

“Dopo di Noi” e Istituti Giuridici di Tutela

“... Usavano salassi generali e parziali, ghiaccio sul capo, bagni tiepidi prolungati, docce fredde, purganti, cauterio alla nuca con potassa caustica che veniva anche usata per le donne senza mestruazioni strofinandogliela sulle cosce. Se di notte i malati diventano criminali i letti sono legati ai muri o murati al pavimento, i pazienti erano vestiti miseramente e alle pareti c'erano lamine di ferro con anelli ai quali legare gli agitati. Se ci sono dei luoghi nei quali i malati erano trattati con decenza, sono le strutture private, mentre in moltissimi luoghi pubblici sono rinchiusi in grotte e prigioni, trattati come bestie feroci, bastonati, incatenati oppure sottoposti al supplizio della fame e della sete”.
(Stefano Bonacossa, Diario di Viaggio del 1838, in Simone Cisticchi, Centro di Igiene Mentale, Mondadori, p. 221)

Le famiglie con persone con disabilità, nell'arco della crescita e dello sviluppo della persona con fragilità, sono chiamate ad affrontare e risolvere svariati problemi. Per fortuna, non più quelli di “un tempo”..., ed oggi anche grazie alla Convenzione Internazionale delle Persona con disabilità che chiaramente riconosce i Diritti Umani insopprimibili.

Oltre i piccoli e grandi sacrifici quotidiani, vi sono fasi di svolta della vita della persona con disabilità (l'integrazione scolastica nei vari livelli di studio, il compimento della maggiore età e la scelta dell'istituto di tutela, l'eventuale integrazione lavorativa, etc...) che determinano la ricerca di nuovi sistemi di equilibrio affettivo, sociale e giuridico.

Uno dei momenti di “svolta” più delicati per i familiari e per il soggetto con disabilità è quello che viene definito “dopo di noi”.

Mentre, infatti, tutti i piccoli e grandi sacrifici quotidiani e tutte le fasi di svolta sono state vissute nel loro divenire ed affrontandole la famiglia “personalmente” e “tempestivamente”, il momento del “dopo di noi” è temuto, pensato e, magari, allontanato per la consapevolezza che avverrà proprio allorquando non potrà essere vissuto ed affrontato “personalmente”, ma dovrà essere immaginato, organizzato, previsto e “disciplinato” per tempo senza poter avere riscontro della correttezza di quanto pensato e deciso.

Se per un verso questo pensiero, questa decisione, questo momento, lo si vuole allontanare, “non ci si vuole pensare”, per altro verso, ad un certo momento (spesso troppo tardi) ci si trova di fronte al pensare delle due l'una: “O affronto il problema, oppure lascio mio figlio, mia figlia, la persona a me cara abbandonata a se stessa o, nella migliore delle ipotesi, alla solidarietà ed affetto di un “volontario” che autonomamente decide di prendersene cura (ma senza sapere o aver disposto come ciò verrà fatto)”.

Costruire il “dopo di noi” è questione fondamentale.

Ed anche da giurista, affermo, che costruire il “dopo di noi” è questione fondamentale non solo per la persona con disabilità e per i suoi familiari, ma per tutti noi in generale.

Com'è noto, l'ordinamento giuridico, disciplina ipotesi di devoluzione successoria allorquando nessuna manifestazione di volontà sia stata manifestata in vita dai soggetti interessati, ma è logico che questa è una disciplina generale, di compromesso, di tutela della circolazione dei beni e della certezza delle proprietà, più che degli interessi della famiglia, del disabile o dei soggetti che dovessero entrare in contatto con quest'ultimo e con i suoi beni.

Perché, quindi, a maggior ragione allorquando vi sia una persona fragile, lasciare al “caso” la organizzazione e disciplina del “dopo di noi” (che dura una intera vita del nostro caro)?

Perché non sapere a chi lasciare la responsabilità e la gratitudine di un “progetto di sostegno e solidarietà” a beneficio della persona con disabilità?

Perché non disporre dei propri beni per tempo (anche se di valore modico o limitato – consapevoli che solo l’unione di migliaia di gocce d’acqua....) consapevoli della “fine che faranno”, dei responsabili degli stessi e del futuro della persona con disabilità che ci è cara?

Una ultima domanda: “perché non farlo”?

Queste sono domande a cui nessuno può e deve rispondere al Vostro posto.

I professionisti, possono aiutarvi, al massimo, a scegliere “insieme” e su “come” farlo, in base agli istituti giuridici di tutela esistenti nel nostro ordinamento giuridico.

In modo molto sintetico, quindi, accenno ad alcuni tra gli istituti più importanti e rilevanti e che, anche combinati insieme, potrebbero aiutare la famiglia con soggetto fragile a decidere serenamente per il “dopo di noi”, a tutela della cura della persona fragile e al fine di evitare ingerenze (*rectius*: intrusioni, interferenze) illegittime di terzi soggetti nel patrimonio di famiglia.

Tra i tanti, gli istituti che possono avere rilevanza vi sono certamente:

- Amministrazione di Sostegno
- Donazione Modale
- Sostituzione fedecommissaria
- Fondazione
- Trust

(ma si potrebbe anche parlare di usufrutto, fondo patrimoniale, esecutore testamentario, contratto di mantenimento, etc.. etc...).

Amministrazione di Sostegno – Art. 404 e ss. Cod. Civ.

Spero che sia ormai un istituto noto a molti. Con l’amministrazione di sostegno – che intende sostituirsi al “brutto e stigmatizzante” istituto dell’interdizione – una persona priva in tutto o in parte di autonomia può chiedere al giudice tutelare la nomina di un amministratore di sostegno il quale compia a suo beneficio gli atti che, da solo, non è in grado di compiere. Tra questi atti vi può certamente essere la “conservazione e amministrazione del patrimonio” (ex art. 405 c.c.) del beneficiario.

Una delle novità più rilevanti (e delle distinzioni, anche, con la figura del tutore nell’interdizione) è che l’Amministratore di sostegno può/deve occuparsi anche della “cura della persona interessata” (ancora, ex art. 405 c.c., ma si legga bene tutto lo spirito della nuova normativa).

Ciò significa, quindi, che la realizzazione di un buon ricorso per la nomina dell’amministratore di sostegno e di un buon progetto di vita e di sostegno della persona beneficiaria, può anche condurre ad una disciplina organica e protettiva non solo della cura della persona del beneficiario (nel suo modo quotidiano di relazionarsi con la società), ma anche della conservazione e amministrazione del patrimonio di questa, potendosi anche immaginare (affinché non sia un incarico di tipo del tutto solidaristico per l’amministratore di sostegno) un indennizzo per l’impegno quotidiano profuso da questa persona a favore del soggetto fragile.

Attenzione. Non è facile fare ciò. Ma una attenta e meticolosa preparazione da parte della famiglia e dei professionisti che la seguono (Avvocato, Medico, Associazione, etc...) del ricorso per Amministrazione di Sostegno ovvero del progetto di cura e di sostegno del beneficiario e dell'eventuale patrimonio di questo, può determinare un sereno percorso del "dopo di noi", con dei vincoli e benefici per l'Amministratore di Sostegno e la serenità e assistenza necessaria per la persona fragile beneficiaria.

Donazione Modale – Art. 793 Cod. Civ.

Credo che sia noto a tutti l'istituto della Donazione: "... il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione" (art. 769 c.c.).

Tizio, quindi, dona (cioè trasmette il diritto di goderne e di disporre divenendone proprietario) a Caio un bene.

Ma la donazione di un bene può essere caratterizzata da un onere, ovvero da un obbligo di fare da parte di Caio (donatario) verso un qualunque altro soggetto.

Insomma, semplifico con un esempio: Tizio, Padre di persona con disabilità che si chiama Sempronio, dona a Caio due appartamenti, onerando Caio di prendersi cura di Sempronio per tutto il resto della vita.

Domanda spontanea: e se Caio acquisiti i due appartamenti non ottempera all'obbligo e non si prende cura di Sempronio? Tizio, orma defunto, come poteva in vita garantirsi da questa eventualità?

Vi sono diverse soluzioni a questa risposta, ma se ne prospettano per esemplificazione solo due:

1) l'Art. 793 cod. civ. all'ultimo comma prevede proprio questa ipotesi, affermando: "*La risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi*".

a. Quindi, innanzitutto, al Notaio deve chiedersi di prevedere nella donazione, l'ipotesi di risoluzione per inadempimento;

b. Secondariamente, se il Donante (nell'esempio Tizio Padre di Sempronio) è ancora in vita, può chiedere la risoluzione, se non è in vita potranno farlo gli eredi.

2) Soluzione due, che può legarsi anche alla soluzione numero uno. L'amministratore di sostegno nominato a tutela della persona fragile può essere obbligato a verificare che il beneficiario della Donazione Modale, Sig. Caio, ottemperi all'obbligo di prendersi cura di Sempronio. E prevedendo che, ad esempio a causa della premorienza del Padre ed in mancanza di eredi, sia proprio l'amministratore di sostegno a chiedere la risoluzione della donazione modale per inadempimento.

Attenzione: il nostro Caio, beneficiario della donazione del Padre della persona con disabilità, può benissimo essere anche un Ente Giuridico (e non necessariamente o solo una persona fisica).

Sostituzione fedecommissaria – Art. 692 Cod. Civ.

L'art. 692 afferma: "*Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di*



Studio Legale
MARCELLINO

conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'art. 416 c.c. interverrà la pronuncia di interdizione.

Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.

La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. E' anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza.

In ogni altro caso la sostituzione è nulla”.

Semplificando: il genitore (o gli altri soggetti indicati dalla norma) **dell'interdetto** può istituire uno dei soggetti indicati dalla norma con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni (anche costituenti la legittima), a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

Questa norma, purtroppo, ha avuto limitatissime applicazioni ed oggi si caratterizza per una **dimenticanza del legislatore**: essa, infatti, si applica solo al soggetto interdetto dimenticandosi del tutto anche del beneficiario di amministrazione di sostegno.

Da ultimo, anche Anffas, sta lavorando alla bozza di legge di “rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e di abrogazione dell'interdizione (e inabilitazione)” del Prof. P. Cendon (vedi www.personaedanno.it).

Nella proposta di legge si prevede una modifica dell'articolo del codice civile in commento secondo questo nuovo dettato letterale:

PATRIMONIO CON VINCOLO DI DESTINAZIONE DELLE PERSONE PRIVE IN TUTTO O IN PARTE DI AUTONOMIA

“Per favorire l'autosufficienza economica nell'espletamento della vita quotidiana può essere costituito un patrimonio con vincolo di destinazione a favore del beneficiario di un'amministrazione di sostegno.

La costituzione di un patrimonio con vincolo di destinazione a favore del beneficiario di un'amministrazione di sostegno deve essere effettuata da parte del disponente con atto scritto tra vivi, o mortis causa.

La proprietà dei beni costituenti il patrimonio con vincolo di destinazione spetta al beneficiario, salvo che non sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione”.

Fondazione

Con la costituzione di una fondazione, il fondatore devolve una parte o tutti i propri beni del patrimonio a favore del patrimonio della fondazione e quest'ultimo viene destinato allo scopo voluto dal fondatore che diviene scopo, immodificabile, della fondazione stessa.

Oltre le fondazioni di c.d. pubblica utilità, possono costituirsi anche delle fondazioni per esigenze di famiglia, tra le quali, ad esempio, sopperire alle esigenze di un familiare con disabilità.

Mentre gli istituti fin qui analizzati sono degli istituti vissuti in **“solitudine”** – ovvero una regolamentazione del “dopo di noi”, della cura del disabile e dei beni di famiglia (generalmente



Studio Legale
MARCELLINO

cospicui) compiuta solo all'interno della rete familiare o delle persone particolarmente vicine e disponibili ad essa – il vantaggio principale della Fondazione è quello che è tendenzialmente vissuto in **“comune con altri”** e può condurre alla somma di diversi piccoli patrimoni personali con l'obbligo (da parte della fondazione) di prendersi cura delle diverse persona con disabilità che entrano in contatto con la fondazione e delle esigenze di vita e di cura di essi.

Il Trust

In ultimo, e non a caso, si è lasciato l'istituto del Trust. Esso, infatti, è il più controverso istituto di tutela e, ad avviso di chi scrive, quello che, al momento, tutela meno in Italia le esigenze della persona con disabilità e dei suoi familiari.

Cos'è il Trust? E' un istituto giuridico di origine anglosassone utilizzato, nei Paesi di origine, per gli scopi più vari e non è nato espressamente per la tutela delle persone con disabilità.

In Italia non vi è una disciplina uniforme dell'istituto del Trust se non ricavabile dalla ratifica, con legge 1 gennaio del 1992, della Convenzione dell'Aja del 1985 con la quale si sono recepite le disposizioni di applicazione ed esecuzione del c.d. “trust straniero” (ovvero del trust costituito all'estero ma su beni e/o persone in Italia).

Per quanto riguarda il Trust Italiano, invece, taluni lo trovano in una norma che da poco è stata introdotta nel codice civile, ovvero nell'art. 2645ter c.c.

La parola Trust significa fiducia. Con il Trust, sostanzialmente, non si prevede che la trasmissione ad un altro soggetto (c.d. *trustee*) di un patrimonio, per uno scopo prestabilito (purché lecito e non contrario all'ordine pubblico o al buon costume).

Insomma: il Papà Sig. Tizio del figlio disabile Caio, può trasferire al Sig. Sempronio la proprietà dei beni (attenzione, Sempronio ne diventerà proprietario) con l'onere che i beni siano vincolati allo scopo prestabilito.

Molte sono le remore a questo istituto:

- Innanzitutto la normativa italiana non è chiara (potremmo anche dire che, di fatto, non esiste una disciplina del trust in Italia, essendo il 2645ter c.c. una norma in tema di Trascrizione ed assai discutibile nel suo tenore letterale e contenuto).
- La giurisprudenza Italiana è molto controversa in argomento, non trovando punti di uniformità e di certezza del diritto, importanti in una materia come quella del “dopo di noi” delle persone con disabilità.
- L'istituto del Trust ha quale caratteristica fondamentale quella di costituire un “patrimonio separato” da qualunque altro di un soggetto, tale per cui risulterebbe essere costituito al fine di renderlo inattaccabile ai creditori
- La normativa Italiana in tema di fiscalità non conosce l'istituto del Trust e, quindi, i dubbi e le perplessità sullo stesso aumentano.
- In conclusione appare un istituto che “geneticamente” non è proprio della cultura del diritto e dei Cittadini Italiani. Risulta, infatti, difficile immaginare che ci si possa spogliare del tutto dei propri beni facendo divenire altri proprietari di essi senza poter più disporre di essi o avere potere sugli stessi.

Conclusione

Un giurista (sia esso Avvocato o Notaio) nel compimento del proprio incarico professionale, non può che agire con la freddezza ed il distacco del professionista e secondo norma di legge.

Deve certamente tenere presenti quelle leggi naturali e superiori dettate dalla coscienza, ma la famiglia si rivolge al professionista proprio perché questo deve mettere al loro servizio le conoscenze



Studio Legale
MARCELLINO

giuridiche ed il distacco ed equilibrio opportuno per meglio disciplinare la cura e la tutela della persona fragile e il patrimonio quale garanzia di serenità futura.

La Famiglia e il mondo dell'Associazionismo tra persone aventi eguali necessità ed eguali interessi hanno una marcia in più: ci mettono il cuore.

Avv. Francesco Marcellino

Guida operativa su dopo di noi e istituti giuridici di tutela – Convegno sul tema Palazzolo Acreide (SR), 2008