

Spunti di riflessione sul concetto di debolezza e sui mezzi per farvi fronte

31 Ottobre 2016
Duccio Zanchi

Premessa

Il punto di partenza di questa analisi - che non è esaustiva e non prende deliberatamente in esame le categorie economicamente più disagiate - muove da una ricognizione sui contorni della categoria del “soggetto debole”. La debolezza, almeno fino a oggi, è stata sostanzialmente ricondotta a un deficit mentale, più o meno grave, che può essere genetico, ovvero acquisito (alcool, stupefacenti).

1. Interdizione

L’ordinamento ha a tal fine disciplinato alcune situazioni: interdetto, inabilitato, soggetto portatore di handicap, e ora, con la legge sul “dopo di noi”, ha inteso offrire una forma di protezione per quelle situazioni di infermità grave, relativamente a quei soggetti che non possono più contare sul sostegno dei genitori o di chi si prendeva cura di loro.

L’interdizione (articolo 414 c.c.) riguarda coloro che “si trovino in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi”. L’infermità mentale si identifica con una menomazione mentale talmente grave da rendere il soggetto incapace di provvedere in tutto o in parte ai propri interessi (Cass. 11/2/1994, n.1338), pur non escludendo la conservazione di apprezzabili facoltà di raziocinio e di autocontrollo.

Deve trattarsi di infermità abituale, anche se non necessariamente permanente, irreversibile, continua e attuale rispetto al momento della pronunzia giudiziale.

L’istituto dell’interdizione risulta ridimensionato a seguito dell’introduzione dell’amministrazione di sostegno, che ha limitato la potenziale estensione dell’interdizione,

avendo stabilito che nessun infermo di mente, incapace di provvedere ai propri interessi, debba essere interdetto salvo che ciò non sia necessario per assicurare la sua adeguata protezione, nonché quando gli altri strumenti all’uopo approntati dall’ordinamento si rivelino inadeguati.

Prima della novella del 2004 (legge 9 gennaio 2004, n. 6), la legge sottraeva il caso alla disponibilità delle parti, stabilendo che chi versasse in queste condizioni *doveva* essere interdetto. Oggi la legge non solo prevede che si faccia luogo ad interdizione solo quando ciò è necessario per fornire un’adeguata protezione al soggetto da interdire, ma **non rende ineluttabile questa scelta rimettendola all’iniziativa di coloro che vivono accanto al soggetto interessato.**

2. Inabilitazione

L'inabilitazione configura una situazione non talmente grave da far luogo all'interdizione, per cui è nondimeno opportuno un provvedimento che limiti la capacità del soggetto senza escluderla del tutto. L'attivazione della procedura per giungere all'inabilitazione è sempre rimessa alla libera valutazione dei soggetti prossimi all'inabilitando.

Accanto a questi istituti la legge (articolo 415 codice civile) estende la possibilità di far luogo all'inabilitazione anche per coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di sostanze alcoliche o stupefacenti espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Infine rientrano nella categoria il sordomuto e il cieco dalla nascita che non abbiano ricevuto una sufficiente educazione, salvo che non siano completamente incapaci di attendere ai loro interessi così da richiedere l'interdizione.

3. Portatore di handicap

È soggetto portatore di handicap o disabile di cui all'articolo 3 della legge 104 del 5 febbraio 1992 colui che presenti *“una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”*.

Queste figure non esauriscono tuttavia il perimetro dei soggetti deboli. Intanto occorre considerare tutti coloro che pur ricorrendone i presupposti, non sono dichiarati tali per libera scelta di coloro che li assistono. Questa scelta che può anche avere valide motivazioni, può tuttavia determinare situazioni di maggior rischio perché i soggetti in parola, pur non essendo di fatto pienamente responsabili e capaci, tali sono per la legge e possono quindi, se non adeguatamente tenuti sotto controllo, agire in modo pernicioso per il loro patrimonio esponendosi a rischi poco prevedibili.

Fra i soggetti deboli debbono annoverarsi certamente anche i minori che sono alla mercé di chi esercita la potestà nei loro confronti.

4. Anzianità

Infine occorre por mente a un'altra categoria sulla quale non è stata finora soffermata troppo l'attenzione.

L'anzianità è di per sé stessa una condizione di debolezza, perché sotto il profilo fisico le forze deperiscono, ma ancor più decadono inevitabilmente le funzioni razionanti, i processi cognitivi si alterano e la libera determinazione della volontà risulta sovente pregiudicata. All'interno di tale categoria vogliamo soffermare l'attenzione sugli **anziani soli**, su quelli cioè che, pur disponendo di mezzi adeguati, non possono contare, di fatto, su chi sia in grado, possa, o voglia prendersi cura di loro, o, al contrario, devono difendersi da parenti più o meno prossimi interessati solo alle loro sostanze.

Questo problema, socialmente rilevante, costituisce già un'emergenza e si avvia ad esserlo ancor più ove si consideri il progressivo allungarsi dell'aspettativa di vita, la carenza di natalità e più in generale un costume che porta a un generale disinteresse per gli anziani.

Le persone che versino in questa situazione vivono sovente in un contesto di incertezza e di instabilità anche in presenza di mezzi economici cospicui.

Si pensi a **chi sia dotato di un consistente patrimonio immobiliare, ma senza adeguata liquidità**, e immaginiamo quali possano essere le difficoltà di doversi muovere in un tal contesto da parte di una persona avanti negli anni e priva non solo della necessaria esperienza, ma anche di affidabili supporti.

D'altro canto l'esubero di liquidità può portare non solo a doversi necessariamente affidare a persone il cui operato non sarà facile controllare, ma espone al rischio di venir “depredati” da varie categorie di persone che possono, a vario titolo avere accesso all'abitazione della persona o carpirne la fiducia senza preoccuparsi neppure di assicurare a costoro la possibilità di trascorrere gli ultimi anni di esistenza terrena

in quel benessere che le disponibilità economiche possedute sarebbero in grado di assicurare loro.

5. Cautele

La difficoltà di cautelarsi nei confronti di queste evenienze risiede nella difficoltà di individuare strutture idonee o soggetti sui quali poter fare pieno affidamento, oltre che nella naturale diffidenza dei soggetti interessati che non sono disposti, neppure in vista della possibilità di poter essere gli attori del loro futuro, a cedere la loro “sovranità”, o parte di essa sui propri beni o sul momento in cui non saranno più in grado di adottare scelte responsabili.

Quindi questi anni sono vissuti con inquietudine nella speranza, purtroppo vana, che non accada mai niente che possa turbare lo *status quo*. Quando poi “qualcosa”, invece, accade, si è assolutamente impreparati ed è comunque sempre troppo tardi.

I mezzi offerti dall’ordinamento, che non sono sostanzialmente mutati nel corso degli anni, rivelano complessivamente la loro inefficienza tenuto conto non solo che non possono, di norma, essere utilizzati direttamente a favore del soggetto da assistere, ma di chi provvederà ad essi, ma anche perché **non prevedono strumenti per poter controllare la corretta destinazione dei mezzi loro attribuiti**.

Così nel testamento l’incertezza circa il *quando* il destinatario riceverà, non possono essere temperati dalla presenza di un esecutore testamentario, deputato unicamente ad attuare la distribuzione dell’asse ereditario, e la cui durata è limitata nel tempo - a un anno o al massimo a due, previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria - e al ricorrere di certi presupposti (articolo 703, comma 3, codice civile).

Anche la sostituzione fedecommissaria sposta il problema, ma non lo risolve perché l’interdetto, istituito, conserva comunque una serie di poteri: la capacità di apportare innovazioni ai beni e modificarne la destinazione nell’ottica di realizzare una migliore utilizzazione degli stessi e si fa carico delle spese di ordinaria e straordinaria manutenzione, salvo l’intervento dell’autorità giudiziaria per l’alienazione di beni che formano oggetto della sostituzione e per le disposizioni sul reimpiego delle somme ricavate. Peraltro, i creditori personali dell’istituto possono agire solo sui frutti dei beni che formano oggetto della sostituzione. Quanto ai minori, ricordiamo la possibilità di far luogo alla nomina di un curatore speciale (articolo 356 c.c.) nel caso di testamento o di donazione a favore di un minore “*per l’amministrazione dei beni donati o lasciati*”.

Anche nell’ambito della normativa (inglese) sul trust (Trustee Act 1925), si riscontra una forma di tutela a favore dei minori attraverso la previsione del *power of maintenance* che consente al trustee, anche in difetto di una specifica previsione dell’atto istitutivo, di poter effettuare elargizioni a favore di beneficiari minori di età, ma sempre a favore di chi eserciti la potestà genitoriale.

Del fondo patrimoniale sono noti i limiti (raggiungimento della maggiore età dell’ultimo figlio e durata del matrimonio) che sono tali da non poterlo considerare un efficace strumento.

Una soluzione parziale può essere offerta dalla cessione di un bene con obbligo di mantenimento che però, oltre a presentare i rischi insiti in un contratto aleatorio, non garantisce adeguatamente contro l’inadempimento del tenuto al mantenimento né, più in generale, trattandosi di una persona fisica, sulle sue vicissitudini economiche.

6. Trust

Rispetto a queste situazioni e alle difficoltà che da esse sorgono, o per meglio dire rispetto all’inadeguatezza delle stesse rispetto ai problemi che si vogliono risolvere, **il trust e il contratto di affidamento fiduciario rappresentano la soluzione astrattamente più idonea perché danno vita a situazioni destinate a durare nel tempo**; sono strumenti che presuppongono un programma (di assistenza, o più ampio) che il trustee o l’affidatario devono attuare e infine perché entrambi prevedono la presenza di

un guardiano a controllare il loro operato.

Al di là della scelta tecnica da effettuare, che dovrà comunque essere declinata sulle specificità del caso, possiamo immaginare un percorso che può soddisfare molteplici esigenze, ma che è condizionato all'accettazione, da parte degli interessati, della necessità di dover iniziare a delegare qualcosa,

con il vantaggio, però, di poter programmare consapevolmente l'ultima parte della propria esistenza, senza essere sopraffatti dagli eventi, attraverso la predisposizione di un sistema di controlli incrociati che metta al riparo da remoti, ma non impossibili abusi.

Naturalmente la soluzione prospettata può adattarsi, con gli opportuni adattamenti, anche a coprire il rischio del prodursi, in qualsiasi momento e indipendentemente dall'età anagrafica, di un evento repentino e imprevedibile che vada a incidere sulla capacità di agire di un soggetto.

Per il soggetto tipo che abbiamo individuato (anziano, o coppia di anziani con disponibilità e senza congiunti prossimi o disponibili), le preoccupazioni riguardano, in primo luogo come e dove trascorrere la propria residua esistenza: in Italia piuttosto che in Svizzera o in Francia, nella città in cui abita o nel paese di vacanza in cui è uso recarsi, e inoltre, preferisce essere accudito - se e quando se ne manifesterà la necessità - all'interno della propria abitazione o in una struttura dedicata, e in quale di queste, semmai preferirebbe essere accolto.

Se queste, come sembra, sono le preoccupazioni fondamentali, ci si dovrà concentrare sulle **soluzioni che possono essere individuate cui destinare, in modo sicuro, almeno quella parte dei beni che si ritiene prudenzialmente necessaria a far fronte alle esigenze rappresentate.** A questo proposito, la possibilità di non doversi spogliare della totalità del proprio patrimonio può rendere psicologicamente molto più facile procedere su questa strada.

7. Destinazione del patrimonio

Problema importante, spesso sentito, ma sicuramente ancillare rispetto a quello ora individuato – dato che si è immaginata la mancanza di congiunti prossimi, e quasi sicuramente di legittimari - riguarda il **modo in cui destinare il proprio patrimonio per il momento in cui la persona interessata non ne avrà più bisogno.**

Uno schema, che è solo un'ipotesi, potrebbe (con le variabili da prevedere a seconda delle specificità di ciascun caso) articolarsi come segue:

A. trasferimento dei beni, ritenuti necessari, a un trustee persona giuridica, o, volendo, anche a una persona fisica, di fiducia del disponente;

B. il disponente nomina una persona di sua fiducia come trustee e un ente o una persona giuridica come guardiano (in alternativa, il disponente si riserva il ruolo di guardiano dotato di incisivi poteri di gestione e di controllo, dotato quindi del potere di revocare il trustee e di subordinare l'attività dispositiva del trustee alla previa autorizzazione del guardiano);

C. il disponente può comunque legittimamente orientare la discrezionalità del trustee attraverso una lettera di desiderio. Inoltre mantiene il potere di nominare e revocare i beneficiari (normalmente i beneficiari finali);

D. il disponente darà indicazioni (sempre modificabili) su come desidera debba essere assistito in caso di malattia o di perdita della propria autosufficienza;

E. all'interno dell'atto di trust si nomina un organo collegiale medico, di fiducia del disponente, deputato a valutarne lo stato di salute fisico e mentale a cadenze prestabilite;

F. l'atto dovrà prevedere che il guardiano decada automaticamente laddove non più in grado di poter svolgere le proprie funzioni sulla base di una relazione svolta dal collegio medico già previsto. In questo caso le funzioni del guardiano saranno svolte da altro soggetto previamente indicato;

G. alla morte del disponente i suoi beni saranno distribuiti secondo le indicazioni contenute nell'atto, sempre modificabili, al pari delle disposizioni testamentarie.

Questo schema di massima rappresenta solo una delle possibili soluzioni che dovranno tener conto di specifiche esigenze e di desideri particolari. In questa sede interessava solo prospettare una fra le molteplici soluzioni.

TAG: *inabilitazione, interdizione, trust, civile, diritto dei trust, famiglia e successioni, Diritto sanitario*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.
