



Diritti delle persone con disabilità, autonomia dell'individuo e nuove forme di tutela

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. La necessità del superamento degli schemi “rigidi” di tutela dei soggetti disabili. – 2. L’approccio alla disabilità su scala mondiale e il ruolo delle Nazioni Unite. – 3. L’adozione della Convenzione sui diritti dei disabili e l’affermazione del principio di uguaglianza in materia. – 4. Verso il riconoscimento nell’ordinamento italiano di “nuove” forme di tutela in favore dei soggetti incapaci. – 5. Ricostruzione del rapporto tra diritto della persona disabile all’autodeterminazione e diritto alla salute. – 6. *Segue.* Gli sviluppi giurisprudenziali più recenti. – 7. I diritti degli anziani e l’applicazione ad essi degli istituti di protezione.

di Riccardo Rossano

1. L’attuale dibattito sul tema della disabilità affonda le proprie radici in un contesto sociale profondamente mutato che vede, sin dall’inizio degli anni ’70, l’acquisizione di una nuova consapevolezza della infermità menomante quale possibile dimensione della condizione umana. Si tratta di un percorso che, senza soluzione di continuità, recepisce l’affermarsi di valori attraverso i quali si tende al superamento della situazione di debolezza del soggetto impedito all’esercizio dei diritti fondamentali restituendogli i caratteri tipici di una piena dignità personale.

In linea generale, dall’attuale riflessione sulle categorie deboli, emerge la frammentazione dell’uomo *uno* in uomo *molteplice* laddove il tratto distintivo è, di volta in volta, l’età anagrafica nel caso di minore, l’identità *civitatis* nel caso di straniero, l’infermità fisica e psichica nel caso di disabile, giungendo financo a contemplare nuove ipotesi di tutela nei confronti del consumatore e dell’embrione. La differenziazione degli interessi in gioco conduce a un variegato sistema di interventi legislativi connotato da modelli interpretativi oscillanti, spesso, tra i due opposti poli dell’iperprotezionismo e dell’anomia temuta o



voluta¹. Una molteplicità che, tuttavia, si ricomponde e trova il suo punto di sintesi nel meta valore della dignità della persona e in tutti gli altri valori tracciati nelle Carte internazionali e nella nostra Costituzione.

Va evidenziato come il mantenimento (anche se non sempre con risultati ottimali) della direzione sulla necessaria corrispondenza tra interesse da proteggere e scelta dello strumento normativo più adeguato al caso di specie qualifica il modo in cui la problematica sulla incapacità si sviluppa². Cosicché la risoluzione delle ipotesi che in concreto possono verificarsi si iscrive in quel processo di rivisitazione, in termini culturali, della condizione disabile che ha certamente la sua caratteristica più peculiare nella espansione della personalità del soggetto.

Tale riconoscimento trova sempre più adeguata rispondenza nel momento legislativo. Può dirsi, infatti, definitivamente alle spalle la tradizionale impostazione che vedeva del tutto negata o, quantomeno, marginalizzata, la volontà di chi era bisognoso di speciali cure ed assistenza. In sostanza la disabilità entra – secondo la riproposizione della Nussbaum³ – in maniera decisa nel campo delle politiche dello Stato come una questione prettamente di giustizia.

Il tema, oltre ad essere un argomento di etica pubblica, impone una ulteriore annotazione. Non pare esservi dubbio, infatti, che al cuore della pretesa giuridica del disabile come *diritto all'opportunità di* vi è l'idea che la titolarità del diritto ha il suo radicamento ultimo in principi eticamente fondati e certamente tale è la dignità quando si

¹ Di particolare interesse è la riflessione di P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *FamD.*, 2009, 3, pag. 305.

² A. FALZEA, *Capacità*, in *Enc. giur.*, 1960, pag. 12 osservava come «la semplice qualità umana è dunque sufficiente a rendere il soggetto portatore potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonché titolare di un insieme di diritti e di garanzie che si collegano direttamente alla sua personalità. Tutto ciò non significa che ad ogni uomo, in qualsiasi momento della sua vita, siano aperti tutti i campi del diritto e che basti un suo atto di volontà per convogliare su di sé i meccanismi di tutela giuridica relativi all'interesse prescelto».

³ Tra i vari scritti, v. M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007 e, più recentemente, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2013.



tratta di restituire a una persona offesa, nelle possibilità di vita personale e relazionale, la sottratta considerazione sociale. Ciò, si aggiunge, in condizioni di uguaglianza rispetto ai non disabili.

Ma sembra cogliere nel segno anche la riflessione di chi ritiene che la vulnerabilità sia l'ineludibile altra faccia – assieme all'autonomia – della natura umana ove il principio di individualizzazione che ispira la normativa in materia finisce per oscurare il senso del limite⁴. Al di là delle riflessioni etiche, inevitabili quando si affronta il tema della disabilità, l'argomento in oggetto attualizza le preoccupazioni di chi vede, nell'esclusivo riferimento alla capacità di intendere e di volere quale unico e sufficiente presupposto della scelta del singolo, il rischio di assolutizzare la volontà perdendo di vista il *bene della vita*⁵.

Su un piano pratico l'implementazione della autonomia del disabile deve fare i conti con il tentativo di semplificazione del complesso concetto di debolezza il cui contenuto si modella non tanto in rapporto alla individuata menomazione quanto alla situazione di fatto o negoziale impediante, la quale richiede soluzioni giuridiche calibrate secondo le reali esigenze del soggetto interessato. Nella considerazione del giurista, pertanto, il baricentro si sposta dalla malattia e dal grado di infermità allo strumento normativo in grado di adattarsi in maniera efficace ai bisogni dell'incapace. In verità la nozione di soggettività giuridica, che racchiude le due fattispecie della capacità giuridica e della capacità di agire, è oggetto da tempo di tentativi di ripensamento con risultati spesso non realmente soddisfacenti e non (o non solo) per le incertezze legate alla stessa definizione di incapacità ma perché quando si

⁴ M. ZANICHELLI, *Persone prima che disabili*, Brescia, 2012, pag. 52.

⁵ M. PARADISO, *L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di Familia)*, in *Familia*, 2005, 3, pag. 437. In questo senso vi è ritenuto (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pag. 387) che sia meglio affermare come il bene della vita debba essere bilanciato con altri valori costituzionali tra cui quello di libertà o di autodeterminazione sul presupposto che il concetto di dignità umana, pur mantenendo una significativa portata assiologica, può essere ridotto ad un uso strumentale che ridimensiona il riferimento del diritto alla vita.



giunge sul terreno degli interessi sottesi alle posizioni giuridiche da tutelare i limiti della normativa e delle soluzioni adottate si rivelano in tutta la loro ampiezza⁶.

È in particolare alla luce di nuovi istituti introdotti come l'amministrazione di sostegno (approfondito più innanzi) che l'endiadi incapacità di intendere e di volere-incapacità di agire si mostra come non in grado di riassumere la condizione di chi conserva una residua autonomia funzionale. Difatti, l'accresciuta rilevanza della sfera di autodeterminazione del disabile, effetto dell'evoluzione normativa sovranazionale e nazionale, mostra graduazioni della capacità di intendere e di volere che non possono e non devono essere rinchiusi negli angusti spazi di una sanzionata incapacitazione.

Nell'ottica di una piena tutela di tutti gli aspetti della personalità del disabile va considerato l'inserimento, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata a Nizza nel 2000, dell'art. 26 (Capo III - *Uguaglianza*) che espressamente protegge la capacità del disabile di compiere scelte autonomamente ("L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità") in quanto di per sé garanzia di non discriminazione⁷.

Il risultato è che l'interazione tra capacità naturale e capacità di agire, non potendo più essere incasellata nei rigidi parametri dell'incapacità legale, consente una lettura del sistema di protezione dei soggetti deboli più attuale ai bisogni espressi dagli interessati in quanto sempre meno fondata sullo *status* della persona e più indirizzata all'individuazione degli atti che il disabile può, in concreto, compiere.

⁶ P. STANZIONE, *Capacità*, in *Enc. giur.*, 1988, pag. 1.

⁷ Si osserva come il legislatore europeo ha già da tempo posto al centro del diritto comunitario il divieto di discriminazione per motivi di handicap tanto nel Trattato CE (art. 13), che nelle norme di diritto derivato (direttiva n. 2000/78). Per un commento dell'art. 26 della Carta di Nizza v. M. OLIVETTI, *Commento all'articolo 26 (inserimento dei disabili)*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pag. 202-209.



2. Sebbene le problematiche inerenti la disabilità siano entrate a far parte dell'agenda dei lavori delle Nazioni Unite in epoca relativamente recente tuttavia si poteva ben prevedere, sin dagli inizi del mandato svolto, la centralità che la questione dell'impedimento fisico e mentale avrebbe rivestito nell'impegno assunto. In effetti, dal peso che il preambolo della Carta delle Nazioni Unite assegna all'affermazione dei diritti fondamentali della persona umana (*decisi ... a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana*), discende, evidentemente, che l'attuazione delle esigenze di giustizia sociale non può non includere anche i soggetti disabili.

È utile chiarire che il panorama delle iniziative legislative annovera, a tutt'oggi, un insieme di strumenti preordinati alla migliore tutela possibile contro le conseguenze derivanti dalle limitazioni mentali e/o fisiche delle capacità funzionali. Appare, quindi, appropriato estendere con riferimento alla maggiore o minore attitudine degli istituti giuridici esistenti ad adattarsi alle reali esigenze della persona da proteggere la categoria del *best interest*, già paradigma fondante di alcuni settori tra cui il diritto minorile, anche alle persone con deficit impedienti⁸.

D'altra parte, se è vero che l'apice del sistema di tutela si è raggiunto con l'adozione nel 2006 della Convenzione internazionale sui diritti dei disabili⁹ è, nondimeno, in quello che viene definito come *l'International Bill of Rights* – costituito dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e dai due Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (1966) – che possono rinvenirsi le basi della protezione dei disabili in termini di uguaglianza e non discriminazione. Infatti, la dimensione generalista dei predetti strumenti – accusati di non contenere alcuna specifica disposizione in favore dei

⁸ In termini di "*best interest*" si esprime la Cassazione nella sentenza Englaro. Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, in *Mass. giur. it.*, 2007; in *Nuova giur. civ.*, 2008, 1, 1, pag. 83 con nota di A. VENCHIARUTTI; in *Danno resp.*, 2008, 4, pag. 421 con nota di F. BONACCORSI e G. GUERRA nonché Trib. Varese 6 ottobre 2009 e, più recentemente, Trib. Vercelli 31 ottobre 2014.

⁹ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea generale dell'ONU, il 13 dicembre 2006, ed è entrata in vigore il 3 maggio 2008. Essa è stata ratificata in Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, in G.U. n. 61 del 14 marzo 2009.



disabili – viene, di fatto e in diritto, superata da una posizione sempre più dinamica del Segretariato delle Nazioni Unite e del Consiglio economico e sociale quali organi aventi la principale responsabilità in materia.

Da un punto di vista strettamente numerico il fenomeno della disabilità coinvolge approssimativamente un 10-12% della popolazione mondiale con un 80% nei paesi in via di sviluppo. A tal proposito, si evidenzia come l'elaborazione di dati statistici è stato l'oggetto di numerose risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, a testimonianza che l'inclusione sociale, in condizioni di uguaglianza, di persone con infermità psico-fisiche richiede una chiara percezione del fenomeno in termini quantitativi e qualitativi. Si vedano, a tale riguardo, le Risoluzioni 63/150 del 18 dicembre 2008¹⁰, 64/131 del 3 febbraio 2010¹¹ e 65/186 del 4 febbraio 2011. Quest'ultima, in particolare, sul solco delle due precedenti richiama l'applicazione di linee guida già esistenti¹².

Come già accennato gli anni '70 segnano un nuovo approccio alla tematica giacché l'estensione del concetto di diritti umani a persone con disabilità comincia ad essere accettato dalla comunità internazionale¹³. Difatti nel 1971 l'Assemblea generale delle

¹⁰ La risoluzione “*Realizing the Millennium Development Goals for Persons with Disabilities through the implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*”, in particolare «Encourages States to collect and analyse appropriate information, including statistical and research data that are disaggregated by age and sex, on the situation of persons with disabilities, bearing in mind appropriate protection of personal data, for purposes of policy planning».

¹¹ La risoluzione “*Realizing the Millennium Development Goals for persons with disabilities*” sul presupposto che la mancanza di dati e informazioni su soggetti con disabilità contribuisce «to the invisibility of persons with disabilities» richiama i governi «to build a knowledge base of data and information about the situation of persons with disabilities that could be used to enable development policy planning, monitoring, evaluation and implementation to be disability sensitive...».

¹² *Guidelines and Principles for the Development of Disability Statistics* (ST/ESA/STAT/SER.Y/10 (United Nations publication, Sales No. E.01.XVII.15)) e *Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses* (ST/ESA/STAT/SER.M/67/Rev.2 (United Nations publication, Sales No. E.07.VII.8))

¹³ Sul punto M.R. SAULLE, *Diritti umani, familiari e sociali: principi giuridici fondamentali*, in *Dir. fam.*, 1995, 1, pag. 1117 osserva che sino al 1981, Anno internazionale del disabile, l'accostamento tra diritti dei disabili e diritti umani era improponibile cosicché «L'impossibilità di ricondurre i diritti dei



Nazioni Unite proclama la Dichiarazione sui diritti delle persone mentalmente ritardate (Risoluzione n. 2856 del 20 dicembre 1971) e nel 1975 adotta la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili (Risoluzione 3447 del 9 dicembre 1975) con le quali si enunciano, con esplicito richiamo alla Dichiarazione universale del 1948 e ai Patti del 1966, un insieme di situazioni giuridiche soggettive da godersi senza distinzione alcuna¹⁴.

Nel 1976 l'Assemblea generale proclama il 1981 come l'Anno internazionale del disabile (Risoluzione 31/123) il cui filo conduttore *full participation and equality* impegna gli Stati ad adottare un piano di azione a livello globale. L'Assemblea generale provvede, altresì, ad istituire un Fondo avente lo scopo di finanziare attività dirette a sollecitare l'attenzione della comunità internazionale sulle persone bisognose di assistenza. Il principale risultato delle azioni finanziate con il Fondo è stata l'elaborazione del *World programme of action concerning disabled persons* adottato dall'Assemblea Generale con la Risoluzione 32/52 del 3 dicembre 1982.

L'adozione delle *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, da parte dell'Assemblea generale con la Risoluzione n 48/96 del 20 dicembre

disabili alla più ampia categoria dei diritti umani fece sì che, per prevedere adeguate forme di protezione nei confronti di queste persone, si ricorse al concetto di “categorie protette”: ciò, se da un lato valeva – come si è detto – ad assicurare ai disabili forme di tutela, creava una barriera tra essi e le altre persone, cui si riferivano sia la Dichiarazione universale, sia i successivi Patti mentre una volta iniziato il dibattito sull'applicabilità della Dichiarazione universale ai disabili si è ritenuto che la Dichiarazione rappresentasse un punto di riferimento, su scala mondiale, per rivendicare all'interno degli Stati i diritti che spettano a qualsiasi persona, indipendentemente dalle sue condizioni fisico-psichiche, in ragione del fatto di essere individuo. Del resto, il riferimento all'“individuo”, all'“essere umano”, a “ciascuno”, contenuto nella Dichiarazione universale, gratifica questa interpretazione, che attualmente in moltissimi casi è accettata; solo in alcuni è posta in discussione, ma in nessuno è rifiutata in modo aprioristico come, invece, accadeva alcuni anni or sono».

¹⁴ Si veda, infatti, il punto 2 secondo cui «Disabled persons shall enjoy all the rights set forth in this Declaration. These rights shall be granted to all disabled persons without any exception whatsoever and without distinction or discrimination on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinions, national or social origin, state of wealth, birth or any other situation applying either to the disabled person himself or herself or to his or her family». Per un approfondimento T. DEGENER, *Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, 1995; L. DESPOUY, *Human Rights and Disabled Persons*, New York, 1993.



1993, rappresenta un momento di svolta dal momento che i governi sono tenuti, da un punto di vista morale e politico, ad intraprendere adeguate iniziative in ordine all'uguaglianza delle opportunità per le persone con disabilità¹⁵. Sebbene non giuridicamente vincolanti, in quanto rientranti tra gli strumenti di *soft law*, le *Standard Rules* hanno notevolmente influito su risoluzioni e dichiarazioni successivamente adottate dal Consiglio d'Europa e dalla Comunità europea¹⁶.

3. La rilevante produzione normativa interstatale culmina, il 13 dicembre 2006, con l'adozione da parte delle Nazioni Unite della *Convenzione sui diritti dei disabili* (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD*) che colloca la problematica nell'alveo dei diritti fondamentali della persona rafforzando il concetto di *cura* - come immagine che rimanda all'integrale benessere umano nella sua dimensione materiale e spirituale¹⁷ - ove il *prendersi*

¹⁵ Osserva M.R. SAULLE che il problema della tutela dei disabili attiene a scelte politiche implicando valutazioni di ordine economico e sarebbero, piuttosto, queste ultime valutazioni che, secondo l'Autrice, avrebbero "indotto le Nazioni Unite a favorire l'elaborazione di "Norme Standard" piuttosto che a privilegiare la conclusione di una convenzione internazionale ... in linea con gli strumenti internazionali a carattere vincolante elaborati in materia di diritti umani nell'ambito dell'ONU". M.R. SAULLE, *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili*, Napoli, 1997, pag. 11.

¹⁶ Si veda L. SIMONETTI, *La Convenzione ONU sui diritti dei disabili*, in *Dir. uomo*, 4, 2007, pag. 72. Va, tuttavia, ricordato il disappunto che venne a crearsi in seguito all'adozione da parte dell'Assemblea Generale delle Norme Standard, per il loro carattere non vincolante, piuttosto che una Convenzione sui diritti delle persone disabili i quali, in tal modo, risultavano in posizione di svantaggio rispetto ad altri gruppi vulnerabili protetti, invece, da specifiche Convenzioni (es. lavoratori migranti, discriminazione contro le donne). Al riguardo, L. DESPOUY, *op. cit.*, pp. 40-41. In questi termini anche A. DE AMICIS, *La L. 3 Marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *Giur. merito*, 2009, 10, pag. 2375; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *DUDI*, 2008, 3, pag. 535 ss.;

¹⁷ J. LONG, *La cura della persona "dipendente" tra etica, legge e contratto*, in *Dir. fam.*, 2010, 1, p. 478 che rileva come «Questa estensione di significato riflette peraltro, com'è evidente, la progressiva affermazione della nozione di "salute" come "uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solamente l'assenza di malattie o infermità"».



cura impone una rivisitazione dei rapporti e degli obblighi che lo Stato ha verso le famiglie o i prestatori di assistenza (*caregivers*)¹⁸.

In particolare sotto il profilo della garanzia della autonomia funzionale, laddove sono interessati aspetti essenziali della dignità umana si giustifica l'inclusione della disabilità nella sfera di protezione assicurata dai diritti umani che fa dei portatori di deficit psico-fisici dei veri e propri soggetti di diritto piuttosto che meri destinatari ("oggetto") di norme giuridiche¹⁹.

La lettura nel senso della modulazione delle misure di tutela a seconda delle necessità del beneficiario trova conferma nell'art. 12, comma 4, della Convenzione ove è stabilito che: «gli Stati devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto d'interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di un'autorità competente, indipendente e imparziale o da un organo giudiziario». In tal modo è garantito ai disabili, nella capacità giuridica di cui al momento sono in possesso, l'esercizio dei propri diritti in condizioni di parità rispetto ai

¹⁸ Si vedano gli obblighi che gravano sugli Stati parte alla Convenzione nei confronti delle famiglie e dei *caregivers* sulla base dell'art. 16 della CRPD. Sul punto cfr. N. FOGGETTI, *Ratificata la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Con la creazione dell'Osservatorio nazionale fatto il primo passo per adeguarsi alla disciplina*, in *Guida dir.*, 2009, pag. 35.

¹⁹ A tal proposito il citato rapporto dell'OMS sottolinea come «Disability is a human rights issue because: People with disabilities experience inequalities – for example, when they are denied equal access to health care, employment, education, or political participation because of their disability. People with disabilities are subject to violations of dignity – for example, when they are subjected to violence, abuse, prejudice, or disrespect because of their disability. Some people with disability are denied autonomy – for example, when they are subjected to involuntary sterilization, or when they are confined in institutions against their will, or when they are regarded as legally incompetent because of their disability».



non disabili. Una siffatta protezione costituisce una chiara esplicitazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge²⁰.

D'altra parte, l'inclusione dei soggetti disabili su basi ugualitarie non può prescindere dalla questione di definire adeguatamente il concetto di disabilità, di per sé non semplice, stante il carattere complesso e multidimensionale del fenomeno. Va detto, infatti, che l'approccio alla tematica ha storicamente risentito di una certa indeterminatezza della nozione posto che la condizione di disabilità – in maniera non dissimile per tutte le situazioni soggettive impedienti – spazia dalla dimensione economica a quella più specificamente esistenziale e relazionale²¹. Il problema è stato oggetto di una specifica disposizione della Convenzione che all'art. 1, comma 2, accoglie una concezione dinamica del problema e stabilisce che «le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri» così facendo chiarezza sul punto nodale della durata della menomazione²².

²⁰ G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, pag. 838 secondo la quale «La convenzione prefigura, quindi, misure di protezione adatte e proporzionate che devono essere applicate per il più breve tempo possibile, con l'obbligo di verifica costante e concreta dell'attualità dei presupposti. Essa sembra confermare la bontà della linea seguita dalla legge italiana, intesa a valorizzare e promuovere l'autonomia residua della persona e non ad emarginare ed escludere».

²¹ P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, cit., pag. 308, osserva come «Nell'«età dei diritti», in cui dai diritti *individuali* di libertà si trascorre ai diritti *sociali*, ai diritti cioè rispetto ai quali «non esiste l'uomo generico», il legislatore è, dunque, costretto a fare i conti con il diffondersi di situazioni soggettive differenti e differenziate, rispetto alle quali la stessa nozione di debolezza spazia da una dimensione esclusivamente socio-economica ad un'altra, al contrario, spiccatamente socio-esistenziale».

²² A tal proposito si veda V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *FamD*, 2011, 3, pag. 316 secondo cui la definizione di cui alla Convenzione «segna un decisivo superamento del concetto di disabilità tipico di altri sistemi normativi, basato su criteri generici e sull'assenza di un riferimento alla durata della minorazione. In relazione a quest'ultimo aspetto, si rileva che un'interpretazione letterale delle norme convenzionali porterebbe a sostenere che esse si applichino a tutti i soggetti affetti da patologie permanenti, le sole caratterizzate *prima facie* da un'entità



Tale definizione appare in sintonia con la posizione assunta da un recente rapporto (*World report on disability*) dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che, capovolgendo la precedente prospettiva e impostazione metodologica, non considera la disabilità un attributo della persona quanto, piuttosto, la risultante di una interazione tra persone con limitazioni funzionali e contesti attitudinali e ambientali²³.

I legami tra povertà e disabilità diventano, in particolare, oggetto di analisi da parte della Banca Mondiale in quanto un corretto *assessment* delle politiche intergovernative in materia richiede la definizione di adeguati indicatori di misurazione²⁴. Occorre ricordare, a tal proposito, come le proposte delle Nazioni Unite, negli ultimi anni, si sono raccolte intorno all'insieme di obiettivi fissati attraverso il *Millennium Development Goals* (MDG) con il disegno generale di ridurre la condizione di marginalità in cui versa gran parte della popolazione mondiale²⁵.

tale da giustificare l'esistenza di obblighi giuridici supplementari in capo agli Stati contraenti, aventi ad oggetto la rimozione delle situazioni impeditive o svantaggiose. Tuttavia, attraverso una lettura sistematica delle disposizioni pattizie maggiormente rilevanti, si può sostenere che anche le ipotesi di disabilità causate da menomazioni reversibili e di modesta entità, anch'esse capaci di causare alterazioni all'ordinaria capacità di agire, con conseguenti effetti nocivi sull'esercizio di libertà e diritti fondamentali, sono egualmente contemplate dagli obblighi positivi e di cooperazione internazionale²³.

²³ Secondo il Rapporto infatti «Disability is the umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions, referring to the negative aspects of the interaction between an individual (with a health condition) and that individual's contextual factors (environmental and personal factors)» di conseguenza «Defining disability as an interaction means that “disability” is not an attribute of the person».

Il rapporto è consultabile sul sito http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/index.html.

²⁴ La Banca Mondiale ha fatto ricorso a due indicatori *Activity Limitation Score* (ALS) and *Participation Restriction Score* (PRS) per misurare l'impatto degli interventi di salute pubblica sulle vite delle persone disabili.

Per approfondimenti si veda <http://siteresources.worldbank.org/SOCIALPROTECTION/Resources/SP-Discussion-papers/Disability-DP/0815.pdf>.

²⁵ Di particolare interesse si presenta il nesso esistente tra povertà e disabilità rispetto a quelle che vengono definite come disabilità secondarie – cioè condizioni di vita minime, malnutrizione, basso livello di accesso alle cure sanitarie e di istruzione – causate appunto dalla povertà per coloro che sono già disabili. Sull'argomento J. BRAITHWAITE, D. MONT, *Disability and poverty: A survey of World Bank Poverty Assessments and implications*, in *European Journal of Disability Research*, 2009, 3, pp. 219–232.



Il dato statistico, che vede circa 750 milioni di disabili nel mondo come la percentuale di quelli in età lavorativa rispetto al numero complessivo dei soggetti con deficit impedienti, è al centro della strategia dell'Organizzazione Mondiale del Lavoro che mira a creare uno sviluppo più inclusivo e sostenibile basato su un *rights-based approach* e sulla rimozione delle barriere che precludono a coloro che sono colpiti da infermità fisiche e psichiche una piena partecipazione alla vita sociale ed economica.

All'obiettivo primario di promuovere il lavoro in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana si deve, infatti, l'adozione di due fondamentali strumenti tesi al reinserimento e al recupero di lavoratori con disabilità: la *ILO Convention n. 159 on Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons)* del 1983 e la successiva Raccomandazione n. 168. In questa maniera viene a completarsi un percorso cominciato in seno all'Organizzazione già pochi anni dopo la sua costituzione²⁶ e che aveva visto i suoi antecedenti nelle disposizioni dirette a combattere la non discriminazione attraverso la promozione di uguali opportunità e trattamento nei luoghi di lavoro²⁷.

²⁶ Si noti, a tal proposito, come già i primi strumenti vennero adottati nel 1925 con *The Workmen's compensation (Minimum Scale) Recommendation, 1925, (No.22)* ove venivano fissati i criteri di cui tener conto nella corresponsione di somme di danaro in favore delle vittime di incidenti industriali, proseguirono durante la seconda guerra mondiale a causa dell'alto numero di reduci disabili (*Recommendation, 1944, No. 71*) e dopo la guerra con *Medical Examination of Young Persons (Industry) Convention, 1946 (No. 77)*, *Medical Examination of Young Persons (Non-Industrial Occupations) Convention, 1946 (No. 78)* e *Medical Examination of Young Persons Recommendation, 1946 (No. 79)* ove le autorità nazionali venivano invitate ad adottare adeguate misure in favore dei giovani con disabilità. Per una disamina esaustiva dell'azione svolta dall'organizzazione si veda lo studio "The Right to decent work of persons with disabilities" sul sito http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/moscow/info/publ/right/_dw_pd_pdf.

²⁷ Si veda al riguardo la *ILO Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)* che, sebbene non contenga una specifica disposizione che proibisce la discriminazione in ragione della disabilità, tuttavia prevede che «Any Member may, after consultation with representative employers' and workers' organizations, where such exist, determine that other special measures designed to meet the particular requirements of persons who, for reasons such as sex, age, disablement, family responsibilities or social or cultural status, are generally recognized to require special protection or assistance, shall not be deemed to be discrimination» (Art. 5.2). La necessità di avviare una adeguata strategia in grado di affrontare le problematiche poste dalla disabilità nei luoghi di lavoro spinge, nel novembre 2001, un meeting di esperti composto da governi, datori di lavoro e organizzazioni rappresentative dei lavoratori a



Sulla falsariga dell'azione svolta dalle predette Agenzie si è adoperata la già citata Organizzazione Mondiale della Sanità la cui attività, per lo più ispirata alle *Standard Rules*, vede, nel maggio 2005, adottare, da parte dell'Assemblea della stessa Organizzazione, la Risoluzione *Disability, including prevention, management and rehabilitation* (WHA 58.23), con la quale i governi nazionali vengono sollecitati ad implementare le stesse *Standard Rules*²⁸.

La situazione di debolezza di determinate categorie sociali (donne, bambini) le quali, in virtù di deficit psico-fisici, risultano maggiormente esposte al rischio di discriminazioni è l'oggetto di un insieme di disposizioni pattizie. Tra queste merita sottolineare quanto stabilito dall'art. 23 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 ove, nel riconoscere le cure speciali che un bambino disabile richiede, è stabilito che obiettivo dell'assistenza fornita è quella di garantire l'accesso all'istruzione, ad adeguati servizi alla salute e al reinserimento nonché la preparazione a un futuro impiego lavorativo il tutto nell'ottica di una maggiore integrazione sociale²⁹.

La realizzazione di efficaci percorsi di tutela in favore delle donne è uno dei compiti che le Nazioni Unite si sono assunte, sin dal 1979, con l'adozione della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW).

redigere un *ILO Code of Practice on Managing Disability in the Workplace* i cui contenuti, basati sui principi rivenienti dai principali strumenti internazionali, si rivolgono per lo più ai datori di lavoro come guida alla promozione della sicurezza e della salute dei disabili nei luoghi di lavoro.

²⁸ In particolare la Risoluzione invita il Direttore Generale della WHO a produrre un rapporto mondiale sulla disabilità basato sulle migliori prove scientifiche attualmente esistenti con l'obiettivo di elevare il profilo della questioni attinenti la disabilità e il reinserimento.

²⁹ Per approfondimenti si rinvia a M.R. SAULLE, *The Rights of the Child*, New York, 1995, pag. 357. Nel 2006 il Comitato sui diritti del fanciullo – nella funzione interpretativa tipica degli organismi creati dalla Convenzioni internazionali (vedi, anche, il Comitato sui diritti civili e politici e più avanti il Comitato *Cedaw*) – emana il Commento Generale n. 9 in cui prendendo atto che la maggioranza dei bambini disabili nei paesi in via di sviluppo rimane al di fuori del sistema scolastico e che cause della disabilità quali guerre, malattia e povertà possono essere prevenute chiarisce alcuni principi basilari in tema di minori (*non-discrimination, best interest of the child, right to life*) e fornisce agli Stati parte linee guida per una efficace implementazione dell'azione e della normativa in materia. V. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 9, "The Rights of Children with Disabilities" (Forty-third session, 2007), U.N. Doc. CRC/C/GC/9 (2007).



Detta Convenzione contiene numerose disposizioni che, in termini generali, si applicano alle donne disabili laddove risalta il principio del *gender mainstreaming* a cui la successiva disciplina si è ispirata³⁰. Al Comitato istituito attraverso la predetta Convenzione si devono, in particolare, la Raccomandazione Generale n. 18 (1991) e la n. 24 (1999). Con la prima si richiede agli Stati parte della Convenzione di adottare speciali misure idonee a garantire per le donne disabili l'uguaglianza di accesso all'istruzione, al lavoro, ai servizi sociali mentre con la seconda - che riguarda principalmente la tutela della salute - facendo leva su un approccio fondamentalmente sociologico che riconosce nei *societal factors* la differenza di condizione oggi esistente tra uomini e donne si chiede agli Stati parte di riferire sul livello delle politiche e misure adottate nel campo dei servizi di *health care*.

4. Se confrontato con il sistema di interventi che il legislatore italiano ha individuato per le disabilità, si può osservare come la implementazione del concetto di autonomia trova il suo pieno recepimento attraverso un *corpus* di norme con il quale lo stesso legislatore ha inteso valorizzare il principio di autodeterminazione dell'individuo. Seguendo tale solco, il potere gestorio che in determinate circostanze (di tempo e di luogo) residua in capo al disabile è stato reso il fulcro di un articolato piano di iniziative legislative che mirano a consentirgli la conduzione in prima persona dei propri interessi personali e patrimoniali e che, in adesione ai principi costituzionali del personalismo e del solidarismo, trovano i più autorevoli presupposti normativi negli artt. 2 e 3 della Costituzione³¹.

³⁰ Tra le tappe più significative si ricorda il ruolo che ha avuto la *Beijing Platform for Action* mentre, nel luglio del 1997, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite ha così definito il concetto di *gender mainstreaming*: «Mainstreaming a gender perspective is the process of assessing the implications for women and men of any planned action ... so that women and men benefit equally ...[the] ultimate goal of mainstreaming is to achieve gender equality.», v. Economic and Social Council, “Coordination of Policies and Activities of the Specialised Agencies. Mainstreaming the Gender Perspective into all Policies and Programmes in the United Nations System, Draft Agreed Conclusions”, 14 July 1997, paragraph 4.

³¹ In argomento v. P. STANZIONE, *op. cit.*, pag. 313 il quale rileva come l'attuale quadro normativo sulle minorità offre una molteplicità di forme e modelli di intervento caratterizzata da un insieme di



Nell'ambito della regolamentazione più significativa si segnala la legge n. 104 del 1992 ("Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate") avente come scopo precipuo quello di promuovere la piena integrazione della persona handicappata nella "famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società"³² e la l. n. 328 del 2000 ("Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali") che segna il passaggio da un sistema meramente riparativo di un disagio fisico e psichico a una protezione sociale attiva attraverso una rete di misure dirette ad ottimizzare le capacità residue del soggetto destinatario degli interventi.

Lo stesso dicasi per la legge del 13 maggio 1978 n. 180 ("Accertamenti e trattamenti sanitari volontari ed obbligatori") – meglio nota come "Legge Basaglia" – che rivoluzionando l'impostazione clinica dell'assistenza psichiatrica, sino ad allora seguita, mira a riconoscere alle persone affette da disturbi psichici il diritto ad una adeguata qualità della vita³³.

Per l'inserimento lavorativo dei disabili si evidenzia la l. n. 68 del 12 marzo 1999 ("Norme per il diritto al lavoro dei disabili") che ne prevede il collocamento mirato

tecniche di tutela che trovano nella categoria unificante dello *status personae* una loro ricomposizione per cui «La cultura della diversità, l'attenzione all'evolversi della personalità dei soggetti da tutelare può dirsi, anzi, il *leit motiv* del moderno atteggiamento del diritto al cospetto della minorità. La riprova inequivocabile è offerta dalla più volte richiamata l. n. 6/2004, che, nel riformare gli istituti di protezione dell'incapace, li struttura interamente sui principi della flessibilità e dell'elasticità. Si sottolinea, non a caso, come l'amministrazione di sostegno sia una *tailored measure*, un istituto "su misura", in grado di assicurare una piena tutela, specie sul piano esistenziale, alle esigenze concrete del disabile, pur nel rispetto della sua (residua) capacità di agire».

³² Si noti come la l. n. 328/2000 contenga tra le sue finalità, all'art. 1, quello di prevenire e rimuovere «le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali».

³³ La legge, nell'ottica del rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, valorizza l'autonomia funzionale del soggetto interessato ai trattamenti sanitari prevedendo «il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura» (art. 1, comma 1) e che «Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato». V. G. FERRANDO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 4, pag. 328.



attraverso il sistema delle convenzioni a cui può aderire il datore di lavoro ove spiccano, in particolare, le disposizioni relative “al piano personalizzato di inserimento lavorativo”³⁴.

La legge del 9 gennaio 2004, n. 6 (“Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all’istituzione dell’amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali”) con la quale viene introdotto nel nostro ordinamento l’istituto dell’amministrazione di sostegno (“La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio” art. 404 c.c.) si situa all’interno della predetta prospettiva concettuale³⁵.

³⁴ Sul punto D. GAROFALO, *L’inserimento e l’integrazione lavorativa dei disabili tramite convenzione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno II, Bari, 2009, pag. 189 che con riferimento alle disposizioni di cui all’art. 11 della legge afferma che esse “sono attuative del collocamento mirato, che combina l’adeguata valutazione delle capacità lavorative del disabile con il suo inserimento nel «posto adatto», attraverso quattro strumenti, tra i quali spiccano le «forme di sostegno» e le «azioni positive»”. Con riferimento all’art. 4 della l. 28 giugno 2012, n. 92 che contiene disposizioni volte a rafforzare l’inserimento lavorativo dei disabili v. F. LIMENA, *L’inserimento lavorativo dei disabili per la riforma Fornero*, in *Lav. nella giur.*, 2012, 10, p. 984. Sulla l. n. 68 del 12 marzo 1999 v. anche I. VACCARO GAMMONE, *Il diritto al lavoro delle persone disabili*, in *Lav. nella giur.*, 2002, 2, p. 119; P. SCIORTINO, *Disabili e diritto al lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2004, 6, p. 545.

³⁵ Per i primi commenti sulla legge si veda G. AUTORINO STANZIONE, V. ZAMBRANO (a cura di), *Amministrazione di sostegno. Commento alla l. 9.1.2004*, n. 6, Milano, 2004; G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L’amministrazione di sostegno*, Padova, 2004; G. BONILINI, *La designazione dell’amministratore di sostegno*, in *Studium Juris*, 2004, 1051, p. 1209 ss.; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno, l. 9.1.2004*, n. 6, Milano, 2004; E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell’incapacità di agire*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, II, p. 537; M. DOGLIOTTI, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004; G. FERRANDO (a cura di), *L’amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell’amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, II, p. 29 ss.; S. PATTI (a cura di), *L’amministrazione di sostegno*, in *Quaderni Familia*, 4, Milano, 2005; F. TOMMASEO, *L’amministrazione di sostegno: i profili processuali*, in *Studium Juris*, 2004, p. 1061.



La legge n. 6/2004 - in virtù della quale viene modificato il precedente Titolo XII (“Dell’infermità di mente, dell’interdizione e dell’inabilitazione”) del Libro Primo (“Delle persone e della famiglia”) del codice civile oggi rubricato “*Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*” - contiene un espresso rinvio alla residua capacità funzionale dell’individuo da proteggere infatti è stabilito che «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente» (art. 1). Cosicché l’istituto dell’amministrazione di sostegno poggia su un concetto – quello di infermità (“la persona che, per effetto di infermità ... si trova nella impossibilità ... di provvedere ai propri interessi” art. 1) – in grado di abbracciare una molteplicità di alterazioni patologiche, avendo nel bilanciamento tra l’esigenza di protezione del soggetto debole e la salvaguardia del potere di autodeterminazione di quest’ultimo il suo tratto più saliente³⁶. Il beneficiario dell’amministrazione di sostegno conserva, infatti, la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza necessaria dell’amministratore di sostegno (art. 409 c.c.).

In effetti, il tradizionale sistema dell’incapacità legale fondato sugli istituti dell’interdizione e della inabilitazione si è mostrato inadeguato a tutelare soggetti con deficit psico-fisici in quanto rimedi che possono rivelarsi del tutto sproporzionati in relazione alle esigenze del caso specifico. Si pensi, ad esempio, alla necessità di provvedere alla semplice

³⁶ R. CILIBERTI, A. ZACHEO, T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione, continuità e convivenza degli istituti di sostegno della persona non autonoma*, in *Riv. med. leg.*, 2008, 3, pag. 685, rilevano come il termine infermità, essendo accolto in tutti gli istituti previsti per l’incapacità legale, rimanda alla necessità di una valutazione e definizione unitaria del suo contenuto per la quale, gli stessi Autori, rinviando a E.V. NAPOLI, *L’infermità di mente, l’interdizione, l’inabilitazione*, in P. SCHLESINGER, *Commentario al Codice Civile*, Milano, 1991, p. 25. Controversa è, per i predetti Autori, la questione se il termine infermità sia da riferire a una definizione medica oppure a un generale stato di alterazione della salute ove si cita per la dottrina a favore di quest’ultima tesi M. DOSSETTI, *Amministrazione di sostegno*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *L’amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Milano, 2004, p. 25.



riscossione della pensione erogata in favore della persona inferma che non richiede affatto provvedimenti di limitazione generale della capacità di agire potendosi ritenere sufficiente la misura prevista dall'art. 404 c.c.³⁷.

Da tali considerazioni nasce l'istituto dell'amministrazione di sostegno che, nella sua stessa essenza ontologica, differisce dalle altre figure di protezione degli impediti ad agire in quanto viene dal giudice calibrato secondo le esigenze del soggetto infermo evitando gli effetti ben più invasivi dell'interdizione e dell'inabilitazione. L'obbligatorietà della pronuncia di interdizione viene meno anche nei casi più gravi, quelli cioè "senza speranza", rimanendo il carattere sussidiario – e oramai sempre più residuale – del predetto istituto³⁸.

Pertanto, il criterio che definisce l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno non va individuato in rapporto al tipo e al grado di infermità né con riferimento alla impossibilità da parte del soggetto interessato di attendere ai propri interessi ma, piuttosto, alla maggiore idoneità del meccanismo normativo nell'adeguarsi alle esigenze concrete del beneficiario stante la maggiore elasticità e flessibilità della procedura prevista dal codice³⁹.

Si osserva come il requisito dell'attualità caratterizza la misura giacché è da ritenere che solo l'adozione del provvedimento giudiziale *rebus sic stantibus* può garantire che la tutela effettiva della persona avvenga secondo quelle precise circostanze di tempo e di fatto in cui

³⁷ Tra le tante si veda Trib. Foggia 18 giugno 2012; Trib. Roma 23 febbraio 2012.

³⁸ Trib. Venezia 13 ottobre 2005, in *Fam. pers. succ.*, pag. 320 ss., con nota di G. FERRANDO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, cit., pag. 329 secondo la quale «Le modifiche apportate all'art. 414 c.c. suonano come un *de profundis* per l'obbligatorietà incondizionata della pronuncia di interdizione, ed instaurano un nuovo sistema di concorrenza tra le due misure, all'interno del quale l'interdizione diviene strumento sussidiario rispetto ad altre alternative». V. anche G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *FamD*, 2004, pag. 128; G. SALITO, P. MATERA, *Amministrazione di sostegno tra Sein und Sollen*, in *Giur. merito*, 2005, p. 1086 ss.

³⁹ Tra le tante Cass. 22 aprile 2009 n. 9628, in *Riv. notariato*, 2009, 4, pag. 36; in *Nuova giur. civ.*, 2009, 10, 1, pag. 963 con nota di M. NOVELLA BUGETTI; in *FamD*, 2010, 1, pag. 15, con nota di M. GOZZI; Cass. 12 giugno 2006 n. 13584, in *Corr. giur.*, 2006, 11, pag. 1529, con nota di M. NOVELLA BUGETTI; *Guida dir.*, 2006, 36, pag. 53; *FamD*, 2007, 1, pag. 31, con nota di M. SESTA. Di recente anche Trib. Torre Annunziata 13 gennaio 2014.



si trova la persona disabile, con l'ovvia conseguenza che anche l'intervento giudiziario deve essere contestuale all'insorgere della esigenza di protezione del soggetto⁴⁰.

Il rispetto della personalità del beneficiario, quale canone che sovrintende la scelta dell'amministratore di sostegno, emerge dalla lettura dell'art. 408, comma 1, c.c. secondo cui «La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario», disposizione, questa, che va coordinata con la funzionalizzazione del potere di autodeterminazione del disabile al soddisfacimento dei reali bisogni di quest'ultimo come del resto si desume dall'art. 405, comma 5, punto 4 che consente al beneficiario di compiere atti in autonomia ma solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno.

È stato opportunamente osservato come la funzione vicaria esercitata dall'amministratore di sostegno postula sempre un rapporto di fiducia tra assistito e rappresentante legale in virtù del quale non possono essere disattese aspirazioni, necessità e opinioni espresse dal beneficiario della misura⁴¹. Il profilo comunicativo insito nell'istituto è vieppiù accentuato da quanto previsto dall'art. 407, comma 2, c.c. ove è stabilito che il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona rispetto al quale il procedimento è in corso («deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della

⁴⁰ V. Cass. 20 dicembre 2012 n. 23707 secondo cui il provvedimento giudiziale viene disposto «in modo da salvaguardare, assunte le necessarie informazioni e sentiti i soggetti legittimati ai sensi dell'art. 406 c.c., ad attivare l'istituto, il diritto della persona alla tutela effettiva, necessaria in quel momento e in quella determinata situazione. In logica consecuzione, non ne è ammessa l'adozione ora per allora, in vista di una condizione futura». V. anche Trib. Varese 25 agosto 2011, in *Giur. it.*, 2011, 8-9, pag. 1805.

⁴¹ Si veda G. BONILINI, *La capacità di agire del beneficiario*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, pag. 29, secondo cui «il ruolo dell'amministratore di sostegno non dovrà essere considerato, semplicemente, sostitutivo, ma, principalmente, di sostegno, nel senso che l'amministratore di sostegno non deciderà "per" il soggetto non autosufficiente, bensì "con" il soggetto non autosufficiente, rispettando la persona e la libertà del decidente, senza coartarne la decisione, o sovrapporsi alla stessa. V. anche S. VOCATURO, *L'amministratore di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. notariato*, 2004, III, pag. 248. In giurisprudenza Cass. 16 ottobre 2007, *cit*; Trib. Varese, *cit*.



persona, dei bisogni e delle richieste di questa”), valorizzando in tal modo l’autonomia morale del singolo anche dal punto di vista processuale⁴².

Si deve rilevare come nel modello procedimentale delineato dall’art. 407, comma 2, manchi qualsiasi indicazione – del resto in maniera non dissimile da tutte le altre ipotesi normativamente previste di ascolto⁴³ – circa lo schema o le tecniche che il giudice sarebbe tenuto a seguire, ciò a conferma che la discrezionalità assegnata rappresenta la miglior garanzia di rispetto delle aspirazioni e dei bisogni dell’amministrato⁴⁴.

Appare immanente alla lettura delle norme nel senso dell’autonomia della persona la previsione di una specifica disposizione – quale è l’art. 410 c.c. relativo all’obbligo di informazione – che consente al disabile di interagire con la realtà esterna che lo circonda.

⁴² Si osserva come la Corte costituzionale con ordinanza del 19 gennaio 2007 n. 4, in *Corr. giur.*, 2007, 3, pag. 427; in *Fam. pers. succ.*, 2007, 5, pag. 458; in *FamD*, 2007, 10, pag. 874 con nota di A. FIGONE; in *Riv. notariato*, 2007, 3, pag. 249 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 407 e 410 c.c. nella parte in cui non subordinano al consenso dell’interessato l’attivazione della misura dell’amministrazione di sostegno ed il compimento dei singoli atti gestionali ritenendo sufficiente quanto disposto dall’art. 407 c.c. che attribuisce al giudice anche il potere di non procedere alla nomina dell’amministratore di sostegno in presenza del dissenso dell’interessato, ove ritenga tale dissenso giustificato e prevalente su ogni altra considerazione.

⁴³ V. l’art. 419 c.c. che prevede l’esame dell’interdicendo o dell’inabilitando quale condizione per la pronuncia di interdizione o inabilitazione oppure in materia di adozione la l. n. 184/1983 con riguardo alla dichiarazione di adozione (artt. 7 e 25), all’adottabilità (artt. 10 e 15), all’affidamento preadottivo (artt. 22 e 23), nei procedimenti di separazione e divorzio l’art. 156 sexies c.c. circa l’audizione del figlio minore che abbia compiuto dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

⁴⁴ Si veda E. V. NAPOLI, *L’amministrazione di sostegno*, Padova, 2009, secondo il quale «La recente entrata in vigore della legge sull’amministrazione di sostegno non consente di reperire parametri di ragionevole effettività sulle modalità di conduzione dell’audizione, per le quali occorrerebbe utilizzare ricerche statistiche, ancora non condotte» ed aggiunge «L’esame o l’audizione deve essere piuttosto condotta con l’utilizzazione delle migliori tecniche dell’intervista, individuate dalla sociologia della comunicazione, che possano rendere leggibile la personalità del soggetto». Sul carattere dialogico del rapporto giudice-beneficiario la cui finalità è quella di individuare i bisogni dell’interessato si veda, anche, V. AMENDOLAGINE, *La ricerca del “best interest” del beneficiando nell’amministrazione di sostegno*, in *FamD*, 8-9, 2011, pag. 896 che, con riguardo all’audizione del beneficiando, afferma che «trattasi non di un interrogatorio ma di un semplice colloquio la cui finalità non è ravvisabile nell’acquisizione del parere del beneficiando in ordine alla nomina dell’A.d.S. ma unicamente nell’ascoltarne i bisogni e le eventuali richieste, al fine di considerarle, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione ravvisabili in capo al medesimo».



È, infatti, attraverso la necessaria informazione sulle scelte che lo riguardano che la fase partecipativa del disabile può completarsi con l'adozione di una decisione in cui questi, liberamente e consapevolmente, interviene cosicché è chiaro come un corretto percorso informativo finisca per costituire il presupposto che consente l'espressione del reale bisogno.

L'argomento trova conferma nello stesso art. 410 c.c. che ammettendo ipotesi di dissenso, tra disabile e amministratore di sostegno, rimette gli opportuni provvedimenti alla decisione del giudice⁴⁵.

5. È di tutta evidenza che la riflessione sui soggetti con deficit fisici o psichici quando investe la tutela di diritti di natura personale o personalissimi connessi alla vita di relazione, al tempo libero, alla istruzione o alla salute appare come il profilo della vulnerabilità umana che maggiormente si attaglia agli istituti di protezione del soggetto incapace. Se non altro perché detto profilo è quello più rispondente alla definizione di disabilità come interazione tra limitazione personale e contesto attitudinale e ambientale⁴⁶.

È altrettanto fuor di dubbio che, riguardo al potere di autodeterminazione dell'individuo, la problematica inerente le decisioni sulla salute nonché quella relativa al consenso al trattamento medico o al rifiuto di sottoporsi a terapie ed interventi chirurgici rappresenta uno degli argomenti più controversi. Difatti, il consenso libero e informato al trattamento sanitario è il cardine attorno cui ruota il sistema di protezione delineato a livello sovranazionale e nazionale e, quindi, l'indefettibile presupposto metodologico attraverso cui esaminare come gli ordinamenti giuridici orientano la relativa disciplina.

⁴⁵ G. FERRANDO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, cit., pag. 328 secondo la quale «l'amministrazione di sostegno postulerebbe comunque una qualche capacità del disabile di relazionarsi con il mondo esterno, di comunicare con l'amministratore. Se ne trae argomento dalla disposizione (art. 410 c.c.) che prevede per l'amministratore obblighi di informazione e di rispetto dei bisogni e delle richieste del beneficiario, che ipotizza possibili "dissensi" da sanare con l'intervento del giudice, regola che sembrerebbe presupporre l'attitudine del beneficiario a stabilire almeno un minimo di vita di relazione».

⁴⁶ V. *supra* pag. 7.



Occorre notare come in numerosi paesi, quali la Francia, la libera volontà del paziente è stata oggetto di specifiche disposizioni, infatti il principio del *consentement libre et éclairé* trova una compiuta disciplina nella legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002 “*Relative aux droits des malade et à la qualité du système de santé*” (cd. Loi Kouchner) che ha previsto, all’art. 11, che «*Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moments*» (art. L. 1111-4 code de la santé publique)⁴⁷. La legge prevede, in particolare, il caso in cui una persona maggiore di età designi colui (*un parent, un proche ou le médecin*) che dovrà essere consultato qualora il beneficiario del trattamento trovandosi *hors d’état* non possa esprimere la propria volontà e ricevere le informazioni necessarie per la terapia (art. 11). Pertanto, qualora il soggetto versi in siffatta condizione nessun trattamento sanitario o intervento chirurgico può essere eseguito, salvo casi di urgenza, e purché le persone designate siano previamente consultate⁴⁸.

In Spagna la legge del 14 novembre 2002 n. 42 (*Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*) – a integrazione della precedente *Ley General de Sanidad* del 25 aprile 1986 n. 14 – assegna uno

⁴⁷ In dottrina F. ALT-MAES, *Les deux faces de l’information médicale: vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002*, in *Gaz. Pal.*, 2003, 3; N. ALBERT, *Obligation d’information médicale et responsabilité*, in *RFDadm*, 2003, pag. 353; M. BACACHE, *L’obligation d’informaton du médecin*, in *Med. & Dr.*, 2005, 3; J.-L. FAGNART, *Information du patient et responsabilité du médecin*, in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, pag. 51; G. SCHAMPS, *L’information et le consentement du patient au regard de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient*, in *Droits du patient et responsabilité médicale*, Diegem, Kluwer, 2003, pp. 41-68.

⁴⁸ Si fa notare come la legislazione francese prevede il consenso libero ed informato in varie altre leggi, tra cui: la legge del 17 gennaio 1975 n. 75-17 (modificata dalla l. 4 luglio 2001 n. 2001-588) sull’interruzione volontaria della gravidanza, l. 20 dicembre 1988 n. 88-1138 (cd. *loi Huriet*) relativa alla ricerca biomedica sulle persone, l. 29 luglio 1994 n. 94-653 sulla donazione di organi, tessuti, cellule dal corpo umano. Per l’oggetto della presente trattazione si segnala, in particolare, la l. n° 90-527 del 27 giugno 1990 relativa alla protezione delle persone ospedalizzate in ragione di disturbi mentali con la quale viene introdotto nel *Code de la santé publique* l’articolo L 3211-1 secondo cui: «*Une personne ne peut sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, être hospitalisée ou maintenue en hospitalisation dans un établissement accueillant des malades atteints de troubles mentaux, hormis les cas prévus par la loi (...)*» nonché la l. 4 marzo 2002 n. 2002-303 con la quale si prevedono norme più rigide per l’“ospedalizzazione d’ufficio” per cui la “*la nécessité de soins*” diventa criterio indispensabile e prioritario.



specifico rilievo, come del resto si legge nella relazione esplicativa, alla dignità del paziente e alla sua libertà individuale dedicandone uno specifico titolo (Capitolo “*El respeto de la autonomía del paciente*”), disciplinando le varie ipotesi di consenso per rappresentanza⁴⁹.

Nel Regno Unito spicca il *Mental Health Act* del 2007 che in un ampio articolato normativo regolamenta, tra le varie ipotesi, quella in cui una persona può essere trattata senza il suo consenso laddove il disordine mentale metta in pericolo il suo stato di salute o costituisca un pericolo per la comunità (artt. 100, 101, 102, 103, 104) e il *Mental Capacity Act* del 2005 (come modificato dal MHA del 2007) che affronta le questioni su quando una persona può dirsi mancante della capacità, non può prendere decisioni nel proprio interesse, può conferire procura a un rappresentante legale, fare (in stato di capacità) dichiarazioni anticipate su futuri trattamenti⁵⁰.

In effetti, il punto di partenza del disegno normativo sinteticamente abbozzato ha il suo più chiaro radicamento nella legislazione sovranazionale in cui l'opzione garantista per la persona umana emerge dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, che pone principi fondamentali in materia di bioetica nonché obblighi giuridici vincolanti per gli Stati firmatari.

⁴⁹ Nella relazione è scritto, infatti, che «La presente Ley completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado». In caso di incapacità, invece, si prevede che «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente... 5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

⁵⁰ For the purposes of this Act, 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. (2) It does not matter whether the impairment or disturbance is permanent or temporary. (3) A lack of capacity cannot be established merely by reference to: (a) a person's age or appearance, or (b) a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about his capacity.



La Convenzione affronta la delicata tematica del consenso nel Capitolo II (Consenso) dove viene fissato, all'art. 5, il principio secondo cui un intervento nel campo della salute non può essere effettuato (tranne che nell'ipotesi eccezionale in cui il consenso non può essere ottenuto, art. 8) se non dopo che la persona interessata abbia prestato il consenso libero e informato. L'art. 6 prosegue stabilendo che il trattamento sanitario su una persona che non ha la capacità di dare consenso a causa di un handicap mentale o di una malattia non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il beneficiario del trattamento deve essere, per quanto possibile, reso partecipe della procedura. Si specifica, inoltre, all'art. 7 e con riferimento alle persone con disturbi mentali la necessità del consenso a meno che l'assenza di tale trattamento si risolva in un grave pregiudizio per la salute del paziente. Il tema estremamente delicato delle dichiarazioni espresse in anticipo è affrontato all'art. 9 che, alquanto genericamente, stabilisce che i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico saranno tenuti in considerazione⁵¹.

Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'ambito del diritto all'integrità della persona, si occupa del consenso libero ed informato della persona sancendone l'obbligatorietà nel campo della medicina e della biologia (art. 3)⁵².

6. Nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano l'ampia elaborazione normativa europea, sia nazionale che sovranazionale, non trova analogia corrispondenza posto che sono poche e generiche le previsioni riconducibili a leggi speciali. Tra queste la legge del 23 dicembre 1978 n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale secondo cui gli accertamenti

⁵¹ R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. int.*, 1998, 2, pag. 457, esprime perplessità sul fatto che nell'art. 9 non viene precisato in che modo e misura si deve tener conto degli auspici espressi in precedenza dal paziente.

⁵² Per approfondimenti S. ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *FamD*, 2011, 1, pag. 85 ss. Per il commento dell'articolo 3 della Convenzione v. R. BIFULCO, *Art. 3*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., pag. 51.



e i trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione di chi vi è obbligato (art. 33) e la legge n. 180/1978 che prevede, in verità piuttosto marginalmente, l'acquisizione del consenso prima dell'esecuzione dei trattamenti per malattia mentale (art. 1). Invero, il principio del consenso informato è oggetto di elaborazione attraverso una interpretazione sistematica dei precetti costituzionali (artt. 2, 13, 32 Cost.) da cui consegue che detto principio deve essere considerato come fondamento imprescindibile in materia di trattamenti sanitari. È questa la posizione che la Corte costituzionale ha assunto con la sentenza del 23 dicembre 2008 n. 438 in cui i giudici hanno precisato che il consenso informato assolve alla funzione di sintesi del diritto della persona all'autodeterminazione e del diritto alla salute delineando, altresì, il modello informativo idoneo a consentire l'esercizio della libertà personale⁵³.

Si consolida, infatti, l'orientamento che tende ad equiparare la mancata richiesta del consenso informato a una violazione del diritto fondamentale dell'uomo a vedere tutelato il bene primario della salute per cui l'unica causa esimente della responsabilità da omessa informazione è costituita dal rischio di mettere a repentaglio la vita umana⁵⁴. In definitiva, si fa strada la posizione che vede nel consenso informato lo strumento principe per garantire l'individualità umana in uno dei suoi attributi più importanti costituito dal diritto all'autodeterminazione. Su tale presupposto tutte le convinzioni etiche, religiose o culturali che possono essere alla base della scelta sono espressione del principio personalistico a cui si ispira la nostra Costituzione⁵⁵.

La complessità della categoria del consenso si rivela nella molteplicità di contenuti che può assumere posto che nell'elemento volitivo va ricompreso l'assenso alle terapie sanitarie ma anche il rifiuto di sottoporsi nonché la scelta di interromperle in qualunque fase

⁵³ In *Foro it.*, 2009, 5, 1, c. 1328; in *Giur. it.*, 2009. Conforme Corte cost. 19 ottobre 2009 n. 259, in *Resp. civ.*, 2009, 10, pag. 855.

⁵⁴ Cass. 28 luglio 2011 n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, 6, pag. 621.

⁵⁵ Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, *cit.*



della vita anche quella terminale⁵⁶. Può dirsi definitivamente acquisito, infatti, il principio secondo cui l'attuale assetto normativo salvo alcune eccezioni, come può essere il caso delle vaccinazioni, non prevede alcun obbligo di curarsi⁵⁷.

D'altronde, è evidente l'estrema delicatezza della materia che finisce immancabilmente per convergere nelle questioni attinenti all'eutanasia con il portato dell'altrettanto delicato dibattito sull'ammissibilità delle dichiarazioni anticipate di trattamento. Non è questa, tuttavia, la sede di un approfondimento che richiederebbe una più ampia e specifica riflessione ove, peraltro, non mancano posizioni secondo cui l'attuale dettato normativo sarebbe sufficiente a delineare contenuti e confini del diritto a disporre del proprio corpo senza che siano necessari interventi *ad hoc* del legislatore. Preme, piuttosto, evidenziare alcuni aspetti su come l'impostazione che l'ordinamento giuridico sta fornendo al diritto all'autonomia della persona interagisca con il profilo strettamente personale della cura della persona.

A tal riguardo la disciplina dell'amministrazione di sostegno, seppure con l'eccezione di cui all'art. 405 c.c. (in virtù del quale «qualora ne sussiste la necessità, il giudice tutelare adotta i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio») non pone in maniera inequivocabile la tutela del disabile nell'ambito della categoria unica della *cura persona* e *cura patrimonii* rimandando, piuttosto, al generico riferimento di cui all'art. 408 c.c.

⁵⁶ Su tale posizione si è attestata la Suprema Corte con sentenza del 24 giugno 2008 n. 37077, in *Guida dir.*, 2008, 42, pag. 99 secondo cui «L'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il consenso informato del paziente, giacché il paziente non solo deve poter scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma può anche eventualmente rifiutare la terapia e decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale».

⁵⁷ Cass. 15 settembre 2008 n. 23676, in *Resp. civ.*, 2008, 11, pag. 947; in *Corr. giur.*, 2008, 12, pag. 1671 con nota di F. FORTE; in *Foro. it.*, 2009, 1, 1, c. 36 con nota di G. CASABURI; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, pag. 170, con nota di G. CRICENTI. Per i giudici non è contestabile il principio che attribuisce al paziente la volontà di non curarsi purché il dissenso sia oggetto di “manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata”.



D'altronde una prima lettura in termini soltanto civilistico-patrimoniali poteva essere avallata da quanto previsto nella relazione introduttiva al disegno di legge⁵⁸ nonché dal fatto che il campo di protezione offerta dai tradizionali istituti della interdizione e dell'inabilitazione è racchiusa negli stretti spazi della protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario. In realtà la giurisprudenza di legittimità ha, sin da subito, chiarito come le norme introdotte dalla legge n. 6/2004 hanno posto al centro dell'attenzione non più la sola cura del patrimonio ma piuttosto la persona e i suoi bisogni personali⁵⁹.

È facile intuire come, detta interpretazione, apra la strada all'intervento dei soggetti terzi in ordine al requisito del consenso libero, informato ed attuale richiesto per i trattamenti sanitari ma pone, al tempo stesso, la necessità di delimitare proprio in nome del diritto all'autonomia dell'assistito i poteri del rappresentante legale⁶⁰. In particolare, tale esigenza si presenta in maniera forte rispetto ai quei disabili che non sono in condizioni di capacità di intendere e volere.

Va detto che in ordine alla natura del consenso informato quest'ultimo rientra tra quegli atti definiti come personalissimi, il cui ambito di operatività ricade esclusivamente nella sfera dell'avente diritto in quanto espressione di libertà individuali strettamente connesse alle esigenze più intime del soggetto interessato. Tra gli esempi tipici di atti

⁵⁸ Sul punto B. VIMERCATI, *Amministratore di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1, pag. 129.

⁵⁹ Cass. 12 giugno 2006 n. 13584, *cit.* In dottrina G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *cit.*, 2007, pag. 205 secondo cui tale interpretazione è da avvalorarsi con riferimento all'art. 44 delle Disposizioni di attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, novellato ad opera dell'art. 12 della l. n. 6/2004 «là dove prevede che il giudice tutelare possa dare all'amministratore di sostegno «istruzioni inerenti agli interessi morali [...] del beneficiario, espressione, questa, che non può che alludere alla *cura personae*». V., anche, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pag. 32.

⁶⁰ Va detto che il diritto all'autodeterminazione passa necessariamente dalla valorizzazione della capacità di comprensione del soggetto attraverso una informazione comprensibile e onesta che gli consentano di orientarsi e decidere in maniera adeguata laddove, invece, le procedure del consenso informato appaiono spesso improntate a scopi precauzionali tesi a salvaguardare il prestatore di servizi piuttosto che l'utente. In questo senso P. MOROZZO DALLA ROCCA, *cit.*



personalissimi per i quali è da escludere un generale potere di rappresentanza si suole ricondurre il consenso matrimoniale, le disposizioni testamentarie, le funzioni esercitate dal tutore⁶¹, la domanda di divorzio⁶². In sostanza, il consenso libero e informato costituisce il discrimine tra liceità ed illiceità dell'intervento sanitario.

Si deve rilevare come nelle varie esperienze giurisprudenziali è dato riscontrare l'attribuzione in capo all'amministratore di sostegno del potere di rappresentare l'incapace di esprimere un consapevole consenso informato in merito alle terapie sanitarie cui sottoporsi. Emerge, infatti, il concetto di "volontà presunta" rispetto alla quale l'amministratore sarebbe chiamato a una opera di ricostruzione tesa ad individuare la scelta che colui che non è più cosciente avrebbe seguito se fosse stato *compos sui*⁶³. A tal proposito, non si può non tenere conto della notissima sentenza Englaro i cui indici di manifestazione della volontà della persona sono individuati sulla base di parametri in grado di circoscrivere il più possibile le determinazioni dell'incapace («alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base

⁶¹ Trib. Lecco 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ.*, 2006, 5, pag. 470 con nota di A. SANTUOSSO. Si veda, anche, Cass. (ord.) 20 aprile 2005 n. 8291, in *Corr. giur.*, 2005, 6, pag. 788 con nota di E. CALÒ che, in un caso relativo a una persona in stato vegetativo permanente, ha ritenuto di escludere l'esistenza in capo al tutore, di una rappresentanza generale degli interessi dell'interdetto con riguardo a siffatto genere di atti ritenendo che deve trovare applicazione l'art. 78 c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale al rappresentato; ciò in quanto la decisione da prendere presuppone «il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive: con la conseguenza che giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze, nella specie neppure analiticamente prospettate, possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta».

⁶² Trib. Milano 6 marzo 2009. In senso favorevole alla rappresentanza per la domanda di divorzio Trib. Roma 10 marzo 2009.

⁶³ Trib. Reggio Emilia 25 luglio 2012, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 7, pag. 709 relativo a un caso di persona affetta da sclerosi multipla maligna nei cui confronti veniva disposta la terapia palliativa invece della procedura più invasiva con intubazione o ventilazione meccanica; Trib. Reggio Emilia 24 luglio 2012 ove gli indicatori utili a suggerire la scelta di cura che avrebbe seguito possono essere costituiti, secondo i giudici, dallo stile di vita, la personalità, le convinzioni etiche e religiose, culturali e filosofiche.



dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza")⁶⁴.

Rispetto alla posizione della Cassazione n. 21748/2007 si registra, tuttavia, l'inversione di tendenza operata dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza del 27 novembre 2012 n. 20984 attraverso la quale, respingendo le argomentazioni di natura presuntiva della Corte di merito, è stata ridimensionata la rilevanza del consenso ricostruito, ritenendo che la scelta del paziente deve tradursi sempre in una volontà effettiva e reale⁶⁵. In realtà, la sentenza fa proprie le obiezioni che parte della dottrina aveva già avanzato circa la congruità tra rifiuto delle cure e i caratteri del dissenso che oltre ad essere informato, consapevole ed inequivoco deve anche superare il dubbio che la volontà in precedenza manifestata non sia, nel tempo, mutata⁶⁶. Senza entrare nello specifico della tematica si può notare come sia la stessa sentenza della Cassazione n. 21748/2007 a fornire utili indicazioni per l'esercizio di poteri in luogo del disabile dal momento che viene precisato che la scelta in questione non deve essere *espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante*,

⁶⁴ Cass. 16 ottobre 2007, cit.

⁶⁵ In *Danno resp.*, 2013, 2, pag. 208; in *Contratti*, 2013, 1, pag. 63. Per i giudici occorre distinguere tra consenso presunto e prova del consenso per cui si è in presenza di un consenso presunto "nel caso in cui si ritiene che il soggetto in quel dato contesto situazionale avrebbe sicuramente dato il consenso se gli fosse stato richiesto". Nel caso di specie, la presunzione respinta dalla Corte si concretava nel fatto che il paziente, in quanto medico, aveva le cognizioni scientifiche necessarie per rendersi conto del trattamento, faceva parte della stessa struttura ospedaliera e quindi aveva un contatto frequente con i medici curanti, per cui il sottoporsi alla cura significava, sempre secondo i giudici, che era d'accordo. Di contro il consenso effettivo e reale è quello dimostrabile attraverso la prova derivante da un documento scritto o a mezzo testimoni.

⁶⁶ Tra i vari contributi in tal senso F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam.*, 2008, pag. 116; G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pag. 375; P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*, in *Dir. fam.*, 2008, pag. 620 ss. Sul punto, anche, R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, in *FamD*, 2008, 2, pag. 143 ss., e R. PACIA, *Sull'interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*, ibidem, pag. 918 ss. i quali rilevano l'inammissibilità della ricostruzione anche della cd. volontà ipotetica che sarebbe quella riconducibile non più neppure alle dichiarazioni del paziente, ma soltanto alla personalità, allo stile di vita e ai convincimenti del medesimo.



ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, né deve essere in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione.

In detto quadro giurisprudenziale, quantunque oscillante, la l. n. 6/2004 si inserisce con le sue molteplici valenze suppletive giacché l'affermazione, in linea di principio, di una legittimazione sostitutiva rispetto al consenso espresso dall'incapace lascia intuire come la disciplina di sostegno può, allo stato, essere ritenuta come la più idonea a garantire i diritti personalissimi della persona⁶⁷ pur nascondendosi, tuttavia, i limiti che la stessa disciplina contiene non avendo in sé quei contenuti necessari che solo una legge ad hoc può soddisfare⁶⁸.

7. Di notevole rilievo appare la questione della tutela delle persone in età avanzata ove, a fronte della crescita numerica della popolazione anziana, l'esigenza di bilanciare l'autonomia della persona con il potere rappresentativo dei terzi ha dovuto trovare, sul piano dell'esperienza giurisprudenziale, un particolare adattamento⁶⁹.

⁶⁷ Tra i tanti contributi R. MASONI, A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pag. 440. Si osserva che in virtù di una interpretazione ampia della tutela offerta dalla l. n. 6/2004 il Tribunale di Modena ha ritenuto che la domanda di divorzio può essere esperita dall'amministratore di sostegno in nome e nell'interesse della persona disabile «in base agli ampi poteri discrezionali affidati al Giudice Tutelare nel definire i compiti dell'amministratore di sostegno (art. 405 c.c.) e nel dare in ogni momento istruzioni sulla cura degli interessi anche personali del disabile (art. 44 disp. att. c.c.)». Trib. Modena 26 ottobre 2007, in *FamD*, 2008, 3, pag. 277 con nota di F. ANELLI.

⁶⁸ In tal senso G. FERRANDO, *Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2013, pag. 977 secondo cui "La nuova legge ha molti pregi, ma anche alcuni limiti. Essa introduce una nuova figura con compiti di rappresentanza e di sostituzione del disabile. All'amministratore di sostegno vengono attribuiti anche poteri di cura della persona, di protezione dei diritti di natura personale, senza tuttavia disciplinare in modo esauriente i suoi poteri in questo campo. Questo crea numerosi problemi soprattutto per quel che riguarda la salute, il consenso al trattamento medico ed eventualmente la possibilità di rifiutare trattamenti non desiderati".

⁶⁹ Nel ripercorrere le tappe principali che l'istituto dell'amministrazione di sostegno ha attraversato negli ultimi dieci anni va sottolineato che il successo conseguito dal predetto istituto, testimoniato dall'alto numero di ricorsi, è certamente ascrivibile ai cambiamenti demografici sempre più spostati verso l'innalzamento della popolazione anziana e le conseguenti esigenze di protezione. Si vedano le considerazioni svolte da R. MASONI, *Un decennio di amministrazione di sostegno: nuove esigenze, nuove*



In maniera coerente con quanto stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 25 «L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale» occorre preliminarmente notare come, a differenza degli originari progetti di legge, la disciplina dell'amministrazione di sostegno non ha previsto la categoria specifica degli anziani quale categoria da proteggere. Tale scelta normativa, nonostante le critiche sollevate, appare condivisibile dal momento che la senilità non può essere associata a una condizione patologica per cui solo le eventuali ripercussioni dell'età anziana sul piano fisico o psichico possono giustificare le misure di protezione in quanto dette misure sono dirette a rimuovere la situazione giuridicamente impediente in cui versa la persona⁷⁰. In sostanza, capovolgendo la prospettiva di cui all'antico brocardo *senectus ipsa morbus est*, l'anziano viene protetto laddove necessiti di specifiche cure.

Alla luce delle predette considerazioni la giurisprudenza si è evoluta secondo un'ottica che esclude, a priori, per i soggetti in età avanzata alcuna forma di incapacità legale qualora tali soggetti siano in grado di condurre in maniera indipendente la propria esistenza

risposte, in *Dir. fam.*, 2014, pag. 1127 secondo il quale “Probabilmente, hanno inciso significativamente le nuove esigenze emerse, in una società anagraficamente sempre più anziana per via dell'invecchiamento costante della popolazione (anche connessa con le nuove frontiere della medicina) ed un progressivo allungamento della durata media della vita. Ben noti sono i problemi della terza età. In presenza di una persona indebolita nelle energie fisiche e mentali per effetto dell'età avanzata, subentra per l'anziano l'esigenza di ricevere aiuto da un vicario, fruire di un supporto giuridico che gli permetta di continuare la vita nel consorzio sociale. Questo fattore può spiegare, almeno parzialmente, l'esplosione di ricorsi in materia”.

⁷⁰ G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, p. 76; S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 3, pag. 260; P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, cit., pag. 313; v. anche G. LISELLA, *Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pag. 220. V. Trib. Modena 3 luglio 2014 che ha ritenuto come l'età ottuagenaria non possa giustificare l'adozione di un provvedimento di amministrazione di sostegno qualora, come nel caso di specie, si tratti di persona in buone condizioni psicofisiche.



soddisfacendo ai bisogni materiali e alla cura della propria persona⁷¹. Gli istituti di protezione, quindi, trovano applicazione solo in presenza di una apprezzabile limitazione della funzionalità quotidiana⁷².

D'altra parte, la capacità di autodeterminarsi della persona disabile rileva al punto che è stato ritenuto ammissibile disporre la protezione a mezzo delle fattispecie normativamente previste anche quando manchi una vera e propria infermità e si sia in presenza di una semplice situazione di difficoltà fisica purché ci sia una volontà autonomamente espressa da parte dello stesso beneficiario⁷³. La decisione, che pur suscita qualche perplessità se rapportata al tenore letterale dell'art. 404 c.c. (pur essendo vero che la disposizione fa riferimento a una possibile menomazione fisica), dimostra come i confini della sfera di protezione accordata dall'ordinamento giuridico si ampliano qualora si tratti di tutelare l'autonomia decisionale del singolo.

Di particolare interesse appare la problematica attinente ai luoghi di cura del disabile, aspetto di non poco conto se si considera, specialmente per le persone anziane, quanto sia importante se non decisiva da un punto di vista psicologico l'assistenza domiciliare.

La domanda che ci si pone è sino a che punto si può – sempre che si possa – comprimere la volontà dell'anziano, del disabile e ricorrere al rimedio di una casa protetta privandolo della sua abitazione, in che modo la realtà dei nuovi istituti di protezione deve tenere conto del suo consenso?⁷⁴. Non sembrano del tutto infondate le preoccupazioni espresse circa i rischi che una rapida procedura di amministrazione di sostegno possa

⁷¹ Trib. Modena 14 giugno 2006; Trib. Modena 21 dicembre 2005, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 4, pag. 333 con nota di G. BONILINI.

⁷² Trib. Modena 24 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2005, pag. 1626 che ha disposto l'amministrazione di sostegno in un caso relativo a una donna anziana che presentando un indebolimento delle facoltà intellettive non era in grado di ricordare le scadenze e i pagamenti da compiere a breve e lungo termine.

⁷³ Trib. Pinerolo 4 novembre 2004, in *Nuova giur. civ.*, 2005, I, pag. 1; in *Fam. pers. succ.*, 2005, 3-4, pag. 273; in *Giur. it.*, 2005, pag. 1840, con nota di A. BULGARELLI.

⁷⁴ Sull'argomento G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, cit., pag. 845.



condurre a un frettoloso ricovero coatto⁷⁵. È evidente che la scelta inerisce basilari aspetti dell'esistenza umana che attengono al diritto alla vita privata e di relazione.

A tal riguardo si segnala una pronuncia del Tribunale di Genova dell'1 marzo 2005 che ha riguardato il caso di una donna anziana nei cui confronti il servizio sociale ed una delle figlie richiedevano il rientro dalla struttura dove era ricoverata nella propria abitazione, sul presupposto che la predetta figlia si era resa disposta all'accudimento della di lei madre e che l'alloggio di famiglia si presentava idoneo⁷⁶. Dopo aver proceduto all'ascolto della persona anziana, dal quale emergeva che pur accusando momenti di mancanza di lucidità la stessa presentava «condizioni psico-fisiche» compatibili «con l'età anagrafica» ed esplicitamente manifestava il desiderio di tornare a casa, il Tribunale rimetteva alla figlia richiedente, nel frattempo nominata amministratore di sostegno, la predisposizione dell'organizzazione necessaria al rientro della madre nell'abitazione casalinga.

Di particolare significato appare, nella decisione presa, la valorizzazione della volontà dell'assistito nonché la scelta della persona che dovrà prendersene cura (la figlia) compiuta sulla base della maggiore attitudine ad eseguire il compito attraverso una corretta interpretazione dei bisogni del beneficiario⁷⁷.

In definitiva nell'attuale meccanismo di tutela del disabile gran parte dell'efficacia delle misure previste è da ricondurre all'ampia discrezionalità che le norme vigenti attribuiscono al giudice che, da taluni definito come "il vero manager delle misure di protezione"⁷⁸, diventa una delle componenti – assieme ad operatori sociali, consulenti, familiari – dell'organizzazione dei servizi tesa ad assicurare la realizzazione di un adeguato progetto di vita.

⁷⁵ Così P. VERCELLONE, *Soggetti fragili da sostenere: quale è il beneficiario dell'amministrazione di sostegno a Torino*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, pag. 57.

⁷⁶ Trib. Genova 1 marzo 2005, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 4, pag. 319.

⁷⁷ G. FERRANDO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, cit., pag. 331.

⁷⁸ Così G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, cit., pag. 847.