

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 05/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37120-gli-sviluppi-giuridici-italiani-del-terzo-settore>

Autore: Emilio Corteselli

Gli sviluppi giuridici italiani del terzo settore

Emilio Corteselli

**Dottore Commercialista, Docente a contratto
Universita' Roma TRE**

Gli sviluppi giuridici italiani del terzo settore¹.

1. Introduzione. Quella del Terzo settore è una realtà di vaste proporzioni ed economicamente di notevole rilievo: tuttavia, se si volge lo sguardo alla legislazione succedutasi nel tempo, si rileva l'inadeguatezza della produzione legislativa a comprendere e rappresentare detto fenomeno. I tentativi di riforma del libro I del codice civile², succedutisi nel tempo, hanno sortito un effetto solo parzialmente positivo. Il principale di tali tentativi venne rappresentato dalla cosiddetta Commissione Rescigno, di cui faceva parte anche il Prof. Sabino Cassese, quale Ministro della Funzione Pubblica³; tale Commissione aveva indicato come prioritaria la riforma degli enti collettivi del libro primo ed, in particolare, aveva suggerito le seguenti proposte: trasformazione delle modalità di attribuzione della

¹ CFR ISFOL-L'INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'ASSOCIAZIONISMO DI PROMOZIONE SOCIALE ALL'INTERNO DEL TERZO SETTORE

² (art. 11-42 c.c.)

³ Dal 28 aprile 1993, al 10 maggio 1994.

personalità giuridica; abrogazione dell'art. 17 del codice civile; spostamento delle funzioni di controllo dall'autorità amministrativa agli organi giurisdizionali. Un primo risultato si ebbe soltanto nel 2000, con la pubblicazione del D.P.R. n. 361 del 10 febbraio 2000 che, riprendendo il progetto Cassese, ha attribuito la competenza sui procedimenti in materia di persone giuridiche alle prefetture, sottraendola ai ministeri. Parallelamente la dottrina tentava di cogliere ed analizzare le differenze fra gli enti collettivi di cui al libro I c.c.⁴ ed i soggetti giuridici⁵, di cui al libro V c.c, ossia la finalità altruistica o egoista; l'attività economica o non; il carattere lucrativo o non lucrativo; l'obbligatorietà o meno della distribuzione degli utili. L'impossibilità di addivenire ad una intesa politico - legislativa che potesse avviare la riforma del Codice, ha indotto il legislatore a porre in essere alcuni interventi legislativi settoriali riguardanti il TS⁶. I segnali di questo cambiamento si rinvenivano già alla fine degli anni '80, con la legge n. 476 /1987 che, riconoscendo la rilevanza degli enti con finalità di promozione ed integrazione sociale, ha concesso agli stessi contributi statali, mentre è solo con la successiva legge n. 438/1998 che sono state disciplinate

⁴ Associazioni e fondazioni.

⁵ Cooperative e società.

⁶ Acronimo di Terzo Settore.

le modalità di ripartizione di detti contributi statali. Va evidenziato, peraltro, che nel corso degli anni '80 un numero sempre crescente di associazioni ha trasformato il carattere della propria attività, passando da una funzione di tutela ed assistenza a quella di erogazione di servizi alla persona ed alla comunità. Il TS, dunque, in questo contesto cresce e acquisisce maggiore autonomia rispetto alla Pubblica Amministrazione, individuando aree di bisogno in cui il settore privato o lo Stato erano carenti. Negli anni '90, si ha la più ampia produzione normativa in tale materia, tale da risultare adatta a dar voce alla novità del fenomeno sociale rappresentato dal TS; infatti, con l'approvazione della legge 11 agosto 1991, n. 266 concernente la disciplina del volontariato, si è dato rilievo all'attività prestata in modo personale, spontaneo, gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indirettamente ed esclusivamente per fini di solidarietà. Detta legge, per la prima volta, ha peraltro ritenuto indifferente la forma giuridica adottata dall'organizzazione, privilegiando taluni aspetti e profili concernenti la solidarietà sociale ed il valore e la funzione dell'attività di volontariato. Un altro rilevante soggetto giuridico sociale è stato quello introdotto dalla legge 8 novembre 1991, n. 381, sulla disciplina delle cooperative sociali: queste ultime, hanno rappresentato un modello atipico della cooperazione, in quanto finalizzata alla gestione di servizi socio – sanitari

ed educativi⁷ , nonché allo svolgimento di attività diverse⁸ finalizzate all'inserimento di taluni soggetti svantaggiati⁹ . Infine, con la legge 23 dicembre 1996, n. 662, sono state concesse al Governo numerose deleghe in materia tributaria, prevedendo, in particolare, il riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni senza fini di lucro, nonché la revisione della disciplina tributaria delle organizzazioni senza fini di lucro¹⁰ . Il successivo D.Lgs. n. 460/1997 ha così riconosciuto autonomia concettuale alla categoria fiscale delle Onlus; tuttavia, non può non rilevarsi come detta normativa fiscale e le modifiche che si sono succedute nel tempo abbiano in sostanza contribuito ad aggravare la distanza già esistente tra le norme fiscali e quelle civilistiche che regolamentano il TS. E' solo nel 1997, con la legge del 27 dicembre n. 449, che viene istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Fondo nazionale per le politiche sociali ossia la principale fonte di finanziamento statale delle politiche sociali in Italia, volta a promuovere interventi in dette materie mediante finanziamenti in favore, non solo delle

⁷ (cooperative di tipo A)

⁸ Agricole, industriali, commerciali o di servizi.

⁹ (cooperative di tipo B)

¹⁰ Con esclusione degli Enti Pubblici, società commerciali, fondazioni bancarie, partiti politici ed organizzazioni sindacali.

regioni, province autonome ed enti locali, ma anche degli organismi del TS e del volontariato. Ulteriori evoluzioni nel percorso legislativo nell'ambito del TS si sono realizzate nel 2000, con la legge 8 novembre n. 32815 per la realizzazione del sistema integrato di interventi e politiche sociali: attraverso tale normativa, il legislatore ha rilanciato la programmazione delle politiche sociali a livello locale, in attuazione del principio di sussidiarietà dettato dall'art. 118 della Costituzione. Occorre infatti sottolineare che gli attori coinvolti sono gli enti locali, le regioni e lo Stato, ai quali spetta "riconoscere e agevolare il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale". La novità, supportata a livello di politica amministrativa dalla nascente teoretica della public governance¹¹, introdotta dalla legge n. 328/00, consiste nell'adozione

¹¹ La diffusione di tale paradigma di riferimento per la gestione delle aziende pubbliche è stata favorita da numerosi fattori, tra cui si possono annoverare la crescente consapevolezza che numerosi attori esterni all'istituto pubblico esercitano un'importante influenza sull'esito della sua attività, l'affermazione del principio di sussidiarietà, il decentramento amministrativo, lo sviluppo di partnership pubblico-privato e l'evoluzione delle modalità di intervento pubblico (cfr Borgonovi, 2004). In quest'ottica, se dal punto di vista teorico il concetto di public governance è stato oggetto di ampio dibattito ed utilizzo per descrivere i processi di cambiamento e di modernizzazione in atto nelle amministrazioni pubbliche (cfr Cepiku, 2005), si è indubbiamente prestata meno attenzione alle ricadute operative ed allo stato di attuazione di tale paradigma (cfr Longo, 2005: 101), la cui interiorizzazione sembra richiedere dei cambiamenti sostanziali nel comportamento del management, degli strumenti manageriali in grado di realizzarlo.

del metodo della pianificazione, con l'obiettivo specifico di disegnare il sistema integrato di interventi e servizi sociali, di definirne i livelli essenziali e di assicurarne la fruizione alle persone ed alle famiglie, per un sostanziale miglioramento della qualità della vita e del benessere delle persone e della collettività. Infine, la legge 7 dicembre 2000, n. 383 ha formalmente riconosciuto le Associazioni di Promozione Sociale, individuandone le caratteristiche e la relativa disciplina. La legge 19 novembre 1987, n. 476 è il primo intervento normativo che tenta di definire il concetto di "attività di promozione sociale" e di riconoscerne l'importanza tramite la concessione di contributi statali: invero, il Legislatore con la predetta legge opera una prima distinzione tra le associazioni "storiche" di cui all'art. 1 comma 1, lettera a¹² e le associazioni cosiddette "non storiche" di cui all'art. 1, comma 1, lett. b, che secondo gli scopi previsti dai rispettivi statuti, "promuovono l'integrale attuazione dei diritti costituzionali concernenti l'uguaglianza di dignità e di opportunità e la lotta contro ogni forma di discriminazione nei confronti dei cittadini che, per cause di età, di deficit psichici, fisici o funzionali o di specifiche condizioni socio economiche siano in condizione di marginalità sociale". Ciò che preme

¹² UIC - Unione Italiana Ciechi, UNMS-Unione Nazionale mutilati ed invalidi per servizio, ANMIL - Associazione nazionale mutilati ed invalidi per lavoro, ANMIC - Associazione nazionale mutilati ed invalidi civili, ENS - Ente nazionale per la protezione e l'assistenza dei sordomuti.

segnalare è, quindi, il riconoscimento da parte del Legislatore di questa nuova tipologia di enti ed associazioni ai fini della concessione del contributo statale ed esclusivamente per le finalità di promozione ed integrazione sociale. Piuttosto rilevante è l'art. 2 di tale normativa laddove richiede a dette associazioni il possesso obbligatorio di alcuni requisiti che rinveniamo nella legge n. 383/2000¹³ quali lo svolgimento dell'attività a livello nazionale e, riguardo all'ordinamento interno, l'agire secondo i criteri democratici. La legislazione sulle organizzazioni del TS è stata dunque profondamente rinnovata negli anni novanta. Il primo intervento normativo che ha apportato profondi cambiamenti in materia è stata la legge 11 agosto 1991, n. 266, la quale ha, da una parte riconosciuto il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato, definita come quella "prestata in modo personale, libero e gratuito" esclusivamente per fini di solidarietà, dall'altra disciplinato nel contempo l'attività delle Organizzazioni di volontariato. Ai sensi di tale normativa, è considerata Organizzazione di volontariato ogni organismo liberamente costituito al fine di svolgere un'attività non lucrativa, esclusivamente per fini di solidarietà, avvalendosi in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, spontanee e

¹³ Cfr artt. 3 e 7

gratuite dei propri aderenti, cui può essere corrisposto solo un rimborso spese¹⁴. A differenza di quanto stabilito dalla legge n. 383/2000, risulta assente una specifica elencazione degli enti che possono assumere la denominazione di Organizzazioni di volontariato ed inoltre l'art. 3, comma 2 legge n. 266/1991 prevede la possibilità per le stesse Organizzazioni di “assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini,” salvo, però, il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico. Di particolare rilevanza è la disciplina relativa alle prestazioni rese dal socio volontario, per le quali non è prevista alcuna retribuzione, nemmeno da parte dell'eventuale beneficiario: pertanto, tali attività devono ritenersi incompatibili con qualsiasi forma di lavoro subordinato ed autonomo con l'ente di appartenenza. Anche tale previsione si discosta da quanto previsto dalla legge n. 383/2000 che consente, in taluni casi, la possibilità da parte delle APS¹⁵ di assumere lavoratori, persino ricorrendo ai propri associati. Per quanto concerne l'atto costitutivo, l'art. 3 della legge n. 266/1991 richiede un contenuto obbligatorio minimo nel quale devono essere inseriti le previsioni concernenti l'assenza di lucro, la democraticità della strutture, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni

¹⁴Cfr artt. 2, commi 1 e 2, ed art. 3 comma 1

¹⁵ Acronimo di Associazione di Promozione Sociale.

fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione di questi ultimi, i loro diritti ed obblighi. Sia nella legge n. 266/1991 che nella legge n. 383/2000 l'accesso ai contributi statali, alle agevolazioni fiscali ed alle convenzioni è subordinato all'iscrizione nei rispettivi registri; va comunque precisato che questi ultimi, per le Organizzazioni di volontariato, sono istituiti dalle regioni e dalle province autonome, mentre per le APS, oltre ai registri su scala regionale e provinciale, l'art. 7, comma 1 della legge n. 383/2000 contempla altresì l'istituzione di un registro nazionale nel quale sono iscritte le APS di carattere nazionale ossia quelle che svolgono attività in almeno cinque regioni e venti province. Infine, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 266/1991, sussiste in capo alle organizzazioni di volontariato l'obbligo di assicurare i propri aderenti che prestano attività di volontariato contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi. Dunque l'art. 2 della legge n. 383/2000 al primo comma individua come APS "le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati", mentre nei successivi commi secondo e terzo esclude dalla disciplina della legge n. 383/2000 "i partiti politici,

le organizzazioni sindacali, le associazioni dei datori di lavoro, le associazioni professionali e di categoria e tutte le associazioni che hanno come finalità la tutela esclusiva di interessi economici degli associati”, nonché “i circoli privati e le associazioni comunque denominate che dispongono limitazioni con riferimento alle condizioni economiche e discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all’ammissione degli associati o prevedono il diritto di trasferimento, a qualsiasi titolo, della quota associativa o che, infine, collegano, in qualsiasi forma, la partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale”. Ai sensi dell’art. 18, comma 2 legge n. 383/2000”, le associazioni possono, inoltre, in caso di particolare necessità assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo, anche ricorrendo ai propri associati. La legge n. 383/00 sulle APS prevede all’art. 3 un contenuto più ampio dello statuto ed invero, ai sensi dell’art. 6, comma 1 legge n. 266/1991” le regioni e le province disciplinano l’istituzione e la tenuta dei registri generali delle organizzazioni di volontariato”; in generale, infatti, le organizzazioni di volontariato avvertono sempre più forte l’esigenza di mantenere una identità distinta e diversa rispetto agli altri enti appartenenti all’associazionismo. Un tentativo di riforma, è stato presentato ufficialmente alla Conferenza Nazionale del volontariato svoltasi nell’ottobre 2002, dove ha trovato larghi consensi la

possibilità di poter considerare organizzazione di volontariato ogni ente di coordinamento o federazione di organismi di volontariato, così da riconoscere il ruolo fondamentale di soggetti periferici che hanno consentito ed agevolato i risultati raggiunti in tale settore. Si ricorda, inoltre, che uno degli obiettivi principali delle leggi n. 266/1991 e 383/2000 è stato proprio quello di riconoscere ampia capacità giuridica anche alle associazioni non riconosciute prive di personalità giuridica, dando ad esse la possibilità di acquistare immobili ed esercitare diritti di proprietà, di promuovere azioni legali, di stipulare convenzioni con enti pubblici ed accettare eredità, eliminando così il problema legato alla natura concessoria e discrezionale del procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica.

2. La Legge sulle Cooperative sociali n. 381/1991. Alla Legge Quadro sul Volontariato ha fatto seguito la legge 8 novembre 1991, n. 381 sulla “Disciplina delle Cooperative Sociali”, che ha istituito una tipologia di società cooperative a metà strada fra le imprese cooperative e le organizzazioni non profit , tanto da essere definite “imprese sociali”. A tal proposito si ricorda che, per quanto non specificatamente disciplinato dalla legge n. 381/1991, alle Cooperative Sociali si applicano le norme del Codice civile sulle cooperative¹⁶ . .

¹⁶ Cfr artt. 2511-2548

Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 381/1991, le Cooperative Sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale dei cittadini: a tal fine possono avere ad oggetto la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi¹⁷ oppure qualsiasi tipo di attività d'impresa, purché finalizzata all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate¹⁸. L'art. 4 della stessa legge fornisce un'esauriente definizione di persona svantaggiata e ne specifica il ruolo di forza lavorativa nella cooperativa. All'interno della Cooperativa si rinvengono così diverse tipologie di soci: i soci prestatori che svolgono attività lavorativa retribuita; i soci volontari che prestano la loro attività gratuitamente; i soci fruitori ossia le persone beneficiarie dei servizi. In tal senso, la legge sulle Cooperative Sociali¹⁹ introduce due importanti novità rispetto alla disciplina codicistica ex art 2511 e seguenti. Si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichici in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli

¹⁷ Le cosiddette Cooperative di tipo "A".

¹⁸ Le cosiddette Cooperative di "tipo B".

¹⁹ In seguito CS.

internati ammessi alle misure alternative alla detenzione ed al lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'art 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n.1577 e successive modificazioni. Come per la legge n. 383/2000, anche la disciplina sulle CS è stata implementata dalle leggi regionali di attuazione che hanno istituito l'albo regionale delle CS e fornito le specifiche integrazioni alla legge nazionale, così come previsto dall'art. 9 della legge n. 381/1991. In tal senso va sottolineato che, ai sensi dell'art. 5, comma 2 della normativa in questione, l'iscrizione all'albo regionale è condizione necessaria per poter stipulare le convenzioni di cui alla comma 1 del medesimo articolo 5, il quale stabilisce che gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività agricole, industriali, commerciali o di servizi finalizzate

all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate . L'unico vincolo è che tali convenzioni debbano essere finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate così come individuate dall'articolo 4, comma 1 della legge n. 381/1991. In conclusione si può osservare che anche la CS, al di là della connotazione giuridica di "impresa sociale", è caratterizzata dall'esercizio di attività essenzialmente sociali che poi possono essere svolte mediante iniziative di natura economico-imprenditoriale oppure sanitaria o culturale comunque, tutte, finalizzate al soddisfacimento dei bisogni della collettività.

3. La Legge sulle Onlus (D.Lgs. n. 460/1997). Il successivo Decreto Legislativo 4 dicembre 1997, n. 460²⁰ è un provvedimento di natura e con finalità esclusivamente fiscali. All'art. 10 individua le Onlus e le definisce "Organizzazioni non lucrative di utilità sociale": tale definizione non indica un'ulteriore tipologia giuridica di diritto civile di organizzazione non profit, ma una specifica categoria del diritto tributario, in cui rientrano tutte le associazioni con o senza personalità giuridica, i comitati, le fondazioni, le società cooperative che perseguendo finalità meritevoli di tutela e che possono usufruire di un trattamento fiscale agevolato. Le Onlus sono, dunque, una sottocategoria speciale di enti

²⁰ Rubricato "Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale".

non commerciali in possesso dei presupposti, soggettivi ed oggettivi, indicati nell'art. 10 . Con il comma 1 del citato art. 10, il decreto individua i soggetti interessati al provvedimento ossia “le associazioni con o senza personalità giuridica, i comitati, le fondazioni, le società cooperative, che perseguono esclusivamente finalità di solidarietà sociale”. Va evidenziato che per finalità di solidarietà sociale devono intendersi le prestazioni di servizi nei settori dell'assistenza sanitaria, della formazione, dello sport: si può dunque notare come i requisiti di assenza di lucro e di utilità sociale contenuti nell'acronimo di Onlus sono indicativi solo di alcuni dei possibili campi di intervento, perché in effetti, nel citato articolo 10, sono parificati obiettivi di solidarietà²¹ e scopi ludici²² . Ciò ha dato luogo ad eccezioni ed a proposte per una corretta applicazione della disciplina, soprattutto al fine di salvaguardare l'effettiva terzietà dei beneficiari potenziali della legge. Occorre inoltre evidenziare che il successivo comma 8, dell'art. 10 così come modificato dall'art. 5, comma 1 lett. c. n. 2 del D.Lgs. n. 422/1998, stabilisce che “sono in ogni caso considerati Onlus, nel rispetto della loro struttura e delle loro finalità” le Organizzazioni di volontariato, le Organizzazioni non governative e le Cooperative sociali.

²¹ assistenza sanitaria

²² sport dilettantistico

Ai sensi della normativa in questione, le Associazioni di Promozione Sociale possono considerarsi Onlus parziarie: infatti, il comma 9 del citato articolo 10 introduce una deroga al principio di esclusività che impone alle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale di non svolgere attività in settori diversi da quelli elencati al comma 2 dell'art. 10, dal momento che, considera Onlus “limitatamente all'esercizio delle attività elencate alla lettera a del comma 1” anche gli enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese e le Associazioni di Promozione Sociale ricomprese tra gli enti di cui all' art 3, comma 6, lett. e della legge n. 287/1991²³. Tali enti, dunque, possono esercitare sia attività caratterizzanti le Onlus, sia attività diverse, con la conseguenza che si viene quindi a configurare un “ramo Onlus” all'interno di un raggio d'azione più ampio. Le Associazioni di Promozione Sociale, dunque, sono considerate Onlus limitatamente all'esercizio delle attività elencate alla lettera a del comma 1, dell'art 10 ed alle attività ad esse direttamente connesse. Inoltre, oltre ai vincoli descritti precedentemente, gli statuti delle Onlus devono obbligatoriamente prevedere alcune clausole fra le quali vanno evidenziate:

²³ (relativa alle attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande)

- il divieto di svolgere attività diverse da quelle menzionate ad eccezione di quelle ad esse “connesse” ex art. 10, comma 1 lettera c);
- il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili ed avanzi di gestione, nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell’organizzazione, a meno che la destinazione o la distribuzione non siano imposte per legge o effettuate a favore di altre Onlus che, per legge, statuto o regolamento, fanno parte della medesima ed unitaria struttura ex art. 10, comma 1 lettera d).

Rispetto a tale ultimo punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute affermando che la produzione di utili di gestione non compromette la qualità di Onlus, perché, al riguardo, il fattore decisivo è semmai l’eventuale distribuzione degli stessi, mentre l’economicità in sé non influisce; si legge infatti nella pronuncia che “non appare incompatibile con il fine solidaristico di Onlus lo svolgimento di attività dietro corrispettivo”, salva l’eventualità che il resto dei fattori rilevanti non dimostri la presenza di fini di lucro, così pure va sottolineato che “la realizzazione di utili non esclude il fine solidaristico dell’attività”. Conseguenza implicita della stessa sentenza è che per poter ottenere la qualifica di Onlus e beneficiare quindi dei conseguenti vantaggi fiscali, non è più necessario che i beneficiari siano, ai sensi dell’art. 10, comma 2, persone assolutamente svantaggiate, ma è sufficiente che la funzione svolta nel suo complesso dall’ente, presenti i

requisiti ordinari del servizio socio assistenziale. Questa sentenza permette peraltro di chiarire un aspetto evidente: gli enti non commerciali possono creare valore ma questo valore non può essere distribuito tramite distribuzione di utili, può tuttavia essere distribuito tramite pagamento di stipendi! Infatti, in Italia, il terzo settore sta diventando una importante fonte di creazione di posti di lavoro.²⁴ Va, infine precisato che anche per il D.Lgs. n. 460/1997 resta aperto il problema circa l'arretratezza della normativa sul Terzo settore rispetto al ruolo ed al rilievo sociale oggi rivestito dalle Organizzazioni non profit; ci si riferisce altresì alla riforma costituzionale del 2001 relativa al Titolo V della Costituzione, che ha interessato il riparto di competenze fra Stato e Regioni. Peraltro, nell'ultima parte del presente lavoro, cercheremo di verificare in che modo la Legge Delega per la Riforma del Terzo Settore sia in grado di eliminare tali lacune.

Il passaggio di competenza dallo Stato alle Regioni della materia "cultura", aveva portato l'ex Agenzia per le Onlus ad una riflessione in relazione al settore di attività della

²⁴ Occupazione nel Terzo Settore e percentuale sul totale degli occupati in Italia - Rielaborazione vita.it su fonte Istat (2001), Bundesregierung (2001), espace socialeuropéen (2000)

| Anno | Numero occupati | % del totale |
|-------------|------------------------|---------------------|
| 1990 | 400.000 | 1,8% |
| 1995 | 580.000 | 2,6% |
| 2000 | 753.000 | 3,6% |

promozione della cultura e dell'arte di cui all'art. 10, comma 1, n. 9. L' ex Agenzia²⁵, infatti, aveva ritenuto che la disposizione di cui all'art 10, comma 4 del D.Lgs. n. 460/1997, che prevede il perseguimento di finalità solidaristiche anche tramite “le attività di promozione della cultura e dell'arte per le quali, sono riconosciuti apporti economici da parte dell'Amministrazione centrale dello Stato”, doveva essere rivisitata, tenuto conto che la materia rientrava ormai tra le competenze regionali.

4. La legge Quadro n. 328/2000 per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali. La riforma complessiva del sistema sociale regionale dettata dall'evoluzione in senso solidaristico dell'assetto giuridico istituzionale, rappresenta la logica conseguenza della rivoluzione normativa e strutturale generata dalla legge 8 novembre 2000 n. 328: infatti nel corso dell'ultimo ventennio si è assistito alla nascita di un nuovo modello di ripartizione delle funzioni politiche ed amministrative tra enti; tale nuovo modello prende il nome di decentramento amministrativo autarchico,

²⁵ L'Agenzia per il terzo settore è stata soppressa, con una scelta piuttosto contestata per la scarsa sensibilità che mostrerebbe verso il mondo del non profit, dal comma 23° dell'art. 8 del Decreto-Legge n° 16 del 2012, convertito in Legge n° 44 del 2012, sulla semplificazione tributaria. I compiti e le funzioni dell'Agenzia passano al Ministero del lavoro e delle politiche sociali (già Ministero del Welfare) e precisamente alla sua Direzione Generale per il terzo settore e le formazioni sociali, almeno finchè lo stesso Ministero non ridefinirà la propria organizzazione con suoi decreti. Tutte le risorse strumentali e finanziarie dell'Agenzia passano al Ministero.

meglio conosciuto come federalismo amministrativo. Lo spazio riconosciuto sempre più frequentemente alla periferia, al particolare, si è manifestato come già visto con i numerosi meccanismi di sostegno finanziario ex D.Lgs. n. 460/1997 ai soggetti considerati deboli e culmina con la legge quadro n. 328/2000, espressione quest'ultima del principio di sussidiarietà cosiddetta orizzontale, sancito, a seguito della riforma del 2001, dall'art. 118 della Carta Costituzionale. Secondo il Consiglio di Stato che si è pronunciato incidentalmente sul principio in esame, la nozione di sussidiarietà orizzontale che emerge dalla disposizione costituzionale “costituisce esito di un processo di rivisitazione dei rapporti tra autorità territoriali e comunità” i cui antecedenti sono costituiti dall'art. 4, comma 3 della legge n. 59/1997, “diretta a favorire l'assolvimento di funzioni e compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità” e dall'art. 3, comma 5 del testo unico sugli enti locali²⁶ secondo cui “i Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”. La legge n. 328/2000 nasce, infatti, per assicurare alle persone ed alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi per garantire pari

²⁶ Decreto Legislativo n. 267 del 2000

opportunità, eliminare o ridurre condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione. Più in particolare, il quarto comma dell'art. 118 della Costituzione recita "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Peraltro, secondo il parere dell'Agenzia delle Entrate, il contenuto dello scopo di pubblica utilità non può esaurirsi nell'assenza di lucro soggettivo; la non distribution constraint si qualifica in negativo come divieto del lucro soggettivo ma di per sé non esclude gli egoismi individuali mentre la pubblica utilità impone un riflesso esterno dei risultati dell'attività svolta. Perché sia integrato il requisito della "pubblica utilità" è necessario, quindi, che l'attività sia mediata dall'interesse della collettività e che, conseguentemente, non sia finalizzata alla tutela di interessi egoistici particolari. Inoltre, l'Agenzia delle Entrate, esercita un ruolo di garanzia nei riguardi dei cittadini, vigilando sulle campagne avviate dagli Enti non profit per raccogliere finanziamenti e sull'utilizzo a tal fine dei mezzi di comunicazione. Ai sensi dell'art. 22 della normativa in commento, il sistema integrato di interventi e servizi sociali si realizza mediante politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando servizi alla persona

ed al nucleo familiare con eventuali misure economiche e la definizione di percorsi attivi volti ad ottimizzare l'efficacia delle risorse, impedire sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte. I soggetti titolari delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali sono i comuni e le province, mentre le regioni esercitano le funzioni di programmazione e coordinamento nonché di verifica a livello territoriale, secondo i principi sanciti dal D.Lgs. n. 112/ 1998. La legge n. 328/2000, che si rivolge sia a cittadini italiani, che stranieri o profughi, crea tre diverse aree di intervento: il sociale, il sanitario ed il sociosanitario. Il metodo della programmazione degli interventi e delle risorse, dell'operatività per progetti, della verifica sistematica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni, nonché della valutazione di impatto di genere, è lo strumento di cui si avvale tale normativa per la realizzazione degli interventi e dei servizi sociali. In tal senso, il secondo comma dell'art 3 della legge n. 328/2000 dispone che lo Stato, le regioni e gli enti locali, quali soggetti responsabili della programmazione ed organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali ex art. 1, comma 3, dovranno attenersi, nell'ambito delle rispettive competenze, ai principi di coordinamento e integrazione con gli altri interventi, fra cui quelli sanitari o dell'istruzione, nonché ai principi della concertazione e cooperazione tra i diversi livelli

istituzionali. Gli articoli 18 e 19, al capo quarto, sono invece dedicati agli strumenti di riordino del sistema integrato di interventi e servizi sociali e disciplinano rispettivamente il Piano nazionale ed i Piani regionali degli interventi e dei servizi sociali ed il Piano di zona. La legge n. 328/2000 pone inoltre una nuova attenzione al tema della qualità dei servizi sociali ed, in particolare, “al fine di tutelare le posizioni soggettive degli utenti”²⁷, ciascun ente erogatore di servizi adotta una carta dei servizi sociali ed è tenuto a darne adeguata pubblicità. In tale documento, sono definiti i criteri per l’accesso ai servizi, nonché le modalità del relativo funzionamento. Ed ancora, ai sensi del comma 2, il citato articolo “al fine di tutelare le posizioni soggettive e di rendere immediatamente esigibili i diritti soggettivi riconosciuti” prevede per gli utenti la possibilità di attivare ricorsi nei confronti dei responsabili preposti alla gestione dei servizi. In conclusione si può dire che anche l’implementazione della legge n. 328/2000 non ha aiutato a definire campi di intervento che fossero in qualche modo distintivi dell’agire dei diversi segmenti associativi. Pensiamo in proposito al principio della co-progettazione sancito nella normativa nazionale ai sensi dell’art 1, comma 5 e rivolto in generale all’inclusione di tutti gli stakeholders territoriali, associativi e non, nel policy making, senza però una chiara distinzione

²⁷ Cfr art. 13, comma 1.

di funzioni o prerogative tra i diversi interlocutori coinvolti nelle partnership. Le partnership programmatiche possono essere di diversa natura ed i soggetti che al loro interno si muovono ed interagiscono tra loro possono perseguire interessi assai diversificati, se non quando sovrapposti: le partnership possono infatti altresì perseguire la costituzione di “reti escludenti”, di “cartelli” tra alcune componenti associative più organizzate e parti delle amministrazioni. Senza un adeguato controllo delle amministrazioni, regia, coordinamento, le partnership possono allora diventare anche auto-referenziali o prestarsi a cortocircuiti nelle zone grigie del nesso tra partecipazione al policy making e gestione dei servizi a valle del processo di regolazione. Le reti possono produrre protagonismo delle comunità locali e coinvolgimento delle formazioni meno strutturate dell’associazionismo, ma perché questo avvenga occorre, come è stato mostrato in una recente ricerca sulla partecipazione sociale ai Piani di zona, che le amministrazioni locali si facciano interpreti della necessità di assetti programmatici capaci di includere e fare interagire tra loro le diverse anime dei tessuti associativi. La forza o la debolezza della leadership politica-amministrativa locale nel mettere in rete gli attori, nel prevenire possibili “cartelli”, è un fattore cruciale da questo punto di vista. Così come lo è del resto la promozione di nuove “istituzioni della partecipazione” che sul territorio fungano da collettore tra i bisogni della domanda sociale,

gli attori associativi rappresentanti degli interessi dei cittadini e le arene amministrative. La legge n. 328/2000, inoltre, deve essere letta congiuntamente alla quasi contemporanea legge n.383/2000, dal momento che l'art. 1, comma 4 e 5 della normativa per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali individua appunto nelle APS uno dei principali soggetti da coinvolgere nella programmazione, nell'organizzazione e nella gestione di tale sistema integrato: chiara è infatti la ratio unitaria delle citate norme che ha indotto il Legislatore a fissare i principi in base ai quali le amministrazioni statali e gli enti locali devono interagire con le suddette associazioni nel comune compito costituzionale di perseguire gli obiettivi rispondenti al principio solidarista e di adeguare le nuove politiche sociali ai modelli europei di welfare state. La legge 7 dicembre 2000, n. 383, nel disciplinare le APS, ha rappresentato un punto d'approdo cruciale nell'ambito del cosiddetto Terzo settore ed invero, essa, colmando un risalente vuoto legislativo esistente in materia, ha fornito una regolamentazione omogenea ed organica ad una serie indistinta e variegata di entità operanti nel mondo giuridico e sociale, oggetto sino ad allora, soltanto di una normativa parziale e frastagliata. Il mondo delle APS costituisce, dunque, un punto rilevante tra i soggetti che popolano il Terzo settore, da intendersi come spazio nel quale si

muovono quei soggetti che non hanno titolo per rientrare né nell'ambito del mercato, né in quello dello Stato.

La legge n. 383/00 si prefigge di dare attuazione ad alcuni fondamentali principi costituzionali individuati dalla stessa legge²⁸ negli articoli 2, 3, 9 e 18 della Costituzione ed, in tal senso, precisa all'art. 1, comma 1 che “la Repubblica riconosce il valore sociale dell'associazionismo liberamente costituito e delle sue molteplici attività come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo; ne promuove lo sviluppo in tutte le sue articolazioni territoriali, nella salvaguardia della sua autonomia; favorisce il suo apporto originale al conseguimento di finalità di carattere sociale, civile, culturale e di ricerca etica e spirituale”. Si tratta, pertanto, di una normativa dall'ispirazione “solidaristica” e “sociale” che affonda le sue radici nei principi di eguaglianza sostanziale, di solidarietà, di promozione della cultura e della ricerca e della libertà di associazione contenuti nella Carta Costituzionale. Appare, quindi, senz'altro indiscutibile il richiamo all'art. 2 della Costituzione, laddove lo stesso stabilisce che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, così come pure il riferimento al successivo art. 3, comma 2 secondo cui “è compito della Repubblica

²⁸ Cfr art. 1, comma 2.

rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". In virtù dell'art. 2 della Costituzione i diritti inviolabili, sottratti quindi all'intervento del Legislatore, vengono riconosciuti, non solo al singolo in quanto tale²⁹, ma anche quale membro di formazioni sociali, ossia di quei cd. "corpi intermedi"³⁰ che costituiscono il "trait d'union" tra le istituzioni ed il cittadino e che rendono possibile lo sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita sociale, politica ed economica del Paese. Secondo una parte della dottrina, l'art. 2 della Costituzione si configurerebbe come norma "aperta" ovvero come disposizione che consente di attribuire rilevanza giuridica anche alle ulteriori libertà che dovessero essere riconosciute dalla giurisprudenza e/o dal legislatore ordinario, anche se non espressamente richiamate e contemplate dalla stessa Carta fondamentale; ma v'è di più: l'esplicito richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale costituisce un elemento giuridico tale da mettere in risalto la necessità di contribuire, da parte di ogni cittadino, alla crescita della società, soprattutto attraverso attività che possiedono un'utilità sociale nelle quali possa

²⁹ Il diritto al nome, all'onore, alla libera manifestazione del pensiero ecc.

³⁰ Famiglia, società, associazioni.

concretizzarsi il valore della solidarietà. In sostanza, l'art. 2 della Carta costituzionale, invece di limitare l'intervento dello Stato al mero riconoscimento dei diritti inviolabili in capo al singolo, ha allargato l'ambito della partecipazione di quest'ultimo alla vita sociale, economica e politica del paese, confermando la connotazione "sociale" dello Stato stesso: infatti, come diretta e logica conseguenza della precedente disposizione, l'art. 3 comma 2 della Costituzione attribuisce allo Stato il dovere di intervenire al fine di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che di fatto non consentono il godimento dei diritti da parte dei cittadini e che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese; assume, pertanto, rilevanza costituzionale la connotazione "interventista" e "sociale" dello Stato il cui compito è dunque quello di rimuovere le condizioni di privilegio e di disparità di trattamento che compromettono la libera ed intera espansione della persona umana. Ulteriori elementi rafforzativi dello spirito sociale della Carta costituzionale sono contenuti nell'art. 4, comma 2 che prevede il dovere da parte del cittadino "di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società", nonché nell'art. 9 che contempla l'attività di promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica da parte della Repubblica. Infine,

risulta naturale il richiamo, da parte della legge n. 383/00, alla libertà contenuta nell'art. 18 della Costituzione che attribuisce ai cittadini il “diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale”. La libertà di associazione costituisce una libertà strumentale, dal momento che può essere considerata come uno strumento indispensabile per favorire lo sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita economica, politica e sociale del Paese. Generalmente, tale libertà si estrinseca nella possibilità di:

- costituire un'associazione;
- aderire o non aderire ad un'associazione;
- recedere da un'associazione.

Si tratta, inoltre: di una libertà “delle associazioni”, giacché, in virtù del fondamentale principio del pluralismo, si ritiene tutelata anche la libertà di creare ed avviare una pluralità di associazioni; di una libertà “nell'associazione”, poiché è inteso che la sfera delle libertà individuali debba mantenersi anche all'interno della struttura associativa. Va inoltre evidenziato che, per quanto riguarda il Terzo settore, assumono rilevanza, non solo le citate disposizioni contenute nella prima parte della Costituzione relative ai principi fondamentali, ma anche quelle inserite nel Titolo V, la cui riforma del 2001 ha riordinato la distribuzione della potestà legislativa tra Stato e regioni e, soprattutto, ha costituzionalizzato con l'art. 118 il principio di “sussidiarietà orizzontale”: il quarto comma del medesimo

articolo, infatti, prevede che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”; in tal modo si realizza, come prescritto dall’art. 1, comma 1 della legge n. 383/00, la “promozione dello sviluppo dell’associazionismo in tutte le sue articolazioni territoriali”.

Con Parere n. 1440 del 25/8/2003, il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, è intervenuto sul principio di sussidiarietà orizzontale ed in particolare sul citato quarto comma dell’art. 118 della Costituzione, così come sostituito dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Secondo il CdS , tale principio costituisce l’esito di un processo di rivisitazione dei rapporti tra autorità territoriali e comunità già esplicitato dall’articolo 4, comma 3 della legge 15 marzo 1997, n. 59³¹ per il quale il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare, tra gli altri, :”il principio di sussidiarietà, ... attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l’assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”, nonché dall’articolo 3, comma 5, ultima parte

³¹ Cd. Bassanini 1.

del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267³², secondo il quale: “I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”. Tali disposizioni “rappresentano l’antecedente logico o, forse meglio, il precetto sostanziale poi inserito a livello fondamentale nella gerarchia delle fonti” e concernono l’attività posta in essere dai soggetti esponenti del cosiddetto fenomeno della cittadinanza societaria. Secondo il citato Parere, occorre infatti prendere atto “della coesistenza di interessi e di istanze che non necessariamente devono essere assunti dall’ente pubblico, quasi che quest’ultimo sia in grado di fagocitare gli interessi costituenti l’intera esponentza della collettività di riferimento”. Esistono, quindi, forme di impegno e di attività, soprattutto nel versante sociale, ma non esclusivamente in quest’ultimo, che sono dislocate a livello di soggetti utenti e agenti al medesimo tempo; in tal senso, l’art. 118 della Costituzione attribuisce allo Stato ed agli enti territoriali della Repubblica il dovere di favorire e rispettare queste forme di attività laddove siano ritenute di interesse generale. Sotto un profilo puramente teorico, si tratta di prendere atto della sussistenza di ordinamenti di base muniti di un’intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale. In tali ordinamenti lo sviluppo delle

³² Già art. 2 della legge 3 agosto 1999, n. 265 ora Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali.

relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento. Tale precetto costituzionale assume, quindi, una rilevanza fondamentale, dal momento che sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della “entificazione”, ma correlato più semplicemente alla società civile ed al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario. Va in ogni caso sottolineato che il citato Parere del Consiglio di Stato ha escluso che l’attività di impresa possa essere ricompresa nell’applicazione dell’art. 118 della Costituzione dal momento che tale articolo indica come protagonista il cittadino singolo o associato; dello stesso tenore sarebbero le leggi ordinarie n. 59 del 1997 e n. 265 del 1999, le quali collegano la sussidiarietà orizzontale alle famiglie, alle formazioni sociali, alle associazioni ed alla comunità, configurando una capacità relazionale che si estrinseca in percorsi e metodiche rispetto alle quali, purchè sia salvaguardato il principio di democraticità implicito alle previsioni dell’articolo 18 della Costituzione, i pubblici poteri non hanno sostanzialmente titolo all’intromissione. Ulteriori perplessità a livello ermeneutico possono sussistere in relazione al verbo utilizzato dall’articolo 118, comma 4: ed invero, il verbo “favorire” potrebbe essere interpretato letteralmente e, quindi, in modo difforme e riduttivo rispetto al “riconoscimento” dell’autonoma

iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. Ovviamente, si potrebbe precisare che una siffatta interpretazione letterale del dettato costituzionale non tiene conto del fatto che anche il termine “favorire” sottintende la piena sussistenza di istanze ed organizzazioni sociali già formatesi e comunque accettate e, per questa ragione, sostenute dall’intervento statale; peraltro, secondo una parte della dottrina, l’art. 118, comma 4, della Costituzione “non solo rende legittima la devoluzione ai privati di attività di interesse generale, ma addirittura obbliga gli enti pubblici a giustificare, in base al principio di sussidiarietà, l’assunzione in proprio di tali attività, giacché esse in principio, se i cittadini singoli ed associati sono in grado di svolgerle, spettano a loro e non agli enti pubblici”. In ogni caso, va evidenziato che nel testo di legge costituzionale concernente “Modifiche alla parte II della Costituzione”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 269 del 18 novembre 2005, il principio di sussidiarietà è affrontato nel VI comma dell’art. 40, il quale prevede, non solo il dovere di favorire la sussidiarietà sociale, ma ancor prima un riconoscimento della stessa. Viene quindi ad emergere la particolare enfasi e solennità dell’espressione “riconoscimento”, dal momento che essa richiama talune formule³³, inserite nel Testo costituzionale nella parte dedicata ai principi fondamentali.

³³ Cfr: art. 2 “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili ...”; art. 5 “La Repubblica, una ed indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali...”.

5. La normativa di riferimento nel Codice Civile. Il fenomeno associativo che, come detto, affonda le sue radici in ambito costituzionale, trova anche riscontro nel codice civile e precisamente negli enti di cui al Capo II³⁴ e III³⁵ del titolo II³⁶ del Libro Primo. Va innanzitutto rilevato che sussiste un non completo allineamento fra la disciplina sancita nella Carta costituzionale e quella fissata dal Codice civile, derivante probabilmente dallo scarto cronologico sussistente tra le due normative ed invero, le citate disposizioni dettate dal Codice civile risultano per lo più ispirate da una cultura liberale, maggiormente attenta a logiche di mercato ed improntata ad uno sviluppo socio-economico del Paese, piuttosto che al perseguimento di istanze di promozione sociale. Le disposizioni contenute nel Capo II del codice civile³⁷ disciplinano le cosiddette associazioni riconosciute ossia gli organismi associativi dotati di personalità giuridica, mentre il capo III³⁸ contempla le associazioni non riconosciute ossia prive di personalità giuridica ed i comitati. Gli enti di fatto di cui al citato capo III rientrano anch'essi nella nozione comune di associazione intesa

³⁴ Rubricato "Delle associazioni e delle fondazioni".

³⁵ Rubricato "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati".

³⁶ Rubricato "Delle persone giuridiche".

³⁷ Cfr dall'art. 14 all'art. 35.

³⁸ Cfr dall'art. 36 all'art. 42.

come organizzazione stabile di persone e si distinguono dalle associazioni di cui al citato capo II soltanto per un elemento negativo ossia la mancanza del riconoscimento della personalità giuridica. L'associazione può essere definita come un ente organizzato, composto da persone fisiche le quali si impegnano al raggiungimento di un fine comune al cui perseguimento è destinato il patrimonio di cui ogni associazione deve essere dotata, patrimonio che, oltre ad essere sufficiente per il conseguimento dello scopo dell'ente, rappresenta altresì una garanzia per il soddisfacimento delle pretese dei creditori. Va premesso che l'associazione prende vita da un atto di autonomia negoziale che può qualificarsi come un contratto consensuale plurilaterale al quale quindi potranno essere applicati gli articoli 1420 c.c.³⁹, 1446 c.c.⁴⁰, 1459 c.c.⁴¹, 1466 c.c.⁴² nonché, più in generale, le norme relative all'interpretazione dei contratti⁴³. Si tratta di un contratto di durata ed aperto, essendo consentito aderirvi anche dopo la costituzione; pertanto ad esso è applicabile anche l'articolo 1332 c.c., avente proprio ad oggetto l'adesione di altre parti al contratto. Circa il

³⁹ Rubricato nullità del contratto plurilaterale.

⁴⁰ Rubricato annullabilità del contratto plurilaterale.

⁴¹ Rubricato risoluzione del contratto plurilaterale.

⁴² Rubricato impossibilità del contratto plurilaterale.

⁴³ Cfr artt. 1362 – 1371 c.c.

riconoscimento della personalita' giuridica, il D.P.R. 10/2/2000, n. 361, reca norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto; tale provvedimento ha modificato la disciplina per il riconoscimento della personalita' giuridica e stabilisce all'art. 1, comma 1 che le associazioni "acquistano la personalita' giuridica mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture".

Gli enti non riconosciuti ricevono, nel Codice civile, una scarsa regolamentazione normativa; nonostante ciò, hanno acquistato, soprattutto negli ultimi anni, un'apprezzabile rilevanza, sia dal punto di vista giuridico che sociale. Ad essi, stante la scarsa disciplina prevista, si applicano, in via analogica, le disposizioni dettate per le persone giuridiche, pur con il limite delle espresse e specifiche statuizioni normative⁴⁴. Il patrimonio, nel caso delle associazioni non riconosciute, viene definito come fondo comune: invero, secondo l'art. 37 c.c. "i contributi degli associati e i beni acquistati con questi contributi costituiscono il fondo

⁴⁴ Cfr Francesco Galgano, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, in Comm. Scialoja-Branca, sub. artt. 36-42, Bologna- Roma, Zanichelli, 1976; C. Massimo Bianca, Diritto civile, Milano, Giuffrè, 1984. Più di recente Massimo Basile, Le persone giuridiche, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, Giuffrè, 2003.

comune dell'associazione. Finché questa dura, i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pretenderne la quota in caso di recesso". Requisito indispensabile per le associazioni è che esse devono essere composte da almeno due persone: si veda sul punto Cass. n. 8435/00, secondo cui "lo statuto e l'atto costitutivo di un'associazione non riconosciuta costituiscono espressione di autonomia negoziale, nell'ambito di un fenomeno in cui il perseguimento di comuni interessi costituisce oggetto di un impegno contrattualmente assunto dai singoli associati; ne consegue che l'interpretazione dei suddetti atti è soggetta alla disciplina prevista per i contratti e che l'accertamento della volontà degli stipulanti costituisce indagine di fatto affidata in via esclusiva al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione e violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale". Occorre sottolineare che atto costitutivo e statuto, in quanto atti aventi natura negoziale, sono disciplinati dalle regole del negozio giuridico, salve le deroghe imposte dalle caratteristiche proprie di questi atti: ovviamente, alla titolarità del rapporto associativo corrispondono diritti ed obblighi che variano a seconda del tipo di ente. Tra gli obblighi inerenti il rapporto associativo il principale è quello di collaborare mediante il conferimento di denaro o di altri beni, anche se è ammessa la possibilità per il socio di

prestare un'attività personale. Va osservato che in merito alle clausole presenti in molti statuti di associazioni ed in forza delle quali vengono attribuite posizioni privilegiate a determinate categorie di membri, l'orientamento della dottrina è nel senso di negarne la validità dal momento che ogni disuguaglianza, ammissibile in altre forme associative quali le società per azioni, è invece assolutamente vietata nelle associazioni. Stante la natura strettamente personale della qualità di associato, è stato espressamente stabilito all'art. 24, comma 1 del codice civile, che essa è di regola intrasmissibile, sia per atto tra vivi, sia per successione mortis causa, salvo che nello statuto e nell'atto costitutivo non sia stabilito diversamente: la ratio del principio enunciato da tale disposizione è stata individuata dalla dottrina non solo nell'intuitus personae da cui è caratterizzato il contratto associativo, ma anche nell'interesse degli associati a non subire l'ingresso di un nuovo socio senza o contro la loro volontà e, nel caso di successione a causa di morte, anche nell'interesse degli eredi a non subentrare in un rapporto iniziato dal de cuius e che rispondeva a sue esigenze strettamente personali. L'ente non ha l'obbligo di accogliere la domanda di ammissione, pur se in presenza dei requisiti richiesti, tuttavia il rigetto o l'accoglimento di tale domanda devono essere sufficientemente ed adeguatamente motivati. Va precisato che l'atto

costitutivo deve, in ogni caso, prevedere le condizioni di ammissibilità dei nuovi associati che valgono come criteri di valutazione vincolanti per gli organi che devono decidere sulle domande di ammissione.

Con riguardo al momento in cui si acquista e si perfeziona la qualità di associato, si ritiene che ciò debba avvenire quando al proponente-richiedente perviene l'accettazione da parte dell'associazione. Per quanto riguarda lo scopo dell'associazione, esso viene solitamente considerato altruistico e l'adesione ad un'associazione, presupponendo l'accordo delle parti anche in ordine allo scopo dell'associazione stessa ed alle regole del suo ordinamento interno, comporta l'assoggettamento dell'aderente a siffatte regole nel loro complesso senza necessità di specifica accettazione, anche se implicanti oneri economici⁴⁵, con il solo limite derivante dal principio costituzionale della libertà di associazione il quale implica la nullità di clausole che escludano o rendano oneroso in modo abnorme il recesso⁴⁶; ed invero, secondo Cass. n. 1992/95 "l'adesione ad una associazione non riconosciuta si perfeziona con l'incontro delle volontà delle parti per la cui manifestazione non sono richieste forme particolari e perciò nel momento in cui al proponente, autore della

⁴⁵ Come il versamento di contributi associativi.

⁴⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, Cass. n. 5191/91.

richiesta di adesione, perviene l'accettazione dell'associazione". Peraltro, secondo l'art. 1, comma 3 del D.P.R. n. 361/00, lo scopo deve essere possibile e lecito; deve altresì essere espressamente indicato nell'atto costitutivo e nello statuto ex art. 16 c.c. Va poi evidenziato che, ai sensi dell'art. 27 c.c., l'estinzione, il raggiungimento o l'impossibilità sopravvenuta dello scopo sono causa di estinzione della persona giuridica. In considerazione del fatto che assai spesso le associazioni nascono per realizzare un vantaggio per gli associati, lo scopo di questo tipo di enti viene definito come ideale o comunque non economico: ciò, del resto, è perfettamente in linea con l'art. 24, comma 4 del Codice civile. Nonostante l'esclusione delle finalità economiche in capo all'associazione, si è portati tuttavia a ritenere che essa possa comunque svolgere attività economica, fermo restando lo scopo ideale prefissato.

6. Enti del Terzo settore e partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Per quanto riguarda la possibilità degli enti del Terzo settore di partecipare a gare pubbliche in concorrenza con le imprese, occorre far riferimento alla normativa di derivazione comunitaria contenuta nel D.Lgs. 12/4/06, n. 163⁴⁷, alla procedura di infrazione da parte della Commissione Europea n. 2007/2309, nonché a talune

⁴⁷ Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 - cosiddetto "codice degli appalti".

pronunce del Giudice amministrativo intervenute in materia. Il D.Lgs. n. 163/06 e successive modificazioni, ha disciplinato in maniera unitaria le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ispirandosi ai principi comunitari di economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, massima partecipazione, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Pertanto, in ossequio al principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione, la scelta del contraente si articola in una serie di fasi normativamente regolate ed ispirate a tali principi, nonché a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati. Più in particolare e con specifico riferimento ai requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento, l'art. 34, comma 1 del codice degli appalti, individua i seguenti soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici:

- a) gli imprenditori individuali anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane;
- c) i consorzi stabili tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro;

- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c);
- e) i consorzi di concorrenti di cui all'art. 2602 del codice civile costituiti dai i soggetti di cui alle lettere a), b) e c);
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo di interesse economico⁴⁸ .

Tale articolo riporta quindi una elencazione dal tenore tassativo ed esaustivo dei soggetti ammessi a partecipare alle gare di evidenza pubblica e, per questa ragione, è stato recentemente incluso nella procedura di infrazione n. 2007/2309, adottata il 30/1/2008 dalla Commissione Europea e comunicata al Ministero degli Affari Esteri italiano in data 1/2/2008: in sostanza, le osservazioni e le criticità rilevate dalla medesima Commissione in relazione all'art. 34 del codice degli appalti, riguardano essenzialmente la rigidità e la chiusura di tale elencazione che non sembrerebbe consentire la partecipazione alle gare di operatori aventi una forma giuridica diversa da quelle indicate. A tal proposito, la Commissione ha precisato che, ai sensi delle direttive appalti pubblici⁴⁹ dalle quali discende il D.Lgs. n. 163/06, la nozione di “operatore economico” comprende “ogni persona fisica o giuridica o ente pubblico o raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato...la realizzazione di lavori e/o opere,

⁴⁸ GEIE

⁴⁹ Cfr 2004/17/CE e 2004/18/CE

prodotti o servizi “⁵⁰ . Una definizione analoga è fornita dall’articolo 1, par. 7, della direttiva 2004/17/CE: inoltre, va precisato che le suddette direttive esigono il rispetto del principio di parità di trattamento degli operatori economici⁵¹. Tale principio è specificato, per quanto riguarda gli operatori economici ammessi a partecipare alle gare d’appalto, all’articolo 4, par. 1, della direttiva 2004/18/CE e all’articolo 11, par. 1, della direttiva 2004/17/CE, secondo i quali i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello stato membro in cui sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto dell’appalto, non possono essere esclusi dalla partecipazione ad una gara d’appalto per il solo fatto che non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di soggetti. Ciò che preme evidenziare è che, a differenza di quanto contenuto nell’art. 34, comma 1 del D.Lgs. n. 163/06, le direttive sugli appalti pubblici non consentono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcuna categoria di operatori, escludendone altre: pertanto, tale articolo risulterebbe contrario alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, nella misura in cui lo stesso esclude la possibilità per gli operatori che hanno una forma giuridica diversa da quelle contemplate dal citato articolo, di accedere regolarmente alle gare di appalti, eludendo peraltro uno dei più rilevanti

⁵⁰ Cfr articolo 1, par. 8 della direttiva 2004/18/CE.

⁵¹ Cfr articolo 2 direttiva 2004/18/CE e articolo 10 direttiva.

principi comunitari in materia di appalti pubblici: quello della “massima partecipazione” che consente ed agevola la massima apertura della dinamica concorrenziale. Va sottolineato che in merito alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica degli enti del Terzo settore in concorrenza con le imprese, l’orientamento della giurisprudenza amministrativa è piuttosto altalenante: non mancano, infatti, pronunce che considerano incompatibile il modello organizzativo e gestionale dei soggetti del Terzo settore con la partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che il regime di favore di cui godono tali soggetti impedisce ai medesimi “di partecipare a gare di appalto per l’affidamento della gestione di pubblici servizi”; ed infatti, l’ente per essere tale e cioè ente di volontariato, gode di agevolazioni fiscali e previdenziali che lo eleverebbero in una posizione di assoluto vantaggio all’interno di un regime concorrenziale ⁵² a tutto danno degli altri organismi concorrenti. Inoltre, vi sarebbe un’ulteriore discriminante relativa alla tipologia dei servizi richiesti, a seconda se gli stessi debbano considerarsi “a rilevanza economica” o “senza rilevanza economica”, dal momento che solo questi ultimi sarebbero gestibili dalle associazioni del Terzo settore: ed invero, la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza va considerata collegata all’impatto che l’attività può avere sull’assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, con la

⁵² Come appunto una gara d’appalto.

conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale potrebbe esistere, quantomeno potenzialmente, una redditività e quindi una competizione sul mercato. Di converso, può essere considerato privo di rilevanza il servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e, quindi, appare irrilevante ai fini della concorrenza. Nella fattispecie contemplata dalla sentenza n. 1604/06, si veda, ad esempio, TAR Puglia, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, la quale ha affermato che i servizi pubblici di trasporto delle persone disabili sono da considerarsi a rilevanza economica, poiché si riferiscono ad attività suscettibili di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale.

Esiste, invece, un ulteriore filone giurisprudenziale le cui pronunce risultano maggiormente ispirate ai principi di derivazione comunitaria sopra evidenziati. Al fine di consentire un adeguato confronto concorrenziale, tali pronunce tendono infatti a favorire l'ingresso alle procedure di gara anche ad organismi privi di finalità di lucro, dal momento che "i principi di libera concorrenza e di maggiore partecipazione possibile alle procedure di evidenza pubblica impongono all'amministrazione che decida di rivolgersi a privati per l'effettuazione di attività non pubblicitiche di non introdurre limitazioni o esclusioni soggettive prive di giustificazione in relazione alla natura

professionale e specialistica delle prestazioni richieste”. Si è infatti sostenuto che il carattere di impresa non implica necessariamente la finalità lucrativa dell’organismo, “essendo sufficiente, al contrario, individuare un’attività economica come quella di offerta di beni e servizi su mercato” e che il principio della parità dei concorrenti non risulta essere violato nell’ipotesi in cui uno di essi goda del beneficio di finanziamenti pubblici, “ai quali possono ben essere equiparate, per quanto qui interessa, anche le agevolazioni fiscali”. Inoltre, occorre evidenziare che sempre secondo tale orientamento giurisprudenziale, “Terzo settore e attività d’impresa non sono termini antitetici. Solidarietà sociale dello scopo, e conseguente qualifica soggettiva dell’ente, ed economicità del modello operativo, riferita invece all’attività, sono compatibili”. In sostanza va sottolineato che dalle leggi quadro sul volontariato n. 266/91 e sulla disciplina delle cooperative sociali n. 381/91, che caratterizzavano gli enti del Terzo settore con il criterio “in negativo” dell’assenza di scopo di lucro, si è passati alla legge n. 383/2000 sulle APS ove, fermo il divieto di distribuzione degli utili, il dato caratterizzante “in positivo” è lo svolgimento di attività sociale in favore dei soci e dei terzi. A sua volta la legge quadro 8 novembre 2000 n. 328 per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, oltre ad incentivare in generale l’attività d’impresa nel settore, ha inteso promuovere ai sensi dell’art. 5 “la progettualità”

degli enti del Terzo settore mediante sistemi di affidamento dei servizi che tengano conto delle “prestazioni offerte e della qualificazione del personale impiegato”. Si è quindi evidenziato che “l’assenza del fine di lucro, l’obbligo di reinvestire eventuali avanzi di gestione a favore di attività istituzionali previste nello statuto e di redazione di rendiconti sono infatti ben compatibili con l’attività economica d’impresa strumentale al perseguimento dei fini solidaristici: addirittura la presuppongono”. In tal senso, parte della dottrina ha fatto riferimento all’espressione “profitto del non profit”, per definire quella parte di profitto che viene reinvestito per lo svolgimento dell’attività sociale. Al riguardo, secondo la Corte di Giustizia 18 giugno 1998, C-35/96, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che eserciti un’attività economica a prescindere dallo status giuridico della stessa e dalle sue modalità di finanziamento; è economica qualsiasi attività consistente nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3790, ha ritenuto ammissibile alla partecipazione ad una gara una associazione senza finalità di lucro⁵³. In sostanza, si è passati da un regime normativo che implicitamente

⁵³ Si vedano, altresì, TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206, Consiglio Stato, sez. V, 16 marzo 2004, n. 1105, TAR Lazio, Roma, sez III quater, 8 luglio 2006, n. 5993. TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206.

riconosceva la possibilità degli enti non profit di esercitare attività economica⁵⁴ ad un altro che, oltre a consentirla, l'incentiva⁵⁵. In questa cornice è, dunque, irragionevole argomentare in astratto basandosi sulla netta contrapposizione tra regime economico-concorrenziale, tipico dell'evidenza pubblica e quello solidaristico-fiduciario, riconducibile al sistema convenzionale: l'uno e l'altro, quali forme strumentali per l'affidamento di servizi che possono essere svolti economicamente, sono fungibili e semmai, lungi dall'essere contrapposti, si raccordano in rapporto di giustapposizione; si tratterà casomai di modulare i criteri di scelta del gestore del servizio "non più ancorati in misura preponderante al dato economico per accedere a parametri, pur sempre oggettivi, che sondino l'offerta su altri profili qualitativi, legati alla flessibilità delle prestazioni, ivi incluse quelle accessorie alla "cura personale" delle modalità di svolgimento del servizio".

7. La responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231/2001 e le possibili correlazioni con gli enti non profit. Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha creato la figura della responsabilità amministrativa dell'ente collettivo⁵⁶ per la commissione di taluni reati da parte delle persone fisiche ad esso incardinate, che abbiano operato nell'

⁵⁴ Cfr le "entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali" contemplate dall' art. 5, comma 1, lett.g) della l. n.266/91.

⁵⁵ Cfr. l'art. 5 della l. n.328/00.

⁵⁶ Dotato o meno di personalità giuridica.

interesse o vantaggio dell'ente stesso. Il citato decreto legislativo modifica profondamente la disciplina relativa alla responsabilità degli enti, in quanto prima della sua entrata in vigore, gli enti medesimi non erano in alcun modo responsabili per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati commessi nel loro interesse o a vantaggio delle persone che li rappresentavano o che di fatto ne esercitavano la gestione ed il controllo. La nuova normativa, dunque, ha inteso sensibilizzare i singoli enti ad un'azione diretta di prevenzione e di contrasto della criminalità, pena la responsabilità penale e l'irrogazione di specifiche sanzioni amministrative. La ratio del provvedimento costituisce un'importante novità nel diritto italiano poiché con esso cade uno dei principi cardine del nostro ordinamento risalente al diritto romano e racchiuso nel brocardo "societas delinquere non potest". In particolare si sosteneva che la responsabilità penale delle persone giuridiche era ingiusta perché sarebbe andata ad incidere su tutti i soci senza alcuna distinzione. Il Legislatore ha scelto di dare origine ad una terza ipotesi di sanzione che unisce le linee essenziali del sistema penale, con quello amministrativo allo scopo di temperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle della massima garanzia. La natura di tale responsabilità è peculiare e difficilmente classificabile per il suo carattere ibrido ovvero formalmente amministrativo, ma sostanzialmente di carattere penale.

In ogni caso, trattasi di una responsabilità propria e diretta dell'ente, il quale risponde, con il proprio patrimonio o fondo comune, del comportamento negligente che consiste nell'omessa assunzione di provvedimenti idonei a prevenire e contrastare la commissione del reato commesso dal soggetto ad esso funzionalmente legato. Per detto motivo l'ente è indotto, ai sensi dell'art. 6 del decreto, ad attivarsi nella prevenzione dei reati⁵⁷. La responsabilità dell'ente, ai sensi dell'art 8 del D.Lgs. n. 231/00 è autonoma e propria, sussistendo anche quando la persona fisica autore del reato "non è stata identificata, né imputabile, ovvero il reato sia estinto per amnistia". Per poter dirimere questa responsabilità, l'ente deve adottare idonei modelli di organizzazione e di gestione che prevengano i reati stessi, nonché vigilando sul funzionamento e l'osservanza dei modelli :ove non si conformi, subisce sanzioni pecuniarie ed interdittive che possono condurre, ex art. 9 del D.Lgs. in esame, anche all'interdizione dall'esercizio dell'attività o alla revoca delle autorizzazioni funzionali all'esercizio dell'attività. Quanto al presupposto oggettivo il D.Lgs. n. 231/2001,

⁵⁷ Il principio *societas delinquere non potest* risale al diritto romano. Il diritto germanico, invece, configurava una responsabilità penale degli enti collettivi, come in genere il diritto medioevale. Cfr. Alberto Crespi, Federico Stella, Giuseppe Zuccalà, Commentario breve al codice penale, Cedam, 2006; Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, Diritto Penale, parte generale, Zanichelli, Terza edizione.

all'art 2 prevede che “l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”: ciò significa che l'ente non è sanzionato in relazione alla commissione di ogni reato, ma solo ed esclusivamente in riferimento alla commissione di quei reati indicati nella legge delega e solo parzialmente inclusi nel decreto legislativo. All'art 5, comma 1, il decreto in esame identifica le persone autrici del reato stabilendo che “l'ente è responsabile per i reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'ente stesso; da persone sottoposte alla direzione e vigilanza di uno dei soggetti anzidetti”: pertanto l'ente è responsabile sia per i reati commessi dai soggetti che esercitano formalmente e di fatto un potere di gestione⁵⁸, sia per i reati commessi dai cosiddetti loro sottoposti. Va dunque precisato che la sanzione è applicabile solo quando trattasi di un comportamento posto in funzione ed in relazione alla qualifica rivestita nell'ente ed a un suo vantaggio, non quando trattasi di un illecito “personale”. Per quanto riguarda, invece, i

⁵⁸ In cosiddetta posizione apicale, compreso anche l'amministratore di fatto.

soggetti destinatari della disciplina in oggetto, l'art 1, comma 2 stabilisce che le disposizioni in esso contenute si applicano “agli enti forniti di personalità giuridica e alle società o associazioni anche prive di personalità giuridica”, mentre al comma terzo il decreto dispone la non applicabilità “allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”: pertanto, oltre alle persone giuridiche private quali associazioni o fondazioni che abbiano ottenuto il riconoscimento giuridico ex D.P.R. 361/2000, nonché le società per le quali è previsto l'acquisto delle personalità giuridiche per effetto dell'iscrizione al registro delle imprese, sono considerate destinatarie di questo decreto anche le associazioni non riconosciute, proprio perché queste ultime potrebbero sottrarsi più facilmente al controllo statale, esponendosi maggiormente al rischio di attività illecite.

Si pone a questo punto il problema di considerare se gli enti del TS⁵⁹ e quindi gli enti non commerciali, rientrino tra le categorie dei soggetti interessati al decreto legislativo n. 231/2001; del resto, detto decreto è stato formulato al fine di prevenire e punire determinate fattispecie criminose che operano per perseguire finalità di tipo prevalentemente economico. A tal proposito va

⁵⁹ Terzo Settore

evidenziato che le APS possono realizzare anche degli utili e dunque svolgere attività economica, seppur sussidiaria, come risulta confermato dalla possibile partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La delega contenuta nell'art. 11 della legge 29/9/2000, n. 300, 11 indicava le seguenti tipologie di reati: reati in danno dello Stato; reati di concussione e corruzione; reati concernenti la tutela dell'incolumità pubblica; reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose; reati in materia di ambiente e territorio. Secondo il D.Lgs. n. 231/2001, artt. 24, 25, 25bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, la responsabilità dell'ente sussiste ove ricorra la commissione di reati in danno dello Stato, concussione, corruzione, falsità in monete, reati societari, come modificati dal D.Lgs. n. 61/2002, delitti con finalità di terrorismo ed eversione e delitti contro la personalità individuale, abusi di mercato ⁶⁰, omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita⁶¹. Ora, ad un primo esame letterale dell'art 1 del decreto le APS, associazioni riconosciute e non riconosciute ex art 2

⁶⁰ Introdotto dal D.Lgs. n. 62/2005.

⁶¹ Introdotti dal D.Lgs. n. 231/2007.

legge n. 383/2000, rientrano tra la categoria degli enti indicati dalla legge⁶²: la portata della legge, infatti, nel suo riferimento ad enti forniti o sforniti di personalità giuridica, sembrerebbe voler includere tutti i tipi di enti operanti nel nostro ordinamento, anche perché i soggetti esclusi sono stati indicati espressamente al successivo comma 3, dell'art. 270. Ciò detto, è evidente la scarsa applicabilità concreta della normativa agli ENC⁶³, considerate le finalità di carattere sociale ed i settori in cui esse operano: escludendo infatti la possibilità di compiere reati societari, così come i delitti di terrorismo, di falsità in monete, contro la personalità individuale⁶⁴ o i delitti di concussione o corruzione, restano i reati in danno dello Stato o quelli direttamente connessi allo svolgimento delle attività economiche ausiliari svolte . In particolare, la maggiore esposizione ai reati in danno dello Stato potrebbe sussistere laddove gli ENC ricorressero alle condotte illecite sanzionate dai reati di cui agli artt. 316 bis, 316 ter, 640, comma 2, n.1, 640 bis e 640 ter del codice penale, al fine di accedere ai contributi e finanziamenti pubblici che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettere c) e d) della l. 383/00, rientrano tra

⁶² Enti forniti di personalità giuridica ed associazioni anche prive di personalità giuridica.

⁶³ Enti Non Commerciali

⁶⁴ Prostituzione, pornografia.

le risorse economiche delle associazioni stesse. In particolare, ai sensi dell'art. 18, comma 2 della medesima L. n. 383/00, le APS possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo; in tal senso, quindi, potrebbe estendersi anche ad esse l'applicazione dell'art. 25 septies del D.Lgs. n. 231/01, introdotto dall'art. 9 della legge n. 123/07 e poi modificato dall'art. 300 del D.Lgs. n. 81/08, che punisce i delitti previsti agli artt. 589 e 590, comma 3 del codice penale⁶⁵. In ogni caso occorre evidenziare che nessun riferimento agli ENC risulta essere stato previsto dal recente D.Lgs. n. 81/08, che, all'art. 30, ha enunciato i criteri da adottare nella redazione del modello. Quale che sia la natura giuridica di questa responsabilità «da reato», è certo che in tutta la normativa⁶⁶ e, segnatamente, nell'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 231/2001 essa è riferita unicamente agli «enti», termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali, tanto che, come si è visto, i successivi commi della disposizione da ultimo menzionata ne specificano l'ambito soggettivo di applicazione.

Anche per gli ENC, sarebbe dunque necessario adottare un modello organizzativo idoneo ad avere efficacia

⁶⁵ Omicidio colposo e lesioni personali colpose commesse con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

⁶⁶ Convenzioni internazionali; legge di delegazione; decreto delegato.

esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica. In conclusione, qualora l'ente realizzi uno dei delitti previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 e sia condannato per responsabilità amministrativa connessa al reato realizzato nel suo interesse o vantaggio, sarà destinatario della sanzione pecuniaria della quale risponderà con tutto il proprio "fondo comune" o "patrimonio", nonché sarà soggetto ai sensi dell'art. 13 del decreto alle sanzioni interdittive, nei casi di maggiore gravità. Per questo motivo anche gli enti del TS, al fine di evitare le sanzioni pecuniarie ed interdittive saranno indotti a predisporre modelli di organizzazione e gestione adeguati e, quindi, ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 231/2001, a "eliminare le carenze organizzative mediante l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi".

8. Il concetto di utilità sociale alla luce della disciplina positiva riguardante alcuni enti non profit. Con il D.Lgs. n. 460/1997, come è già stato sottolineato sopra, non si è inteso delineare un "nuovo" soggetto giuridico⁶⁷ ma, più semplicemente, si è creato un contenitore di tipo fiscale a cui vari soggetti giuridici possono accedere;

⁶⁷ La Onlus.

occorre tuttavia sottolineare che tali soggetti⁶⁸, per poter accedere alla qualifica di Onlus, da cui consegue il godimento di uno speciale regime fiscale e la possibilità di acquisire altri benefici di tipo economico, debbono adeguare i propri statuti ed atti costitutivi ad un complesso di regole, determinate ex lege, le più rilevanti delle quali possono compendiarsi nel fatto che, come avremo modo spesso di rilevare nel corso della presente trattazione, i settori in cui possono essere svolte le attività sono quelli tassativamente indicati all'art. 10, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 460/97 ed inoltre: possono essere perseguite soltanto finalità di solidarietà sociale; oltre alle attività istituzionali di cui all'art. 10, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 460/97, possono essere esercitate soltanto attività accessorie per natura a quelle statutarie istituzionali, in quanto integrative delle stesse e quelle a queste direttamente connesse, sempre che, in ciascun esercizio e nell'ambito di ciascuno dei settori elencati alla lettera a del comma 1 dell'art. 10, le stesse non siano prevalenti rispetto a quelle istituzionali e che i relativi proventi non superino il 66 per cento delle spese complessive dell'organizzazione; sussiste il divieto di distribuzione degli utili, anche in modo indiretto, di utili, avanzi di gestione, nonché di fondi, riserve o capitali durante la vita dell'organizzazione a meno che la

⁶⁸ Associazioni, fondazioni, comitati, società cooperative, altri soggetti privati con o senza personalità giuridica.

destinazione o la distribuzione non siano imposte dalla legge a favore di altre Onlus che per legge, statuto o regolamento facciano parte della medesima ed unitaria struttura; gli utili e gli avanzi di gestione debbono essere utilizzati soltanto per l'esercizio delle attività istituzionali e di quelle alle medesime direttamente connesse; il patrimonio dell'organizzazione, in caso di scioglimento per qualunque causa, deve essere devoluto a favore di altre Onlus o a fini di pubblica utilità sentito l'organismo di controllo; nelle associazioni deve prevedersi una disciplina uniforme dei rapporti associativi e delle modalità associative dirette a garantire l'effettività dei rapporti stessi e l'esclusione della temporaneità della partecipazione alla vita associativa, nonché, per gli associati o partecipanti maggiorenni, il diritto di voto per l'approvazione delle modifiche statutarie e dei regolamenti ed anche per la nomina degli organi associativi delle medesime organizzazioni; l'organizzazione deve inserire la locuzione "organizzazione di utilità sociale", ovvero l'acronimo "onlus" nella propria denominazione ed in qualsivoglia segno distintivo, nonché utilizzarla nelle comunicazioni rivolte al pubblico. Deve altresì porsi in rilievo che, per un verso, alcuni soggetti non debbono conformarsi alle prescrizioni testé indicate per il fatto che sono ope legis qualificati come Onlus⁶⁹ e, per l'altro, certi soggetti

⁶⁹ Le organizzazioni di volontariato di cui alla L. n. 266/1991, iscritte nei registri

possono acquisire la predetta qualifica limitatamente allo svolgimento di determinate attività nei settori indicati all'art. 10, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 460/97.

La normativa sulle Onlus, nell'indicare che debbono perseguirsi finalità di solidarietà sociale, parrebbe essersi ispirata a quella riguardante le organizzazioni di volontariato. A norma dell'art. 2, l. n. 266/91, per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, senza scopo di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà. Ancorché in tale legge non si dia una definizione di scopo solidaristico, non sembra che questo possa ridursi alla mera assenza di un fine lucrativo; deve, altresì, porsi in rilievo che, dovendo l'attività essere prestata in modo personale e gratuito, nelle organizzazioni di volontariato la qualità di volontario risulta "incompatibile con ogni rapporto di tipo patrimoniale con l'organizzazione" stessa. Pertanto, essendo il negozio a titolo gratuito, l'attività prestata va "ad esclusivo beneficio di terzi", nel senso che il sacrificio cui ciascun membro si sottopone mira "a procurare un vantaggio a terzi e non a sé stessi, neppure in via indiretta". Per scopo solidaristico, secondo la riferita impostazione, deve dunque intendersi un fine

tenuti dalle Regioni e dalle Province autonome, le cooperative sociali di cui alla L. n. 381/1991, le organizzazioni non governative riconosciute idonee ai sensi della L. n. 49/1987.

rivolto in via esclusiva o prevalente alla soddisfazione di “bisogni sussistenti in capo a terzi estranei alla compagine dell’ente“.

Nella normativa sulle Onlus le attività istituzionali di cui all’art. 10, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 460/97, sono state suddivise in due gruppi, che corrispondono alla bipartizione delle stesse in principali e direttamente connesse: ratio di tale suddivisione è la diversa considerazione degli scopi di solidarietà sociale connessi alle attività espletate nei diversi settori individuati dalla legge: mentre, infatti, in alcuni settori⁷⁰, le finalità di solidarietà sociale sono considerate, ex lege, immanenti alle attività espletate, in altri settori⁷¹ dette finalità sono perseguite allorquando si arrechi un beneficio a persone che si trovino in una situazione di svantaggio a causa di condizioni fisiche, psichiche, economiche, sociali o familiari o a componenti collettività estere, limitatamente agli aiuti umanitari. A ben vedere, la ratio della scelta legislativa di considerare le attività svolte in alcuni settori come di per sé rivolte a fini di solidarietà

⁷⁰ Quelli dell’assistenza sociale e socio sanitaria, della beneficenza, della tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico, ivi comprese le biblioteche ed i beni di cui al D.P.R. n. 1409/1963, della tutela e della valorizzazione della natura e dell’ambiente, con esclusione dell’attività esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, della ricerca scientifica di particolare interesse sociale svolta direttamente da fondazioni ovvero da esse affidate ad università, enti di ricerca ed altre fondazioni che la svolgono direttamente, le attività di promozione della cultura e dell’arte per le quali sono riconosciuti apporti economici da parte dello Stato.

⁷¹ Quelli dell’assistenza sanitaria, dell’istruzione, della formazione, dello sport dilettantistico, della promozione della cultura e dell’arte.

sociale può forse rinvenirsi nella considerazione espressa ad esempio nella circolare del Ministero delle Finanze n. 168/E del 26 giugno 1998, secondo cui “il fine solidaristico è considerato immanente per alcune attività come l’assistenza sociale, socio-sanitaria e la beneficenza, per le quali la condizione di svantaggio dei destinatari è presupposto essenziale dell’attività stessa, senza necessità di ulteriori precisazioni normative“. Al riguardo, può, tuttavia, osservarsi che, quanto meno con riferimento al settore della beneficenza, possono prospettarsi casi in cui siano individuati quali beneficiari soggetti o organizzazioni che non si trovino in una condizione di svantaggio ovvero di obiettivo disagio connesso a situazioni psicofisiche invalidanti, a situazioni di devianza, di degrado o grave disagio economico-familiare o di emarginazione sociale. Peraltro, in settori come quelli della tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico, della tutela e della valorizzazione della natura e dell’ambiente, della ricerca scientifica, “il fine solidaristico si intende perseguito indirettamente a beneficio non di singole persone ma della collettività diffusa“; si può allora constatare come, mentre per le attività espletate nei settori dell’assistenza sociale e socio-sanitaria, della beneficenza, il perseguimento di finalità di solidarietà sociale viene ritenuto connesso, ancorché implicitamente, alla condizione di svantaggio

dei beneficiari, negli altri settori del medesimo gruppo, non è ravvisabile detto nesso, di talché gli scopi perseguiti non sono di solidarietà sociale, ma possono definirsi più propriamente di utilità sociale, nel senso che l'attività espletata è rivolta a beneficio dell'intera collettività o di una parte consistente della stessa⁷². Siamo dunque in presenza di una qualificazione normativa di solidarietà sociale che, in realtà, racchiude due distinti criteri: quello secondo cui deve recarsi un beneficio a soggetti che si trovino in una condizione di svantaggio⁷³ la quale, con riferimento alle attività istituzionali espletate in alcuni settori, è considerata implicitamente connessa all'attività esercitata, posto che non viene richiesta alcuna dimostrazione di detta condizione dei beneficiari e quello che la presuppone sussistente per il fatto che l'attività espletata reca comunque un beneficio alla collettività⁷⁴. Da ultimo, deve porsi in rilievo che, a differenza delle organizzazioni di volontariato, con riferimento alle quali, come si è visto, l'attività prestata dai volontari deve essere a beneficio di soggetti terzi, nella disciplina sulle Onlus il beneficio che si concreta nella cessione di

⁷² Dizione, quest'ultima che viene utilizzata in diversi paesi di common law.

⁷³ Attività direttamente connesse a quelle istituzionali.

⁷⁴ Attività svolte negli altri settori istituzionali.

beni e nella prestazione di servizi, può essere recato anche a soci, associati o partecipanti, nonché agli altri soggetti indicati all'art. 10, comma 6, lett. a), D.Lgs. n. 460/97 che si trovino in una condizione di svantaggio: in quest'ultimo caso, il perseguimento di fini di solidarietà sociale può al contempo realizzare uno scopo mutualistico.

9. Le Associazioni di promozione sociale (APS). Per alcuni profili la disciplina riguardante le associazioni di promozione sociale, di cui alla L. n. 383/2000, appare mutuata da quella delle Onlus: al riguardo può infatti considerarsi che tale normativa impone alle Associazioni di Promozione Sociale, d'ora in poi APS, di recepire a livello statutario una serie di regole, tra cui, in particolare, ai fini che qui interessano: il divieto di prevedere che possano perseguirsi fini di lucro, nonché dividersi tra gli associati, anche in forme indirette, i proventi delle attività; l'obbligo di reinvestire l'eventuale avanzo di gestione a favore di attività istituzionali statutariamente previste; l'obbligo di devolvere il patrimonio residuo, in caso di scioglimento, cessazione o estinzione, dopo la liquidazione, a fini di utilità sociale; la conformazione dell'organizzazione interna a principi di democraticità e di uguaglianza dal punto di vista dei diritti di tutti gli associati, nonché al principio di elettività delle cariche associative. Possono essere iscritte al registro nazionale e/o regionale, delle Province autonome

di Trento e Bolzano come APS, ai sensi della L. n. 383/2000, le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi ed i loro coordinamenti o federazioni. Sono esclusi, a norma dell'art. 2 della legge, dal novero delle aspiranti APS: i partiti politici; le organizzazioni sindacali; le associazioni dei datori di lavoro; le associazioni professionali e di categoria; tutte le associazioni che hanno come finalità la tutela esclusiva di interessi economici degli associati; i circoli privati e le associazioni comunque denominate che dispongono limitazioni con riferimento alle condizioni economiche e discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all'ammissione degli associati o prevedono il diritto di trasferimento, a qualsiasi titolo, della quota associativa o che collegano, in qualsiasi forma, la partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale. Le organizzazioni che sono legittimate a richiedere l'iscrizione come APS sono, peraltro, tenute a norma dell'art. 2, comma 1, L. n. 383/00, a "svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati ". Dal combinato disposto degli artt. 2, comma 1 e 4, comma 1, lett. f, L. n. 383/2000, si desume, inoltre, che le attività di utilità sociale possono concretarsi nella cessione di beni e servizi sia a terzi che agli associati; può, al riguardo, porsi in rilievo come, mentre le Onlus, sono tenute al perseguimento di finalità

di solidarietà sociale, da intendersi nelle diverse accezioni che si sono illustrate sopra, la normativa nazionale riguardante le APS qualifichi gli scopi delle medesime in termini di utilità sociale.

Da non trascurarsi è il fatto che le APS mentre, a norma dell'art. 18, L. n. 383/00, debbono avvalersi in via prevalente delle attività prestate in forma volontaria, libera e gratuita dai propri associati per il perseguimento dei fini istituzionali, ai sensi dell'art. 4 della medesima legge, al fine di conseguire detti fini, possono anche svolgere attività economiche di natura commerciale, artigianale o agricola, in modo ausiliario e sussidiario rispetto alle attività istituzionali. Ne consegue dunque che le APS, non diversamente dalle organizzazioni di volontariato, sono enti erogativi dal momento che possono svolgere attività d'impresa in via non esclusiva o principale, bensì soltanto marginale o ausiliaria. In definitiva, l'attività delle APS può essere qualificata come di utilità sociale tanto nel caso che sia espletata a beneficio di soggetti terzi quanto degli stessi associati, con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, verrà perseguito anche uno scopo mutualistico. Si può altresì osservare che, a differenza della disciplina sulle Onlus, la normativa in esame non individua criteri quali quello del settore di intervento o della natura del bene o del servizio prodotto: tuttavia, alcune leggi regionali, emanate in attuazione della

normativa nazionale, determinano i settori di intervento, sia pur in termini talvolta generici; al riguardo, può ad esempio richiamarsi l'art. 4, L.R. Liguria, n. 30/2004, che definisce di utilità sociale le attività "tese al conseguimento di finalità di valenza collettiva, espletate nei settori: sociale, socio-sanitario, educativo, ambientale, culturale e di ricerca etica e spirituale, sportivo e ricreativo ", nonché l'art. 2, comma 2, L.R. Puglia, n.39/2007, a norma del quale le APS "perseguono interessi collettivi e fini di utilità sociale attraverso lo svolgimento continuato di attività di promozione sociale prevalentemente nei seguenti ambiti: sviluppo della personalità umana e rimozione degli ostacoli che ne impediscono la sua formazione ed espressione nei principi di libertà, eguaglianza, pari dignità sociale e pari opportunità; promozione e sostegno dell'esercizio dei diritti civili e sociali e del principio di sussidiarietà, in attuazione degli articoli 117 e 118 della Costituzione; affermazione e attuazione dei principi della pace, del pluralismo delle culture, della solidarietà tra i popoli e della cooperazione; tutela e valorizzazione del patrimonio storico, artistico, ambientale e naturale, nonché delle tradizioni e dei prodotti tipici locali, anche mediante attività di ricerca e promozione culturale, comunicazione e sviluppo del turismo sociale e/o di interesse locale; diffusione della pratica sportiva tesa al

miglioramento degli stili di vita, della condizione fisica e psico-sociale delle persone in tutte le fasi della vita; conseguimento di altri scopi di promozione sociale; sviluppo della partecipazione attiva e responsabile delle famiglie alla vita culturale e sociale, alle iniziative di promozione umana e dei servizi alla persona, attraverso le loro forme associative “.

In conclusione, gli elementi che appaiono rilevanti, ai fini della nostra indagine, desumibili dalla normativa nazionale de qua, sono da individuarsi: nell’indicazione dei destinatari⁷⁵; nel fatto che l’attività di utilità sociale deve essere prestata, in via prevalente, dagli associati, in forma volontaria, libera e gratuita; nell’obbligo di rispettare il principio del non distribution constraint .

10. Le imprese sociali. La qualifica di impresa sociale, come recita l’art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 155/2006, può essere acquisita da “tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4 . L’organizzazione che aspiri ad acquisire detta qualifica, oltre a continuare ad essere regolata dalla normativa applicabile al tipo cui è

⁷⁵ Che possono essere tanto soggetti terzi quanto gli associati.

riconducibile, a norma dell'art. 5, D.Lgs. n. 155/06, deve indicare nell'atto costitutivo l'oggetto sociale, con particolare riferimento alle disposizioni di cui all'art. 2, D.Lgs. cit. e l'assenza di uno scopo di lucro. All'art. 3, D.Lgs. n. 155/06, si prevede, in particolare, che "l'organizzazione che esercita un'impresa sociale destina gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio" e che "è vietata la distribuzione, anche in forma indiretta, di utili e avanzi di gestione, comunque denominati, nonché fondi e riserve in favore di amministratori, soci, partecipanti, lavoratori o collaboratori". Si è tuttavia osservato in dottrina⁷⁶ l'impresa sociale che opera nei settori di cui all'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 155/06, possa distribuire in forma indiretta utili ai propri beneficiari-utenti. Qualche perplessità potrebbe prospettarsi circa la possibilità che le imprese sociali di cui all'art. 2, comma 2, D.Lgs. cit. siano legittimate ad effettuare siffatta distribuzione indiretta a favore di lavoratori svantaggiati o disabili, atteso che questa potrebbe essere considerata in contrasto con la previsione di cui all'art. 3, comma 2, lett. b), D.Lgs. cit., che vieta la corresponsione di retribuzioni o compensi superiori a quelli previsti dai contratti o accordi collettivi per le medesime qualifiche; tuttavia, la disposizione riguardante detta limitazione

⁷⁶ Cfr. A. Fici, La nozione di impresa sociale e le finalità della disciplina, in *Impresa sociale*, 2006, n. 3, 38

della retribuzione non appare invocabile allorquando “i lavoratori sovra-remunerati siano i diretti beneficiari dell’impresa sociale“, tenuto conto che una sovra-remunerazione dei lavoratori-beneficiari dell’impresa sociale non è mai ingiustificata “allorché trovi fondamento in motivazioni diverse da quella di acquisire specifiche professionalità“. Non diversamente da quanto si è posto in rilievo con riferimento alle Onlus, anche la qualifica di impresa sociale⁷⁷, non identifica dunque una nuova organizzazione sociale: essa può essere, infatti, acquisita da tutti i tipi di organizzazioni private disciplinati dal codice civile o da leggi speciali. Ricalca peraltro lo schema prefigurato nella disciplina sulle Onlus l’enumerazione tassativa dei settori nei quali le attività espletate sono considerate di utilità sociale: si dispone, in particolare, che sono beni e servizi di utilità sociale quelli prodotti o scambiati nei settori: dell’assistenza sociale, ai sensi della L. n. 328/2000; dell’assistenza sanitaria, per l’erogazione delle prestazioni di cui al D.P.R. 29 novembre 2001, recante “definizione dei livelli essenziali di assistenza”; dell’assistenza sociosanitaria, ai sensi del D.P.C.M. del 14 febbraio 2001, recante “atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie”; dell’educazione, dell’istruzione e della formazione, ai sensi della L. n. 53/2003, recante delega al

⁷⁷ Per la quale si può utilizzare l’acronimo di IS.

Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale; della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ai sensi della L. n. 308/2004, recante delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, con esclusione delle attività, esercitate abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi; della valorizzazione del patrimonio culturale, ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al D.Lgs. n. 42/2004; del turismo sociale, di cui all'articolo 7, comma 10, L. n. 135/2001, recante riforma della legislazione nazionale del turismo; della formazione universitaria e post-universitaria; della ricerca ed erogazione di servizi culturali; della formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo; dei servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano un'impresa sociale. Un diverso criterio da quello indicato è, però, individuato dal comma 2 dell'art. 2, D.Lgs. n. 155/06, laddove si statuisce che, a prescindere dall'esercizio di un'attività di impresa negli indicati settori, "possono acquisire la qualifica di impresa sociale le organizzazioni che esercitano attività di impresa, al fine dell'inserimento

lavorativo di soggetti che siano lavoratori svantaggiati, ovvero lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 2 del Reg. Ce n. 2204/2002". Sono invece escluse, a norma dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 155/06, dal novero dei soggetti che possono ottenere la qualifica di IS: le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1., comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 e le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi. Per quanto attiene agli enti ecclesiastici ed agli enti delle confessioni religiose con le quali lo Stato abbia stipulato patti, accordi o intese, l'art. 1, comma 3, D.Lgs. cit. stabilisce che "si applicano le norme di cui al presente decreto limitatamente allo svolgimento delle attività elencate all'articolo 2, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di scrittura privata autenticata che recepisca le norme del presente decreto. Il regolamento deve contenere i requisiti che sono richiesti dal presente decreto per gli atti costitutivi"⁷⁸. Si determina una combinazione tra la disciplina dei singoli tipi organizzativi e quella specifica delle IS⁷⁹.

⁷⁸ In tal senso, CFR A. Fici, il quale sottolinea, altresì come in forza del decreto sull'impresa sociale non si costituiscono imprese sociali, ma associazioni, fondazioni, cooperative sociali.

⁷⁹ Sugli aspetti problematici di detta combinazione, si v. anche R. Costi, in *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, 2006.

Dunque la qualifica di IS può essere acquisita dai soggetti che hanno per oggetto la produzione di beni e di servizi di utilità sociale nei settori indicati all'art. 2, D.Lgs. n. 155/06 e quelle che esercitano una qualsiasi attività d'impresa, anche diversa da una di quelle di utilità sociale di cui all'art. 2, comma 1 cit., che sia, però, rivolta all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati o di lavoratori disabili ai sensi dell'art. 2 del Reg. Ce n. 22/2002, i quali, in base all'art. 2, comma 4, del medesimo decreto, "devono essere in misura non inferiore al trenta per cento dei lavoratori impiegati a qualunque titolo nell'impresa". In ordine alla classificazione delle attività di utilità sociale, si è osservato in dottrina che, essendo queste dalla legge qualificate in tal senso, senza che possa assumere rilievo la qualità o condizione dei destinatari o degli utenti, se con riguardo ad alcune attività non sembrano porsi particolari problemi, in ragione del fatto che i beneficiari sono ben identificabili⁸⁰, per altre attività⁸¹, siffatto inquadramento non appare soddisfacente, soprattutto se si tiene conto che, con riferimento ad esse, la disciplina sulle Onlus richiede che l'utilità sociale debba valutarsi sulla base della situazione di svantaggio dei destinatari. Come si è accennato, possono essere qualificate come IS

⁸⁰ Come ad es. l'assistenza sociale.

⁸¹ Come ad es. l'assistenza sanitaria o la formazione.

anche le società cooperative e, conseguentemente, anche le cooperative sociali disciplinate della L. n. 381/1991; in realtà, è utile richiamare quest'ultima normativa essenzialmente al fine di condurre un parallelismo tra una certa lettura dell'art. 1, comma 1, della stessa, a norma del quale le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso lo svolgimento di una delle attività indicate nel medesimo articolo, vale a dire la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi ovvero qualsiasi attività finalizzata all'inserimento lavorativo di particolari persone svantaggiate⁸² e l'interpretazione dei criteri con cui sono individuate le attività da considerare di utilità sociale, contenuta nella disciplina sulle imprese sociali. Secondo una possibile interpretazione di tale disposizione normativa, le cooperative di cui alla L. n. 381/91, sulla base del rilievo che alla formula dell'interesse generale, contenuta nell'art. 1 di tale legge, deve riconoscersi "rilevanza prescrittiva", risulterebbero connotate dal "carattere sociale", non soltanto in ragione delle attività sociali espletate, ma anche perché agirebbero nell'interesse dei destinatari⁸³, di talché questi ultimi sarebbero identificabili sia in coloro ai quali l'attività è devoluta, sia nei beneficiari

⁸² Quelle indicate all'art. 4 della medesima legge.

⁸³ Gli utenti o i soggetti lavoratori svantaggiati.

dei risultati della stessa attività. Ne consegue che le cooperative sociali sarebbero tenute ad operare in modo tale da massimizzare l'utilità di utenti e persone svantaggiate, siano o non siano soci, in termini di qualità, prezzo, ecc. Con riguardo a queste attività, assume rilievo quanto statuito all'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 155/06, a norma del quale per attività principale di cui all'art. 1, comma 1, deve intendersi "quella per la quale i relativi ricavi sono superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale"; con il D.M. 24 gennaio 2008 sono stati, peraltro, definiti i criteri quantitativi per il computo della percentuale del settanta per cento dei ricavi complessivi dell'impresa sociale. In particolare, all'art. 2 di tale D.M., si specifica che: "ai fini del computo della soglia minima del 70 per cento nel rapporto tra ricavi prodotti da attività di utilità sociale e ricavi complessivi dell'organizzazione, di cui all'art. 2, comma 3, del citato decreto legislativo n. 155 del 2006, sono considerati al numeratore del suddetto rapporto, per ogni anno di esercizio dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale, soltanto i ricavi, come definiti dall'art. 1, direttamente generati dalle attività di utilità sociale come definite dall'art. 2, comma 1, del citato decreto legislativo n. 155 del 2006. Non vengono, in ogni caso, considerati nel computo del rapporto di cui al precedente comma 1, né per quanto concerne il numeratore, né il

denominatore, i ricavi relativi a: proventi da rendite finanziarie o immobiliari; plusvalenze di tipo finanziario o patrimoniale; sopravvenienze attive; contratti o convenzioni con società ed enti controllati dall'organizzazione che esercita l'impresa sociale o controllanti la medesima. Nell'ipotesi di ricavi provenienti da una commistione di diverse attività, o comunque non chiaramente attribuibili ad un determinato settore di attività, l'attribuzione degli importi viene effettuata in base al numero di addetti impiegati per ciascuna attività . fermo restando il vincolo dell'equilibrio tra costi e ricavi nell'esercizio dell'attività di impresa.

In definitiva, secondo la riferita impostazione, il codice civile, in seguito alla riforma del diritto societario, ammette che particolari cooperative, disciplinate da una legge speciale, agiscano con e nell'interesse di determinate categorie di soggetti, a prescindere dal fatto che essi siano soci della cooperativa. Giova in proposito rilevare che, nell'indicata prospettiva, gli elementi che sembrerebbero connotare il "carattere sociale" delle attività delle cooperative sociali sono rinvenibili anche nel requisito dell'"utilità sociale" delle attività espletate dalle imprese sociali: si consideri infatti che le attività di utilità sociale delle IS sono dirette a realizzare finalità di interesse generale , quantunque queste ultime non siano definite dal D.Lgs. n. 155/06. Sono tali in ragione del

fatto che sono svolte in determinati settori tassativamente indicati dalla legge, senza che rilevi il fatto che i destinatari siano soggetti terzi o soci, sempre che, a norma dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 155/06, l'erogazione dei beni e dei servizi non si abbia a favore dei soli soci o associati ; sono tali, a prescindere dal settore di intervento, laddove siano rivolte all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati o disabili. In definitiva, sono individuabili due criteri per identificare un'attività di utilità sociale diretta a realizzare finalità di interesse generale, ai sensi del D.Lgs. n. 155/06. Il primo considera l'utilità sociale immanente all'attività economica espletata, nel senso che ciò che rileva è il fatto che i beni e i servizi siano prodotti o scambiati in determinati settori, per quanto alcune perplessità possono esprimersi in ordine al fatto che sia contemplato come "settore" anche quello dei servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano un'impresa sociale , a prescindere da chi siano i destinatari e dalla loro condizione. Il secondo, richiede invece la dimostrazione dell'utilità sociale prodotta, risultando decisivo a tal fine, non il settore nel quale i beni e i servizi sono prodotti o scambiati, ma il fatto che dall'attività esercitata determinati soggetti svantaggiati, che possono essere soggetti terzi o soci, conseguano il beneficio

dell'inserimento lavorativo. Va altresì rilevato che il perseguimento di finalità di utilità sociale, mediante l'esercizio di attività economiche in determinati settori, ovvero anche al di fuori di questi, laddove comunque siano beneficiate, in termini di inserimento lavorativo, persone che si trovino in una condizione di svantaggio, non risulta incompatibile con la realizzazione di uno scopo mutualistico, da qualificarsi propriamente come “mutualistico esterno” o “altruistico-solidaristico”.

A differenza di altre normative che si sono esaminate⁸⁴, nella disciplina di cui al D.Lgs. n. 155/06, viene valorizzata la posizione dei destinatari delle attività di utilità sociale e dei lavoratori dell'impresa sociale posto che, da un lato, si prevede che “nei regolamenti aziendali o negli atti costitutivi devono essere previste forme di coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività”⁸⁵ e, dall'altro, si impone alle imprese sociali di redigere un bilancio sociale che deve essere depositato presso il registro delle imprese “secondo linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentita l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, in modo da rappresentare l'osservanza delle finalità sociali da

⁸⁴ Si pensi ad es. a quella sulle Onlus.

⁸⁵ Cfr l'art. 12, comma 1.

parte dell'impresa sociale “⁸⁶. Per quanto attiene al rilievo da attribuirsi ai destinatari delle attività delle imprese sociali, si è osservato in dottrina che sono individuabili quattro situazioni corrispondenti ai diversi tipi di attività espletate: nelle imprese che erogano beni e servizi a fruizione individuale⁸⁷ sarebbe individuabile soltanto un rapporto di servizio tra impresa e utente che non garantirebbe una reale protezione degli interessi dei destinatari, né tanto meno dei beneficiari indiretti; nelle imprese che erogano servizi a fruizione individuale da parte di altre imprese⁸⁸, vi è il rischio che ai beneficiari delle imprese sociali utenti non venga garantita una tutela, almeno ogni qual volta l'impresa sociale esternalizzi parte della sua attività; nelle imprese che erogano servizi a fruizione collettiva o diffusa⁸⁹, il rapporto di servizio è di difficile individuazione e la nozione di destinatario non può essere estesa fino a comprendere anche i destinatari indiretti dell'attività. Nelle imprese che perseguono il fine dell'inserimento lavorativo di soggetti disabili o svantaggiati, il beneficiario dell'impresa è altresì un lavoratore, da cui consegue che il loro ruolo risulta rafforzato, dal

⁸⁶ Cfr l'art. 10, comma 2.

⁸⁷ Si pensi, ad es. a quelle che operano nei settori dell'assistenza sociale e dell'assistenza sanitaria.

⁸⁸ Nell'ipotesi indicata dall'art. 2, comma 1, lett. m.

⁸⁹ Si pensi ad es. a quelle che operano nel settore della tutela dell'ambiente.

momento che trova applicazione non soltanto l'art. 12 cit, ma anche l'art. 14, comma 3 del medesimo decreto, ai sensi del quale i lavoratori dell'impresa sociale, che possono anche essere soggetti volontari, ma in numero non superiore al cinquanta per cento dei lavoratori dell'impresa, hanno i diritti di informazione, consultazione e partecipazione nei termini e con le modalità specificate nei regolamenti aziendali o concordati dagli organi di amministrazione dell'IS con loro rappresentanti. Dall'esame delle disposizioni richiamate, tanto quelle che prefigurano il coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività, quanto quelle che stabiliscono che debbano riconoscersi diritti di informazione, consultazione e partecipazione ai lavoratori, si desume che il legislatore ha fondamentale rimesso all'autonomia organizzativa dell'impresa la determinazione delle forme di coinvolgimento e di tutela dei beneficiari. Il rinvio ai regolamenti aziendali e agli atti costitutivi delle IS, contenuto in entrambe le disposizioni richiamate, comporta, appunto, che con tali strumenti debbano disciplinarsi, per un verso, le forme di coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività, in termini di informazione, consultazione e partecipazione dei medesimi. Per coinvolgimento deve intendersi qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione o la partecipazione, mediante il quale

lavoratori e destinatari delle attività possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito dell'impresa, almeno in relazione alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni e dei servizi prodotti o scambiati. Nella prospettiva che si è indicata si pone anche, a ben vedere, la redazione del bilancio sociale: al riguardo, in attuazione dell'art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 155/06, è stato adottato il D.M. 24 gennaio 2008, contenente le linee guida sulla redazione del bilancio sociale; tra i vari contenuti che il bilancio sociale deve contenere, in base a tali linee guida, viene contemplata non soltanto la mappa dei diversi portatori di interessi, con la specificazione del tipo di relazione che lega l'impresa sociale alle singole categorie, ma anche l'indicazione del numero e delle tipologie dei beneficiari, diretti e indiretti delle attività svolte. Nelle suddette linee guida si individuano, inoltre, tra gli obiettivi e le finalità da perseguirsi con la redazione del bilancio sociale, anche il coinvolgimento dei beneficiari e di coloro che prestano la propria opera lavorativa, lavoratori sia volontari che retribuiti, coinvolgimento da realizzarsi in base a quanto previsto dal punto 1.2.6 della sezione E di dette linee guida, nella "valutazione dei risultati conseguiti", in termini di "impatto sul tessuto sociale di riferimento dei principali interventi realizzati e conclusi nell'anno, con evidenza di eventuali

scostamenti dalle previsioni”. Nelle linee guida viene tuttavia posta una distinzione: il coinvolgimento dei soggetti beneficiari, a differenza di quello dei lavoratori, potrà aversi soltanto quando “ciò sia consentito dalla natura delle attività svolte e dalla tipologia dei medesimi beneficiari diretti e indiretti”, il che si spiega in ragione del fatto che l’effettivo coinvolgimento di questi ultimi, in termini essenzialmente di consultazione e partecipazione, può risultare, talvolta, di difficile realizzazione come nel caso ad es. dei soggetti beneficiari che abbiano un handicap o siano affetti da particolari malattie. In conclusione, il bilancio sociale, la cui adozione è imposta dalla legge alle imprese sociali, funge essenzialmente da strumento di autovalutazione dei risultati ottenuti, su base annuale, in termini di utilità sociale. Quel che è importante sottolineare è che tale autovalutazione, viene resa pubblica e i cui dati sono dunque accessibili a tutti, deve avvenire anche mediante il coinvolgimento dei beneficiari e dei lavoratori, ancorché secondo forme che sono determinate da ciascuna IS. Si conferma dunque quanto la prassi aveva già indicato, vale a dire che lo strumento del bilancio sociale è particolarmente utile ai fini sia della valutazione che della comunicazione al pubblico dei risultati di utilità sociale conseguiti dall’ente non profit nonché, in ultima analisi, promuove la definizione di un circuito virtuoso nel rapporto tra organi di

amministrazione dell'impresa e beneficiari diretti e indiretti della medesima.

11. Le fondazioni di origine bancaria. Secondo la normativa introdotta dagli artt. 2, comma 1, lett. a), L. n. 461/1998, le fondazioni di origine bancaria “perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico”. L'indicata previsione normativa, che qualifica gli scopi che possono essere perseguiti dalle fondazioni di origine bancaria, come non soltanto di “utilità sociale”, ma altresì di “sviluppo economico”, pone la questione della omogeneità/disomogeneità e, in definitiva, della conciliabilità tra loro di dette finalità. In realtà, la questione non è nuova, dal momento che era già affiorata sotto la previgente disciplina degli enti conferenti, poi divenuti fondazioni di origine bancaria; al riguardo, deve porsi in rilievo come alcuni enti conferenti avessero risolto la predetta questione a livello statutario, individuando finalità come quella di contribuire allo sviluppo civile, economico e sociale del paese⁹⁰ o quella di contribuire allo sviluppo economico del territorio⁹¹ o, infine, quella di promuovere lo spirito di previdenza e di contribuire allo sviluppo economico delle zone in cui

⁹⁰ Cfr ad es. lo statuto dell'allora ente conferente Cassa di risparmio delle province lombarde.

⁹¹ Cfr lo statuto dell'allora ente conferente della Cassa di Risparmio di Firenze.

operano⁹². L'individuazione tra le finalità statutarie di detti enti conferenti dello scopo della promozione e dello sviluppo economico, era in sostanza considerato, anche dall'autorità di controllo⁹³, pienamente conforme al dettato normativo, dal momento che i medesimi potevano annoverarsi tra i fini di interesse pubblico o di utilità sociale indicati dall'art. 12, D.Lgs. n. 356/90. In termini generali, possono ritenersi riconducibili al perseguimento di finalità di promozione dello sviluppo economico tutte quelle attività volte alla realizzazione di beni costituzionali rilevanti quali la promozione della libertà di iniziativa economica privata⁹⁴ nel cui novero può certamente comprendersi anche la tutela della concorrenza, la tutela e la promozione del lavoro e della formazione professionale ex art. 35 Cost., dell'artigianato ex art. 45 Cost., della piccola e media proprietà terriera privata ex art. 44, del risparmio ex art. 47. Dunque, alla luce della disciplina vigente, le fondazioni di origine bancaria, a norma dell'art. 2, D.Lgs. n. 153/99, sono tenute a perseguire gli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico esclusivamente in determinati settori e, in via prevalente, in quelli 'rilevanti'. Come ha, tuttavia, posto in rilievo parte della

⁹² Cfr gli statuti degli allora enti conferenti delle Casse di risparmio di Verona, Vicenza, Belluno ed Ancona.

⁹³ Il Ministero del tesoro.

⁹⁴ Cfr art. 41 Cost.

dottrina⁹⁵, si tratta di previsioni legislative che, come ha riconosciuto la Consulta, “sono, sostanzialmente, riproduttive, per la loro ampiezza e varietà, di tutte le attività proprie e caratteristiche delle fondazioni e non possono, quindi, sotto tale aspetto, ritenersi lesive dell’autonomia, gestionale e statutaria, di tali enti i quali, come del resto ogni persona giuridica di diritto privato, devono essere caratterizzati da “uno scopo” che ne impronta l’attività“. A norma dell’art. 1, comma 1, lett. c-bis, D.Lgs. n.153/99, sono individuati i seguenti settori ammessi: famiglia e valori connessi; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; arte, attività e beni culturali .

Circa le modalità di intervento negli indicati settori, le fondazioni in oggetto, possono assumere la configurazione tanto di fondazioni grant making⁹⁶, quanto quella di fondazioni operating⁹⁷, nelle due

⁹⁵ Cfr. F. Cuocolo, Aspetti giuridici delle Casse di Risparmio, in Riv. trim. dir. pubbl., 1994, 360.

⁹⁶ Ovvero enti erogatori di sovvenzioni, contribuzioni economiche con le quali vengono finanziati progetti o iniziative proposti da altri soggetti non profit.

⁹⁷ La fondazione operativa persegue il suo scopo direttamente, avvalendosi della propria organizzazione.

varianti della fondazione di imprese⁹⁸ e della fondazione-holding⁹⁹: tuttavia, mentre secondo l'art. 3, D.Lgs. n.153/99, le fondazioni di origine bancaria “possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti “, all'art. 1, lett. h, D.Lgs. n.153/99, viene definita impresa strumentale l'impresa “esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statuari perseguiti dalla fondazione nei settori rilevanti“.

⁹⁸ Si tratta di un organismo caratterizzato da personalità giuridica privata e da un fondo patrimoniale distinto da quello dell'impresa, di cui questa può dotarsi per perseguire finalità diverse da quelle istituzionali, vale a dire finalità non profit. In sostanza, attraverso l'utilizzo del fondo, l'obiettivo delle fondazioni è quello di finanziare progetti di utilità sociale. Il fondo economico patrimoniale delle fondazioni viene alimentato su base continuativa dall'impresa che ne ha dato origine, grazie al prelievo di una quota percentuale sugli utili ante imposte. La dotazione patrimoniale è in genere, leggera: non prevede, perciò, l'immobilizzo di consistenti risorse che le sottragga ai processi produttivi.

⁹⁹ L'impresa della fondazione può costituire l'oggetto esclusivo o, comunque, principale dell'ente: solo allora potrà dirsi, in analogia con quanto è disposto per gli enti pubblici economici dall'art. 2201, di essere in presenza di un imprenditore commerciale, sottoposto alla speciale disciplina di cui agli artt. 2188-2221, inclusa la soggezione al fallimento in caso di insolvenza; si sarà, invece, di fronte ad un imprenditore senza ulteriore specificazione, sottoposto alla disciplina legislativamente formulata con generico riferimento a tale figura, e non anche di fronte ad un imprenditore commerciale, quando l'esercizio dell'impresa costituisca oggetto secondario della fondazione.

Circa la possibilità di utilizzare il patrimonio della fondazione per la costituzione e la gestione di imprese o enti strumentali, la dottrina appare divisa: si è, infatti, da un lato sostenuto che il patrimonio non può essere destinato a detto scopo in ragione della assoluta incompatibilità logica e sistematica tra il concetto di amministrazione del patrimonio ed il concetto di rischio di impresa cui il patrimonio della fondazione risulterebbe esposto, posto che una siffatta previsione verrebbe a porsi in contrasto con la disposizione che impone di utilizzarlo secondo criteri prudenziali volti a garantirne la conservazione nel tempo; dall'altro, si è posto in rilievo che dette imprese o società strumentali dovrebbero comunque assicurare un'adeguata redditività del patrimonio della fondazione, esigenza, quest'ultima, che deve essere assicurata nell'attività di investimento del patrimonio al fine di rendere possibile il conseguimento di utili da destinare ad erogazioni. A prescindere da quale sia la tesi preferibile, pare potersi postulare la fungibilità delle due ipotesi¹⁰⁰ in considerazione del fatto che tanto le risorse destinate

¹⁰⁰ Cfr Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 22 marzo 2004, n. 2680, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Corte cost. sent. n. 301/03, cit, § 7 del Considerato in diritto, in <http://www.cortecostituzionale.it>, ad avviso della quale l'art. 11, comma 3, l. n. 448/01, deve interpretarsi "nei termini di mera indicazione di carattere generale, priva, in quanto tale, di valore vincolante", che non comporta "alcuna impropria ed illegittima eterodeterminazione riguardo all'uso delle risorse di cui dispongono tali enti".

all'esercizio dell'attività imprenditoriale quanto le partecipazioni detenute nelle società controllate, costituendo parte del patrimonio delle fondazioni, debbono essere amministrate nell'osservanza di criteri prudenziali di rischio, in modo da conservarne il valore ed ottenerne una redditività adeguata. Si ritiene che le società strumentali possano costituire un valido strumento tanto di perseguimento di fini istituzionali nei settori rilevanti quanto di esercizio dell'attività erogativa ed economica esercitata in virtù del controllo detenuto in imprese o società strumentali, con la conseguenza che appare del tutto plausibile che la fondazione valuti, in ossequio ai principi di economicità, se sia più economico, dunque efficiente, erogare perché altri producano o in maggiore quantità o a prezzi più accessibili il bene o servizio oppure essa stessa produrre in forma di impresa i beni o servizi la cui esistenza e diffusione nel settore ammesso e scelto, dunque rilevante, realizza il suo scopo di utilità sociale. Peraltro, a sostegno di detta fungibilità potrebbe addursi che l'ambito di operatività delle imprese e società strumentali, soprattutto tenuto conto del riconoscimento della piena autonomia statutaria delle fondazioni in parola, possa estendersi a tutti i settori ammessi e non soltanto a quelli rilevanti.

Per quanto attiene agli ambiti materiali nei quali le fondazioni di origine bancaria sono tenute a perseguire

gli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, va altresì sottolineato che, come ha puntualizzato la Corte costituzionale nella sentenza n. 301/2003, le varie disposizioni che contemplano l'elencazione dei "settori ammessi", nonché la disposizione che individua un ulteriore "settore ammesso", costituito dalla "realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità", non sono illegittime per contrasto con gli artt. 2, 3, 18, 41, 117 e 118 Cost., in ragione del fatto che non ledono la sfera di autonomia statutaria e gestionale riconosciuta alle fondazioni, essendo sostanzialmente riproduttive, per la loro ampiezza e varietà, di tutte le possibili attività proprie e caratteristiche delle fondazioni: in altri termini, l'indicazione, a livello legislativo, dei "settori ammessi" trova giustificazione, secondo l'interpretazione seguita dal giudice delle leggi, nell'esigenza di delimitare lo spazio entro il quale tali enti sono chiamati ad individuare i settori di intervento, il che, a ben vedere, è da porsi in relazione alla simmetrica definizione da parte del fondatore dello scopo perseguito nelle fondazioni disciplinate dal codice civile. Peraltro, come ha riconosciuto il Consiglio di Stato e sia pure laconicamente la Consulta, anche dall'analisi di diritto positivo può trarsi conferma che la disciplina applicabile alle fondazioni di origine bancaria è di carattere speciale, discostandosi da quella codicistica: si tratta,

infatti, di fondazioni di diritto privato, la cui specialità, delineata dal D.L. n. 63/2002, è caratterizzata: dalla loro particolare operatività; dalla struttura organizzativa, basata sulla previsione di organi obbligatori e su uno specifico regime dei requisiti di professionalità, di onorabilità e di incompatibilità; dai criteri obbligatori di gestione del patrimonio e di dismissione dei cespiti; dalla facoltà di emettere titoli di debito convertibili o con opzioni di acquisto; dai vincoli di economicità della gestione e di separazione patrimoniale; dai vincoli di destinazione del reddito, delle riserve e degli accantonamenti; dalle speciali norme in materia di contabilità e di vigilanza; dal criterio secondo cui le norme del codice civile si applicano solo in via residuale e in quanto compatibili. E' dunque del tutto evidente che tale specialità connota un tipo di enti fondazionali che si discosta da quello generale prefigurato dal codice civile, senza però che possa risulterne compromessa la sua qualificazione privatistica: in definitiva, mancando una volontà del fondatore iniziale, è stata rimessa alla legge, che è la fonte costitutiva, la definizione o anche soltanto l'individuazione delle modalità di determinazione di alcuni aspetti essenziali, quali: i settori di intervento; il modello organizzativo; i vincoli di dismissione; i rapporti tra patrimonio e investimento e quelli tra reddito e patrimonio. In dottrina si è, peraltro, posto in rilievo che la particolare conformazione

legislativa della loro autonomia trova fondamento nel fatto che tali enti sono tenuti a perseguire in via esclusiva finalità di utilità sociale, nel cui novero, come si è visto, possono considerarsi comprese anche quelle di promozione dello sviluppo economico, in determinati settori dagli stessi prescelti.

Ciò che preme al legislatore, è che, da un lato, il patrimonio non sia depauperato e, dall'altro, che sia utilizzato con criteri di efficienza: a ciò si lega poi, a norma dell'art. 10, comma 2 del D.Lgs. n. 153/99, l'attribuzione all'autorità di vigilanza del compito di verificare la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti¹⁰¹. In termini più precisi, il legislatore, pur imponendo alle fondazioni di origine bancaria di perseguire "esclusivamente" finalità di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico in determinati settori considerati ex lege come meritori, non ha fissato i criteri per identificare le finalità di utilità sociale perseguibili in via esclusiva, né tanto meno ha previsto che le medesime fondazioni siano tenute ad individuare, a livello statutario, gli specifici scopi di utilità sociale da perseguire, pena l'applicazione di una serie di sanzioni. Occorre poi tener

¹⁰¹ Cfr G. Baratti, Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali, in *Le imprese strumentali delle fondazioni*.

conto che il sistema dei controlli, che negli anni non è mutato, veniva implicitamente considerato dal D.Lgs. n.153/99 come “transitorio”, dal momento che si individuava l’autorità di vigilanza nel Ministero del Tesoro, “fino all’entrata in vigore della nuova disciplina dell’autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile ed anche successivamente finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo”¹⁰².

12. La nozione di utilità sociale alla luce della giurisprudenza costituzionale. Nella Carta costituzionale si fa riferimento in modo espresso all’utilità sociale solamente all’art. 41¹⁰³. Con riferimento a disposizioni che contengono locuzioni come quelle di “utilità sociale”, di “interesse generale” e simili, si è osservato in dottrina come rappresentino “norme di scopo” o meglio disposizioni costituzionali che, in

¹⁰² Cfr. l’art. 10, comma 1.

¹⁰³ “ L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

ragione della elasticità che le connota, sono rivolte a consentire il continuo adattamento dell'ordinamento all'evolversi della vita politica e sociale. Simili locuzioni esprimono, più precisamente, “concetti di valore”, in quanto spingono l'interprete a ricercare tutti i diversi apprezzamenti di valore dominanti nella collettività che l'interprete è chiamato ad accertare per dare un senso alla disposizione normativa, nonché “principi valvola”, posto che, prescindendo dalle elencazioni casistiche dei diversi limiti e dei singoli fini che a quella clausola possono ricondursi, consentono l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali.

Già in sede di Assemblea costituente si sollevarono notevoli perplessità sulla formulazione secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale: in particolare, fu Luigi Einaudi¹⁰⁴ a rilevare come, risultando indefinibile il concetto di utilità sociale, non rientrasse tra i compiti della Costituzione “quello di formulare semplici auspici in merito al modo in cui si spera che l'attività economica si svolgerà”.¹⁰⁵ Quantunque si sia in presenza di una

¹⁰⁴ Luigi Einaudi (Carrù, 24 marzo 1874 – Roma, 30 ottobre 1961) è stato un economista, politico e giornalista italiano, secondo Presidente della Repubblica Italiana. Intellettuale ed economista di fama mondiale, Luigi Einaudi è considerato uno dei padri della Repubblica Italiana. Suo figlio, Giulio, fondò la famosa casa editrice che porta il suo nome (cfr Wikipedia)

¹⁰⁵ cfr. Atti Assemblea Costituente, seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 3937-38.

clausola generale, l'interprete non è libero di riempirla di contenuti: non vi è dubbio, infatti, che l'art. 41, comma 2 Cost. sia disposizione che autorizza soltanto il legislatore ordinario a porre limiti in nome dell'utilità sociale alla libertà di iniziativa economica che è garantita al comma 1 del medesimo articolo; così che, in definitiva, spetta al legislatore valutare ciò che corrisponde all'utilità sociale e ciò che risulta in contrasto con la stessa. Ne consegue che al sindacato giurisdizionale è essenzialmente rimessa la conformità o meno dell'attività economica alla legge. Con riguardo più specificamente ai contenuti dell'utilità sociale, in dottrina si è sostenuto da un lato che si tratta di una "norma in bianco", dall'altro che occorre distinguere il concetto di utilità sociale, da riferirsi alla società nel suo complesso e non a singole sue parti, espressioni o frazioni, da quello di interesse generale o pubblico che, essendo proprio dello stato-persona, non è espressivo dell'intera società, ma è riferibile soltanto ad una tipologia di soggetti di cui la medesima si compone. A corollario di ciò, si è ritenuto doversi escludere che l'utilità sociale coincida con l'interesse di categorie sociali sfavorite a meno che la crescita di quelle categorie non comporti la parallela crescita della società

Questa presa di posizione deriva peraltro dalla impostazione liberale di Einaudi. Sul punto cfr anche il 1° quaderno della presente collana.

nel suo complesso. Si precisa, tuttavia, che non essendoci in Costituzione un “disegno di società”, ma soltanto un progetto di trasformazione sociale, ne consegue che sussiste un evidente collegamento tra la clausola dell’utilità sociale ed il principio di eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2 Cost.¹⁰⁶ Trattasi, nello specifico, di un progetto di trasformazione i cui scopi sono fissati dall’art. 3, comma 2 ed i cui oggetti sono richiamati da quello stesso art. 3 i quali, a ben vedere, corrispondono ai diritti fondamentali, civili e sociali, nel cui effettivo godimento si può compiere il pieno sviluppo della persona umana: ne deriva che all’utilità sociale può ricondursi tutto ciò che consente il perseguimento di quei fini e la protezione di quegli interessi, anche a costo di sacrificarne altri confliggenti. Questi interessi, d’altro canto, sono di vario tipo: culturali, sociali, politici e senz’altro anche economici; non solo economici, però: la massimizzazione dei benefici economici possibili è infatti un obiettivo soltanto strumentale e quindi recessivo rispetto agli altri che sono indicati nel secondo comma dell’art. 3 e poi specificati in altre disposizioni costituzionali. Siffatta impostazione non ha però trovato riscontro nella

¹⁰⁶ “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

giurisprudenza costituzionale: al riguardo va anzitutto osservato come non sia particolarmente copiosa la giurisprudenza della Corte costituzionale in cui viene fatto riferimento all'utilità sociale; occorre inoltre sottolineare come, in realtà, il giudice delle leggi abbia ritenuto riconducibili al concetto di utilità sociale svariati fini, quali, in particolare, quelli di tutela. Dall'indicata rassegna giurisprudenziale si desume che il giudice delle leggi è chiamato sia ad identificare i fini contemplati dalla legge che a valutare l'idoneità e l'adeguatezza dei mezzi previsti a perseguirli.

13. La Legge Delega per la riforma del Terzo Settore¹⁰⁷. Gli enti non lucrativi rappresentano un fenomeno cruciale sotto il profilo sociale ed economico per il Paese. Nel corso delle ultime legislature, più di un Governo ha avanzato proposte di riforma del Terzo Settore, al fine di armonizzare il complesso delle disposizioni attualmente vigenti e di strutturare un sistema coordinato e coerente della normativa in materia. L'attuale Governo si è impegnato nel condurre in porto questa delicata riforma, il cui obiettivo principale è stato individuato nel riassetto, appunto, della disciplina legislativa e regolamentare di settore. Tale riassetto è stato ritenuto necessario da tutti gli operatori del settore, nella consapevolezza che la progressiva moltiplicazione di norme crea superflue complessità e ambiguità. L'Onorevole Lenzi, relatrice del disegno di legge recante la "Delega al Governo per la riforma del Terzo Settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale", ha introdotto i lavori della XII Commissione parlamentare affermando che "[...] il provvedimento in esame rappresenta uno dei più importanti di questa legislatura. Il cuore del provvedimento è la costruzione di condizioni favorevoli alla crescita, al consolidamento, al riconoscimento di quel vasto campo di organizzazioni che pongono il senso del proprio agire nella solidarietà reciproca o verso gli altri, nella generosità, nel dono di tempo, di lavoro, di risorse, nella costruzione di senso civico, nell'impegno per l'affermazione di ideali condivisi e per costruire il bene comune". L'importante progetto portato avanti dal Governo con il supporto imprescindibile del Ministero del lavoro e

¹⁰⁷ Cfr documento [cndcec](#) presente in rete

delle politiche sociali, degli altri Ministeri coinvolti, in primis il Ministero dell'economia e delle finanze e della sopracitata Commissione, può realmente rappresentare un punto di svolta per lo sviluppo del vasto ed eterogeneo movimento del Terzo Settore. L'ambizioso progetto di riforma riguarda da vicino la categoria dei commercialisti, categoria a cui lo scrivente appartiene, perché incide potenzialmente su una molteplicità di attività professionali quali: la predisposizione di statuti; l'amministrazione e la gestione; la rendicontazione finanziaria e non finanziaria; l'attività di controllo; le valutazioni peritali; le operazioni straordinarie; la fiscalità, etc. Peraltro, è opinione condivisa da tutti gli operatori che gli attuali disposizioni e adempimenti normativi risultino spesso tra loro incoerenti e, talora, eccessivi, anche in ragione della proliferazione del numero delle norme di settore che ha favorito la sovrapposizione delle fattispecie regolate e la sproporzione delle regole rispetto agli interessi rappresentati da tali realtà. D'altra parte, le agevolazioni concesse agli enti del Terzo Settore sono state talvolta utilizzate con finalità diverse rispetto a quelle per cui erano state pensate: è dunque interesse della società creare norme quanto mai chiare e trasparenti ai fini di una efficiente gestione delle risorse pubbliche e private messe a disposizione degli enti del Terzo Settore.