

CAPACITÀ E CUSTODIA

L'approccio basato sulle capacità e l'amministrazione di sostegno

Sommario

Introduzione.....	1
La domanda.....	3
Quanto svantaggio?.....	3
Svantaggio di che cosa?.....	7
Capacità e disabilità.....	11
La custodia	15
L'amministrazione di sostegno.....	16
Amministrazione di sostegno e capacità.....	22
Conclusioni	25
Bibliografia e sitografia	27

Introduzione

La questione che intendo proporre per questo breve studio tratta del tema delle teorie e pratiche di cittadinanza: sia dal punto di vista della teoria della giustizia sia da quello delle prassi delle politiche pubbliche, vorrei affrontare il tema di come sia possibile riuscire a garantire a tutti uguali diritti indipendentemente dalle condizioni individuali e dalle relative capacità ed autonomie che si riescono ad esprimere. Mi concentrerò in particolare sulla possibilità di riconoscere uguale dignità umana anche a quelle persone che abbiano gravi menomazioni mentali, e quindi uno svantaggio considerevole nei confronti della maggioranza delle altre persone.

Per fare questo proverò a prendere in considerazione innanzitutto l'approccio basato sulle capacità, una teoria della giustizia che pare essere particolarmente adatta a considerare anche le situazioni di chi si trovi in condizioni di grave menomazione mentale. In secondo luogo vorrei proporre una particolare possibilità concreta di considerare l'argomento, consistente nella disciplina della custodia così come delineata dalla normativa italiana sull'amministrazione di

sostegno del 2004. Infine proverò a fare alcune considerazioni sulla normativa italiana attraverso l'approccio basato sulle capacità.

Le ipotesi dalle quali parto, fanno riferimento alle ricerche di Amartya Sen prima e di Martha Nussbaum poi, attorno al cosiddetto approccio basato sulle capacità, che individua quello delle capacità, in alternativa a quello più diffuso del reddito, come un indicatore corretto per misurare quanto una società applichi dei principi di giustizia: secondo questo approccio garantire giustizia e uguale dignità tra i cittadini significherebbe garantire a tutti le stesse capacità.

In particolare Nussbaum in diversi suoi lavori declina questa teoria domandandosi se sia più adeguata e possa meglio garantire dignità umana a persone che nelle società umane vedono spesso poco salvaguardati i propri diritti: affronta innanzitutto la questione dell'uguaglianza di genere, ma poi anche quella dei migranti e degli animali non umani.

In "Giustizia sociale e dignità umana" (Nussbaum, 2002) e poi in "Le nuove frontiere della giustizia" (Nussbaum, 2007) propone la questione di quanto questo approccio sia adeguato a considerare il problema della giustizia nei confronti delle persone con disabilità ed in particolare di quelle che hanno gravi menomazioni mentali. Nel secondo di questi testi tratta anche la questione della custodia, come possibilità di politica pubblica per conferire alle persone con gravi menomazioni mentali anche le capacità che la società non sia in grado di attribuire direttamente (Nussbaum, 2007: pp. 210-217).

Questo tema della custodia è affrontato praticamente dalle normative di numerosi stati moderni in modi spesso molto differenti. In particolare in Italia la custodia è regolamentata dalla legge 6/2004 che oltre a modificare i vecchi istituti in vigore dell'interdizione e dell'inabilitazione, istituisce la nuova misura dell'amministrazione di sostegno.

La domanda

È possibile che, occupandosi di persone con gravi menomazioni mentali, si riescano ad individuare delle ipotesi di lavoro che permettano lo sviluppo e la promozione delle loro potenzialità e aspirazioni e contemporaneamente a tutelarle ed aiutarle rispetto ai loro aspetti di svantaggio?

Questa domanda pone un problema di giustizia nei confronti di diverse persone che, benché siano numericamente una quota minoritaria della popolazione, hanno diritto a trovare dei modi perché si possa riconoscere loro la stessa dignità e gli stessi diritti degli altri, potendo sviluppare al contempo le proprie aspirazioni.

Per discutere questo tema innanzitutto preciserò due aspetti che la domanda contiene: perché considerare come svantaggio quello di persone con gravi menomazioni mentali e di che tipo di svantaggio si parla.

Proporrò poi due ipotesi: l'approccio basato sulle capacità per come viene proposto da Martha Nussbaum e la normativa italiana sulla custodia caratterizzata dalla legge sull'amministrazione di sostegno.

Proverò infine ad analizzare la legge italiana attraverso la proposta di Nussbaum.

Quanto svantaggio?

Essere in una situazione di svantaggio significa trovarsi in condizioni sfavorevoli nei confronti di qualcuno, con una diminuzione o eliminazione delle possibilità di riuscita. Lo svantaggio mette i soggetti in una posizione di inferiorità rispetto agli altri. È un termine che viene usato frequentemente nello sport per designare un punteggio sfavorevole indicando un distacco, una distanza tra gli atleti o le squadre in competizione, oppure per descrivere alcune condizioni del campo di gioco o la situazione fisica degli atleti che possono agevolare qualcuno dei contendenti. Analogamente si parla di svantaggio sociale per indicare la situazione di alcuni soggetti che nelle attività della vita sono sfavoriti a causa di condizioni individuali e/o del contesto ed hanno quindi meno possibilità di

raggiungere i propri obiettivi e traguardi o comunque una situazione di benessere desiderata.

Mi pare, perciò che parlare di svantaggio ponga almeno due problemi:

- da una parte quello di individuare la qualità dello svantaggio di cui si tratta. Un conto è perdere uno a zero e un altro è dieci a zero, una cosa è correre con un lieve dolore alla caviglia e un'altra è competere avendo una gamba rotta. Fuor di metafora e posto che qui non ci interessa lo svantaggio sportivo ma quello sociale, la prima questione da porsi è di quanto svantaggio: un conto è non potersi permettere di avere un'automobile nuova e un altro è non poter accedere al cibo, una cosa è avere una ridotta mobilità e un'altra è avere gravi menomazioni mentali;
- la seconda questione che riguarda lo svantaggio è quella di definire riguardo a che cosa si è più o meno svantaggiati: parafrasando Amartya Sen (Sen, 1994: p. 29) si potrebbe dire svantaggio di che cosa? Diverso è pensare ad una distanza esclusivamente in termini di reddito, dal pensare ad una differenza in termini di raggiungimento di alcuni funzionamenti, o ancora ad un'asimmetria in termini di opportunità e capacità.

Quella di essere svantaggiato è una posizione vissuta quotidianamente da molte persone nel mondo e riguarda diversi individui che per le loro caratteristiche o condizioni hanno maggiori difficoltà di altri ad accedere ai diritti fondamentali che gli potrebbero permettere di realizzare le proprie legittime aspirazioni e desideri.

Per svantaggio possiamo intendere le situazioni di povertà estrema che colpiscono vaste fasce di popolazione nei paesi del sud del mondo, ma anche numerose persone e famiglie nei paesi occidentali. Queste condizioni spesso non consentono a queste persone di accedere a condizioni di vita dignitose, di potersi permettere un'alimentazione adeguata o una buona salute. L'esito è quello di una minore aspettativa di vita e di scarse possibilità di realizzazione personale. Inoltre la deprivazione rischia di non fare neppure immaginare alcune possibilità di realizzazione personale: "non dovremmo sottovalutare

quanto le diverse opportunità di scelta diventino differenze di pensiero” (Nussbaum, 2001: p. 45).

C'è una vasta letteratura che dimostra come in numerose luoghi del mondo la condizione della donna sia di un soggetto che non gode di piena uguaglianza nei confronti degli uomini. Martha Nussbaum in *Diventare persone* ricorda che in “in molte parti del mondo le donne sono svantaggiate per il fatto stesso di essere donne” (Nussbaum, 2001: p. 357). È salita agli onori delle cronache nel giugno 2013 la storia di una nuotatrice Iraniana che, rispettando le leggi del suo paese che impediscono alle donne l'utilizzo di un abbigliamento adeguato per la pratica del nuoto ed indossando, quindi, una grossa e pesante tunica, è riuscita a stabilire un record che, poi, non le è stato convalidato dalla federazione perché il suo costume è stato comunque considerato inaccettabile. La storia di Elham Asghari, così si chiama questa donna iraniana, probabilmente non è uno dei fatti più gravi che si possono citare, ma comunque emblematica di quanto in quel paese le aspirazioni delle donne non vengano considerate.

Inoltre svantaggiate sono quelle persone che per qualsiasi ragione si trovano dipendenti da cure altrui. Questa condizione di dipendenza può essere una situazione che investe chiunque in modo temporaneo o permanente. Si pensi alle persone anziane che vivono, in alcune situazioni, una limitazione della loro autonomia fisica e/o mentale e che per questo devono essere costantemente accudite per svolgere anche le più elementari attività della vita quotidiana. Oppure, di contro, si può pensare ai bambini che nell'infanzia hanno solo poche autonomie e sono largamente dipendenti per gran parte delle loro attività quotidiane. Si potrebbero anche considerare persone che a causa di incidenti si trovano, anche solo temporaneamente, a dipendere dalle cure di altri. Tutte queste situazioni potrebbero far parte della vita della maggior parte di noi:

la relativa indipendenza di cui godono molte persone sembra divenire sempre più una condizione temporanea. Una fase della vita in cui entriamo gradualmente e che ci apprestiamo a lasciare sin troppo in fretta (Nussbaum, 2007: p. 119).

Le persone dipendenti dalle cure di altri sono anche le persone con disabilità. Ci sono persone con disabilità fisiche più o meno importanti che, soprattutto per come sono pensate le città contemporanee, hanno difficoltà a godere di una propria libertà di movimento con conseguenze pesanti per la loro vita. Ci sono

anche persone con disabilità mentali più o meno gravi che faticano nella comprensione, e quindi nella realizzazione, di alcune attività della vita o nell'entrare in relazione con altre persone. L'accudimento di cui hanno bisogno è di tipo differente, ma è comunque necessario per la loro vita.

Per tutte queste persone che ho definito svantaggiate, ma probabilmente anche per altre che subiscono diverse discriminazioni, si pone un problema di giustizia sociale.

Le teorie di giustizia che si basano sull'idea del contratto sociale, e perciò su un ipotetico contratto che lega tutti gli individui che fanno parte di una società definendone i principi basilari, "assumono che i soggetti contraenti siano uomini, approssimativamente uguali riguardo alle capacità e in grado di svolgere attività economica produttiva" (Nussbaum, 2007: p. 35). Questi assunti di base che prevedono una approssimativa eguaglianza di potere e abilità fisiche e mentali tra i contraenti, escludono dalla contrattazione iniziale i soggetti svantaggiati ed in particolare le persone disabili e con gravi menomazioni mentali. A loro, secondo queste teorie, si potrà provvedere in un secondo momento mediante norme specifiche, ma rimangono esclusi da coloro per i quali i principi della società sono stati scelti.

Il problema di garantire giustizia sociale e dignità umana alle persone con disabilità diventa particolarmente serio soprattutto se si considera, come anche rappresentato dalla Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità¹, che la condizione di disabilità che vivono dipende in larga parte da fattori sociali. Non c'è, perciò, alla base una differenza individuale che potrebbe far escludere, anche nell'ottica contrattualistica, queste persone dal patto fondativo di una società e, quindi, nessuna ragione valida per la quale anche queste

¹ La convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, è una convenzione internazionale che per la prima volta sposta l'attenzione dalla dimensione soggettiva di malattia delle persone per porla sull'aspetto della dignità di ogni persona e sulla necessità di godere di pari opportunità e di essere inclusi nella società. In questo senso si riconosce che la persona con disabilità è una persona come le altre che ha uguali diritti e si pone al centro dell'interesse il rapporto tra fattori personali, ambientali e sociali, dando il compito agli Stati Parti di rimuovere barriere, ostacoli e pregiudizi.

persone non possano essere incluse nella contrattazione iniziale dei principi fondamentali della società.

È vero però che:

alcune persone con gravi menomazioni mentali, comunque, non potrebbero essere incluse direttamente nel gruppo di coloro che scelgono i principi politici, per quanto possiamo essere generosi nel valutare il loro possibile contributo. Per tali individui, l'esclusione dall'insieme di coloro che hanno scelto non sembra un'ingiustizia, fin tanto che non vi sia un altro modo per prendere in considerazione i loro interessi. (Nussbaum, 2007: p. 36)

Per queste persone le teorie della giustizia fondate sul contratto sociale non hanno nessuna risposta, lasciando aperto il problema di come garantire loro giustizia sociale.

Svantaggio di che cosa?

Il secondo problema a cui si accennava nel paragrafo precedente, pone l'accento su riguardo a che cosa si sia più o meno svantaggiati. In altre parole significa decidere quale sia il focus informativo sul quale ci si vuole concentrare per parlare di svantaggio e di giustizia sociale: "su quali aspetti del mondo dobbiamo concentrarci quando giudichiamo una società e quando valutiamo la giustizia e l'ingiustizia" (Sen, 2010: p. 240)

Sen ci ricorda che la tradizione dell'utilitarismo inaugurata da Jeremy Bentham pone l'accento sulla felicità o sul piacere individuale come metodo migliore per valutare il vantaggio di una persona nei confronti di altre. In seguito altre teorie della giustizia si sono concentrate su diversi "caratteri individuali rilevanti diversi dall'utilità" tra cui la libertà e i beni primari, i diritti, le risorse, i panieri di merci. (Sen, 1994: p. 108).

Tra queste teorie quella che è stata più importante e influente è la teoria della "giustizia come equità" di John Rawls che appartiene alla tradizione del contrattualismo. Rawls utilizza lo strumento della "posizione originaria" per indicare lo stato in cui si troverebbero gli individui che saranno chiamati a scegliere i principi fondamentali che governano la società. Questi individui nella posizione originaria sarebbero liberi, razionali, reciprocamente disinteressati. Inoltre un "velo d'ignoranza" riguardo alle condizioni di ognuno nella futura

società garantirebbe che la scelta dei principi non venga fatta con l'intento di avvantaggiare qualcuno in particolare, ma garantendo equità nei confronti di tutti i contraenti. Il focus informativo scelto da Rawls per individuare il vantaggio di un individuo rispetto ad un altro sono i beni primari, tra cui il reddito assume una posizione rilevante (Sen, 1994; Sen, 2010; Nussbaum, 2007).

Un'alternativa possibile proposta da Amartya Sen e da Martha Nussbaum è l'approccio delle capacità:

Diversamente dalle prospettive che si concentrano su utilità e risorse, l'approccio delle capacità misura il vantaggio individuale in ragione della capacità che ha la persona di fare quelle cose a cui, per un motivo o per l'altro assegna valore. Il vantaggio di un individuo in termini di opportunità è da considerarsi inferiore rispetto a quello di un altro se a tale individuo sono date minori capacità – minori opportunità effettive – di realizzare ciò a cui attribuisce valore. (Sen, 2010: p. 241)

L'approccio delle capacità si configura come una teoria generale che non vuole essere un programma specifico su come organizzare una società, ma può essere via via utilizzato per valutare situazioni particolari.

In questo approccio le capacità sono le cose che una persona è in grado di fare e di essere: sono una combinazione alternativa di funzionamenti che una persona può realizzare. In questo senso concentrarsi sulle capacità fa dell'approccio delle capacità una teoria che si fonda sulla libertà, la libertà di scegliere le combinazioni di funzionamenti. La capacità non è solo, quindi, un'abilità personale ma è la combinazione di questa con le opportunità date dall'ambiente sociale, politico ed economico (Nussbaum, 2012: p.28)

Scegliere le combinazioni di funzionamenti significa avere la possibilità di concentrarsi sulla vita delle persone e non su astratti oggetti di utilità come il reddito o alcuni beni di cui un individuo può disporre. Se per funzionamenti umani intendiamo cose come godere di buona salute o essere ben nutriti, ma anche partecipare alla vita della propria comunità o disporre di un'abitazione adeguata, allora poter scegliere combinazioni di funzionamenti significa anche scegliere il proprio piano di vita. I beni primari individuati da Rawls, ed in particolare il reddito e il patrimonio, sono, nella vita quotidiana, mezzi per arrivare ai fini desiderati. Concentrarsi sulle capacità significa spostare l'attenzione dai mezzi ai fini e questo è piuttosto rilevante per una teoria della

giustizia perché, in ultima analisi, significa spostare l'attenzione dalla misurazione degli strumenti che potrebbero essere finalizzati alla libertà (il reddito), alle verifiche delle libertà stesse. Peraltro risulta evidente che un reddito elevato è sì uno dei mezzi che consentono alle persone di vivere bene, ma non può essere la misura di una vita buona. Basti immaginare una persona che abbia un reddito cospicuo ma che allo stesso tempo si trovi in una condizione per la quale sia predisposto a contrarre malattie permanenti. Il suo reddito certamente lo aiuterà, ma risulterà difficile tradurlo automaticamente in una vita di cui compiacersi (Sen, 2010).

Capire che i mezzi necessari a una vita umana soddisfacente non coincidono con i fini di una vita buona consente di espandere in modo cospicuo la portata dell'analisi valutativa. (Sen, 2010: p. 244).

Si potrebbe, allora, concentrare l'attenzione di una teoria della giustizia direttamente sui funzionamenti piuttosto che sulle capacità, questo significherebbe porre l'accento sul risultato anziché sull'opportunità. A favore di questa ipotesi ci sarebbe la considerazione che la vita reale si fonda su ciò che accade non su quello che sarebbe potuto accadere se le persone avessero scelto diversamente. Riguardo a questo, l'approccio delle capacità si dimostra più versatile e più inclusivo di un'ipotesi che faccia riferimento ai soli funzionamenti: il focus informativo delle capacità permette di fare valutazioni anche in merito ai soli funzionamenti realizzati, non è però vero il contrario. Inoltre anche nel caso in cui si considerassero due persone che abbiano analogo funzionamento su un aspetto della loro vita, la loro situazione potrebbe nascondere differenze notevoli in ordine allo svantaggio: un conto è digiunare perché non ci si può permettere il (non si ha la capacità di accedere al) cibo, ed un altro è perché si decide di compiere un'azione politica attraverso il digiuno. Nonostante la possibile similitudine tra le due persone in relazione allo stato di denutrizione il secondo soggetto sarà più ricco dal punto di vista delle capacità rispetto al primo che non ha scelto di non mangiare (sen, 2010).

L'idea di capacità consente questa importante distinzione, dal momento che guarda alla libertà e alle opportunità, cioè alla effettiva capacità degli individui di scegliere tra vari tipi di vita a loro accessibili. (Sen, 2010: p. 246)

Distinguere tra capacità e funzionamenti pone anche l'accento sulla responsabilità che ha la società nei confronti degli indigenti: ad esempio in una

società che garantisce ai propri cittadini l'opportunità di usufruire di un'assistenza sanitaria, il caso di una persona che decidesse di non usufruirne, compromettendo così il proprio funzionamento in ordine allo stato di salute, non lo si potrebbe individuare, andando ad analizzare le capacità degli individui di accedere ad una buona salute, come un problema sociale, diversamente da quanto accadrebbe considerando esclusivamente i funzionamenti. (Sen, 2010).

Riguardo all'opportunità di considerare le capacità piuttosto che i funzionamenti in una teoria della giustizia, Martha Nussbaum si spinge un po' più oltre, fino ad individuare un elenco di "capacità funzionali umane fondamentali", che potrebbe trovare un consenso condiviso a prescindere dalle credenze, dalle posizioni politiche o dagli orientamenti culturali di ognuno. In questo senso è importante l'accento sulle capacità, perché permette che si costruisca una condivisione su questioni accettabili per chiunque: se una persona potesse accedere a certe pratiche sanitarie che in qualche modo migliorerebbero la propria salute, ma per un motivo religioso non ammettesse di sottoporsi a quel genere di interventi, questa scelta farebbe riferimento ad un funzionamento che il soggetto in questione non sceglierebbe di raggiungere pur avendone la capacità, ma non ci sarebbe nessuna ragione, neppure per la persona in questione, per la quale non considerare la capacità di accedere a quelle pratiche come una delle capacità fondamentali. Una simile lista "ci dà la base per determinare un minimo sociale accettabile in varie aree" (Nussbaum, 2001: p. 92): ciò significa che al di sotto di una certa soglia di capacità in ognuna delle aree considerate, una persona non è in grado (o non è stata messa in grado) di vivere in modo dignitoso. Questa prima lista individuata comprende dieci capacità che si occupano di essere in grado di godere appieno: della vita, della salute fisica, dell'integrità fisica, dei sensi, immaginazione e pensiero, dei sentimenti, della ragion pratica, dell'appartenenza, del rapporto con le altre specie, del gioco e del controllo del proprio ambiente. La lista di Nussbaum si configura come una sorta di progetto politico, è soggetta a revisioni ed è concepita come un elenco di "scopi generali che possono essere ulteriormente specificati dalla società quando esplicita i diritti fondamentali che ha intenzione di garantire" (Nussbaum, 2007: p.92).

Capacità e disabilità

Nei due precedenti paragrafi ho trattato dello svantaggio e dell'approccio delle capacità con l'obiettivo di precisare e specificare meglio la domanda di questo lavoro. Domandarsi se e come sia possibile occuparsi di persone con gravi disabilità mentali riuscendo a permettere loro lo sviluppo e la promozione delle proprie potenzialità ed allo stesso tempo ad aiutarle rispetto alla propria situazione di svantaggio richiedeva di specificare meglio l'oggetto della questione posta.

Innanzitutto la domanda si occupa di persone con grave disabilità mentale perché, come detto, rispetto a loro si pone un serio problema di giustizia, non essendo possibile, in alcun modo che vengano prese in considerazione dalle principali teorie della giustizia. In secondo luogo si è scelto come ipotesi di riferimento l'approccio delle capacità, perché più di altri pare essere in grado di considerare lo svantaggio che queste persone subiscono.

Per affrontare questa domanda iniziale penso sia possibile procedere in due direzioni:

- discutere la proposta che fa Martha Nussbaum riguardo a come l'approccio delle capacità possa affrontare la questione della giustizia nei confronti delle persone con grave disabilità mentale;
- analizzare una ipotesi concreta che affronta il tema della custodia, sollevato anche da Nussbaum (Nussbaum, 2007: pp. 210-217), costituita dalla normativa italiana sulla protezione giuridica come delineata dalla legge 6/2004.

La teoria della giustizia come equità di Rawls si pone il problema dello svantaggio e della disabilità mentale rimandandolo ad una fase successiva a quella nella quale si sceglierebbero i principi fondamentali della società. Questo significa che così le fondamenta della società non terrebbero in alcun modo in conto delle esigenze e dei bisogni di chi si trovi in una condizione di estrema dipendenza o, quantomeno, non sia pienamente cooperante con gli altri. La società viene, perciò, modellata sulle persone che hanno partecipato alla contrattazione iniziale e che hanno scelto questi principi sulla base di un

reciproco vantaggio. Basti pensare agli spazi pubblici e a come generalmente siano organizzati per “rispondere alle esigenze di menomazioni del tipo normale” (Nussbaum, 2007: p. 136), quelle che possono considerarsi delle menomazioni frequenti statisticamente, ma non riescono a provvedere alle necessità di chi abbia bisogni inusuali.

Ma le conseguenze si riversano anche su altre questioni centrali: infatti, le concezioni di libertà, opportunità e basi sociali del rispetto di sé, da cui la teoria procede sono tutte improntate ai bisogni del cittadino “pienamente cooperativo” (Nussbaum, 2007: p. 129)

Inoltre posticipando la questione della disabilità, anche laddove ci si occupasse delle persone con gravi menomazioni mentali con il fine di una loro piena inclusione, lo si farebbe attraverso una eventuale benevolenza che non è compresa nelle caratteristiche della posizione originaria e che, per di più, non sarebbe per niente vantaggiosa: significherebbe “cooperare con persone con le quali sarebbe possibile e vantaggioso non cooperare per nulla” (Nussbaum, 2007: p.142)

Quindi posticipare la questione della disabilità come, necessariamente, fa Rawls pone il problema della piena inclusione delle persone con gravi menomazioni mentali ed estremamente dipendenti dagli altri.

Ma se queste persone sono dipendenti da altri, lo stesso problema si pone anche nei confronti di chi, ad esempio per legami affettivi, si occupa di loro: le persone su cui grava l'onere di prendersene cura e che impegnano parte della propria vita in questo compito lo fanno a discapito di obiettivi di realizzazione individuale e sociale ai quali legittimamente aspirerebbero e perciò hanno, a loro volta, bisogni di sostegno non previsti in una situazione di piena cooperazione e reciproco vantaggio.

Nussbaum sintetizza il problema dicendo che

Benché i cittadini nella società ben ordinata abbiano, come ho sostenuto, un ampio insieme di fini moralizzanti e possano vedere ex post buone ragioni per la piena inclusione di persone con menomazioni, la situazione contrattuale impedisce ex ante una soluzione adeguata della questione. (Nussbaum, 2007: p. 174)

Ci sono due ipotesi di fondo che differenziano l'approccio basato sulle capacità dalla teoria di Rawls e che ne fanno una proposta più adatta a considerare anche le situazioni di grave disabilità mentale:

- l'approccio basato sulle capacità è un approccio orientato al risultato e, perciò non si serve di una ipotetica situazione iniziale, ma propone un'idea degli esseri umani come cooperanti non per reciproco vantaggio, ma per differenti motivi come l'amore o la giustizia. In questo senso si può immaginare la cooperazione tra gli esseri umani come finalizzata alla giustizia e all'inclusività in sé, così che il bene degli altri diventi una parte del proprio bene;
- oltre a ciò propone una nozione di dignità che si discosta dall'ipotesi contrattualistica che pone l'umanità e l'animalità degli esseri umani in contrasto tra di loro: nel caso dell'approccio basato sulle capacità, la razionalità è un aspetto dell'animale e l'animale umano ha un suo tipo di razionalità specifica che caratterizza la dignità delle persone. Sanando questa scissione che deriva dall'idea Kantiana di essere umano, è possibile riconoscere la temporalità delle persone che "iniziano ad esistere come bambini per terminare, spesso, la propria vita in altre condizioni di dipendenza" (Nussbaum, 2007: p. 177) e includere nella persona umana bisogni di socialità come di cura e relazioni, caratterizzate anche da una forte asimmetria.

Queste due sostanziali differenti premesse ci dicono che:

non è necessario essere produttivi per ottenere il rispetto degli altri: abbiamo diritto al sostegno della dignità del nostro stesso bisogno umano. La società è tenuta insieme da un'ampia gamma di legami di interessi, solo alcuni dei quali riguardano la produttività: la produttività è necessaria e anche vantaggiosa, ma non è il principale fine della vita sociale. (Nussbaum, 2007: p. 178)

Inoltre per quanto concerne l'uso dei beni primari, ed in particolare del reddito, come criterio di giustizia, si può facilmente notare che le persone hanno bisogni variabili, dipendenti dalle loro diverse caratteristiche, e hanno diverse abilità nel convertire le risorse in funzionamenti: ci sono almeno quattro fattori di variazione che fanno riferimento a differenze personali, differenze ambientali, differenze di clima sociale, differenze di prospettiva relazionale (Sen, 2010: p.264). Il reddito potrebbe allora diventare un valido criterio se ci fosse un modo per tenere in considerazione delle differenze individuali tra le persone assegnando più risorse a chi ha maggiori bisogni? Anche questa strada diventa

poco praticabile perché non considera che in alcuni casi gli individui sono ostacolati dalla società in cui vivono in differenti modi. Una persona in sedia a rotelle dotata di un cospicuo reddito potrebbe pagarsi del personale che l'accompagni ovunque, ma non potrebbe in alcun modo avere la possibilità di rimuovere gli ostacoli che gli impediscono autonomamente l'accesso allo spazio pubblico, perciò

è essenziale concentrarsi sulle capacità, affermare con fermezza che i beni primari, che la società deve distribuire, sono plurali e non singoli e che non possono essere misurati in base ad un unico standard quantitativo. (Nussbaum, 2007: 183)

Diventa anche importante arrivare a definire una lista delle capacità fondamentali tenuto conto che non tutte quelle a cui gli esseri umani possono accedere hanno lo stesso valore ed alcune sono fondamentali, altre sono insignificanti ed altre ancora possono essere addirittura dannose ed andrebbero vietate. Elencare le capacità fondamentali per la dignità umana ci permette di costruire una teoria della giustizia sociale, affermando anche che:

- esiste una soglia minima di ciascuna capacità, sotto la quale non si può scendere per ogni individuo;
- le capacità non sono fungibili e, perciò, non è possibile averne una maggiore quantità di una a discapito di un'altra che scenderebbe sotto la soglia minima.

In questo modo una società che garantisse dignità ai propri cittadini non dovrebbe salvaguardare il reddito individuale a tutti (anche se in misura variabile in relazione alle capacità), ma avrebbe la necessità di garantire ad ogni persona tutte le capacità fondamentali rimuovendo gli ostacoli affinché si possano esercitare le proprie abilità fino ad un livello di soglia appropriato: in questo modo non importa se la persona con disabilità di cui sopra abbia o meno un reddito tale da garantirsi del personale che la porti ovunque, ma è rilevante che le sia assicurata la mobilità nello spazio pubblico.

Un'ulteriore questione rilevante per considerare l'approccio basato sulle capacità in relazione alla disabilità e quella del funzionamento. Si è detto nel paragrafo precedente di quanto le capacità siano da preferire ai funzionamenti perché più flessibili e rispondenti ad un criterio di libertà di scelta. Inoltre comporre una lista di capacità piuttosto che di funzionamenti permetterebbe di

individuare una lista che potenzialmente potrebbe essere universale e accettata da chiunque a prescindere dai propri orientamenti. Nel caso dei bambini pare, però, preferibile il funzionamento alla corrispettiva capacità data la condizione di immaturità cognitiva che ancora li caratterizza e la conseguente importanza dei funzionamenti per la crescita ed il conseguimento di capacità adulte. Analogo ragionamento si potrebbe fare nei confronti di persone con gravi menomazioni mentali:

sembra evidente che molte di queste, in svariati casi, non possono compiere scelte in merito alle proprie cure mediche, acconsentire a relazioni sessuali o valutare la pericolosità di un lavoro o di un'occupazione. Ci saranno quindi per molte di esse, numerosi ambiti nel regolare i quali lo scopo appropriato sarà il funzionamento, invece della capacità. (Nussbaum, 2007: p.190)

La custodia

Le persone con gravi menomazioni mentali conservano alcune tra le più importanti capacità umane come ad esempio la possibilità di amare, il piacere di giocare e di relazionarsi. In diversi casi, però, sarà molto difficile che riescano a raggiungere autonomamente tutte le capacità della lista. Questa non è una buona ragione per individuare liste differenti per alcune persone, ma deve essere un monito perché l'organizzazione sociale faccia di tutto, nei limiti delle conoscenze del momento, per estendere a chiunque tutte le capacità della lista. Considerando una persona con gravi menomazioni mentali "la società dovrebbe sforzarsi di conferirle quante più capacità possibili direttamente o per mezzo di una disciplina adeguata della custodia, dove non sia possibile attribuirle l'autonomia." (Nussbaum, 2007: p. 210)

Per questa ragione la maggior parte degli stati si sono dotati di una normativa che disciplina la tutela di persone con menomazioni mentali attraverso differenti forme di custodia. Diversi stati hanno ridefinito la propria normativa sulla custodia in anni recenti, proponendo una maggiore attenzione alla dignità umana ed andando nella direzione di una promozione del potenziale delle persone svantaggiate.

In particolare se ne possono citare tre (Nussbaum, 2007: pp.213-217):

- la legge israeliana, per la quale le persone hanno diritto ad una “partecipazione eguale e attiva in tutte le principali sfere di vita” e hanno diritto ad un supporto che “permetta a lui/lei di vivere con massima indipendenza, con riservatezza e dignità, realizzando pienamente il proprio potenziale”. Inoltre le persone hanno diritto a prendere le proprie decisioni nel rispetto dei propri desideri e preferenze;
- la normativa tedesca, riformata nel 1992, si fonda su alcuni principi base: il “principio di necessità” che impedisce l’adozione della custodia nel caso in cui sia possibile la gestione in altro modo; il “principio di flessibilità” che impone a chi esercita la custodia di rispettare i desideri della persona che viene tutelata; il “principio di autodeterminazione” che permette la sostituzione di chi esercita la custodia; il “principio di salvaguardia dei diritti” che impone che la persona soggetta a custodia non perda automaticamente la capacità giuridica;
- l’ordinamento svedese nel quale è previsto un tutore a supporto delle persone con disabilità che abbia possibilità di agire per conto della persona che ha in custodia analogamente a chi abbia ricevuto una procura. Nei casi in cui la situazione lo rendesse necessario per la gravità della disabilità si possono attivare figure con maggior potere decisionale o di controllo come l’amministratore, il fiduciario o l’amministratore fiduciario.

Se combiniamo la concezione della dignità e dell’eguaglianza umana, sulla quale si fonda la legge israeliana, con i principi generali affermati nella legge tedesca e con la struttura flessibile delle categorie giuridiche e sociali incorporate nelle legge svedese, avremo un buon esempio di ciò che l’approccio delle capacità potrebbe proporre come modello di riforma in questo settore. (Nussbaum, 2007: p. 216)

L’amministrazione di sostegno

La legge 6/2004 ha riformato il Titolo XII del codice civile italiano, introducendo la figura dell’amministratore di sostegno. Prima di tale legge, la normativa italiana prevedeva solo due strumenti di quella che la normativa stessa chiama protezione giuridica: l’interdizione e l’inabilitazione.

Lo strumento dell'interdizione, previsto per le persone che si trovino in condizione di abituale infermità di mente che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi, comporta la nomina di un tutore, ossia di una persona delegata a sostituire l'interdetto in ogni atto civile, ad amministrare i suoi beni e a fare le scelte determinanti per la sua vita. L'interdetto perde la capacità di agire e ogni atto da lui compiuto è considerato non valido.

Lo strumento dell'inabilitazione, utilizzato in situazioni più lievi, comporta la nomina di un curatore delegato alle sole scelte riguardanti la straordinaria amministrazione degli interessi della persona inabilitata.

Queste misure, pensate per tutelare le persone fragili, sono istituti che hanno una notevole rigidità nella loro applicazione e non sono finalizzate a promuovere le capacità e le aspirazioni delle persone di cui si occupano. In alcuni casi, e per l'uso che a volte se ne è fatto, sono parse più finalizzate a proteggere la società da persone che vengono considerate in toto inadeguate e forse anche poco umane e, quindi, da privare di ogni diritto e prerogativa individuale:

gli effetti di ingabbiamento che essa [l'interdizione] determina appaiono funzionali, per la gran parte, non già al bene e alla felicità del soggetto da proteggere, quanto soprattutto agli interessi della sua famiglia e alla difesa del patrimonio domestico: si emargina formalmente qualcuno per evitare che possa "fare danni". (Cendon, 2008)

La norma definiva incapaci le persone soggette a interdizione senza nessun accenno all'utilità che avrebbe eventualmente potuto avere per loro la misura dell'interdizione o dell'inabilitazione.

Analizzando questa norma anche dal punto di vista procedurale si può notare che perché venga concessa la misura sia necessario istruire un vero e proprio dibattimento in sede civile, con il pubblico ministero che promuove la causa contro la persona incapace, che è tenuta ad avere un'assistenza legale. Se questo iter procedurale può essere giustificato dalla gravità della situazione che comporta la perdita della capacità di agire di una persona e che quindi va adeguatamente tutelata perché non vengano commessi abusi nei suoi confronti, è emblematico che la persona cosiddetta incapace si debba in qualche modo difendere da un'accusa. Inoltre non tiene in conto del travaglio

umano che in molti casi i familiari della persona interdicenda sono chiamati a vivere promovendo una causa contro il proprio congiunto come unica possibilità per una sua tutela.

Il sistema di protezione dei soggetti deboli è stato modificato profondamente con l'introduzione nel nostro ordinamento della figura dell'amministratore di sostegno, istituita con la legge n. 6 del 2004. Questa normativa si prefigge 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 di vita quotidiana". (art. 1)

Il nuovo titolo XII del Codice Civile recita "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia" a sottolineare un nuovo approccio al tema della protezione giuridica delle persone non in grado di autodeterminarsi, rispetto al precedente "Dell'infermità di mente".

Nello specifico il Titolo XII è suddiviso in due capi, nel primo viene sviluppata la figura dell'amministratore di sostegno, nel secondo lo strumento dell'interdizione viene ridimensionato, mentre viene mantenuto quello dell'inabilitazione.

La scelta dell'amministratore di sostegno (art. 408 c.c.) dovrà avvenire con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario e, nello svolgimento dei suoi compiti (art. 410 c.c.), l'amministratore di sostegno dovrà tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario, dovrà informarlo sugli atti da compiere e dovrà riferire al Giudice Tutelare su eventuali dissensi col beneficiario.

La scelta dello strumento dell'amministrazione di sostegno dovrà essere considerata prioritaria rispetto alle diverse scelte di protezione giuridica possibili, perché permette di organizzare una forma di sostegno adeguato ai bisogni di rappresentanza reali senza blindare la capacità di agire della persona in aree dove non si è manifestato alcun bisogno o che sono già sufficientemente "protette" dalla patologia o dall'ambiente sociale in cui la persona stessa è inserita. In sintesi l'amministratore di sostegno garantisce

protezione giuridica calibrata sulle effettive necessità e con la minore limitazione possibile delle capacità di agire.

A ricoprire il ruolo di amministratore di sostegno può essere nominato: un familiare (partendo dai più prossimi), una persona proposta dalla persona interessata o dai familiari, una persona scelta dal giudice tutelare, persone giuridiche come un ente pubblico o un ente non profit; mentre non possono essere nominati gli operatori pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario. La nomina può essere richiesta dal beneficiario stesso, dal coniuge o dal convivente stabile, dai parenti entro il 4° grado e affini entro il 2° grado, dai responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona.

Il decreto di nomina stabilisce gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario, gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

Ci sono numerose cambiamenti che la nuova normativa relativa alla protezione giuridica introduce nell'ordinamento italiano.

Innanzitutto la personalizzazione dell'istituto: a differenza di quanto accadeva con l'applicazione dell'interdizione, dove la persona che veniva interdetta perdeva completamente la capacità di agire anche se la sua condizione di disabilità gli avrebbe potuto consentire di conservare alcune autonomie, nel caso dell'amministrazione di sostegno la protezione giuridica viene calibrata sulle effettive esigenze della persona. Il decreto del giudice tutelare, pronunciato dopo avere sentito la persona, stabilisce infatti quali siano gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario e quali siano gli atti che il beneficiario può compiere con l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Tutti gli altri atti possono essere compiuti dal beneficiario stesso in autonomia: "Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva

o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno." (Art. 409 c.c. Effetti dell'amministrazione di sostegno).

Il ruolo del beneficiario, poi, cambia notevolmente: mentre prima del 2004 era un soggetto passivo che, in quanto incapace, doveva solamente subire il percorso verso l'interdizione salvo potersi difendere nel dibattimento, nella nuova normativa diventa centrale. È uno dei soggetti che può promuovere in autonomia il ricorso per la concessione dell'amministrazione: "Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato" (Art. 406 c.c. Soggetti). Può addirittura prevedere una propria futura condizione di bisogno (si pensi, ad esempio, a situazioni di gravi patologie degenerative) e designare lui stesso in anticipo un amministratore di sostegno: "L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata." (Art. 408 c.c. Scelta dell'amministratore di sostegno). In ogni caso, anche quando il ricorso fosse promosso da altre persone titolate a farlo, il beneficiario deve essere "sentito" dal giudice tutelare responsabile del procedimento perché l'eventuale nomina tenga conto delle sue effettive volontà e necessità. Ma anche nel momento in cui l'amministrazione di sostegno sia stata concessa il beneficiario non perde il suo ruolo di persona titolare di diritti, e anche l'amministratore di sostegno deve accertarsi della sua volontà nel caso in cui debba compiere alcuni atti in sua vece: "Nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario... L'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso." (Art. 410 c.c. Doveri dell'amministratore di sostegno).

La procedura che porta alla nomina dell'amministratore di sostegno è, inoltre, molto distante dall'immaginario di un dibattimento giudiziario. Il ricorso per la richiesta di amministrazione di sostegno deve essere presentato presso la

Volontaria Giurisdizione² e non è prevista un'assistenza tecnica legale né per chi presenta il ricorso né per il beneficiario. Il percorso che porta alla nomina dell'amministratore di sostegno, poi, è condotto dal giudice tutelare attraverso una o più audizioni con il beneficiario e con altri soggetti portatori di interessi, sostenute da relazioni tecniche sanitarie, psicologiche e sociali. La forma che assume è più vicina a quella di un colloquio che affronta temi relativi alla situazione del beneficiario, che a quella di un processo.

Anche per come le due normative considerano la dimensione del tempo ci sono differenze notevoli. L'interdizione è per sua natura a tempo indeterminato e non può subire variazioni nel tempo: la persona incapace è tale in ogni ambito del proprio agire e rimane tale nel tempo. La norma sull'amministrazione di sostegno considera che lo stato di disabilità possa essere, benché a volte grave, temporaneo e parziale. Per questa ragione il decreto di nomina dell'amministrazione di sostegno può prevedere un termine oltre il quale, salvo rinvii, si chiuda la procedura e il beneficiario riacquisti in toto la propria autonomia. Ma, in considerazione di questa parzialità e temporaneità, considera anche che la condizione di svantaggio possa aggravarsi o anche migliorare, e, in virtù di questi cambiamenti, sarà possibile modificare la natura del decreto, adeguandolo alla mutata condizione del beneficiario.

Un'ultima considerazione può essere fatta nei confronti del linguaggio adottato nelle due norme. Risulta evidente la differenza che passa tra "incapace" e "beneficiario" per indicare la persona verso la quale viene promosso il provvedimento, o il già citato titolo della legge che viene modificato con la riforma del 2004. Ma in tutta la legge si trovano anche espressioni come:

² "È un tipo di giurisdizione diretta non a risolvere controversie, ma alla *gestione di un negozio o di un affare*, per la cui conclusione è necessario l'intervento partecipativo di un terzo (il giudice) estraneo ed imparziale che collabora con le parti allo scopo di costituire un determinato rapporto giuridico, in quei casi in cui la legge non consente ai privati di provvedervi autonomamente: ad esempio per l'integrazione della capacità delle persone incapaci (autorizzazione alla vendita di beni di minori), in riferimento allo stato delle persone (affiliazione, legittimazione di figlio) oppure, per le attività commerciali (omologazione di atti societari)" *Dizionario giuridico*, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone. <http://www.simone.it/newdiz/?action=view&id=1785&dizionario=1>

richieste, esigenze di protezione della persona, aspirazioni, bisogni, con la minor limitazione possibile, responsabile dei servizi sanitari e sociali, necessario per assicurare la loro adeguata protezione, condizioni di vita personale e sociale.

I registri sintattici e linguistici si palesano attraverso un linguaggio diverso da quello dell'accademia giuridica, con l'adozione di verbi e sostantivi estranei alle altre normative, con termini di impronta sociologica, eretici, o quasi, rispetto al linguaggio delle pandette... (Zuccaro, 2011: p.24)

Amministrazione di sostegno e capacità

Nel suo breve excursus attorno alle normative sulla custodia di diversi stati ed in particolare di Israele, Germania e Svezia, Nussbaum individua tre caratteristiche che farebbero di una normativa sulla tutela giuridica delle persone svantaggiate "un buon esempio di ciò che l'approccio delle capacità potrebbe proporre come modello di riforma in questo settore" (Nussbaum, 2007: p. 216): una concezione della dignità e dell'uguaglianza umana; alcuni principi generali che tutelino le persone protette e che impediscano abusi nei loro confronti; una flessibilità generale della normativa che sia capace di adattare le possibili applicazioni alle numerose e differenziate situazioni che la realtà propone. È possibile analizzare la normativa italiana attraverso la lente proposta da Nussbaum, individuando come vengano trattati i tre aspetti sottolineati.

Per quanto riguarda i principi di uguaglianza e dignità umana la disciplina sull'amministrazione di sostegno utilizzando il termine beneficiario in luogo di incapace individuato dalla norma sull'interdizione precedente, accetta implicitamente un principio di uguaglianza, in quanto non cristallizza la situazione di incapacità come ciò che qualifica in toto il soggetto, ma lo considera come colui che può o meno beneficiare di protezione. Ciò è anche reso evidente dalle modifiche che la legge 6 all'articolo 4 introduce alla disciplina dell'interdizione, sostituendo la frase: "Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è

necessario per assicurare la loro adeguata protezione” alla vecchia dizione “Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, devono essere interdetti”. L’accento che si pone sul non automatismo tra l’incapacità di provvedere ai propri interessi e l’interdizione del soggetto e sull’utilità dei provvedimenti al fine di proteggere le persone, ribadisce ancora che non ci sono differenze per le quali una persona è incapace quindi perde i diritti, ma ci sono necessità di protezione delle persone che non riuscissero in autonomia ad occuparsi della propria quotidianità. Altri due aspetti caratteristici della norma fanno presupporre che il beneficiario venga considerato titolare di diritti al pari degli altri cittadini:

- la modifica all’art 409 c.c. introdotta dalla normativa: “Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza necessaria dell’amministratore di sostegno”
- la possibilità che il beneficiario stesso ha di poter proporre il ricorso autonomamente.

Le persone alle quali si applichi una misura di custodia hanno bisogno di essere protette in ragione delle loro necessità, ma anche dalla possibilità che vengano commessi abusi nei loro confronti. Riguardo a questo la normativa italiana sancisce alcuni principi:

- all’art.1 individua nella “minor limitazione possibile della capacità di agire” il campo entro il quale una persona possa essere sostituita dall’amministratore di sostegno nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana;
- nella modifica dell’art 410 c.c. afferma che “Nello svolgimento dei suoi compiti l’amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario”;
- nella scelta dell’amministratore di sostegno o nella eventuale sua sostituzione per negligenza, il beneficiario può essere sentito ed esprimere il proprio parere.

La legge pone a garanzia di tutto il procedimento e del successivo percorso il giudice tutelare che ha il compito di vigilare che non vengano commessi abusi e che l'amministratore di sostegno agisca negli interessi del beneficiario.

Per quanto riguarda la flessibilità, l'amministrazione di sostegno appare uno strumento giuridico adattabile a svariate e differenti forme di protezione che richiedano diversi gradi di limitazione delle prerogative del beneficiario. In particolare può essere adeguato:

- sia a forme di disabilità lievi che comunque interferiscano con le autonomie delle persone sia a forme di menomazione mentale estremamente gravi;
- a situazioni temporanee destinate a durare un tempo limitato sia a situazioni permanenti per le quali non si preveda una risoluzione del problema;
- a situazioni mutevoli nel tempo sia in ragione di un miglioramento della condizione per il quale si può prevedere un'attenuazione della misura, sia in ragione di un aggravamento della condizione della persona per la quale potrà essere previsto una maggior protezione.

Un'ulteriore considerazione che si può fare riguarda un'analogia tra la normativa e l'approccio sulle capacità: benché in questa sede si siano trattati in particolar modo le questioni riguardanti le persone con gravi menomazioni mentali, entrambe le ipotesi presentate sono molto flessibili e le valutazioni che fanno si potrebbero adattare bene ad ogni situazione in cui ci sia una disabilità sia essa lieve o grave, temporanea o permanente. Il fatto che una stessa teoria o normativa possa affrontare un tema come quello della disabilità in modo così ampio, spinge ancora una volta a considerare la disabilità nelle sue varie forme come una situazione certamente non auspicabile, ma in qualche modo, come una possibilità alla quale si apre la vita di tutte le persone e a rivalutare la questione del rapporto tra "normalità" e "disabilità" in termini non dicotomici e inclusivi.

Conclusioni

La domanda da cui sono partito è se fosse possibile individuare delle ipotesi che garantissero sia la tutela che lo sviluppo e delle potenzialità e delle aspirazioni di persone svantaggiate con gravi menomazioni mentali.

Per discutere questa domanda ho provato a definire meglio di quale tipo di svantaggio si stesse parlando, mostrando come per queste persone le teorie della giustizia fondate sul contrattualismo non abbiano risposte. Ho presentato quindi la teoria basata sulle capacità per come elaborata in generale da Amartya Sen ed in particolare riguardo alle questioni relative alle persone con disabilità da Martha Nussbaum. Ho preso in esame, poi, la normativa italiana sull'amministrazione di sostegno come esempio concreto di legge sulla custodia e la ho infine analizzata attraverso la proposta di Nussbaum.

Alla conclusione di questo percorso mi pare di poter dire che l'approccio basato sulle capacità oltre ad essere una teoria della giustizia flessibile che, come ha mostrato Nussbaum nei suoi diversi studi, può affrontare numerosi e diversi temi nei quali è in gioco la dignità umana, è anche un'ipotesi che si presta bene per l'analisi di politiche pubbliche che pongano problemi di giustizia come è il caso della custodia ed in particolare del caso preso in esame.

In particolare riguardo al caso della normativa italiana considerata è possibile dire che risponde ai criteri di giustizia posti dall'approccio basato sulle capacità, anche se lascia aperte almeno due questioni:

- il problema di giustizia si pone nei confronti delle persone con gravi menomazioni mentali ma anche nei confronti dei loro caregiver, in quanto hanno la necessità di dedicare una cospicua quota del loro tempo, risorse ed energie alla cura in favore delle persone di cui si occupano, a discapito della propria vita e delle proprie legittime aspirazioni. Se la normativa sull'amministrazione di sostegno riesce bene a regolamentare la capacità di agire del beneficiario, nulla dice in relazione all'onere che grava sull'amministratore di sostegno. Di più individua nei familiari le persone che, naturalmente, sono nella maggior parte dei casi idonei e da preferire per

svolgere questo compito, dando per scontato che sia giusto che l'onere ricada su di loro e non investendo risorse in questo senso;

- come ricordato da Nussbaum la questione della custodia deve intervenire laddove non esistano strumenti diversi che possano affrontare il problema della giustizia nei confronti di queste persone e garantire uguali capacità a tutti. Analizzare la normativa sull'amministrazione di sostegno è, perciò, un'operazione parziale che può dirci se in sé questa normativa sia o meno equilibrata in relazione all'approccio basato sulle capacità, ma non può dirci altro in relazione a come la società che l'ha prodotta tratti i temi della disabilità e della giustizia. Di più una normativa sulla custodia, anche se ben fatta, non può divenire un alibi per non trattare anche in modi più diretti la necessità di garantire uguali capacità anche alle persone con gravi menomazioni mentali.

Bibliografia e sitografia

Bibliografia

- *Dizionario giuridico*, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone. <http://www.simone.it/newdiz/?action=view&id=1785&dizionario=1>
- Cendon, Paolo (2008). *L'amministratore di sostegno*. Firenze: Cesvot
- Nussbaum, Martha (2001). *Diventare persone*, Bologna: il Mulino
- Nussbaum, Martha (2002). *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna: il Mulino
- Nussbaum, Martha (2007). *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna: il Mulino
- Nussbaum, Martha (2012). *Creare Capacità*, Bologna: il Mulino
- Polo, Daniela (2009). *Cosa sapere sull'amministrazione di sostegno*, Trento: Erickson
- Sen, Amartya (1994). *La diseguaglianza*, Bologna: il Mulino
- Sen, Amartya (2008). *Identità e violenza*, Bari: Laterza
- Sen, Amartya (2010). *L'idea di giustizia*, Milano: Mondadori
- Zuccaro, Giovanna (2011). *L'amministrazione di sostegno*. In: Appunti di Varese Ads. http://www.varese.progettoads.net/%5Calleghati%5CADS_VA_t_documenti%5C11%5CFILE_Documento_FILE_Allegato_AppuntiAdsZuccaroSit o.pdf

Sitografia

Progetto AdS: <http://www.progettoads.net/>

Persona e danno, a cura di Paolo Cendon: <http://www.personaedanno.it/>