

# **LA L. 112/2016 – IL “DOPO DI NOI”**

## **INDICE**

**INTRODUZIONE.....**

**.....Pag. 1**

### **CAPITOLO I – FINALITÀ E PORTATA DELLA L. 112 DEL**

**2016**

**I.I. – Le fonti della L. 112 del**

**2016.....Pag. 18**

**I.II. – Finalità e portata della L. 112 del**

**2016.....Pag. 24**

### **CAPITOLO II – IL TRUST**

II.I.	–	L’evoluzione	
storica.....			Pag. 28
II.II. – Il trust come istituto giuridico. Le fonti a nostra			
disposizione.....			
.....			Pag. 32
II.III.	–	I	soggetti del
trust.....			Pag. 44
II.IV. – Il trust nel nostro paese con specifico riferimento			
alla Convenzione dell’Aja e alla legge 112 del			
2016.....			Pag. 57
II.V.	–	Il	trust c.d.
interno.....			Pag. 66
II.VI. – Il collegamento tra trust e gli altri strumenti di			
tutela		dei	soggetti
disabili.....			Pa
g. 72			

**II.VII. – Brevi cenni su beneficiario  
minore.....Pag. 80**

**II.VIII. – Il c.d. “trust collettivo” ex legge 112 del  
2016.....Pag. 85**

**II.IX. – Profili problematici tra il trust e possibili “rimedi  
revocatori” .....  
.....Pag. 89**

**II.X. –  
Conclusioni.....Pag. 95**

### **CAPITOLO III – VINCOLO DI DESTINAZIONE D’USO.**

#### **L’ART. 2645-TER C.C.**

**III.I. – L’entrata in vigore dell’art. 2645-ter e il legame con la L.  
112/2016.....  
.....Pag. 98**

**III.II. – Vincolo di destinazione d’uso e fondo patrimoniale.**

**Possibili legami con la L. 112 del  
2016.....Pag. 106**

**III.III. – Forma, trascrizione ed  
opponibilità.....Pag. 112**

**III.IV. – Differenze fra trust e vincolo di destinazione  
d’uso.....Pag. 118**

**III.V. – Il c.d “giudizio di meritevolezza” ex art. 2645-ter  
c.c.....Pag. 120**

**CAPITOLO IV – IL CONTRATTO (DI AFFIDAMENTO)**

**FIDUCIARIO.**

**IV.I. – La problematica sull’interpretazione  
dell’istituto.....Pag. 124**

**IV.II. – Nozione e natura giuridica  
dell’istituto.....Pag. 127**

**IV.III. – Il contratto di affidamento fiduciario nella L. 112**

**del**

**2016.....**

**.....Pag. 132**

**IV.IV. - Le varie tipologie di  
fiducia.....Pag. 139**

**IV.V. – La forma del contratto  
fiduciario.....Pag. 143**

**IV.VI. – Altre figure del negozio  
fiduciario.....Pag. 146**

**IV.VII. – Analogie e differenze fra negozio fiduciario e  
trust.....Pag. 148**

**CONCLUSIONI.....**

**.....Pag. 151**

# INTRODUZIONE

“Io spero che l'Aldilà non esista, perché se esistesse vedrei mio figlio dopo che sono morta. E questo sarebbe terribile. Non passa giorno che io non pensi a cosa succederà dopo di me, ma il futuro è solo un brutto pensiero”.

Queste sono le parole di Rita, la madre di Emanuele, un uomo di 51 anni affetto da disabilità mentale, alla giornalista Alice Gussoni nell'ambito dell'inchiesta “i ghetti del domani” di Repubblica<sup>1</sup>.

Il pensiero di questa madre non è altro una formulazione della domanda che si pongono tante altre famiglie nella stessa situazione (gli italiani colpiti da una disabilità grave sono 3 milioni circa<sup>2</sup>), ossia: “cosa ne sarà di mio figlio quando non potrò più assisterlo?”. L'Italia è senza dubbio un paese che non è in grado di offrire strutture adeguate alle esigenze delle persone disabili e alle proprie famiglie.

---

<sup>1</sup> Fonte: <http://inchieste.repubblica.it/>

<sup>2</sup> Fonte ISTAT.

La L. 112/2016, o com'è meglio conosciuta sul "Dopo di noi", è stata emanata con il preciso intento di ridurre il gap che c'è tra la disabilità e la possibilità di trattare tale situazione con le misure adeguate. Nel nostro paese molto spesso vengono create norme che hanno l'obiettivo di migliorare la vita, o almeno renderla meno gravosa, dei consociati, ma, come molto spesso accade, o sono formulate male o anche se formulate bene vengono utilizzate nel modo sbagliato. A questo ultimo proposito basti pensare alla disinformazione totale alla quale noi italiani siamo ormai abituati. Viene alla nascita un disegno di legge, che poi dovrà "affrontare" tutti passaggi necessari al fine di diventare a tutti gli effetti una legge dello Stato, e nessuno, o comunque pochi, sanno che questa esiste. Per chi non è del "settore", non è facile comprendere l'importanza di istituti come il trust, il vincolo di destinazione d'uso o il contratto fiduciario che hanno come possibile scopo quello di tutelare il disabile quando le proprie famiglie non vi saranno

più o comunque quando i genitori non saranno più in grado di assistere i propri figli a causa dell'avanzare del tempo.

Come abbiamo già detto in Italia non esistono strutture capaci di garantire le cure adeguate e la vicinanza necessaria a persone con tali disabilità, il rischio per queste è quello di passare il resto della vita non solo nella sofferenza che la propria disabilità gli crea, ma addirittura costrette anche a subire la sofferenza dell'abbandono che, però, non è da considerare come "un'ultima volontà" della propria famiglia, ma è semplicemente una conseguenza di natura anagrafica. La domanda che mi sono posto nell'eseguire questo lavoro è stata questa: può lo Stato essere in grado di fornire le migliori prospettive di vita ad una persona gravemente disabile quando le loro famiglie, purtroppo, non ci saranno più?

Appena mi sono soffermato nell'analizzare questa domanda, ho subito pensato: ma se lo Stato non è in grado di offrire la pubblicità necessaria ai destinatari di tali misure il problema non è tanto se è il Legislatore a tutelare i gravemente disabili e



le loro famiglie ma se sono queste ultime a riuscire a comprendere l'importanza ed ad avere chiaro come poter utilizzare questi strumenti per il futuro dei propri figli.

La mia tesi mira quindi allo studio degli istituti civilistici e, soprattutto, uno strumento che metta le famiglie nelle condizioni di comprendere come poter utilizzare il trust, il vincolo di destinazione d'uso e i fondi di affidamento fiduciario che hanno alla base un contratto fiduciario. In questo modo forse qualcuno penserà davvero al benessere di questa categoria di cittadini italiani anche quando il periodo, inizialmente fissato ad un triennio, per poter avere delle agevolazioni fiscali sarà scaduto ma cosa può importare ad una famiglia con una persona gravemente disabile di avere uno sgravio fiscale se non sa nemmeno come realizzare un trust con lo scopo di garantirgli una esistenza dignitosa?

Le famiglie che si pongono questo tipo di interrogativi sono moltissime, più di quelle che si immaginano considerando che, oltre ai 3 milioni colpiti da disabilità grave, almeno il 25,5%

degli italiani, ossia un numero vicino ai 13 milioni, soffre di qualche forma di disabilità.

Possiamo dare anche altri numeri:

- 54,7 % → Le donne nella popolazione con cronicità gravi, limitazioni funzionali o invalidità;
- 61,1 % → Gli anziani nella popolazione con cronicità gravi, limitazioni funzionali o invalidità<sup>3</sup>.

Come abbiamo detto poco sopra l'inchiesta parlava di "ghetti", come li chiamano in molti fra i genitori dei figli disabili, ossia centri di residenza con oltre 60 posti letto, secondo le stime dell'ANFFAS<sup>4</sup>.

Qui finiscono oltre il 65% dei disabili mentali. Nel migliore dei casi questi posti somigliano a degli ospedaletti, altrimenti diventano dei veri e propri "inferni", esemplare l'Istituto San Giovanni XXIII di Serra d'Aiello, in Calabria, dove per anni hanno vissuto fra violenze di ogni tipo quasi un migliaio di "ospiti" forzati e solamente dopo 3 inchieste e un danno

---

<sup>3</sup> Fonte ISTAT.

<sup>4</sup> Associazione nazionale famiglie di persone con disabilità Intellettiva e/o relazionale.

erariale stimato sui 150 milioni di euro si è potuti arrivare alla sua definitiva chiusura nel 2009.

La disperazione che questa situazione crea nelle famiglie porta a volte a gesti estremi, come quello di uccidere il proprio figlio e se stessi piuttosto che abbandonarlo a un destino così crudele. Quello che dobbiamo pensare, invece, è il poter dare degli strumenti idonei a queste famiglie per evitare queste tragiche vicende, le quali vanno a contrastare con quelli che sono i diritti fondamentali della persona umana che sono impressi in modo granitico sia nella nostra Carta Fondamentale che nei trattati internazionali dei quali anche noi, almeno sulla carta, facciamo parte. Creare una legge senza alcuna forma di pubblicità o di aiuto per queste famiglie, torno a dire, è come creare una casa senza fondamenta. Queste si trovano sole davanti alle loro difficoltà.

Da queste premesse si può ben capire il perché l'On. Ileana Argentin, Pd, da anni impegnata nelle battaglie per i diritti dei disabili pronunciò queste parole al momento della discussione

in aula della L. 112/2016: "Ci troviamo di fronte a una svolta, per la prima volta viene riconosciuto il problema in Parlamento e a esso si dedica un capitolo di bilancio separato". Parole che oltre ad essere pronunciate nella sede istituzionale opportuna e quindi, come lei stessa afferma, "fa riconoscere il problema in Parlamento", poi dovrebbe anche avere una soluzione, altrimenti tutto resta inutile. L'aver creato un Ministero che non si occupi solamente di famiglia in generale ma anche di disabilità forse potrebbe essere un punto a vantaggio per queste famiglie in difficoltà.

I soldi che fino a questo momento sono stati stanziati riguardava esclusivamente le c.d. non autosufficienze, cioè a sostegno dei disabili non in grado di svolgere una vita autonoma. Nel nostro Paese, infatti, quando si parla di dover tagliare delle spese siamo tutti degli esperti e con curriculum degni di fama, ma al momento di dover capire come migliorare la situazione nella quale versano milioni di italiani, purtroppo,

siamo molto bravi a dare agli altri le responsabilità dei nostri fallimenti.

La L. 112/2016 ha stanziato una dotazione triennale di 90 milioni di euro per il 2016, 38,3 milioni per il 2017 e 56,1 milioni dal 2018; anche se, a mio avviso, l'importanza della nuova legge non sta solamente nello stanziare dei soldi, ma anche nel far conoscere e utilizzare degli strumenti che possano essere utili alle famiglie anche dopo il 2018. La disabilità non ha una durata di tre anni.

La legge n. 112 del 22 giugno del 2016 ha, infatti, disciplinato strumenti per garantire al disabile grave uno svolgimento della propria vita che mira alla realizzazione dei propri bisogni e della propria personalità, una volta che siano venuti meno i suoi famigliari o, come anticipato, quando questi non saranno più in grado di assisterlo a causa della loro età, individuandone tre possibili strumenti fra i quali scegliere il più idoneo, ossia: il *trust*, il *vincolo di destinazione d'uso* di cui all'art. 2645-ter c.c. ed, infine, un generale rinvio a "*fondi speciali*" che

abbiano un vincolo fiduciario anche a favore di enti del terzo settore non commerciali.

Risalta subito a prima vista la possibilità di legare con il suddetto vincolo anche degli enti del terzo settore no profit. Il richiamo a questo tipo di enti è sicuramente un risultato che è stato raggiunto grazie alla spinta e alla voglia di disciplinare il c.d. *Terzo Settore* e le organizzazioni che militano al suo interno, il tutto è stato disciplinato con due decreti legislativi: i numeri 112 e 117 del 2017.

Ma cosa è il Terzo Settore? Il concetto di *Terzo Settore* (o settore non-profit) deriva dalla considerazione dell'esistenza nel sistema economico e sociale di un primo settore (lo Stato) e di un secondo (il mercato). In tal senso s'identifica usualmente tramite questa terminologia quello che è l'insieme di attività produttive che non rientrano né nella sfera dell'impresa capitalistica tradizionale (poiché non ricercano un profitto), né

in quella delle ordinarie amministrazioni pubbliche (in quanto si tratta di attività di proprietà privata)<sup>5</sup>.

Tornando ai decreti legislativi che disciplinano questo “settore” possiamo dire che il primo fa riferimento alle agevolazioni fiscali per le imprese sociali; il secondo, invece, contiene il c.d. “*codice del Terzo Settore*”.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, presso cui è istituito il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, al quale l’iscrizione del ente è presupposto fondamentale per poter essere considerato appartenente a tale insieme, è il dicastero di riferimento per tutto il Terzo Settore.

Dopo questa doverosa parentesi sugli ETS, possiamo tornare ad affrontare le tematiche presenti nella legge 112 del 2016, la quale rappresenta nel nostro Paese una “svolta epocale” secondo la dottrina maggioritaria. Infatti, prendendo in considerazione quello che è il primo strumento poco sopra elencato, ovvero, il *trust*, la novella rappresenta la prima legge

---

<sup>5</sup> Definizione Enciclopedia Treccani

che riconosce esplicitamente i suoi elementi e ne rende ufficiale l'uso come strumento di tutela per il disabile grave.

Questo potrebbe essere sicuramente un modo per sensibilizzare anche gli italiani all'utilizzo del trust. Nell'esperienza americana, infatti, la tutela del disabile è sicuramente più accentuata, basti pensare che ci si può avvalere, da un lato, di una vera e propria tutela pubblica, sia federale che statale, da parte del sistema sanitario, dall'altro, di una tutela privata con famiglie che creano trust che hanno come beneficiari, per l'appunto, soggetti disabili.

I famigliari, soprattutto i genitori, delle persone colpite da disabilità grave, possono programmare la vita futura di questi soggetti per quando arriverà il momento nel quale questi non vi saranno più o quello dove non saranno in grado di assisterli; per questo la L. è stata definita del "Dopo di noi".

Quello che sicuramente è importante fare, nonostante l'indubbia complessità, è fornire una definizione di "disabilità"



e in seguito specificare quando possa essere considerata questa grave.

Quelli che hanno provato a delimitare tale definizione sono l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e le Nazioni Unite (ONU). L'OMS, negli anni Ottanta, ha creato un primo sistema di classificazione internazionale denominato *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* (ICIDH), in base al quale si distinguevano tre concetti, indipendenti tra loro:

- *Menomazione* → Perdita di una funzione psicologica, anatomica o fisiologica;
- *Disabilità* → Limitazione nel provvedere alle normali attività, derivante dalla menomazione;
- *Handicap* → Svantaggio vissuto dalla persona, derivante dalla disabilità o dalla menomazione.

La critica che fu mossa nei confronti di questo primo sistema è stata quella di considerarlo troppo “matematico”, infatti, all'inizio degli anni Duemila fu introdotto un ulteriore sistema,

denominato ICF (International Classification of Functioning, Disability and Health).

L'ICF, invece, definisce la salute sulla base di tre diverse prospettive: il corpo, la persona, e la persona in un contesto (come per esempio quello sociale).

Secondo quanto può percepirsi da un sistema di questo tipo l'Organizzazione Mondiale della Sanità vuole incentrare la sua attenzione su quello che un disabile prova nell'approcciarsi con il mondo esterno alla propria persona. Questo non vive da solo con la propria famiglia o con i medici o fisioterapisti incaricati di provvedere alle sue cure, c'è anche un mondo fuori da tutto questo. In questo mondo vi sono anche le aspirazioni e i sogni di questi soggetti svantaggiati. Creare un programma di vita che possa far realizzare tali obiettivi è sicuramente lo scopo che la L. 112 del 2016 si è prefissata.

Per tornare alle “ciniche definizioni”, l'OMS definisce la disabilità come *“la conseguenza o il risultato di una complessa relazione tra la condizione di salute di un individuo e i fattori*

*personali e ambientali che rappresentano le circostanze in cui vive l'individuo*". Come si comprende il principio di eguaglianza, sancito anche dall'art. 3 della Costituzione, subisce una forte contrattura per i soggetti disabili, è necessario che lo Stato metta a disposizione degli strumenti per riequilibrare tale sperequazione di diritti.

Ed è proprio sul concetto di eguaglianza che l'ONU nella Convenzione per i diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre del 2006<sup>6</sup>, definisce il soggetto disabile come colui che presenta *“durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società sulla base di uguaglianza con gli altri”*.

---

<sup>6</sup> La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e il suo Protocollo Opzionale sono stati adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 a New York. Precisamente i paesi che hanno firmato la Convenzione sono centosessanta mentre più di novanta il Protocollo. Il Protocollo ha istituito il c.d. Comitato per i Diritti delle Persone con Disabilità, il quale ha la competenza a ricevere e ad esaminare comunicazioni da o in rappresentanza di individui o gruppi di individui soggetti alla sua giurisdizione che facciano istanza in quanto vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione da parte di uno Stato che ha riconosciuto detto Protocollo.

Questa definizione non è altro che una riprova di quanto appena affermato in merito alla problematica che ha un soggetto disabile nell'affrontare il mondo quando si vede diverso e lo Stato o i propri consociati non riescono a farlo sentire uguale. La Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità è stata ratificata da quasi tutti gli stati del mondo. In Italia questo è avvenuto con la L. n. 18 del 2009.

La L. sul “*Dopo di noi*” si riferisce espressamente, effettuando un c.d. rinvio esterno, all’art. 3 della L. 104 del 1992; quasi come se volesse prendere in considerazione una definizione diversa rispetto a quella offerta dall’ONU.

Questa legge, infatti, intitolata come “Legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”, definisce il soggetto disabile come<sup>7</sup>: *“colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale*

---

<sup>7</sup> Questa è la prima definizione che compare in Italia per quanto riguarda la disabilità.

*da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”.*

Come possiamo notare dalle definizioni date il Legislatore italiano è sicuramente attento a tutti quei soggetti che per una delle cause elencate si trova in una posizione di svantaggio sociale; l'ONU, invece, si pone su piano internazionale e cerca di analizzare la situazione su un piano diverso, quello di “barriere sociali di diversa natura”.

Dopo questo breve excursus sulla situazione nazionale e internazionali in merito alla definizione di soggetto disabile o comunque, più in generale, di disabilità, anche tenendo in considerazione che durante la trattazione della tesi si prenderanno in esame ulteriori profili generali che riguardano la disabilità che torneranno utili, possiamo concludere accennando gli istituti che verranno trattati con particolare attenzione al lato privatistico, ovvero:

- Trust;
- Vincolo di destinazione d'uso;

- Fondi speciali con contratto di affidamento fiduciario.

# **CAPITOLO I**

## **FINALITÀ E PORTATA DELLA LEGGE 112 DEL 2016**

### **I.I. – Le fonti della legge 112 del 2016.**

Le finalità della legge 112 del 2016 possono essere sicuramente rintracciate nello stesso testo normativo. L'art.1, infatti, è rubricato proprio "finalità".

Al primo comma, troviamo tutta la normativa alla quale la legge sul "Dopo di noi" guarda per cercare di attuare il benessere di tutte quelle persone che nella nostra società vivono una condizione spiacevole a causa della loro disabilità.

Le fonti nominate sono la Costituzione, precisamente gli artt. 2, 3, 30, 32 e 38, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, precisamente gli artt. 24 e 26, e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, precisamente gli artt. 3 e 19.

Tra le norme costituzionali citate sicuramente non è difficile

comprendere il perché ci siano gli artt. 2, 3 e 32, mentre per gli artt. 30 e 38 sono quelle più specifiche per la realizzazione del benessere delle persone gravemente disabili.

Partendo dall'art. 30, il quale prevede che siano i genitori ad occuparsi dei figli e che nel caso siano impossibilitati vi è il Legislatore a prevedere delle misure che consentano che il compito sia in ogni caso portato al termine, anche se da qualcun altro.

Occuparsi dei figli significa ottemperare al c.d. obbligo di mantenimento, per l'appunto mantenere, istruire ed educare. Tale onere viene adempiuto, dai genitori, con un sguardo al futuro, una prospettiva che consenta ai figli di essere autonomi anche dopo la morte di mamma e papà. Tutto questo è sicuramente meno facile nelle famiglie con figli con disabilità, infatti, quando i genitori verranno a mancare probabilmente i loro figli non saranno in grado di poter badare a loro stessi così da far scattare quella seconda parte della norma costituzionale che parla di impossibilità da parte dei genitori e di un



Legislatore che prova a prevedere misure idonee a colmare questo vuoto. La legge 112 del 2016 è una di questi interventi che il Legislatore predispone per salvaguardare quei figli con disabilità che non avranno, per il motivo detto poco sopra, il sostegno familiare richiesto per la loro condizione fisica e psichica.

L'art. 38 Cost., invece, riguarda la tutela dei cittadini inabili. Al primo comma, infatti, troviamo il c.d. diritto al mantenimento e all'assistenza sociale qualora il cittadino inabile sia sprovvisto dei mezzi necessari per vivere. Questo si realizza già con tutte quelle prestazioni periodiche di tipo pensionistico che voglio garantire il bisogno minimo vitale come per esempio l'assegno sociale o le pensioni ai cittadini mutilati o invalidi civili. Il fondo istituito dalla L. 112 del 2016 sicuramente rientra all'interno dell'insieme delle misure che vogliono garantire tutto questo, ma il fatto che sia prevista una dotazione triennale ci fa chiedere cosa accadrà a questo fondo nel 2019. Non resta che attendere.

Prima di lasciare le fonti costituzionali possiamo brevemente analizzare gli artt. 2, 3 e 32. Il primo di questi riguarda il riconoscimento e la garanzia di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo.

L'art. 3 prevede, invece, il c.d. principio di uguaglianza. Tale dogma ha al suo interno una distinzione, quella tra l'uguaglianza formale e quella sostanziale. La prima, precisamente prevista dal primo comma, riguarda una serie di condizioni specifiche che il Legislatore deve considerare nella sua attività normativa per combattere le discriminazioni, la seconda, invece prevista dal secondo comma, è una sorta di ricerca di misure che possano colmare la sperequazione sociale in tema di uguaglianza, ossia questo impegno dello Stato deve essere indirizzato al superamento delle barriere economico-sociali che si possono presentare tra i propri consociati. La L. 112 del 2016 risulta una di quelle misure volte al superamento di questo tipo di barriere per le persone gravemente disabili. Giova ricordare che fra l'uguaglianza formale e quella

sostanziale vi è un equilibrio dato dal c.d. principio di ragionevolezza. Il Legislatore deve, infatti, considerare l'attività legislativa si possa giustificare su un piano di congruità e adeguatezza rispetto al fine che si intende perseguire.

L'ultimo, ma non per importanza, art. 32 Cost. riguarda il diritto alla salute. Non risulta difficile comprendere come si possa trovare fra le fonti di una norma che riguarda le persone con disabilità grave.

Dopo le norme costituzionali, la legge nomina quelle previste dalla Carta dei Diritti Fondamentali dall'Unione europea, precisamente gli artt. 24 e 26. Entrambe questi articoli si trovano nel Titolo III della Carta di Nizza. Il terzo titolo tratta, fra i sei diritti fondamentali che si intendono realizzare nell'Unione europea, dell'uguaglianza.

L'art. 24 contiene i diritti del minore che con la L. 112 del 2016 sembrerebbe non avere dei legami diretti. In realtà la considerazione del minore sta nel fatto che, attestato che la

legge in esame esclude espressamente che si applichi alle persone con disabilità derivante dal naturale invecchiamento, sono proprio loro quelli che probabilmente saranno interessati da tale previsione normativa.

Il secondo articolo preso in considerazione è il 26, il quale si riferisce direttamente alla disabilità prevedendo che l'inserimento sociale, professionale e la garanzia di autonomia siano i principi cardine da seguire in tale tema e il Legislatore lo prende, infatti, in considerazione per la legge sul "Dopo di noi".

Le ultime fonti citate all'art. 1 della legge 112 del 2016 sono gli articoli 3 e 19 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.

L'art. 3, rubricato "principi generali", alla lett. a) dispone che il primo principio al quale si ispira la Convenzione è quello dell'autonomia individuale e dell'indipendenza delle persone. Autonomia e indipendenza che, ricordiamo, considerando la legge 112 è affidata ad altri più che alla persona disabile. La

possibilità di aiutare persone che non hanno i mezzi per poter istituire un trust o un vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-ter ben poco potranno fare con una dotazione triennale di qualche milione di euro da dividere per tutta la penisola.

Per concludere la trattazione delle fonti parliamo dell'art. 19. Questo prevede un elenco di tre punti con strumenti che mirano, a parere dell'ONU, a garantire una maggiore inclusione sociale, precisamente:

- Le persone con disabilità abbiano la capacità di scegliere la propria residenza e il luogo in cui vivere;
- Le persone con disabilità abbiano la possibilità di accedere a servizi di sostegno residenziale, domiciliare o di comunità così da evitare che siano vittime di segregazione;
- Servizi e strutture della comunità devono essere messi a disposizione delle persone con disabilità.

## **I.II. Finalità e portata della L. 112 del 2016.**

Le finalità e la portata della legge sul “Dopo di noi” sono chiaramente astrattamente connesse alle fonti poco sopra citate e concrete descritte al secondo comma dello stesso articolo 1.

La presente legge disciplina, infatti, misura di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire le cure necessarie, eccetto quella che deriva da:

- Naturale invecchiamento;
- Patologie connesse alla senilità.

Quando la legge parla di disabilità grave prende come riferimento la L. 104 de 1992.

Tale legge prevede all’art. 3 comma 3 quando una disabilità è da considerarsi grave, ossia nel momento in cui la minorazione singola o plurima, correlata all’età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità.

Come possiamo vedere non è molto chiaro il motivo per il quale la L. 112 del 2016 esclude che la disabilità possa derivare dal naturale invecchiamento e da patologie connesse all'età prendendo come riferimento di "gravità" la L. 104 del 1992 art. 3 comma 3. Questo, infatti, proprio a tale comma precisa che la disabilità derivi, o per meglio dire, è "correlata all'età". Risulta di dubbia comprensibilità.

Continuando, la legge prevede un fondo con dotazione triennale per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare. Le famiglie che, invece, vogliono provvedere e possono provvedere da sole hanno la possibilità di optare per tre diversi strumenti:

- Trust;
- Vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter* c.c.;
- Fondi speciali disciplinati da contratto di affidamento fiduciario.

Vedremo nel corso della trattazione della tesi tali strumenti e la loro possibile utilizzabilità nel contesto delle persone

gravemente disabili.



## CAPITOLO II

### IL TRUST

#### II.I. – L'evoluzione storica.

Il *trust* (dall'inglese "to trust" che letteralmente significa affidarsi, aver fiducia) è un istituto giuridico tipico dei paesi di common law, in particolare vicino al diritto anglosassone, il quale trova le proprie radici in epoca Medioevale, con fondamento sulla c.d. "*equity*". Tale figura giuridica nasce con l'intento di trasferire parte dei beni di una persona per la realizzazione di uno scopo definito.

Il *trust* nasce, per l'appunto, in Inghilterra addirittura prima della conquista normanna del 1066 d.C., in quel periodo storico veniva lavorata la terra da un soggetto detentore a beneficio di un terzo con la prerogativa di realizzare determinati obiettivi. In questo modo si raggiungevano due scopi alternativi, da un lato, si volevano aggirare le pesanti imposte feudali gravanti sulle successioni di immobili, dall'altro, i gruppi ecclesiastici

potevano possedere dei beni immobili, anche se solo indirettamente, seppur avessero fatto voto di povertà.

Altri sostengono che la nascita coincida con il periodo delle crociate quando i cavalieri in partenza per la Terra Santa lasciavano agli “amici fidati” i propri beni per amministrarli nel periodo della loro assenza. Nel caso in cui questi fossero venuti a mancare a causa della guerra, i beni che avevano affidato agli amici dovevano essere trasferiti ai successori del defunto.

Questa pratica si sviluppò fino ad arrivare all’istituzione di trust a favore di professionisti per risolvere problematiche aziendali o successorie del disponente.

Con lo scopo di aggirare i divieti suddetti si diffonde il c.d. “use”, il quale può essere definito come il trasferimento del proprio diritto di proprietà sui beni immobili a favore di un terzo fiduciario, c.d. feoffee, che aveva l’obbligo di trasferirne le rendite, qualora si trattasse di un fondo, al primo proprietario, c.d. feoffor, e alla morte di quest’ultimo di

ritrasferire i beni al soggetto o ai soggetti che erano stato indicati. Come sembra evidente, quindi, lo “use” indicava la detenzione di un bene immobile nell’interesse di un altro soggetto secondo le indicazioni del disponente; prassi che, infatti, si realizzò per evitare due situazioni alternative, la prima, che chi non sapesse gestire un bene poteva essere sostituito in questo compito da qualcun altro, la seconda, per evitare che i creditori si rifacessero su tali beni. Questo riprende quindi i tratti del rapporto che si era venuto a creare nel periodo delle guerre sante, compiendo anche un salto in avanti, vi è, dunque, una sorta di “regolamentazione”.

Non a caso, infatti, nel 1535 Enrico VIII emanò lo “*Statute of uses*”, il quale stabiliva che il vero proprietario del bene è colui che ne beneficia. Questa prima figura si evolse nel tempo arrivando a quella, più complessa, che riguarda il trasferimento di beni immobiliari, il c.d. *use upon a use*; il quale si realizzava mediante due operazioni di *use* successive e dipendenti fra loro:

- Il proprietario trasferiva ad un soggetto la titolarità del bene;
- Il proprietario trasferiva l'amministrazione del bene ad un altro soggetto con conseguente diritto di godere del bene stesso.

Vi erano così due soggetti: un proprietario ed un beneficiario dello stesso bene. Questa struttura prese il nome di "*trust*". Come si può facilmente comprendere è una struttura che ben imita ma supera di gran lunga quella dei cavalieri con i propri amici fidati.

La legge, tuttavia, riconosceva solamente il primo rapporto, ossia quello della proprietà sul bene.

La *Court of Chancery* (corte di *equity*, le cui decisioni sono fondate sull'"*equitas*") è chiamata per questo motivo a pronunciarsi su tutti quei casi in cui i proprietari dei beni non riconoscevano i diritti dei beneficiari. Tali rimedi avevano forza esecutiva. Il *trust* passa, in poco tempo, da semplice obbligo morale ad un vero e proprio obbligo giuridico.

Da ciò ne deriva che il *trust* è una creazione dell'*equity*<sup>8</sup>.

In epoca contemporanea l'istituto del trust ha poi acquistato una nuova rilevanza in virtù dell'internazionalizzazione dei mercati e della globalizzazione, i quali hanno creato quel fenomeno del c.d. "shopping del diritto"; ognuno cerca lo strumento, anche in altri paesi del mondo, che possa meglio realizzare i propri interessi chiedendo sempre meno sacrifici, basti pensare alle imposte fiscali più basse rispetto all'Italia<sup>9</sup>.

Dopo questa breve parentesi storica occorre, dunque, soffermarsi sul trust come istituto giuridico.

## **II.II. – Il trust come istituto giuridico. Le fonti a nostra disposizione.**

Il trust inteso come istituto giuridico, tenendo presente il diritto di proprietà di un bene, si realizza quando un soggetto (*settlor*) trasferisce uno o più beni ad un altro soggetto di sua fiducia (*trustee*), affinché questi ne disponga secondo le istruzioni impartitegli dal disponente ed a favore del

---

<sup>8</sup> F. GALGANO, M. C. MALAGUTI, La fiducia e il Trust (Tavola 13), Atlante di diritto privato, Bologna, 2011.

<sup>9</sup> GALGANO, Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società, in Trusts, 2002, pag. 333 e ss..

beneficiario.

Come ogni definizione normativa per gli istituti giuridici è importante citare delle fonti. In questo caso possiamo prendere in esame la L. 364/1989 che ha consentito la ratifica e l'esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento adottata dall'Aja il dì 1 luglio 1985. Questa all'art. 2 dispone quello che si intende per trust: *i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente (con atto tra vivi o mortis causa) qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico*. Al secondo comma aggiunge un elenco di quelle che sono le caratteristiche che deve avere un trust, ossia:

- I beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;
- I beni del trust sono intestati a nome del trustee e o di un'altra persona per conto del trustee;
- Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di

cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

Come possiamo vedere, dunque, data la prima definizione, dove si mettono in evidenza il passaggio dal disponente al trustee e il successivo fine di amministrare lo stesso per un beneficiario, non corrisponde perfettamente con quella della legge citata, infatti, questa pone l'accento su un "insieme di rapporti giuridici". L'art. 2 in esame parla di rapporti giuridici che nascono in conseguenza del trasferimento di proprietà e il fatto che questo sia per un beneficiario o per uno scopo determinato. Ciò che caratterizza il trust quindi è questo nuovo "groviglio" di situazioni giuridiche che vengono a crearsi, infatti, sia il trasferimento di proprietà che gli scopi perseguiti, se presi individualmente senza un "armonioso gioco giuridico" non avrebbero alcun senso. A questo proposito sicuramente sarà importante definire tutti questi aspetti nell'atto istitutivo.

Bisogna dire che il trasferimento di proprietà che viene

effettuato nei confronti del trustee può essere eseguito con due modalità differenti, tenendo sempre in considerazione che successivi atti di dotazione per integrare il patrimonio del trust sono sempre ammissibili:

- Atto di istituzione del trust con contemporaneo atto di dotazione del patrimonio del trust;
- Atto di istituzione del trust con successivo atto di dotazione del patrimonio del trust da effettuare senza limiti di tempo, tenendo comunque in considerazione il fatto che il mancato atto di dotazione comporterà non la nullità del trust ma la sua inefficacia.

Una volta citata la fonte sicuramente più importante per la possibile applicazione del trust nel nostro Paese, possiamo a citare altre fonti del diritto che ci consentano di capire questo fenomeno.

Nel nostro codice civile in materia fiduciaria troviamo, sicuramente, l'art. 627 c.c., rubricato come "Disposizione fiduciaria". L'articolo si occupa della possibilità da parte del



testatore di nominare nel testamento una persona che risulterà effettivamente come destinataria dei beni ma che dovrà poi ritrasferirli ad un'altra persona sulla base di un accordo fatto con il *de cuius*. Come possiamo vedere, dunque, vi è sicuramente un rapporto fiduciario fra il testatore e il beneficiario, il primo si fida del secondo per poter mettere nelle mani di quest'ultimo i beni da dover poi ritrasferire.

Sempre nel codice civile troviamo poi gli artt. 2645-*ter* e il 2447-*bis* c.c.. Il primo sarà oggetto di ampia discussione nel secondo capitolo in quanto strumento per la realizzazione dello scopo voluto dalla L. 112 del 2016. Il secondo è stato considerato, in quanto consente alle società di capitali di creare un patrimonio destinato ad uno specifico affare, come un trust autodichiarato applicato in campo societario.

Oltre al codice civile qualcuno ha anche ipotizzato, pur se non pienamente condivisibile, che vi siano delle fonti di rango costituzionale da tener presente. L'art. 3, per questi, verrebbe, infatti, violato qualora non si riconoscesse la possibilità di

avere un trust interno in quanto i cittadini italiani verrebbero trattati in maniera differente rispetto a quelli stranieri. A conforto di tale tesi si cita anche l'art. 10 comma secondo della Costituzione sulla parità di trattamento del cittadino italiano rispetto allo straniero.

Infine, sempre dalla Costituzione, si cita l'art. 41 sulla libertà di iniziativa economica. A tal proposito si può affermare che la nostra trattazione non riguarda la libertà di iniziativa economica ma il voler ammettere uno strumento che possa garantire una esistenza dignitosa a soggetti gravemente disabili senza speculazioni.

Le fonti costituzionali forse è meglio lasciarle fuori dal nostro discorso.

Nelle fonti interne abbiamo poi la Legge Antiriciclaggio, precisamente il D. Lgs. 231/2007 che cita l'istituzione del trust sempre con riferimento alla normativa antiriciclaggio e quindi gli obblighi che questa comporta nei confronti del c.d. titolare effettivo del trust.

Non si possono dimenticare poi le varie occasioni nelle quali l'Agenzia delle Entrate si è pronunciata proprio in tema di trust, come per esempio le Circolari nn. 48/E del 6 agosto del 2007, 38/E del 23 dicembre 2013, 2/E del 21 febbraio 2014 e la Risoluzione n. 61/E del 27 dicembre 2010.

Anche la CONSOB ha contribuito a precisare i termini di applicazione del Testo Unico della Finanza in presenza di trust con la Comunicazione n. DEM/10055200 del 16 giugno 2010.

Di fondamentale importanza vi è poi la legge comunitaria del 2010 che aveva delegato il Governo ad introdurre e disciplinare nell'ordinamento del nostro paese l'istituto del trust. A tale proposito fu creato il disegno di legge n. 2284 che fu presentato dall'allora Ministro della giustizia Alfano il 15 luglio 2010, questo delegava il Governo ad apportare modifiche al codice civile in materia della disciplina di "fiducia". Nella Premessa di tale disegno di legge si confermava come l'art. 2645-*ter* era nato proprio dall'esigenza di arginare l'applicazione della legge straniera in Italia per poter applicare il trust nel nostro

ordinamento. Tale norma fu stralciata in sede di approvazione del progetto da parte della Camera dei Deputati, avvenuta nella seduta del 26 luglio 2011 ed infatti non compare nella legge definitivamente approvata. Molti autori hanno considerato tale mancanza positivamente per l'istituto del trust, infatti, imbrigliare questo istituto non permetterebbe di adattarsi molto velocemente alle esigenze concrete dei privati, basti guardare l'esperienza di coloro che hanno una normativa ad hoc (San Marino, Francia, Lussemburgo ed altri) e metterla in relazione alla fattispecie prevista dalla Convenzione dell'Aja, quest'ultima ha sicuramente una maggiore ampiezza e margine di applicabilità<sup>10</sup>.

Prima di passare a quella che possiamo considerare l'ultima, ma non per importanza, fonte interna e alla definizione che ci permette di dare al trust, dobbiamo necessariamente parlare di una figura presente nel trust istituito proprio grazie a questa.

Tale soggetto non è richiesto, o comunque rimane solamente

---

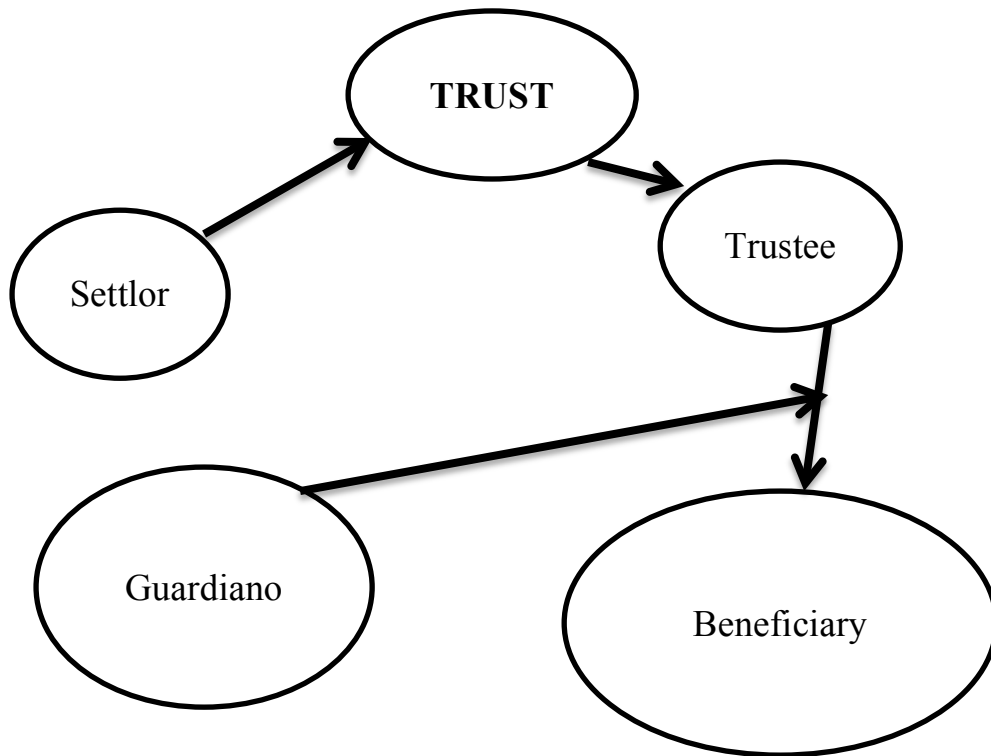
<sup>10</sup> Per tutti: GATT, Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta, in *Notariato*, 3/2011, pag. 292 e ss.. PARDOLESI, Destinazioni patrimoniali e trust internazionale, in *rivista critica del diritto privato*, 2008, pag. 221 e ss..

una presenza eventuale, per la valida costituzione del trust in generale, ma è necessaria per quelli che hanno come scopo la tutela di un soggetto gravemente disabile e quindi istituiti secondo la L. 112/2016, stiamo parlando del c.d. guardiano. Questo è chi deve vigilare sull'operato del trustee per fare in modo che vengano attuati gli scopi e le direttive del trust voluti dal disponente. Questo soggetto verrà trattato meglio nel prossimo paragrafo.

Da quanto appena detto dalla L. 112/2016 possiamo ricavare una nozione di trust più precisa: *il trust è un atto unilaterale con il quale un soggetto (denominato settlor) trasferisce, in una o più soluzioni (attraverso i c.d. atti di dotazione), uno o più beni ad un altro (il c.d. trustee) affinché ne disponga conformemente ad istruzioni variamente determinate nell'interesse di un ulteriore soggetto beneficiario (beneficiary), con il controllo di un guardiano che ha il compito di vigilare sull'attività del trustee.*

Possiamo cercare di creare uno schema grafico che possa essere

d'aiuto alla comprensione di tale fenomeno:



Dalla definizione fornita, appare chiaro, come nel nostro caso, ossia facendo un espresso riferimento alla L. 112/2016, il c.d. beneficiary sarà sicuramente un persona gravemente disabile.

Una volta chiarite fonti che abbiamo a nostra disposizione per poter comprendere questo istituto giuridico, passiamo ad esporre quella che risulta essere la natura giuridica del trust anche alla luce delle varie correnti di pensiero che la dottrina assume a riguardo.

Parte della dottrina ritiene che la natura del trust sia quella di un negozio a formazione complessa, poiché, questo sarebbe costituito da vari negozi, ossia:

- Istitutivo del trust;
- Trasferimento dei beni dal disponente al trustee;
- Vincolo di destinazione che grava sui beni del trust;
- Accettazione del trustee che potrebbe avvenire anche con atto separato.

A tale concezione della pluralità di negozi viene preferita quella del negozio unilaterale recettizio. La dottrina ritiene, infatti, che l'atto istitutivo del trust sia configurabile come atto unilaterale recettizio, privo di elementi di contrattualistica, al quale si lega l'accettazione del trust<sup>11</sup>.

Le disposizioni che il disponente fa nell'atto istitutivo per poter raggiungere lo scopo perseguito, dovranno, infatti, essere accettate dal trustee, ma non contrattate con quest'ultimo. Con l'accettazione il trustee diviene proprietario dei beni che il

---

<sup>11</sup> LUPOI, Trusts, profili generali e diritto straniero, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1995.

disponente ha conferito in trust, per questo si esclude che il trust goda di una propria soggettività giuridica<sup>12</sup>.

Bisogna, però, puntualizzare che un trust può anche non essere recettizio. In questo caso, infatti, abbiamo un disponente che coincide con il trustee, c.d. trust autodichiarato, già citato sopra in merito al diritto societario. Anche questo tipo di trust è per la dottrina rientrante nelle figure accettate dalla Convenzione dell'Aja<sup>13</sup>.

Oltre alla considerazione che il trust sia un negozio prevalentemente a carattere recettizio, la dottrina ha teorizzato, e su questo sembra abbastanza concorde, per un negozio a natura patrimoniale, basti pensare che tutte le parti coinvolte, disponente, beneficiario e trustee, hanno degli interessi puramente patrimoniali.

Per chiudere l'analisi della natura giuridica del trust possiamo aggiungere che si considera essere un negozio di durata,

---

<sup>12</sup> PICCOLI, Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano, l'operatività del trustee dopo la Convenzione de l'Aja, in *Rivista notarile*, 1995, pag. 37 e ss..

<sup>13</sup> MURITANO, Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme (tra teoria e prassi), in *Vita notarile*, n. 1, 2005, pag. 466 e ss..



nell'ambito della L. 112 del 2016, si ricordi che questa, infatti, deve avere la stessa della vita del soggetto gravemente disabile che risulta essere il beneficiario del trust.

### **II.III. – I soggetti del trust.**

Vediamo, dunque, più da vicino quelle che sono le figure che entrano in gioco nel trust, le quali devono essere simultaneamente presenti (per quel che riguarda il guardiano si rimanda a quanto detto poco sopra) al momento della sua costituzione. In dettaglio, quindi, nell'atto costitutivo dovranno comparire:

- Disponente (settlor) → Colui che istituisce il trust;
- Trustee → Chi ha la gestione amministrativa del fondo trasferito;
- Guardiano → Figura di cerniera fra il trustee e i beneficiari del trust. Questo è facoltativo nel caso di trust che hanno una finalità esclusivamente finanziaria, diventa obbligatorio nel caso di trust a favore di soggetti gravemente disabili e quindi istituiti secondo la L.

112/2016;

- Beneficiari → i soggetti nel cui interesse si costituisce il trust. Chiaramente nel nostro caso sarà una persona gravemente disabile, così come vuole la L. 112/2016.
- Beneficiario finale → Questa figura, che si può in un certo caso anche considerare come una sotto-figura del precedente, riguarda tutti quei soggetti che saranno, per l'appunto, beneficiari dei beni una volta che il trust avrà cessato di esistere. Basti pensare, ad esempio, che il trust per soggetti gravemente disabili ha una durata pari a quella della vita dello stesso. Una volta che il soggetto tutelato verrà a mancare i beneficiari finali saranno i suoi eredi legittimi.

Il primo, ossia il disponente, generalmente, nel trust a favore dei soggetti deboli, sono i genitori o i familiari più stretti.

Quando questo conferisce nel trust il proprio patrimonio ne perde, dunque, la disponibilità in favore di quest'ultimo.

Questo passaggio traslativo di proprietà non deve però avvenire

contestualmente all'istituzione del trust, essendo possibile anche provvedere mediante ulteriori erogazioni al Fondo, sia per quel che riguarda il patrimonio mobiliare che per quello immobiliare, da tenere sempre presente nel caso in cui si dovesse optare per più atto di dotazione successivi che il patrimonio che viene devoluto per il trust da parte del disponente con il primo atto di dotazione deve essere necessariamente sufficiente per poter realizzare, anche se non ne avvenissero degli altri, lo scopo che si intende perseguire, altrimenti il trust non può essere considerato valido.

Possiamo, quindi, definire il settlor come quel soggetto, persona fisica o giuridica, che mette a disposizione del trustee tutto o parte del suo patrimonio trasferendolo in trust per la realizzazione dello scopo.

Nell'ambito delle disposizioni che questo può indicare nell'atto istitutivo, gli è riconosciuta ampia autonomia, infatti, può anche evitare di sciogliere definitivamente ogni legame con i

beni che conferisce nel trust tramite varie strade<sup>14</sup>:

- Dichiarandosi trustee dei propri beni;
- Nominandosi come guardiano;
- Prevedere che possa apportare modifiche al trust;
- Traferendo la nuda proprietà ma riservandosi l'usufrutto dei beni;
- Prevedendo che il trustee si attenga specificatamente alle c.d. lettere dei desideri.

La seconda figura che compare nel trust è il trustee. Questo è colui che ha l'incarico, da parte del disponente, che nel caso di trust per soggetti disabili, ripetiamo, sono generalmente genitori o familiari più stretti, di gestire ed amministrare i beni del trust in favore del beneficiario o dei beneficiari. Diviene proprietario in trust, ma la disposizione dei beni è vincolata all'impiego a favore e nell'interesse dei beneficiari o per raggiungere uno scopo predeterminato dal settlor.

Altra caratteristica peculiare è quella che il trustee non risulta

---

<sup>14</sup>ROTA – BIASINI, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2017, pag. 61 e ss..

essere in alcun modo, né formale né sostanziale, parte dell'atto istitutivo del trust, infatti, non arreca alcun contributo se non quello, eventualmente, di accettare il volere del disponente per raggiungere lo scopo.

Anche il trustee può essere una persona fisica o giuridica, inoltre, può anche esservi una nomina che preveda la presenza di più di un trustee. Al trustee nominato con atto istitutivo possono succederne altri a causa di:

- Morte;
- Revoca;
- Sostituzione<sup>15</sup>;
- Dimissioni; un esempio di clausola per prevedere nell'atto la possibilità di dimissioni da parte del trustee potrebbe essere la seguente: il trustee potrà dimettersi dall'incarico, senza necessità di giusta causa, e senza dovere in alcun modo giustificare tale sua decisione, con comunicazione scritta da inviare al guardiano del trust ed

---

<sup>15</sup> GAETA, Clausole di salvaguardia del trust, in ItaliaOggi del 24 marzo 2001, pag. 23.

ai beneficiari con lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Le dimissioni produrranno effetto solo a partire dal momento in cui sarà stata effettuata la nomina del nuovo trustee<sup>16</sup>.

Passando a quelli che sono i poteri e i doveri che il trustee dovrà rispettare possiamo dire che per esercitare tali funzioni non ha necessità di chiedere le autorizzazioni tipiche dei tutori o dei curatori, questo perché i limiti che incontra sono quelli stabiliti nell'atto istitutivo, rispettati quelli ha una propria autonomia di gestione del trust.

Uno dei doveri è sicuramente, per l'appunto, quello di gestire tali beni per perseguire lo scopo del trust e della legge scelta dal disponente, sempre in considerazione della L. 112 del 2016, lo scopo sarà prevedibilmente quello di assicurare un'esistenza dignitosa e quanto il più possibile tranquilla al soggetto gravemente disabile una volta che i suoi famigliari non potranno occuparsi di lui.

---

<sup>16</sup> ROTA – BIASINI, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2017, pag. 63.

Le indicazioni sulla gestione che il disponente fornisce al trustee sono basate, oltre che sull'atto istitutivo del trust stesso, su un rapporto fiduciario; pertanto difficilmente il trustee disattenderà quanto chiesto dal primo.

Fra gli obblighi abbiamo poi quello di rendicontazione dell'attività di gestione nei confronti del guardiano e del beneficiario del trust, i quali hanno anche la possibilità di esperire una eventuale azione di responsabilità nei confronti del trustee, previsto direttamente dall'art. 2 della Convenzione.

Sempre in merito alla possibilità di gestire i beni con una "autonomia condizionata" alle disposizioni del trust, nel caso in cui questo intendesse alienare o acquistare un bene il notaio deve necessariamente accettare l'incarico tenendo sempre presente l'art. 54 del Regolamento notarile, il quale prevede l'obbligo da parte del notaio di rogare contratti solamente con persone che siano autorizzate o assistite. In questo caso il trustee dovrà, infatti, dichiarare la sua qualifica.

Per concludere la trattazione della figura del trustee possiamo

dire che la L. 112/2016 prevede che questo può essere anche una Onlus, di questo parleremo meglio in seguito.

La terza figura, che come detto poco sopra risulta essere non obbligatoria nei trust in genere ma che la L. 112/2016 richiede espressamente, è quella del guardiano.

La nomina del guardiano avviene da parte del settlor nell'atto istitutivo, questo è una persona di sua fiducia che, come detto, controlli l'operato del trustee e che abbia diritti di veto in ordine a determinate decisioni sull'amministrazione del trust, normalmente di competenza del trustee. Sempre nell'atto che costituisce il trust si può anche optare per un c.d. collegio di guardiani, ossia prevedere che vi siano più guardiani che svolgano tale compito insieme.

Nei paesi di common law viene generalmente definito "protector" o "enforcer".

La nomina del guardiano risponde, dunque, all'esigenza di sorvegliare il trustee e, al tempo stesso, di aiutarlo nelle scelte operative.



Di fatto il guardiano è, come già detto, la funzione di “cerniera” tra l’amministratore del fondo e i beneficiari avendo il compito di controllare che le scelte operative vengano indirizzate a favore di questi ultimi seguendo le direttive del disponente.

Nei trust di scopo, come potrebbe essere quello istituito in favore di una persona gravemente disabile al fine di assicurargli un’esistenza dignitosa, la sua attività di controllo mira ad assicurare che il trustee svolga il compito per perseguire l’obiettivo delineato nell’atto istitutivo.

Il guardiano per poter fronteggiare le varie problematiche che possono sorgere con una cattiva gestione da parte del trustee, ha dei poteri che possono essere conferiti dal disponente, tra i quali quello di poter revocare l’incarico del trustee nominandone uno su sua fiducia qualora il precedente avesse in qualche modo leso i diritti dei beneficiari o violato gli obblighi di buona amministrazione. Oltre a questo, che risulta essere sicuramente il rimedio più estremo, vi possono essere i

seguenti, più o meno incidenti sulle scelte del trustee, ossia:

- Diritto di essere sentito;
- Potere di dare il benestare;
- Dare consenso preventivo per l'alienazione di un bene;
- Dare un parere obbligatorio, ma non vincolante, prima di scelte che implicino particolare responsabilità per il trustee;
- Dirimere controversie fra beneficiari o fra questi e il trustee;
- Potere di operare delle verifiche;
- Potere di agire nei confronti del trustee.

Se questi sono i poteri che ha il guardiano, esiste un obbligo inderogabile per lo stesso: quello di non potersi sostituire al trustee assumendo così un ruolo attivo nella gestione e nella amministrazione dello stesso; in questo caso si avrebbe un contaminazione nello scopo stesso del trust.

L'ultima figura, è certamente quella dei beneficiari del trust, nel nostro caso torniamo a specificare che sarà sicuramente un

soggetto gravemente disabile.

I beneficiari sono coloro ai quali il trustee è obbligato o può far ottenere dei vantaggi economici, in linea generale, nel caso di trust istituiti secondo la L. 112/2016, sicuramente parleremo di assicurare una vita dignitosa dopo che non vi saranno più i familiari. Proprio per questo autorevole dottrina definisce i beneficiari come i soggetti titolari di un diritto o di aspettative nei confronti del trustee<sup>17</sup>.

I beneficiari non hanno alcun diritto di proprietà sui beni oggetto del trust poiché questi sono assegnati in proprietà fiduciaria al trustee, ma possono agire nei confronti di quest'ultimo, non per dimostrare di essere i proprietari dei beni, bensì per ottenere una pronuncia giudiziaria che obblighi il trustee a rispettare quanto previsto nell'atto istitutivo.

A questo punto passiamo a vedere quali sono le due categorie di beneficiari che possiamo trovare in un trust:

- Beneficiari del reddito o delle attività che costituiscono

---

<sup>17</sup> LA PORTA, Il negozio di destinazione di beni allo scopo: la risposta italiana al trust, Quaderno n. 12 – Materiali sul Trust, allegato n. 3 in Federnotizie, 2001, pag. 8.

lo scopo del trust → Questi sono quei soggetti ai quali viene attribuito il reddito generato nel corso della vita del trust (come per esempio canoni di locazione) per far fronte alle necessità economiche, ovvero per realizzare lo scopo previsto dall'atto istitutivo del trust;

- Beneficiari finali → A questi invece viene attribuito il Fondo in trust al termine della vita del trust. Nel caso di un trust finalizzato al “Dopo di noi” di norma la durata del trust coincide con la durata della vita del disabile. Al termine il disponente può prevedere che i beni del trust vengano trasferiti per esempio agli altri figli o ad una Onlus che si occupa di queste tematiche, oppure ancora alla persona fisica che si è occupata del disabile.

Prima di concludere affrontiamo la possibilità di modificare durante la vita del trust il beneficiario.

Non corrisponde, infatti, sempre a quello che accade nella realtà che i beni del trust vengano trasferiti, al momento del suo termine, al beneficiario finale indicato nell'atto istitutivo.

Questo può anche essere modificato. La dottrina risulta essere divisa sul punto<sup>18</sup>, ma la giurisprudenza costantemente ritiene valida tale clausola<sup>19</sup>. Anche se come detto la dottrina non è unanime sul punto si è andati ben oltre, si permette tale potere di modifica non solo al settlor, ma anche a terzi o allo stesso trustee. In merito alla possibilità che siano terzi a sostituire il beneficiario parte della dottrina sostiene che la clausola sia da considerare nulla a causa del principio della personalità della volontà liberale e affidarlo ad un terzo permetterebbe un potere illimitato di nomina che potrebbe, molto probabilmente, andare contro a scopi liberali<sup>20</sup>. Sempre la stessa dottrina, in conclusione, ha affermato che si possa ritenere valida, invece, una clausola che permetta la modifica del beneficiario da parte di un terzo o del trustee, ma che il possibile sostituto sia scelto fra una lista di soggetti predisposta dal disponente, una sorta di “lista bloccata”.

---

<sup>18</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, pag. 199; RESCIGNO, *Condizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Varese, 1961, pag. 796.

<sup>19</sup> Per tutte: Cass. Sent. n. 1933 del 1970.

<sup>20</sup> BARTOLI – MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008, pag. 41.

## **II.IV. – Il trust nel nostro paese con specifico riferimento alla Convenzione dell’Aja e alla L. 112/2016.**

Nel nostro ordinamento non esiste un istituto identico al trust, questo ha, infatti, trovato riconoscimento, da prima, dal 1 gennaio 1992 con l’entrata in vigore della L. 364/1989<sup>21</sup>, con la quale il Legislatore ha ratificato la Convenzione dell’Aja del 1985, la quale si riferisce, per l’appunto, alla applicabilità del trust e del conseguente riconoscimento come istituto giuridico, e successivamente con la L. 112 del 2016, la quale non ha contribuito ad istituire il trust, ma vuole sicuramente aiutare la sua diffusione anche nel nostro Paese.

La ratio della Convenzione non è altro che quella di permettere il riconoscimento dell’istituto del trust in un Paese che non lo prevede nel proprio ordinamento, grazie all’applicazione della normativa di uno che invece lo prevede. Per poter operare in questo senso è chiaramente necessario essere un Paese firmatario di tale Convenzione.

---

<sup>21</sup> All’art. 2 viene sancita la *piena ed intera esecuzione* della Convenzione dell’Aja.

Ad oggi, anche se più volte sono state contraddette le tesi di dottrina<sup>22</sup> e giurisprudenza<sup>23</sup> contrarie alla ammissibilità e/o alla trascrivibilità del c.d. trust interno, in Italia è dominante la tesi secondo la quale il trust può essere creato solo se, come detto poco sopra, venga utilizzata una legge di un paese straniero che la prevede, poiché, il nostro rimane, come anche si evince dalla stessa L. 364/1989 agli artt. 5, 6, 7 e 13, un Paese “*non-trust*”<sup>24</sup>, ossia privo di una specifica disciplina.

La Convenzione è composta da cinque capitoli per un complessivo di trentadue articoli.

Uno degli articoli di maggiore rilevanza è sicuramente l’art. 2. Questo individua il *trust* come l’insieme dei rapporti giuridici istituiti da una persona, il c.d. disponente, con atto tra vivi o mortis causa, con riferimento a dei beni che siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell’interesse di un beneficiario

---

<sup>22</sup> D. DE CRESCENZO, Sulla trascrivibilità del Trust, in Foro nap., 2012, pagine 941 e ss.

<sup>23</sup> In tal senso anche le sentenze: Cass., Sezione V, 19 novembre 2012, n. 20254 in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>24</sup> Bisogna notare che il Legislatore fiscale ha riconosciuto il trust quale soggetto giuridico di imposta all’art. 73 del D.P.R. n. 917/1986.

o per un fine determinato. Come appare evidente, dunque, l'attenzione viene posta su un complesso di rapporti giuridici tra determinati soggetti che viene a costituirsi mediante un passaggio di proprietà per la realizzazione di uno scopo o di un interesse. Tale interesse diviene poi un "interesse meritevole di tutela" nella L. 112 del 2016.

Al secondo comma lo stesso articolo prosegue con l'elencazione di quelli che devono essere i requisiti minimi che vi devono essere per qualificare ciò che è trust da quello che non lo è, ossia:

- I beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;
- I beni del trust sono intestati a nome del trustee e o di un'altra persona per conto del trustee;
- Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.



A queste caratteristiche va aggiunta una ulteriore che è invece prevista dall'articolo immediatamente successivo. All'art. 3 si legge, infatti, che il trust deve essere volontario e comprovato per iscritto. Per quel che riguarda la forma scritta, in considerazione della nostra analisi volta alla legge sul “Dopo di noi”, non vi è alcuna discussione. Tale legge, infatti, prevede che il trust che abbia come soggetto beneficiario una persona gravemente disabile e che quindi miri ad interessi meritevoli di tutela, deve essere necessariamente costituito per atto pubblico, e in questi casi la forma scritta è imposta dal Legislatore.

Ora che abbiamo parlato della necessità dell'atto pubblico per la costituzione di un trust secondo la legge 112 del 2016, possiamo elencare i criteri, sicuramente più stringenti, che la stessa legge prevede per utilizzare tale istituto nella salvaguardia un soggetto gravemente disabile. I criteri sono previsti dall'art. 6 della legge sul “Dopo di noi”. Questi sono:

- Istituzione, come abbiamo già detto, deve avvenire per atto pubblico;

- Vi deve essere la identificazione chiara ed univoca dei soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli;
- Deve essere specificato quale sia il bisogno e la funzionalità che lo strumento intende realizzare nei confronti della persona gravemente disabile;
- Devono essere individuati, specificatamente, gli obblighi del trustee con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore delle persone con disabilità grave, adottando ogni misura idonea;
- Gli esclusivi beneficiari devono essere persone con disabilità grave;
- I beni destinati devono esserlo solamente per la realizzazione delle finalità assistenziali;
- Deve essere indicato il soggetto preposto al controllo, il c.d. guardiano che, ripetiamo, nel caso di trust nell'interesse di un soggetto gravemente disabile è una figura obbligatoria;

- Deve essere indicato il termine finale del trust, che si fa coincidere con la morte del beneficiario;
- Deve essere stabilita la destinazione del patrimonio che residuerà una volta cessato. In questo caso entrano in gioco i c.d. beneficiari finali, i quali sono molto spesso gli altri familiari.

Chiudendo quindi l'analisi dei requisiti che un trust deve genericamente avere per l'applicazione della Convenzione e specificatamente per rientrare nell'applicazione della L. 112 del 2016 è il momento di passare ad analizzare il capitolo II della L. 364/1989.

Il Capitolo II della Convenzione spiega come si determina la legge applicabile al *trust*. Questo compito è affidato in *prima face* all'art. 6, che prevede una sorta di graduazione in quello che è l'elemento che individua, per l'appunto, la legge applicabile:

- Volontà espressa di chi costituisce il trust;
- Volontà risultante dalle disposizioni dell'atto che

costituisce il trust;

- La prova che viene interpretata avvalendosi delle circostanze del caso.

Al secondo comma lo stesso articolo chiude con una disposizione che tende, qualora non si riuscisse ad identificare la legge applicabile tramite le possibilità del primo comma, a “salvare” il trust istituito. Questo avviene mediante il rinvio all’applicazione della legge di cui all’art. 7 della Convenzione, il quale nella sua apertura dispone: *qualora non sia stata scelta alcuna legge, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami.*

Ma cosa si intende per “stretti legami”? La risposta è nello stesso articolo, precisamente al comma II. Per determinare, infatti, la legge con la quale il trust ha i più stretti legami, si deve tenere in considerazione:

- Luogo di amministrazione del trust designato dal costituente;
- Situazione dei beni del trust;

- Residenza o sede degli affari del trustee;
- Obiettivi del trust e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

Tenendo, dunque, in considerazione gli artt. 6 e 7 per la determinazione della legge applicabile al trust non manca che capire cosa la legge individuata deve essere in grado di disciplinare. In particolare, ex art. 8 della Convenzione, questa dovrà regolamentare:

- Nomina, dimissioni e revoca del trustee;
- Diritti ed obblighi dei trustees tra di loro;
- Diritto del trustee di delegare l'esecuzione dei suoi obblighi;
- Poteri del trustee di amministrare o disporre dei beni del trust;
- Poteri del trustee di effettuare investimenti;
- Restrizioni relative alla durata del trust;
- Rapporti tra il trustee ed i beneficiari;
- La modifica o la cessazione del trust;

- La ripartizione dei beni del trust;
- L'obbligo del trustee di rendere conto della sua gestione.

Ciò chiarito occorre, a questo punto, analizzare l'art. 11 della Convenzione, il quale dispone: un trust costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come trust.

Tale riconoscimento, come dispone testualmente l'articolo, implica quanto meno che:

- I beni del trust siano separati dal patrimonio personale del trustee;
- Che il trustee abbia capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio;
- Di comparire in qualità di trustee davanti ad un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica.

Lo stesso articolo prosegue elencando quelle che sono delle particolari conseguenze al riconoscimento, le quali devono essere richieste o previste dalla legge, ossia:

- I creditori personali del trustee non possono sequestrare i beni del trust;
- Che i beni del trust siano separati dal patrimonio del trustee;
- Che i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del trustee;
- Che la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il trustee, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con suoi.

Una volta esaminati gli articoli che riguardano riconoscimento del trust e requisiti di validità e costituzione possiamo, in conclusione, citare l'art. 22 che prevede l'applicabilità della Convenzione ai trusts a prescindere dalla data della loro costituzione.

#### **II.V. – Il trust c.d. interno.**

Nel nostro Paese l'evidente problematica della possibilità di istituire un trust viene, in un certo qual modo, risolta con il c.d. "trust interno".

Il “trust interno” non è altro che un trust con elementi soggettivi ed oggettivi legati all’ordinamento italiano, ma la legge regolatrice è, in virtù della Convenzione dell’Aja e, in particolare, della L. 364/1989 sopra esaminate, di un Paese straniero che prevede il trust nel proprio ordinamento.

Quanto appena detto ci permette di affermare che il trust interno nel nostro Paese è perfettamente in linea con quanto previsto dalla Convenzione, precisamente al capitolo III, per quel che riguarda il riconoscimento di trust.

Il trust, quindi, segue ogni elemento della disciplina interna ma non esistendo una legge che lo regola bisognerà individuarla sulla base di una valutazione degli elementi previsti dalla Convenzione. Questi elementi, come già anticipati poco sopra, sono i seguenti:

- Volontà espressa di chi costituisce il trust;
- Volontà risultante dalle disposizioni dell’atto che costituisce il trust;
- La prova che viene interpretata avvalendosi delle



circostanze del caso.

Questi elementi devono essere ricercati nell'atto che istituisce il trust.

Vediamo però che una questione rilevante che potrebbe sorgere in merito all'istituzione di questo "tipo" di trust.

Prendendo ad esame il primo di questi elementi, la volontà, che deve, infatti, risultare con evidenza nell'atto costitutivo del trust, potrebbe creare dei problemi con riferimento al trust interno.

Nel caso non sia rintracciabile nell'atto questo elemento, risulterebbe alquanto difficile, tramite un ragionamento di tipo analogico, cercare di capire quale sia la legge straniera applicabile in quanto il trust interno è istituito completamente con elementi soggettivi ed oggettivi del nostro Paese. La composizione totalmente italiana degli elementi che influenzano il trust renderebbe privo di risultato anche l'applicazione del c.d. criterio del legame più stretto ex art. 7 della Convenzione.

Per risolvere tale problematica, quindi, sembrerebbe esservi una carenza normativa che non permette una facile risoluzione. La strada percorribile a questo punto forse è la più drastica, creare un nuovo atto istitutivo dove emerga chiaramente al volontà della legge straniera che si intende voler applicare per il proprio trust.

Nel nostro Paese, nella pratica, viene molto spesso, infatti, indicata come legge regolatrice del trust quella di Jersey. La legge di Jersey, Revised Edition n. 13875, sui trust è entrata in vigore il primo gennaio 2014 nella Repubblica di San Marino. La particolarità di questa normativa è il fatto che non possiede una definizione precisa di cosa sia un trust, ma prevede solamente dei requisiti minimi, ossia:

- Intenzione di costituirlo;
- Presenza di una dote;
- Presenza dei beneficiari.

La questione che più interessa la dottrina e la giurisprudenza è quando il disponente nel creare il trust non effettui gli atti di

trasferimento contestualmente all'atto istitutivo, facendo di questo un mero atto programmatico senza conferimenti. Nella prassi, infatti, si crea il trust con un patrimonio di modico valore, prevedendo poi degli atti di dotazione futuri per aumentare tale fondo. Esiste, però, il rischio che il trust venga dichiarato nullo in quanto il fondo potrebbe non essere ritenuto idoneo per il raggiungimento dello scopo da perseguire con il trust stesso<sup>25</sup>.

Prendendo in considerazione la L. 112 del 2016, la quale prevede l'istituzione di un trust per persone gravemente disabili per mezzo dell'atto pubblico, potremmo optare per prevenire l'insorgere di queste situazioni affidandoci al notaio, il quale è preposto alla redazione dell'atto, affinché sia lui a rendere chiara la volontà durante la stesura.

A questo punto possiamo dire che il trust interno è stato recepito da dottrina e giurisprudenza in molti ambiti, quali quello successorio con il trust di matrice testamentaria, quello

---

<sup>25</sup> Tribunale di Firenze, Sent. n. 3316 del 19 settembre 2008, in <http://www.il-trust-in-italia.it/>.

famigliare con il trust che riguarda accordi di separazione.

Questo aver superato la diatriba sul possibile riconoscimento o meno del trust interno non legittima però la possibilità di aggirare con tale strumento i limiti che, da un lato, pone il nostro ordinamento in materia di autonomia negoziale e, dall'altro, sono specificatamente posti dalla Convenzione dell'Aja. Questi sono:

- Norme che salvaguardano l'ordine pubblico del nostro ordinamento giuridico. Questo è specificatamente indicato all'art. 18 della Convenzione dell'Aja;
- Le norme c.d. di applicazione necessaria, come quelle sugli impedimenti matrimoniali o quelle sulla tutela del lavoro, le quali secondo il diritto internazionale privato devono trovare sempre applicazione anche e indipendentemente dal fatto che vi sia una legge straniera che regola un rapporto, ex art. 16 della Convenzione dell'Aja;
- Norme inderogabili del nostro ordinamento ex art. 15

Convenzione dell'Aja.

In conclusione possiamo dire che nella speranza di una normativa interna più chiara, sempre che non si voglia accettare la tesi del “non disciplinato è più flessibile”, va comunque elogiato il Legislatore per aver inserito per la prima volta l'istituto del trust in una legge dello Stato, per l'appunto la legge sul “Dopo di noi”.

## **II.VI. – Il coordinamento tra trust e gli altri strumenti di tutela dei soggetti deboli.**

Cercando di analizzare quello che è il possibile coordinamento tra il trust e gli altri strumenti, già esistenti nel nostro ordinamento, per la tutela dei soggetti deboli dobbiamo necessariamente capire a quali ci riferiamo, precisamente:

- Amministrazione di sostegno ex artt. 404 – 413 c.c.;
- Interdizione ex art. 414 c.c.;
- Inabilitazione ex art. 415 c.c.;

L'amministrazione di sostegno è considerata la via preferibile

per tutela i soggetti deboli. Questo ha, infatti, messo su un piano residuale gli altri due istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, essendo il sistema di protezione che tutela più efficacemente detti soggetti poiché riesce a non “comprimere” eccessivamente il loro diritto alla libertà e alla dignità personale.

A sostegno di quanto affermato si può prendere l'art. 1 della L. 6/2004 che dispone: *La presente legge ha 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 della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.*

Come possiamo vedere l'articolo preso in esame si chiude con le parole “temporaneo o permanente”, questo sta a significare, per l'appunto, che l'amministrazione di sostegno ha anche la possibile connotazione della temporaneità, la quale verrà meno nel caso in cui quel soggetto non avesse più bisogno di tale tutela. La stessa Corte di Cassazione nella Sent. n. 13584 del

2006<sup>26</sup> ha affermato che l'amministrazione di sostegno non è altro che uno strumento di assistenza che sacrifica nella minor misura possibile la capacità di agire del soggetto avendo come peculiarità la capacità di adattarsi alle esigenze concrete del medesimo.

Come detto poco sopra l'interdizione e l'inabilitazione vengono quindi degradate a rimedio residuale che, come accade nella pratica, si può attivare anche successivamente ed eventualmente a quello dell'amministrazione di sostegno. Nel caso in cui ci si trovasse davanti ad una "trasformazione" a uno dei due rimedi residuali, il giudice tutelare dovrà dichiarare la cessazione dell'amministrazione ed informare il P.M. dell'eventuale promuovimento dell'inabilitazione o dell'interdizione.

A differenza di quanto previsto per l'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno non riguarda solamente un sostegno dal punto di vista patrimoniale, ma anche personale.

L'amministratore ha, infatti, determinati poteri-doveri nei

---

<sup>26</sup> Fonte: [www.altalex.com](http://www.altalex.com)

confronti del tutelato, ossia:

- Proporre e scegliere la collocazione abitativa del beneficiario;
- Elaborare per il beneficiario un progetto di vita;
- Esprimere il consenso informato ai trattamenti diagnostici o terapeutici.

Da questo elenco emerge quanto la figura dell'amministrazione sia su un piano della tutela personale del soggetto debole molto vicina agli ideali perseguiti dalla L. 112 del 2016 nel tutelare le persone gravemente disabili. In questa prospettiva la figura del trustee nei trust istituiti per il "Dopo di noi" sembra essere affine a quella del tutore nell'amministrazione. È, infatti, il trustee che deve organizzare il "progetto di vita" del beneficiario tenendo presente quanto voluto dal disponente al momento dell'istituzione del trust ma anche valutando le circostanze e i bisogni del soggetto gravemente disabile, il tutto sotto il controllo del guardiano.

Bisogna anche dire che si è pensato ad un trust che sia non



soltanto affine alla figura dell'amministratore, ma in un certo senso intenda migliorarlo o addirittura superarlo. Stiamo parlando del c.d. *protective trust* o *trust di protezione*. Questo viene definito come un trust auto-destinato<sup>27</sup> che consente al beneficiario di predeterminare in maniera vincolante, sia per l'amministratore di sostegno che in un certo senso anche per il giudice tutelare, gli scopi, o meglio il progetto di vita, cui dovrà essere destinato il proprio patrimonio. Come possiamo bene vedere quindi interazione dello strumento dell'amministrazione di sostegno e di un trust di protezione creano la possibilità di avere un soggetto debole che non solo possa predeterminare come venga speso il proprio patrimonio ma anche di mantenere la propria libertà e la propria dignità come persona. Ci sarà sicuramente un trasferimento di proprietà al trustee, come l'istituto del trust vuole, ma il disponente che sarà anche, per l'appunto il beneficiario, determinerà cosa deve essere fatto con quei beni. In un certo senso ci troviamo davanti

---

<sup>27</sup> Si parla di trust auto-destinato quando la figura del beneficiario e del disponente coincidono.

ad un trasferimento sottoposto ad una condizione, precisamente quella dell'utilizzare i beni per la cura, il mantenimento ed il sostegno del beneficiario. Inoltre tale condizione non può essere intesa come meramente risolutiva poiché vi è anche la figura del guardiano che vigilerà sul buon andamento del trust e sul comportamento del trustee avendo come rimedio quello di sostituire il trustee in caso di violazione degli scopi e dei bisogni prefissati dal disponente. Questo amplifica ancora di più la tutela del soggetto debole che non si vedrà privo di tutela nel caso in cui il trustee agisse in modo contrario a quanto previsto nell'atto istitutivo del trust. In questo tipo di trust chiaramente la figura del protector coincide, generalmente, con quella dell'amministratore di sostegno.

Bisogna poi aggiungere una possibilità che si è vista concedere dal Tribunale di Genova in data 17 giugno 2009, ossia quella seconda la quale se nel decreto di nomina dell'amministratore vi sia la possibilità per questo di istituire un trust in favore del soggetto tutelato non sarà necessario alcun altro tipo di

autorizzazione da parte del giudice tutelare.

Possiamo aggiungere, a sostegno dell'ammissibilità del trust auto-destinato, come autorevole dottrina lo consideri lecito, anche nella prospettiva di un trust per persona gravemente disabile, qualora si assicuri un sistema di gestione patrimoniale adeguato ed efficace nell'interesse del beneficiario che in teoria rimane privo di autonomia, nella pratica sarà lui stesso a predeterminare gli scopi da perseguire con il proprio patrimonio<sup>28</sup>.

Possiamo aggiungere che molto spesso nella pratica, considerando la L. 112 del 2016, si fa riferimento anche al c.d. trust auto-dichiarativo, ossia un trust dove un genitore venga nominato trustee così che questa posizione venga a coincidere perfettamente con quella di disponente. Questa possibilità appare molto utile nel caso in cui i genitori siano in vita e decidano di assistere il figlio direttamente, riservandosi la facoltà di designare il trustee solo in un momento successivo.

---

<sup>28</sup> A. DI SAPIO, Trust e amministrazione di sostegno, I parte, 2009, pag. 369.

Questo potrà quindi occuparsi, o per meglio dire continuare ad occuparsi, della persona gravemente disabile una volta morti i genitori o comunque nel caso in cui l'età anagrafica non gli consenta di più di farlo con la stessa efficienza<sup>29</sup>.

Una volta chiarite queste particolari figure i trust, possiamo dire che il dubbio, anche alla luce di pronunce giurisprudenziali, non sembra essere perfettamente aderente alla realtà degli istituti. Il trust di protezione sembra potersi tranquillamente ritagliarsi uno spazio di piena autonomia dall'istituto di cui agli artt. 404 ss. c.c. senza in alcun modo confliggere, o addirittura mettere in secondo piano, l'amministrazione di sostegno, anzi potrebbe addirittura essere capace di fornire degli strumenti per migliorare notevolmente tale istituto.

In conclusione possiamo arrivare ad una soluzione coadiuvante tra trust e amministrazione di sostegno se proprio non si

---

<sup>29</sup> Questa soluzione sembra non essere condivisa dalla giurisprudenza a causa del venire meno dell'effetto segregativo del patrimonio del trust qualora le figure di disponente e trustee dovessero coincidere. Per citare una sentenza che va in questa direzione, si veda Sent. del 4 novembre 2015 del Trib. Bergamo.

volesse osare nel senso del miglioramento o superamento dell'istituto già esistente sempre tenendo presente che l'amministrazione di sostegno è un istituto che può essere attivato per i soggetti deboli in generale, mentre la L. 112 del 2016 riguarda solamente i soggetti gravemente disabili e che quindi rientrano nella normativa di cui alla L. 104 del 1992.

Potremmo, infatti, avere un amministratore di sostegno che nel trust faccia le veci del guardiano e un beneficiario che sarà sicuramente il soggetto gravemente disabile<sup>30</sup>.

## **II.VII. – Brevi cenni sul beneficiario minore.**

L'art. 1 del codice civile dispone che *la capacità giuridica si acquista al momento della nascita*, questo significa che un soggetto diviene in grado di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive attive e passive con il solo fatto di nascere.

Sempre lo stesso Legislatore, però, pone un altro traguardo nella vita di ognuno di noi, quello della maggiore età, ossia diciotto anni. Tale momento è importante per la “vita giuridica”

---

<sup>30</sup> Sent. del 21 aprile 2009 del Trib. Rimini

poiché si acquista la c.d. capacità di agire, definita come *la capacità di compiere atti giuridici, quindi perfettamente validi, in modo del tutto autonomo*. L'autonomia sta nel fatto che non è più necessario che vi siano soggetti che si interpongano fra la persona, ormai maggiorenne, e l'atto da compiere; l'esempio classico sono, per l'appunto, i genitori.

La ratio del differire la capacità giuridica al compimento dei diciotto anni, salvo eccezioni come l'emancipazione, sta nel fatto che si vuole evitare che un soggetto, il quale non sia ancora in grado di porre in essere scelte pienamente consapevoli, abbia qualcun altro che curi in modo sicuro e tempestivo i propri interessi.

In tema di persone minorenni non si può non parlare dei genitori. Questi hanno, infatti, il compito di tutelare l'interesse dei figli, il quale non a caso è uno degli obiettivi della responsabilità genitoriale.

Il Legislatore divide, nell'ambito dell'amministrazione degli interessi patrimoniali dei figli, gli atti che i genitori possono

compiere nell'interesse dei primi come:

- Di ordinaria amministrazione → Atti che possono essere compiuti anche da ciascun genitore in modo del tutto autonomo, quindi disgiuntamente;
- Eccedenti l'ordinaria amministrazione → In questo caso gli atti devono passare per un vaglio pubblico, richiedendo una autorizzazione da parte del giudice tutelare ex art. 320 c.c..

Quello che dobbiamo analizzare a questo punto è il coordinamento fra la norma di cui all'art. 320 c.c. e l'atto istitutivo di un trust.

L'analisi da compiere non può non tenere in considerazione quelli che sono stati casi affrontati da vari Tribunali.

Il primo di questi è quello trattato dal Tribunale di Bologna<sup>31</sup>.

In questo caso i genitori di un minore chiedevano, con istanza, l'autorizzazione per poter permettere al curatore testamentario di conferire dei beni derivanti da legato testamentario in un

---

<sup>31</sup> Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, in "Trust e attività fiduciarie", 2004, pag. 254.

trust da loro istituito. Tutto questo chiaramente in favore del figlio minore. Il giudice rigetta l'istanza motivando che non è il curatore a dover essere autorizzato a conferire quei beni, ma sono loro a dover chiedere l'autorizzazione per porre in essere un atto eccedente l'ordinaria amministrazione a favore del figlio minore.

Come possiamo vedere in questo caso il giudice lascia comprendere che sia necessaria un'autorizzazione per l'atto di costituzione di un trust. Questo perché, come spiega il giudice nel decreto del 3 dicembre 2003, l'interesse da tutelare nella costituzione del trust è quello nell'amministrazione del bene in favore del minore, ma l'autorizzazione è necessaria poiché per poter dotare del trust dei beni derivanti da legato testamentario è necessario un trasferimento di proprietà che il minore non può compiere in quanto non ne è la capacità. Questo atto infatti deve essere posto in essere dai genitori i quali devono essere, per l'appunto, autorizzati dal giudice tutelare. In conclusione il giudice ha disposto che siano autorizzati i genitori a compiere



tali atto che eccede l'ordinaria amministrazione per poter permettere al curatore testamentario di dotare il trust di tali beni, ma ad una condizione: il trust deve essere limitato nel tempo, ossia fino al conseguimento della maggiore età del minore.

Il secondo caso è quello portato innanzi al Tribunale di Padova nel 2016. Qui avevamo un'istanza con la quale si chiedeva al giudice di autorizzare l'istituzione di un trust a favore di un minore e il giudice ha rigettato l'istanza motivandola in questo modo: l'autorizzazione va rigettata poiché l'istituzione di un trust a favore di un minore non è da considerarsi una donazione, la quale prevede che sia accettata e quindi presuppone una certa capacità da parte del soggetto donatario, ma come una liberalità non donativa ex art. 809 c.c.. Non è dunque necessaria alcuna autorizzazione.

Come possiamo vedere nei casi appena sopra esposti il trust a favore di un minore non richiede l'autorizzazione del giudice tutelare quando i beni che sono da conferire non sono di

proprietà del minore. In caso contrario, quando i beni sono già di proprietà del minore, l'autorizzazione è necessaria poiché saranno i genitore a dover porre in essere quel trasferimento di proprietà, il quale è considerato come uno di quelli eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Quanto appena detto può essere tranquillamente traslato per la validità dei trust a favore di soggetti gravemente disabili minorenni. Si tenga a mente che la L. 112 del 2016 richiede altri requisiti, come sopra ampiamente trattati, che vanno integrati con il discorso fatto.

#### **II.VIII. – Il c.d. “trust collettivo” ex legge 112 del 2016.**

Dopo per aver trattato la possibilità e la problematica di avere un trust a favore di un minore, possiamo introdurre un particolare caso di trust che nell'ottica della L. 112 del 2016 potrebbe ben sviluppare la ratio che è alla base della stessa legge.

Come leggiamo all'art. 1 della legge sul “Dopo di noi” vi è la possibilità di un coinvolgimento degli enti del Terzo settore

non commerciali nelle vicende che riguardano, per l'appunto, gli strumenti che possono essere utilizzati per garantire un progetto di vita alle persone gravemente disabili.

In questo contesto rientrano sicuramente i c.d. trust collettivi, ossia quelli che presentano una finalità di carattere sociale nettamente superiore rispetto a quelli individuali. Questi, infatti, alla morte del beneficiario e quindi al venire meno del trust il patrimonio residuo sarebbe devoluto ad una Onlus che assiste il disabile ovvero al sostegno di altri soggetti portatori di handicap grave. Questo è da considerarsi anche in un'ottica mutualistica per quel che riguarda la possibilità che i patrimoni individuali non siano sufficienti per i loro beneficiari.

Con i trust collettivi Onlus, quindi, si potrebbe superare l'ostacolo di patrimoni individuali insufficienti e far prendere a tali patrimoni una dimensione collettiva e mutualistica.

Il trust verrebbe istituito, come primo disponente, da una Onlus che opera nell'assistenza sociale e socio-sanitaria tramite trasferimento di beni da questa ad un Fondo collettivo. Da

tenere presente che questo non farebbe venire meno la dimensione individuale del trust in quanto questo fondo sarebbe costituito da singoli sottofondi, in quest'ottica quindi avremmo dei disponenti secondari. Alla morte dei soggetti beneficiari dei singoli sottofondi, la restante parte sarebbe devoluta al Fondo collettivo.

L'obiettivo che la Onlus dovrà garantire, considerando che deve essere chiaramente indicato nell'atto istitutivo ex legge 112 del 2016, deve essere quello di un progetto socio-assistenziale volto ad evitare l'istituzionalizzazione dei soggetti con disabilità grave. Questo percorso di deistituzionalizzazione deve necessariamente essere coordinato al proprio progetto di vita.

Se il disponente sarà la Onlus, la gestione verrà affidata ad una trust company per evitare possibili conflitti di interesse. Questa avrà determinati obblighi nell'espletamento del proprio ufficio:

- Gestire il patrimonio rendicontando l'attività svolta con report di natura economico-patrimoniale;

- Attuazione dei progetti di vita dedicati ai diversi soggetti assistiti, favorendone l'autodeterminazione ed evitandone l'istituzionalizzazione. In questo senso dovrà presentare report di natura sanitario-assistenziale.
- Occuparsi delle risorse provenienti dal Fondo per l'assistenza alle persona con disabilità grave.

Tutto questo dovrà avvenire sotto la supervisione di una società-guardiano, emanazione delle famiglie dei disponenti.

Questa sarà governata da un organo amministrativo indipendente formato da vari professionisti dei settori interessati.

Questo guardiano dovrà, oltre ai normali compiti affidati a questa figura:

- Verificare la corretta implementazione della gestione patrimoniale del trust;
- Fornire il proprio assenso qualora si debba procedere necessariamente all'istituzionalizzazione di un paziente;
- Fornire il proprio assenso per la modifica del progetto di

vita di uno dei soggetti disabili.

In conclusione si deve tener presente quanto previsto dall'Atto d'indirizzo del 25 maggio 2011 da parte dell'Agenzia del Terzo Settore con specifico riferimento ai trust Onlus. L'Agenzia risponde positivamente alla configurabilità di un trust di questo tipo rilevando una generale compatibilità tra l'istituto in esame e il perseguimento di finalità di solidarietà sociale di cui all'art. 10 del D. Lgs. 460/1997. Tutto questo però, continua l'Agenzia, a patto che si preveda espressamente la c.d. clausola d'irrevocabilità al fine di garantire l'effettivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale.

#### **II.IX. – Profili problematici tra il trust e i c.d. “rimedi revocatori”.**

La legge 112/2016 lascia aperti altri profili problematici non disciplinati dal legislatore e destinati a creare non poche incertezze in relazione all'effettivo funzionamento degli istituti civilistici contemplati; soprattutto per quel che riguarda il trust.

Il non chiaro inquadramento giuridico dell'atto dispositivo di trust, ossia se esso integri o meno un atto di liberalità o quanto meno un atto gratuito, potrebbe esporre il negozio all'azione di riduzione di cui agli artt. 555 ss. c.c., all'azione revocatoria o pauliana di cui all'art. 2901 c.c. o, in ultima istanza, addirittura al "pignoramento revocatorio", di cui all'art. 2929 bis c.c..

La conseguenza, assai grave, che la disposizione dei genitori a favore del figlio disabile potrebbe essere in concreto vanificata nei suoi effetti, così da svuotare totalmente lo scopo del trust di protezione a favore dei figli gravemente disabili.

Quanto all'azione di riduzione esperibile dall'erede legittimario che sia stato leso o pretermesso nella quota riservatagli per legge, anche a seguito di atti compiuti in vita dal *de cuius*, il legislatore non ha introdotto alcuna disposizione che ne limiti la portata nel caso l'atto compiuto sia riconducibile a quelli di cui alla L. 112/2016, sicché l'atto istitutivo di trust stipulato dai genitori a favore del figlio, ad esempio, nel caso in cui venisse qualificato come donazione (indiretta) o negozio a titolo

gratuito, potrebbe risultare inefficace a seguito del vittorioso esperimento dell'*actio pauliana* (o azione revocatoria).

Prima dell'entrata in vigore della legge in esame, non sono mancate opinioni che con riferimento ai trust di protezione, hanno escluso che tali negozi possano ledere i diritti dei legittimari diversi dal disabile stesso.

Si è osservato, in particolare, che il trust a favore dei disabili non sarebbe riducibile, in quanto non si configurerebbe come un atto di liberalità o di donazione, bensì come un atto di adempimento dell'obbligazione legale di assistere e mantenere il soggetto portatore di handicap, obbligo a cui il genitore non potrebbe sottrarsi.

Tale adempimento pertanto, non essendo una liberalità ma un atto di natura solutoria, si sottrarrebbe all'azione di riduzione non ledendo i diritti degli altri legittimari<sup>32</sup>.

L'obiezione che viene mossa a tale ricostruzione si basa essenzialmente sulla considerazione che secondo questa tesi, l'erogazione a titolo di mantenimento a favore del disabile,

---

<sup>32</sup> M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, pag. 645 - 646



proseguirebbe anche dopo la morte del disponente, come se permanesse la natura solutoria dell'erogazione, quando è noto invece che l'obbligo di mantenimento del disabile sussiste a carico del genitore disponente solo finché quest'ultimo sia in vita, dopo la sua morte appare difficile escludere la natura liberale dell'attribuzione<sup>33</sup>.

La tesi contraria, inoltre, ricava indiretta conferma della, come espresso poco sopra, estinzione dell'obbligo di mantenimento, dal combinato disposto degli artt. 742, comma 1, c.c. e 564, ultimo comma, c.c., i quali pur dichiarando esenti da collazione e da riduzione le "spese di mantenimento", palesando quindi la natura non liberale di tali attribuzioni, fanno comunque riferimento alle spese che hanno come fonte un atto inter vivos e che sono state anche materialmente sostenute dal de cuius in vita in adempimento, appunto, del proprio obbligo legale di

---

<sup>33</sup> S BARTOLI, M. GRAZIADEI, D. MURITANO, L. F. RISSO, I trust interni e le loro clausole, ed. Consiglio Nazionale del Notariato, 2007, pag. 176 e ss.

mantenimento dei figli<sup>34</sup>.

In conclusione, laddove il trust in esame prevedesse attribuzioni in favore del figlio disabile del disponente, ancorché in misura non eccedente a quanto necessario per il mantenimento del beneficiario, ma destinate a protrarsi anche dopo la morte del disponente stesso, non potrebbe escludersene la natura liberale e, con essa, l'invalidità della correlativa donazione indiretta effettuata.

La qualificazione dell'atto istitutivo di trust come donazione indiretta, o atto a titolo gratuito, lo rende esposto anche ai rimedi "revocatori", costituiti sia dall'azione pauliana ex art. 2901 c.c. che al c.d. pignoramento revocatorio ex art. 2929-bis c.c.

Prima dell'introduzione di quest'ultima norma, laddove il debitore avesse posto in essere vincoli di destinazione o atti di alienazione a titolo gratuito, al creditore pregiudicato da detti atti era riconosciuta esclusivamente la facoltà di agire con

---

<sup>34</sup> S BARTOLI, M. GRAZIADEI, D. MURITANO, L. F. RISSO, I trust interni e le loro clausole, ed. Consiglio Nazionale del Notariato, 2007.

l'azione revocatoria; egli non poteva, in assenza del passaggio in giudicato della sentenza che revocava il negozio, avviare alcuna procedura esecutiva sui beni oggetto degli atti dispositivi che, una volta trasferiti a terzi, non potevano essere aggrediti con tali procedure, ex. artt. 2902 e 2910, comma 2, c.c..

Oggi il creditore, a fronte della medesima situazione, può agire direttamente in via esecutiva contro il debitore, trascrivendo da subito il pignoramento ex art. 2929-*bis* sul bene oggetto del negozio pregiudizievole, senza necessità di ottenere prima la sentenza di revoca dell'atto e a condizione che sussistano determinati presupposti.

Ciò ancor più ove si consideri che la giurisprudenza ritiene che il *trust* si presti, al pari del fondo patrimoniale, di cui è costantemente affermata la natura di atto gratuito<sup>35</sup>, a sottrarre ai creditori le garanzie di cui all'art. 2740 c.c.<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Sent. Cass. n. 7250 del 22 marzo 2013 in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it). L'orientamento giurisprudenziale è infatti concorde a considerare il fondo patrimoniale un atto a titolo

Quando sia sorto o si risolva in frode ai creditori, anch'esso è pertanto soggetto all'azione revocatoria, e quindi all'art. 2929-*bis* c.c..

## **II.X. – Conclusioni.**

Cerchiamo di fare un punto della situazione, schematizzando, quindi, le caratteristiche essenziali che deve avere un trust:

- La legge regolatrice del *trust* è straniera;
- L'atto istitutivo di *trust* è l'atto con cui il disponente (*settlor*) individua il programma da realizzare e nomina il *trustee*;
- Tra il disponente ed il *trustee* si instaura un rapporto fiduciario;
- I beni oggetto di trasferimento possono essere di diverso tipo: beni immobili, mobili, materiali o immateriali. Essi devono essere determinati e disponibili al momento della costituzione del *trust*;

---

gratuito, anche se istituito da entrambe i coniugi, e che in quanto tale è soggetto ad azione revocatoria.

<sup>36</sup> Sent. del 29 gennaio 2015 del Trib. Novara

- I beni trasferiti vanno a costituire il fondo in *trust* che è un fondo separato, segregato rispetto al patrimonio personale del *trustee*; i beni in *trust* costituiscono una proprietà vincolata, perché destinati al particolare scopo previsto dal disponente nell'atto istitutivo. Tale effetto segregativo è fisiologico all'istituzione del *trust*. Dall'effetto di separazione patrimoniale dei beni in *trust* derivano importanti conseguenze: ad esempio, i creditori personali del *trustee* non potranno aggredire il fondo in *trust*; né esso può costituire oggetto di successione ereditaria in caso di morte del *trustee*;
- Il *trustee* deve amministrare e gestire i beni in *trust* in modo diligente, perseguendo lo scopo per il quale gli sono stati affidati;
- Il *trustee* dovrà rendere conto della sua gestione al guardiano, se presente. Quest'ultimo può essere nominato nello stesso atto istitutivo oppure essere individuato in una persona di fiducia;

- Il *trust* ha una sua specifica durata, stabilita dal disponente nell'atto istitutivo.

Seguendo questa schematizzazione, sembra evidente come si possa creare un trust anche in Italia, pur seguendo pedissequamente queste "istruzioni".

## CAPITOLO III

### VINCOLO DI DESTINAZIONE D'USO

#### L'ART. 2645-TER C.C.

**III.I. – L'entrata in vigore dell'art. 2645-ter e il legame con la L. 112/2016.**

L'art. 2645-ter è entrato in vigore il 1 marzo 2006 con la legge del 30 dicembre 2005, n. 273.

Precisamente, l'articolo 39-novies della suddetta legge di conversione ha introdotto nel libro sesto, titolo I, capo I del codice civile l'art. 2645-ter, così rubricato: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche".

Tale articolo ha suscitato un dibattito molto vivace sia in dottrina che in giurisprudenza. La domanda che si è posta è la seguente: il Legislatore ha voluto creare un nuovo negozio tipico a causa destinataria o è soltanto una nuova norma sulla

trascrizione? La tesi preferibile<sup>37</sup> è quella di una fattispecie con contenuto atipico, precisamente quasi come se fosse un “contenitore vuoto”, ossia il Legislatore lo ha contraddistinto con la sola causa destinataria che può essere “riempito” con il contenuto più vasto<sup>38</sup>.

Bisogna senz’altro notare che, anche prima dell’introduzione dell’articolo de quo, il nostro ordinamento, da un lato, già prevedeva ipotesi di patrimoni separati, quali ad esempio: il fondo patrimoniale, ex artt. 167 e ss. c.c. e il patrimonio destinato ad uno specifico affare, artt. 2447-*bis* e ss. c.c, e dall’altro, prevedeva la possibilità di vincolare dei beni per un determinato scopo, ma solamente a carattere obbligatorio e quindi non opponibile ai terzi.

L’articolo è situato nel Libro VI del codice civile, precisamente nel Titolo dedicato alla trascrizione. Tale norma prevede, nella prima parte, che gli atti in forma pubblica con cui beni mobili o

---

<sup>37</sup> ROTA – BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2017.

<sup>38</sup> PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. Dir. Civ., 2006, II, pag. 161 e ss.; LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in Riv. Not., 2006, I, pag. 467.



immobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o comunque per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, fra questi vi è l'apposita indicazione delle persone con disabilità, possono essere trascritti ai fini dell'opponibilità a terzi di tale vincolo di destinazione.

Come si legge dalla norma il Legislatore già nel 2006 aveva previsto uno strumento di tutela per le persone disabili. La L. 112 del 2016, secondo questo aspetto, riprende in un certo qual modo quanto era già stato iniziato per la tutela di questi soggetti.

Nello spiegare il legame tra la legge sul "Dopo di noi" e l'art. 2645-ter non basta accontentarsi del fatto che la prima preveda tra gli strumenti utilizzabili proprio il vincolo di destinazione d'uso, infatti, è da notare che la legge 112 del 2016 prevede un sottoinsieme dell'insieme più grande che potremmo denominare "dei soggetti disabili" poiché è indirizzata solamente a quelli

con disabilità grave ex legge 104/1989. Quanto appena detto potrebbe farci pensare ad una distinzione fra i vincoli di destinazione d'uso ex art. 2645-ter in applicazione della L. 112/2016 e quelli che sono semplicemente ex art. 2645-ter.

Questa distinzione, purtroppo, potrebbe essere semplicemente volta ad ottenere gli sgravi fiscali previsti per il “Dopo di noi”, in quanto un soggetto già da più di dieci anni ben potrebbe creare un patrimonio con vincolo di destinazione a favore di un soggetto disabile che sia o meno “etichettabile” come disabile grave.

In questa ottica, quindi, il Legislatore non ha creato molto.

Dopo questa riflessione torniamo ad analizzare la norma in esame. Abbiamo detto che è quindi possibile isolare, dal restante patrimonio di un soggetto, specifici beni con l'obiettivo di destinarli alla “realizzazione d'interessi meritevoli di tutela”.

Ci si deve interrogare a questo punto sul come, sotto un punto di vista giuridico, si realizzi concretamente tenendo presente

quanto voluto dal Legislatore e le norme che disciplinano, per l'appunto, il patrimonio dei soggetti all'interno del nostro ordinamento. Certamente tale vincolo va considerato come una limitazione della responsabilità del patrimonio del disponente ai sensi del secondo comma dell'art. 2740 c.c., il quale recita: le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge. L'art. 2645-ter è, infatti, uno di questi casi. A questo proposito va presa in considerazione anche la seconda parte della norma, ossia quella che riguarda la possibilità di assoggettare ad esecuzione i beni che siano stati "segregati" per l'interesse meritevole di tutela. L'articolo risponde tenendo simultaneamente in considerazione che:

- I beni possono costituire oggetto di esecuzione salvo quanto previsto dall'art. 2195 c.c. in materia di preventiva trascrizione rispetto al pignoramento;
- I beni possono essere assoggettati ad esecuzione solamente per debiti contratti per lo scopo ai quali sono destinati.

D'importanza rilevante quando si parla di separazione di patrimonio o vincoli di destinazione è l'opponibilità. Questa è sicuramente influenzata dalle regole di circolazione dei beni e che finalmente realizza con l'art. 2645-*ter* la possibilità di una destinazione opponibile, ricordando, come detto poco sopra, che prima dell'entrata in vigore di tale articolo questo tipo di vincoli avevano soli effetti obbligatori.

La norma ha, quindi, natura sostanziale e non di semplice disciplina della pubblicità.

Questo può essere affermato tenendo presente che tale disposizione prevede delle specifiche regole che riguardano vari aspetti, ossia<sup>39</sup>:

- Forma (atto pubblico) → La forma pubblica è richiesta per realizzare l'opponibilità e, di conseguenza, nell'ottica della separazione conseguente alla trascrizione e non della destinazione. L'atto pubblico è preordinato ad assolvere ad una funzione di protezione di interessi

---

<sup>39</sup> M.BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, L'atto notarile di destinazione – L'art. 2645-*ter* del codice civile, Milano, 2006, pag. 45.

ritenuti particolarmente rilevanti dall'ordinamento, infatti, l'art. 47 della legge notarile<sup>40</sup> garantisce a pena di nullità, ai sensi del successivo art. 58, n. 4, una compiuta indagine sulla volontà delle parti da parte del notaio. La rilevanza nei confronti dei terzi della separazione ne costituisce la giustificazione logica;

- Soggetti;
- Oggetto → L'individuazione precisa dei beni da sottoporre al vincolo di destinazione nasce dall'esigenza di garantire l'opponibilità ai terzi. Questa infatti può realizzarsi solamente con la pubblicità del vincolo, ossia con la trascrizione negli appositi registri<sup>41</sup>;
- Durata → La durata prevista dall'articolo in commento è aperta ad una duplice possibilità: novanta anni o la vita del beneficiario. Dobbiamo, però, ricordare che la L. 112 del 2016 prevede una sola possibilità, quella dell'intera durata della vita del soggetto gravemente disabile. Anche

---

<sup>40</sup> Legge del 16 febbraio 1913, n. 89.

<sup>41</sup> M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996, pag. 215.

in questo caso forse si potrebbe pensare a quella distinzione fra vincoli di destinazione d'uso, il primo, ex legge 112/2016, il secondo, ex art. 2645-*ter* c.c..

- Meritevolezza dell'interesse.

Ciò chiarito, possiamo, in conclusione, concederci delle considerazioni in relazione al contenuto dell'atto che istituisce il vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter*. Si tenga, infatti, presente che:

- La norma non prevede l'assenso da parte del beneficiario, irrilevante pertanto ai fini della validità dell'atto. A questo proposito bisogna comunque notare che la dottrina si divide circa la natura dell'atto, ossia se ci troviamo di fronte ad uno unilaterale oppure bilaterale. Nel primo caso, chiaramente, si conferma quanto detto, non è necessaria l'accettazione del beneficiario. Nel secondo caso, invece, si deve escludere che possa essere considerato come produttivo di effetti giuridici un

vincolo in mancanza dell'accettazione da parte del beneficiario.

- Non vi è spazio per l'autodestinazione, il beneficiario è infatti persona sempre diversa dal disponente;
- La destinazione non è da considerare come una semplice regola di amministrazione, ma come il perseguimento di uno scopo meritevole di tutela;

### **III.II. – Vincolo di destinazione d'uso e fondo patrimoniale.**

#### **Possibili legami con la L. 112 del 2016.**

Per quel che riguarda il vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter* c.c., possono formare oggetto di tale istituto, come abbiamo poco sopra detto, i beni mobili e immobili registrati. Questo perché è necessaria la pubblicità del vincolo così da renderlo opponibile ai terzi.

Tenendo presente questo insieme di beni che possono formare il patrimonio che s'intende segregare a norma dell'art. 2645-*ter* c.c. si può notare una sorta di parallelismo con l'art. 167 c.c., ossia con l'istituto del fondo patrimoniale.

Nel fondo patrimoniale possono confluire, come si legge nella norma, beni mobili o immobili registrati e titoli di credito. Come si può ben vedere vi è una forte analogia sui beni assoggettabili al vincolo.

Occorre, quindi, capire quali siano le differenze fra il vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter* c.c. e il fondo patrimoniale ex art. 167 c.c., tenendo sempre presente sullo sfondo la legge 112/2016.

Dalla lettura delle norme la prima differenza che si può rilevare è che l'oggetto del fondo patrimoniale può contare su un tipo di beni in più, i titoli di credito. Questo non chiaramente non è abbastanza da sapere, infatti, l'attenzione si pone sui soggetti che possono istituire i vincoli in esame.

Il vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter* c.c. non presenta una specificazione su quali soggetti possono costituirlo, ma solamente che può essere predisposto per un beneficiario persona fisica per un interesse meritevole di tutela. Questo fa capire che “chiunque” può utilizzare tale istituto. Su



questa affermazione è utile aprire una parentesi in ordine all'odierno dibattito che si sta consumando in dottrina e nelle Corti di merito su chi può essere beneficiario di un vincolo di destinazione d'uso con specifico riferimento al c.d. giudizio di meritevolezza. Secondo alcuni il vincolo ex art. 2645-ter è riferimento solamente ai soggetti disabili e agli enti o alle PA che si occupano di tali bisogni assistenziali<sup>42</sup>. Altri, invece, ritengono astrattamente possibile l'utilizzazione di tale vincolo di disponibilità anche per interessi squisitamente privatistici purché non siano in frode alla legge<sup>43</sup>, spettando, pertanto, al notaio chiamato alla stipula tale giudizio di meritevolezza dell'interesse da tutelare.

Tornando alle differenze delle quali stavamo trattando, nel fondo patrimoniale, per quanto si legge alla norma dedicata, l'art. 167 c.c., abbiamo una specificazione a riguardo, ossia:

- Ciascuno o entrambi i coniugi per atto pubblico;
- Un terzo anche per testamento.

---

<sup>42</sup> GAZZONI, Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c., in Giust. Civ, 2006, pag. 170.

<sup>43</sup> FALZEA, La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007, pag. 7.

Come possiamo vedere la norma sembrerebbe, nell'apertura, volersi specializzare come fondo per le famiglie poiché istituite da uno o entrambi i coniugi, ma subito dopo "sterza" e specifica che può farlo un terzo anche con testamento.

A questo punto bisogna comprendere, così come riportato alla conclusione del primo comma, a quale famiglia il Legislatore si riferisca.

Da una prima analisi, infatti, si poteva pensare che il vincolo di destinazione d'uso fosse destinato a "qualunque famiglia", anche quelle non fondate sul matrimonio, mentre il fondo patrimoniale solo a quelle che presentano al loro interno dei coniugi. Ma così non è. A conforto di tale conclusione si consideri la L. 76/2016, c.d. Legge Cirinnà, la quale con specifico riguardo alle famiglie unite civilmente e per quelle more uxorio (conviventi), all'art. 1 comma 13 prevede che anche a queste si applichi quanto previsto dal Libro I Titolo VI Sezione II, ossia le norme in materia di fondo patrimoniale.

Quel “terzo”, quindi, non farebbe altro che, da un lato, estendere a “chiunque”, così come nel vincolo di destinazione d’uso, la possibilità di costituire un fondo patrimoniale; dall’altro, considerare che questo “chiunque” deve farlo con lo specifico intento di “far fronte ai bisogni della famiglia”, che sia nel primo caso, quello dei coniugi (o considerando la L. 76 del 2016 anche gli uniti civilmente o i conviventi), la propria, nel secondo, quello del terzo, una famiglia in generale.

Il secondo comma dell’art. 167 c.c. precisa che: qualora sia un terzo a costituire un fondo patrimoniale vi deve essere, da parte dei coniugi (unitivi civilmente o conviventi), l’accettazione.

Fatte queste considerazioni, quindi, potremmo affermare che il vincolo di destinazione d’uso ex art. 2645-ter c.c. è un vincolo che si può istituire su beni mobili o immobili registrati a favore di qualunque beneficiario purché sia una persona fisica. Il fondo patrimoniale, invece, ex art. 167 c.c. può essere costituito a favore di una famiglia, che sia fondata sul matrimonio o meno, da parte dei coniugi (uniti civilmente o

conviventi) o di un terzo, per fronteggiare i bisogni della stessa.

Chiarito questo, possiamo cercare di collegare questi istituti all'oggetto della nostra analisi, la legge sul "Dopo di noi".

Mentre il vincolo di destinazione d'uso può nascere a favore di chiunque, purché vi sia un interesse meritevole di tutela come la disabilità, sembra utilizzabile efficacemente per tutelare le esigenze di una persona gravemente disabile, del fondo patrimoniale non può dirsi lo stesso. Quest'ultimo, infatti, può essere costituito per fronteggiare i bisogni dell'intera famiglia e non solo per un membro di questa. Il soggetto gravemente disabile che richiede la legge 112 del 2016 potrebbe benissimo avere dei fratelli, una soluzione che potrebbe combinare esigenze diverse potrebbe essere fallimentare.

Inoltre dobbiamo ricordare, secondo la disciplina prevista per il fondo patrimoniale, precisamente all'art. 171 c.c., che questo vincolo cessa di esistere in tre casi:

- Annullamento del matrimonio;

- Scioglimento del matrimonio;
- Cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Come si vede nei casi elencati, tutti si ricollegano alla durata del matrimonio, che come ricordiamo cessa anche con la morte di uno dei coniugi. Può, quindi, uno strumento che è legato, per la sua esistenza o meno, ad eventi che non hanno nulla a che vedere con la vita o le esigenze di un soggetto disabile tutelarlo così come il trust o il vincolo di destinazione d'uso, come giova ricordare, i quali sono legati alla durata della vita del soggetto gravemente disabile? Una eventuale risposta positiva non può essere condivisa.

### **III.III. – Forma, trascrizione e opponibilità.**

Il vincolo di destinazione d'uso secondo quanto previsto dall'art. 2645-*ter* c.c. necessita della forma pubblica per poter essere trascritto. Questo può essere costituito su beni immobili o mobili registrati per un periodo di tempo determinato, ossia novanta anni o per la durata della vita della persona beneficiaria, anche se per quel che riguarda la trattazione della

L. 112 del 2016, va ricordato che un vincolo di destinazione d'uso con beneficiario un soggetto gravemente disabile deve essere costituito necessariamente per tutta la durata della vita dello stesso. In considerazione dell'oggetto, ossia beni immobili o mobili registrati, si è tentato di estendere la sfera di applicabilità anche a beni diversi da quelli previsti dall'articolo in esame, come i beni mobili non registrati. Questo è stato fatto in considerazione dell'odierno mercato in cui la ricchezza mobiliare svolge un ruolo di notevole importanza. Tale estensione, secondo la dottrina prevalente, non si può considerare esercitabile in quanto richiederebbe una vera e propria estensione analogica che è da considerarsi vietata a causa del carattere eccezionale dell'istituto che si pone in deroga all'art. 2740 c.c..

Gli effetti conseguenti alla costituzione di un vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter* che vengono a porsi in essere sono sostanzialmente di tre tipi:

- Vi deve essere una reale e concreta destinazione dei beni al fine meritevole di tutela;
- Indisponibilità del patrimonio destinato per finalità estranee a quelle per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela;
- Segregazione patrimoniale da considerarsi come impossibilità da parte dei creditori del conferente di aggredire i beni conferiti nel patrimonio destinato per debiti estranei al fine meritevole di tutela, tale effetto non è altro che una riprova della deroga all'art. 2740 c.c..  
Chiaramente a tali creditori è possibile l'esperimento della revocatoria dell'atto istitutivo del vincolo.

A questo punto possiamo cercare di approfondire la forma dell'atto e i suoi requisiti.

Come abbiamo detto la norma richiede necessariamente la forma dell'atto pubblico per la valida costituzione del vincolo.

La stessa disposizione nulla dice in ordine alla necessaria

presenza o meno dei testimoni durante stipula davanti al notaio incaricato.

A tale proposito la dottrina si è divisa, da un parte, si crede che questi siano necessario a causa delle analogie con il fondo patrimoniale e l'assenza del corrispettivo dal quale può desumersi uno *spiritus liberalis*; dall'altra, invece, l'assenza di una precisa prescrizione normativa escluderebbe l'obbligatorietà della presenza dei testimoni al momento della costituzione del vincolo di destinazione. La soluzione a tale questione non è univoca, unico dato certo è la forma pubblica.

Una volta che sia stato costituito un vincolo per atto pubblico, è necessario che questo, per essere valido ed efficace, sia opponibile ai terzi. L'opponibilità è garantita quando vi è la trascrizione. Questa è, infatti, possibile solamente per quei vincolo di destinazione che sono stati istituiti con atto pubblico. Quanto appena detto escluderebbe, dunque, in deroga a quanto previsto dall'art. 2657 c.c., la trascrivibilità di atti di



destinazione redatti con la forma della scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

La domanda a questo punto è: come avviene nella pratica la trascrizione di un atto di vincolo di destinazione d'uso considerando che non vi è alcun effetto traslativo o comunque costitutivo di diritti reali in quanto il conferente rimane della disponibilità dei beni e il beneficiario è solamente il soggetto di riferimento del fine meritevole di tutela?

La risposta si può ricavare direttamente da un chiarimento dell'Agenzia del territorio, la n. 5 del 2006, prot. n. 58373, la quale spiega come sul piano della pubblicità immobiliare vi dovrà essere una formalità di trascrizione redatta sulla base dei seguenti criteri:

- Sezione A – Generalità → Nella parte dedicata ai “Dati relativi alla trascrizione” bisognerà indicare il codice generico “100”;
- Sezione B – Immobili → Vanno indicati i beni oggetti del vincolo di destinazione d'uso;

- Sezione C – Soggetti → Va utilizzata la sola parte “contro” con l’indicazione degli estremi anagrafici o dei dati identificativi del conferente;
- Sezione D – Ulteriori Informazioni → Vanno indicati gli aspetti contenutistici del vincolo di destinazione e analiticamente i beneficiari degli atti medesimi con relativi estremi anagrafici.

Una nota di trascrizione così composta è valida ai fini dell’opponibilità del vincolo a terzi, quindi anche di eventuali pignoramenti secondo quanto stabilito dall’art. 2915 c.c..

Bisogna ricordare che una volta che sia stato trascritto l’atto istitutivo del vincolo, il conferente non potrà alienare a terzi per scopi estranei al fine di destinazione i beni che sono stati, per l’appunto, vincolati.

In conclusione possiamo affermare che la richiesta della forma dell’atto pubblico serve a garantire, da un lato, l’opponibilità ai creditori dello stesso vincolo, dall’altro, la possibilità di perseguire un fine meritevole di tutela, secondo quanto previsto

dall'art. 1322 c.c., senza che vi siano delle interferenze da parte di terzi.

### **III.IV. – Differenze fra trust e vincolo di destinazione d'uso.**

Il trust e il vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-ter c.c. sono caratterizzati, entrambi, dal fatto che sono posti in essere per realizzare un fine nell'interesse dei beneficiari. La più grande differenza fra questi sta proprio nel fatto che il primo è un vero e proprio istituto giuridico, il secondo, invece, disciplina quali devono essere i requisiti per fare in modo che il vincolo possa essere validamente e utilmente trascritto.

Vediamo ora di sintetizzare quelle che sono le altre differenze tra queste due figure:

- Nel trust vi è sempre un trasferimento di proprietà al trustee, nel vincolo di destinazione questo, di regola, non avviene;
- Nel caso in cui il vincolo di destinazione d'uso prevedesse anche il passaggio del diritto di proprietà, questo non ha una struttura trilaterale, come nel trust.

Sarà infatti lo stesso beneficiario ad assumere gli obblighi gestori, la nomina di un soggetto terzo con funzione di attuazione del vincolo è solamente eventuale;

- Gli atti di destinazione devono perseguire interessi meritevoli di tutela secondo quanto previsto dall'art. 1322 c.c., il trust, in generale, non ha questo obbligo. Chiaramente, in considerazione della L. 112 del 2016, il trust istituito per un soggetto gravemente disabile deve avere come obiettivo il progetto di vita di quest'ultimo;
- Nel vincolo di destinazione d'uso possono formare oggetto del patrimonio separato solamente beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, nel trust non vi sono limiti;
- Nel vincolo di destinazione d'uso non vi può essere la destinazione di una pluralità di beneficiari, nel trust, invece, è possibile la c.d. catena di successione, ossia quella secondo la quale si può designare un beneficiario ma alla sua morte gli eredi prossimi e così via, anche se

nel nostro Paese tale possibilità è di dubbia realizzabilità a causa della violazione del divieto di patto successorio. Sempre nell'ottica della legge sul "Dopo di noi" bisogna dire che anche nel trust vi deve essere un unico beneficiario, il soggetto gravemente disabile, ma con possibilità di avere dei c.d. beneficiari finali che subentrano alla morte del beneficiario, ossia quando il trust cesserà di esistere;

- La forma dell'atto del vincolo di destinazione d'uso è necessariamente pubblica, nel trust in generale è libera, non in quello ex legge 112 del 2016 che deve essere costituito per atto pubblico.

### **III.VI. – Il c.d. “giudizio di meritevolezza” di cui all’art. 2645-ter.**

Anche se nel corso della trattazione è stato più volte citato il c.d. giudizio di meritevolezza da effettuare per comprendere se l'interesse che intende perseguire il vincolo di destinazione

d'uso sia o meno meritevole di tutela secondo quanto previsto dall'art. 1322 c.c..

La dottrina si è attestata su due diverse letture:

- La prima ritiene che la meritevolezza sia una declinazione della liceità e, pertanto, considera ammissibile la destinazione negoziale volta alla realizzazione di qualunque interesse, purché non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume, in questo caso sarà il notaio chiamato a redigere l'atto a valutare tale liceità<sup>44</sup>;
- La seconda, invece, ritiene che la meritevolezza debba essere ancorata all'attuazione di scopi:
  - Di solidarietà<sup>45</sup>;
  - Di pubblica utilità<sup>46</sup>;
  - In ogni caso la meritevolezza non può essere svilita a semplice sinonimo di liceità.

---

<sup>44</sup> P. SCHLESINGER, Atti istitutivi di vincoli di destinazione. Riflessioni introduttive, Milano, pag. 4

<sup>45</sup> P. SPADA, La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, Milano, pag. 203.

<sup>46</sup> F. GAZZONI, Osservazioni sull'art. 2645-ter, in Giust. Civ., 2006, II, pag. 216 e ss.

Questo interesse deve essere in un certo senso visto come un bilanciamento fra l'interesse sacrificato, la garanzia generale per i creditori ex art. 2740 c.c., e quello che si intende realizzare con l'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.<sup>47</sup>.

Il riferimento alle persone con disabilità fa capire come il vincolo di destinazione d'uso sia stato uno dei tre strumenti inseriti nella L. 112 del 2016, quasi come si volesse dare nuovo lustro ad un istituto già presente da alcuni anni nel nostro ordinamento. Partendo dal contenuto dell'art. 3 della legge n. 104/1992, che definisce la persona handicappata come "colui che presenta una minoranza fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrità lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione", possiamo comprendere come la maggiore apertura della formulazione dell'art. 2645-ter non ha volutamente utilizzato l'espressione già coniata in senso

---

<sup>47</sup> M. NUZZO, L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2010, pag. 31 e ss..

tecnico dal legislatore, ma parla di persone con disabilità, accezione così più ampia che si apre a quel concetto di persona vulnerabile studiato dal diritto umanitario quotidiano che individuano la persona con disabilità come quella che è “fragile e che abbisogna di protezione”.

Possiamo così concludere il c.d. giudizio di meritevolezza.

In considerazione della legge sul “Dopo di noi” appare chiaro come l’interesse che meriti tutela, che deve essere posizionato su quel secondo piatto della bilancia, non è altro che la vita della persona disabile dopo che sia sopraggiunta la morte dei propri familiari. Davanti a questo bisogno impellente di tutela chiaramente anche la garanzia creditoria assicurata, dal citato art. 2740 c.c., sicuramente può ben essere equilibrata e, addirittura, quasi messa in secondo piano.



## CAPITOLO IV

### IL CONTRATTO (DI AFFIDAMENTO)

#### FIDUCIARIO

##### **IV.I. – La problematica sull’interpretazione dell’istituto.**

La legge sul “Dopo di noi” contempla fra i possibili strumenti per la tutela delle persone gravemente disabili, oltre a quelli già analizzati del trust e del vincolo di destinazione d’uso ex art. 2645-*ter* c.c., quello di fondi speciali, composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario, più semplicemente diremo con il c.d. “contratto fiduciario”, il quale non è disciplinato dal codice civile e rientra, dunque, in una figura atipica di contratto.

Questo viene inteso come possibilità di perseguire interessi meritevoli di tutela, con le stesse caratteristiche del trust, senza dover ricorrere al rinvio alla legge straniera. La L. 112/2016 prevede, per tutta la durata del fondo speciale, che venga

individuato un soggetto preposto al controllo delle obbligazioni assunte dal fiduciario.

Non si può negare che nel nostro ordinamento vi è una rilevante problematica di interpretazione relativamente al contratto di affidamento fiduciario. Basti pensare che sono stati dottrina e giurisprudenza a contribuire, in un certo qual modo, alla creazione di questa figura. Il Legislatore, infatti, fino alla emanazione della legge sul “Dopo di noi” non ne aveva mai parlato.

Chi ne aveva già parlato, creando un’apposita legge per disciplinarlo, è stato il Legislatore Sammarinese. Nella Repubblica di San Marino, infatti, il primo marzo 2010, con la L. n. 43, è stata data rilevanza giuridica al contratto di affidamento fiduciario.

Come si può comprendere dalla norma questo è stato disciplinato come un tipico contratto che si basa sulla fiducia tra vivi.

La teoria del negozio fiduciario nel diritto italiano, invece, si muove ancora nella cornice che viene tracciata in Germania fra la seconda metà dell'Ottocento e il principio del Novecento grazie alla rivisitazione delle fonti del diritto romano e del periodo alto medioevale; tutto questo venne fatto dalla dottrina c.d. Pandettistica.

Tutto il lavoro di questi studiosi nasceva dalla rilevanza che questi davano a quelle fattispecie che appartenevano al diritto delle garanzie nel diritto civile e commerciale, come ad esempio<sup>48</sup>:

- Cessione fiduciaria di credito;
- Girata fiduciaria della cambiale;
- La c.d. “cambiale di sicurezza”.

La nostra situazione giuridica, quindi, salta direttamente alla prima legge che prevede espressamente il contratto di affidamento fiduciario, la L. 112 del 2016, la quale lascia comunque aperta la discussione sull'interpretazione risolvendo ben pochi problemi.

---

<sup>48</sup> M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

Vediamo nei paragrafi che seguiranno di chiarire meglio tale figura giuridica.

#### **IV.II. – Nozione e natura giuridica dell'istituto.**

Secondo la definizione tradizionale data più in generale di un negozio fiduciario, questo si ha quando un soggetto, c.d. fiduciante, investe un altro soggetto, c.d. fiduciario, della proprietà di un bene, di altro diritto reale ovvero di una ulteriore situazione giuridica soggettiva di vantaggio, imponendogli nel contempo il vincolo obbligatorio di ritrasferirgli in futuro il diritto, o di trasferirlo ad un terzo o di farne, comunque, un uso determinato<sup>49</sup>.

Il rapporto che viene a crearsi fra questi soggetti ha quindi una distinzione interna fra due negozi, i quali hanno effetti diversi:

- Reali → Si tratta di quello che comporta il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario;

---

<sup>49</sup> SANTORO – PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1973, pag. 179; C. FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1948, pag. 244 e 245; TORRENTE – SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, Milano, 1997, pag. 180; GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 1996, pag. 956; BIANCA, Diritto civile. 3. Il contratto, Milano, 2000, pag. 711.

- Obbligatori → Riguarda l'assunzione dell'obbligo da parte del fiduciario circa l'uso o la destinazione di quanto il fiduciante gli aveva trasferito.

Abbiamo quindi una titolarità, che avviene tramite il primo dei due negozi, che è destinata ad essere circoscritta e quindi limitata da pattuizioni di carattere obbligatorio, il c.d. *pactum fiduciae*<sup>50</sup>.

La rilevanza dell'atto di trasferimento della proprietà, da un lato, e degli scopi di gestione o di garanzia sottesi al *pactum fiduciae*, dall'altro, hanno indirizzato la dottrina a ritenere che il negozio fiduciario non sia altro che una categoria dei negozi indiretti, in quanto si vogliono realizzare degli scopi diversi rispetto a quelli tipicamente previsti dal Legislatore.

Nel rapporto che vi può essere fra negozio fiduciario e negozio indiretto va evidenziata una differenza che riguarda "l'equilibrio tra mezzo e scopo all'interno del rapporto giuridico".

---

<sup>50</sup> GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 1996, pag. 918; Sent. Cass. Civ. Sez. I, n. 2159 del 1980.

Nel caso del negozio fiduciario, infatti, abbiamo una eccedenza del mezzo rispetto allo scopo che si vuole perseguire. Basti pensare, per esempio, al caso in cui si vuole porre in essere una procura ad amministrare un bene, ma, addirittura, si vende lo stesso bene al fiduciario. In questo caso, inoltre, il fiduciante è esposto alla possibilità che il fiduciario ponga in essere un abuso dei propri poteri senza poter fare molto per tutelarsi in quanto, essendo basato sulla fiducia, nulla è previsto tranne un eventuale risarcimento del danno.

Nel negozio indiretto in senso generale, invece, tale eccedenza non risulta esservi. Il mezzo usato risulta essere perfettamente congruo allo scopo che si vuole perseguire.

La realizzazione dello scopo del negozio fiduciario avviene, quindi, mediante una interposizione fiduciaria che può essere di due diversi tipi:

- Dinamica → In questo caso abbiamo il collegamento tra i due distinti negozi, il primo ad effetti reali e a valenza esterna, è infatti opponibile ai terzi, e il secondo di

carattere obbligatorio che ha valenza prettamente interna;

- Statica → In questo secondo caso non si richiede alcun atto traslativo con il quale il fiduciante trasmette al fiduciario la proprietà del bene, in quanto in tale situazione il fiduciario è già proprietario del bene in base ad un acquisto effettuato da un terzo con denaro del fiduciante (o anche solo in parte con denaro del fiduciante) e, pertanto, assume l'obbligo fiduciario nei suoi confronti senza aver previamente acquistato da lui la titolarità del bene<sup>51</sup>.

Passando alla natura giuridica del negozio fiduciario ha portato la dottrina a diversi modi di inquadrare tale figura giuridica, ma possiamo riassumerli nei due principali<sup>52</sup>:

- Teoria della causa fiduciae → In questo caso si ritiene che il negozio sia caratterizzato da una causa fiduciae, la quale consiste nell'affidamento del fiduciante sul leale

---

<sup>51</sup> MINUSSI, Il negozio fiduciario, in [www.e-glossa.it](http://www.e-glossa.it) del 28 dicembre 2011.

<sup>52</sup> SANTORO – PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1973, pag. 180 e 181.

comportamento del fiduciario creando una apposita posizione fiduciaria. Da qui, alcuni autori, hanno ritenuto che, essendo un negozio atipico, è considerato ammissibile tutte le volte che l'interesse che vuole tutelare sia meritevole della tutela dell'ordinamento secondo quanto previsto dall'art. 1322 c. 2 c.c.. Tale concezione del negozio è stata criticata da altri<sup>53</sup> poiché sarebbe come ammettere una non consentita astrazione parziale della causa del negozio tipico. Si può aggiungere, inoltre, che si avrebbe una forma di proprietà priva dei suoi caratteri tipici quali la perpetuità e la libera facoltà di disposizione. Tale teoria risulta, quindi, da scartare;

- Teoria dei negozi collegati → Come abbiamo già avuto modo di dire poco sopra, è la teoria secondo la quale si hanno due negozi, il primo ad effetti reali, che ha una rilevanza esterna, il secondo, invece, ad effetti

---

<sup>53</sup> C. FERRARA, I negozi fiduciari, Padova, 1936; SACCO – DE NOVA, Il contratto, I, Torino, 1993, pag. 673 e ss..



obbligatori, che ha una rilevanza interna. Il primo contratto è quindi un presupposto giuridico e logico necessario per la creazione del secondo. Tale teoria risulta essere preferibile.

#### **IV.III. – Il contratto di affidamento fiduciario nella L. 112 del 2016.**

La L. 112 del 2016, come abbiamo ampiamente detto sopra, ha l'obiettivo di tutelare la vita delle persone gravemente disabili nel caso in cui i propri genitori non potessero più occuparsi di loro come vorrebbero.

Tutto questo sicuramente si traduce anche nell'esigenza di dare al proprio patrimonio una sistemazione stabile e volta a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità grave. Tra gli strumenti previsti dal Legislatore per raggiungere questo obiettivo vi è anche quello dell'affidamento fiduciario, o meglio, fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario. Questo aver previsto il

negozio fiduciario ha per la prima volta nel nostro ordinamento “nominato” tale tipo di contratto.

La definizione di contratto di affidamento fiduciario che si può dare è la seguente: è il contratto con il quale un soggetto, c.d. affidante, si accorda con un altro soggetto, c.d. affidatario, per “affidargli” determinati beni, la cui titolarità viene attribuita dall'affidante all'affidatario affinché questi impieghi tali beni a vantaggio di uno o più beneficiari, secondo un programma delineato dall'affidante ed accettato dall'affidatario<sup>54</sup>.

Come possiamo ben vedere dalla definizione data, questo tipo di contratto ricalca quello del negozio fiduciario.

I beni oggetto di tale contratto di affidamento fiduciario costituiscono un patrimonio separato rispetto a quello personale dell'affidatario potendosi quindi considerare una deroga all'art. 2740 c.c. sulla garanzia patrimoniale per i creditori anche se non espressamente prevista dal codice civile. I creditori, infatti, potranno rifarsi sui beni destinati al vincolo solamente

---

<sup>54</sup> ROTA – BIASINI, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2017, pag. 326.

se qualificati proprio dallo scopo che è sotteso a tale segregazione patrimoniale.

Per quel che riguarda la natura giuridica del contratto in esame possiamo dire che consiste in un contratto:

- Di durata;
- Plurilaterale;
- “Tipico” → In questo senso va tenuto in considerazione l’atto di trasferimento che pone in essere l’affidante per nei confronti dell’affidatario sulla scorta di un preciso programma destinatario volto alla protezione dei soggetti gravemente disabili, così come vuole la L. 112 del 2016.

La struttura del contratto si può sovrapporre a quella del trust, anche questo strumento previsto dalla legge sul “Dopo di noi”, ma con due differenze essenziali: la natura contrattuale e il non dover scegliere a quale legge straniera rinviare per la regolamentazione del trust istituito.

Il contratto di affidamento fiduciario previsto per la prima volta dalla L. 112 del 2016, da questa prende i requisiti, sia

oggettivi che soggettivi, per poter essere considerato valido ai fini dello scopo previsto dalla legge stessa.

Possiamo analizzare prima quelli soggettivi. I soggetti del contratto di affidamento fiduciario possono essere:

- Persone fisiche;
- Persone giuridiche;
- Onlus (organizzazione non lucrative di utilità sociale)<sup>55</sup>.

Per quel che riguarda il soggetto beneficiario, come abbiamo già ripetuto più volte analizzando i precedenti istituti, deve essere necessariamente un soggetto con gravemente disabile ex art. 3 comma 3 L. 104/1992.

I requisiti oggettivi, invece, sono previsti, come per gli altri strumenti, dall'art. 6 della L. 112 del 2016. Prima di analizzarli occorre ribadire che la legge predispone principalmente tali requisiti per poter usufruire degli sgravi fiscali ma che al contempo diventano, soprattutto per un negozio giuridico nominato per la prima volta nella stessa legge, requisiti per la

---

<sup>55</sup> Di cui all'art. 10 comma 1 del D. Lgs. 460 del 1997.

loro validità. Il contratto di affidamento fiduciario, infatti, deve avere tali requisiti:

- Essere redatto con atto pubblico;
- Identificare in maniera chiara ed univoca i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli;
- Descrivere la funzionalità e i bisogni specifici dei soggetti con disabilità;
- Indicare le attività assistenziali necessarie;
- Individuare gli obblighi dell'affidatario;
- Individuare gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del fiduciario;
- Indicare gli esclusivi beneficiari con disabilità grave;
- Destinare esclusivamente il patrimonio del fondo speciale alle finalità assistenziali della persona gravemente disabile;
- La durata deve essere predisposta per tutta la durata della vita della persona gravemente disabile;
- Stabilire la destinazione del patrimonio residuo.

Tenendo in considerazione queste caratteristiche possiamo affermare che il contratto di affidamento fiduciario previsto dalla legge sul “Dopo di noi” può essere considerato come un negozio fiduciario con scopo di garanzia, quella del progetto di vita della persona gravemente disabile dopo che i genitori non potranno più occuparsi di lui.

Abbiamo parlato della natura giuridica, della struttura e dei requisiti, manca solamente dire degli effetti del contratto di affidamento fiduciario.

Sicuramente sono varie le sfumature che un contratto del genere può assumere quanto agli effetti potendo essere utilizzato per vari scopi, come ad esempio<sup>56</sup>:

- Scopo di amministrazione;
- Scopo di garanzia;
- Scopo di liberalità.

Poco sopra è stato detto però che nel caso di una persona

---

<sup>56</sup> MORELLI, Fiducia e trust: due esperienze a confronto, in Fiducia, trust, mandato e agency, Milano, 1991, pag. 86 e ss..

gravemente disabile sembra più opportuno prendere in considerazione lo scopo e quindi gli effetti per quanto riguarda la garanzia della persona gravemente disabile, tenendo anche presente che quando si parla di trust tutto è indirizzato a garantire che venga attuato il programma di vita per tale soggetto disabile.

Detto questo sicuramente è importante parlare degli effetti che rendono il patrimonio destinato a tale scopo segregato rispetto a quello personale ex art. 2740 c.c. dell'affidatario. Per rispondere dobbiamo fare un combinato disposto fra tre articoli: il 2645-ter c.c., l'art. 1 comma 3 della L. 112 del 2016 e l'art. 1707 c.c.. Da questo emerge che i beni non sono aggredibili dai creditori in quanto destinati allo scopo. I beni mobili e immobili registrati devono avere la trascrizione a favore dell'affidatario e contro l'affidante con data certa anteriore ad eventuale pignoramento nei confronti del primo da parte di creditori personali.

I beni, in definitiva, sono aggredibili dai creditori solamente

nel caso in cui i debiti siano stati contratti per l'esecuzione del programma fiduciario<sup>57</sup>.

#### **IV.IV. – Le varie tipologie di fiducia.**

Nel corso della trattazione abbiamo preso in considerazione vari tipi di fiducia, a questo punto è di ausilio cercare di riassumerli per comprenderli nel loro insieme.

I vari tipi di fiducia sono:

- Fiducia cum creditore → In questo tipo di fiducia siamo ci troviamo di fronte ai c.d. negozi fiduciari misti o anche c.d. impuri a causa del loro essere costituiti *solvendi causa*. Si presume, infatti, che il fiduciario sia creditore del fiduciante e che il trasferimento del bene sia stato posto in essere con funzione di garanzia del loro rapporto debito/credito. La fiducia in questo caso, ossia il negozio di natura obbligatoria che viene ad esservi fra i due soggetti, sta nel fatto che, una volta adempiuto il debito,

---

<sup>57</sup> ROTA – BIASINI, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2017, pag. 329.



il bene tornerà nella disponibilità del fiduciante<sup>58</sup>. Come si può vedere questo tipo di garanzia del creditore è sicuramente più incisiva rispetto a quelle classiche del pegno o dell'ipoteca, questo non dovrà attendere alcun tempo di giustizia di procedure esecutive essendo il titolare del bene concesso, per l'appunto, in garanzia. Molti autori considerano tale tipo di fiducia un modo per poter eludere il c.d. divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c.<sup>59</sup>. Nel diritto romano classico la fiducia cum creditore era strutturata in maniera totalmente diversa, infatti, nel caso in cui il debitore fosse risultato inadempiente non vi sarebbe stata la definitiva apprensione del bene da parte del creditore, ma si sarebbe passati per la pubblica vendita con contestuale consegna al debitore dell'eccedenza tra ricavato e entità del debito con il creditore.

---

<sup>58</sup> Sent. Cass. n. 242 del 22 gennaio 1985, in Riv. not., 1985, pag. 1352 ss..

<sup>59</sup> M. C. DIENER, Il contratto in generale. Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi, Milano, Ultima Edizione, pag. 99 e ss..

- Fiducia cum amico → In questo caso, invece, siamo in presenza dei c.d. negozi fiduciari puri, a causa del fatto che il trasferimento avviene per comodità del fiduciante, a scopo di amicizia, custodia o per amministrazione. Questa serve per conferire al fiduciario il potere di amministrazione su un determinato bene in considerazione delle particolari doti amministrative dello stesso. Il fatto che diviene proprietario del bene non può che agevolare tale compito, il quale dovrà essere comunque eseguito secondo le istruzioni del fiduciante<sup>60</sup>. Si pensi alla L. 112/2016 e come la fiducia in una persona vicina alla famiglia possa essere fondamentale per poter portare avanti lo scopo di tutelare la persona gravemente disabile dopo la morte dei propri familiari.
- Fiducia romanistica → Nella fiducia c.d. romanistica vi sarà il trasferimento del bene al fiduciario e sarà opponibile ai terzi perché sarà l'unico titolare dello

---

<sup>60</sup> ROTA – BIASINI, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2017, pag. 294.

stesso. Anche in questo caso vi sarà il c.d. *pactum fiduciae* che avrà una valenza solamente obbligatoria fra i due soggetti, fiduciante e fiduciario. In questo caso, infatti, l'unico rimedio che il fiduciante ha nei confronti del fiduciario nel caso in cui alieni il bene a terzi o non rispetti il patto di fiducia sarà quello del risarcimento del danno;

- Fiducia germanistica → Il trasferimento della proprietà non si realizza mai pienamente, infatti, il fiduciario agisce in nome e nell'interesse del fiduciante ma quest'ultimo rimarrà titolare del bene di fronte ai terzi.
- Fiducia dinamica → Vi è il collegamento tra i due distinti negozi, il primo ad effetti reali e a valenza esterna, è infatti opponibile ai terzi, e il secondo di carattere obbligatorio che ha valenza prettamente interna, c.d. *pactum fiduciae*;
- Fiducia statica → Quest'ultima figura è stata creata dalla

giurisprudenza<sup>61</sup> e poi accolta da parte della dottrina, dove il fiduciario acquista un bene da un terzo con denaro del fiduciante con il patto di amministrare il bene per quest'ultimo.

#### **IV.V. – La forma del contratto fiduciario.**

Come ogni contratto la forma ha una importanza di rilievo. Nel caso del negozio fiduciario va tenuto presente che quella del primo atto, ossia ad effetti reali, segue chiaramente quanto previsto per tale forma di trasferimento del bene, come ad esempio la vendita. La discussione si accende circa la forma che deve assumere il patto fiduciario, ossia il secondo atto, quello di carattere interno e meramente obbligatorio. Secondo l'interpretazione prevalente<sup>62</sup>, questo sarebbe privo di particolari formalismi, ad eccezione che vi sia stato il trasferimento di beni mobili o immobili registrati ex art. 1350 e 1351 c.c., poiché, in questo caso vi dovrà essere necessariamente la forma scritta ad substantiam. La

---

<sup>61</sup> Cass. 29 maggio 1993, n. 6024.

<sup>62</sup> GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, Ultima edizione.

giurisprudenza, infatti, equipara l'obbligo del patto fiduciario di ritrasferire un bene allo stesso obbligo nascente da un contratto preliminare<sup>63</sup>. In una eventuale contestazione sarà infatti onere dell'attore dimostrare che vi sia stato un patto con obbligo di ritrasferimento precedente o concomitante a quello di trasferimento del bene stesso.

In tema di pubblicità va subito chiarito che viene negata la possibilità di eseguire la trascrizione del pactum di fiducia essendo quindi ex se inidoneo ad essere opponibile a terzi<sup>64</sup>.

Nella legge di nostro interesse, la 112 del 2016, è l'art. 6 comma terzo, come detto sopra, a parlarci di quella che deve essere la forma del contratto di affidamento fiduciario per poter accedere alle agevolazioni fiscali, ma che in un certo senso, essendo la prima legge, nel nostro Paese, a parlare di contratto di affidamento fiduciario la rende anche quella per la validità dell'atto posto in essere per garantire una esistenza dignitosa alle persone gravemente disabili. Si vengono quindi a creare

---

<sup>63</sup> Sent. Cass. n. 9489 del 19 luglio 2000 e Sent. Cass. n. 6024 del 29 maggio 1993.

<sup>64</sup> Sent. Cass. Civ. Sez. II n. 11025 del 1991.

dei requisiti minimi che il contratto di affidamento fiduciario deve avere, ossia:

- Deve essere redatto per atto pubblico;
- Identificare in maniera chiara ed univoca i soggetti ed i rispetti ruoli che ricopriranno nel rapporto fiduciario;
- Obblighi del fiduciario;
- Obblighi di rendicontazione;
- Indicazione dei beneficiari;
- Descrizione dei beni oggetto del contratto;
- Indicare il soggetto preposto al controllo delle obbligazione in capo al fiduciario;
- Termine del contratto, il quale deve coincidere con la durata della vita del beneficiario disabile;
- Regola di devoluzione del patrimonio residuo.

È da notare che la preferenza dell'atto pubblico, quindi con rogito notarile, risulta essere una garanzia sia per il fiduciante che per il beneficiario. Vero è che non può essere opponibile a terzi il patto di fiducia, ma sicuramente potrà esserlo l'atto con

il quale si impone il vincolo di destinazione sui beni per la creazione del fondo speciale che sarà poi gestito dal contratto di affidamento fiduciario.

#### **IV.VI. – Altre figure di negozio fiduciario.**

Esistono nella prassi altre ipotesi di negozi fiduciari, alcuni legalmente previsti e altri no dal nostro Legislatore, che trovano una larga diffusione e applicazione. Gli esempi più importanti sono:

- Patto di retrovendita → Questo è un contratto preliminare unilaterale mediante il quale il compratore si obbliga a rivendere al venditore il bene acquistato. In questa figura si trovano, come confermato da molte sentenze della Corte di Cassazione<sup>65</sup>, i caratteri del negozio fiduciario;
- Girata fiduciaria → In questo caso si ha un soggetto che gira la cambiale ad un altro soggetto non allo scopo di trasferire ogni potere inerente al titolo, ma per scopi più limitati, normalmente allo scopo di garantire una

---

<sup>65</sup> Sent. Cass. n. 442 del 21 gennaio 1985, in Riv. not., 1985, pag. 1353.

determinata prestazione come ad esempio la consegna di merci.

- Mandato senza rappresentanza → Questa figura viene molto spesso accostata dalla dottrina ai negozi fiduciari riconducendolo entro lo schema della rappresentanza indiretta. L'accostamento troverebbe avallo dal dettato normativo di cui all'art. 1707 c.c. che prevede un vincolo di separazione dei beni acquistati dal mandatario in esecuzione all'incarico oggetto del mandato rispetto al suo patrimonio personale<sup>66</sup>;
- Contratto estimatorio → Secondo una dottrina minoritaria anche il contratto estimatorio sarebbe ricompreso tra le figure di negozio fiduciario. L'art. 1556 c.c. prevede che una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisce le cose nel termine stabilito. Il tradens non potrà utilizzare la merce per scopi diversi dallo scambio.

---

<sup>66</sup> NICODEMO, Trust: spiegazioni, aspetti fiscali e giurisprudenziali, in [www.unioneconsulenti.it](http://www.unioneconsulenti.it).



#### **IV.VII. – Analogie e differenze fra negozio fiduciario e trust.**

Possiamo iniziare la trattazione da quelle che sono le analogie fra questi due istituti giuridici.

In primo luogo sia il negozio fiduciario che il trust presentano la caratteristica che la proprietà fiduciaria è diretta al soddisfacimento del fine specifico perseguito dal fiduciante disponente.

Parlando della fiducia nei due negozi, vi è una sostanziale differenza. Mentre nel caso del negozio fiduciario questa ricopre un ruolo fondamentale, infatti, è proprio la causa del negozio; nel caso del trust è solamente un motivo dell'atto che non influisce né sulle regole di costituzione né tanto meno sul profilo causale, basti pensare che una volta istituito la fiducia non sopravvive, il disponente non ha più alcun poter sul trustee.

Proprio sui poteri del disponente possiamo dire che nel trust, qualora venga violato l'atto istitutivo come ad esempio

l'alienazione del bene da parte del trustee a terzi per scopi estranei a quello sotteso al trust, il beneficiario potrà porre in essere delle azioni dirette al recupero della cosa indebitamente sottratta. Nel negozio fiduciario, invece, l'eventuale alienazione può essere solamente fonte di azione per ottenere un risarcimento del danno e non la restituzione della cosa indebitamente sottratta al patrimonio destinato al negozio fiduciario.

Per quel che riguarda la segregazione patrimoniale, derogando quindi all'art. 2740 c.c., i beni che formano il patrimonio del trust sono inattaccabili da parte di qualsiasi creditore, con riferimento ai soggetti coinvolti (disponente, trustee e beneficiario), estranei allo scopo del trust.

Con riferimento alla L. 112 del 2016 queste differenze, oltre a quanto detto nel corso della trattazione dell'istituto, sicuramente sono da tenere in considerazione ai fini della scelta dello strumento da utilizzare, ma quello che più deve essere considerato è che mentre nel trust bisognerà sempre scegliere la

legge straniera che disciplinerà lo stesso, il contratto di affidamento fiduciario per la gestione di fondi speciali con beni sottoposti a vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-*ter* seguirà sempre la normativa statale italiana.

## CONCLUSIONI

Lo studio effettuato per la preparazione della tesi sulla L. 112 del 2016 mi ha permesso di scoprire una di quelle previsioni normative che non portano nulla di nuovo nel nostro ordinamento.

Partendo dall'art. 30 della Costituzione, analizzato nel primo capitolo, si può bene vedere come quell'intento del Legislatore di prevedere delle misure che siano in grado di colmare il vuoto lasciato dai genitori con la loro morte non sia altro che un elenco, da una parte, di istituti che già esistevano, ossia il trust e il vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-ter, dall'altra, di un istituto che risulta essere già molto discusso e che questa legge consente di applicare per risolvere la problematica, precisamente il contratto di affidamento fiduciario per la gestione di fondi.

All'art. 1 della legge viene citato anche l'art. 3 della nostra Carta Fondamentale, il c.d. principio di uguaglianza. Tale

principio nell'analizzare la legge è solamente ideale in un utopico mondo dove lo Stato riesce a equilibrare la situazione di una persona che ha delle menomazioni fisiche o psichiche e chi invece non ne ha senza dare alcuna soluzione, o comunque non è la L. 112 del 2016 a darne. L'uguaglianza tanto sperata da chi crede nelle previsioni costituzionali non è neppure materiale, basti pensare che le famiglie che possono considerare tale legge come utile per la loro situazione sono tutte quelle che hanno un patrimonio che gli permetterà di prevedere un assetto assistenziale per il loro figli anche quando non saranno più grado di occuparsi di loro. Non credo, infatti, che basterà uno stanziamento di fondi per un triennio che poi difficilmente, come accade il più delle volte nella girandola politica del Governo, verrà rinnovato.

La disabilità, purtroppo, “dura” molto di più.

Sempre tra le fonti vi sono anche gli articoli della Convenzione di New York, precisamente il 3 e il 19. L'art. 3 prevede i

principi generali e il 19 un elenco di strumenti che dovrebbero garantire alla persona disabile l'inserimento sociale.

L'art. 19 vuole essere una fonte di ispirazione per la legge 112 del 2016 che cerca di indurre le persone disabili ad avere una certa autonomia e indipendenza. La critica che si può muovere è sempre quella, per poter costituire un trust o un vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-ter c.c. bisogna avere anche un patrimonio che ti permetta di farlo altrimenti risulteranno solamente delle belle parole. Nella situazione odierna non credo che tutte le famiglie che hanno persone con disabilità grave possano permettersi tali scelte e il fondo triennale non è di certo la soluzione ma un "analgesico elettorale".

Rinviando a quanto già detto sulla dubbia interazione fra la legge 112 del 2016 e l'art. 3 comma 3 della L. 104 del 1992 nel primo capitolo, torniamo a parlare degli istituti civilistici che la legge prevede: trust, vincolo di destinazione d'uso ex art. 2645-ter e fondi speciali disciplinati con contratto di affidamento fiduciario.

Come abbiamo detto il trust e il vincolo di destinazione d'uso sono degli strumenti che già esistevano nel nostro ordinamento, non è stata la L. 112 del 2016 ad introdurli. Oltre a non aver previsto alcuna novità in questo senso bisogna anche dire che sono strumenti che non possono essere rivolti a tutte le famiglie poiché per poterli costituire bisogna avere anche dei mezzi necessari e sufficienti. A tutte le famiglie che non possono permettersi questo rimane un fondo con dotazione triennale da dividere per tutte le Regioni d'Italia e che ben poco potrà per risolvere tali problematiche. Forse sarebbe stato meglio investirli per rimuovere barriere architettoniche nei luoghi di interesse pubblico come le scuole, basti pensare a tutti quelli edifici scolastici che non hanno un ascensore che permetta a chi impossibilitato di salire e scendere a proprio piacimento, o forse ci sono ma sono fuori servizio da anni.

Il contratto di affidamento fiduciario è stato nominato per la prima volta in una legge dello Stato nella L. 112 del 2016 e forse questo è l'unico punto a favore che possiamo dare ad una

legge senza prospettive future e che serve solamente per assicurare sgravi fiscali a chi ha del patrimonio da poter mettere a disposizione della persona gravemente disabile, tutto questo sicuramente non può essere visto nell'ottica della solidarietà e dell'uguaglianza sociale, rimangono solo belle parole.