

La capacità di discernimento in caso di demenza

Man mano che la demenza avanza, sorgono molti dubbi circa la capacità di discernimento di chi ne è affetto: può ancora stipulare contratti giuridicamente validi? È necessario (o lecito) che una terza persona prenda decisioni al posto suo in merito, ad esempio, alle cure mediche? Purtroppo, spesso è particolarmente difficile stabilire se un malato di demenza sia o meno capace di discernimento.

Per legge, chi è **maggiorenne e capace di discernimento ha l'esercizio dei diritti civili**, per cui in linea di massima può concludere atti giuridici validi dal punto di vista legale (ad esempio, un acquisto). Viceversa, chi è **minorenne o incapace di discernimento** (o si trova sotto curatela generale) **non ha l'esercizio dei diritti civili**. L'art. 12 del Codice civile svizzero (CC) recita testualmente:

Chi ha l'esercizio dei diritti civili ha la capacità di acquistare diritti e di contrarre obbligazioni con atti propri.

Dunque, la capacità di discernimento intesa come facoltà di agire ragionevolmente è, accanto alla maggiore età, un requisito fondamentale per godere dell'esercizio dei diritti civili. Ne troviamo una definizione nell'art. 16 CC:

È capace di discernimento... qualunque persona che non sia priva della facoltà di agire ragionevolmente per effetto della sua età infantile o di infermità o debolezza mentale, di ebbrezza o di uno stato consimile.

La capacità di discernimento in generale

La capacità di discernimento si basa essenzialmente su due presupposti:

– Il primo è la capacità di farsi un'idea della realtà e di giudicare il senso, i benefici e le conseguenze di un determinato comportamento. Si tratta della cosiddetta *capacità di formazione della volontà*, rispetto alla quale ci si pongono gli interrogativi seguenti:

- o Il soggetto ha compreso la situazione?
- o Conosce le diverse possibilità di scelta?
- o Si rende conto delle conseguenze di ciascuna opzione?
- o Sa chi sarà toccato dalla decisione?

Chi, ad esempio, redige un mandato precauzionale incarica una persona di fiducia di fare le proprie veci qualora un giorno non dovesse più essere in grado di agire autonomamente. Magari il mandante può giungere alla conclusione che un conoscente sia più idoneo di un familiare a svolgere questo compito. Anche se una decisione del genere può sembrare irragionevole a terzi, ciò non vuol necessariamente dire che chi ha costituito il mandato precauzionale sia incapace di discernimento. L'importante è che il ragionamento alla base della sua scelta segua un filo logico.

- Il secondo è la capacità di agire liberamente e senza condizionamenti esterni. Si tratta della cosiddetta *capacità di attuazione della volontà*, rispetto alla quale ci si pongono i quesiti seguenti:
 - o L'interessato è in grado di agire conformemente alla sua valutazione della situazione?
 - o È in grado di non farsi condizionare da terzi?

Questo presupposto può non essere soddisfatto quando, a causa di una malattia, una persona assume un comportamento compulsivo (se, ad esempio, è affetta da demenza frontotemporale ed è vittima dello shopping compulsivo).

La capacità di discernimento va verificata

caso per caso

La capacità di discernimento va sempre verificata rispetto a una situazione concreta. Questa regola vale sia per quanto concerne le questioni finanziarie e amministrative sia per le decisioni in materia medico-sanitaria.

- Riguardo agli atti giuridici, molto dipende dalla complessità dei fatti e dalla portata del rapporto contrattuale. Una persona può essere ancora capace di discernimento rispetto ai semplici atti quotidiani, come l'acquisto di beni di uso corrente, ma può non esserlo più per operazioni più importanti, come, ad esempio, la vendita di una casa.
- La legge parte dal principio che una persona è capace di discernimento **fino a che non sia provato il contrario**. Il che facilita le relazioni commerciali: un venditore, ad esempio, presume che il compratore sia capace di discernimento e non è tenuto a verificare se, nel caso specifico, lo sia davvero. Viceversa, se si vuole contestare un acquisto per incapacità di discernimento, è necessario dimostrare che al momento dell'acquisto il compratore non era capace di discernimento.
- La capacità di discernimento vale anche nel campo medico. Una persona può essere ancora capace di discernimento rispetto alle questioni medico-sanitarie semplici, come il consenso alla vaccinazione antinfluenzale, ma può non esserlo più rispetto all'assenso a un intervento chirurgico serio.

La capacità di discernimento nella demenza allo stadio iniziale

Non è detto che una persona cui è stata diagnosticata una forma di demenza non sia più capace di discernimento. La demenza, infatti, è una malattia degenerativa dal decorso lento e comporta una perdita progressiva delle facoltà intellettuali e cognitive. Si tratta di una cosa ben diversa, ad esempio, dall'ictus o da un grave infortunio, in seguito ai quali queste facoltà, e con esse la capacità di discernimento, possono andare perdute da un momento all'altro.

Normalmente, quindi, i malati di demenza allo stadio iniziale sono ancora assolutamente capaci di discernimento. Perciò è molto importante che la malattia venga diagnosticata prima possibile (depistaggio precoce). In questa fase, dunque, i malati possono ancora occuparsi delle loro questioni personali e, ad esempio, costituire un mandato precauzionale o redigere le direttive del paziente e/o sistemare le questioni ereditarie (a tale riguardo, v. i fogli informativi di Alzheimer Svizzera dedicati a questi argomenti). Se prese in tempo, queste misure precauzionali possono aiutare a evitare in seguito discussioni circa la capacità di discernimento.

La capacità di discernimento nella demenza allo stadio intermedio

Allo stadio intermedio, la capacità di discernimento è molto difficile da valutare e quindi va verificata caso per caso.

Un malato di demenza che non riesce più a cavarsela da solo nelle azioni quotidiane e che pertanto necessita di assistenza domiciliare da parte di professionisti, può ancora essere assolutamente in grado di scegliere un curante, ma non di occuparsi personalmente della stipulazione di un contratto con questa persona.

La capacità di discernimento viene verificata d'ufficio se, ad esempio, il malato entra in istituto e la sua casa o il suo appartamento devono essere venduti. La vendita di un immobile deve essere certificata per atto pubblico e il notaio deve verificare d'ufficio la capacità di discernimento dell'interessato al momento della stipulazione del contratto di compravendita. Egli, dunque, deve accertarsi che il venditore (proprietario) sia consapevole della portata della transazione che sta per concludere. La certificazione notarile è prescritta anche per altre operazioni, come la costituzione di un mandato precauzionale qualora non possa essere scritto a mano. In tutti questi casi, la capacità di discernimento viene verificata da un notaio (per maggiori dettagli sull'argomento, v. pag. 4).

La capacità di discernimento deve essere verificata caso per caso anche rispetto alle questioni di ordine

medico-sanitario. Se, ad esempio, il malato di demenza deve sottoporsi a un intervento chirurgico, il medico verifica se il paziente è in grado di comprendere che tipo di intervento è stato programmato, il motivo per cui si rende necessario ed eventualmente quali sono le possibili alternative. Se l'interessato risulta incapace di discernimento, si pone il problema di chi, in questo caso, possa decidere al posto suo. Questo compito è demandato alla persona designata nelle direttive del paziente o nel mandato precauzionale, se sono stati redatti, oppure, in caso contrario, a un familiare o a un amico (v. anche sotto, a pagina 3).

La capacità di discernimento nella demenza allo stadio avanzato

Allo stadio avanzato della malattia, la capacità di discernimento è generalmente compromessa. Se il malato è affetto da una grave forma di demenza, per esperienza si presume che non sia più capace di discernimento, per lo meno per contrarre un atto giuridico. Se, ad esempio, un malato di demenza allo stadio avanzato firma un documento che prevede una sostanziosa donazione, normalmente il beneficiario deve dimostrare che in quel momento, contrariamente a ogni apparenza, il malato di demenza era capace di discernimento. In questo caso, si parla di inversione dell'onere della prova: **ciò che deve essere dimostrato non è l'incapacità bensì la capacità di discernimento.**

Sotto il profilo medico-sanitario la questione della capacità di discernimento è ancora più problematica e delicata. Un malato di demenza allo stadio avanzato può ancora esprimere la sua volontà, seppure in forma non verbale. Per quanto possibile, dunque, il suo volere va tenuto in considerazione. Il rifiuto del cibo, ad esempio, può essere un modo per esprimere il proprio diritto all'autodeterminazione. In questi casi, è necessario che le persone a lui vicine siano dotate di una grande sensibilità ed empatia per interpretare correttamente la sua volontà.

La legge stabilisce espressamente che, per quanto possibile, la persona incapace di discernimento sia coinvolta nel processo decisionale (art. 377 cpv. 3 CC).

Se sono state redatte le direttive del paziente, in linea di massima si deve tenere conto dei desideri ivi espressi dall'interessato.

Conseguenze della mancanza di discernimento

Il diritto, in particolare anche il nuovo diritto in materia di protezione degli adulti, prevede diverse conseguenze giuridiche qualora non vi sia (più) la capacità di discernimento.

- In linea di massima, gli atti giuridici (ad es. contratti, testamenti) stipulati da una persona incapace di discernimento non sono legalmente validi (art. 18 CC).
- Una persona incapace di discernimento che con il proprio comportamento cagioni un danno non ha colpa e di norma non ne risponde (art. 41 CO).
- Se la persona incapace di discernimento ha costituito per tempo un mandato precauzionale, all'occorrenza esso può essere posto in vigore (art. 363 CC).
- Anche se non è stato costituito alcun mandato precauzionale, il coniuge o il partner registrato può fare le veci del coniuge o partner incapace di discernimento nelle questioni quotidiane (diritto automatico di rappresentanza in caso di incapacità di discernimento, art. 374 CC).
- Riguardo ai provvedimenti medico-sanitari, può decidere la persona designata a tale scopo nelle direttive del paziente (o nel mandato precauzionale) (art. 370 CC). In linea di massima, le disposizioni contenute nelle direttive del paziente vanno rispettate.
- In mancanza di direttive del paziente, determinati familiari o persone vicine al malato incapace di discernimento che gli prestano personalmente regolare assistenza hanno il diritto di decidere in merito ai provvedimenti medico-sanitari (art. 378 CC).
- Se la persona incapace di discernimento soggiorna in istituto, si applicano regole ben precise. Ad esempio, si stabilisce a quali condizioni e con quali modalità possano essere ordinate misure

restrittive della libertà di movimento (o quando debbano essere soppresse) e la procedura da applicare (art. 383 segg. CC).

Come si verifica la capacità di discernimento

È bene ribadire che l'incapacità di discernimento deve essere sempre verificata rispetto a un'azione o a una decisione ben precisa. Nel dubbio, se possibile si dovrebbe sempre chiedere il parere di una persona vicina al malato, con l'accordo della persona la cui capacità di discernimento è in questione.

- Per le questioni di ordine medico-sanitario, il medico deve verificare la capacità di discernimento rispetto a un determinato intervento o a una determinata terapia. Il paziente deve poter comprendere le relative informazioni ed essere in grado di valutare correttamente la situazione, le sue conseguenze ed eventuali alternative. In caso di decisioni importanti, ci si deve rivolgere in ogni caso a uno specialista (psichiatra, geriatra).
- Per gli atti giuridici che necessitano la certificazione pubblica (testamento notarile, contratto successorio, vendita di un fondo, mandato precauzionale), il notaio interrogherà l'interessato per accertarsi che sia capace di discernimento e potrà anche chiedere il risultato dei test cui il malato si è sottoposto (come il mini mental state test MMSE). In ogni caso, potrà anche parlare con il medico curante o chiedere un certificato medico o una perizia medico-specialistica.
- In caso di controversia, spesso la questione della capacità di discernimento viene sollevata solo a posteriori, ad esempio quando viene messa in dubbio la validità di un contratto. Se il caso finisce davanti al giudice, questi si baserà, a seconda della situazione, su un certificato medico o, in caso di dubbio, disporrà ulteriori accertamenti (perizia psichiatrica, interviste ai testimoni). Sulla base di tutte queste prove e in considerazione dell'onere della prova, il giudice deciderà se, nel caso specifico, l'interessato sia o meno capace di discernimento.
- Vi sono poi molti altri casi in cui terzi devono decidere se una persona sia o non sia capace di discer-

nimento. Da quando è entrato in vigore il diritto in materia di protezione degli adulti, un ruolo importante in tal senso spetta all'autorità di protezione degli adulti, la quale deve decidere, ad esempio, se un malato di demenza che ha impartito un mandato precauzionale sia effettivamente diventato incapace di discernimento e se tale mandato possa entrare in vigore. Ma le autorità di protezione degli adulti fungono anche da uffici di contatto e da organi di ricorso quando si tratta di tutelare i diritti delle persone incapaci di discernimento.

Tutti coloro cui spetta decidere se un malato di demenza sia ancora capace di discernimento hanno un compito gravoso da svolgere. Tra il diritto all'autodeterminazione, da un lato, e la protezione dell'interessato, dall'altro, la decisione è tutt'altro che facile. E, in fin dei conti, la capacità di discernimento non può essere valutata con certezza matematica.

Avete bisogno di una consulenza personale per la vostra situazione individuale?

I consulenti specializzati del Telefono Alzheimer rispondono a tutte le vostre domande sulla demenza.

Telefono Alzheimer: 058 058 80 00

Dal lunedì al venerdì: ore 8–12 e 13:30–17

Anche le 21 sezioni cantonali di Alzheimer Svizzera sono a vostra disposizione nella vostra zona.

Contattateci su alz.ch.

Fogli informativi di Alzheimer Svizzera

Programmare il futuro con un mandato precauzionale

Come redigere le direttive anticipate del paziente

Opuscolo di Alzheimer

Svizzera: Diritti e doveri

Colophon

Editrice:

Alzheimer Svizzera

Redazione: Marianne Wolfensberger, lic. iur.

Consulenza specialistica: Dott. med. Irene Bopp-Kistler, geriatria