

PROBLEMATICHE PER GLI ATTI IN CUI SONO COINVOLTE PERSONE SOGGETTE A TUTELA O AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO; LEGGE COSIDDETTA DEL “DOPO DI NOI”

Relazione al Convegno «L'evoluzione del patrimonio nella famiglia 2.0. Nuovi orizzonti del diritto successorio» - Comitato dei notariati lombardo e ticinese – Lugano, 18 novembre 2016

§1. Problemi di diritto internazionale privato nella relazione italo-svizzera. – Immaginiamo che un cittadino italiano residente in Svizzera si rivolga a un professionista svizzero per essere consigliato in merito alle disposizioni patrimoniali da adottare per tutelare un proprio congiunto cittadino italiano che «si trova in condizione di abituale infermità di mente che lo rende incapace di provvedere ai propri interessi» (art. 404 c.c. it.) o, in termini meno gravi secondo come si esprime la norma sull'amministrazione di sostegno (art. 404. c.c. it.), si trova nella medesima impossibilità, «anche parziale o temporanea», per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica.

Forse fino al 17 agosto 2015, data a partire dalla quale le nuove successioni per causa di morte sono regolate nei paesi dell'Unione europea dal Regolamento europeo sulle successioni (n. 650/2012), la richiesta di questo consiglio a un notaio svizzero, invece che a un notaio italiano, poteva considerarsi poco frequente, considerato che, in mancanza di esplicita scelta della legge del paese di residenza, la legge applicabile in Italia alla successione per causa di morte, in base alla regola generale di diritto internazionale privato italiano e a una lunga tradizione, era quella nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte (art. 46 legge 31 maggio 1995, n. 218). Da quando è in vigore il nuovo regolamento europeo, per il quale la legge designata si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro (art. 20 reg. (UE) n. 650/2012: Applicazione universale), il criterio generale applicabile (art. 21 reg. (UE) n. 650/2012), in mancanza di una preventiva esplicita scelta, in vita, della legge nazionale da parte dell'interessato (art. 22 reg. (UE) n. 650/2012), è ora che la legge applicabile all'intera successione (con le limitazioni generali dell'ambito di applicazione di cui all'art. 1 reg. (UE) n. 650/2012) è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte (salvo il caso eccezionale di collegamento più stretto con altro Stato, menzionato al par. 2 dell'art. 21): criterio senz'altro più vicino, nell'*id quod plerumque accidit*, anche se forse non coincidente in qualche caso marginale, a quello svizzero dell'ultimo domicilio (art. 90 LDIP svizz.; sulla scelta del criterio della residenza abituale in luogo del domicilio nel regolamento europeo, v. Damascelli).

Dunque, nel nostro caso, il cittadino italiano abitualmente residente in Svizzera ben potrebbe chiedere a un professionista svizzero consigli per la propria successione, destinata a essere regolata dalla legge svizzera, di ultimo domicilio o di residenza abituale, in mancanza di un'esplicita scelta preventiva della legge nazionale italiana

Va però qui ricordato che, in ragione della permanente vigenza dell'art. 17, terzo comma, della Convenzione di stabilimento e consolare tra l'Italia e la Svizzera del 22 luglio 1868 (su cui v. Broggin [2001]; Ballarino), «le contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Italien mort, au sujet de sa succession, seront portées devant le juge du dernier domicile que l'Italien avait en Italie »: norma che non può ritenersi nemmeno ora abrogata in Italia, perché l'art. 75 reg. (UE) n. 650/2012, sulle relazioni con le convenzioni internazionali in vigore, precisa al par. 1 che «il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento». Se anche la Confederazione svizzera fosse, come l'Italia, Stato membro dell'Unione europea, si

applicherebbe invece il par. 2 dell'art. 75, che, in deroga a par. 1, stabilisce che, **tra Stati membri**, il regolamento prevale sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi, nella misura in cui esse riguardano materie disciplinate dal presente regolamento.

Con questa premessa, per la quale mi scuso di avere invaso il campo di pertinenza di altro relatore, credo di avere chiarito il rilievo pratico delle problematiche cui fa riferimento il titolo della relazione, anche per il professionista svizzero, senz'altro per l'ipotesi che a lui si rivolga per consiglio un cittadino italiano domiciliato in Svizzera; correlativamente, anche per i professionisti italiani sarebbe necessario conoscere i problemi posti al riguardo nel diritto svizzero (che non è oggetto della presente relazione), considerato che le eventuali controversie potrebbero essere esaminate dal giudice italiano, che dovrebbe, in applicazione della legge del domicilio, comunque applicare al nostro caso la legge svizzera. Fermo restando tuttavia, poiché il regolamento europeo sulle successioni non si applica alla costituzione, funzionamento e scioglimento di *trust* (art. 1, par. 2, lett. *f*, reg. (UE) n. 650/2012) né alle iscrizioni in un registro di diritti su beni mobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione in un registro (art. 1, par. 2, lett. *l*, reg. (UE) n. 650/2012), con riferimento agli istituti previsti dalla legge "dopo di noi" (trattati nel seguente §3), il giudice italiano non dovrà porsi in linea di principio, anche se la successione è regolata dalla legge svizzera, un problema di applicazione di tale legge rispetto all'istituzione di *trust*, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione (artt. 1 e 6 legge 22 giugno 2016, n. 122), in mancanza di altro criterio di collegamento che riporti alla scelta della legge svizzera.

§2. I problemi giuridici posti dalla tutela dei disabili nell'ordinamento italiano e soluzioni pratiche prospettate prima della legge 22 giugno 2016, n. 122. – Per i notai svizzeri, ricordo che la legge italiana prevede che si possa richiedere al giudice tutelare del domicilio o della residenza della persona da proteggere mediante interdizione, la nomina di un tutore, che diviene il rappresentante legale dell'interdetto, ovvero la nomina di un amministratore di sostegno, i cui poteri vengono definiti nel decreto giudiziale di nomina, che deve individuare, fra l'altro, «l'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario» (art. 405, quinto comma, n. 3, c.c. it.) e gli «atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno» (art. 405, quinto comma, n. 4). La giurisprudenza e la dottrina italiana hanno ormai ammesso che l'amministrazione di sostegno può essere disposta anche per quei casi più gravi nei quali sarebbe possibile l'interdizione, perché la nomina di un amministratore ha una valenza sociale meno stigmatizzante dell'interdizione e la modulazione dei poteri da parte del Giudice consente il mantenimento di una capacità da parte del beneficiario, di per sé importante nella prospettiva dell'inclusione sociale che informa, a livello sia internazionale sia interno, gli istituti per la tutela dei disabili e infermi: la prospettiva delineata nella Convenzione di New York sui diritti dei disabili (13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18) è quella di valorizzare e promuovere l'autonomia residua della persona, non quella di emarginare e escludere (cfr. Ferrando; Troilo).

Sempre in quest'ottica di inclusione e di interferenza con il diritto successorio, è da tempo nota la problematica scelta di soluzioni applicative per la tutela di persone che necessitano di assistenza e che, in ragione dei progressi della medicina, oggi non è escluso che succedano ai propri genitori o congiunti che li assistono e che possano loro sopravvivere per lungo tempo, pur se affetti da sindromi o patologie che, per l'indebolimento fisico che comportano, in passato non ne avrebbero consentito una significativa longevità.

Si tratta di un problema che nel caso dei disabili assume profili di eccezionale rilievo, che in Italia sono stati oggetto di recente, particolare attenzione con la legge 22 giugno 2016 n. 122 (cd. Legge “dopo di noi”: Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare), che si prefigge lo scopo di approntare strumenti giuridici particolarmente flessibili e idonei ad assicurare un accompagnamento del disabile da parte dei congiunti che lo assistono, secondo un percorso che comincia su impulso di chi è preposto alla cura e che mira a definire un assetto stabile, destinato a permanere anche “dopo” il decesso del genitore che cura il disabile, e a cessare soltanto con il decesso di quest’ultimo.

Il tema è di grande attualità, sia perché la legge italiana è da poco entrata in vigore, sia perché le agevolazioni tributarie relative agli notarili con cui si darà attuazione alle disposizioni della legge si applicheranno soltanto a partire dal 1° gennaio 2017 (art. 6, comma 10, legge n. 122/2016; sui profili tributari, v. Tassani).

La legge mira fondamentalmente ad agevolare la soluzione di alcuni problemi che la dottrina e la prassi avevano già da tempo evidenziato. Le necessità di cura specialistica e di accudimento determinate da molte patologie che determinano disabilità gravi possono comportare spese rilevanti e la necessità di destinare una quota rilevante del patrimonio del genitore al figlio disabile, ma per diritto italiano le regole sulla successione necessaria non comportano alcuna preferenza successoria in ragione dello stato di disabilità. In presenza di altri eredi necessaria, la preferenza per il disabile in sede testamentaria si può attuare solo mediante la riserva della disponibile a quest’ultimo; peraltro, potendosi calcolare il valore economico della porzione disponibile soltanto dopo (e non prima del) l’apertura della successione, «sulla massa di tutti i beni che appartenevano dal defunto al tempo della morte» (art. 556 c.c. it.), può risultare aleatoria la stima circa la sufficienza di tale porzione a garantire per un congruo numero di anni l’assistenza al disabile dopo l’apertura della successione al genitore. In mancanza di una previsione affidabile circa la sussistenza di una congruità della quota di patrimonio che spetterà al disabile al momento di ereditare, diventa difficile ragionare in termini di previsione finanziaria circa la sostenibilità di un prevedibile flusso di spesa nel tempo. Ogni erogatore professionale si pone, infatti, come problema cruciale prima di assicurare il proprio impegno, quale sia la soluzione da adottare nel caso in cui... il denaro ereditato finisca, in quanto la *way-out* dell’abbandono del disabile al suo destino è insostenibile non soltanto sul piano morale e umano, ma anche -adottando il rigido lessico dei rischi finanziari- in termini reputazionali.

Né, ovviamente, risulta molto più affidabile il consiglio di provvedere in vita con una donazione, rimanendo anch’essa soggetta, per diritto italiano, all’azione di riduzione e tanto più se essa abbia ad oggetto un immobile, visto che l’alienazione dello stesso che poi si renda necessaria per acquisire la liquidità per la cura del disabile resta comunque soggetta, per i vent’anni successivi alla trascrizione della donazione, all’azione di riduzione dei legittimari nei confronti dei terzi acquirenti (art. 561 c.c. it.).

La norma dell’art. 692 c.c. it., sulla sostituzione fedecommissaria in favore «della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell’interdetto medesimo» è considerata per lo più in dottrina di stretta interpretazione, e dunque non applicabile ai beneficiari di amministrazione di sostegno.

Uno degli strumenti spesso indicati dalla dottrina italiana è quello della costituzione di una rendita vitalizia (art. 1872 ss. c.c. it.), o l’esplorazione degli strumenti del *trust* o del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. it., rispetto ai quali ultimi, peraltro, era stata evidenziata in dottrina l’eccessiva lacunosità del dettato normativo, con conseguenti profili di incertezza nella determinazione e nella disciplina degli strumenti negoziali da adottare.

Si è perciò detto (cfr. Capecchi) che, in casi di famiglie particolarmente facoltose, una soluzione poteva essere quella della costituzione di fondazioni di famiglia (art. 28, terzo comma, c.c. it.; su cui v. anche Fusaro; Calvo), mentre negli altri casi si sarebbero potute sperimentare soluzioni di casa-famiglia gestite mediante un'associazione non riconosciuta di cui fossero parti i disabili stessi, con il coinvolgimento dei relativi amministratori di sostegno.

Oltre al problema, nient'affatto banale ma meramente **quantitativo**, di destinare al mantenimento e cura del beneficiario risorse patrimoniali e liquidità adeguate ai suoi bisogni, vi è anche un rilevante problema di controllo che l'impiego di tali risorse avvenga sempre nell'interesse del beneficiario. E' il classico problema di "agency" dell'analisi economica del diritto, che in questo caso assume una particolare consistenza proprio nell'ipotesi del "dopo di noi".

Si intende cioè rimarcare che il problema principale è quello di stabilire, in vita del disponente, un percorso di cura e/o integrazione che sia posto al riparo dal conflitto di interessi economico tra il terzo estraneo incaricato della cura e il disabile stesso, la cui condizione lo rende in concreto meno idoneo a reagire a comportamenti opportunistici del "care-giver". Le esperienze, note alla cronache, di ricoveri nei quali i pazienti lungo-degenti non sono trattati con tutta la cura che la carità cristiana vorrebbe, sono purtroppo frequenti e sono la conseguenza di un problema teorico di non facile soluzione.

§3. I problemi della prassi italiana nell'investimento di capitali di incapaci e beneficiari di amministrazione di sostegno e fondi speciali nella legge "dopo di noi" (art. 1, comma 3, e art. 6, legge 22 giugno 2016, n. 122). – Un ben noto problema della prassi della gestione dei beni delle persone soggette a tutela o amministrazione di sostegno è quello della redditività degli impieghi patrimoniali.

La legge italiana nell'art. 372 c.c., con disposizione stabilita per il minore ma richiamata anche dalla disciplina della tutela (art. 424 c.c.), applicata anche, pur se non espressamente richiamata dall'art. 411 c.c., dai giudici tutelari nelle amministrazioni di sostegno (e mai oggetto di novellazione dal 1942 a oggi), stabilisce come primario investimento dei capitali quello in titoli dello Stato o garantiti dallo Stato (n. 1), ovvero in beni immobili posti nello Stato (n. 2), mutui garantiti da idonea ipoteca sopra beni posti nello Stato, o in obbligazioni emesse "da pubblici istituti autorizzati a esercitare il credito fondiario" (n. 3), ovvero in "depositi fruttiferi presso le casse postali o presso altre casse di risparmio o monti di credito su pegno" (n. 4). Il secondo periodo del n. 4 dell'art. 372 ammette che "il giudice, sentito il tutore e il protutore, può autorizzare il deposito presso altri istituti di credito, ovvero, per motivi particolari, un investimento diverso da quelli sopra indicati".

Oggi, tenuto conto dei tassi di interesse dell'area Euro, questo tipo di impieghi – caratterizzati da bassa propensione al rischio, nell'impostazione del legislatore del 1942, ma anche da mancanza di aggiornamento agli strumenti di un mercato finanziario enormemente evolutosi negli ultimi tre quarti di secolo – si rivela estremamente penalizzante per il patrimonio del beneficiario, essendo sostanzialmente escluso, nel caso normale, un investimento in strumenti finanziari diversi dai titoli di Stato o anche in gestioni patrimoniali, individuali o in monte. I margini di diversificazione dipendono dall'autorizzazione discrezionale del giudice tutelare, che, soltanto "per motivi particolari", può autorizzare un investimento diverso da quelli tipizzati nel codice del 1942.

La mancata considerazione dei nuovi strumenti finanziari, e in special modo della gestione a mezzo di fondi, immobiliari e non, si traduce in costi di gestione rilevanti, particolarmente nel caso in cui il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno sia persona con un cospicuo patrimonio immobiliare, la cui

amministrazione non può, in linea di principio, valersi di strumenti di gestione professionali, quali quelli assicurati da una SGR. Questo tipo di problemi è attualmente oggetto di considerazione nell'ambito di iniziative professionali che mirano a prendere nota del fatto che, con l'invecchiamento di una cospicua parte della popolazione italiana, anche la parte più benestante si trova a doversi confrontare con una problematica che, in linea di principio, dovrebbe trovare soluzione nella discrezionalità di confezionamento del provvedimento giudiziale di amministrazione di sostegno, ma che – per ragioni ancorate a un certo automatismo e ripetitività dei provvedimenti di volontaria giurisdizione – di certo non hanno ancora trovato una buona soluzione nella prassi.

Vi è da aggiungere che l'ottica di conservazione del capitale, sottesa all'impostazione del codice del 1942, è un'ottica più attenta alla conservazione del patrimonio familiare, perché possa passare alla generazione successiva, che – e questo è particolarmente vero per il caso dei disabili – può porsi in contrasto con il diritto di questi ultimi a godere di un'assistenza e una cura adeguata, che può importare consumazione del patrimonio, necessaria al fine di evitare il sorgere di situazioni non adeguate alla tutela della dignità umana del beneficiario. Si tratta di un tema non banale, il cui rilievo emerge anche nel caso degli anziani lungo degenti, per i quali le norme della legge "dopo di noi", allo stato, non trovano applicazione.

Non per tutte le ipotesi che meriterebbero considerazione, ma soltanto per i casi di disabilità grave che non dipendono da senilità, la legge italiana detta "Dopo di noi" cerca di apprestare modalità più flessibili e auspicabilmente più redditizie della gestione dei beni che vengono trasferiti, anche nella prospettiva della morte del trasferente, a beneficio di persone prive della capacità di gestire autonomamente la propria vita personale, e dunque anche i beni che servono al loro sostentamento.

Si tratta di una legge che è di sicuro interesse notarile, per la ragione che l'atto di destinazione o il contratto di affidamento fiduciario deve rivestire la forma dell'atto pubblico. Nulla vieta che l'atto sia redatto da un pubblico ufficiale straniero, e dunque il tema è di interesse anche per il notaio ticinese.

I profili della fattispecie normativa dell'art. 6 l. 122/2016 sono caratterizzati da una separazione patrimoniale attuata mediante: *i*) l'istituto dell'atto di destinazione trascritto *ex art.* 2645-ter c.c. (su beni immobili o mobili registrati) ovvero *ii*) il *trust* ovvero *iii*) il contratto di affidamento fiduciario.

Come primo commento, può notarsi che l'individuazione della fattispecie avviene su di un piano puramente funzionale (produzione dell'effetto di separazione patrimoniale), con indifferenza al profilo negoziale e alla qualificazione del negozio costitutivo, che non è specificamente regolato. Vengono richiamati due istituti già noti al legislatore italiano, mentre ne viene individuato in alternativa un altro (il contratto di affidamento fiduciario), che è noto a ordinamenti stranieri di lingua italiana (contratto di affidamento fiduciario della Repubblica di S. Marino: su cui v. Vicari) ed è dovuto al formante dottrinale italiano (v. Lupoi). E' singolare che il legislatore italiano sia completamente ellittico, limitandosi a dettare il "nomen" dello strumento, senza porre esplicitamente norme di disciplina.

Si tratta di un profilo di grande interesse per il giurista teorico e pratico. Nell'ambito del *milieu* dell'attività fiduciaria, la nuova disposizione è stata apprezzata come un importante passo avanti nel riconoscimento di strumenti di protezione che, per particolare rilievo sociale dei bisogni oggetto di tutela, superano il vaglio di meritevolezza (su cui v., di recente, Pantalone Balice), in forza di un riconoscimento legale che la prassi giurisprudenziale talora negava ai cd. *trust* interni (cfr. Gatt; Riso; Giacomelli), fondati sulla esecuzione in Italia della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 e conclusi in base a una legge straniera, ma senza elementi di fattispecie (eccetto la scelta di legge) che fondassero un collegamento con ordinamenti stranieri (cfr. Brogini, [1998]).

Probabilmente con questa legge si cerca di coonestare l'esistenza di una separazione patrimoniale in seguito al contratto di affidamento fiduciario, o la tenuta della stessa per le ipotesi di *trust* completamente interno, che è stata più affermata (Lupoi; Palermo) che non effettivamente dimostrata (in argomento, v. anche Rojas Elgueta). Probabilmente la separazione patrimoniale resta limitata all'ipotesi di legge (cioè a uno strumento di protezione che contenga tutte le clausole elencate nella legge) e che è opportuno circoscrivere. Si tratta comunque di un punto che potrà essere oggetto di approfondimento e di una diversa soluzione, dovendosi evidentemente sciogliere l'alternativa in ordine al carattere o meno di elementi di fattispecie da riconoscere a tutti (e ciascuno de)i presupposti indicati dall'art. 6, ai fini della produzione dell'effetto di separazione patrimoniale.

Senz'altro la flessibilità dello strumento fiduciario viene conformata nelle sue finalità dalle regole di diritto positivo, che mirano a evitare, dettando regole anche di struttura, una deviazione della gestione fiduciaria dagli scopi di utilità sociale per i quali il legislatore concede i numerosi benefici di natura fiscale previsti nella legge (art. 6, commi 1); è bene osservare che tali condizioni, stando alla lettera della legge, non sembrano porsi come condizioni di validità dell'atto, ma come oneri per il conseguimento delle agevolazioni e delle esenzioni.

Ripercorrendole nel comma 3 dell'art. 6, esse consistono:

- a) nell'onere di forma dell'atto pubblico per la fonte del vincolo (sia esso istituzione di *trust* ovvero contratto di affidamento fiduciario ovvero costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile); **si noti che l'istituzione di *trust* o il contratto di affidamento fiduciario devono portare a costituire i menzionati «fondi speciali»;**
- b) la fonte del vincolo deve «identificare in maniera chiara e univoca i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli»; **su questo punto non mi pare che ci possano essere dubbi, una diversa costruzione negoziale potrebbe ritenersi viziata di nullità per indeterminatezza dell'oggetto; meno perspicua, e con qualche dubbio rispetto ai problemi di riservatezza per i dati sensibili che potrebbero confluire nell'atto pubblico, si pone in merito alla necessità di** «descrivere la funzionalità e i bisogni specifici delle persone con disabilità grave, in favore delle quali è istituito il vincolo; indicare le attività assistenziali necessarie a garantire la cura e la soddisfazione dei bisogni delle persone con disabilità grave, comprese le attività finalizzate a ridurre il rischio della istituzionalizzazione delle medesime persone con disabilità grave»; qui credo che la buona prassi notarile potrà aiutare a districarsi nel dubbio tra la necessaria determinatezza delle previsioni e l'interesse personale del beneficiario a non vedere diffusi i dati idonei a rivelare il proprio stato di salute (fattispecie anche penalmente tutelata dall'art. 167, comma 2, d.lgs. n. 196/2003 - codice di tutela dei dati personali);
- c) **a migliore precisazione di quanto affermato nella lettera b), la fonte del vincolo deve individuare, rispettivamente, gli obblighi del *trustee* (se è un *trust*), del fiduciario (se è un contratto di affidamento) e del gestore (se è un atto di destinazione su beni immobili o mobili registrati), «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 a salvaguardarne i diritti»; l'atto istitutivo ovvero il contratto di affidamento fiduciario ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione indichino inoltre gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del *trustee* o del fiduciario o del gestore;**
- d) **gli esclusivi beneficiari del *trust* ovvero del contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile devono essere persone con disabilità grave;**

- e) i beni, di qualsiasi natura, conferiti nel *trust* o nei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero i beni immobili o i beni mobili iscritti in pubblici registri gravati dal vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile **sono destinati esclusivamente alla realizzazione delle finalità assistenziali del *trust* ovvero dei fondi speciali** o del vincolo di destinazione;
- f) la fonte del vincolo individua il **soggetto (cd. guardiano: cfr., per la prassi dei *trust*, Zanchi) preposto al controllo delle obbligazioni imposte all'atto dell'istituzione del *trust*** o della stipula dei fondi speciali ovvero della costituzione del vincolo di destinazione a carico del *trustee* o del fiduciario o del gestore. **Tale soggetto deve essere individuabile per tutta la durata del *trust* o dei fondi speciali o del vincolo di destinazione;**
- g) la fonte del vincolo stabilisce il **termine finale della durata** del *trust* ovvero dei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile **nella data della morte della persona** con disabilità grave;
- h) la fonte del vincolo stabilisce la destinazione del patrimonio residuo.

§4. La nuova figura del gestore dei fondi speciali. – E' possibile che la gestione dei fondi speciali sia affidata a onlus di beneficenza. Vi è però da osservare che la legge non individua affatto tali soggetti come destinatari di un'attività riservata. A mio avviso, la previsione in discorso serve a consentire che "anche" tali soggetti possano rivestire la funzione di "*trustee*, fiduciario o gestore", ma mi pare che la legge non escluda altri soggetti da tali attività.

Allo stato della legislazione, questo tipo di attività mi pare **libera**. Ecco allora che la figura giuridica dei "fondi speciali" merita una considerazione del tutto particolare.

Non escluderei, infatti, che questo tipo di attività (di gestione dei fondi speciali *ex art. 1, comma 3, legge 22 giugno 2016, n. 122*) possa essere più agevolmente svolto in via professionale da nuovi soggetti collegati a soggetti che professionalmente compiono attività fiduciaria, o addirittura dai fiduciari stessi. Potrebbe trattarsi di **soggetti di cittadinanza (o nazionalità) italiana o straniera e mi pare ammissibile la costituzione di un fondo speciale che riceva apporti da soggetti diversi in favore di specifici soggetti beneficiari**. E' coerente con le finalità della legge che vengano costituiti **diversi fondi speciali** (in principio: **uno per ogni beneficiario, o anche uno per ogni tipologia di bene di un singolo beneficiario**), ma che la variabilità dei bisogni dei beneficiari così come la variabilità degli apporti, unitamente alle **necessità di economia di gestione che possono avvalersi di strumenti di gestione collettiva**, possano comportare che l'organizzazione di un fondo, regolato da uno statuto coerente e gestito con professionalità e risultati adeguati, **non cessi completamente alla morte di un singolo beneficiario, ma possa continuare a operare nell'interesse di altri beneficiari destinatari di diversi apporti**. Si configurerebbe allora una **struttura aperta, gestita con continuità e professionalità, con apporti particolarmente garantiti dall'intervento del notaio nella regolazione specifica delle condizioni di adesione al fondo speciale, e con riscatti e devoluzione del residuo patrimonio al momento della morte del singolo beneficiario**.

La particolare flessibilità dello strumento negoziale, che lascia intravedere una interazione tra atto costitutivo singolo e professionalità di una struttura di gestione permanente, lascia aperte nuove sfide alla classe notarile e a quella dei gestori dei fondi. Reputo infatti che l'attuazione della legge non debba essere lasciato soltanto al mondo del terzo settore, ma che il settore bancario e finanziario, attualmente oggetto di una iperregolazione che lo rende il settore economico più familiare con i temi dei controlli e della *compliance*, possa più facilmente (o più credibilmente) di altri settori, non soggetti a vigilanza così

pervasiva, generare nel pubblico un atteggiamento di fiducia per la lunga durata del “dopo di noi”, che costituisce il principale fattore propulsivo di un’attuazione pratica coerente.

Fermo restando che le particolari agevolazioni tributarie sono riservate soltanto ai beneficiari affetti da infermità grave, come accertata ai sensi di legge, è chiaro che questo strumento negoziale costituisce un’importante occasione per la creazione di un nuovo settore di gestione professionale, che potrebbe rivolgere la propria attenzione anche ai soggetti non immediatamente e direttamente contemplati nella legge (ponendosi, in tale secondo momento, i problemi del trattamento fiscale non agevolato). Se venissero sviluppati una *compliance* e un *audit* specialistici, con riferimento a livelli adeguati e gradati di assistenza nel tempo, calibrati sulle diverse patologie, si potrebbero generare al contempo prevedibilità e fiducia, che costituiscono anche il mezzo per rendere plausibile anche intervento di soggetti con finalità filantropiche o caritative, come *way-out* del soggetto finanziario.

D’altro canto, se la figura in questione dovesse – come auspicato – trovare spazio peculiare nella prassi, sarebbe allora compito della giurisprudenza, teorica e pratica, individuare e risolvere i numerosi problemi di disciplina degli strumenti di tutela del vincolo. In questo si pone una sfida più complessa di quella posta alla classe notarile nel 2004, al momento di esercitare i più ampi margini di autonomia statutaria che la riforma societaria del 2003 stabilì per la nuova società a responsabilità limitata. In mancanza di una esplicita disciplina legale del contratto di affidamento fiduciario, ovvero dei rapporti del gestore di beni oggetto di atti di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* con il titolare e il beneficiario, e in presenza invece di numerosi ordinamenti che disciplinano il *trust*, le cui leggi sono recepibili in atti italiani interni in base alla Convenzione dell’Aja, si determinano i presupposti fattuali di una esplicita concorrenza tra ordinamenti, nell’apprestare per la fattispecie regolata la disciplina più consona.

Di certo l’esistenza di leggi straniere maggiormente dettagliate nella disciplina del *trust* o di altri contratti fiduciari, rispetto a una disciplina italiana del contratto di affidamento fiduciario ancora tutta da enucleare, potrebbe comportare un vantaggio comparativo, in termini di certezza e calcolabilità giuridica, per gli ordinamenti dotati di una più completa disciplina legale. D’altro canto, anche la scelta italiana, di non dettare norme imperative specifiche e di lasciare all’autonomia negoziale il più ampio ambito di disciplina compatibile con la funzione della fattispecie, è un fattore di potente attrattiva per i soggetti capaci di redigere autonomamente strutture negoziali perfettamente adattate ai bisogni della fattispecie concreta.

Il ruolo del notaio e del consulente professionale diventa qui essenziale, considerato il ventaglio degli spazi di disciplina negoziale da riempire, secondo le indicazioni dell’art. 6 comma 3 della legge.

Che siano poi i gestori italiani o quelli svizzeri a individuare le soluzioni migliori, non dovrebbe essere un problema: non è detto che la gestione di capitali o di beni situati in Italia (o in Svizzera, o nel resto del mondo) non possa essere affidata alla collaborazione di professionisti di entrambi (o anche di altri) Paesi.

VINCENZO DE STASIO

*Prof. associato di Diritto commerciale e Diritto bancario
Università di Bergamo*

BIBLIOGRAFIA (con riferimento alle opere citate nel testo):

BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3. ed., Padova, 1999;

BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, e in *Id.*, *Studi di diritto internazionale privato e comparato*, II, Napoli, 2007

BROGGINI, *Le successioni nei rapporti italo-svizzeri: competenza di autorità svizzere e italiane per la pubblicazione di testamenti e per emanare provvedimenti conservativi*, in *Temi scelti di diritto ereditario. Atti della giornata di studio del 16 ottobre 2000*, Commissione ticinese per formazione permanente dei giuristi, vol. 5, Lugano, 2001, e in *Id.*, *Studi di diritto internazionale privato e comparato*, II, Napoli, 2007

CALVO, *Il trust testamentario*, ne *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Calvo e Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 19, Torino, 2014

CAPECCHI, *Gestione del patrimonio in vista del «dopo di noi»*, in *Amministrazione di sostegno*, opera diretta da Ferrando, Bologna, 2012

DAMASCELLI, *I criteri di collegamento impiegati dal Regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione per causa di morte*, ne *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, a cura di Franzina e Leandro, Giuffrè, Milano, 2013;

FERRANDO, *Introduzione*, in *Amministrazione di sostegno*, opera diretta da Ferrando, Bologna, 2012

FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. not.*, 2010, e in *Id.*, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015

GATT, *La destinazione patrimoniale di fonte negoziale quale caso emblematico del dilemma di Jørgensen. L'art. 2645-ter c.c.: una questione di «ragionamento giuridico»*, in *La destinazione del patrimonio: dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina. Ricordando Angelo Falzea*, a cura di M. Bianca, Milano, 2016

GIACOMELLI, *Il trust interno*, in *La destinazione del patrimonio: dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina. Ricordando Angelo Falzea*, a cura di M. Bianca, Milano, 2016

LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014

PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007

PANTALONE BALICE, *Atto di destinazione e aspetti di meritevolezza, liceità, congruità*, ne *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2016

RISSO, *Destinazioni, affidamenti e trust. Una premessa alle destinazioni esposte al convegno*, in *La destinazione del patrimonio: dialoghi tra prassi notarile, giurisprudenza e dottrina. Ricordando Angelo Falzea*, a cura di M. Bianca, Milano, 2016

ROJAS ELGUETA, *Il «contratto fiduciario di destinazione» e la protezione patrimoniale del fiduciante*, ne *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2016

TASSANI, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul «dopo di noi», tra agevolazione e impatto sistematico*, in *Notariato*, n. 5/2016

TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano, 2012

VICARI, *Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino*, in *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, a cura di Barba e Zanchi, Torino, 2012

ZANCHI, *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, 2. ed., Torino, 2016