

Legge sul “Dopo di noi” e strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale in capo ai privati: brevi riflessioni alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale

Luca Caianiello¹

SOMMARIO: 1. Finalità e oggetto della legge in breve. – 2. Il Fondo per l’assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare: un’opportunità per la sperimentazione di soluzioni innovative improntate sul principio di sussidiarietà. – 3. Gli strumenti di diritto privato e il connesso regime di agevolazione ed esenzione fiscale. – 4. I trusts, i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e i fondi speciali: dalla configurazione privatistica alla configurazione pubblicistica. – 5. I trusts, i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e i fondi speciali quali strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale in capo ai privati. – 6. I vincoli di destinazione funzionale e patrimoniale nella legge sul Dopo di noi. – 7. I vincoli di destinazione funzionale e patrimoniale nel prisma della sussidiarietà orizzontale. – 8. Gli strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale: tra opportunità ed incertezze del diritto positivo.

Abstract

Il presente contributo mira a ripercorrere i principali contenuti presenti nella legge 22 giugno 2016, n. 112, la c.d. “Legge sul Dopo di noi”, che ha innovato l’ordinamento interno, mediante la previsione di un complesso di misure specificamente concepite per la tutela del “disabile grave”, ex art. 3, co. 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104. In questa prospettiva, il lavoro tiene conto di due linee direttrici volte rispettivamente alla erogazione di finanziamenti pubblici per la promozione di soluzioni abitative massimamente “comunitarie” e alla promozione di strumenti e/o azioni di diritto privato, accompagnati da un regime fiscale di favore. Con riferimento a questi ultimi profili, comunque, il focus è incentrato sui trusts, sui vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e sui fondi speciali, disciplinati con contratto di affidamento fiduciario. In specie, l’indagine è tesa ad analizzare la configurazione pubblicistica sottesa a questi strumenti, desumibile dalla lettura della legge in esame, che si antepone, idealmente, alla classica configurazione privatistica, prevalente sul piano interno. Più in particolare, l’analisi degli istituti verrà condotta alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, onde scorgere, in ultimo, elementi di coerenza e di criticità rinvenibili nel diritto positivo.

¹ Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato, internazionale - curriculum "Diritto amministrativo europeo dell'ambiente" presso il Dipartimento di Scienze politiche, Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione, "Sapienza", Roma.

1. Finalità e oggetto della legge in breve

In linea generale, come si evince dalla lettura dell'art. 1, co. 1, la legge 22 giugno 2016, n. 112 (la c.d. "legge sul Dopo di noi") è volta a «favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità [grave ex art. 3, co. 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104]»², prive di sostegno familiare, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare³, dando applicazione ad importanti principi giuridici, rinvenibili sia nella Carta costituzionale – agli artt. 2, 3, 30, 32, 38 – sia sul piano sovranazionale, con particolare riferimento agli artt. 24 e 26 della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione» (rubricati rispettivamente «Diritti del bambino» e «Inserimento dei disabili») e agli articoli 3, nonché, più pragmaticamente, all'art. 19, co. 1, lett. a) della «Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità»⁴.

In particolare, il testo legislativo prefigura un complesso di «misure di assistenza, cura e protezione», tese, altresì, ad evitare fenomeni di c.d. "ospedalizzazione" ovvero "istituzionalizzazione", favorendo soluzioni "personalizzate", atte a riprodurre le

² Al riguardo, sembra opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 3, co. 1, l. n. 104/1992 «(è) persona handicappata 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 da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» e che, ai sensi del successivo comma 3 «(q)ualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, 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. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici».

³ Si noti che molti commentatori hanno rilevato che la legge è volta ad incidere su situazioni configurabili non soltanto a seguito della morte dei genitori, ma anche durante la vita degli stessi. In questo senso, si è parlato di "Dopo di noi" e "Durante noi". Tali formulazioni, tuttavia, appaiono criticabili, in quanto incentrate sul genitore piuttosto che sul disabile grave, che, in effetti, rappresenta il destinatario delle misure contemplate dalla legge. In coerenza con quanto sostenuto, G. Arconzo, *La legge sul «Dopo di noi» e il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità* in *Quaderni costituzionali*, 4, 2016, p. 789, afferma che «La formula "Legge sul Dopo di noi" [...] appare paradigmatica del modo con cui ancora oggi si affronta il tema dei diritti delle persone con disabilità. Essa testimonia come si faccia una certa fatica a considerare le persone con disabilità – a maggior ragione se si tratti di persone con gravi disabilità intellettiva o relazionale – titolari di diritti».

⁴ Si ricorda che la richiamata Convenzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, è stata ratificata dall'Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18. Al riguardo, inoltre, vale la pena di sottolineare l'importanza che sembra abbia assunto l'articolo 19 della richiamata Convenzione, rubricato «Vita autonoma ed inclusione nella comunità», ai fini del concepimento e della stesura della legge in commento. Per questa ragione appare utile riportarne integralmente il contenuto. «Gli Stati Parti di questa Convenzione riconoscono l'eguale diritto di tutte le persone con disabilità a vivere nella comunità, con la stessa libertà di scelta delle altre persone, e prendono misure efficaci e appropriate al fine di facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità di tale diritto e della piena inclusione e partecipazione all'interno della comunità, anche assicurando che: a) le persone con disabilità abbiano la possibilità di scegliere, sulla base di eguaglianza con gli altri, il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere e non siano obbligate a vivere in una particolare sistemazione abitativa; b) le persone con disabilità abbiano accesso ad una serie di servizi di sostegno domiciliare, residenziale o di comunità, compresa l'assistenza personale necessaria per permettere loro di vivere all'interno della comunità e di inserirsi al suo interno e impedire che esse siano isolate o vittime di segregazione; c) i servizi e le strutture comunitarie destinate a tutta la popolazione siano messe a disposizione, su base di eguaglianza con gli altri, delle persone con disabilità e siano adatti ai loro bisogni».

condizioni abitative e relazionali della “casa familiare”, ritenute, oramai, maggiormente idonee per la tutela (dei diritti) del disabile (anche) grave⁵.

2. Il Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare: un'opportunità per la sperimentazione di soluzioni innovative improntate sul principio di sussidiarietà

Per far fronte a queste esigenze, la legge prevede due distinte linee di intervento.

Nel primo caso, rileva l'istituzione di un «Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare» (il «Fondo») a copertura del triennio 2016-2018, per un ammontare pari a 90 milioni di euro per l'anno 2016, 38, 3 milioni di euro per l'anno 2017 e 56, 1 milioni a decorrere dal 2018. Come esplicitato all'art. 4, co. 1 «il Fondo è destinato all'attuazione degli obiettivi di servizio di cui all'articolo 2, comma 2 [da definire mediante apposito decreto]»⁶ e, più specificamente, è concepito per: «a) favorire percorsi di deistituzionalizzazione e di supporto alla domiciliarità in abitazioni o gruppi-appartamento che riproducano le condizioni abitative e relazionali della casa familiare»; b) «realizzare, ove necessario e, comunque, in via residuale [...] interventi per la permanenza temporanea in una soluzione abitativa extrafamiliare per far fronte ad eventuali situazioni di emergenza»; c) «realizzare interventi innovativi di residenzialità per le persone con disabilità grave di cui all'articolo 1, comma 2, volti alla creazione di soluzioni alloggiative di tipo familiare e di *co-housing*⁷; d) sviluppare, ai fini di cui alle lettere a) e c), programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile delle persone con disabilità grave».

⁵ In particolare, si vd. quanto dispone l'art. 1, co. 2, l. n. 112/2016.

⁶ Al riguardo, giova precisare che, ai sensi dell'art. 2, co. 2, l. n. 112/2016 «(n)elle more del completamento del procedimento di definizione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, definisce con proprio decreto, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, gli obiettivi di servizio per le prestazioni da erogare ai soggetti di cui all'articolo 1, comma 2, nei limiti delle risorse disponibili a valere sul Fondo di cui all'articolo 3». In realtà, come si evince dalla «Prima relazione sullo stato di attuazione della legge 22 giugno 2016, n. 112 “disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare.” Anno 2016-2017», p. 6-7, ai fini della elaborazione del richiamato decreto «occorrerà previamente acquisire informazioni sulla platea dei beneficiari, necessarie alla stima e alla definizione del fabbisogno, attualmente non disponibili e per tali finalità saranno evidentemente considerati gli interventi realizzati dalle regioni in attuazione degli indirizzi programmatici di riferimento». In proposito, sembra utile riprendere le parole di S. Rossi, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma in Rivista Aic*, 2, 2017, p. 40, il quale, in particolare, ha sostenuto che «pare contraddittorio che gli obiettivi di servizio per le prestazioni da erogare ai destinatari dei provvedimenti in esame vengano istituiti prima della definizione di un quadro normativo in relazione alla determinazione dei Lep relativi all'intera area della disabilità che necessiterebbe invece di poggiare su un sistema strutturato di diritti soggettivi e relative prestazioni offerte agli utenti fragili».

⁷ Stando sempre a quanto prevede la richiamata disposizione di legge, siffatte soluzioni «possono comprendere il pagamento degli oneri di acquisto, di locazione, di ristrutturazione e di messa in opera degli impianti e delle attrezzature necessari per il funzionamento degli alloggi medesimi, anche sostenendo forme di mutuo aiuto tra persone con disabilità».

Ne consegue che, da questo punto di vista, la legge favorisce, anzitutto, la messa a punto di soluzioni “individualizzate”, “comunitarie”, nonché “innovative”, volte, in particolare, a scongiurare fenomeni di segregazione delle persone con disabilità grave, ammettendo, inoltre, ipotesi alloggiative “extrafamiliari”, solo in via eccezionale e temporanea.

Per quanto concerne le misure di assistenza, cura e protezione a carico del Fondo, inoltre, la legge impone che, mediante decreto ministeriale, vengano definiti idonei requisiti di accesso e ripartite le connesse risorse su scala regionale⁸. In particolare, dall’analisi dell’atto ministeriale⁹, traspare che, con riferimento al primo aspetto, gli interventi destinati ai disabili gravi siano preceduti da una “valutazione multidimensionale” ex art. 2, necessaria ai fini della definizione del progetto individuale personalizzato di cui all’art. 14, l. 8 novembre 2000, n. 328¹⁰; con riferimento al secondo aspetto, invece, emerge un criterio allocativo basato sulla «quota di popolazione regionale nella fascia d’età 18-64 anni, secondo i dati Istat sulla popolazione residente», da ritenere, nondimeno, inadeguato ai fini di un’equa ripartizione delle risorse, che, di contro, dovrebbe essere calibrata – molto probabilmente – sulla quota di popolazione regionale con disabilità grave.

Quanto ai profili organizzativi, si consideri che, ai sensi dell’art. 3, co. 3, l. n. 112/2016, spetta alle regioni adottare indirizzi di programmazione e definire i criteri e le modalità per l’erogazione dei finanziamenti, nonché le connesse forme di pubblicità, le modalità per la verifica dell’attuazione delle attività svolte e le ipotesi di revoca dei finanziamenti. Cionondimeno, l’art. 4, co. 2, l. n. 112/2016, prevede che, ai fini del finanziamento dei programmi e all’attuazione degli interventi poc’anzi richiamati, possano partecipare soggetti pubblici, vale a dire le regioni e gli enti locali e soggetti privati, ossia gli enti del terzo settore «nonché altri soggetti di diritto privato con comprovata esperienza nel settore dell’assistenza alle persone con disabilità e le famiglie che si associano per le finalità di cui all’articolo 1»; sempre l’art. 4, co. 2, l. n. 112/2016, inoltre, prevede che, nell’ambito delle attività di programmazione, partecipino anche le organizzazioni di rappresentanza delle persone con disabilità.

Da ciò se ne deduce, in particolare, che, con riferimento ai profili di programmazione e attuazione degli interventi contemplati all’art. 4, co. 1, la legge sul Dopo di noi non predetermina le condizioni mediante le quali i rapporti pubblici e privati devono manifestarsi, costituendo, in tal senso, un’opportunità per la sperimentazione di soluzioni innovative, dirette al perseguimento di finalità solidaristiche, improntate

⁸ In particolare, ai sensi dell’art. 3, co. 2, l. n. 112/2016, l’adozione del decreto è di spettanza del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Mef e con il Ministero della salute, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

⁹ Ci si riferisce al decreto 23 novembre 2016, recante «Requisiti per l’accesso alle misure di assistenza, cura e protezione a carico del Fondo per l’assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare, nonché ripartizione alle Regioni delle risorse per l’anno 2016». Per completezza, sembra il caso di ricordare che, con decreto interministeriale del 21 luglio 2017, si è proceduto, altresì, a ripartire le risorse assegnate al Fondo per l’anno 2017, (art. 1), fermo restando quanto previsto nel precedente decreto del 2016 (art. 2).

¹⁰ Ci si riferisce alla «Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali».

sull'applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà sia verticale che orizzontale¹¹.

3. Gli strumenti di diritto privato e il connesso regime di agevolazione ed esenzione fiscale

Come accennato, al fine di tutelare la posizione del disabile grave, il legislatore, oltre a prevedere l'istituzione del Fondo, traccia una linea d'intervento differente, favorendo, in specie, il ricorso a strumenti e/o azioni di matrice privatistica – vale a dire erogazioni liberali da parte dei privati (siano esse in denaro ovvero in natura); la stipula di polizze assicurative; la costituzione di *trusts*, nonché di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. e di fondi speciali, composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario, anche a favore di enti del terzo settore, che operano prevalentemente nel settore della beneficenza di cui all'art. 5, co. 1, lett. u), d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (il c.d. "Codice del Terzo settore") – e, specularmente, a meccanismi di agevolazione ed esenzione fiscale¹².

4. I trusts, i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e i fondi speciali: dalla configurazione privatistica alla configurazione pubblicistica

In tale ambito, comunque, sembra utile focalizzare l'attenzione sui *trusts*, sui vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e sui fondi speciali, composti da beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario¹³.

Come noto, si tratta di figure giuridiche che hanno suscitato ampi dibattiti in ambito dottrinario e giurisprudenziale sia prima che dopo l'entrata in vigore della l. n. 112/2016, specie in ordine a profili di natura civilistica e tributaria. In questa sede, tuttavia, occorre indugiare sulla configurazione pubblicistica di tali strumenti,

¹¹ In effetti, l'art. 4, co. 2, l. n. 112/2016, che si limita a contemplare, genericamente, il "principio di sussidiarietà", induce a ritenere applicabile tanto il principio di "sussidiarietà verticale" quanto il principio di "sussidiarietà orizzontale", con riferimento al richiamo, da un lato, alle «rispettive competenze», che sembrano massimamente imputabili alle autorità pubbliche, dall'altro, alla possibile compartecipazione pubblico-privata.

¹² Lo si evince, in particolare, da una lettura combinata dell'art. 3, co. 3 e artt. 5 e 6, l. n. 112/2016.

¹³ Al riguardo, peraltro, sembra il caso di rammentare che, dal punto di vista del diritto positivo, il *trust* è disciplinato dalla "Convenzione relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento", adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, ratificata mediante la l. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992; i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. sono stati introdotti mediante il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51; i fondi speciali, disciplinati mediante contratto di affidamento fiduciario, in ultimo, come sottolineato da N. Atlante e L. Cavalaglio, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge "Dopo di noi": una nuova ipotesi di patrimonio separato?* in *Rivista del Notariato*, 2, 2017, dischiudono «una nuova figura, creata proprio dalla legge in esame». Cionondimeno, occorre, anche, rammentare che la figura di contratto di affidamento fiduciario, sottesa ai fondi speciali, ha trovato una compiuta teorizzazione, già prima della l. n. 112/2016, da parte di Maurizio Lupoi. Al riguardo, si cfr., in particolare, M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2014. Per avere contezza della pluralità di fattispecie giuridiche ascrivibili al contratto di affidamento fiduciario, inoltre, si vd. E. Corallo, *Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile in Trusts e attività fiduciarie*, 5, 2013, in part. p. 502, ove si richiama il contratto atipico, il contratto tipico, il mandato con clausole atipiche, il negozio fiduciario *sui generis*, il contratto di affidamento fiduciario.

desumibile dalla lettura della l. n. 112/2016, che si antepone, idealmente, alla configurazione privatistica, prevalente sul piano interno¹⁴.

5. I trusts, i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e i fondi speciali quali strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale in capo ai privati

In questa prospettiva, tuttavia, si ritiene utile, dapprima, cogliere i principali profili di comunanza sottesi alle tre figure di diritto privato, seguendo, tra l'altro, l'impostazione accolta anche dal legislatore nazionale¹⁵.

Al riguardo, basti ricordare che i *trusts*, i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e i fondi speciali, disciplinati con contratto di affidamento fiduciario, prefigurano, tendenzialmente, un rapporto trilaterale, ove un soggetto – che può essere definito, rispettivamente, disponente ovvero *settlor*, costituente e fiduciante – trasferisce dei beni e/o riconosce dei diritti di cui è titolare originariamente in capo ad un altro soggetto – che può essere definito, in ordine, *trustee*, gestore e fiduciario – chiamato ad assicurarne l'utilizzo ovvero l'esercizio al solo scopo di perseguire un obiettivo specifico e/o al fine di favorire un beneficiario. Le finalità sottese ai tre istituti, inoltre, si concretano soprattutto mediante la segregazione del patrimonio dei beni vincolati, che rimane distinto dal patrimonio del *trustee*, gestore o fiduciario, scongiurando eventuali rivendicazioni da parte di terzi¹⁶.

In tal senso, dunque, i *trusts*, i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e i fondi speciali, disciplinati mediante contratto di affidamento fiduciario, sembrano prefigurare,

¹⁴ Al riguardo, si precisa che le due configurazioni sono connotate dal punto di vista funzionale: nel primo caso, infatti, gli strumenti risultano volti essenzialmente al soddisfacimento di interessi pubblici; nel secondo, invece, al soddisfacimento di interessi privati. In ordine alla classica configurazione privatistica, inoltre, sembra utile ricordare che tali strumenti risultano utilizzati con riferimento a settori e/o ambiti settoriali eterogenei (in ambito societario, assistenziale, etc.).

¹⁵ In effetti, occorre ricordare che la l. n. 112/2016 (si vd., in particolare, l'art. 1, co. 3 e, soprattutto, l'art. 6) reca una disciplina uniforme in ordine a queste tre figure giuridiche. Al riguardo, peraltro, è stato anche notato che «il legislatore, pur avendo individuato tre figure negoziali distinte, delinea una disciplina che potremmo definire di “cornice”, che consente loro di *dialogare* come non mai. Se è vero, infatti, che dal punto di vista formale le disposizioni dell'art. 6 sono dettate al solo fine di accedere al trattamento fiscale di favore, nondimeno è innegabile che esse forniscono una - anche se indubbiamente non esaustiva - disciplina, che però è sostanzialmente *identica* per tutte e tre le figure negoziali. Così come è *identico* il loro trattamento tributario» (si vd. Studio n. 3-2017/C, *La legge 112/16 sul Dopo di noi: impressioni, proposte*, approvato dalla commissione studi civilistici il 15/03/2017).

In ordine alle differenze tra le richiamate figure, con particolare riferimento ai contributi dottrinari successivi alla entrata in vigore della legge sul Dopo di noi, si vedano, ad esempio, le riflessioni elaborate da N. Atlante e L. Cavalaglio, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge “Dopo di noi”: una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, cit.

¹⁶ Tali considerazioni sembrano trovare sostanziale conferma in ambito dottrinale. Cionondimeno, soprattutto con riferimento alla configurazione dei rapporti sottesi a queste tre figure, sussistono delle eccezioni. Ad esempio, proprio con riferimento alla l. n. 112/2016, è contemplata anche la figura del “guardiano” (su cui si vd. *infra*); con specifico riferimento ai *trusts*, invece, paiono significative le parole di M. Lupoi, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 2, il quale afferma, chiaramente, che «non è vero che un *trust* coinvolga [necessariamente] tre soggetti». In effetti, come meglio specificato dall'Autore in M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 17, «i soggetti coinvolti in un *trust* espressamente istituito sono da uno a quattro: il *trustee*, il disponente (il quale coincide con il *trustee* nei *trusts* autodichiarati), i beneficiari [...], il guardiano (quando ritenuto necessario)».

in linea di massima, dei vincoli e/o strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale per il perseguimento di finalità privatistiche (lecite), azionabili da parte dei privati.

6. I vincoli di destinazione funzionale e patrimoniale nella legge sul Dopo di noi

Ciò chiarito, occorre, ora, focalizzare l'attenzione sul dato positivo.

Con la legge in esame, il legislatore favorisce il ricorso a questi istituti, mediante la messa a punto di un regime fiscale di favore, condizionandone, nondimeno, l'operatività al rispetto di determinate condizioni.

Come stabilito dall'art. 6, l. n. 112/2016, infatti, i *trusts*, i vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. o, ancora, i fondi speciali disciplinati mediante contratto di affidamento fiduciario perseguono, come finalità esclusiva, l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza del disabile grave (co. 2). In altre parole, le persone con disabilità grave risultano gli esclusivi beneficiari di questi istituti (co. 3, lett. d)). La legge, poi, sancisce ulteriori condizioni. A tal riguardo, occorre ricordare che l'istituzione del *trust* ovvero la costituzione del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. oppure la stipula del contratto di affidamento fiduciario trovano realizzazione mediante atto pubblico (co. 3, lett. a)), il quale, nondimeno, identifica, in modo chiaro e univoco, i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli, descrive le funzionalità e i bisogni specifici della persona con disabilità grave e indica le connesse attività assistenziali necessarie (co. 3, lett. b)). Con l'atto pubblico, inoltre, sono individuati rispettivamente gli obblighi del *trustee*, del fiduciario e del gestore, così come i connessi obblighi e le modalità di rendicontazione (co. 3, lett. c)), i termini di durata – che, comunque, si concludono, per espressa previsione legislativa, con il decesso del beneficiario (co. 3, lett. g)) – e la destinazione del patrimonio residuo (co. 3, lett. h). Infine, giova rammentare che, ai sensi dell'art. 6, co. 3, lett. f), l. n. 112/2016, la classica configurazione trilaterale risulta arricchita di una quarta figura, ossia il soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte, da intendere quale “guardiano”¹⁷, chiamato ad esercitare funzioni di vigilanza e controllo (invero piuttosto delicate) sulla condotta dei soggetti gestori, nell'esclusivo interesse dei beneficiari.

Da quanto emerso, sembra dunque possibile sostenere che queste tre figure giuridiche di diritto privato risultano attratte nell'orbita pubblicistica soprattutto mediante l'individuazione di un vincolo di funzione, teso ad assicurare l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza del disabile grave.

¹⁷ Si noti che l'espressione “guardiano” è stata utilizzata da Maurizio Lupoi, con specifico riferimento all'istituto del *trust*. Al riguardo, si vd., in particolare, M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust*, cit., p. 23, il quale identifica questa figura come «il soggetto al quale il disponente ha attribuito poteri che avrebbe potuto ritenere per sé, principalmente di vigilanza sul, e di cooperazione con, il *trustee*». Per un approfondimento sulla figura del guardiano, si rimanda alla lettura delle successive pagine 61-64 presenti nel testo appena richiamato.

7. I vincoli di destinazione funzionale e patrimoniale nel prisma della sussidiarietà orizzontale

Più in generale, comunque, il legislatore del 2016 sembra concepire i *trusts*, i vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* e i fondi speciali, disciplinati con contratto di affidamento fiduciario, quali strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale essenzialmente orientati al soddisfacimento di interessi generali, in coerenza con il dettato di cui all'art. 118, co. 4, Cost.¹⁸. In altri termini, da questo punto di vista (e non solo)¹⁹, la legge sul Dopo di noi valorizza il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, prefigurando, al contempo, scenari applicativi diversificati²⁰.

In questa prospettiva, si consideri, anzitutto, l'esempio (tipico) del genitore che, mediante la costituzione di un "*trust* autodichiarato"²¹, si impegna nei confronti del proprio figlio (disabile grave), vincolando, a tal fine, una determinata somma di denaro e/o un determinato bene immobiliare²². Si noti, che, in questo caso, la legge riconosce come "sussidiarie" attività tradizionalmente ascrivibili alla sfera privatistica, ampliando, in questo senso, il novero dei soggetti normativamente chiamati al perseguimento di interessi generali. Più in particolare, la legge sembra intercettare il valore – incommensurabile – sotteso alle attività di cura del disabile che trovano realizzazione in

¹⁸ Lo si evince, in particolare, dalla lettura combinata degli artt. 1, co. 3 e 6, co. 2, l. n. 112/2016.

¹⁹ In effetti, il principio di sussidiarietà orizzontale è deducibile – come visto *supra* § 2 – anche dalla lettura dell'art. 4, co. 2, l. n. 112/2016; esso, inoltre, è invocabile con riferimento ai profili di esenzione e agevolazione fiscale appositamente connessi all'utilizzo delle tre figure giuridiche di diritto privato oggetto di indagine (si vd. in part., l'art. 6, co. 2, l. n. 112/2016).

²⁰ D'altra parte, con specifico riferimento alla disciplina dei tre istituti in esame, contenuta nella l. n. 112/2016, viene subito alla mente il principio di sussidiarietà orizzontale (il quale, tuttavia, non risulta espressamente contemplato). Con la legge sul Dopo di noi, infatti, lo Stato centrale, in coerenza con quanto disposto all'art. 118, co. 4, Cost., favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini, intenzionati a destinare determinati beni e/o a riconoscere taluni diritti in capo ad un altro soggetto, per lo svolgimento di (ovvero svolgendo) attività pubblicistiche e/o di interesse generale, che attengono, in particolare, alla cura del disabile.

²¹ In ordine alla applicabilità sul piano interno del *trust* autodichiarato, si pronunciano diversi commentatori (si vd., ad esempio, recentemente, A. Tonelli, *I negozi di separazione patrimoniale tra vincoli e opportunità della novella legislativa* in occasione della relazione al convegno "*Il Trust: una nuova soluzione al Dopo di noi*", Genova, 31 marzo 2017 in www.osservatoriofamiglia.it), sebbene permangono indirizzi giurisprudenziali di segno contrario (si vd., in particolare, quanto emerso nelle sentenze datate 4 novembre 2015 e 13 ottobre 2015 adottate rispettivamente dai tribunali di Bergamo e di Monza). Ad ogni modo, sembra utile specificare che con l'espressione "*trust* autodichiarato" ovvero "dichiarazione unilaterale di *trust*" è possibile identificare una «particolare fattispecie di atto istitutivo, caratterizzata dal vincolare in *trust* situazioni soggettive che appartengono al disponente, il quale ne diviene *trustee*» (in questi termini si esprime M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust*, cit., p. 23). Si noti, peraltro, che, come rilevato da A. Tonelli, *I negozi di separazione patrimoniale tra vincoli e opportunità della novella legislativa*, cit. «nel mondo del Dopo di noi, molto spesso si deve fare i conti con il *trust* autodichiarato perché è quello più richiesto». [Difatti], (t)ipicamente il genitore o familiare stretto del disabile richiede di poter essere lui, perché lo fa da sempre, quello che possa continuare ad occuparsi non solo della persona debole ma anche del patrimonio che serve al suo mantenimento».

²² In ordine alla estensione oggettuale degli istituti in esame, peraltro, sembra utile ricordare che i *trusts*, nonché i fondi speciali, disciplinati mediante contratto di affidamento fiduciario, risultano idonei ad involgere qualsiasi tipologia di beni (denaro, beni immobili, mobili, etc.), a differenza dei vincoli di destinazione *ex art. 2645 c.c.*, che, invece, contemplan solamente i beni immobili e i beni mobili iscritti in pubblici registri, per espressa previsione normativa.

ambito domestico e familiare, confermando, in tal senso, la necessità e opportunità di sviluppare un nuovo modello di società²³.

Un secondo esempio potrebbe essere rappresentato dalla costituzione di un fondo speciale, disciplinato con contratto di affidamento fiduciario, mediante il quale alcuni soggetti privati si impegnano a destinare determinati beni in capo ad un ente del terzo settore, che opera esclusivamente in funzione delle esigenze del disabile grave. Qui, il principio di sussidiarietà opera su due piani distinti, con un'intensità, peraltro, differente. In particolare, con specifico riferimento all'istituto in esame – vale a dire il fondo speciale, disciplinato mediante contratto di affidamento fiduciario – il principio in parola sembra sostanzialmente orientato a corroborare forme di mecenatismo, caratterizzate da una dazione unilaterale ed estemporanea da parte dei privati. Al contempo, il principio opera anche “di riflesso”, mediante l'ente del terzo settore, sollecitato dai privati, trovando, in questo caso, piena applicazione²⁴.

In ultimo, si consideri l'esempio di alcuni genitori che, mediante la costituzione di un “*trust* autodichiarato”, decidono di destinare determinati beni e di impegnarsi attivamente per l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza non solo del proprio figlio – come nel caso precedente – ma anche di altri ragazzi con disabilità grave, realizzando, in tal modo, finalità solidaristiche. Anche in questo caso, sembra emergere con sufficiente chiarezza la piena applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale²⁵.

Insomma, questa breve (e solo parziale) rassegna disvela le potenzialità insite nella disciplina concernente gli istituti in esame, contenuta nella legge n. 112/2016, in ordine alla valorizzazione di iniziative sussidiarie, tese, in ultimo, alla cura del disabile grave.

8. Gli strumenti di destinazione funzionale e patrimoniale: tra opportunità ed incertezze del diritto positivo

Volendo formulare alcune riflessioni conclusive, con particolare riferimento ai più volte richiamati strumenti di destinazione funzionale, delineati nella legge sul Dopo di noi, emergono aspetti di pregio – in parte posti in evidenza – ma anche profili di criticità, che vale la pena di riassumere.

²³ Ci si riferisce, in particolare, al concepimento di una vera e propria “società della cura”, così come teorizzata da G. Arena, *La società della cura e il valore politico dei piccoli gesti quotidiani* in *Labsus.it*, 2018, a fronte delle riflessioni scaturite dalla lettura di A. Marinelli, *La città della cura, Ovvero, perché una madre ne sa più dell'urbanista*, Liguori, 2015.

²⁴ D'altra parte, come rilevato da F. Giglioni, *Sussidiarietà e terzo settore*, in *Astrid*, 2002, p. 1 «è proprio nell'ambito dell'azione del terzo settore che il principio della sussidiarietà orizzontale trova la sua più piena affermazione». Sempre con riferimento alle attività del terzo settore, inoltre, sembra utile ricordare che, recentemente, con l'adozione del Codice del Terzo settore, il principio di sussidiarietà orizzontale ha trovato piena applicazione (in questi termini si esprime G. Arena, *Codice del Terzo Settore, volontari e beni comuni* in *Labsus.it*, 2017).

²⁵ In effetti, nel caso di specie, sembrano trovare conferma gli elementi indispensabili ai fini di un'applicazione piena e/o estensiva del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, in quanto i cittadini *alias* gruppo di genitori si attivano autonomamente per finalità civiche e solidaristiche, nonché estranee a logiche di mercato, configurando un rapporto tendenzialmente paritario tra pubblico e privato, che si antepone, da un punto di vista ideale, al classico paradigma bipolare. Quanto espresso lo si deduce, in particolare, dalla lettura di G. Arena, *I nuovi soggetti della sussidiarietà*, in *Labsus.it*.

In via preliminare, tuttavia, sembra il caso di indugiare brevemente in ordine alla trasposizione dei richiamati strumenti privatistici di destinazione funzionale in ambito pubblicistico. Ebbene, se si prende atto (semplicemente) della scelta compiuta dal legislatore, escludendo, dunque, il possibile vaglio di opzioni alternative, non emergono particolari problemi in proposito, dato che, come risaputo «diritto privato e diritto amministrativo sono stati sempre legati»²⁶, dando luogo, peraltro, a rilevanti fenomeni di ibridazione (si pensi – per fare un esempio di scuola – ai contratti pubblici), che, pertanto, non sembrano escludibili neanche nel caso di specie²⁷.

Quanto poi agli aspetti da tenere debitamente in conto, rintracciabili nella l. n. 112/2016, rileva, anzitutto – come già in parte rammentato – la promozione del principio di sussidiarietà orizzontale. In effetti, anche a prescindere dai profili di agevolazione e esenzione fiscale connessi alla promozione dei richiamati strumenti di destinazione funzionale, che pure risultano rimarchevoli, in linea generale, la legge suscita interesse, in quanto favorisce un ampio ventaglio di iniziative ascrivibili alle diverse forme di cittadinanza, orientate alla tutela della posizione del disabile grave. In questo senso, peraltro, emergono le potenzialità espansive del principio di sussidiarietà orizzontale, che si dimostra idoneo finanche alla legittimazione di interventi di cura (latamente intesa) promossi a favore del disabile grave, tradizionalmente ascrivibili alla sfera privatistica ovvero, più significativamente, alla sfera domestica e familiare.

Cionondimeno, dal punto di vista strettamente contenutistico, la legge presta il fianco a plurime criticità, specie perché omette di tipicizzare profili importanti della disciplina *de qua* – attinenti alla individuazione dei soggetti competenti, al loro ruolo (si pensi, in ambedue i casi, alla figura del guardiano), ai reciproci rapporti, alle loro competenze, etc. – che risultano rimessi all'autonomia negoziale e che, peraltro, non sembrano neanche agevolmente ricavabili sul piano dell'ordinamento interno. Al riguardo, basti pensare che, con riferimento al *trust*, manca una legge organica nazionale avente ad oggetto una regolamentazione chiara dell'istituto; la disciplina sui vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter*, introdotta solo di recente, inoltre, appare piuttosto scarna; per quanto concerne, in ultimo, i fondi speciali, disciplinati mediante contratto di affidamento fiduciario, sembra sufficiente ricordare che attengono ad una figura introdotta proprio con la legge sul Dopo di noi. A ciò si aggiunga che non è stato ancora adottato il decreto di cui all'art. 6, co. 11, con il quale il Mef e il Ministero del lavoro avrebbero dovuto fornire indicazioni (tempestive) in ordine alle modalità di attuazione dell'art. 6.

Una simile configurazione, dunque, sembra ingenerare – inevitabilmente – dubbi sul piano interpretativo ed applicativo²⁸, stridendo con il principio di legalità, che, come ben

²⁶ Così S. Cassese e L. Torchia, *Diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 77.

²⁷ In effetti, con specifico riferimento al fenomeno del *trust*, questa ipotesi sembra trovare conferma anche nelle parole di U. Mattei, *I beni comuni come istituzione giuridica* in *Questione giustizia*, 2, 2017. In particolare, l'Autore sostiene che «strutture quali fondazioni e *trust* potrebbero funzionare per difendere [gli] interessi [sottesi ai beni comuni, vale a dire a beni che, per convenzione, sono collocabili tra pubblico e privato]».

²⁸ In ordine ai profili di criticità applicativa, sembra possibile effettuare un paragone tra i richiamati strumenti di destinazione funzionale e i “patti di collaborazione”. Così, se è vero – come sostenuto da G. Arena, *Cosa sono e come funzionano i patti per la cura dei beni comuni* in *Labsus.it*, 2016 – che «(s)enza i patti il Regolamento [sull'amministrazione condivisa dei beni comuni] sarebbe inefficace, ma [che] i patti

noto, costituisce – o meglio dovrebbe costituire – un riferimento essenziale per l'esercizio delle attività amministrative, incluse quelle contemplate all'art. 6. In questa prospettiva, allora, in attesa di un intervento chiarificatore da parte del legislatore, sembra, intanto, auspicabile che il ricorso agli strumenti di destinazione funzionale venga accompagnato dallo sviluppo di processi “virtuosi” da parte degli attori via via coinvolti, tesi, in particolare, alla realizzazione fattiva (ed esclusiva) degli obiettivi sanciti nell'art. 6, co. 2, l. n. 112/2016 e alla piena applicazione dell'art. 118, co. 4, Cost.

senza il Regolamento sono per così dire “vulnerabili” e quindi di difficile attuazione perché manca loro quella infrastruttura di principi e regole contenuta nel Regolamento che li protegge e li rende operativi», allo stesso tempo, sembra potersi dire che «(s)enza [gli strumenti di destinazione funzionale la Legge sul Dopo di noi] sarebbe inefficace, ma [che i richiamati strumenti di destinazione funzionale senza la Legge sul dopo di noi] sono [...] «vulnerabili”, e quindi di difficile attuazione perché manca loro quella infrastruttura di principi e regole [rinvenibile, in questo caso, nella Legge sul Dopo di noi] che li protegge e li rende operativi».