

Incontro

“Nuovi strumenti giuridici di tutela”

Associazione Autismo Firenze

Firenze

13 Novembre 2015

Avv. Massimo Bigoni

PREMESSA

- **I genitori di figli con disabilità voglio evitare che i figli entrino nel circuito emarginante degli istituti speciali**
- **Problema: come organizzare il loro futuro**
- **Questioni che i familiari devono affrontare:**
 - 1) quale tutela giuridica dare ai loro figli?**
 - 2) in quali ambienti si potrà svolgere la vita dei figli dopo la loro scomparsa e con quale organizzazione?**
 - 3) con quali fondi sarà possibile garantire loro una permanenza sul territorio di loro abituale dimora?**

(Dott. Salvatore Nocera)

QUADRO GENERALE

La Famiglia

**Gli strumenti
giuridici per
conferire risorse**

**Interd./Amm.Sost.
Tutore /A.d.S.**

**Forme giuridiche di
amministrazione**

Lasciti testamentari
**Sostituzione
Fidecommissaria**
Donazioni
**Contratto di
mantenimento**
Atti di destinazione
Trust

**Fondazione
di Partecipazione**



Il soggetto capace

I riferimenti normativi :

- Art. 1 C.C. “Capacità giuridica”
- Art. 2 C.C. “Maggiore età. Capacità di agire”
- art. 13 Costituzione: *“la libertà personale è inviolabile”*
- art. 32 Costituzione: *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*
- art. 3 Carta di Nizza: *“ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge...”*

Il soggetto incapace

1. L'incapacità naturale

- L' inabilitazione
- L' interdizione
- L'amministratore di sostegno

Interdizione

- **Art. 414c.c. :*”il maggiore di età e il minore emancipato i quali si trovino in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare loro adeguata protezione”***

L'interdizione:

- **riguarda rapporti di tipo patrimoniale e personale ed ha come obiettivo la tutela della persona dell'incapace;**
- **determina una totale incapacità giuridica dell'interdetto, il quale viene sostituito in ogni suo atto dal tutore;**
- **attribuisce al tutore il potere di esprimere o rifiutare il consenso al trattamento terapeutico (*Corte App. Milano, caso Englaro*), ma solo dietro autorizzazione del Tribunale;**

Finalità della Legge 6/2004

- *"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."*

Amministratore di sostegno

- **Art. 404c.c. :** *“la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno”*

L'amministratore di sostegno:

- **ha come obiettivo la tutela delle persone, in tutto o in parte prive di autonomia, nell'espletamento delle incombenze della vita quotidiana;**
- **si interessa della cura della persona del beneficiario;**
- **agisce nei rigorosi limiti delle istruzioni impartite dal giudice e non nel rispetto della volontà dell'incapace.**

Legge 6/2004

Le origini

- **L. n.180 del 1978**
- **L. n. 104 del 1992**
- **L. n. 328 del 2000**
- **Si iscrive in questa linea evolutiva di tutela della dignità dell'uomo, di garanzia dei diritti delle persone, di promozione di più elevati livelli di uguaglianza**
- **Sistema costituzionale imperniato sulla centralità dei diritti e della dignità della persona (Artt. 2, 3, 38 Cost.)**

Il procedimento per la nomina dell'A.d.S.: aspetti generali

Ricorso al giudice tutelare

Entro
60
giorni

Art. 405 C.C.

Il giudice decide con decreto motivato immediatamente esecutivo, modificabile o integrabile in ogni tempo anche d'ufficio

Artt. 406, 417 C.C.

Il ricorso può essere presentato da:

- il beneficiario stesso;
- il coniuge;
- la persona stabilmente convivente;
- i parenti entro il 4° grado;
- gli affini entro il 2° grado;
- L'interdicendo o inabilitando
- il tutore o curatore;
- i responsabili dei servizi sanitari e sociali
- il pubblico ministero.

Art. 405 C.C.

Il decreto di nomina dell'A.S. deve contenere:

1. le generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno;
2. la durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato;
3. l'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario;
4. gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;
5. i limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità;
6. la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

Chi può essere nominato A.d.S. (art. 408 c.c.)

- il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella e comunque il parente entro il quarto grado
- il coniuge (purché non separato legalmente)
- la persona stabilmente convivente con l'interessato (novità assoluta)
- altre persone ritenute idonee dal giudice tutelare
- i legali rappresentanti dei soggetti *“di cui al Titolo secondo del Libro primo del Cod. Civ.”*
- divieto agli operatori dei servizi pubblici e privati che si prendono cura dell'interessato

- **Afferma il Prof.Cendon :**

“L’amministratore di sostegno è una figura da gestire coralmemente”

(operatori, giudice tutelare, amministratore di sostegno, persona beneficiaria dell’istituto giuridico).

IL RUOLO DEI SERVIZI

✓ Possibilità di ricorrere al Giudice Tutelare

Il nuovo art.406, comma 3, del Codice Civile recita:

“Il responsabile dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza alla persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l’apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all’art.407 o a fornire comunque notizia al pubblico ministero”

Le grandi questioni

- **Ambito applicazione: interdizione e amministrazione di sostegno**
- **La difesa tecnica**
- **Prestazione del consenso informato**
 - **Designazione e nomina anticipate**

Le grandi questioni

- **Il *discrimen* tra misure di protezione vecchie e nuove**
- **Cass. Civ. I, 12 giugno 2006, n.13584
(Pres. Luccioli, rel. San Giorgio)**
- **Cass. Civ. I, 22 aprile 2009, n.552
(Pres. Luccioli, rel. Panzani)**

Le grandi questioni

- *..... l'amministrazione di sostegno, si fa preferire non solo sul piano pratico, in considerazione dei costi meno elevati e delle procedure più snelle, ma altresì su quello etico-sociale, per il maggior rispetto della dignità dell'individuo*

Le grandi questioni

- *... Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa.*

Le grandi questioni

Ingresso in strutture

- **Eccettuati situazioni per le quali occorre un intervento provvisorio emergenziale**
- **Per un ricovero protratto o tendenzialmente definitivo di una persona in struttura protetta occorre:**
 - **o il consenso espresso (ed informato) della persona**
 - **o la nomina di AdS per chiedere l'ingresso o il permanere in tale struttura nell'ambito del progetto di sostegno**

Le grandi questioni

Il consenso informato (La Convenzione di Oviedo)

“Convenzione per la protezione dei diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano rispetto alla utilizzazione della biologia e della medicina: convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina”

Sottoscritta ad Oviedo dal Consiglio d’Europa il 19/11/1996 e ratificata dall’Italia con L. 27.3.2001, n.145

Le grandi questioni

Il consenso informato (La Convenzione di Oviedo)

Art. 5 “..un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato”

Le grandi questioni

Il consenso informato (La Convenzione di Oviedo)

Grazie alle elaborazioni effettuati dagli organi della categoria medica (Codice deontologico) ed ad uno sforzo sinergico compiuto dalla dottrina e giurisprudenza deve considerarsi acquisito il seguente principio:

Il consenso informato del paziente costituisce uno dei fondamenti del legittimo esercizio dell'attività medica

Le grandi questioni

Il consenso informato (La Convenzione di Oviedo)

Articolo 6 “...quando secondo la legge, un maggiorenne non ha, a causa di handicap mentale, di una malattia o di un motivo simile la capacità di dare il consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l’autorizzazione del suo rappresentante, dell’autorità o di persona o tutore designato dalla legge...”

Le grandi questioni

Il consenso informato (La Convenzione di Oviedo)

Il consenso dei prossimi congiunti con riferimento ad un soggetto naturalmente incapace non ha alcun valore giuridico data la natura strettamente personale dell'atto di prestazione del consenso

Le grandi questioni

Il consenso informato e le misure di contenzione

- **una prescrizione per essere valida dovrà essere preceduta dal consenso informato**
- **Rimane una pratica illegale laddove praticata senza il consenso del paziente**

Le grandi questioni

Il consenso informato e le misure di contenzione

- **quando la perdita di competenze è tale da rendere difficoltoso il coinvolgimento dell'anziano nell'iter decisionale**
- **È il medico a dover assumersi ogni responsabilità in merito**
 - *Art.40c.p. “non impedire un evento che si ha l’obbligo di impedire equivale a cagionarlo”*
 - *“Servizi di pubblica necessità” art.359 c.p. (implicano talora l’uso di violenza personale”*
 - *Art.54 stato di necessità – principio di proporzionalità*

Le grandi questioni

Il consenso informato e le misure di contenzione

- **responsabilità infermieristica**
- **necessità prescrizione medica con le seguenti regole:**
 - **registrazione in cartella clinica della :**
 1. *Motivazione circostanziata*
 2. *Durata del trattamento o della sua rivalutazione previa verifica;*
 3. *Tipo di contenzione e modalità da utilizzare (solo polsi, polsio e caviglie ecc)*

Le grandi questioni

- *Necessità della difesa tecnica?*
- **L'onere della difesa tecnica con limitato riguardo ai procedimenti di apertura e di chiusura dell'AdS di competenza del giudice tutelare**
- **- art.125, 1° comma c.p.c.**
- **- la disciplina normativa non precisa se le parti possono stare personalmente nei giudizi previsti dalla legge istitutiva dell'A.d.S.**

Le grandi questioni

- *Necessità della difesa tecnica?*
- *Dibattito dottrinale e contrasti nella giurisprudenza di merito*
- ***Affermato***
 - **richiamando quanto dispone l'art.82, comma 3° c.p.c.**
 - **osservando che la struttura e oggetto di tali procedimenti sono sostanzialmente affini ai giudizi di interdizione e inabilitazione (giudizi sullo status e sui diritti delle persone)**
- ***Negato***
 - **inquadramento nell'ambito della giurisdizione volontaria**
 - **(nettamente prevalente sia in giurisprudenza sia in dottrina)**

Le grandi questioni

- *Necessità della difesa tecnica?*
- **Il dibattito in corso:**
- **Cass. 29 novembre 2006, n.25366**
- **Indicazione carica di forte ambiguità:**
- **da una parte afferma il carattere meramente facoltativo del patrocinio nel procedimento di apertura**
- **dall'altra ne postula la necessità quando le misure abbiano contenuti tali da incidere sui diritti fondamentali della persona.**
- **pregiudizievoli elementi di incertezza**

Le grandi questioni

- **Il dibattito in corso:**
- **Corte Costituzionale**
- **Con l'ordinanza n.128 depositata il 19 aprile 2007 la Corte ha rigettato la richiesta di declaratoria di incostituzionalità della legge 6/04 nella parte in cui non prevede obbligatoriamente la presenza di un avvocato a difesa dei diritti fondamentali del beneficiario, avanzata dal giudice tutelare del Tribunale di Venezia, sez. Chioggia**
- **La Corte ha rigettato la richiesta, non perché l'abbia ritenuta infondata, ma perché l'ha ritenuta non sufficientemente motivata.**
- **Conseguenze**
- **Rimane disparità di orientamenti tra i diversi giudici**
- **La richiesta, riformulata con le precisazioni della Corte, può essere sempre ripresentata (probabilmente con esito positivo).**

La Fondazione di Partecipazione: possibili configurazioni

Avv. Massimo Bigoni

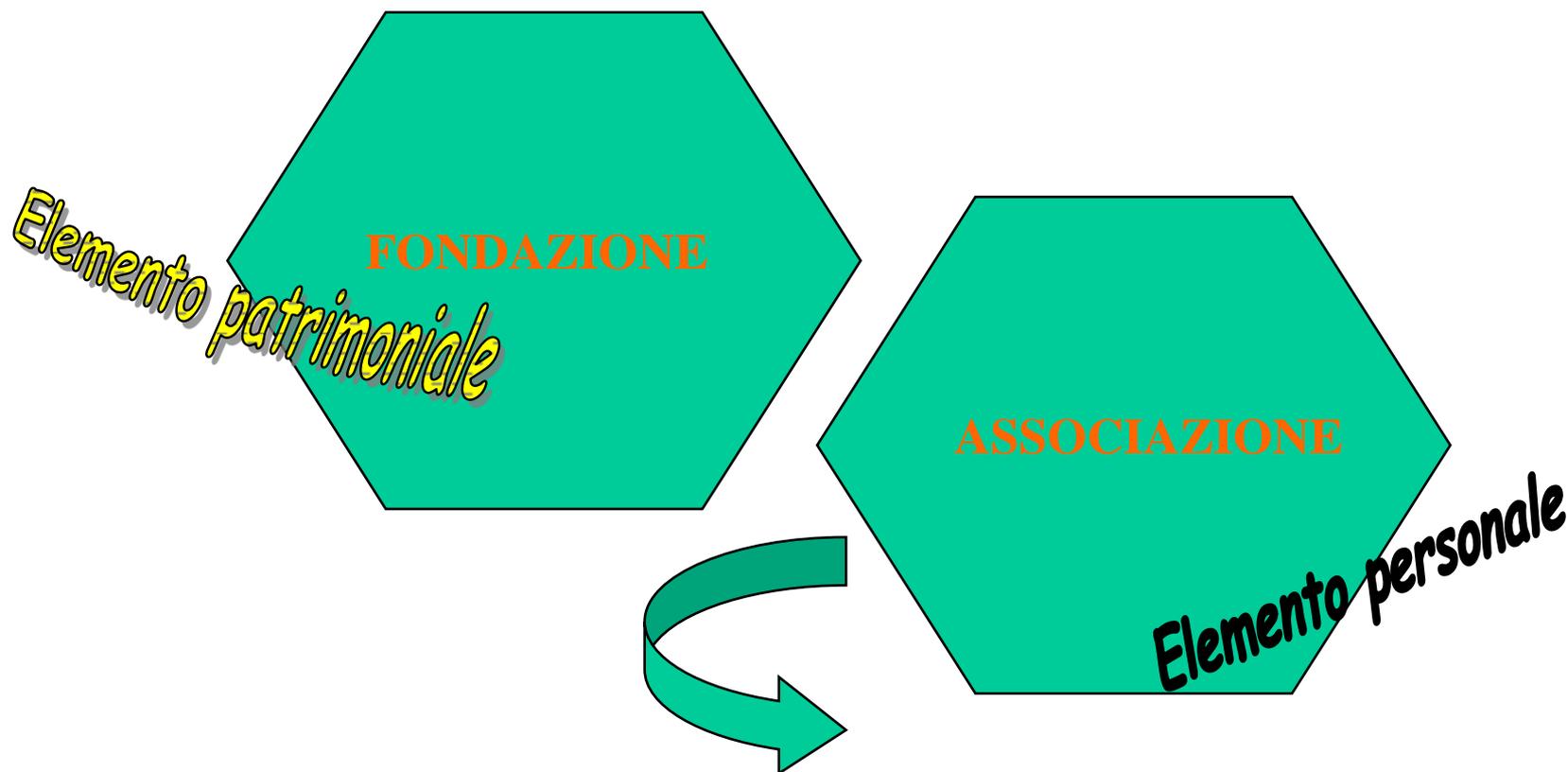
PREMESSA

- **La Fondazione di Partecipazione è un istituto giuridico di diritto privato che costituisce un modello italiano di gestione di iniziative nel non profit in genere ed oggi sempre più utilizzato a diversi livelli, vista la sua elasticità e duttilità ad adattarsi alle specifiche situazioni.**
- **E' un istituto senza scopo di lucro, al quale si può aderire apportando denaro, beni materiali o immateriali, professionalità o servizi.**

UN MODELLO DI SINTESI

LA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE

è SINTESI di:



Possibilità di nuove adesioni
(Fondatori e Partecipanti)

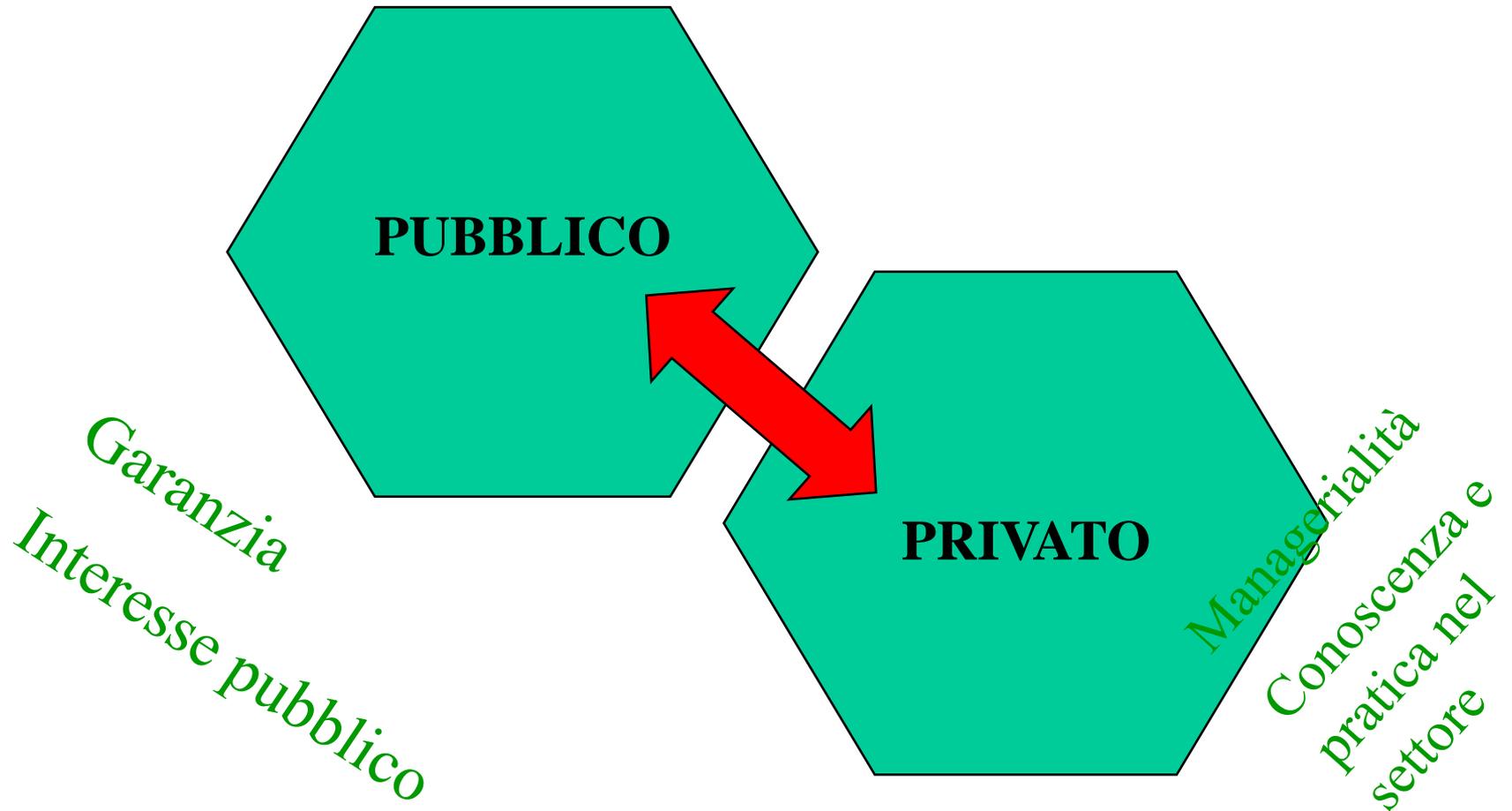
ELEMENTI CARATTERISTICI

- **Scopo deciso al momento della costituzione e imm modificabile nel tempo**
- **Pluralità di soggetti pubblici al fianco di soggetti privati che condividono le finalità apportandovi risorse**
- **Possibilità di aderire anche successivamente;**
- **Collettore delle risorse disponibili ottimizzandone l'impiego**

LA GOVERNANCE

- **Presenza di diverse categorie di membri, con diverse ipotesi di rappresentatività in Consiglio di amministrazione;**
- **Presenza di un organo di tipo assembleare che ha solo potere di indirizzo e talvolta di nomina di alcuni componenti negli organi**
- **La governance è assicurata dall'immutabilità dello scopo e dalla gestione dell'organo direttivo**

Fondazione di partecipazione



IL PATRIMONIO

Il patrimonio si forma progressivamente

Il patrimonio si compone di:

Fondo di dotazione

Patrimonio non spendibile

(Si possono spendere le rendite)

Denaro

Immobili

Diritti

Patrimonio a rendita

Partecipazione

Immobili

Diritti

Fondo di gestione

(Cassa)



I possibili scopi e attività della Fondazione

- **Scopi comuni:**
- Perseguire finalità di tutela e di solidarietà sociale nei confronti di persone con disabilità per il miglioramento della loro qualità di vita e per la sperimentazione di percorsi gradualmente di autonomia
- Permettere alle famiglie di decidere e vigilare
- Raccogliere e canalizzare le risorse pubbliche e private verso l'attività istituzionale
- Promuovere una cultura reale della disabilità e solidarietà attraverso la costruzione di una rete di relazioni

1° MODELLO (GESTIONALE)

Si privilegia:

- L'acquisizione, mantenimento e gestione di strutture e attività con particolare attenzione ai servizi residenziali o comunque sostitutivi della famiglia
- L'erogazione delle prestazioni possono essere affidati a soggetti di comprovata esperienza nel settore

2° MODELLO

(TUTELA E FINANZIAMENTO)

Si privilegia:

- Ruolo di catalizzatore ed evolutore(?) delle politiche sociali di intervento a favore delle persone con disabilità fisica, psichica e sensoriale dei Comuni (S.d.S) e di altre realtà pubbliche e private
- Iniziative dirette al riconoscimento giuridico e al rispetto effettivo delle esigenze e dei diritti delle persone con disabilità
- Tutela e destinazione delle dotazioni patrimoniali anche tramite finanziamenti di progetti
- Assunzione di incarichi di tutela e di amministrazione di sostegno ai sensi e per gli effetti di cui agli artt.354, 424 e 408 del codice civile o di appoggio agli stessi
- non eroga prestazioni né svolge direttamente o indirettamente attività gestionali

I membri della Fondazione

- **Fondatori promotori e Fondatori**

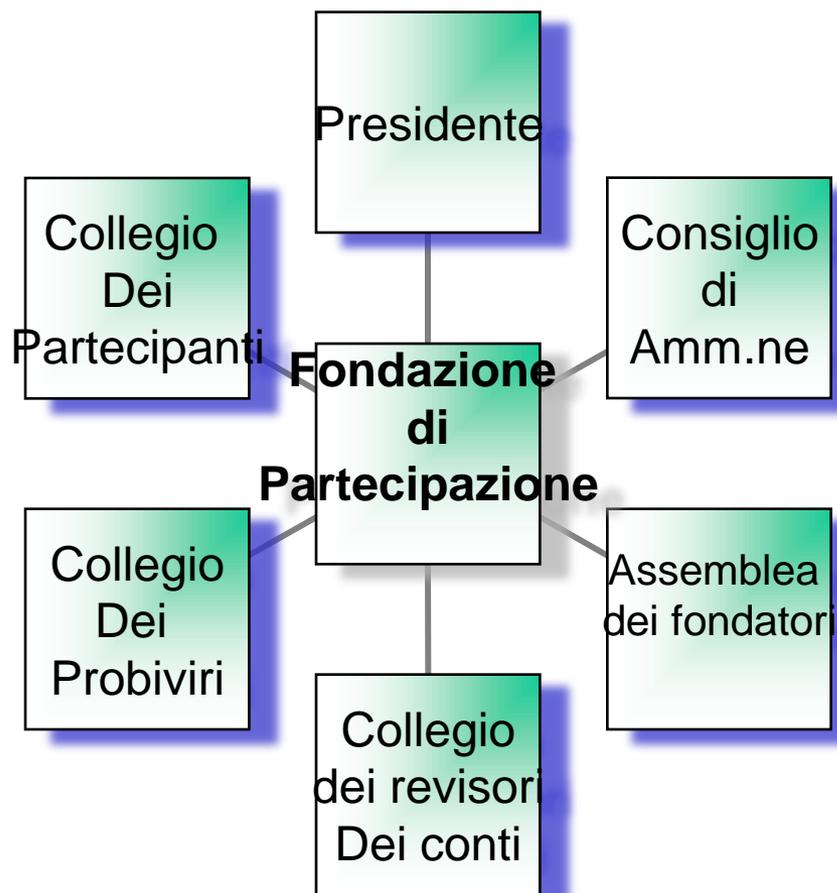
Nucleo forte della Fondazione, costituito dai soggetti promotori del progetto e da eventuali nuovi soggetti

Dotano la Fond. dei mezzi necessari al raggiungimento dello scopo

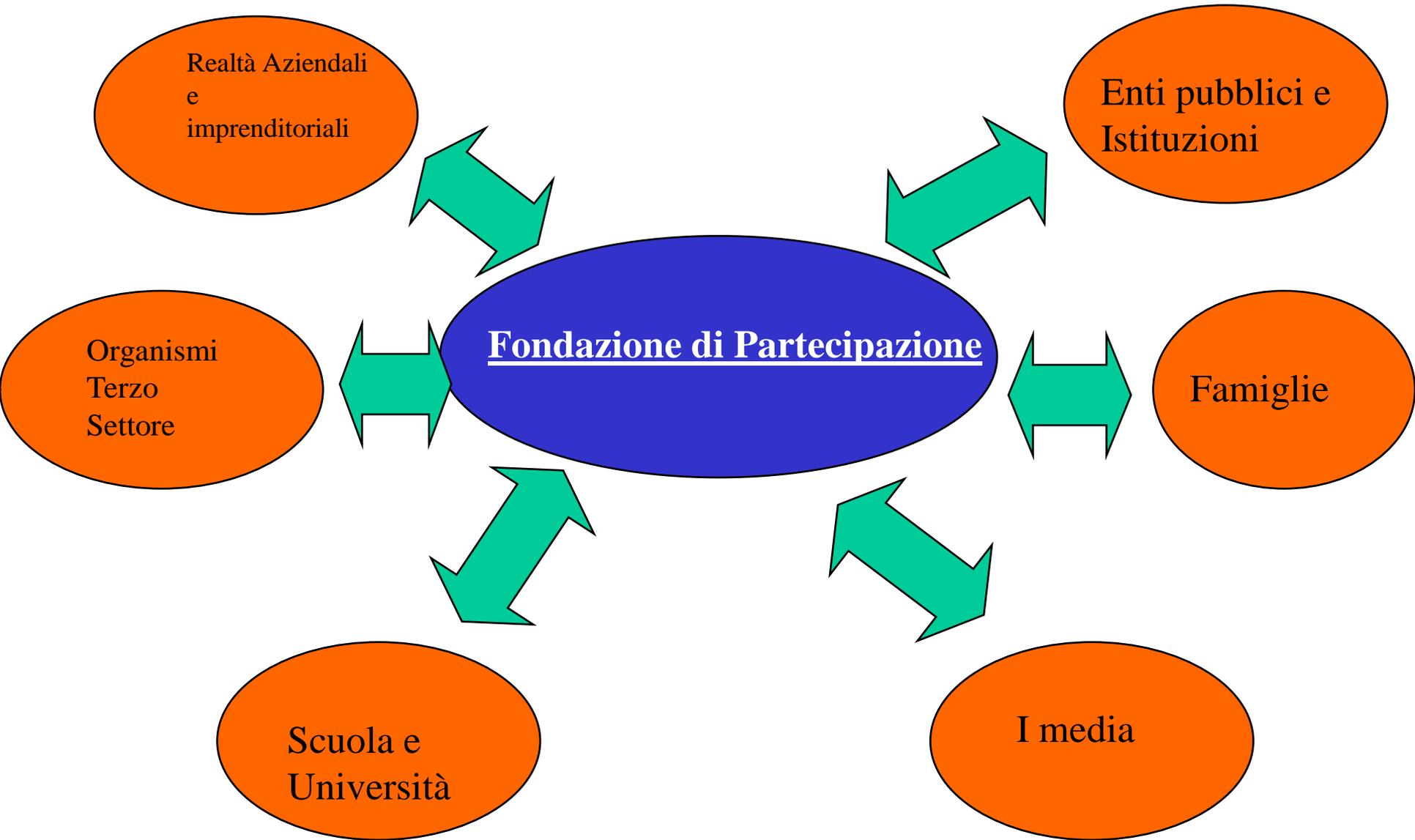
- **Partecipanti**

Persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private, che contribuiscano alla vita della fondazione mediante contributi in denaro, annuali o pluriennali

Un esempio di struttura degli organi della FONDAZIONE



Rete di relazioni



QUADRO GENERALE

La Famiglia

**Gli strumenti
giuridici per
conferire risorse**

**Interd./Amm.Sost.
Tutore /A.d.S.**

**Forme giuridiche di
amministrazione**

Lasciti testamentari
**Sostituzione
Fidecommissaria**
Donazioni
**Contratto di
mantenimento**
Atti di destinazione
Trust

**Fondazione
di Partecipazione**



LA FONDAZIONE

LE GARANZIE PER I FAMILIARI

- **Il fine statutario immodificabile**
- **Il controllo della Regione**
- **La presenza di enti pubblici**
- **Il collegio dei revisori dei conti**
- **Il collegio dei partecipanti**
- **Il “contratto”**
- **I comitati delle Famiglie**

LE GARANZIE PER I FAMILIARI

IL CONTRATTO

Sarà stipulato un “contratto” individualizzato con la persona disabile (ovvero il suo tutore legale o anche l’amministratore di sostegno)

Dovranno essere precisati:

- Tutti gli elementi contrattuali, economici, amministrativi**
- Gli aspetti relativi alle modalità e alla qualità della vita del disabile in tutto l’arco della sua esistenza**

Sintesi finale

Uno strumento giuridico atto a garantire:

- **La tutela del patrimonio che risulta vincolato ad un determinato scopo**
- **Un centro strategico e decisionale che consente di delineare i ruoli di soggetti pubblici e privati**
- **Garanzia per i beneficiari di una buona qualità della vita nel tempo**
- **La possibilità di definire i criteri di governo e di funzionamento della struttura complessiva**
- **L'opportunità di partecipazione attiva dei genitori finché sono in vita**
- **L'accesso ad agevolazioni fiscali specifiche**
- **L'opportunità di favorire il coinvolgimento della società civile e degli enti pubblici**

La Sostituzione Fedecommissaria

- **Art. 692 c.c. :**

“Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell’interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l’obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell’interdetto medesimo.”

IL CONCETTO DI TRUST

- Nella terminologia inglese la parola trust significa “affidamento”
- L’art. 2 della Convenzione dell’Aja sui trusts definisce il trust come:

“Per trust s’intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – 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”.

I SOGGETTI ESSENZIALI DEL TRUST

1. **Il settlor** (o disponente, o, ancora, costituente) che si spoglia di dati beni per trasferirli ad un altro soggetto detto *trustee*;
2. **Il trustee** che riceve detti beni per amministrarli, secondo le disposizioni impartitegli con l'atto istitutivo di trust (il c.d. *Trust Deed* o *Deed of Trust*), per:
 - A) ulteriori soggetti detti beneficiari (*beneficiaries*) del trust;
Oppure
 - B) uno scopo specifico stabilito dal *settlor*.

LA CARATTERISTICA DEL TRUST: LA SEGREGAZIONE

- **i beni conferiti in trust, e a questo fine trasferiti al trustee, non entrano a far parte del patrimonio personale del trustee. Ne deriva che:**
- **i beni del trust sono “segregati” in capo al trustee; e quindi**
 - a) **non sono soggetti alle pretese dei creditori personali del trustee;**
 - b) **non rientrano nel regime matrimoniale e/o successorio del trustee;**
 - c) **sono separati dal patrimonio del trustee per un’eventuale insolvenza o bancarotta di quest’ultimo.**

– ESEMPIO –

- *Il caso è il seguente:*

I genitori di un soggetto debole, disabile ex art. 3 della legge 104/1992, che presenta i requisiti per poter essere sottoposto ad interdizione o amministrazione di sostegno, intendono, nella preoccupazione per una loro premorienza all'incapace, provvedere per costui, ma non intendono affatto ricorrere alla procedura prevista dal Codice Civile.

I genitori del caso, potrebbero “segregare” in favore di un *trustee* terzo (o di loro stessi in qualità di *trustees*) alcuni beni immobili o utili del relativo patrimonio mobiliare per far fronte ai bisogni dell'incapace (vale a dire l'amministrazione del patrimonio, la cura e l'assistenza della persona).

SEGUE.....

- **Così facendo potrebbero specificare e disporre affinché:**
 - a) **le cure per il disabile siano prestate con un'assistenza diretta o in una casa famiglia e con divieto di ricovero in istituto di cura o assistenza;**
 - b) **la durata del trust non sia legata alla vita del trustee (si può disporre per la nomina di un altro trustee per l'ipotesi di premorienza dell'istituto);**
 - c) **il trustee possa, allorchè ciò si renda necessario ai fini di un'assistenza integrativa del disabile, alienare alcuni beni del trust, senza bisogno di alcuna autorizzazione giudiziale (ma, magari, quella di un protector designato con il trust deed), e ricavarne gli utili da utilizzare per lo scopo prestabilito.**

La Donazione modale

- **Art. 793 c.c. :**

“La donazione può essere gravata da un onere.

Il donatario è tenuto all’adempimento dell’onere entro i limiti del valore della cosa donata.

Per l’adempimento dell’onere può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso.

La risoluzione per inadempimento dell’onere, se preveduta nell’atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi.”

La Donazione modale

- *Esempio*

“ Tizio, padre di persona con disabilità che si chiama Sempronio, dona a Caio due appartamenti, onorando Caio di prendersi cura di Sempronio per tutto il resto della vita”

Domanda:

E se Caio, acquisiti i due appartamenti non ottempera all’obbligo e non si prende cura di Sempronio?

Contratto di mantenimento

- **Figura contrattuale atipica**
- *“... si può definire contratto di assistenza vitalizio l'accordo con il quale una parte, in corrispettivo del trasferimento di un immobile o della cessione di un capitale, si obbliga a fornire all'altra prestazioni alimentari od assistenziali, per tutta la durata della vita.”*
- *Non si tratta di un sottotipo di rendita vitalizia*
- *Si applica la disciplina di cui agli artt.1453 e ss. Cod.Civ.*

*“Dare a ciascuno congrui margini di
espansione del suo essere
Il tutto in chiave quanto più
espansiva, promozionale”.*

Prof. Cendon