

PERSONE CON DISABILITÀ, CAPACITÀ, DIRITTI FONDAMENTALI

Di Valerio D'Alessandro

| 559

SOMMARIO: 1. *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.* - 2. *L'art. 12 della Convenzione e il riconoscimento della «legal capacity».* - 3. *Il diritto al «sostegno» nell'assunzione delle decisioni.* - 4. *La Ley 8/2021 e la disciplina delle «misure di sostegno alle persone con disabilità per l'esercizio della propria capacità giuridica» nell'ordinamento spagnolo* - 5. *Il ruolo del diritto privato nell'adeguamento alla Convenzione.*

ABSTRACT. *Il contributo esamina il ruolo del diritto civile nell'adeguamento all'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità (CRPD), che riconosce la "legal capacity" delle persone con disabilità e promuove il diritto al sostegno nell'assunzione delle decisioni. Analizzata la portata della Convenzione, che è stata ratificata dall'Italia nel 2009, lo studio si concentra sulla coerenza del diritto civile italiano con le disposizioni in essa contenute. A questi fini, l'indagine si estende a una disamina delle novità introdotte in Spagna dalla legge 8/2021, che ha segnato un cambiamento radicale nella disciplina delle misure di sostegno alle persone con disabilità.*

The article examines the role of civil law in aligning with Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which recognizes the legal capacity of persons with disabilities and promotes the right to support in decision-making. After analyzing the scope of the Convention, which was ratified by Italy in 2009, the study focuses on the coherence of Italian civil law with its provisions. To this end, the investigation extends to an examination of the innovations introduced in Spain by Law 8/2021, which marked a radical change in the regulation of support measures for persons with disabilities.

1. La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.

Secondo il *World Report on Disability* pubblicato nel 2011 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), «*more than one billion people in the world live with some form of disability*»¹.

In termini percentuali, la cifra si traduce in più del 15% della popolazione mondiale². È allora peculiare che, eccettuato un limitato accenno ai diritti dei «fanciulli mentalmente o fisicamente disabili» («*mentally or physically disabled child*»), contenuto nell'art. 23 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia³, sino alla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità (di seguito anche CDPD o la Convenzione), approvata a New York il 13 dicembre 2006, nessuna fonte sovranazionale vincolante si fosse occupata specificamente dei diritti delle persone con disabilità⁴.

Ratificata dall'Italia il 3 marzo 2009⁵, la Convenzione riveste un'importanza cruciale dal punto di vista storico⁶, promuovendo un'autentica rivoluzione nella percezione collettiva della disabilità.

¹ Il testo integrale del *Report* è disponibile al seguente link: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability>. Nella prefazione si legge: «*More than one billion people in the world live with some form of disability, of whom nearly 200 million experience considerable difficulties in functioning. In the years ahead, disability will be an even greater concern because its prevalence is on the rise. This is due to ageing populations and the higher risk of disability in older people as well as the global increase in chronic health conditions such as diabetes, cardiovascular disease, cancer and mental health disorders*».

² Il dato è riportato anche nel *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities* del 2016, reperibile al seguente collegamento: <https://www.refworld.org/reference/themreport/unhrc/2016/en/108996>, 9. Secondo il più recente *Global Survey on Persons with Disabilities and Disasters* dell'Ufficio delle Nazioni Unite per la Riduzione del Rischio di Disastri, consultabile al link: <https://www.undrr.org/report/2023-gobal-survey-report-on-persons-with-disabilities-and-disasters>, la cifra avrebbe raggiunto il 16% della popolazione mondiale.

³ La Convenzione in parola è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (ONU) il 20 novembre 1989 ed è stata ratificata dall'Italia con l. n. 176/1991.

⁴ In precedenza sul tema si rinvengono solo dichiarazioni delle Nazioni Unite: *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons* del 1971, *Declaration on the Rights of Disabled Persons* del 1975. Risale al 1991 l'adozione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dei *Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care* e al 1993 l'approvazione delle *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, tutti strumenti non vincolanti, sebbene indici di una crescente attenzione dell'ONU sulla tematica dei diritti delle persone con disabilità.

⁵ L'Italia ha sottoscritto la Convenzione il 30 marzo 2007; la ratifica è avvenuta mediante la l. n. 18/2009, che è entrata in vigore il 15 marzo 2009.

⁶ Anche in quanto rappresenta la prima convenzione sui diritti umani sottoscritta e ratificata anche dall'Unione Europea, con Decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009, pubblicata il 21 gennaio del 2010. In proposito, si veda il comunicato del 5 gennaio 2011, reperibile al sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_4: «*Following formal ratification, it is the first time in history the EU has become a party to an international human rights treaty – the United Nation's (UN) Convention on the Rights of People with Disabilities. The Convention aims to ensure that people with disabilities can enjoy their rights on an equal basis with all other citizens. It is the first comprehensive hu-*

Abbandonata una prospettiva prettamente medico-individuale del fenomeno, è stato accolto un modello sociale della disabilità⁷ fondato sul riconoscimento di diritti umani, che ambisce ad assicurare piena inclusione ed eguaglianza delle persone⁸ e a riconoscere la disabilità «come parte della diversità umana e dell'umanità stessa» (art. 3, lett. d, CDPD).

L'art. 1 fissa lo scopo della disciplina, che è quello di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e di promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

La disposizione, poi, si sofferma sulla nozione di «persone con disabilità» e chiarisce che con tale locuzione si intende fare riferimento a tutti coloro che presentano «durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

In questo brano può apprezzarsi ciò che è stato definito come il *paradigm shift*⁹ della Convenzione, ossia la formale adozione di un preciso mutamento

man rights treaty to be ratified by the EU as a whole. It has also been signed by all 27 EU Member States and ratified by 16 of these. The EU becomes the 97th party to this treaty». Alla data odierna, tutti i paesi membri dell'Unione Europea hanno ratificato la Convenzione.

⁷ Significativamente, nel Preambolo alla Convenzione si legge che «la disabilità è un concetto in evoluzione», rappresentando «il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri» (così alla lett. e). Che, sin dal Preambolo, la Convenzione renda manifesto come la disabilità debba intendersi secondo i precetti del modello sociale è sottolineato, tra gli altri, da R. KAYESS, P. FRENCH, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, vol. 8, n. 1, 24.

⁸ M.E. TORRES COSTAS, *La convención de Nueva York y los principios que la inspiran*, in *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, dir. da E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez, E. Toral Lara, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2022, 34. È questo un traguardo raggiunto dai movimenti per i diritti delle persone con disabilità e dalle ricerche multidisciplinari che, sotto il nome di *Disability Studies*, sin dagli anni '70 hanno contribuito a offrire una diversa visione della disabilità. Per un approfondimento sul punto, cfr. S. LINTON, *Disability Studies/Not Disability Studies*, in *Disability & Society*, 1998, vol. 13, n. 4, 525 ss.; M. OLIVER, *Politics of Disablement*, London, 1990, *passim*, spec. 78 ss.; ID., *The social model of disability: thirty years on*, in *Disability & Society*, 2013, vol. 28, n. 7, 1024 ss.; A.S. KANTER, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction To Disability Legal Studies*, in *Col. Human Rights Law Review*, 2011, vol. 42, n. 2, 403 ss.; E. CELIK, *The role of CRDP in rethinking the subject of human rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, vol. 21, n. 7, 933 ss.

⁹ L'espressione è impiegata da Yannis Vardakastanis già nel Comunicato stampa delle Nazioni Unite del 30 marzo 2007, reperibile al link: <https://news.un.org/en/story/2007/03/214232>. Sul punto, v. M.A. STEIN & P.J.S. STEIN, *Beyond Disability Civil Rights*, in *Hastings Law Journal*, 2007, vol. 58, 1203 ss., spec. 1212; V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2011, 310 ss.

. Discorre di un autentico “paradigm shift” anche l'*Issue Paper* pubblicato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel 2012, *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, consultabile al link

di prospettiva che scorge l'origine della 'disabilità' non già soltanto in una carenza dell'individuo o in un fatto organico, ma nelle barriere che si frappongono tra quest'ultimo e la collettività, e cioè in tutti gli ostacoli, anche socio-culturali, che impediscono una piena ed effettiva partecipazione della persona nella società¹⁰.

Dal canto suo, l'art. 3, che è dedicato ai «Principi generali» della Convenzione, vi include: il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale e l'indipendenza delle persone; la non discriminazione; la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società; il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità; la parità di opportunità; l'accessibilità; la parità tra uomini e donne; il rispetto dello sviluppo delle capacità dei minori con disabilità e il rispetto del diritto dei minori con disabilità a preservare la propria identità.

Scopo della presente indagine è analizzare lo stato di coerenza del diritto civile italiano alle disposizioni contenute nella Convenzione – che, nel nostro ordinamento, non assume soltanto un criterio di guida, indicativo o tendenziale, ma è legge dello Stato – al fine di stabilire se alcune delle dichiarazioni in essa contenute siano rimaste inesprese o inattuato e se sia pertanto necessario un ripensamento di taluni istituti sì da garantire una piena osservanza dei diritti riconosciuti alle persone con disabilità¹¹.

A tali fini, lo studio si gioverà anche del confronto con la recente riforma spagnola in materia di *discapacidad* (*Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*), adottata allo scopo di adeguare l'ordinamento nazionale alla Convenzione¹². Entrata in vigore il

<https://rm.coe.int/who-gets-to-choose-right-to-legal-capacity-for-persons-with-intellectu/16807bb0f9>, 17.

¹⁰ Cfr. R. KAYESS, P. FRENCH, *op. cit.*, 24; A.S. KANTER, *op. cit.*, 410, che, nel descrivere il mutamento di paradigma a cui hanno contribuito i *Disability Studies*, chiarisce che lo scopo di questa prospettiva è quello di “adeguare” i sistemi, in modo che possano essere accessibili alle persone con disabilità, in contrasto con il tradizionale paradigma, attento ad “adeguare” l'individuo in modo che sia quest'ultimo a poter meglio adattarsi al sistema; K. BOOTH GLEN, *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2012, vol. 44, n. 1, 93 ss., spec. 98 ss. Nella dottrina spagnola, sui modelli esplicativi della disabilità, v. N. ÁLVAREZ LATA, J. ANTONIO SEOANE, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2010, 11 ss., spec. 14 ss. Sul punto, cfr. anche A. RICCARDI, *La “ridefinizione” del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale*, in *La persona tra tutela, valorizzazione e promozione. Linee tematiche per una soggettività globalizzata*, a cura di R. Pagano, Bari, 2019, 297 ss.

¹¹ Ciò in osservanza degli obblighi generali sanciti dall'art. 4 della Convenzione e, in particolare, dalla lett. b, secondo cui gli Stati Parti si impegnano: «ad adottare tutte le misure, incluse quelle legislative, idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità».

¹² Avverte P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 133: «non si può dire che talune norme, ad esempio leggi interne d'attuazione di trattati internazionali o d'impegni di carattere universale, non possano essere interpretate anche alla luce di quegli'impegni e delle leggi che li hanno attuati in altre comunità. Anche la comparazione giuridica aiuta nell'interpretazione delle norme; come la tutela della persona-

3 settembre 2021, la legge ha rappresentato il più ampio e radicale cambiamento in materia di diritto privato occorso nella vita democratica del Paese¹³.

2. L'art. 12 della Convenzione e il riconoscimento della «*legal capacity*»

La pietra angolare del mutamento di paradigma in materia di diritti delle persone con disabilità è fissata nell'art. 12 della Convenzione (rubricato «Uguale riconoscimento dinanzi alla legge»)¹⁴, che nella traduzione italiana recita: «1. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. 2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita. 3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica. 4. Gli Stati Parti assicurano che tutte

lità trova il suo fondamento esclusivamente nella norma giuridica vivente, così la tutela giuridica della personalità non può non essere condizionata anche da una prospettiva socio-comparatistica».

¹³ V. *amplius* al par. 4. È bene avvertire che a essere stato modificato dalla *Ley 8/2021* non è soltanto il *Código civil*, ma anche la *Ley Hipotecaria*, la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, la *Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, la *Ley del Registro Civil*, la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* e il *Código de Comercio*. È lo stesso *Preámbulo* (III) della *Ley 8/2021*, però, a osservare che la riforma del codice civile «è la più ampia e di più ampio respiro, perché pone le basi del nuovo ordinamento basato sul rispetto delle volontà e delle preferenze della persona con disabilità». Avverte della necessità che siano modificati anche altri plessi normativi a seguito dell'entrata in vigore della legge, M.P. GARCÍA RUBIO, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 51; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica, Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 25; la profondità del cambiamento ha indotto molti studiosi a teorizzare la fondazione di un vero e proprio *Derecho de la Discapacidad*: così L.C. PÉREZ BUENO, G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, «*Sustrato social*», in *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, diretto da R. De Lorenzo García e L.C. Pérez Bueno, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 102; A. PAÑOS PÉREZ, *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica: apoyo voluntarios a las personas con discapacidad*, Madrid, Dykinson, 2022, 15, ma anche 26. Mette conto di segnalare che, a partire dal 17 febbraio 2024, è entrata in vigore la nuova formulazione dell'art. 49 della Costituzione spagnola, che ora recita «1. Le persone con disabilità esercitano i diritti previsti dal presente Titolo in condizioni di reale ed effettiva libertà e uguaglianza. Le tutele speciali necessarie per tale esercizio saranno regolate dalla legge. 2. I poteri pubblici promuoveranno politiche che garantiscano la piena autonomia personale e l'inclusione sociale delle persone con disabilità, in ambienti universalmente accessibili. Allo stesso modo, incoraggeranno la partecipazione delle loro organizzazioni, nei termini stabiliti dalla legge. Verranno affrontate in particolare le esigenze specifiche delle donne e dei minori con disabilità».

¹⁴ La disposizione è considerata l'«*eje central*» della Convenzione da E. TORRES COSTAS, *La convención*, cit., 28; identifica nell'art. 12 il «cuore pulsante della Convenzione dei diritti delle persone con disabilità» V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 424.

le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone. 5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà».

La scarsa considerazione riservata alla Convenzione dagli operatori del diritto in Italia potrebbe essere dipesa, in parte, dalla circostanza per cui il testo della disposizione, nella versione tradotta, discorre di godimento della «capacità giuridica» e dell'impegno ad assicurare un «sostegno» alle persone con disabilità che ne dovessero necessitare¹⁵.

E invero, se, come si insegna tradizionalmente, la capacità giuridica designa la posizione generale del soggetto in quanto destinatario di effetti giuridici e se, al contempo, può dirsi pacifico che in Italia, così come negli odierni ordinamenti civili, la semplice qualità umana sia «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»¹⁶, si fatica a scorgere nell'impegno al riconoscimento della «capacità giuridica» per le persone con disabilità il nucleo dell'effetto dirompente o della forza eversiva della Convenzione.

Nessuno avrebbe potuto seriamente dubitare che, prima della ratifica della CDPD, la capacità giuridica subisse restrizioni o limitazioni con riguardo alle persone con disabilità.

Il problema dell'esatto significato dell'art. 12 – o, meglio, il rischio che sia stato smarrito o male interpretato il carattere innovativo della disposizione; in altre parole, la probabilità che si sia verificato un caso di traduzione mancata¹⁷ – non è di natura meramente terminologica e non può dirsi limita-

¹⁵ Così V. BARBA, *op. ult. cit.*, 420, che osserva come «una prima e superficiale lettura della Convenzione potrebbe, infatti, far pensare che l'Italia poco o nulla avrebbe dovuto fare, dacché la introduzione nel nostro ordinamento giuridico dell'istituto dell'Amministrazione di sostegno, occorsa appena alcuni anni prima della sottoscrizione della Convenzione, era sufficiente per rendere il nostro ordinamento giuridico sostanzialmente adempiente rispetto agli obblighi che la Convenzione pone»; M.G. BERNARDINI, *Vulnerable Capacity. Notes on a Quiet Legal Revolution*, in *Int J Semiot Law*, 2023, 36, 1415 ss.

¹⁶ A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 12.

¹⁷ Che il problema dell'esatta comprensione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione sia stato complicato dalla necessità di tradurre il testo originale in altre lingue è messo in evidenza da E. FLYNN, *Law, language and personhood: disrupting definitions of legal capacity*, in *Griffith Law Review*, 2021, vol. 3, n. 3, 374 ss. Sul problema dei rapporti tra attività di

to all'ordinamento italiano¹⁸. Si pensi, a titolo d'esempio, al testo della Convenzione in lingua spagnola, in cui sono impiegate le espressioni di «*capacidad jurídica*» e di «*apoyo*»¹⁹.

A ben vedere, i fraintendimenti generati dalle differenti traduzioni del testo sono derivati, a loro volta, dall'opacità della voce impiegata nella versione in lingua inglese della disposizione, che menziona il riconoscimento della «*legal capacity*» delle persone con disabilità²⁰.

Anche l'impiego di questa espressione ha dato luogo a numerose ambiguità ed esegesi²¹, tanto da suscitare nel 2014 – e, dunque, in un periodo successivo alla ratifica italiana – l'intervento del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità²² che, attraverso un Commento Generale all'art. 12 della Convenzione (*General Comment No. 1 – Article 12: Equal recognition before the law*), ha chiarito la portata teorica e applicativa del concetto di «*legal capacity*».

Nelle parole del Comitato, la «*legal capacity*», considerata come la chiave per l'accesso delle persone con disabilità a una partecipazione significa-

traduzione e modifica sostanziale della portata delle disposizioni contenute nella Convenzione, necessaria la lettura di A. DHANDA, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, in *Syracuse J. Int'l L & Com.*, 2006-2007, vol. 34, 429 ss., spec. 452 ss.

¹⁸ Per una recente panoramica sull'attuazione dell'art. 12 della Convenzione nei diversi ordinamenti nazionali cfr. ora AA. VV., *Models of implementation of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Private and Criminal Law Aspects*, M. Domański, B. Lackoroński (editors), London, Routledge, 2024. Un'analisi dei rapporti tra la Convenzione e la giurisprudenza di diversi paesi è reperibile in AA. VV., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, L. Waddington, A. Lawson (editors), Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹⁹ In Spagna, la Convenzione è stata ratificata il 23 novembre 2007 (con pubblicazione nel Boletín Oficial del Estado il 21 aprile 2008) ed è entrata in vigore il 3 maggio del 2008.

²⁰ Il testo ufficiale della Convenzione rappresenta il frutto di una lunga negoziazione (taluno discorre di un «*rotten compromise*»: J. MENKES, *Legal-international analysis of Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The impact of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the International Bill of Human Rights*, in AA. VV., *Models of implementation of article 12*, cit., 25) tra paesi con diverse tradizioni giuridiche, rappresentanti della società civile e organizzazioni a tutela dei diritti delle persone con disabilità; un'interessante sintesi della vivacità di vedute sul testo della Convenzione e, in particolare, sul contenuto dell'art. 12 è offerta da A. DHANDA, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention*, cit., 438 ss., spec. 457. Sui lavori preparatori, cfr. anche L. SERIES, A. NILSSON, *Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law*, in I. BANTEKAS, M.A. STEIN, D. ANASTASIOU (ed.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, (accessibile al

link: https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/48874/Bookshelf_NBK539188.pdf), 2 ss.; M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, 25 ss.

²¹ Per una panoramica delle interpretazioni offerte su contenuto e ampiezza della «*legal capacity*», cfr. C. BHAILÍS, E. FLYNN, *Recognising legal capacity: commentary and analysis of Article 12 CRPD*, in *International Journal of Law in Context*, 2017, vol. 13, Special Issue 1, 6 ss.

²² Organo istituito ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, con le funzioni di cui agli artt. 35-39.

tiva nella società («*the key to accessing meaningful participation in society*»), comprende tanto la capacità di essere titolari di diritti e doveri («*legal standing*») quanto quella di compiere validamente atti giuridici («*legal agency*»)²³.

Se questa è l'ampiezza della «*legal capacity*» cui fa riferimento l'art. 12, deve allora concludersi che la traduzione italiana, ricorrendo alla locuzione «capacità giuridica», appare inadeguata ed equivoca quando vuole assumere, come in realtà *deve* assumere, il compito di contribuire al raggiungimento della piena uguaglianza della persona con disabilità, nei suoi rapporti «con gli altri», «*in tutti gli aspetti della vita*» (art. 12.2 CDPD).

La conclusione per cui l'adozione dell'espressione «capacità giuridica», nella versione italiana dell'art. 12, abbia oscurato una piena comprensione (e, dunque, attuazione) della Convenzione, esprimendo erroneamente la sua portata, è del resto suffragata da una lettura del testo complessivo della disposizione e, in particolare, dal riconoscimento del necessario rispetto per la volontà e le preferenze della persona con disabilità (art. 12.4), nonché dall'impegno per gli Stati Parti «di adottare tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario», assicurando che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà (art. 12.5)²⁴.

²³ Così il testo del *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law* del Committee on the Right of Persons with Disabilities, disponibile in inglese, al link: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-1-article-12-equal-recognition-1>. La chiarificazione sulla nozione di *legal capacity* si rinviene nel punto 12 del documento («*Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles the person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes the person as an agent who can perform acts with legal effect*»). Al punto 13, invece, si specifica che, diversamente dalla *legal capacity*, la «*mental capacity*» si riferisce alle capacità decisionali della persona («*refers to the decision-making skills of a person*»), che variano da soggetto a soggetto e potrebbero differire per una data persona in dipendenza di una serie di fattori, compresi quelli ambientali e sociali. Ai sensi dell'art. 12 CDPD, le carenze nella «*mental capacity*», siano esse percepite o effettive, non devono essere utilizzate come giustificazione per negare la «*legal capacity*». Per un'analisi dottrinale sul *Comment No. 1*, cfr. A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law*, in *The International Journal of Human Rights*, 2016, vol. 20, n. 4, 471 ss.; L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 11 ss.; M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12*, cit., 61.

²⁴ Del resto, è il Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità a rilevare, nel *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 12, che «*The right to recognition as a legal agent is provided for in article 12, paragraph 5, of the Convention, which outlines the duty of States*». In questa prospettiva, si veda anche, tra gli altri, l'art. 19 della Convenzione, ai sensi del quale gli Stati Parti riconoscono il diritto di tutte le persone con disabilità a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone, e adottano misure efficaci ed adeguate al fine di facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità di tale diritto e la loro piena integrazione. Sul significato dell'impegno a far sì che non si venga arbitrariamente privati della proprietà, v. le riflessioni di P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 787 ss., spec. 801.

Interpretata correttamente e osservata nella centralità che la caratterizza, la disciplina recata dall'art. 12 supera la tradizionale dicotomia tra capacità giuridica e (in)capacità di agire in ragione della compromissione mentale, intellettuale o sensoriale della persona, procedendo lungo una traiettoria rivoluzionaria che opera su un piano diverso e ben più ampio di quello in cui si colloca, nella teoria generale del diritto civile italiano, la "capacità giuridica"²⁵.

A dover essere ripensato alla luce della Convenzione è l'intero approccio paternalistico alle persone con disabilità²⁶ e, anzitutto, il sistema degli istituti 'a tutela' della capacità di agire dell'individuo²⁷, al fine di scongiurare il rischio che tali strumenti, formalizzando uno stato di diseguaglianza per le

²⁵ Cfr. il punto 12 del *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit. In letteratura: R.D. DINERSTEIN, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*, in *Human Rights Brief*, 2012, vol. 19, n. 2, 8 ss.; A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *op. cit.*, 471 ss.; K. BOOTH GLEN, *Introducing a "New" Human Right: Learning From Others, Bringing Legal Capacity Home*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2018, vol. 49, n. 3, 4 ss. Significativamente, secondo V. BARBA, *op. cit.*, 422, si tratterebbe di ripensare integralmente la disciplina delle persone con disabilità, «con l'avvertenza che il discorso richiederebbe un necessario allargamento anche alla capacità del minore di età (...), nonché alla protezione delle persone vulnerabili, nella chiara convinzione che il concetto di vulnerabilità non deve essere unicamente relazionato con la vecchiaia» (ma v. anche 438). Malgrado anche la versione spagnola della Convenzione impieghi la voce «*capacidad jurídica*», M.P. GARCÍA RUBIO, *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2017, LVIII, 151, rileva che la capacità contemplata dall'art. 12 non si identifica con la «*capacidad jurídica en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho*»; ID., *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, in *Propostas de modernización do dereito*, diretto da M. García Goldar e J. Ammerman Yebra, Santiago de Compostela, 2017, 10; A. PAÑOS PÉREZ, *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., 17. Di recente, sull'ampiezza del significato da attribuire alla *legal capacity* contemplata dalla Convenzione, M. DOMAŃSKI, B. LACKOROŃSKI, *Active legal capacity of natural persons and its intersectional relevance to the legal system*, in AA. VV., *Models of implementation of article 12*, cit., 8-9.

²⁶ Per una nozione di paternalismo, F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, 119 ss., e, ancor prima, H.L.A. HART, *Law Liberty and Morality*, London-Oxford, 1963, 31. Sul tema dei limiti paternalisti all'autonomia, cfr. R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss.

²⁷ Come avvertito da P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 139: «tutti nascono con la stessa titolarità e con le stesse situazioni soggettive. Il diritto dev'essere in grado di mantenere l'eguaglianza di partenza anche successivamente, senza intervenire con le tecniche della diversa capacità d'agire o teorizzando una diseguaglianza che si giustifica in base a principi diversi» ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, 15. Sul punto, si veda anche E. LÓPEZ BARBA, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2020, 16. Secondo E. FLYNN, *Law, language and personhood*, cit., 376, la Convenzione avrebbe il potenziale di fondare una riforma degli ordinamenti nazionali che accolga un concetto olistico di personalità, che includa sia la capacità giuridica che quella di agire; M.G. BERNARDINI, *Vulnerable Capacity*, cit., 1426-1427.

persone con disabilità mentali, intellettive o sensoriali, rispondano a logiche non coincidenti con il rispetto della dignità²⁸ e della personalità del soggetto che ne è limitato²⁹.

Si tratta, com'è evidente, dell'esito di un processo storico, sociologico e culturale dell'approccio alla soggettività giuridica e alla disabilità che, per un verso, è irriducibile alla sola trasformazione di cui la Convenzione sarebbe testimone e che, per altro verso, segna la necessità di un netto superamento degli istituti a tutela della capacità di agire che contemplano, tra i loro presupposti, l'infermità mentale o sensoriale della persona che ne è assoggettata, determinandone l'incapacità, nella consapevolezza che questi ultimi rispecchiano un clima non più attuale, interessato alla protezione del patrimonio della persona più che alla promozione e allo sviluppo della persona in quanto tale³⁰.

Tra le tradizionali manifestazioni della soggettività giuridica (*i.e.* la capacità giuridica e quella di agire) la Convenzione esclude che un'infermità della persona possa essere connessa a una valutazione in merito all'inidoneità a curare i propri interessi, con una conseguente perdita totale o parziale della capacità di agire.

In un'ottica attenta al rispetto dei diritti umani, il formale riconoscimento della piena capacità delle persone con disabilità, che è fondamento e misura della loro dignità, diviene pure condizione dell'eguaglianza, dal momento che soltanto un'eguaglianza nella capacità, nel rispetto dei voleri e delle preferenze rappresenta un fattore decisivo per il superamento delle disparità.

Con l'entrata in vigore della Convenzione e a seguito dello sviluppo di una concezione socio-costruttiva della disabilità, il riconoscimento della *legal capacity* della persona con disabilità, nella sua accezione non limitata

²⁸ Dignità che, come ricorda S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 2010, 547 ss., 560, nell'antropologia moderna della persona conduce all'autodeterminazione, qualificata dalla Corte costituzionale come diritto fondamentale della persona (ma v. anche, *amplius*, 558, nonché 560, ove si legge che «la dignità non è indeterminata, ma trova nella persona il luogo della sua determinazione, tuttavia non per custodire un'essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita»); E. CELIK, *op. cit.*, 938 ss.

²⁹ Ciò al fine di evitare che la persona finisca per essere «strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui»: P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 46.

³⁰ Osserva P. RESCIGNO, *Riforma del diritto di famiglia e condizione dei minori*, in AA.VV., *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 306, che occorre prendere atto «della rigorosa coerenza del sistema giuridico costruito dal capitalismo in tema di incapacità, al servizio degli interessi che intendeva tutelare. Oggi, nel comprensibile tentativo di superarne la logica dominata dalla concezione tutta «patrimoniale» della persona e delle sue attività, dovremmo riflettere meglio sulla compiutezza e organicità di quel disegno»; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli-Camerino, 1975, 162 ss.; ID., *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, 305 ss.; G. LISELLA, *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984, 49 ss.; AA. VV., *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1998; P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 412 ss.; ID., *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 46 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., (da cui si cita), 329 ss., spec. 332-333; C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 25 ss.; E. CELIK, *op. cit.*, 946.

all'intendimento di 'capacità giuridica', è, insieme al sostegno che eventualmente venga richiesto dalla persona ai sensi dell'art. 12 CDPD, una questione prioritaria, che coinvolge l'osservanza e il rispetto dei diritti fondamentali; in una parola, la loro attuazione.

3. Il diritto al «sostegno» nell'assunzione delle decisioni

Se è vero che l'art. 12 CDPD riconosce alle persone con disabilità piena capacità e che, tra i principi generali, la Convenzione contempla il rispetto per la loro dignità intrinseca e l'autonomia individuale, un ulteriore nodo da sciogliere riguarda la perdurante legittimità degli istituti di diritto privato che, nel disciplinare le limitazioni alla capacità di agire del soggetto, da un lato, trovano presupposto e fondamento nell'infermità di mente o in qualunque compromissione mentale, intellettuale o sensoriale dell'individuo³¹ che incida sull'idoneità di quest'ultimo a provvedere ai propri interessi e, dall'altro, sono tendenti a limitare, emarginare o escludere la persona da una partecipazione piena ed effettiva nella società anziché a promuoverne sviluppo e realizzazione, anche con riguardo alle situazioni giuridiche soggettive di natura personale e alle scelte esistenziali.

Il discorso sul riconoscimento della capacità di agire e quello sulla legittimità delle sue possibili limitazioni sono un tutt'uno³² e, precisato che le persone con disabilità non possono essere private della prima, è necessario rivalutare natura, fondamenti ed estensioni delle seconde affinché, nell'attesa di una necessaria svolta legislativa, siano interpretate adeguatamente.

Muovendo dal nesso che lega dignità e libera costruzione della personalità, la Convenzione discorre del diritto della persona con disabilità a ricevere un «sostegno» per l'esercizio della propria capacità («*support*»), nel testo originale, «*apoyo*», nella versione spagnola).

³¹ In altre parole, nella ricorrenza di una di quelle che M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 71 ss., 80, descrive come "identità negative", generate dal dogma della volontà ed «escluse dal mercato sulla base di previsioni specifiche o in virtù del ricorso agli istituti di incapacitazione legale, i quali hanno altresì la funzione di garantire la permanenza dei patrimoni degli esclusi nell'area del traffico giuridico»; sono ipotesi di cui L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 16, riferiscono come casi di discriminazione diretta, che si realizza ove un gruppo con una caratteristica protetta (come la disabilità) venga esplicitamente preso in considerazione per un trattamento diverso, che svantaggia i membri del gruppo rispetto agli altri: «*In many jurisdictions restrictions on legal capacity are explicitly based on a person's disability. This is especially true of 'status' based approaches to legal capacity*»; che il paternalismo tendente a proteggere categorie specifiche di soggetti rischi di escluderle dal mercato è messo in luce da R. CATERINA, *op. cit.*, 774; E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Legislating personhood: realizing the right to support in exercising legal capacity*, in *International Journal of Law in Context*, 2014, vol. 10, n. 1, 81 ss., spec. 85. Osserva V. BARBA, *op. cit.*, 428-429, che, secondo i principi espressi dalla Convenzione, non è ammissibile alcuna limitazione della capacità di agire della persona per il solo fatto che si accerti una disabilità cognitiva o psicosociale che possa compromettere l'attitudine della persona nell'assunzione delle decisioni.

³² Così G. ARENA, *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 909.

Nello specifico, per il caso in cui la persona con disabilità volesse esercitare il suo diritto al sostegno, l'art. 12 prevede che gli Stati devono assicurare che le relative misure «rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di un'autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario»; si precisa, poi, che «queste garanzie devono essere adeguate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone».

È accolto nella Convenzione un sistema fondato (non già sulla *sostituzione*, bensì) sul *supporto* nell'assunzione delle decisioni, rispettoso dei diritti e delle preferenze dell'individuo, che consenta a quest'ultimo di determinarsi consapevolmente.

Così come per il concetto di «*legal capacity*», anche con riferimento all'esatta individuazione del significato da ascrivere al «*support*», preziose indicazioni derivano dal Commento Generale (*General Comment No. 1*) del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.

Nel documento, si fa presente che quello di «*support*» è concetto ampio, comprensivo di un numero indeterminato di misure che variano nella forma e nell'intensità³³. Oltre a respingersi la possibilità che alla persona vengano imposte tali misure («*some persons with disabilities ... may not wish to exercise their right to support*»)³⁴, si precisa che esse potranno, in via esemplificativa, comprendere, oltre a provvedimenti disposti dall'autorità giudiziaria, il sostegno su base volontaria o derivante da una situazione di fatto³⁵,

³³ *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 17: «“Support” is a broad term that encompasses both informal and formal support arrangements, of varying types and intensity. For example, persons with disabilities may choose one or more trusted support persons to assist them in exercising their legal capacity for certain types of decisions, or may call on other forms of support, such as peer support, advocacy (including self-advocacy support), or assistance with communication. Support to persons with disabilities in the exercise of their legal capacity might include measures relating to universal design and accessibility — for example, requiring private and public actors, such as banks and financial institutions, to provide information in an understandable format or to provide professional sign language interpretation — in order to enable persons with disabilities to perform the legal acts required to open a bank account, conclude contracts or conduct other social transactions. Support can also constitute the development and recognition of diverse, non-conventional methods of communication, especially for those who use non-verbal forms of communication to express their will and preferences». In letteratura, cfr. R.D. DINERSTEIN, *op. cit.*, 9 ss.; L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 28; K. BOOTH GLEN, *Introducing a “New” Human Right*, cit., 7 ss. Indicazioni significative sul sostegno possono trarsi anche da: *General Comment No. 5 (2017) on living independently and being included in the community*, punto 80; *General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination*, punti 47 ss.

³⁴ *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 17; cfr. anche E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *op. cit.*, 96 ss.

³⁵ Si tratta dei c.d. «*informal supported decision-making schemes*», su cui si vedano: L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 28; A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *op. cit.*, 476.

e che dovranno adattarsi alle esigenze del caso concreto, variando a seconda delle specificità e dei bisogni della singola persona con disabilità³⁶.

Si chiarisce, poi, che il sostegno cui hanno diritto le persone con disabilità nell'esercizio della loro capacità non dovrebbe tradursi in nessun caso in un'assoluta sostituzione nell'adozione della decisione («*substitute decision-making*»), irrispettosa delle volontà, dei desideri e delle preferenze del beneficiario³⁷: anche nell'ipotesi in cui dovesse giungersi, per l'estremità del caso (si pensi al coma o a gravi ipotesi di autolesionismo³⁸), a una eccezionale sostituzione nell'assunzione della decisione, quest'ultima non potrebbe essere 'imposta' all'individuo, né potrebbe essere adottata alla luce del presunto 'miglior interesse' («*best interest*») di quest'ultimo, ma dovrebbe essere presa, in ultima istanza, sulla base della 'migliore interpretazione' delle volontà, dei desideri e delle preferenze della persona con disabilità («*best interpretation of will and preferences*»)³⁹.

Tralasciando per un momento i delicati problemi relativi alla sostituzione nell'assunzione della decisione occasionata dal ricorrere di uno dei 'casi limite', può osservarsi come la possibilità che, nella concretizzazione della misura, venga previsto l'intervento di un terzo non giustifica né determina una subordinazione della volontà dell'individuo a una decisione esterna; detto intervento, piuttosto, si traduce nell'esercizio di un supporto *collaborativo* per una piena manifestazione della capacità dell'individuo, affinché

³⁶ *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 18: «*The type and intensity of support to be provided will vary significantly from one person to another owing to the diversity of persons with disabilities*».

³⁷ Così espressamente ai punti 28 ss. del *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit.

³⁸ Per una sintesi delle problematiche connesse a questi 'casi limite' e delle loro possibili soluzioni, C. BHAILÍS, E. FLYNN, *op. cit.*, 15 ss.; E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *op. cit.*, 98 ss. Considera un grave errore della Convenzione quello di trattare nel medesimo modo, assimilandole, disabilità tanto eterogenee M. ALEMANY GARCÍA, *Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, 52, 214; nella medesima prospettiva, si veda S. DÍAZ ALABART, *Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal*, in *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*, diretto da M. Pereña Vicente, Madrid, Dykinson, 2018, 163 ss.; R. LÓPEZ SAN LUIS, *El Principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006) y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, in *Indret*, 2020, 2, 117.

³⁹ Invero, secondo il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 21: «*Where, after significant efforts have been made, it is not practicable to determine the will and preferences of an individual, the "best interpretation of will and preferences" must replace the "best interests" determinations. This respects the rights, will and preferences of the individual, in accordance with article 12, paragraph 4. The "best interests" principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The "will and preferences" paradigm must replace the "best interests" paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others*». Al riguardo, si vedano: A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *op. cit.*, 479, ma anche 482 ss.; E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *op. cit.*, 94; M.P. GARCÍA RUBIO, *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español*, cit., 154; M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12*, cit., 87; M.G. BERNARDINI, *Vulnerable Capacity*, cit., 1434.

quest'ultimo possa assumere da sé le decisioni («*supported decision-making*»), sotto l'egida del canone ermeneutico consistente nel rispetto dell'autonomia, dei desideri e delle preferenze del beneficiario (o della migliore interpretazione di quest'ultime).

Più specificamente, e malgrado possa rivestire diverse forme negli ordinamenti nazionali, secondo il Commento Generale, affinché possa essere conforme all'art. 12 CDPD, la disciplina di sostegno nell'assunzione delle decisioni dovrebbe rispettare le seguenti disposizioni fondamentali («*key provisions*»): a) essere accessibile a tutti; b) essere in ogni caso – e, dunque, anche nelle ipotesi di modalità più intense di supporto – incentrata sul rispetto sulla volontà e la preferenza della persona e non su ciò che viene percepito come il suo miglior interesse oggettivo; c) evitare che le difficoltà nel modo di comunicare della persona possano essere di ostacolo nel conseguimento di un sostegno; d) far sì che l'identità della persona incaricata del sostegno possa essere verificata da terzi e che questi possano contestare l'operato della persona di sostegno qualora essa non agisca in conformità alle volontà e alle preferenze della persona interessata; e) garantire che il sostegno sia accessibile e disponibile a un costo simbolico o gratuitamente, al fine di evitare che la mancanza di risorse economiche possa costituire un ostacolo nell'accesso al supporto; f) evitare che il sostegno nel processo decisionale possa essere utilizzato come giustificazione per limitare altri diritti fondamentali della persona con disabilità (es. diritto di voto, diritti genitoriali, di riproduzione, il diritto di prestare il consenso alle cure mediche etc.); g) assicurare il diritto della persona di rifiutare il sostegno e di interromperlo o modificarlo in qualsiasi momento; h) predisporre garanzie per tutti i processi relativi alla capacità e al sostegno nell'esercizio della capacità, sì che siano rispettate la volontà e le preferenze della persona; i) evitare che, in un'ottica discriminatoria, la previsione del sostegno dipenda dalla valutazione della capacità mentale («*mental capacity*») dell'individuo⁴⁰.

In definitiva, il modello delineato dalla Convenzione non si pone nella tradizionale prospettiva di protezione della persona con disabilità con l'obiettivo di perseguire il miglior interesse di un soggetto degradato giuridicamente a 'incapace'; piuttosto, il sostegno di cui all'art. 12 CDPD intende *promuovere* sviluppo ed espressione della capacità, autonomia e indipendenza dell'individuo nel compimento di tutti gli atti che incidono sulla propria sfera tanto patrimoniale quanto personale. Una prospettiva di sostegno che, in quanto funzionale alle esigenze del singolo, non può tradursi in misure rigidamente predeterminate, dovendo assicurare il più compiutamente possibile alla persona con disabilità il rispetto delle proprie volontà, desideri e preferenze⁴¹, nonché il godimento dei diritti fondamentali e, tra questi, la dignità, l'eguaglianza e la libera esplicazione dell'autonomia.

In questa prospettiva, è richiesto agli Stati di attribuire rilevanza non soltanto al sostegno che trovi fonte in una decisione dell'autorità giudiziaria,

⁴⁰ *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 29.

⁴¹ Cfr. nt. 39. Sulla necessità di «passare da un modello ispirato al superiore interesse della persona con disabilità a un sistema ispirato all'interesse preferito dalla persona con disabilità», cfr. V. BARBA, *op. cit.*, 437.



ma anche al supporto di origine volontaria – indipendentemente dal rilievo che sia limitato al compimento di un singolo affare o abbia carattere generale – o fondato su situazioni di fatto.

4. La Ley 8/2021 e la disciplina delle «misure di sostegno alle persone con disabilità per l'esercizio della propria capacità giuridica» nell'ordinamento spagnolo

Mediante la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, la Spagna ha inteso adeguare il proprio ordinamento giuridico alla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.

Interessa, in questa sede, delineare i principali aspetti della riforma, per approfondire in che misura il diritto privato spagnolo possa rappresentare una fonte di ispirazione per altre legislazioni europee (prima fra tutte, quella italiana) nell'opera di adeguamento alla Convenzione e agevolare lo svolgimento di più ampie linee di riflessione in ordine all'opportunità di un rinnovato approccio al diritto civile delle persone con disabilità.

Significativamente, il *Preámbulo* (I) della *Ley 8/2021* evidenzia che la normativa mira a compiere «un passo decisivo» nell'adeguamento dell'ordinamento spagnolo alla Convenzione, «un trattato internazionale che nel suo articolo 12 proclama che le persone con disabilità hanno capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita, e obbliga gli Stati parti ad adottare misure adeguate per fornire alle persone con disabilità l'accesso al sostegno di cui potrebbero aver bisogno nell'esercizio della loro capacità giuridica». Si impone, pertanto, la necessità di «cambiare un sistema (...), in cui nell'assunzione delle decisioni che riguardano le persone con disabilità prevale la sostituzione, con un altro basato sul rispetto della volontà e delle preferenze della persona che, come regola generale, sarà responsabile delle proprie decisioni».

Definita la *Ley 8/2021* come «pietra miliare fondamentale» nell'opera di adeguamento alla Convenzione e in quella di «aggiornamento del diritto interno» sul rispetto dell'eguaglianza degli individui «nell'esercizio della capacità giuridica», il *Preámbulo* (III) avverte che l'elemento cardine delle nuove disposizioni sulle persone con disabilità non è costituito né dalla *incapacitación*⁴² della persona ritenuta non sufficientemente capace, né dalla «modifica di una capacità che risulta inerente alla condizione della persona umana e, dunque, non modificabile». Al contrario, si rende manifesto che l'idea centrale del sistema riposa nel sostegno («*apoyo*») alla persona che ne

⁴² L'istituto della «*incapacitación*» - abrogato dalla *Ley 8/2021* - agendo su quella manifestazione della soggettività giuridica tradizionalmente definita come «*capacidad de obrar*», poteva dar luogo tanto alla nomina di un tutore quanto alla nomina di un curatore, a seconda del grado di discernimento della persona affetta dall'incapacità. Per una ricostruzione della disciplina riservata alle persone con disabilità prima della *Ley 8/2021*, A. PAU, *De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*, in *Rev. de Der. Civ.*, 2018, 3, 5 ss.

ha bisogno per l'adeguato esercizio della propria capacità; un sostegno che – si chiarisce sin dall'esordio – comprende «tutti i tipi di azione: dall'accompagnamento amichevole, all'assistenza tecnica nella comunicazione delle dichiarazioni di volontà, all'abbattimento delle barriere architettoniche e di ogni altro tipo, alla consulenza, o anche al processo decisionale delegato dalla persona con disabilità».

Il mutamento della disciplina è radicale. Non soltanto scompare ogni riferimento alla diade «*capacidad jurídica*» e «*capacidad de obrar*», venendo quest'ultima risolta nell'esercizio della prima⁴³, ma viene eliminata ogni menzione di una possibile «*incapacidad*» della persona con disabilità (e, conseguentemente, dello stato civile giudizialmente dichiarato di *incapacitado*), con l'avvertimento che non si tratta di un mero cambio di terminologia, volto a sostituire termini tradizionali con altri più precisi e rispettosi, ma piuttosto di un «nuovo e più accurato approccio alla realtà, che rileva qualcosa che per molto tempo è passato inosservato: che le persone con disabilità hanno diritto di prendere le proprie decisioni, un diritto che deve essere rispettato»⁴⁴.

Distaccandosi dall'approccio dei codici novecenteschi, «che si preoccupavano più degli interessi patrimoniali della persona che della loro tutela complessiva», la normativa ambisce a regolare un sostegno alle persone con disabilità anche negli «aspetti personali, come quelli relativi alle decisioni riguardanti le vicissitudini della loro vita ordinaria»⁴⁵.

Ad aprire il nuovo titolo XI del codice civile spagnolo («*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*») è l'art. 249, che compendia i principi informativi della legge

⁴³ Sulla nuova nozione di *capacidad jurídica* v. J. MARCO MOLINA, *La noción de capacidad jurídica que se incorpora al título XI, libro I, del Código civil español*, in *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, diretto da F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, M.A. Egusquiza Balmaseda, F. López Simó, Madrid, Dykinson, 2022, 451 ss. Malgrado osservi come, in attuazione della Convenzione, dovrebbe cessare di esistere una dimensione graduabile o modulabile di quella che veniva definita nell'ordinamento spagnolo come *capacidad de obrar* della persona con disabilità, l'a. rileva che «si voglia o no, nessun legislatore potrà ovviare questa distinzione [tra capacità giuridica e capacità di agire]. Anche sopprimendo le designazioni classiche del diritto civile, è inevitabile distinguere la “*capacidad jurídica*” (...) e il modo in cui questa viene “esercitata”, mediante la realizzazione di atti giuridici, per quanto si voglia sradicare l'espressione “*capacidad de obrar*”, ormai vietata dalla legge» (così a p. 465); nella medesima prospettiva, A. CARRASCO PERERA, *Contratación por discapacitados con y sin apoyos*, in AA. VV. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en le ejercicio de su capacidad jurídica*, coordinato da N. Álvarez Lata, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 240 ss.; A. VAQUER ALOY, *El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad*, *ivi*, 506.

⁴⁴ Così il *Preámbulo* (III) della *Ley 8/2021*.

⁴⁵ Il virgolettato è tolto dal *Preámbulo* (III) della *Ley 8/2021*. Di un'«autentica differenza» rispetto al sistema precedente, interessato alla sicurezza del traffico, agli interessi dei terzi e, dunque, esclusivamente agli aspetti patrimoniali, discorre C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español*, in *El nuevo sistema*, *cit.*, 23 ss.

8/2021 e prevede uno statuto generale, applicabile a qualsiasi misura di sostegno⁴⁶.

La disposizione stabilisce che le misure di sostegno («*las medidas de apoyo*») a favore delle persone maggiori di età o dei minori emancipati che ne dovessero aver bisogno «per l'adeguato esercizio della loro capacità giuridica» dovranno essere finalizzate a consentire il pieno sviluppo della loro personalità e lo svolgimento dell'attività giuridica in condizioni di eguaglianza. Chiarito che il sostegno dovrà essere ispirato al rispetto della dignità della persona e alla tutela dei suoi diritti fondamentali e specificato che alle misure di origine legale o giudiziale si procederà «soltanto in difetto o insufficienza della volontà della persona di cui si tratta», si precisa che tutti gli strumenti dovranno rispettare i principi di necessità e di proporzionalità.

Il secondo comma regola, in via generale, la posizione della persona incaricata di prestare il sostegno, che dovrà agire rispettando «la volontà, i desideri e le preferenze» del beneficiario, affinché quest'ultimo possa sviluppare autonomamente il processo decisionale, informandolo, aiutandolo nella comprensione e nel ragionamento e facilitando la capacità di esprimere le preferenze; allo stesso modo, dovrà incoraggiare la persona con disabilità a poter esercitare la propria capacità giuridica con meno sostegno in futuro.

La possibilità che il sostegno, qualunque sia la fonte, possa includere «funzioni rappresentative» viene limitata a «casi eccezionali» in cui, malgrado uno sforzo considerevole, «non sia possibile determinare la volontà, i desideri e le preferenze della persona», ed è previsto che, nell'assumere la decisione in tali ipotesi, dovrà tenersi in considerazione la «traiettoria vitale della persona con disabilità, le sue credenze e valori, così come i fattori che la persona avrebbe tenuto in considerazione, al fine di prendere la decisione che la persona avrebbe adottato se non avesse avuto bisogno di rappresentanza» (art. 249, *Código civil*, III co.).

Infine, il quarto comma stabilisce che l'autorità giudiziaria potrà dettare le salvaguardie che considererà opportune, allo scopo di assicurare che l'esercizio delle misure di sostegno sia conforme ai criteri dettati dalla disposizione e, in particolare, tenga conto della volontà, dei desideri e delle preferenze di chi le richiede.

Come può osservarsi, malgrado il titolo del *Código civil* faccia espresso riferimento alle *personas con discapacidad*, la disposizione di cui all'art. 249 non contempla alcuna nozione di persona con disabilità, disciplinando, in linea generale, le *medidas de apoyo* a favore delle persone maggiori di età o dei minori emancipati⁴⁷ che dovessero aver bisogno di sostegno per un *adeguato esercizio della loro capacità giuridica*⁴⁸.

⁴⁶ La disposizione è considerata il «frontespizio della riforma» da M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *Artículo 249*, in *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, diretto da M.P. García Rubio e M.J. Moro Almaraz e coordinato da I. Varela Castro, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2022, 208. Sulla norma, cfr.: C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Artículo 249 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, diretto da C. Guilarte Martín-Calero, III, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 511 ss.; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *op. cit.*, 61 ss.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 254 del *Código civil*, qualora nei due anni precedenti la maggiore età sia ragionevolmente prevedibile che il minore, per il periodo successivo al compimento dei di-

Tra i principi informativi delle misure, la norma menziona espressamente la necessità, la proporzionalità e contiene altresì un riferimento alla sussidiarietà.

Coerentemente con il riconoscimento di una capacità non modificabile in quanto inerente alla condizione della persona umana, il principio di necessità implica che il sostegno venga fornito alla persona con disabilità soltanto nei limiti in cui ciò sia necessario perché la stessa possa esercitare *adeguatamente* la propria capacità giuridica e, dunque, in precisi ambiti e con estensione limitata in ragione delle esigenze dell'individuo⁴⁹.

La proporzionalità richiede che, allo scopo di fornire una risposta adeguata alle esigenze del singolo, il sostegno sia approntato 'su misura', sulla base delle specifiche situazioni personali, familiari, sociali, comunitarie e patrimoniali della persona, mirando a garantire la minima intromissione nella sfera decisionale e, dunque, salvaguardando il più possibile l'autonomia dell'individuo.

ciotto anni, possa aver bisogno di sostegno nell'esercizio della sua capacità giuridica, l'autorità giudiziaria – su istanza, tra gli altri, dello stesso minore – può convenire, se ritenuto necessario, l'opportunità di adottare la corrispondente misura di sostegno con efficacia a partire dal raggiungimento della maggiore età.

⁴⁸ Sulle ragioni che, nell'approvazione della riforma, hanno indotto a non inserire nell'art. 249 una nozione di persona con disabilità v. M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 208-209. Osserva che si è al cospetto di una disposizione *disability neutral*, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 35; A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 505 ss.; lamenta la tautologia della riforma J. MARCO MOLINA, *op. cit.*, 476 ss., osservando come «nella sua fase attuale, il nostro c.c. stabilisce, così, che (...) si considera persona con disabilità colei che richiede la previsione di una misura di sostegno (Disp. Ad., 4°, apdo. 2°, C.c.), e che il sostegno è fornito a coloro che ne hanno bisogno, implicitamente per ragione di disabilità (art. 249 e rubrica del Titolo XI del libro I C.c.)». A dire dell'A., il risultato è che «non sempre è noto se la persona che deve essere trattata giuridicamente come “persona con disabilità” è quella “assistita” (vale a dire, colei che ha qualche misura di sostegno costituita a suo favore) o il mero “assistibile” (cioè chi agisce senza che siano state stabilite in suo favore le misure di sostegno di cui, in realtà, avrebbe necessitato per un adeguato esercizio della sua capacità giuridica)» (così a p. 483).

⁴⁹ Ancora discussa nella letteratura spagnola è la problematica, connessa al principio di necessità, relativa all'esistenza di un autentico “diritto a rifiutare il sostegno”, in applicazione del principio del rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità. I dubbi derivano, in particolare, dalla lettera dell'art. 249, ai sensi del quale alle misure di origine legale o giudiziale si procederà «solo in difetto o *insufficienza* della volontà della persona». L'indeterminatezza del concetto di “insufficienza” della volontà della persona parrebbe rimettere al giudice la valutazione in merito alla esistenza o meno di una “volontà sufficiente”. A fronte di posizioni che reputano prevalente, in ogni caso, il rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità, cui dovrebbe essere riconosciuto anche un diritto a rifiutare il sostegno (su questa linea, a esempio, M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 212 ss.), v'è chi propende per un bilanciamento con altri principi della Convenzione (a es. la tutela dell'integrità personale, il diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella comunità, il diritto alla salute etc.), che dovrebbero informare il giudice nel caso in cui l'opposizione dell'individuo sia originata dalla difficoltà o impossibilità di comprendere come negative e pregiudizievoli le conseguenze derivanti dal rifiuto al sostegno (così, tra gli altri, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 40 ss.). Sulla problematica, v. anche M. PEREÑA VICENTE, *La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021*, in *El nuevo sistema*, cit., 137.

Corollario dei principi di necessità e proporzionalità è, come si è anticipato, una generale preferenza verso modalità di sostegno di tipo *assistenziale*, in cui la persona incaricata del supporto, nell'esercitare la propria funzione, collabori affinché l'individuo possa assumere da sé la decisione. In questa prospettiva, il sostegno non dovrà tendere al perseguimento del "miglior interesse" o dell'"interesse superiore" dell'individuo, ma sarà orientato verso il rispetto delle volontà, dei desideri e delle preferenze della persona con disabilità⁵⁰. Eccezionalmente, qualora malgrado uno sforzo considerevole non sia possibile determinare la volontà, i desideri e le preferenze dell'individuo, il sostegno potrà comprendere funzioni *rappresentative* che rispettino, in ogni caso, la traiettoria vitale della persona, i suoi convincimenti e valori, così come i fattori che la persona avrebbe preso in considerazione (c.d. *sedimented life preferences*)⁵¹, al fine di assumere una decisione quanto più possibile aderente a quella che la stessa persona con disabilità avrebbe adottato se non fosse stato necessario ricorrere a una sostituzione.

Infine, la sussidiarietà regola i rapporti tra le misure di sostegno di origine volontaria o di fatto e quelle di origine legale o giudiziale, accordando una preferenza alle prime rispetto alle seconde⁵².

In piena adesione alle indicazioni contenute nel Commento Generale all'art. 12 della Convenzione in punto di ampiezza del concetto di "sostegno", l'art. 250 menziona varie *medidas de apoyo* tipiche⁵³, che possono dividersi in volontarie, informali o giudiziali⁵⁴.

⁵⁰ Al riguardo, M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 216, le quali osservano come in applicazione di «questo nuovo prisma, coloro che diventano soggetti incaricati di prestare il sostegno dovranno basare tutta la sua attuazione nel rispetto di tale volontà, anche se (...) la decisione adottata (...) sia contraria all'interesse proprio e oggettivo» della persona con disabilità. Si tratterebbe di null'altro che della conseguenza naturale del riconoscimento alla persona con disabilità del c.d. «*derecho a equivocarse*» come tutti gli altri esseri umani. Esprime criticità in merito allo scarso tecnicismo della formula che fa riferimento alla volontà, ai desideri e alle preferenze della persona, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 59.

⁵¹ Reputano che in detta eventualità debba discorrersi della persona incaricata di prestare il sostegno come di una figura intermedia tra quella del mero *nuncius* e quella del rappresentante, M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 217.

⁵² Cfr., oltre all'art. 249, anche l'art. 255, comma 5, del *Código civil*. Significativamente, l'art. 42 bis b) della *Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria* (anch'essa modificata dalla *Ley 8/2021*), ora prevede che, nel procedimento per l'instaurazione di una misura di sostegno giudiziale, al momento dell'intervista della persona con disabilità, il giudice la informerà «circa le alternative esistenti per ottenere il sostegno di cui ha bisogno», (e, dunque, anche della possibilità di ricorrere a un sostegno di natura volontaria). Al riguardo, la letteratura discorre dell'esistenza di *paserelas a la autodeterminación*: C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 63, e, sulla sussidiarietà delle misure di origine giudiziale, 70 ss.

⁵³ La circostanza che siano disciplinate soltanto alcune misure di sostegno non impedisce alla persona con disabilità di poter far ricorso anche ad altre forme di assistenza, aiuto o supporto nell'esercizio della propria capacità giuridica. Si pensi, a esempio, alla figura del notaio, cui la *Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad*, attribuisce il ruolo di «sostegno istituzionale». In letteratura, sul punto, v. M.P. GARCÍA RUBIO, *La reforma operada*, cit., 66.

⁵⁴ Con una norma di chiusura, viene disciplinata anche una misura di sostegno legale (di carattere residuale). Si tratta della *guarda legal de la entidad pública que en respectivo ter-*

Le misure di origine volontaria, che dovranno in ogni caso rivestire la forma dell'atto pubblico, presentano carattere aperto: rientrano nella categoria tutte quelle stabilite dalla persona con disabilità, che designa chi deve fornire il sostegno e in che misura (art. 250, III co.: «*Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcances*»)⁵⁵.

ritorio tenga encomendada la función de apoyo en caso de urgencia y en defecto de medidas formales o informales que se estén aplicando eficazmente. Ai sensi dell'art. 253, è previsto che «quando una persona si trova in una situazione che necessita urgentemente di sostegno per l'esercizio della propria capacità giuridica e manca un *guardador de hecho*, il sostegno sarà fornito in via provvisoria dall'ente pubblico che nel rispettivo territorio abbia affidata tale funzione. L'ente informerà il *Ministerio Fiscal* della situazione entro ventiquattro ore». Per un commento alla disposizione, cfr. M.E. TORRES COSTAS, *Artículo 253*, in *Comentario articulado*, cit., 251 ss.

⁵⁵ Più specificamente, l'art. 255 del *Código civil* prevede che qualsiasi persona maggiore di età o minore emancipata, in previsione o apprezzamento della concorrenza di circostanze che possano rendere difficile l'esercizio della capacità giuridica in condizioni di uguaglianza con gli altri, potrà, con atto pubblico, prevedere unilateralmente ovvero concordare misure di sostegno relative alla sua persona o ai suoi beni. Potrà inoltre stabilire il regime dell'attuazione, dell'ampiezza e delle facoltà della persona o delle persone che sono incaricate di prestare il sostegno, o la forma di esercizio dello stesso, che dovrà essere in ogni caso conforme all'art. 249. Allo stesso modo, potrà prevedere le misure o gli organi di controllo che reputa opportuni, nonché le salvaguardie necessarie per evitare abusi, conflitti di interessi o influenza indebita e i meccanismi e i termini per le revisioni delle misure di sostegno. Il notaio trasmetterà d'ufficio e senza ritardo l'atto pubblico al *Registro Civil* per la pubblicità nel *registro individual*. Sulla disposizione, si veda A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, *Artículo 255*, in *Comentario articulado*, cit., 259 ss.

Le misure di sostegno di natura volontaria disciplinate dal *Código civil* sono: a) le procure o i mandati con clausola di sussistenza (art. 256), che consentono al rappresentante o al mandatario di continuare a esercitare i poteri che gli sono stati attribuiti anche nel caso in cui sopravvenga una situazione in cui l'individuo necessita del sostegno nell'esercizio della propria capacità (e, al riguardo, v. anche la modifica dell'art. 1732 in materia di cause di estinzione del mandato, che si estingue a seguito della costituzione, in favore del mandante, della *curatela* rappresentativa come misura di sostegno, salvo quanto disposto dagli artt. 256 ss.); b) le procure preventive o i mandati preventivi (art. 257), conferite o stipulati *pro futuro*, per l'eventualità che la persona necessiti del sostegno nell'esercizio della propria capacità; c) l'*autocuratela* (artt. 271-274), misura di carattere misto (in parte volontaria e in parte giudiziale), che si sostanzia nell'indicazione (o nell'esclusione), mediante atto pubblico, della persona incaricata di esercitare la funzione di *curador*, in previsione o in concorrenza di circostanze che richiedono un sostegno nell'esercizio della capacità. Si tratta di una proposta di nomina (che può contenere anche disposizioni in merito al funzionamento e al contenuto della *curatela*, regole di amministrazione e disposizioni dei beni etc.) da cui l'autorità giudiziale potrà discostarsi totalmente o parzialmente, con un provvedimento motivato, soltanto al ricorrere di uno dei casi contemplati dall'art. 272. Per un approfondimento sulle misure di sostegno volontarie, si vedano almeno: M.P. GARCÍA RUBIO, *Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio*, in *Rev. de Der. Civ.*, 3, 29 ss.; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 64 ss.; ID., *Artículo 250 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 528 ss.; ID., *Artículo 254 cc*, *ivi*, 565 ss.; J. RIBOT IGUALADA, *Artículos 256-257 cc*, *ivi*, 577 ss.; M.J. MORO ALMARAZ, *Artículos 256-262*, in *Comentario articulado*, cit., 269 ss.; E. TORAL LARA, *Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 81 ss.; O. CARDONA GUASCH, *Las medidas preventivas voluntarias de apoyo, del Código civil español*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 539 ss.; J.A. CARBONELL CRESPI, *Los poderes preventivos*, *ivi*, 559 ss. In tema di *autocuratela*, P.A. GONZÁLEZ LEÓN, *Artículos 271-274*, in *Comentario articulado*, cit., 355 ss.; S. DE SALAS

Malgrado i c.d. poteri e mandati preventivi (*poderes preventivos y mandatos preventivos*) paiono occupare una posizione di privilegio per il legislatore, che dedica agli istituti le disposizioni di cui agli artt. 256-262 del *código civil*⁵⁶, nulla impedisce alla persona con disabilità di configurare, con il supporto del notaio, misure di sostegno volontarie atipiche.

La *guarda de hecho* (artt. 263-267, *Código civil*) è, invece, la misura di sostegno informale⁵⁷ che trova fondamento nei rapporti di cura e assistenza alla persona con disabilità⁵⁸.

Il *guardador de hecho* è il soggetto, spesso un familiare, che spontaneamente e abitualmente fornisce assistenza quotidiana alla persona con disabilità, in modo disinteressato e sulla base di un rapporto di fiducia e affetto. Così, è stabilito non soltanto che la *curatela* non dovrebbe trovare alcuno spazio in presenza di una *guarda de hecho* (o altra misura) «sufficiente per la persona con disabilità» (art. 269)⁵⁹, ma anche che, in ipotesi di concorso tra sostegno informale e misure volontarie o giudiziali che siano limitate al compimento di singoli atti o categorie di atti, il *guardador de hecho* possa continuare a esercitare le proprie funzioni assistenziali in ogni altro ambito in cui sia necessario un sostegno alla persona con disabilità, salvo che sia diversamente disposto (art. 263)⁶⁰.

MURILLO, *Artículo 271 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 702 ss.; O. CARDONA GUASCH, *La autotutela*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 551 ss.

⁵⁶ Per una sintesi della disciplina dei *poderes e mandatos preventivos* si rinvia alla nt. 55. Ai sensi dell'art. 258, comma 1, dette misure restano in vigore nonostante l'eventuale concorrenza di altre modalità di sostegno, volontarie o giudiziali, a favore della persona.

⁵⁷ Così espressamente all'art. 250, comma 4, del *Código civil*. Nella letteratura spagnola, sulla *guarda de hecho* v. almeno: J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, in *El nuevo sistema*, cit., 81 ss.; A. LECIÑENA IBARRA, *Artículo 263 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 647 ss.; M.P. FERRER VANRELL, *Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 599 ss.

⁵⁸ Nel *Preámbulo* (III), si legge: «la realtà mostra come in molti casi la persona con disabilità è adeguatamente assistita o sostenuta nel processo decisionale e nell'esercizio della propria capacità giuridica da un *guardador de hecho* – generalmente un familiare, poiché la famiglia continua a essere nella nostra società il gruppo fondamentale di solidarietà e sostegno tra le persone che la compongono, soprattutto per quanto riguarda i suoi membri più vulnerabili – che non richiede un'investitura giudiziale formale che nemmeno la persona con disabilità desidera». In letteratura, cfr.: R. SENIGAGLIA, *La guarda de hecho del menor. Spunti di significato per l'ordinamento giuridico italiano*, in *Fam. e dir.*, 2024, 301 ss.; E. AL MUREDEN, *La tutela della persona con disabilità nella dimensione endofamiliare tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*, *ivi*, 261 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, *ivi*, 283 ss.

⁵⁹ Ma la conclusione non è affatto pacifica nella giurisprudenza spagnola. Per una sintesi degli orientamenti, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità*, in *Fam. e dir.*, 2024, 276 ss.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 264 del *Código civil*, quando eccezionalmente si renda necessaria un'attività di rappresentanza del *guardador de hecho* (e, in particolare, qualora si renda necessario il compimento di uno tra gli atti di straordinaria amministrazione elencati nell'art. 287), quest'ultimo dovrà ottenere un'autorizzazione giudiziale attraverso un procedimento di volontaria giurisdizione, durante il quale dovrà essere ascoltata la persona con disabilità. L'autorizzazione giudiziale ad agire come rappresentante, che potrà riguardare il compimento di uno o più atti, potrà essere concessa, previa verifica della sua necessità, nei termini e secondo le condizioni adeguate alle circostanze del caso e dovrà essere esercitata in

Le misure di origine giudiziale, contemplate dal *Código civil* soltanto in via sussidiaria, sono la *curatela* (art. 268 ss.), per i casi in cui alla persona con disabilità sia necessario un sostegno di tipo continuativo⁶¹, e il *defensor judicial* (artt. 295 ss.), nominato dal giudice qualora sia necessario un sostegno occasionale ovvero sorga la necessità di risolvere un conflitto di interessi tra la persona con disabilità e chi è incaricato di prestare il sostegno⁶².

È previsto che la *curatela* – oggetto di revisione trascorso un periodo massimo di tre anni dall'istituzione – sia proporzionata e personalizzata in ragione delle necessità della persona, rispetti l'autonomia di quest'ultima e si attenga, in tutti i casi, alla volontà, ai desideri e alle preferenze del beneficiario (art. 268). Nel provvedimento istitutivo, che – si specifica – non può in alcun modo determinare una «mera privazione di diritti»⁶³ e che non comporta in alcun caso una sottrazione o limitazione della *capacidad*, il giudice dovrà indicare «in maniera precisa» gli atti per i quali la persona necessita dell'assistenza del *curador* nell'esercizio della capacità giuridica; un'assistenza che può spaziare dal semplice accompagnamento o altro aiuto materiale, sino alla prestazione dell'assenso al compimento dell'atto da parte della persona con disabilità⁶⁴. Soltanto nei casi eccezionali in cui ciò sia indispensabile per le circostanze della persona con disabilità, il giudice «determinerà con provvedimento motivato gli atti concreti nei quali il *curador*

conformità con le volontà, i desideri e le preferenze della persona con disabilità. È tuttavia previsto dal terzo comma dell'art. 264 che l'autorizzazione giudiziale non è necessaria quando il *guardador de hecho* «richiede una prestazione economica a favore della persona con disabilità», sempre che ciò non comporti un cambio significativo nella vita di quest'ultima, «o compia atti giuridici in relazione a beni di questa che abbiano scarsa rilevanza economica e non abbiano un particolare significato personale o familiare». Per un commento alla disposizione, A. NIETO ALONSO, *Artículo 264*, in *Comentario articulado*, cit., 303 ss.; A. LECIÑENA IBARRA, *Artículo 264 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 656 ss. Sulle problematiche in punto di prova della condizione di *guardador de hecho* nelle ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 264, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La guarda de hecho*, cit., 104; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho*, cit., 289.

⁶¹ Sulla *curatela* a seguito della riforma operata dalla *Ley 8/2021*: P.A. MUNAR BERNAT, *Artículos 268-270*, in *Comentario articulado*, cit., 333 ss.; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Artículos 268-270 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 679 ss.; M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 125 ss.; E. TORAL LARA, *Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 135 ss.; M. JORQUI AZOFRA, R. LUQUIN BERARECHE, *La curatela de la persona con discapacidad*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 621 ss.

⁶² Le ulteriori ipotesi in cui può darsi luogo alla nomina di un *defensor judicial* sono regolate dall'art. 295. In arg., E. TORAL LARA, *op. ult. cit.*, 163 ss.; M. GARCÍA GOLDAR, *Artículo 295*, in *Comentario articulado*, cit., 465 ss.; N. ÁLVAREZ LATA, *Artículo 295 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 831 ss.

⁶³ Così all'art. 269, ult. comma. Si pensi, in via esemplificativa, alla previsione di una privazione della capacità relativa al compimento di un atto di natura personale.

⁶⁴ Avverte che la previsione di una necessaria personalizzazione della *curatela* renderà ciascuna misura unica e, dunque, richiederà un grande sforzo da parte dell'autorità giudiziaria M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 143, che osserva come, in ragione di quanto previsto dall'art. 269, non è possibile addivenire a provvedimenti in cui la *curatela* sia riferita genericamente a un ambito della vita della persona con disabilità (quale, a esempio, quello personale, patrimoniale o sanitario), essendo richiesta un'indicazione precisa degli atti per i quali il *curador* deve prestare il proprio sostegno.

dovrà assumere la rappresentanza della persona con disabilità», sostituendosi a quest'ultima nell'assunzione delle decisioni (art. 269)⁶⁵.

Dal punto di vista del diritto dei contratti, alla luce del riconoscimento della capacità della persona con disabilità è eliminato ogni riferimento a un possibile difetto della capacità negoziale di quest'ultima⁶⁶. Conseguentemente, è stata modificata anche la disciplina dell'annullabilità del contratto concluso dalla persona con disabilità, limitando l'invalidità al solo caso in cui, a seguito della previsione di una misura di sostegno per la stipula di un dato negozio, l'affare sia stato concluso dalla persona con disabilità prescindendo da detta misura (1302, III co., *Código civil*)⁶⁷.

Per concludere la sosta di riflessione sul panorama schiuso dalla *Ley 8/2021*, dall'impianto complessivo della riforma emerge una tendenza alla protezione non già *della persona con disabilità*, ma *della sua capacità*. Abbandonato il paradigma dell'“incapacitazione”, la previsione di una misura di sostegno non si traduce affatto in una limitazione o gradazione della capacità dell'individuo; piuttosto, è uno strumento che gli consente di esercitarla *adeguatamente*.

⁶⁵ Significativamente, nel *Preámbulo* (III), si afferma che «il significato stesso della parola *curatela* – cura –, rileva la finalità dell'istituto: assistenza, sostegno, aiuto nell'esercizio della capacità giuridica; pertanto, come principio di azione e nell'ottica di escludere il più possibile le forme di natura rappresentativa, la *curatela* sarà, innanzitutto, di natura assistenziale. Tuttavia, nei casi in cui sia necessario, e solo eccezionalmente, al curatore possono essere attribuite funzioni di rappresentanza». M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 143, rileva che, «in coerenza con il nuovo sistema, senza alcuna intenzione di voler fare un gioco di parole, deve concludersi che se la *curatela* si configura come ultima istanza, e la *curatela* con funzioni rappresentative è, all'interno di questa, l'ultima istanza, la possibilità di vedersi attribuite facoltà di rappresentanza in tutti gli ambiti sarà a propria volta, all'interno della *curatela* con facoltà rappresentative, l'ultima istanza, l'ultimo passo dei tre da seguire».

⁶⁶ Sull'attuale estensione della disposizione che regola la *capacidad para contratar* (art. 1263 del *Código civil*), cfr. M.P. GARCÍA RUBIO, *Artículo 1263*, in *Comentario articulado*, cit., 623 ss.; N. ÁLVAREZ LATA, *Artículo 1263 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 988 ss.; O. MONJE BALMASEDA, *Capacidad para contratar*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 1117 ss.

⁶⁷ Più precisamente, l'esercizio dell'azione di annullamento di detti contratti, sancita nell'interesse della persona con disabilità, compete anzitutto a quest'ultima, che potrà promuoverla, se del caso, con il sostegno di cui necessita. Allo stesso modo, la domanda (che, ai sensi dell'art. 1301, si prescrive in quattro anni decorrenti dalla conclusione del contratto) può essere promossa dagli eredi della persona con disabilità se quest'ultima decede prima della scadenza del termine per esercitare l'azione. Il secondo capoverso dell'art. 1302, comma 3, attribuisce la legittimazione anche alla persona che avrebbe dovuto prestare il sostegno, disponendo che, in tale caso, l'annullamento avrà effetto solo qualora l'altro contraente fosse stato a conoscenza dell'esistenza delle misure di sostegno nel momento della conclusione del contratto o abbia comunque approfittato della condizione di disabilità, traendone un vantaggio ingiusto. Sulle modifiche alla disciplina riguardante l'annullabilità del contratto, v. A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 239 ss.; M.P. GARCÍA RUBIO, I. VARELA CASTRO, *Artículo 1302*, in *Comentario articulado*, cit., 645 ss.; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, A.A. ESTANCONA PÉREZ, *Los retos a afrontar en el derecho de obligaciones y contratos*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 215 ss.

A disciplinare, in linea generale, la pubblicità della misura di sostegno è l'art. 300 del *Código civil*, ai sensi del quale i provvedimenti giudiziari e i documenti pubblici notarili relativi alle misure di sostegno alle persone con disabilità dovranno iscriversi nel *Registro Civil* (sul punto, cfr. M. GARCÍA GOLDAR, *Artículo 300*, in *Comentario articulado*, cit., 487 ss.; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Artículo 300 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 869 ss.).

Il pieno rispetto della autodeterminazione in ogni ambito della vita della persona con disabilità è valorizzato altresì dalla possibilità di istituire misure volontarie, cui il legislatore accorda esplicita preferenza; misure in cui è lo stesso disponente a pianificare o regolare il sostegno, tanto dal punto di vista contenutistico, quanto sul versante dei controlli o delle salvaguardie sull'operato della persona incaricata. Altro e determinante aspetto è l'esplicita menzione, nell'art. 249, del parametro che orienta ogni *medida de apoyo*, consistente nel rispetto della volontà, dei desideri e delle preferenze dell'individuo ovvero della sua *trayectoria vital*. Malgrado permangano zone d'ombra nella disciplina, emerge complessivamente lo sforzo del legislatore di adeguare il sostegno alle peculiarità del soggetto con disabilità, limitandolo ai soli atti per i quali sia necessario affinché quest'ultimo possa partecipare alla vita di relazione adeguatamente e, dunque, su base di uguaglianza con gli altri.

La descrizione del sistema spagnolo può costituire un utile elemento di confronto per individuare, nell'attuazione della Convenzione, le direttrici lungo le quali è necessario impostare una rinnovata riflessione in materia di persone con disabilità.

5. Il ruolo del diritto privato nell'adeguamento alla Convenzione

Resta da chiarire in quale direzione debba muovere l'ordinamento italiano, in cui da tempo è avvertita l'esigenza di un profondo ripensamento degli istituti di protezione delle persone maggiori di età.

Preso atto, anche sul piano culturale, che la disabilità trova il proprio fondamento non già nella menomazione dell'individuo, ma nell'interazione fra la compromissione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale e la società (o, meglio, nelle barriere in essa riscontrabili), la Convenzione obbliga gli ordinamenti degli Stati Parti a dotarsi di un'idonea disciplina di *sostegno* alle persone con infermità mentali, intellettuali o sensoriali, affinché queste ultime possano sviluppare ed esercitare adeguatamente *la propria capacità*, le proprie competenze e, dunque, la propria personalità.

Si è già dato conto di come, con buone probabilità, la scarsa considerazione riservata in Italia alla Convenzione sia dipesa dall'impiego della voce «capacità giuridica» nella traduzione del testo; a questo rilievo, può aggiungersi che l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno – occorsa in un momento antecedente all'approvazione della Convenzione del 2006⁶⁸ – ha, per un verso, dotato il diritto privato italiano di uno strumento

⁶⁸ Com'è noto, l'amministrazione di sostegno è stata introdotta in virtù della l. n. 6/2004, il cui art. 1, nel proclamare la finalità della legge, recita: «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». Scorge nella disposizione «il tratto fondamentale dell'intero sistema di protezione delle persone disabili», che «si presta dunque ad assumere rilievo quale direttiva, sul piano generale, per l'operatività delle varie misure di protezione civilistica», A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità*, in AA. VV. *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, 162 ss.



inedito e precursore delle esigenze di proporzionalità e flessibilità menzionate nell'art. 12.4 CDPD⁶⁹ e, per altro verso, in parte sopite le critiche che già da tempo venivano mosse alle rigidità degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione⁷⁰.

In questa prospettiva, la l. n. 6/2004 ha rappresentato un primo e importante passo verso la valorizzazione del concreto grado di autonomia che ogni individuo può (*rectius*, dovrebbe) conservare, introducendo una misura volta alla cura della persona non soltanto negli aspetti patrimoniali, ma anche personali⁷¹.

Eppure, malgrado da tempo provengano da più voci della dottrina civilistica auspici in merito alla loro abrogazione⁷², il diritto privato italiano con-

⁶⁹ Ribadite, con maggiore estensione, dal Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità nel *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 16 ss. Al riguardo, cfr. V. BARBA, *op. cit.*, 420.

⁷⁰ Com'è noto, oltre alla negatività di immagine che il provvedimento giudiziale reca alla persona, di tali istituti venivano (e vengono) censurati, tra gli altri aspetti, la standardizzazione della disciplina, applicabile senza variazioni a qualsiasi beneficiario, e l'attenzione esclusiva agli interessi economici dell'individuo. Si veda l'efficace quadruplici censura alla disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione compendiata in G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 481 ss. Avverte la necessità di una rilettura degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione coordinata al principio costituzionale di tutela della persona umana, P. PERLINGIERI, *Gli istituti*, cit., 333 ss., 337; denuncia la grave incidenza dell'interdizione sulla sfera giuridica e sociale della persona, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 25 ss.; P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in AA. VV. *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., 56 ss.; ID., *Vent'anni di amministrazione di sostegno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 7 ss., 34-35.

⁷¹ Che la cura degli interessi personali dell'individuo sia il «vero tratto distintivo del nuovo istituto, soprattutto rispetto a quelli tradizionali» è messo in luce da G. BONILINI, *Persone in età avanzata, e amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, 487 ss., 491. Indici normativi in tale direzione sono contenuti nell'art. 405, comma 4, c.c. (ai sensi del quale il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata), nell'art. 408 c.c. (ove si fa riferimento «alla cura ed agli interessi della persona interessata») e nell'art. 44 disp. att. (in cui si menzionano, oltre agli interessi patrimoniali del beneficiario, quelli morali). Sui rapporti tra amministrazione di sostegno e *cura personae*, v. almeno: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 4175 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 29 ss.; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2004, 993 ss.; M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 585 ss.; S. PATTI, *Una nuova misura di protezione della persona*, in *Familia*, 2005, 221 ss.; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. IV. Sez. civ. Aggiornamento*, t. 1, Torino, 2007, 5 ss.; G. BONILINI, *art. 404*, in ID., F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 3 ss., spec. 23.

⁷² Auspici condivisi dai lavori del Gruppo 1 («Non discriminazione, riconoscimento della condizione di disabilità») dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità (istituito dalla l. n. 18/2009, tra le cui funzioni rientra quella di «promuovere la realizzazione di studi e ricerche che possano contribuire ad individuare aree prioritarie verso cui indirizzare azioni e interventi per la promozione dei diritti delle persone con disabilità»), il cui testo, del 2021, è reperibile al link: [https://www.osservatoriodisabilita.gov.it/media/1390/lavori-del-gdl-1-25-novembre-](https://www.osservatoriodisabilita.gov.it/media/1390/lavori-del-gdl-1-25-novembre)

tinua a tollerare la presenza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione⁷³: statuti di disciplina dotati di rigida efficacia incapacitante, con valenze più o meno punitive, in aperto contrasto con la lettera dell'art. 12 CDPD⁷⁴ e, ancor prima, con il rispetto della dignità delle persone con disabilità e della libertà di compiere le proprie scelte (art. 3 CPDP).

Se l'esigenza di superare definitivamente tali istituti non può davvero più rinviarsi – atteso che la Convenzione obbliga espressamente gli Stati ad adottare «tutte le misure idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità» (art. 4 CPDP)⁷⁵ – è necessario

[2021.pdf](#). Nel documento si legge: «Sicuramente la prima delle tre misure di protezione giuridica (interdizione) deve essere abrogata, visto che prevede la sostituzione della persona con disabilità da parte del tutore nominato dal Giudice sempre e per l'esercizio di qualsiasi diritto, patrimoniale e non (incluse le scelte esistenziali), parlandosi in tal caso di “rappresentanza esclusiva” (...) Nel caso dell'inabilitazione, la figura nominata dal Giudice (il curatore) interviene ad “assistere” (...) la persona con disabilità nel compimento dei soli atti di straordinaria amministrazione, rimanendo nella completa libertà di esercizio della persona con disabilità solo gli atti di ordinaria amministrazione. Purtroppo, però, anche nel caso dell'inabilitazione, i poteri del curatore e quindi l'ampiezza dei suoi poteri è già declinata in maniera generale nel codice civile, senza aver cura di calibrare tale attività rispetto alle esigenze di supporto del caso concreto (...) Pertanto anche rispetto a tale misura di protezione giuridica, si deve considerare l'automatismo nell'attività di una figura (curatore) che interviene, con una sorta di potere di veto, nelle scelte della persona con disabilità su un novero di atti già identificato dal codice (...) ciò in aperto contrasto con lo stesso articolo 12 par. 3 della CRPD» (così, nel documento, 12-13).

⁷³ Le cui discipline sono state soltanto parzialmente rivisitate dall'intervento normativo del 2004. Si segnala, in particolare, la previsione secondo cui, nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, si può prevedere che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore (art. 427, I co., c.c.). La previsione, «che voleva addolcire» la durezza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, è rimasta «lettera morta nei tribunali»: così P. CENDON, *Vent'anni*, cit., 34.

⁷⁴ È, questa una conclusione che oltre al testo dell'art. 12 della Convenzione (ai sensi del quale è richiesto che le misure di sostegno «siano proporzionate e adattate alle condizioni della persona»), è messa in evidenza nel *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punti 16 ss. e, spec. 18, ma si legge, da tempo, anche nelle pagine della dottrina. V., in particolare, P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, Milano, 2021, 31, per il quale non dovrebbero esistere, in tema di individui fragili, «schemi di condotta – di interfacciamento sociale – applicabili a chiunque; scritti in alto, una volta per sempre, con lo scalpello da marmo. (...) Il criterio è necessariamente quello dell'inconfondibilità sartoriale, antropologica; della relatività come per Einstein»; ID., *Vent'anni*, cit., 7 ss. Che la «paura della infermità mentale, la “difesa della società”, la (pressante) volontà di discriminare il malato ha dato luogo ad una disciplina (e ad una prassi ancor più) rigida e odiosa che provoca emarginazione, nonostante appaia (formalmente) ispirata alla protezione del soggetto» è messo in rilievo da M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli, Milano, 2019, 561.

⁷⁵ V. il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 28: «States parties' obligation to replace substitute decision-making regimes by supported decision-making requires both the abolition of substitute decision-making regimes and the development of supported decision-making alternatives. The development of supported decision-making systems in parallel with the maintenance of substitute decision-making regimes is not sufficient to comply with article 12 of the Convention».

intervenire anche sull'amministrazione di sostegno, riformandone alcune regole.

Beninteso: con ciò non intende negarsi che la disciplina di tale strumento sia, per svariati aspetti, conforme a quanto previsto dall'art. 12 della Convenzione. Ci si riferisce, tra gli altri: all'introduzione – quantomeno negli intenti – di una sorta di gradualità tra la misura dell'amministrazione di sostegno e l'interdizione o l'inabilitazione; alla circostanza che il provvedimento istitutivo (*i.e.* il decreto di nomina) sia modulato sulla base delle esigenze del beneficiario⁷⁶; all'attenzione riservata (non solo alla *cura patrimonii*, ma anche) agli aspetti inerenti alla *cura personae*; alla presenza di salvaguardie e cautele sull'operato dell'amministratore, nonché alla previsione di specifici doveri in capo a quest'ultimo, tra cui quello di «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario»; alla previsione della modificabilità o integrabilità della misura in ogni tempo; alla possibilità che la designazione dell'amministratore di sostegno sia operata dal beneficiario, in previsione della propria eventuale futura incapacità; alla conservazione, per il beneficiario, della capacità di agire con riguardo a tutti gli atti per cui non è diversamente disposto nel decreto di nomina e, in ogni caso, per il compimento degli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana; alla temporaneità della misura, etc.

Nondimeno, sarebbe irrealistico reputare che la sopravvenienza della Convenzione non abbia determinato alcuna necessità di intervento in materia di amministrazione di sostegno. E i risultati che potrebbero conseguirsi in sede di una sia pur indispensabile interpretazione della normativa vigente alla luce della Convenzione e delle norme costituzionali, con l'obiettivo di prospettare soluzioni maggiormente rispondenti alle esigenze particolari di ciascun individuo, sarebbero comunque lontani dal rappresentare un'adeguata soluzione giuridica al problema di una piena tutela dei diritti delle persone con disabilità, inteso come tema di promozione e autentica valorizzazione della loro autonomia e capacità, anche con riguardo all'esercizio dei diritti fondamentali⁷⁷.

Invero, non può non considerarsi che, malgrado i pregi menzionati, la disciplina dell'amministrazione di sostegno determina una *deminutio* nella 'misura della capacità d'agire' del beneficiario che, sebbene circoscritta all'oggetto di ciascuna amministrazione⁷⁸, talvolta riguarda anche il compi-

⁷⁶ Ed è proprio valorizzando la flessibilità dell'amministrazione di sostegno e, dunque, l'idoneità dello strumento ad adeguarsi alle esigenze del beneficiario che Cass. 25.10.2012, n. 18320, in *Onelegale*, ha reputato l'istituto conforme alla Convenzione.

⁷⁷ Soltanto di recente la giurisprudenza di legittimità sembra valorizzare maggiormente il ruolo ermeneutico della Convenzione in relazione agli istituti a protezione della persona: cfr., in via esemplificativa, Cass. 3.2.2022, n. 3462, in *Onelegale*, in materia di interdizione e consenso all'adozione; Cass. 31.3.2022, n. 10483, *ivi*, in materia di presupposti per l'adozione del provvedimento istitutivo di un'amministrazione di sostegno; Cass. 11.7.2022, n. 21887, in *DeJure*.

⁷⁸ Ciò che rende evidente le differenze, sia dal punto di vista quantitativo che da quello qualitativo, tra la posizione del beneficiario di un'amministrazione di sostegno e l'acquisto di una precisa qualità giuridica a cui si riconnette l'operare di un dato regolamento normativo (come accade per l'interdizione e l'inabilitazione): S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 46. Non possono invero disconoscersi i segni di un movimento progressivo, nel contesto dell'amministrazione di sostegno, all'insegna del principio di autonomia: A.

mento di atti personalissimi⁷⁹. Per avvedersi dell'esistenza di una qualche limitazione della capacità di agire, è sufficiente osservare la lettera dell'art 409 c.c., che discorre della 'conservazione' della stessa per tutti gli atti che, sulla base delle indicazioni contenute nel decreto di nomina, non prevedono l'intervento dell'amministratore o il testo dell'art. 1, l. n. 6/2004, che nel fissare il proposito dell'istituto menziona la necessità di perseguire «la minore limitazione possibile della capacità di agire» del beneficiario⁸⁰. Questo tratto, consistente nella limitazione (sia pur sartoriale) di questo o quel frammento di capacità dell'interessato, non dovrebbe più predicarsi in ragione della Convenzione, che chiama il legislatore a disciplinare un sostegno alla persona con disabilità che muova da una prospettiva diversa da quella attuale, in cui la 'protezione' è immancabilmente declinata in termini di *perdita o contenimento* della capacità dell'individuo⁸¹.

Non solo. Dovendo muovere dal concetto, basilare, per cui ogni persona con disabilità deve poter partecipare alla vita di relazione e deve essere, in linea di principio, libera di compiere le proprie scelte in ogni aspetto della propria esistenza, la funzione dell'amministratore di sostegno (o di qualsivoglia figura, variamente denominata, che sia incaricata di prestare supporto) dovrebbe essere limitata, in attuazione della Convenzione e degli artt. 2 e 3 Cost., in linea primaria all'assistenza del beneficiario e alla collaborazione

VENCHIARUTTI, *Poteri dell'amministrazione di sostegno e situazione del beneficiario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 9 ss., spec. 16; reputa che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, la legge abbia infranto «la dicotomia tra soggetti capaci e soggetti incapaci che riproduceva all'interno del nostro sistema la contrapposizione paternalismo/antipaternalismo», R. CATERINA, *op. cit.*, 782.

⁷⁹ Con riguardo al compimento degli atti personalissimi, basti pensare che, anche recentemente, la giurisprudenza ha confermato la legittimità dell'estensione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno del divieto di cui all'art. 85 c.c. alla luce dell'(inadeguato) criterio del *best interest* di quest'ultimo: così, Cass. 11.5.2017, n. 11536, in *Fam. e dir.*, 2017, 953 ss., ma v. anche Cass. 21.5.2018, n. 12460, in *Foro it.*, 2019, I, 272 ss., con riguardo all'esclusione della capacità di testare o di donare del beneficiario. Più in generale, non può trascurarsi il ruolo del discusso rinvio contenuto nell'art. 411 c.c., ult. co., ai sensi del quale «Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avendo riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni».

⁸⁰ Così: G. BONILINI, *art. 404*, cit., 34 ss., 37; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 31; E.V. NAPOLI, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, 12; A. GORGONI, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 630 ss.; M. GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1393; M. TESCARO, *L'effettiva protezione degli incapaci maggiorenni al tempo del Covid-19 (e non solo)*, in questa *Rivista*, 2021, 549.

⁸¹ Significativamente, il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 14, rileva: «Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. Therefore, both strands of legal capacity must be recognized for the right to legal capacity to be fulfilled; they cannot be separated», e, con riguardo alle limitazioni alla capacità di agire, rileva l'incompatibilità rispetto all'art. 12 di ogni misura che si sostanzia nella rimozione della capacità da una persona, anche se limitata a una singola decisione (*ivi* al punto 27). Sulla necessità di abbandonare la relazione tra protezione e incapacità, v. i rilievi di P. ZATTI, *Oltre la capacità* (2003), ora in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 113 ss., spec. 125.

con quest'ultimo, nei limiti del suo effettivo bisogno e allo scopo di valorizzare volontà, desideri e preferenze del singolo⁸². Meccanismi di sostituzione nell'assunzione delle decisioni (e nel compimento di negozi) andrebbero, invece, rigorosamente circoscritti a casi eccezionali e dovrebbero essere tesi alla realizzazione non già del migliore interesse della persona⁸³, ma del suo interesse preferito. Eppure, non soltanto permane in Italia la tendenza a ricorrere, specie in presenza di patrimoni complessi, alle forme tradizionali ed emarginanti di incapacità di agire⁸⁴, ma si segnalano da tempo criticità e problemi anche dell'amministrazione di sostegno, derivanti, tra gli altri⁸⁵, da una certa leggerezza dei giudici tutelari nella redazione dei decreti di nomina.

Peraltro, l'impressione che siano necessari aggiustamenti alla disciplina dell'amministrazione di sostegno di cui agli artt. 404 ss. c.c. è condivisa dalla relazione del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità che, nelle *Osservazioni conclusive al primo rapporto dell'Italia* del 2016, ha espresso preoccupazioni proprio con riguardo alla circostanza che «si continui ad attuare la prassi della sostituzione nell'assunzione delle decisioni mediante l'amministrazione di sostegno», raccomandando, per un verso (e ancora una volta), l'abrogazione di tutte le norme che permettano meccanismi sostitutivi e, per altro verso, l'emanazione e attuazione di prov-

⁸² Si veda, *amplius*, il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 20 ss.: «The “best interests” principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The “will and preferences” paradigm must replace the “best interests” paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others» (così al punto 21). Spunti interessanti possono trarsi da Corte eur. diritti dell'uomo, 6.7.2023, Calvi e al. c. Italia, in *Foro it.*, 2024, I, IV, 2 ss., con nota di C. BONA, *L'amministrazione di sostegno, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il modello sociale della disabilità*.

⁸³ Nell'ottica del perseguimento del *best interest* del beneficiario, tra le altre, Cass. 11.5.2017, n. 11536, cit.

⁸⁴ Tendenza che è agevolata dalla formulazione del codice, che rende incerto il confine tra gli istituti di protezione legale. Che gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione continuino a trovare applicazione, malgrado il sempre più crescente numero dei procedimenti relativi all'amministrazione di sostegno, emerge dai dati dell'*Annuario statistico italiano 2023*, capitolo 6, *Giustizia, criminalità e sicurezza*, pubblicato dall'Istat il 20 dicembre 2023, e reperibile al link <https://www.istat.it/storage/ASI/2023/capitoli/C06.pdf> (v., in particolare, la Tavola 6.4). Evidenziano come la l. 6/2004 in molti tribunali venga poco applicata, restando prevalente il ricorso all'interdizione e all'inabilitazione, G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 702 ss., che sulla base di dati statistici, rilevano: «dall'analisi per macro aree del territorio nazionale è infatti emerso che al Nord e al Centro il numero di decreti di AdS per 100mila residenti, adottati in sei anni, è doppio del numero di decreti adottati al Sud. L'inverso si osserva per i decreti di nomina dei tutori, che al Sud sono più del doppio rispetto al Nord. Anche al Centro Italia la produzione di decreti tutore è piuttosto elevata, con un valore di poco più basso rispetto al Sud».

⁸⁵ Per una sintesi, recentemente, oltre a G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *op. ult. cit.*, 702 ss., 719 ss.; M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, *ivi*, 691 ss.; U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, *ivi*, 694 ss.; M. GIROLAMI, *La procura*, cit., 1388 ss.; ID., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 854 ss., spec. 858 ss.; M.N. BUGETTI, *Verso... e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in *Fam. e dir.*, 2024, 309 ss.

vedimenti per il supporto nell'assunzione delle decisioni, compresa la formazione di professionisti che operano nei settori giudiziario, sanitario e sociale⁸⁶.

Da altra prospettiva, il nostro ordinamento dovrebbe accogliere strumenti di sostegno alternativi a quelli conseguibili attraverso la via giudiziale⁸⁷.

In particolare, valorizzando l'esercizio della propria capacità, sarebbe opportuno permettere alla persona con disabilità di poter decidere, mediante congegni negoziali specifici, chi e in che modo è incaricato di assisterla nell'assunzione delle decisioni personali e/o patrimoniali, sviluppando quanto più possibile la sua persona⁸⁸. Del resto, è in questa direzione che si

⁸⁶ Cfr., in particolare, i punti 27-28 delle *Concluding observations on the initial report of Italy* del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità, adottate nella 16° sessione, 15 agosto-2 settembre 2016 (reperibili al link: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRP.D%2FC%2FITA%2FCO%2F1&Lang=en): «The Committee is concerned that substituted decision-making continues to be practised through the mechanism of administrative support “Amministrazione di Sostegno”. The Committee recommends that the State party repeal all laws that permit substituted decision-making by legal guardians, including the mechanism of administrative support and the enactment and implementation of supported decision-making provisions, including the training of professionals in the justice, health and social sectors». Sulla necessità di formazione dei soggetti che gravitano intorno al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, v. le riflessioni di P. ZATTI, *L'intendance suivra...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 182-183. Nella medesima direzione del Comitato delle Nazioni Unite si muovono i lavori dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, cit., 13 ss., ove si legge che «pur avendo certamente innovato rispetto alla disciplina precedente, infatti, il cambiamento di prospettiva introdotto con la legge n. 6/2004, si è dimostrato non sufficiente (...) La Convenzione ci impone un cambio di paradigma: la persona con disabilità non più come persona con capacità giuridica e/o di agire limitata e quindi da proteggere, ma persona con piena capacità, titolare di diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti». L'Osservatorio reputa «opportuno mantenere un *continuum* di forme di supporto di intensità progressiva in base alla situazione individuale della persona, ricorrendo a meccanismi o istituti giuridici più formalizzati solo quando ve ne è una effettiva necessità. D'altra parte, anche nell'ipotesi in cui sia necessario attivare una misura/meccanismo di protezione, oltre che di supporto (...), occorre riconoscere alla persona, attraverso adeguata indicazione normativa e prassi amministrativa, il “processo decisionale supportato” (...) Pertanto, occorre inserire in tutte le norme, direttive, linee guida, etc. che è un diritto delle persone con disabilità, a partire dalla progettazione individuale, l'acquisizione di processi di autodeterminazione (anche attraverso esperienze nuove, momenti di autoconsapevolezza) ed avere sostegni formali e informali (circoli di sostegno, *peer support*) per la manifestazione dei propri desideri bisogni ed aspettative e la sua presa di decisioni. Occorre inserire in tutte le norme, direttive, linee guida, etc. che è un diritto delle persone con disabilità vedersi predisposti gli strumenti e le condizioni atte a garantire un effettivo e possibile “processo decisionale supportato” e un sistema di sostegno basato sulla migliore interpretazione dei desideri in ogni ambito (giuridico, sanitario, di accesso ai servizi, di instaurazione di relazioni civili), predisponendo un'ideale attività formativa per gli operatori del diritto, i familiari delle persone con disabilità, gli operatori sociali e sanitari».

⁸⁷ *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., al punto 17. Peraltro, la previsione di alternative alle misure di sostegno giudiziali consentirebbe di superare (o, almeno, ridurre) alcune delle criticità in materia di amministrazione di sostegno segnalate da G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *op. cit.*, 704 ss.; U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità*, cit., 694 ss.

⁸⁸ Aperture in questa direzione, con riguardo alla *cura personae*, si scorgono nella l. n. 218/2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), il cui art. 4 consente alla persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, «in

sono mossi diversi paesi europei, i cui ordinamenti contemplanano strumenti di diritto privato che consentono di conferire a un soggetto l'incarico di occuparsi della gestione dei propri beni e, in varia misura, della propria persona, in apprezzamento o in previsione della propria disabilità. Tra gli altri, si pensi – oltre alle già menzionate misure di sostegno volontarie introdotte dal legislatore spagnolo con la riforma in tema di *discapacidad (podere preventivo e mandato preventivo)* – al *mandat de protection future* francese⁸⁹ o alla *Vorsorgevollmacht* tedesca, una procura che, a seguito della riforma operata dal *Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts* del 4 maggio 2021 (in vigore dal 1° gennaio 2023), è posta al centro degli strumenti per la gestione della sfera giuridica dell'interessato⁹⁰.

Un passo importante verso la valorizzazione della libertà di scelta e dell'autodeterminazione della persona con disabilità è stato compiuto, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 3.5.2024, n. 62⁹¹, che introduce una disci-

previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi», di esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche o a singoli trattamenti sanitari, indicando una «persona di fiducia», «che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (ma v. anche l'art. 5 sulla pianificazione condivisa delle cure). Allo stato, in alternativa al sostegno di natura giudiziale, per gestire il patrimonio della persona non di rado si ricorre all'utilizzo di procure generali rilasciate, in un periodo antecedente, dal soggetto non più *compus sui*. Per un'attenta disamina del tema, M. GIROLAMI, *La procura*, cit., p. 1388 ss. Più in generale, sull'importanza che la persona con disabilità possa programmare le misure di sostegno negli aspetti patrimoniali e personali della propria esistenza, si veda il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., al punto 17: «*For many persons with disabilities, the ability to plan in advance is an important form of support, whereby they can state their will and preferences which should be followed at a time when they may not be in a position to communicate their wishes to others*».

⁸⁹ Il *mandat de protection future*, che consente di designare uno o più soggetti affinché si prendano cura del proprio patrimonio e/o della propria persona, è stato introdotto nel *Code civil* (artt. 477 ss.) con *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*. Mette conto di segnalare che, ai sensi dell'art. 428 del *Code civil*, come modificato dall'art. 29 della *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*, le misure di protezione giudiziale non potranno essere ordinate se non in caso di necessità e ove non si possa provvedere sufficientemente agli interessi della persona (attraverso un *mandat de protection future*, o in virtù dell'applicazione delle regole in materia di rappresentanza o di quelle relative ai diritti e doveri dei coniugi o in ragione di altre misure meno restrittive).

⁹⁰ E invero, in attuazione della Convenzione di New York e, in particolare, dell'art. 12 (cfr., in tal senso, il comunicato n. 70/2022, del *Bundesministerium der Justiz* reperibile al link https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/1229_Neues_Vormundschafts_und_Betreuungsrecht.html), il § 1814.3, n. 1, BGB, relega ora l'istituto di protezione legale (*Betreuung*, che non interferisce di per sé con la capacità del beneficiario) a un ruolo sussidiario, prevedendo che se un soggetto maggiore di età non è in grado di gestire in tutto o in parte i propri affari, in ragione di una malattia (*Krankheit*) o di una disabilità (*Behinderung*) non è necessario fare luogo alla nomina di un *Betreuer* quando può provvedere agli stessi compiti un rappresentante negoziale a ciò legittimato. Nella prospettiva di attuazione dell'art. 12, v. anche il § 1821, che sancisce il rispetto dei desideri della persona assistita (salvo il ricorrere di una delle ipotesi regolate dal § 1821.3) o, per il caso in cui non si possano stabilirne i desideri, la volontà presunta. Sulla *Vorsorgevollmacht*, nella letteratura italiana, M. GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 854 ss.

⁹¹ Il d.lgs. 3.5.2024, n. 62 (recante «Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per

plina del c.d. *progetto di vita*, quel «progetto individuale, personalizzato e partecipato della persona con disabilità che, partendo dai suoi desideri e dalle sue aspettative e preferenze, è diretto ad individuare, in una visione esistenziale unitaria, i sostegni, formali e informali, per consentire alla persona stessa di migliorare la qualità della propria vita, di sviluppare tutte le sue potenzialità, di poter scegliere i contesti di vita e partecipare in condizioni di pari opportunità rispetto agli altri» (art. 2, II co., lett. c, d.lgs. d.lgs. 3.5.2024, n. 62)⁹².

Nello specifico, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. d.lgs. 3.5.2024, n. 62, è previsto che il progetto individui – per qualità, quantità e intensità – gli strumenti, le risorse, gli interventi, le prestazioni, i servizi e gli accomodamenti ragionevoli volti a eliminare o a prevenire le barriere e attivare i supporti necessari per l'inclusione e la partecipazione della persona nei diversi ambiti (abitativo, lavorativo, scolastico etc.)⁹³. Significativamente, è la persona con disabilità, «titolare del progetto di vita», che «ne richiede l'attivazione», concorre a determinarne i contenuti ed esercita le prerogative volte ad apportarvi modifiche e integrazioni, «secondo i propri desideri, le proprie aspettative e le proprie scelte»⁹⁴.

Se la ricostruzione complessiva di un sistema esige che se ne colgano le dinamiche, le modalità attraverso le quali ciascuna componente ridefinisce tutte le altre, dando a ciascuna nuova forza e legami più solidi con la società⁹⁵, è indispensabile che il diritto privato interpreti finalmente il ruolo di protagonista che la Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità gli ha affidato.

l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato») è stato emanato in attuazione della l. n. 227/2021, che ha conferito al Governo la delega ad adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità. Ancor prima del d.lgs. 62/2024, in attuazione della legge delega, sono stati emanati il d.lgs. 13.12.2023, n. 222 («Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità») e il d.lgs. 5.2.2024, n. 20 («Istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità»). Tra le varie disposizioni contenute nel d.lgs. d.lgs. 3.5.2024, n. 62, si segnalano: l'art. 1 («Oggetto e finalità»), in cui si fa espressa menzione alla Convenzione e al rispetto dei principi di autodeterminazione e non discriminazione della persona con disabilità; l'art. 3, recante «Modifiche all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104», che ora contempla la nuova nozione – conforme a quella data dall'art. 1.2 CDPD – di «persona con disabilità»: «è persona con disabilità chi presenta durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all'esito della valutazione di base»; l'art. 4, che nel disciplinare la «Terminologia in materia di disabilità», prevede la sostituzione «ovunque ricorre» della parola «handicap» con «condizione di disabilità», delle parole «persona handicappata, portatore di handicap, persona affetta da disabilità, disabile, diversamente abile» con «persona con disabilità» e dell'espressione «disabile grave» con quella di «persona con necessità di sostegno intensivo».

⁹² L'art. 33, II co., d.lgs. 3.5.2024, n. 62, prevede che dal 1° gennaio 2025 sia avviata una procedura di sperimentazione, della durata di 12 mesi, volta all'applicazione provvisoria e a campione delle disposizioni relative al progetto di vita.

⁹³ Circa la forma e il contenuto del progetto di vita, cfr. art. 26, d.lgs. 3.5.2024, n. 62.

⁹⁴ Con riguardo al procedimento per la formazione del progetto, v. artt. 23 ss., d.lgs. 3.5.2024, n. 62.

⁹⁵ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 564.