

DISABILITÀ E INCLUSIONE: DIRITTI E STRUMENTI DI TUTELA

1. Considerazioni introduttive - 2. La disabilità quale concetto “relazionale” e il diritto all’inclusione della persona disabile - 3. L’amministrazione di sostegno e la minor limitazione possibile del disabile psichico - 4. Il diritto all’autodeterminazione terapeutica del disabile - 5. Rilievi conclusivi

Abstract

Gli interventi normativi e giurisprudenziali in tema di disabilità sono paradigmatici di un rinnovato approccio alla tematica, coerente con i valori fondanti il sistema costituzionale, nel quale la tutela del disabile non può esaurirsi, “in negativo”, nella protezione dalle discriminazioni, ma deve tendere, “in positivo”, a far sì che la disabilità non precluda la piena inclusione nel contesto sociale e la realizzazione della personalità del disabile.

Normative provisions and case-law on the issue of disability are paradigmatic of a renewed approach to this topic, that appears more consistent with the founding values of our constitutional framework, in which the protection of the disabled cannot be reduced, from a ‘negative’ perspective, to a simple protection from discrimination, since it should aim, from a ‘positive’ standpoint, at ensuring that disabled are not precluded from the full inclusion in their social context and the realization of their personality.

Keywords: Disability, Inclusion, Prohibition of discrimination, Fundamental rights, Therapeutic self-determination.

1. Considerazioni introduttive

“Eguaglianza sostanziale”, “inclusione”, “adeguatezza ed effettività degli strumenti di protezione” hanno rappresentato, nel tempo, le linee guida del processo di riforma degli istituti privatistici a tutela delle persone affette da disabilità. In questa prospettiva si pongono, ad esempio, la legge 9 gennaio 1989, n. 13, recante le disposizioni «per favorire il superamento e l’eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati»; la legge 5 febbraio 1992, n. 104, legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate; la legge n. 6 del 2004, introduttiva dell’amministrazione di sostegno; la legge n. 67 del 2006, recante le misure «per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni»; la legge n. 112 del 2016, sul c.d. “Dopo di noi”, volta a favorire il ricorso a quegli strumenti negoziali che possano assicurare al disabile, anche in assenza di una rete familiare idonea, il proprio sostentamento; la legge n. 219 del 2017, la quale riconosce e garantisce il diritto all’autodeterminazione terapeutica anche a favore di soggetti incapaci; fino alla legge-delega n. 227 del 2021 che, in linea con gli obiettivi del PNRR,

mira a garantire alla persona con disabilità «il pieno esercizio dei suoi diritti civili e sociali», oltre a «promuovere l'autonomia della persona con disabilità e il suo vivere su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione»¹.

Pur nella varietà dei relativi campi di applicazione, tali riforme appaiono paradigmatiche di un nuovo approccio alla tematica, dal quale emerge la piena consapevolezza che la tutela del disabile non possa esplicarsi meramente “in negativo”, quale protezione da discriminazioni, ma debba tendere, “in positivo”, a far sì che la disabilità non precluda la piena inclusione nel contesto sociale e la realizzazione della personalità del disabile. A ben vedere, tuttavia, le menzionate riforme, in linea con la normativa sovranazionale², non innovano sul piano valoriale il sistema ordinamentale, dando piuttosto positiva attuazione a principi e valori già presenti nel sistema costituzionale³. Principi e valori sui quali si fondano condivisibili approdi giurisprudenziali, nei quali si apprezza la «dimensione sociale» della tutela delle disabilità, che non può essere incisa da logiche proprietarie o, più ampiamente, patrimoniali. Basti il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale sulla costituzione di servitù coattiva di passaggio *ex art. 1052 cod. civ.*, anche nell'interesse di persone con disabilità, alle sentenze in tema di innovazioni condominiali, o, ancora, alle diverse sentenze emesse

¹ Per una ricognizione delle fonti normative, interne ed europee, in tema di disabilità, da ult. G. ZAMPIERI, *Il fattore disabilità nella giurisprudenza: principali tappe e prospettive future*, in *Giustiziacivile.com*, 11 maggio 2022, al quale si rinvia anche per la disamina della giurisprudenza europea sul concetto di “disabilità”.

² Si richiama: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 21 vieta «ogni forma di discriminazione» fondata anche sull'handicap e all'art. 26 «riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»; il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che all'art. 10 include tra gli obiettivi dell'unione quello di «combattere le discriminazioni» fondate anche sulla disabilità; la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (ratificata in Italia con l. n. 18/2009), la quale mira a «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 promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità» (art. 1) e vieta «ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità». Più di recente v. anche la *Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030* adottata dalla Commissione europea nel marzo 2021. In dottrina, per una ricognizione delle politiche europee in tema di disabilità, a partire dalla metà degli anni Settanta, cfr. D. FERRI, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima “Strategia”*, in *Politiche sanitarie*, 2, 2016, pp. 118 ss. V. anche T. SICA, *Disabilità e accesso a internet*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2022, pp. 1 ss., il quale sottolinea anche i riferimenti alle disabilità contenuti nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo sull'IA del 2021.

³ A ben vedere, la Carta costituzionale si riferisce espressamente ai disabili soltanto nell'art. 38 Cost., sul diritto al mantenimento, all'assistenza sociale, all'educazione e all'avviamento professionale in favore degli inabili al lavoro (commi 1 e 3). Tuttavia, come è stato osservato (S. PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, p. 372), «il testo della nostra Costituzione, i principi da essa espressi [sono] già di per sé idonei – se opportunamente interpretati – a riconoscere e a garantire agli handicappati la protezione e la promozione di cui hanno bisogno» (il riferimento è, in particolare, agli articoli 2, 3, 32 Cost.). Sulla persona umana quale «principio di ordine pubblico costituzionale», il quale necessariamente guida l'attività interpretativa e legislativa anche in tema di disabilità: v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, pp. 1 ss. e 9 ss., ivi ampia bibliografia.

sul diritto all'istruzione del disabile e sul rapporto tra la garanzia di attuazione del medesimo e i vincoli di bilancio⁴.

Il tema, come emerge da tali preliminari rilievi involge, trasversalmente, istituti e questioni differenti. Nelle pagine che seguono si tratteranno soltanto talune delle problematiche oggetto di attenzione degli interpreti, le quali evidenziano, in concreto, quella tensione alla piena inclusione della persona disabile che connota il *trend* normativo e giurisprudenziale più recente.

2. La disabilità quale concetto “relazionale” e il diritto all'inclusione della persona disabile

Come premesso, l'idea della disabilità quale condizione patologica di un soggetto che, in ragione di essa, deve essere protetto, cede il passo ad un'idea “relazionale” della disabilità, intesa «come la conseguenza o il risultato di una complessa relazione tra la condizione di salute di un individuo e i fattori personali e i fattori ambientali che rappresentano le circostanze in cui vive l'individuo». I diversi ambienti possono, infatti, «avere un impatto molto diverso sullo stesso individuo con una certa condizione di salute. Un ambiente con barriere, o senza facilitatori, limiterà la *performance* dell'individuo; altri ambienti più facilitanti potranno invece favorirla»⁵. In altri termini, la disabilità è problema non del singolo, ma della collettività, che deve rimuovere i limiti e operare al fine di garantire la piena inclusione della persona disabile nel contesto sociale⁶.

È in questa prospettiva che possono essere letti taluni contributi, dottrinali e giurisprudenziali, nei quali si evidenzia la dimensione sociale della disabilità. Nel 1999 la Corte costituzionale

⁴ V. *infra* § 2.

⁵ Nozione tratta dall'*International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF), approvato nel 2002 dall'OMS.

⁶ Cass., 25 ottobre 2012, n. 18334, in *Giustizia civile*, 2012, p. 2549. In questa direzione si colloca la anche Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18, nella quale si evidenzia il fine di garantire la partecipazione del disabile alla vita sociale. Come è stato osservato, infatti, «significativo è il riconoscimento della disabilità, contenuto nel punto e) del Preambolo e richiamato nell'articolo 1, come concetto evolutivo, di contenuto sociale, risultante dall'interazione tra persone con impedimenti e barriere attitudinali ed ambientali, che impediscono la loro effettiva partecipazione nella società su basi di eguaglianza con gli altri. Secondo l'ottica della Convenzione, pertanto, non è il disabile, che, per un suo presunto stato naturale si trova di fatto ostacolato nell'esercizio dei suoi diritti, ma è la società, che, con le sue strutture e sovrastrutture, impedisce la piena partecipazione del disabile alla vita di relazione e crea, di conseguenza, la disabilità». Pertanto, «la disabilità è una condizione sociale di minorità, che lo Stato ha l'obbligo di rimuovere con azioni positive»: in questi termini, G. TUCCI, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in *Questione giustizia*, 2018; v. anche V. BONGIORNO, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 310 ss. Ripercorre le tappe che hanno condotto a tale rinnovata concezione della disabilità: A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civ.*, Torino, 2010, *passim*.

dichiara l'incostituzionalità dell'art. 1052 cod. civ. nella parte in cui non consentiva la costituzione di servitù coattiva di passaggio a favore di fondo non intercluso qualora tale servitù si fosse resa necessaria per soddisfare esigenze non «dell'agricoltura o dell'industria», ma le esigenze di accessibilità di portatori di *handicap*⁷. Secondo la Corte «la impossibilità di accedere alla pubblica via, attraverso un passaggio coattivo sul fondo altrui, si traduce nella lesione del diritto del portatore di *handicap* ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali: evidente essendo che l'assenza di una vita di relazione, dovuta alla mancanza di accessibilità abitativa, non può non determinare quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere». La Corte ribadisce quindi l'abbandono, in una prospettiva costituzionale, dell'idea «di una radicale irrecuperabilità dei portatori di *handicap*», per i quali «la socializzazione [deve] essere considerata un elemento essenziale per la salute di tali soggetti sì da assumere una funzione sostanzialmente terapeutica assimilabile alle pratiche di cura e riabilitazione». Ciò in coerenza anche con l'art. 42 Cost. che, se da un lato, riconosce la proprietà privata, dall'altro, dispone che la stessa realizzi una «funzione sociale»⁸. Nel solco di tale impostazione si colloca anche la successiva giurisprudenza in tema di innovazioni condominiali ex art. 1120 cod. civ.⁹, che esalta il «principio di solidarietà condominiale» ed impone il temperamento dei diversi interessi coinvolti nei rapporti condominiali, ivi compreso l'interesse «delle persone disabili all'eliminazione delle barriere architettoniche, oggetto, peraltro, di un diritto fondamentale». In questa prospettiva si ammette una rimodulazione delle maggioranze richieste ai fini dell'approvazione dell'innovazione attraverso una lettura costituzionalmente orientata della disciplina condominiale e in applicazione dei principi espressi dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Si precisa peraltro come l'installazione di un ascensore in un edificio condominiale si giustifica non soltanto qualora tra i condomini vi sia un soggetto portatore

⁷ Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 688 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*.

⁸ V. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971, spec. pp. 23, 50, 123 s.; ID., *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1989, spec. pp. 224 s.; A. LENER, *Problemi generali della proprietà*, in AA.VV., *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, pp. 8 s. e 17 ss.; A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Camerino-Napoli, 1980, pp. 258 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Camerino-Napoli, 1998, pp. 43 ss.

⁹ Cass., 25 ottobre 2012, n. 18334, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2549; v. anche Cass., 28 marzo 2017, n. 7938, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, I, p. 370.

di *handicap*, ma anche qualora non ve ne fossero, giacché tale installazione consente l'accesso ai portatori di *handicap* senza difficoltà in tutti gli edifici e non solo presso la propria abitazione¹⁰.

Interessanti spunti si rintracciano, poi, nei contributi sul diritto all'istruzione del disabile, inteso quale diritto fondamentale¹¹, non comprimibile in ragione dell'esigenza di rispettare i vincoli di bilancio della pubblica amministrazione. È nota, anche per la risonanza riscontrata nella giurisprudenza successiva, la sentenza n. 275 del 2016¹², con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 6, comma 2-*bis*, l. Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 785, ove prevedeva che per l'erogazione di servizi di trasporto scolastico a beneficio degli alunni con disabilità «la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province», ma soltanto «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa». La legge condizionava, dunque, l'attuazione del diritto fondamentale all'istruzione del disabile ad esigenze di stampo finanziario legate ai vincoli di bilancio. Secondo la Corte, l'effettiva attuazione del diritto inviolabile «allo studio e all'educazione degli alunni disabili», «non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali». La citata legge determinava, quindi, un'illegittima inversione, là dove «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Con conseguente violazione, oltre che degli art. 2 e 3 Cost., dell'art. 38, comma 3, Cost. e dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione al parametro interposto costituito dall'articolo 24 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. La Corte disattende, così, l'idea che l'equilibrio di bilancio sia una sorta di super-valore, preminente rispetto ad ogni altro. Diversamente, se si tratta di bilanciare il principio all'equilibrio finanziario e la tutela di un diritto incompressibile,

¹⁰ In questa prospettiva v. Cass., 28 marzo 2017, n. 7938, cit.

¹¹ Sul diritto all'istruzione delle persone disabili: L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Riv. AIC*, 4, 2015; P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità. Profili sostanziali e giurisprudenziali*, in E. CATELANI e R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2015, pp. 149 ss.; S. FIORENTINO, *Integrazione ed inclusione sociale: modelli a confronto*, in M. STRIANO, *Pratiche educative per l'inclusione sociale*, Milano, 2010, pp. 38 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass., 25 novembre 2014, n. 25011, in *Foro it.*, 2015, I, c. 951; Cass., 8 ottobre 2019, n. 25101, in *Guida dir.*, 2020, p. 62 (sulla mancata assegnazione delle ore di sostegno previste, quale discriminazione indiretta che ha l'effetto di mettere un bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni). Nella medesima prospettiva, con riferimento alle scuole paritarie, Cass., 20 aprile 2017, n. 9966, in www.cortecostituzionale.it.

¹² Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, pp. 2330 ss., con note di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore* e di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*.

qual è quello all'istruzione del disabile, non potrà che prevalere quest'ultimo¹³. Come è stato efficacemente osservato il diritto, inviolabile, all'inclusione scolastica dei disabili è «diretta emanazione del personalismo costituzionale e integra quella cifra di socialità che non soggiace ad alcun bilanciamento: i vincoli finanziari non possono eroderne l'effettività e il legislatore, così come la Corte, devono sottrarlo a qualsiasi ponderazione»¹⁴. La posizione richiamata, oltre ad essere ripresa in successive pronunce della giurisprudenza interna, trova conforto anche in una più recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵. Nel caso di specie, si lamentava la violazione sia del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU) in relazione al diritto all'istruzione (art. 2, Prot. 1), sia dei diritti in sé all'istruzione e alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU). I ricorrenti sostengono infatti una compressione del diritto all'istruzione del figlio minore, giustificata tuttavia dall'Amministrazione scolastica sulla base di talune restrizioni di bilancio imposte agli enti locali dalla legge n. 220 del 2010. Tale argomento non consente, tuttavia, di giustificare la privazione per l'alunno disabile dell'assistenza specializzata alla quale avrebbe avuto diritto e ciò anche alla luce del principio di non discriminazione, garantito – come noto – anche a livello europeo. La mancanza di risorse da parte dell'amministrazione non dovrebbe determinare, necessariamente, «una modifica degli accomodamenti ragionevoli che permettono di garantire ai bambini affetti da *handicap* la parità delle opportunità», ma potrebbe anche giustificare una distribuzione del *deficit* economico

¹³ Cfr. anche la precedente Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in www.cortecostituzionale.it, la quale dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di ragionevolezza, l'art. 2, comma 413, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ove fissava un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno. La Corte muove dalla premessa della diversità delle forme di disabilità «per ognuna delle quali è necessario individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di *handicap* da cui risulti essere affetta in concreto una persona»; ribadisce, poi, la natura di diritto fondamentale del diritto del disabile all'istruzione, con la conseguenza che la discrezionalità del legislatore, nell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili «trova un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». Da qui l'irragionevolezza della scelta normativa di fissare un limite massimo relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno. Tale limite, infatti, «non trova alcuna giustificazione nell'ordinamento e si appalesa irragionevole poiché comporta l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico».

¹⁴ F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, p. 172. Sul rapporto tra vincoli di bilancio e attuazione del diritto inviolabile all'istruzione del disabile: A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, cit., pp. 2343 ss., il quale evidenzia il condivisibile approccio della Consulta ove rifugge da un bilanciamento tra diritti sociali e esigenze economico-finanziarie «in quanto il fine del soddisfacimento dei diritti sociali non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica), che resta funzionale alla tutela effettiva del diritto stesso» [sul punto il riferimento alla posizione di M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1996, pp. 100 ss.].

¹⁵ Corte EDU, 10 settembre 2020, *G.L. c. Italia*. Per alcune considerazioni sulla pronuncia v. A. LAMBERTI, *Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, spec. pp. 55 ss.

su tutti gli studenti, a prescindere dal loro essere affetti o meno da una disabilità. In altri termini, «le eventuali restrizioni di bilancio devono incidere sull'offerta formativa in maniera equivalente per gli alunni affetti da *handicap* e per quelli non affetti da *handicap*», determinandosi, diversamente, una discriminazione legata alla peculiare condizione di disabilità del soggetto coinvolto.

3. L'amministrazione di sostegno e la minor limitazione possibile del disabile psichico

Il breve *excursus* operato ha inteso dare concretizzazione alla premessa sulla rinnovata concezione della disabilità, quale problema, non del singolo, ma della collettività. È in questa prospettiva, infatti, che si apprezza il passaggio dalla emarginazione del disabile alla sua piena inclusione nel contesto sociale. Passaggio che ben si evidenzia, anche sul piano positivo, nella riforma delle misure di protezione dell'incapace. In un sistema ordinamentale orientato alla massima produttività si comprende la tendenza alla emarginazione del disabile psichico che si realizza attraverso l'interdizione, che priva l'interdetto della capacità di porre in essere negozi giuridici, a prescindere dalla natura patrimoniale o non patrimoniale dei medesimi. Diversamente, la legge n. 6 del 2004, introduttiva dell'amministrazione di sostegno, segna un decisivo cambio di rotta nella tutela del disabile psichico. Sin dagli anni Settanta del secolo scorso si auspicava una rimodulazione delle incapacità¹⁶, una differenziazione delle misure di protezione e la valorizzazione della capacità di discernimento, quantomeno per il compimento di atti espressione di diritti o libertà personali¹⁷. Lo spostamento dell'angolo visuale dalla tutela del patrimonio dell'incapace a quella della sua persona (in linea con

¹⁶ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 139 ss.; ID., *Gli istituti di protezione e promozione dell'«infermo di mente»*. A proposito dell'andiccappato psichico permanente, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, pp. 46 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, pp. 327 ss. (da quest'ultima opera si citerà in seguito); G.P. LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984, pp. 78 ss.; ID., *Amministratore di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 216. In questa prospettiva anche P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, pp. 446 ss. e 468 ss.

¹⁷ Segnala il contrasto con i valori costituzionali del sistema di protezione degli incapaci delineato nel codice civile, auspicando un intervento legislativo, ma, al contempo, profilando la necessità di un'interpretazione conforme a costituzione delle normative vigenti, P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e promozione dell'«infermo di mente»*, cit., pp. 329 ss. e 332 ss. Sul punto v. già ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 139 ss. Sul rapporto tra incapacità d'agire ed esercizio di diritti fondamentali della persona v., inoltre, C. PERLINGIERI, sub *art. 2 cod. civ.*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli, 2010, pp. 262 ss.

gli artt. 2 e 3 Cost.)¹⁸ e le spinte, anche sovranazionali, verso la garanzia di una più ampia partecipazione del soggetto affetto da *deficit* psichici alle attività della collettività¹⁹, conducono all'introduzione di una misura che garantisce la «massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà»²⁰. L'ordinamento si apre, così, ad un istituto flessibile che consente di modulare la misura di “protezione” in relazione al concreto ed effettivo “bisogno” del soggetto interessato²¹. Il decreto di nomina dell'Amministratore di sostegno indica gli atti per i quali il beneficiario deve essere assistito dall'amministratore e/o quelli per i quali l'amministratore ha il potere di agire in nome e per conto del beneficiario (art. 405 cod. civ.), con la precisazione che il «beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore» (art. 409 cod. civ.). La prospettiva è, dunque, inversa rispetto a quella che ha ispirato la regolamentazione codicistica: da una situazione generale di incapacità si passa ad una condizione di generale capacità, nella quale si innestano taluni limiti.

Il «modello [codicistico] d'incapacità preconstituita»²², anche grazie ai tempestivi interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione²³, assume un ruolo residuale: la misura dell'amministrazione di sostegno è, infatti, misura da preferire rispetto a quelle dell'interdizione e dell'invalidazione, con la precisazione che i rispettivi ambiti di applicazione vanno individuati con riguardo

¹⁸ S. VOCATURO, *L'amministrazione di sostegno: dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Rivista del notariato*, 2004, p. 241. V. anche V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rassegna di diritto civile*, 2021, pp. 423 s., il quale evidenzia la portata sistematica della Convenzione delle nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, sottolineando che tale disciplina «supera la logica della protezione tipicamente patrimoniale della persona, a favore di un modello sociale fondato sui diritti umani [...]. Una disciplina nella quale scompare ogni riferimento alla incapacità, per dare spazio alla disabilità, come condizione complessiva della persona». Tale «scelta linguistica non è soltanto ossequio a un perbenismo contemporaneo, ma cela una nuova filosofia nella protezione e cura delle persone».

¹⁹ Si richiamano, a titolo esemplificativo, la *Declaration on Right of Mentally Retarded Persons* e la *Declaration on the rights of Disabled Persons*, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, rispettivamente in data 20 dicembre 1971 e 9 dicembre 1975. Per un confronto con gli sviluppi sovranazionali in tema v. E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, pp. 537 ss., il quale affronta anche la questione più specifica del rapporto tra incapacità e atti esistenziali (pp. 554 ss.).

²⁰ Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giustizia civile*, 2006, p. 2722.

²¹ Il criterio della “minore limitazione possibile” ha una duplice valenza: da un lato, impone al giudice di indicare nel decreto soltanto le limitazioni indispensabili rispetto alle condizioni dell'interessato; dall'altro, orienta il giurista nell'interpretazione della disciplina, là dove tra più opzioni ermeneutiche questi dovrà sempre preferire quella che garantisce detta minore limitazione (così, F. PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp. 708 s.). In giurisprudenza, cfr. Cass., 27 settembre 2017, n. 22602, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3307.

²² G. BONILINI, *Sub art. 404 cod. civ.*, in *Codice civile commentario Schlesinger*, Milano, 2018, p. 33.

²³ Cfr. Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, pp. 312 ss., con nota di S. PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*, Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit.; Cass. 26 ottobre 2011, n. 22332, in *Rivista del notariato*, 2013, 2, p. 460.

non al diverso grado di infermità, ma all'adeguatezza della misura in relazione alle esigenze del soggetto interessato.

A distanza di quasi un ventennio dall'introduzione della misura dell'amministrazione di sostegno, possono apprezzarsi, in giurisprudenza, gli "usi" concreti della misura, ma anche i dubbi interpretativi che ancora l'accompagnano. Interessante, in particolare, si presenta il rapporto tra libertà personali e misura dell'amministrazione di sostegno²⁴. Del resto, gli automatismi propri della misura interdittiva giustificavano la critica degli interpreti soprattutto in relazione a quelle libertà. Il riferimento, ad esempio, è al divieto di matrimonio previsto per l'interdetto (art. 85 cod. civ.) e al divieto di testare (art. 591 cod. civ.). Non si è dubitato, all'indomani della riforma del 2004, dell'impossibilità di applicare analogicamente i menzionati divieti al beneficiario di amministrazione²⁵. Un'applicazione analogica avrebbe irrimediabilmente contraddetto lo spirito stesso della riforma e la sua necessaria modulabilità rispetto alle esigenze del beneficiario. Così, ad esempio, la giurisprudenza si è aperta al riconoscimento della capacità matrimoniale in favore di una persona affetta da sindrome di Down, beneficiaria di amministrazione di sostegno; questi, infatti, non è inteso come «malato», ma come «persona diversamente abile», «persona che non va trattata come soggetto da curare ma come soggetto da aiutare, ove la diversità si frapponga al completo e sano fruire dei diritti che l'ordinamento riconosce»²⁶.

D'altro canto, però, non si esclude neppure che la tutela del beneficiario possa passare attraverso una limitazione relativa all'esercizio di una libertà personale. Si condivide la posizione di quanti, sin da epoca risalente, criticavano l'emarginazione sociale del disabile (interdetto) il quale veniva di fatto privato degli strumenti giuridici necessari per realizzare la sua personalità, ritenendosi, tuttavia, che detta critica sia (e sia stata) correttamente rivolta verso gli automatismi legati alle misure di protezione, i quali si pongono inevitabilmente in contrasto con le molteplici forme di disabilità psichica che, in vario modo, possono incidere sulla capacità del soggetto.

“*Prendersi cura*” del disabile psichico corrisponde anche a negare l'esercizio di una “libertà personale”, là dove la stessa non possa – proprio in ragione di quella disabilità – essere esercitata

²⁴ Per più ampi riferimenti sulla questione v. I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, 2018, *passim*.

²⁵ Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, in *Foro italiano*, 2017, c. 1905; Trib. Modena, 14 febbraio 2017, n. 920, Trib. Modena, 18 dicembre 2013, entrambe in *Dejure online*.

²⁶ Trib. Varese, decr., 6 ottobre 2009, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'«interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, con nota di O. CLARIZIA, *Amministrazione di sostegno e promozione della personalità del beneficiario*, pp. 53 ss.

consapevolmente. In particolare, la previsione di un'incapacità, quand'anche involga una libertà personale «può risultare strumento di protezione particolarmente efficace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi, rispondendo tale interpretazione alla volontà del legislatore che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ha voluto realizzare un istituto duttile, e capace di assicurare risposte diversificate e personalizzate in relazione alle differenti esigenze di protezione»²⁷.

Ma il “*prendersi cura*”, nello spirito della riforma del 2004, equivale anche a prevedere forme di assistenza, di sostegno, affinché il disabile psichico possa consapevolmente esercitare libertà di carattere personale. Sul punto, significativo è un decreto del Giudice tutelare di Trieste²⁸ che, chiamato a decidere sulla capacità matrimoniale di una beneficiaria di amministrazione di sostegno, vieta il matrimonio, ma – al contempo – “suggerisce” agli aspiranti nubendi una convivenza “assistita”, sotto la guida di un subamministratore (nominato al fine), affinché questi possa valutare e riferire al Giudice tutelare se vi siano margini per un consapevole esercizio della libertà matrimoniale, nell'ottica, dunque, della revisione della decisione assunta: il «diritto privato non ha scelto nel 2004 di occuparsi delle persone? Allora dev'esser conseguente con se stesso. Poteri soffici, sostegni empatici, un altro tipo di linguaggio e di regole. Non diciamo sempre che l'amministratore di sostegno è una sorta di angelo custode?»²⁹. Si evidenziano, così, le potenzialità applicative di una

²⁷ Cass., 21 maggio 2018, n. 12460, in *Foro italiano*, 2019, I, c. 272. L'idea che una limitazione concernente una libertà personale non sia di per sé in contraddizione con lo spirito della riforma del 2004, non muta neppure con la considerazione che tale eventuale limitazione (salvo quanto si dirà in seguito per il diritto all'autodeterminazione terapeutica) non possa essere superata attraverso il riconoscimento di poteri sostitutivi in capo al rappresentante legale. Il concetto di volontà “presunta”, richiamato dalla giurisprudenza in tema di trattamenti sanitari (prima della legge n. 219 del 2017), ha rappresentato, per alcuni versi, una “finzione” necessaria all'esercizio di un diritto fondamentale, perciò, insopprimibile. Sì che quella stessa volontà non potrà essere utilmente richiamata a fronte di donazioni non stipulate, matrimoni non realizzati o separazioni non intraprese, poiché precedute da un evento, magari inatteso, incapacitante. Tali approdi, infatti, potrebbero condurre a conclusioni in contraddizione con il carattere personale degli atti considerati, con il rischio, peraltro, di legittimare forme di tutela, non del beneficiario, ma dei soggetti che, a vario titolo, avrebbero beneficiato di atti che l'incapace non ha potuto (o, forse, voluto) realizzare. Vieta il matrimonio in nome e per conto del beneficiario Trib. La Spezia, decr., 4 marzo 2020, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2021, pp. 231 ss.: «Il consenso a contrarre matrimonio deve essere espresso da un soggetto cosciente, in grado di manifestare un consenso libero, pieno, effettivo e consapevole (in altri termini, di autodeterminarsi sul punto), non potendo questo consenso essere al contrario manifestato dall'amministratore di sostegno, in sua rappresentanza o in sua sostituzione». Sul decreto v. le considerazioni di I. PRISCO, *In tema di impossibilità del matrimonio “in nome e per conto” del beneficiario*, *ivi*, pp. 237 ss. Sulla giurisprudenza che, invece, ha ammesso già prima della legge n. 219 del 2017 che il rappresentante legale potesse farsi portavoce della volontà presunta dell'incapace nell'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica, v. *infra* § 4.

²⁸ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 2738, con nota di P. CENDON, 22 anni, un forte ritardo mentale: meglio che la ragazza non si sposi subito.

²⁹ *Ibid.*

misura, per la sua flessibilità, non esaurisce il trattamento del disabile psichico nell'alternativa tra capacità e incapacità negoziale e che mira – per quanto possibile – a preservarne l'autonomia, affinché, con o senza l'assistenza dell'amministratore (a seconda delle esigenze del caso), possa operare nel mondo giuridico ed esprimere la propria personalità.

4. Il diritto all'autodeterminazione terapeutica del disabile

Il legislatore, anche sotto la spinta della giurisprudenza, è intervenuto a più riprese al fine di garantire al disabile l'esercizio di diritti e libertà fondamentali. In tale ambito si colloca il rapporto tra incapacità (attuali e potenziali) e diritto all'autodeterminazione terapeutica³⁰.

Il tema è stato ampiamente dibattuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, già molti anni prima dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017, che – come anticipato in premessa – regola anche il diritto all'autodeterminazione terapeutica dell'incapace. Prima di tale riforma numerosi sono stati gli sviluppi normativi e gli approdi ermeneutici della giurisprudenza, nei quali risultano valorizzati ora la volontà dell'incapace nel compimento di atti di natura esistenziale, ora il ruolo del rappresentante legale. Basti richiamare, a titolo esemplificativo, l'art. 13, legge n. 194 del 1978, che consente all'interdetta, al marito o al tutore della medesima di domandare l'interruzione di gravidanza; l'art. 31, comma 1, lett. *b e c*, reg. UE n. 536 del 2014, sul potere di rifiuto concesso all'incapace in materia di sperimentazione clinica; l'art. 2, comma 2, legge n. 468 del 1967 (richiamato anche dalla legge n. 483 del 1999 e dalla legge n. 167 del 2012), il quale sembra dar risalto esclusivamente alla capacità di intendere e di volere per i trapianti di organi *inter vivos*³¹; il comma

³⁰ Il tema è stato affrontato già con riferimento all'interdizione. V. P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente»*, cit., pp. 334 s., ove peraltro si proponeva di valorizzare anche il ruolo del curatore nell'inabilitazione, oltre i confini della cura del patrimonio dell'inabilitato (pp. 336 s.). Sulla peculiarità funzionale degli atti di autonomia a contenuto non patrimoniale e sui relativi risolti in punto di disciplina applicabile v. altresì ID. e AA.VV., *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, pp. 655 ss.

³¹ Ancora vivo, invece, è il dibattito sui trapianti di organi *post mortem*, il quale, peraltro, si innesta nella risalente disputa dottrinarica circa la qualificazione giuridica degli atti di disposizione del proprio cadavere [cfr. F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, pp. 2143 ss.; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, pp. 564; G. GIACOBBE, *Trapianti*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 895; A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1964, pp. 68 ss.]. Il tema involge anche l'amministrazione di sostegno, in quanto discussa è la possibilità che l'amministratore presti il consenso alla donazione degli organi del beneficiario (legge n. 91 del 1999). Sul punto v. Trib. Mantova, 25 agosto 2016, in *Famiglia e diritto*, 2017,

40, art. 1, legge n. 76 del 2016, il quale consente al convivente di designare «l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie»³².

Come anticipato, il rapporto tra incapacità e diritto all'autodeterminazione terapeutica approda in giurisprudenza già prima della legge n. 219/2017. In particolare, il confronto giurisprudenziale si anima a fronte delle richieste di rappresentanti legali di soggetti incapaci di prestare un consenso libero e consapevole avente ad oggetto l'interruzione di trattamenti sanitari fine-vita. La Corte di cassazione, dopo alcuni arresti di segno inverso, riconosce il potere per il rappresentante legale di farsi "portavoce" della volontà "presunta" dell'incapace, ricavabile «in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti»³³, così prestando "per conto" dell'interessato il consenso o il rifiuto ai trattamenti sanitari, anche fine-vita.

pp. 349 ss., con nota di A. ARFANI, *Sulla possibilità, per l'amministratore di sostegno, di manifestare l'autorizzazione all'espianto degli organi in luogo del beneficiario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 193, con nota di E. RAPISARDA, *Donazione degli organi post mortem e incapacità di agire*. In termini più generali sulle normative vigenti in tema di trapianti d'organo, M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in materia di trapianti d'organo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, pp. 305 ss.

³² E. CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, pp. 596 ss.; D. CARUSI, *Tentativi di legiferare in materia di "testamento biologico". Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016, pp. 82 ss.; L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Jus civile*, 2016, 2, pp. 99 ss. Ravvisa nella disposizione «un modello minimalista, ma efficace, di DAT con una forma adeguata al bisogno di immediata accessibilità da parte del disponente»: P. ZATTI, M. PICCINI, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1285.

³³ A tale presupposto si aggiunge inoltre quello dell'irreversibilità dello stato vegetativo. V. anche la successiva App. Milano, 9 luglio 2008, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 903 ss., con nota di R. PACIA, *Sull'interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*. In particolare, secondo la Corte milanese l'autorizzazione dovrebbe essere concessa quando si configuri un accanimento terapeutico di per sé contrario al *best interest* dell'incapace. Secondo la corte, infatti, il «bene vita» non può essere inteso «come un'entità esterna all'uomo, che possa imporsi [...] anche contro ed a dispetto della volontà dell'uomo», dovendosi intendere, piuttosto, come «il bene di vivere da uomo libero con la propria identità e dignità». Un'evoluzione diversa ha invece avuto l'altra vicenda, altrettanto nota, relativa al c.d. caso Welby (sulla quale v. Trib. Roma, ord., 16 dicembre 2006, in *Foro italiano*, 2007, I, c. 2231 ss., con nota di D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*, Trib. Roma, g.u.p., 23 luglio 2007, n. 2049, in *Diritto e giustizia*, 2007). Una vicenda fattuale per molti versi affine al c.d. caso Welby, ma con una soluzione a favore della possibilità di accogliere la richiesta di interruzione del trattamento salvavita, è quella nota come "caso Piludu", sulla quale cfr. Trib. Cagliari, 16 luglio 2016, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, p. 911, con nota di A. PISU, *Quando «il bene della vita» è la morte, una buona morte*. Per una ricostruzione anche di alcuni approdi raggiunti in altri Paesi, nel confronto con la giurisprudenza della Corte Edu, v. B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico-paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018, pp. 24 ss. V. altresì il *dossier* del Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, n. 490, maggio 2017, dal titolo *La disciplina del consenso ai trattamenti sanitari e delle dichiarazioni anticipate di volontà in alcuni Paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti)*, consultabile in www.senato.it. Sulla necessità di valorizzare il

La legge n. 219 del 2017 disciplina specificamente il rapporto tra consenso informato e stati di incapacità e, in linea con le norme precedenti in tema di consenso informato, pone al centro della valutazione terapeutica la volontà, espressa o presumibile, del paziente³⁴. In forza dell'art. 3, infatti, «la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione». In particolare, deve «ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Trova primo conforto, già in tale disposizione, l'idea, sostenuta sin da epoca risalente dalla dottrina e fatta propria nel tempo anche dalla giurisprudenza, secondo la quale il diritto all'autodeterminazione terapeutica non possa essere incasellato nella dicotomia capacità-incapacità, per legittimarne o escluderne l'esercizio³⁵. L'obbligo informativo sulle condizioni di salute e sulle opzioni terapeutiche si modula in relazione alla condizione nella quale versa l'interessato affinché questi possa esprimere il proprio consenso (o dissenso) informato³⁶. È espressamente contemplato, inoltre, il caso in cui il “paziente” sia già soggetto ad una misura di protezione. In particolare, in forza dell'art. 3: il consenso informato della persona interdetta (art. 414 cod. civ.) è espresso o rifiutato dal tutore, ove possibile sentito l'interdetto «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità»; il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata; nel caso, invece, di amministrazione di sostegno con previsione dell'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno o solo da quest'ultimo, pur sempre tenendo in considerazione la volontà del beneficiario in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere. Con la precisazione che, in assenza di DAT, qualora l'amministratore di sostegno rifiuti le cure proposte in contrasto con il parere medico, secondo il

ruolo del rappresentante nell'esercizio delle situazioni esistenziali in esame anche C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, spec. pp. 341 ss.

³⁴ Cfr. V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum*, cit., pp. 637 ss.

³⁵ V. P. PERLINGIERI, *Dignità della persona e questioni di fine vita*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2017, pp. 81 ss.

³⁶ Sulle criticità legate alla mancata previsione nel testo normativo della «fonte dell'informazione sulla base della quale il disponente matura ed elabora la propria scelta attraverso l'espressione nelle DAT della volontà riguardo ai trattamenti sanitari cui essere (o non essere) sottoposto»: G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Famiglia e diritto*, 2018, p. 807. Sottolinea il dovere del medico di rispettare le volontà del paziente (salva l'ipotesi contemplata dal comma 5 dell'art. 3), senza poter opporre un'obiezione di coscienza (sulla falsa riga di quanto previsto in tema di aborto): R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, cit., pp. 691 s.

quale esse sono «appropriate e necessarie», la decisione può essere rimessa al giudice tutelare, su ricorso del rappresentante legale dell'interessato, dei soggetti di cui all'art. 406 cod. civ., nonché del medico o del rappresentante della struttura sanitaria (art. 3, comma 5, l. cit.)³⁷.

La legge n. 219 del 2017 – sebbene lasci talune questioni aperte³⁸ – mostra la consapevolezza, da una parte, della necessità di valorizzare la capacità di discernimento del disabile psichico, affinché non risulti ingiustificatamente mortificata la sua capacità decisoria in ordine a talune scelte essenziali, ma, dall'altra, anche quella di valorizzare il ruolo del rappresentante legale (sia esso il tutore o l'amministratore di sostegno) il quale potrà ora sostituire l'interessato, ora assistere il medesimo, ma pur sempre in considerazione delle sue volontà, espresse o presunte.

5. Rilievi conclusivi

Il quadro tracciato, seppur rappresenti soltanto parzialmente le numerose questioni in tema di disabilità, evidenzia la tendenza a rendere il disabile, psichico o fisico, soggetto attivo nei rapporti interpersonali. In un sistema costituzionale che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona e che rifugge da un mero egualitarismo a favore della necessaria eguaglianza sostanziale tra le

³⁷ All'indomani dell'emanazione della normativa, la Corte costituzionale è stata investita della questione di legittimità dell'art. 3, ove contempla il potere dell'amministratore di rifiutare le cure, per conto del beneficiario.

La Corte costituzionale rigetta la questione: «Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, legge 22 dicembre 2017, n. 219, censurato, per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nella parte in cui stabilisce che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare senza l'autorizzazione del giudice tutelare le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato. Le disposizioni censurate non attribuiscono *ex lege* a ogni amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario anche il potere di esprimere o no il consenso informato ai trattamenti sanitari di sostegno vitale. Nella logica del sistema dell'amministrazione di sostegno è, infatti, il giudice tutelare che, con il decreto di nomina, individua l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario, alla luce delle concrete condizioni di salute del beneficiario. Occorre, quindi, negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Le norme censurate si limitano, invero, a disciplinare il caso in cui l'amministratore di sostegno abbia ricevuto anche tale potere: spetta al giudice tutelare, tuttavia, attribuirglielo in occasione della nomina, laddove ne ricorra l'esigenza, o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda» (Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Foro italiano*, 2019, c. 3024).

³⁸ In particolare, la normativa lascia aperto il dibattito – che involge in parte il tema in esame – relativo al c.d. fine-vita, sul quale si rinvia, anche per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a M. AZZALINI, *La "scala shepard" del fine vita. la consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio sé*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, p. 421; M.F. MAGNELLI, *La salute umana fra autodeterminazione e tutela della dignità: le questioni del fine vita*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2022, pp. 461 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rassegna di diritto civile*, 2019, pp. 580 ss.

persone, il diritto privato delle disabilità non può limitarsi a disciplinare le risposte a tutte quelle condotte che, a vario titolo e con varia intensità, determinino una discriminazione del soggetto disabile. Quelle “risposte rimediali”, pur imprescindibili – basti pensare alla normativa in tema di risarcimento del danno da discriminazione, diretta e indiretta – devono necessariamente accompagnarsi a scelte positive che consentano al disabile di essere concretamente partecipe della vita sociale, nonché ad interpreti capaci di leggere il tessuto normativo esistente – talvolta ispirato a filosofie diverse da quelle che caratterizzano il vigente sistema ordinamentale – in maniera adeguatrice a costituzione³⁹.

IMMACOLATA PRISCO
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

³⁹ Sull'interpretazione adeguatrice a Costituzione, v. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 273 ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 1 ss.