterminata; il concetto di *status* appare inadatto ad esprimere la condizione del disabile; è escluso l'automatismo meccanico tra deficienze fisiche e psichiche e incapacità. In questa direzione si è sottolineato come, se l'obiettivo ancora una volta accomuna le due discipline, francese e spagnola, la tecnica normativa impiegata per raggiungerlo risulta parzialmente differente, laddove mentre il legislatore francese ha privilegiato il ricorso ad una elencazione maggiormente analitica, quantunque sempre esemplificativa e non esaustiva, il legislatore spagnolo ha preferito utilizzare la più ampia ed omnicomprensiva nozione di “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*” (art. 210 cód. civ.).⁷⁶

Il dato comune e rilevante è che la dichiarazione di incapacità ha per fine la protezione degli interessi del soggetto ed è giustificata solo nella misura in cui l'infermità fisica o psichica si traduca in impedimento reale alla sua partecipazione alla vita sociale in tutte le plurime sue manifestazioni. L'antica concezione patrimonialistica dell'istituto cede il passo ad una diversa funzionalizzazione della normativa: ciò che rappresenta il fulcro della disciplina non è più l'esigenza di salvaguardare il patrimonio del soggetto protetto, tenendolo indenne da eventuali pregiudizi, bensì la necessità di tutelare la persona e la personalità del disabile.

Anche l'ordinamento spagnolo conosce diverse misure di protezione: tutela, curatela, difensore giudiziale, proroga della potestà. Nelle disposizioni generali, comuni a tutti gli interventi, in ossequio ai principi ispiratori della vigente disciplina, si precisa che “*les funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*” (art. 215 cód. civ.).

Ovviamente la tutela è la misura più incisiva, basata sul meccanismo di rappresentanza-sostituzione del soggetto ed attivabile su domanda dei parenti, ovvero del Pubblico Ministero, ovvero ancora di chiunque sia a conoscenza dello stato del soggetto.

Va posto in evidenza come il fine perseguito, ancora una volta e specificamente, non sia soltanto quello della rappresentanza del soggetto negli atti di gestione del proprio patrimonio (e sempre che – in perfetta simmetria con quanto si è visto nell'ordinamento francese – il soggetto non sia in grado di provvedere personalmente⁷⁷): come dispone l'art.

⁷⁶ L'osservazione puntuale si deve a Gabriella Autorino Stanzione, la quale bene evidenzia come il legislatore francese abbia articolato la definizione contenuta nell'art. 490 code civ, discorrendo di alterazione delle facoltà mentali dovute a “*maladie, infirmité ou affaiblissement du à l'âge*”, oppure di alterazione delle “*facultés corporelles que empêche l'expression de la volonté*”; cfr. G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 299.

⁷⁷ Art. 267 cód. civ. “*El tutor es el representante del menor o incapacitado salva para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”.



269 cód. civ., “*El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1. A procurarle alimentos. 2 A educar el menor y procurarle una formación integral 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. 4 A informar al Juez annualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta annual de su administración*”.

La curatela è misura che comporta non già la sostituzione-rappresentanza, bensì la assistenza-integrazione delle capacità del soggetto protetto⁷⁸ e viene prevista prevalentemente per i casi di prodigalità.⁷⁹

Il difensore giudiziale è figura speciale la cui nomina presuppone l'intervenuto conflitto di interessi tra tutore/curatore e soggetto protetto, ovvero l'inadempienza dei primi (art. 299 cód. civ.).

Il dato che emerge, e che occorre sottolineare come contraddistintivo in una ricerca di natura comparatistica, è la funzionalizzazione delle decisioni rispettivamente dal tutore, dal curatore, ovvero dal difensore giudiziale a garantire le migliori condizioni di vita del soggetto, così da non solo conservare la salute residua, ma anche, ove possibile, favorire il recupero di una integrale capacità.

Di particolare rilievo è altresì il superamento della previgente impostazione che impediva all'*incapacitado* il compimento di atti rilevanti nella sfera civile, ponendo al centro della tutela la persona umana e la libertà delle proprie determinazioni esistenziali. Così, anche chi sia stato interessato da un provvedimento di incapacitazione totale, può contrarre matrimonio sulla base di una sufficiente capacità di discernimento comprovata da apposito *dictamen médico* sull'attitudine al consenso; può testare in forma solenne, mediante atto pubblico notarile durante un lucido intervallo; può riconoscere il figlio naturale con specifica e concorrente *aprobacion judicial con audiencia del Ministerio Fiscal* che abbia accertato la capacità di discernere.

Ulteriori innovazioni sono state introdotte con la legge 18 novembre 2004, n. 41, (*De Protección patrimonial de las personas con discapacidad*), che ha ribadito il motivo ispiratore di fondo che sorregge l'intera disciplina.⁸⁰

Da un lato la legge ha riformulato l'art. 223 cód. civ., introducendo una misura di autotutela. Il secondo comma della disposizione attualmente vigente stabilisce, infatti – in

⁷⁸ Infatti l'art. 289 cód. civ. precisa che “*La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*” ed il successivo art. 290 cód. civ. specifica “*Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial*”. Ed ancora per la specifica ipotesi in cui la curatela sia disposta a causa della prodigalità, l'art. 297 cód. civ. dispone che “*La sentencia determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador*”.

⁷⁹ In base al disposto dell'art. 286 cód. civ. “*Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley 2. Los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad. 3 Los declarados pródigos*”.

⁸⁰ Nelle motivazioni che giustificano l'entrata in vigore della legge in commento si legge: “[...] Ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución”.



corrispondenza a quanto già visto per l'ordinamento francese –, che il singolo, in previsione di una sua eventuale incapacità futura, può manifestare, mediante atto pubblico notarile, la propria volontà in merito alla gestione del proprio patrimonio ed alla cura della propria persona, ed ancora può designare direttamente il proprio tutore. L'atto deve essere a sua volta comunicato all'Ufficiale di Stato civile, che provvede ad annotarlo a margine dell'atto di nascita, essendo così assicurato un adeguato regime di pubblicità.⁸¹

Dall'altro, la legge introduce, come nuovo istituto, il patrimonio con vincolo di destinazione (*patrimonio protegido*) per le persone in tutto o in parte prive di autonomia, preordinato a favorirne sicurezza ed autosufficienza. L'art. 1 della legge stabilisce infatti che “*El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectión de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*”.⁸² Stante la rilevanza dell'istituto, che deve essere concepito come misura di protezione specifica ed ulteriore rispetto a quelle già approntate⁸³, i beneficiari vengono tassativamente indicati: si tratta dei soggetti che presentino una disabilità fisica uguale o superiore al 33%, ovvero una disabilità fisica o sensoriale uguale o superiore al 65%. Il patrimonio, costituito con atto pubblico notarile o con sentenza, potrà ovviamente essere arricchito con nuove attribuzioni a titolo gratuito di beni e/o diritti.

Da ultimo la legge aggiunge un nuovo comma all'art. 239 cod. civ. che consente l'assunzione della tutela legale da parte delle agenzie e delle fondazioni pubbliche delle persone disabili senza necessità dell'intervento giudiziale.⁸⁴

A conclusione dell'esame condotto, si può sostenere che, quantunque si siano potuti ravvisare, nel passato e limitatamente a certe fattispecie, motivi di divergenza tra il modello francese e quello spagnolo⁸⁵, allo stato entrambe le discipline paiono tendere ai

⁸¹ Testualmente il secondo ed il terzo comma dell'art. 223 dispongono: “*Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. [3] Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado*”.

⁸² Precisa al riguardo il II paragrafo dei preamboli alla legge la natura specifica che deve essere riconosciuta a questo patrimonio: “*Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*”.

⁸³ Come si legge nei preamboli introduttivi “*Esta ley tiene per objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonio*”.

⁸⁴ “*La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”.

⁸⁵ Particolare attenzione aveva suscitato la previsione della prodigalità quale causa comune di parziale incapacità, ma sorretta da intenti ed obiettivi differenti. Si rilevava, infatti, come in Francia (prima dell'intervento di riforma del 2007) paresse prevalere un intento sanzionatorio, nella misura in cui l'art. 488, 3° comma code civ. riferiva prodigalità, intemperanza ed *oisiveté* al rischio per il soggetto sia di gravare sulla



medesimi obiettivi approntando strumenti sostanzialmente coincidenti. In entrambi gli ordinamenti, infatti, anche i più recenti interventi di riforma sono stati strategicamente ispirati dall'esigenza di consentire un'ampia diversificazione delle tecniche protettive, dalla necessità di garantire una compiuta flessibilità e graduabilità delle misure; dalla opportunità di stabilire un principio di sussidiarietà per gli interventi ablativi ed incapacitanti.

4. L'esperienza austriaca e tedesca vengono esaminate congiuntamente in quanto, nel rompere con il passato, non si sono limitate ad accogliere e recepire i principi e le scelte di base che hanno ispirato la riforma francese, ma si sono spinte oltre, addivenendo ad una formale cancellazione degli istituti della interdizione e della inabilitazione ed ad un effettivo superamento degli schemi classici della tutela e della curatela.

In specie, la legge austriaca 2 febbraio 1983, n. 136 (entrata in vigore il 1° luglio 1984), nell'abolire i due istituti consegnati dalla tradizione, ha introdotto un regime di protezione particolarmente elastico e duttile, che viene modellato dal Giudice delle tutele caso per caso, in relazione alle specifiche esigenze di sostegno e tutela del disabile, determinate sulla base del grado di infermità della persona, oltre che sulla natura e sulla quantità degli atti da compiere.⁸⁶

Il sistema, denominato *Sachwalterschaft*, è peraltro contemplato per le sole ipotesi di patologie psichiche, essendo esclusi dal campo di applicazione della disciplina i disabili motorii, e prevede la nomina⁸⁷ di un *Sachwalter* su richiesta dell'interessato, ovvero d'ufficio⁸⁸, cui viene affidata la cura degli interessi del protetto secondo differenti estensioni: può trattarsi di singoli atti in nome dell'interessato, oppure della amministrazione integrale del suo patrimonio; può essere circoscritto ad una sola sfera della vita di relazione del disabile, ovvero estendersi a più settori.

Di significativo rilievo è la considerazione che il nuovo istituto, oltre ad essere particolarmente flessibile nell'ottica della personalizzazione della misura applicabile, non si

collettività in ragione dello stato di bisogno dalle medesime indotto, sia di compromettere l'adempimento degli obblighi familiari. Per contro in Spagna pareva essere stato prescelto un orientamento maggiormente restrittivo, nella misura in cui la cerchia dei legittimati attivi alla apertura della curatela veniva appositamente definita e limitata (coniuge, ascendenti, discendenti che percepiscano alimenti o si trovino *en situación de reclamárselos*). Una ulteriore ragione di differenziazione – almeno a livello di impostazione e tecnica normativa – veniva individuata nella previsione unitaria dell'istituto della *incapacitacion* in Spagna, a fronte della plurale determinazione delle misure di protezione che contraddistingue il sistema francese. Per tali osservazioni, G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, ESI, Napoli, 1990, pp. 98-99.

⁸⁶ Sulla riforma P.M. VECCHI, *La riforma austriaca della tutela degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 37.

⁸⁷ La nomina deve considerarsi eventuale, ossia effettuabile solo quando risulti strettamente necessaria per il disabile, per evitare a costui il pregiudizio, in tutto o in parte dei propri affari e dei propri interessi, compresi quelli personali.

⁸⁸ Vengono esclusi tutti gli altri soggetti (parenti, medici, istituti di assistenza), che possono solamente proporre l'apertura del procedimento.



associa ad una limitazione della capacità di agire rigidamente predeterminata dalla legge: anche in questa prospettiva le restrizioni sono determinate dal Giudice Tutelare sulla base delle concrete possibilità del disabile. Così, con il provvedimento di nomina del Sachwalter, il Giudice può autorizzare l'interessato a porre in essere autonomamente e personalmente atti di disposizione di cose determinate o di parte del reddito; il disabile può contrarre matrimonio ove sia capace di intendere e volere con l'assenso del Sachwalter ed ancora può testare, sempre che vi sia capacità di intendere e volere e con le forme prescritte (dinanzi ad un pubblico ufficiale).

Il modello austriaco è stato integralmente recepito ed ulteriormente sviluppato dal legislatore tedesco.⁸⁹ La legge 12 settembre 1990, n. 48 (entrata in vigore il 1° gennaio 1992) ha soppresso le misure consegnate dalla tradizione della *Entmündigung* (interdizione), della *Vormundschaft über Volljährige* (tutela dei maggiorenni), della *Gebrechlichkeitspflegschaft* (curatela) per introdurre un unico istituto, la c.d. *Betreuung* (assistenza).⁹⁰

Il primo dato di rilievo è che, per poter accedere alla misura di protezione, non si richiede che il soggetto sia affetto da uno stato patologico particolare⁹¹, la considerazione essendo spostata sugli effetti che tale condizione produce, rendendo l'individuo bisognoso di assistenza. Perciò, ogniqualvolta un maggiorenne risulti incapace, a causa di impedimenti fisici o psichici, anche gravi, di provvedere alla cura dei propri affari (in tutto o in parte) e non possa essergli garantita adeguata protezione per il medio della famiglia, degli amici, dei conoscenti o dei servizi ambulatoriali, il Giudice, su istanza dell'interessato o d'ufficio, provvede alla nomina di un *Betreuer*, che diviene rappresentante legale dell'assistito nei limiti specifici delle funzioni assegnategli in sede giudiziale. All'unificazione delle misure di protezione è associata l'unificazione della giurisdizione: tutte le questioni relative

⁸⁹ Per una ricognizione puntuale, E.V. NAPOLI, *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 539; E. CARUSO, *L'assistenza nell'ordinamento tedesco*, in E.V. NAPOLI, *Gli incapaci maggiorenni: dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 173; S. PATTI, *La tutela delle persone minorate nella Repubblica Federale Tedesca*, in *La protezione giuridica dell'insufficienza mentale*, a cura di E. RUSSO, ESI, Napoli, 1990, p. 113; W. BIENWAL, *Betreuungsrecht: Gesetz zum Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige*, Gieseking, Bielefeld, 1992; J. DAMRAU und W. ZIMMERMANN, *Betreuungsgesetz: Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige*, Kohlhammer, Berlin, 1991.

⁹⁰ Anche in questo caso la riforma è stata sollecitata dalla maturata consapevolezza in merito alla inadeguatezza della previgente normativa. In specie la Commissione che ha elaborato il progetto di legge ha individuato i seguenti aspetti della disciplina in allora in essere che dovevano essere modificati: a) le decisioni del tutore e del curatore risultavano prevalere sulla volontà dell'assistito; b) l'amministrazione del patrimonio dell'incapace riceveva maggiore cura ed attenzione rispetto alla persona dell'incapace; c) la durata dell'interdizione e dell'inabilitazione finiva per coincidere con l'intera vita dell'infermo, in quanto non erano previsti controlli sul suo stato di salute effettivo; d) il procedimento giudiziale di interdizione risultava eccessivamente gravoso e complesso e non contemplava adeguate garanzie difensive per l'infermo. Tali rilievi critici si leggono in *Das neue Betreuungsrecht*, a cura del Ministero della Giustizia della Baviera, München, 1991, p. 6.

⁹¹ Inoltre l'alcoolismo, il consumo di stupefacenti e le mere debolezze caratteriali non sono di per sé sufficienti per provvedere alla apertura della *Betreuung*.



all'assistenza ed al ricovero del disabile vengono, infatti, devolute alla giurisdizione del Tribunale di Prima Istanza quale Giudice Tutelare mediante un procedimento di giurisdizione volontaria.⁹² Dal punto di vista procedurale le più significative innovazioni riguardano l'intervento attivo in causa del soggetto disabile, l'audizione dei parenti (coniuge, genitori, anche adottivi, figli) ed il regime probatorio, nella misura in cui la designazione del *Betreuer* si basa su una perizia. D'altra parte, ove la richiesta sia stata avanzata dal soggetto interessato, il Giudice può reputare sufficiente un semplice certificato medico ogniqualvolta l'assistito abbia rinunciato alla perizia e la richiesta di quest'ultima risulti sproporzionata rispetto all'estensione delle funzioni attribuibili all'assistente. Tanto le dichiarazioni rese da chi sia intervenuto nel procedimento, quanto il certificato medico e la perizia vengono discussi oralmente con il disabile, garantendo appieno il contraddittorio.

In secondo luogo, in ossequio alle istanze che accomunano le diverse esperienze, si è inteso garantire una maggiore flessibilità, così da adeguare lo strumento di protezione al bisogno effettivo del disabile, evitando ogni aprioristica tipizzazione della sfera di interferenza del *Betreuer*. Costui deve inoltre assecondare, per quanto possibile, i desideri dell'assistito, sempre che essi non siano contrari al suo benessere; parimenti è tenuto a sentire l'interessato prima di assumere decisioni importanti, a meno che ciò non si riveli pregiudizievole per gli stessi interessi dell'assistito. Conseguentemente, l'istituto non comporta l'automatica ablazione della capacità di agire del soggetto assistito, il quale può validamente compiere atti negoziali con legittimazione concorrente rispetto a quella del *Betreuer*.⁹³ Per questo motivo e per limitare le interferenze del *Betreuer* nella sfera giuridica dell'interessato ai soli casi di estrema necessità, la normativa ha introdotto puntuali controlli giudiziali: nel termine di cinque anni dal provvedimento di designazione del *Betreuer*, il Giudice deve valutare se esistono i presupposti per la prosecuzione dell'assistenza e, in caso di proroga, debbono essere rideterminate le condizioni dell'assistenza.

Ancora, il Giudice ha la facoltà di nominare più assistenti quando ciò offra maggiori garanzie per il disabile; per contro, ove la nomina di una o più persone fisiche

⁹² Precedentemente la decisione in ordine alla interdizione dell'incapace rientrava nella giurisdizione del Tribunale civile e concludeva un procedimento disciplinato dal codice di procedura civile, mentre la decisione in ordine a tutela e curatela rientrava nella giurisdizione del Giudice tutelare e concludeva un procedimento di volontaria giurisdizione.

⁹³ Beninteso, sempre che il maggiorenne sia in grado di valutare la convenienza di concludere o meno un dato affare; in caso contrario il Giudice, con il provvedimento di nomina del *Betreuer*, non si limiterà ad istituire una mera assistenza aggiuntiva, ma disporrà l'obbligo del suo consenso (*Einwilligungsvorbehalt*, § 1903 BGB). In quest'ultimo caso è stato riconosciuto un vero e proprio sottotipo di *Betreuung*; in tal senso G. CIAN, *op. cit.*, p. 486. La riserva di assenso, adottabile solo quando ciò sia necessario per evitare un rilevante pericolo per la persona o per il patrimonio dell'infermo, e sempre limitatamente agli atti compresi nella sfera di incarico del *Betreuer*, non può comunque estendersi alle dichiarazioni dirette alla creazione di un vincolo matrimoniale o di una convivenza (*Lebenspartnerschaft*), o, ancora, al compimento di altri negozi personalissimi. La capacità limitata dell'assistito comporta la sospensione dell'efficacia dell'atto non preventivamente autorizzato fino alla ratifica del *Betreuer*, ovvero la definitiva inefficacia dell'atto ogniqualvolta il *Betreuer* non lo ratifichi.



risulti inadeguata od insufficiente, in via residuale ed eccezionale, il Giudice può designare una associazione riconosciuta od un servizio pubblico.

Così come nel modello austriaco, anche in quello tedesco hanno trovato piena attuazione i principii di necessità e di sussidiarietà, tanto che non si può provvedere alla designazione di un *Betreuer* quando il soggetto interessato abbia rilasciato un mandato preventivo per la propria futura incapacità (*Vorsorgevollmacht*).

Inoltre il regime di protezione così introdotto non è assistito da alcuna forma di pubblicità,⁹⁴ così confermando l'impostazione personalistica della riforma.

5. Nel volgersi alla comprensione, oltre che alla ricognizione degli strumenti di tutela a favore dei soggetti disabili, occorre offrire una sintetica informazione in ordine agli interventi (natura delle fonti e contenuti) che hanno contrassegnato il diritto internazionale.

E' opportuno segnalare, fin dalle premesse introduttive, come per lungo tempo la considerazione del disabile sia stata affidata a quello che sinteticamente suole definirsi come *soft law*⁹⁵, rimanendo estranea, salvo qualche rarissima eccezione⁹⁶, dalla trama normativa delle fonti convenzionali in materia di diritti umani. In specie si segnalano le varie iniziative promosse dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che, seppur non giuridicamente vincolanti, hanno avuto il fine ed il merito di promuovere una nuova consapevolezza ed una differente sensibilità in seno alla comunità internazionale. In questa direzione debbono essere annoverate la *Dichiarazione sui diritti delle persone con ritardo mentale* del 1971, seguita dalla *Dichiarazione sui diritti delle persone con disabilità* del 1975, che rendono sì il disabile vero e proprio soggetto del diritto internazionale (e non mero oggetto passivo di regolamentazione), ma risultano ancora ispirate a quello che, nel paragrafo introduttivo, è stato definito come modello medico della disabilità. Negli anni Ottanta è stato promosso il *Programma mondiale di azione per le persone con disabilità* (1982) per promuovere l'effettiva realizzazione delle pari opportunità a favore di tali soggetti, posteriormente specificato a mezzo delle *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, che

⁹⁴ In ciò andando oltre l'esperienza austriaca che richiede un sia pur minimo sistema pubblicitario, consistente nella annotazione della *Sachwalterschaft* nei registri immobiliari e delle imprese e d'altra parte contestualmente limita la possibilità di accesso a tale informazione, imponendo agli eventuali interessati di motivare le ragioni dell'interesse al giudice tutelare.

⁹⁵ Per una efficace qualificazione critica della natura del diritto europeo e globale e per la lettura del *soft law* come categoria pregnante in grado di catturare l'assenza del nuovo diritto, P.G. MONATERI, *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, in *Cardozo Law Electronic Bulletin*, 2009, 15 www.jus.unitn.it/cardozo/home.html. Per una ricognizione dei problemi che la distinzione hard law/ soft law ha posto AA.VV., *Soft Law e Hard Law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁹⁶ Rientra nel novero delle eccezioni la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, il cui art. 23 prende in considerazione, esplicitamente, i diritti dei bambini mentalmente o fisicamente disabili e pone l'obbligo di fornire loro cure speciali in modo da garantirne la massima integrazione sociale possibile oltre che lo sviluppo individuale.



considerano la possibilità di partecipazione attiva del disabile alla vita sociale ed economica. Ancora nel 1991 vengono stilati i *Principi per la protezione delle persone con malattie mentali e per il miglioramento della salute mentale* che iniziano a mutare prospettiva e direzione di analisi, rapportando la questione della tutela del disabile (ed in particolare, data la specificità della disciplina, del soggetto affetto da patologie mentali) al necessario riconoscimento ed alla conseguente garanzia dei diritti umani. Tale indirizzo viene, quindi, confermato nei primi documenti interpretativi delle fonti generali sui diritti umani.

Il panorama internazionale è sostanzialmente innovato dalla *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità* (United Nation Convention on the Rights of Persons with Disabilities) approvata il 13 dicembre 2006 dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite, aperta alla ratifica il 30 marzo 2007, entrata in vigore, come strumento giuridicamente vincolante, il 30 maggio 2008.⁹⁷

Qui di seguito verranno evidenziati i motivi ispiratori della Convenzione e si offrirà un quadro sintetico dei più significativi contenuti.

In primo luogo, la Convenzione rompe con l'impostazione che privilegiava il c.d. modello medico della disabilità, attribuendo precipua rilevanza alla persona, così da coniugare il c.d. modello sociale della disabilità con l'approccio fondato sulla tutela dei diritti umani. Ciò è evidenziato fin dal Preambolo della Convenzione, laddove si specifica come la disabilità debba essere intesa non più come una condizione di deficienza o devianza rispetto alla normalità, bensì come “il risultato della interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società sulla base di una parità con gli altri” (Preambolo lett. i). Ne consegue che non risultano più misure sufficienti di protezione la mera assistenza medica unitamente agli interventi di sicurezza sociale volti a favorire il *welfare*; occorre, da un lato, stimolare l'elaborazione di un nuovo modello culturale di disabilità, che concorra a promuovere la piena inclusione del disabile nella vita sociale; dall'altro, e conseguentemente, sviluppare un'azione penetrante tesa ad eliminare ogni forma di discriminazione, ossia “ogni distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo” (art. 2). Come si evince, è merito della Convenzione accedere ad una visione in termini di diritti umani, nel senso che proprio la violazione dei diritti umani si pone quale causa generativa di condizioni di disabilità.

Quanto detto porta a comprendere i principi generali che ispirano il documento, nella misura in cui essi si collegano sia alla nuova considerazione della disabilità (ed in specie si articolano nel rispetto per l'intrinseca dignità della persona; nel principio di non

⁹⁷ Il testo della Convenzione, leggibile in lingua italiana al seguente indirizzo web http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/giornata_disabilit/convenzione_disabili_UNU.pdf, si compone di un Preambolo, di cinquanta disposizioni e di un Protocollo opzionale. L'Italia ha ratificato la convenzione con legge 3 marzo 2009, n. 18 pubblicata in G.U. n. 61 del 14 marzo 2009.



discriminazione; nella garanzia della piena ed effettiva partecipazione *alla* ed inclusione *nella* società; nel rispetto della differenza delle persone con disabilità come parte della diversità umana; nel rispetto delle capacità evolutive dei bambini con disabilità e della loro identità), sia alla centralità che il tema dei diritti umani assume a questo riguardo (ed in specie si articolano nel principio di universalità, indivisibilità ed interdipendenza dei diritti umani; nel riconoscimento delle questioni legate alle disabilità come parte integrante delle strategie per la promozione di uno sviluppo sostenibile; nella necessità di prestare particolare attenzione alla cooperazione internazionale per migliorare le condizioni di vita delle persone con disabilità in ogni Paese e particolarmente nei Paesi in via di sviluppo).

I motivi ispiratori di fondo portano anche a dare ragione della definizione di soggetto disabile accolta all'art. 1 della Convenzione, secondo cui “per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possano ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”.

L'obiettivo prioritario consiste nell'individuazione dei principi e delle modalità di intervento utilizzabili dagli Stati parte della Convenzione per garantire l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti dei disabili. In particolare, l'art. 4 stabilisce espressamente gli obblighi generali gravanti sugli Stati Parti, che si concretano non solo nell'adozione di tutte le misure – legislative, amministrative e di altra natura – adeguate ad attuare i diritti riconosciuti dalla Convenzione, ma anche nell'adozione di tutte le misure idonee a modificare o abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine o pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti delle persone con disabilità. Si obbligano altresì gli Stati Parti a promuovere la ricerca e lo sviluppo di beni, servizi, apparecchiature e attrezzature progettati universalmente, nonché di tecnologie che favoriscano l'accessibilità ai sistemi di trasporto, all'informazione ed alla comunicazione, ai servizi pubblici.

La parte centrale della Convenzione è dedicata all'enucleazione ed alla definizione⁹⁸ dei diritti che debbono essere riconosciuti e garantiti ai soggetti disabili, portando ad evidenza la strutturale integrazione che deve sussistere tra diritti legati alla sfera della autonomia e della non discriminazione e diritti legati alla sfera della pari opportunità⁹⁹,

⁹⁸ Nel senso che il contenuto dei diritti viene appositamente declinato in modo da tenere in conto le specifiche condizioni ed esigenze dei soggetti disabili. Così, in via esemplificativa, la libertà di espressione deve essere garantita mettendo a disposizione del disabile, in forme accessibili, mediante le tecnologie appropriate ai differenti tipi di disabilità, tempestivamente e senza costi aggiuntivi, le informazioni destinate al grande pubblico (art. 21); il diritto di godere del migliore stato di salute possibile deve essere garantito senza discriminazioni fondate sulla disabilità e gli Stati Parti debbono adottare tutte le misure adeguate a garantire loro l'accesso a servizi sanitari che tengano conto delle specifiche differenze di genere, inclusi i servizi di riabilitazione (art. 25). Inoltre l'art. 12 obbliga gli Stati Parte a riconoscere che le persone con disabilità godono della capacità legale, su base di eguaglianza rispetto agli altri, in tutti gli aspetti della vita e ad adottare appropriate misure per permettere l'accesso da parte dei disabili al sostegno che essi dovessero richiedere nell'esercizio della propria capacità legale.

⁹⁹ Per interessanti notazioni in proposito e per una ridefinizione dei diritti umani dei disabili si veda E. PARIOTTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: per una chiarificazione concettuale*, in *Riv. critica dir. priv.*,



nonché tra diritti civili e sociali, tra diritti negativi e diritti positivi. Parimenti, ed in stretta correlazione, la Convenzione promuove la massima accessibilità del disabile a tutte le plurali sfere di azione che sinteticamente definiscono la partecipazione attiva in società sulla base di una *'reasonable accomodation'*, così da combattere ogni forma di discriminazione, anche indiretta, e rafforza la tutela dei diritti nelle ipotesi in cui la condizione di disabilità si associ ad altre situazioni di potenziale od effettiva discriminazione (si fa riferimento ai casi c.d. di discriminazione multipla; si pensi alla donna disabile, al minore disabile o all'indigente disabile).

Infine la Convenzione introduce un articolato sistema di garanzie, prevedendo strumenti e procedure idonei a consentire l'effettiva attuazione dei principi enucleati. Di particolare interesse è la creazione di un apposito Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità (art. 34), composto da dodici esperti, con il compito di esaminare i rapporti presentati dagli Stati Parte sul periodico stato di attuazione degli obblighi loro imposti dalla Convenzione.¹⁰⁰

Ne risulta un nuovo modello di definizione della disabilità, che si spinge oltre il modello sociale verso forme di maggiore tutela e garanzia, per il riconoscimento attivo della c.d. soggettività possibile.

2004, p. 305, ove si fa questione – tra l'altro – se l'adozione del linguaggio dei diritti per esprimere le istanze di non discriminazione e di *empowerment* delle persone con disabilità sia di per sé sufficiente ad allontanare i rischi di paternalismo.

¹⁰⁰ Inoltre il Comitato può presentare raccomandazioni e formulare pareri e ha competenza ad esaminare comunicazioni provenienti da (o in rappresentanza di) individui o gruppi di individui che facciano istanza in quanto vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione.