

GIORNATE ITALO-SPAGNOLE DI DIRITTO DI FAMIGLIA

NUOVI SCENARI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

SALERNO – ITALIA

Novità nel campo del diritto di famiglia introdotte dalla Legge 8/2021 sulla riforma della disabilità¹

*Dr. Jesús Martín Fuster
Professore di diritto civile UMA*

Questo intervento tratterà una delle **principali riforme** che hanno avuto luogo nel sistema giuridico spagnolo, quella prodotta dalla Legge 8/2021 (otto duemilaventuno) sulla riforma della disabilità. Per motivi di tempo, verrà fornita una breve panoramica degli aspetti più innovativi di questa nuova legislazione.

Questa legge cerca di **adattare** la *Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità*, adottata a New York il 13 dicembre 2006 (tredici dicembre duemilasei), a questo sistema giuridico. L'articolo 12 (dodici) della Convenzione afferma che le persone con disabilità hanno **capacità giuridica su base di uguaglianza** con gli altri in tutti gli aspetti della vita e cerca di promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte di tutte le persone con disabilità, nonché di promuovere il rispetto della loro intrinseca dignità.

Per raggiungere questo obiettivo, in Spagna con questa riforma si produce un **cambiamento di nomenclatura**, con la scomparsa della figura dell "incapace", che ora viene chiamata "disabile" o "disabile soggetto a misure di sostegno". Oltre al nome, la conseguenza principale è che **non è più possibile parlare di "persone prive di capacità"**, poiché il concetto di "capacità di agire" scompare per gli adulti, presupponendo che tutti gli adulti abbiano piena capacità giuridica, anche se ci sono casi in cui alcune persone hanno bisogno di misure di sostegno per esercitare questa capacità giuridica in condizioni di parità.

È stato detto che con questa riforma le persone con disabilità passano dall'essere considerate "oggetti" all'essere considerate persone con una propria autonomia. Ciò è dovuto al fatto che le persone che forniranno sostegno non eserciteranno in generale la rappresentanza della persona disabile, ma piuttosto cercheranno un'assistenza appropriata in base alle condizioni del caso specifico, al fine di **rispondere in primo luogo alla volontà, ai desideri e alle preferenze** della persona disabile. I poteri **di rappresentanza** sono previsti per casi del tutto eccezionali in cui non è possibile determinare la volontà, i desideri e le preferenze della persona, ma anche in questi casi si deve agire per prendere la decisione che la persona avrebbe preso nel caso in cui non avesse richiesto la rappresentanza, in base alla traiettoria di vita della persona disabile, alle sue convinzioni e ai suoi valori, nonché ai fattori che avrebbe preso in considerazione.

In questo modo, si intende superata l'idea di agire nel "l'interesse superiore o il miglior interesse" della persona disabile (che continua ad esistere e ad applicarsi ai minori, agendo nell'interesse superiore del minore). È interessante notare i dettami del Commento Generale n°1 (2014 duemilaquattro) del Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità

¹ Ponencia realizada con subvención del II PLAN PROPIO DE INVESTIGACIÓN, TRANSFERENCIA Y DIVULGACIÓN CIENTÍFICA DE LA UMA (D.1).

(ONU dell'Organizzazione delle Nazioni Unite) che sostiene che: "21. *Quando, nonostante i notevoli sforzi, non è possibile accertare la volontà e le preferenze di una persona, la determinazione del "miglior interesse" dovrebbe essere sostituita dalla "migliore interpretazione possibile della volontà e delle preferenze". Questo rispetta i diritti, la volontà e le preferenze dell'individuo in conformità con l'articolo 12(4). Il principio del "miglior interesse" non è una salvaguardia conforme all'articolo 12 in relazione agli adulti. Il paradigma della "volontà e delle preferenze" deve sostituire il paradigma del "miglior interesse" affinché le persone con disabilità possano godere del diritto alla capacità giuridica su base paritaria con gli altri"*.

Insieme a questa nuova concezione, e ad essa collegata, si è verificata un'importante **degiudicializzazione** in questo settore.

Nel regime precedente era necessario ricorrere a una procedura di inabilitazione giudiziaria affinché il giudice adottasse le misure appropriate. Le misure previste erano la nomina di un "tutore", che rappresentava l'incapace in tutti gli ambiti della sua vita, o la nomina di un "curatore", figura prevista per i casi di incapacità parziale, incaricato di "integrare" la capacità dell'incapace negli ambiti stabiliti dalla sentenza.

In contrasto con questa concezione formalista e giudiziaria, la nuova normativa ha scelto di **privilegiare le misure volontarie** stabilite dallo stesso soggetto interessato, senza la necessità di ricorrere ad alcun procedimento giudiziario, oltre a prevedere una "**custodia di fatto**" con una sua natura sostanziale, come vedremo ora.

Pertanto, ciò che è importante è quanto menzionato nell' Cc (art. 255.4 - duecentocinquantacinque, quarta sezione) dove si riflette che "*Solo **in assenza o insufficienza di tali misure di natura volontaria, e in assenza di una custodia di fatto che presupponga un sostegno sufficiente, l'autorità giudiziaria può adottare altre misure supplementari o complementari***".

Pertanto, queste misure possono consistere in:

1° **Misure volontarie**. Si tratta di misure stabilite dalla persona disabile stessa, il cui scopo è rafforzare l'autonomia personale, permettendo alla persona colpita di decidere come vuole essere assistita. Ricordiamo che le misure adottate dall'autorità giudiziaria sono misure sussidiarie, che tendono a rispondere a una situazione di mancanza di protezione.

-Prima misura volontaria: una prima modalità consisterebbe nell'istituzione di misure di sostegno relative alla persona o al patrimonio mediante un **atto pubblico davanti a un notaio**, in apprezzamento o in previsione del verificarsi di circostanze che potrebbero impedire l'esercizio della capacità giuridica in condizioni di parità con gli altri.

Con questo atto, l'interessato stabilirà tutto ciò che riguarda la misura di sostegno desiderata, potendo stabilire un potere di rappresentanza nelle materie che ritiene opportune, e potrà determinare l'intero regime giuridico a cui sarà soggetto il prestatore di sostegno, avendo un ampio potere di configurazione. In questo caso, l'autorità giudiziaria non interviene.

-Seconda misura volontaria: **Autocuratela**: 271: Si stabilisce che, in previsione di circostanze che possono ostacolare l'esercizio della propria capacità giuridica in condizioni di parità con gli altri, ogni persona maggiorenne o emancipata può **proporre in un atto pubblico la nomina o l'esclusione** di una o più persone specifiche per l'esercizio della funzione di curatore, e può anche stabilire disposizioni sul funzionamento e sul contenuto della curatela.

Qui la particolarità rispetto al caso precedente è che interviene l'autorità giudiziaria, che sarà quella che stabilirà la curatela, pur tenendo comunque conto delle istruzioni e delle indicazioni lasciate dal soggetto interessato, **vincolandole** al giudice, salvo due eccezioni

previste dalla legge: che vi siano gravi circostanze sconosciute a chi le ha stabilite o alterazione delle cause da lui espresse o di cui presumibilmente ha tenuto conto nelle sue disposizioni.

- Oltre a queste misure volontarie, come già accennato, ha acquisito importanza la "**custodia di fatto**". Vale la pena sottolineare le argomentazioni contenute nel preambolo della Legge 8/2021 (otto duemilaventuno), in cui si afferma che "*diventa un istituto giuridico di sostegno, in quanto non è più una situazione provvisoria quando è sufficiente e adeguata a salvaguardare i diritti della persona con disabilità. La realtà dimostra che in molti casi la persona con disabilità è adeguatamente assistita o sostenuta nel processo decisionale e nell'esercizio della propria capacità giuridica da un custode di fatto - di solito un familiare, poiché la famiglia rimane nella nostra società il gruppo di base di solidarietà e sostegno tra le persone che la compongono, soprattutto per quanto riguarda i suoi membri più vulnerabili - che non richiede un'investitura giudiziaria formale che la persona con disabilità nemmeno desidera*".

Così, la custodia di fatto è una misura di sostegno informale, caratterizzata da una **situazione di fatto** di sostegno assunta al di fuori delle formalità legali, che con questa nuova legislazione può essere permanente e sufficiente a fornire il sostegno necessario, senza dover ricorrere ad altre misure volontarie o giudiziarie, quando questa custodia di fatto si dimostra sufficiente e adeguata per la salvaguardia dei diritti della persona con disabilità.

Al fine di consentirgli di operare in tutte le materie necessarie, il Cc contempla la possibilità che agisca con **funzioni di rappresentanza** della persona disabile nei casi in cui ciò sia eccezionalmente necessario, agendo in accordo con la volontà, i desideri e le preferenze della persona disabile, sebbene in questi casi sia necessaria una preventiva autorizzazione giudiziaria per tale specifico atto.

Tuttavia, esistono delle eccezioni a questa autorizzazione giudiziaria, che si verificano quando il custode richiede una prestazione economica a favore della persona con disabilità, a condizione che ciò non comporti un cambiamento significativo nel suo stile di vita, o atti giuridici sul patrimonio della persona che hanno scarsa rilevanza economica e non hanno un particolare significato personale o familiare.

Sebbene si tratti di una posizione informale, è previsto anche un **controllo giudiziario** di questa posizione, stabilendo il Cc (all'art. 265) che il custode può essere obbligato in qualsiasi momento, d'ufficio, su richiesta del Pubblico Ministero o su richiesta di qualsiasi parte interessata, a riferire sul suo operato e a stabilire le garanzie ritenute necessarie, nonché a rendere conto del suo operato in qualsiasi momento.

Sebbene questa situazione di fatto sia frequente nella pratica (si pensi ai figli che si prendono cura del genitore anziano con un deficit o un problema mentale; o ai genitori che si sono presi cura del figlio disabile quando era minorenne e quest'ultimo raggiunge la maggiore età e continuano a fornirgli assistenza), essa presenta un problema, e cioè **come si possa dimostrare** che una persona sta svolgendo le funzioni di custode di fatto quando vuole compiere un'azione per conto della persona disabile presso qualche ente pubblico o privato (come un istituto di credito). Essendo un'istituzione informale, per sua natura non ha alcuna formalità che la costituisca.

Anche se si potrebbe prevedere un atto notarile di notorietà, questo comporterebbe una serie di gestioni e spese aggiuntive che potrebbero non essere le più convenienti. È paradossale che, per dimostrare una situazione di fatto, questa debba avere un riconoscimento formale, in quanto ciò snatura questa figura. Per questo motivo, sarebbe opportuno essere più flessibili in questi casi, e in pratica verrebbero accettati anche alcuni documenti privati che provano questa circostanza. A titolo di esempio, in una consultazione con l'Istituto Nazionale di Sicurezza Sociale, si afferma che "lo status di custode di fatto può essere accreditato attraverso il libretto di famiglia (che accredita, se del caso, la relazione tra il custode e la persona con disabilità), il

certificato di iscrizione al censimento o la documentazione che accredita la convivenza, nonché quei documenti da cui tale status può essere chiaramente dedotto".

-In assenza di tali misure volontarie o di un custode di fatto, o se queste sono insufficienti, un **curatore è nominato dall'autorità giudiziaria**. Tale nomina è conforme ai principi di necessità, proporzionalità e sussidiarietà.

In questo modo, l'ambito e la portata della curatela sono definiti su base individuale, e l'autorità giudiziaria determina gli atti per i quali la persona richiede l'assistenza del curatore in base alle sue specifiche esigenze di sostegno. Di norma, l'assistenza della persona disabile sarà richiesta nelle questioni personali o patrimoniali che la richiedono e potranno essere stabilite funzioni di rappresentanza, ma si tratterà di casi eccezionali.

-Infine, per quanto riguarda i fornitori di sostegno, va menzionato il **difensore giudiziale**, anch'esso nominato dall'autorità giudiziaria. Questa nomina è generalmente prevista per i casi di necessità transitoria di fornire supporto, come quando la persona incaricata di fornire supporto è impossibilitata a farlo, se c'è un conflitto di interessi, o nei casi in cui la persona con disabilità richiede l'istituzione di misure di supporto di natura occasionale, anche se ricorrente (art. 295 CC).

Per concludere, una questione che potrebbe essere controversa con questa nuova riforma: **Se prevale la volontà della persona disabile, ¿si possono imporre misure di sostegno contro la volontà della persona disabile?**

Sebbene la nuova legislazione abbia portato un cambiamento importante, che si riflette in alcune nuove sentenze in cui i tribunali accettano e danno la preferenza alla volontà della parte interessata, questo non è sempre il caso, né è così facile da determinare. Un chiaro esempio, che ha generato alcune controversie, si trova in una delle prime sentenze della Corte Suprema spagnola su questa nuova legge:

Sentenza della Corte Suprema spagnola dell'8 settembre duemilaventuno. (núm. 589/2021 dell'8 settembre. RJ 2021/2021).

Nel caso c'era un soggetto con la sindrome di Diogene, con un disturbo comportamentale che lo porta a raccogliere e accumulare ossessivamente rifiuti, trascurando la cura personale dell'igiene e del cibo.

La Corte Suprema riconosce che: *In realtà, il **principale ostacolo alla convalida di queste misure alla luce del nuovo regime di assistenza giudiziaria è la direttiva legale** secondo cui, nella fornitura delle misure e nella loro esecuzione, si deve tenere conto in ogni caso della volontà, dei desideri e delle preferenze dell'interessato.*

In un caso come quello attuale, in cui l'opposizione dell'interessato all'adozione delle misure di sostegno è chiara e categorica, è discutibile che possano essere concordate a queste condizioni.

Ma la Corte Suprema ritiene che la legge stessa fornisca una risposta a questa domanda, consentendo lo svolgimento di un *processo in contraddittorio se il soggetto si oppone alla misura di sostegno in un caso di volontaria giurisdizione, il che presuppone che tale processo possa concludersi con l'adozione delle misure, anche contro la volontà dell'interessato.*

E sottolinea quanto segue, che è di grande importanza: l'uso del verbo "attenersi", seguito da "in ogni caso", sottolinea che il tribunale non può fare a meno di cercare e tenere in considerazione (sempre e per quanto possibile) la volontà della persona con disabilità che riceve il sostegno, così come i suoi desideri e le sue preferenze, **ma non determina che la volontà, i desideri e le preferenze espresse dalla persona interessata debbano essere sempre seguite.** Il testo giuridico utilizza un termine polisemico che include, in ciò che qui interessa, un doppio significato, quello di "tenere conto o prendere in considerazione qualcosa" e non solo quello di "soddisfare un desiderio, una richiesta o un mandato".

Sebbene, di norma, tenere conto della volontà e dell'opinione della parte interessata significhi rispettarla, in alcuni casi, come nel caso in esame, ciò può non avvenire, se esiste una causa che lo giustifica. La Corte è consapevole che non è possibile specificare in anticipo in quali casi sarà giustificato, poiché è necessario prendere in considerazione le singolarità di ciascun caso. E il caso in questione, oggetto del ricorso, è molto significativo, poiché la volontà contraria della persona, come spesso accade in alcuni disturbi mentali e psicologici, è una conseguenza del disturbo stesso, che si associa a una mancanza di consapevolezza della malattia. In casi come quello in esame, in cui vi è un evidente bisogno di cure, la cui assenza sta causando un grave deterioramento della persona, deterioramento che le impedisce di esercitare i propri diritti e le necessarie relazioni con le persone che la circondano, principalmente i vicini, è giustificata l'adozione di misure di cura (proporzionate alle esigenze e nel rispetto della massima autonomia della persona),

Non intervenire in questi casi, con la scusa di rispettare la volontà espressa nei confronti della persona interessata, sarebbe una crudeltà sociale.

In conclusione, comprendiamo che il fatto che la corte suprema ritenga che "attenersi" alla volontà non significhi di applicarlo in ogni caso "se c'è una causa che lo giustifica", può essere pericoloso a seconda dei casi, perché può sembrare di tornare al principio del "miglior interesse del disabile", idea che si intende superata con questa nuova normativa.

Grazie mille per la vostra attenzione, spero che sia stato di vostro interesse.