

## Perizia

### Cambiamento di paradigma per un processo decisionale nel diritto della protezione degli adulti

Prof. Dr. iur./dipl. Assistente sociale FH/MAS Gestione non profit/consulente sistemico, terapeuta e terapeuta familiare (DGSF), terapeuta sistemico per minori e adolescenti (hs)

Professore di diritto sociale, specializzato in protezione dei minori e degli adulti, Università di Lucerna

## Sintesi

La perizia giuridica (in tedesco) esamina in che misura sia possibile un cambio di paradigma per passare da un modello improntato all'agire in rappresentanza a uno incentrato sul sostegno al processo decisionale, in particolare nei casi di curatela secondo il diritto della protezione degli adulti. Il mandato alla base della perizia scaturisce dalle osservazioni formulate dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità (di seguito: Comitato ONU) all'attenzione della Svizzera il 12 aprile 2022, nell'ambito della procedura di presentazione dei rapporti degli Stati parte, e si fonda sulla politica in favore delle persone disabili 2023-2026 del Consiglio federale del 9 dicembre 2023.

La perizia giuridica fa il punto della situazione su un tema centrale della Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità (CDPD) allo scopo di promuovere il dibattito sull'argomento. Fornisce indicazioni concrete alle Autorità di protezione dei minori e degli adulti (APMA), a persone che esercitano la curatela, alle autorità di vigilanza e ad altri attori che lavorano con persone con disabilità per esaminare e sviluppare ulteriormente la prassi vigente. Si rivolge inoltre alla politica, proponendole di adeguare le basi legali per dare maggiore peso alla richiesta di prediligere un approccio incentrato sul sostegno al processo decisionale. Di seguito sono riportati i principali risultati dell'analisi. Le diverse considerazioni sono illustrate in dettaglio nella perizia integrale, disponibile in tedesco.

### Le osservazioni del Comitato ONU non sono giuridicamente vincolanti, mentre la CDPD lo è

Il punto di partenza è costituito dall'articolo 12 CDPD che riguarda sia la capacità giuridica all'esercizio dei diritti civili sia la protezione degli adulti. Il Comitato ONU ha espresso il proprio punto di vista nell'osservazione generale n. 1, che costituisce la base fondamentale del parere formulato nell'ambito della procedura di presentazione dei rapporti degli Stati parte. Nel suo parere, il Comitato ONU giunge infatti ripetutamente alla conclusione che tutte le forme di curatela (rappresentativa) non sono conformi alla CDPD e devono essere sostituite da un modello incentrato sul sostegno al processo decisionale («*supported decision making*»).

Il Comitato ONU è un organo tecnico che non ha il mandato di interpretare in modo giuridicamente vincolante il testo della CDPD, anche se gli viene attribuito un peso considerevole. Come da prassi nel diritto internazionale, in questo caso è determinante la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Ne consegue che la CDPD è giuridicamente vincolante per gli Stati parte, mentre l'interpretazione del Comitato non lo è.

### Compatibilità dell'articolo 12 CDPD con il diritto della protezione degli adulti e il disciplinamento dell'esercizio dei diritti civili

Al centro dell'articolo 12 CDPD vi sono, tra le altre cose, la volontà e le preferenze della persona con disabilità. Secondo la perizia, il porre al centro la volontà dell'individuo corrisponde sostanzialmente alla visione del diritto della protezione degli adulti, che riguarda soprattutto le persone con una turba psichica e una disabilità mentale in quanto notevolmente limitate nel processo di formazione e/o attuazione della volontà, senza che ciò comporti necessariamente un'incapacità di discernimento (cosiddetto «stato di debolezza»). A causa di questa limitazione, esse non sono in grado di agire in modo sufficientemente autodeterminato (cosiddetto «bisogno di aiuto»). L'obiettivo del diritto della protezione degli adulti è consentire alle persone in stato di debolezza e bisognose di aiuto di partecipare

alla società e quindi anche di gestire i propri affari. Questo obiettivo è compatibile con l'articolo 12 CDPD e può essere attuato sostanzialmente in conformità alla CDPD nell'ambito della legislazione vigente. Anche il disciplinamento dell'esercizio dei diritti civili, parimenti incentrato sull'aspetto della volontà, è essenzialmente conforme ai principi della CDPD.

### **Volontà anziché bene della persona**

Il porre al centro la volontà dell'individuo fa sì che non siano più ammesse considerazioni oggettive (od oggettivizzate) sul bene della persona con disabilità. Se non è possibile determinarne la volontà, occorre interpretarla nel miglior modo possibile («*best interpretation of will and preferences*»). In caso di incapacità di discernimento, occorre riferirsi alla volontà presunta. Si pone così la domanda di come la persona deciderebbe se fosse in grado di farlo. La volontà presunta è un criterio decisionale di cui terze persone devono tenere conto. Diventa quindi evidente che è necessaria una rappresentanza, poiché la persona non è in grado di decidere autonomamente (ad es. nel caso di pazienti in stato vegetativo). Questa attenzione alla volontà vale anche per chi non è mai stato capace di discernimento. In tal caso occorre parimenti valutare, sulla base del comportamento, delle espressioni emotive, dei movimenti, dei suoni, delle reazioni fisiche ecc., in che misura questi elementi di comunicazione possano fornire indicazioni sulla volontà o sulle preferenze della persona. Una prospettiva incentrata sulla volontà dell'individuo consente, in caso di incapacità di discernimento, l'autodeterminazione (indiretta) e quindi anche la partecipazione alla società tramite la rappresentanza. Secondo la perizia, questa conclusione è in linea con la CDPD secondo l'interpretazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ma è in contrasto con il parere del Comitato ONU.

Nella perizia si esamina come vadano valutate la volontà e le preferenze nell'ambito dell'agire in rappresentanza, in particolare per quanto riguarda le curatele. Sulla scorta delle sfide che emergono dall'analisi è raccomandata l'adozione di misure di sensibilizzazione per le persone che esercitano la curatela, ma anche per le APMA.

### **Rappresentanza e sostegno al processo decisionale: due estremi di uno spettro**

La rappresentanza incentrata sulla volontà e sulle preferenze dell'individuo può di conseguenza costituire un sostegno ai sensi dell'articolo 12 CDPD. Il sostegno al processo decisionale prevale sempre, poiché riveste una particolare importanza nel contesto della capacità di discernimento (conformemente al principio «sostenere anziché rappresentare»). A tal fine, sono necessari modelli che non si limitano a valutare la capacità di discernimento come qualcosa di statico. Sarebbero invece molto più utili modelli che la interpretano come una condizione in cui la persona, con interventi adeguati (ad es. linguaggio chiaro o contesto dialogico *ad hoc*), viene per così dire «abilitata», di modo che possa essere considerata capace di discernimento il più a lungo possibile. Affinché la capacità di discernimento possa effettivamente essere esercitata, è dunque necessario un sostegno al processo decisionale. Secondo la perizia, questo è già possibile *de lege lata*.

Anche le curatele (compresa quella di rappresentanza) e i diritti di rappresentanza previsti dalla legge sono concepiti in modo da porre al centro la volontà della persona. Nel caso della curatela di rappresentanza, per chi la esercita, il potere di rappresentanza costituisce – analogamente al diritto della rappresentanza – un'autorizzazione, mentre la promozione dell'autodeterminazione secondo l'articolo 406 del Codice civile svizzero (CC) costituisce – analogamente alle norme sul mandato – un obbligo. L'esercizio del potere di rappresentanza, anche se incentrato sulla volontà, deve restare l'*ultima ratio* qualora non sia possibile l'aiuto all'autoaiuto.

Questo dimostra inoltre che la rappresentanza e il sostegno al processo decisionale sono due estremi di uno spettro: nell'ambito del sostegno secondo l'articolo 12 CDPD, occorre quindi chiedersi in che misura un modello debba contenere elementi del primo ed elementi del secondo approccio.

### **Sostegno al processo decisionale e misure di protezione («*safeguards*»)**

La determinazione e l'interpretazione della volontà di una persona con disabilità, in particolare la volontà presunta di una persona incapace di discernimento, hanno spesso componenti ipotetiche. La persona che le interpreta e le sue motivazioni diventano oggetto di attenzione e sorge la domanda di come si possa garantire che la volontà di una persona in stato di debolezza non venga sovrainterpretata o fatta passare per volontà propria mascherata – in altre parole di come prevenire gli abusi. L'articolo

12 CDPD prevede che gli Stati parte prendano misure di protezione appropriate. Queste sono necessarie soprattutto nell'ambito del sostegno al processo decisionale, meno in quello della curatela, poiché nel quadro della protezione degli adulti le APMA, investite di una funzione di vigilanza, offrono già misure di protezione. Questo non esclude tuttavia la necessità, anche in caso di curatela, di una vigilanza *ad hoc*, oltre che di chiarimenti, provvedimenti e gestione dei mandati personalizzati o su misura.

### **Sostegno al processo decisionale: un diritto generale**

Il sostegno al processo decisionale prevale sempre, anche sulle misure di protezione degli adulti. Questo diritto deve pertanto essere riconosciuto come parte integrante del sostegno generale all'esercizio dei diritti civili in tutti gli ambiti giuridici. L'autorità competente – tribunale o ente amministrativo – deve inoltre valutare le misure di protezione e prevenire gli abusi.

### **Limiti della centralità della volontà**

La centralità della volontà si scontra con limiti, in particolare nella curatela di rappresentanza. Secondo la perizia, la persona che esercita la curatela non deve rispettare la volontà e le preferenze della persona assistita se (1) la loro attuazione viola la legge o (2) non può eccezionalmente essere pretesa, oppure se (3), dal proprio punto di vista, sussistono obblighi di protezione da parte dello Stato che prevalgono chiaramente sulla volontà della persona assistita, o se ritiene che quest'ultima si esporrebbe a un grave pericolo poiché a causa della sua malattia non è consapevole del pericolo o non è in grado di agire di conseguenza.

### **Necessità di un intervento legislativo**

Molti degli aspetti citati possono essere interpretati, nell'ambito del diritto vigente, in modo conforme alla CDPD. Tuttavia, per garantire un'applicazione univoca del diritto e disposizioni chiare sugli obblighi di diligenza e, in particolare, di responsabilità, è necessario un chiarimento legislativo, analogamente a quanto avvenuto nel diritto tedesco e austriaco. Secondo la perizia, è quindi opportuna una revisione di alcuni settori della legislazione sull'esercizio dei diritti civili e sulla protezione degli adulti. A tal fine, formula una proposta legislativa che, ovviamente, dovrà essere discussa con le persone interessate in conformità all'articolo 4 capoverso 3 CDPD.

Per quanto riguarda le curatele, la perizia propone di abrogare senza sostituzione la curatela generale di cui all'articolo 398 CC e la curatela di rappresentanza con limitazione dell'esercizio dei diritti civili di cui all'articolo 394 capoverso 2 CC, poiché altri tipi di curatela sono sufficienti. Occorre inoltre definire chiaramente i limiti della centralità della volontà, stabilendo tuttavia che non può essere istituita alcuna curatela contro la volontà di una persona capace di discernimento e che i doveri di diligenza della persona che esercita la curatela devono essere configurati in modo da rispettare la centralità della volontà della persona assistita.

### **Promozione di modelli di sostegno al processo decisionale**

Il sostegno al processo decisionale richiede competenze specifiche e modelli adeguati, indispensabili per una corretta attuazione e, in particolare, per evitare forme di sostituzione. Secondo la perizia, queste competenze e questi modelli devono essere promossi dallo Stato e accompagnati da ricerche di valutazione. Va inoltre studiata la prassi delle APMA e delle persone che esercitano la curatela in materia di sostegno al processo decisionale e di promozione dell'autodeterminazione.

La perizia raccomanda anche di promuovere progetti di ricerca volti a esaminare come il diritto sociale possa essere strutturato in modo da ridurre la necessità di curatele (alternative al diritto della protezione degli adulti, ad es. modifiche della legge federale sull'informazione dei consumatori in favore delle persone vulnerabili).

### **Aspetti procedurali**

Per rafforzare la sussidiarietà e la proporzionalità ai sensi della CDPD, la perizia suggerisce inoltre modifiche di natura procedurale. Andrebbero, ad esempio, promossi accertamenti scientifici nel campo della protezione degli adulti e le APMA dovrebbero indicare nelle loro decisioni in modo esplicito, nel senso di un onere probatorio qualificato, su quale stato di debolezza e su quale bisogno di protezione si

fondano, il motivo per cui gli interventi preventivi disponibili nel contesto sociale non sono sufficienti (sussidiarietà) e il perché della proporzionalità della misura.