Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale

Aspetti giuridici, economici e fiscali

Atti del Convegno Pisa, 27-28 marzo 1998

a cura di LUCIANO BRUSCUGLIA EMANUELE ROSSI



Giuffrè editore - 2000

COPIA UNICA



Con il contributo di







il diritto di famiglia e delle persone

Collana di "Studi" diretta da Vincenzo Lojacono

15

Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale

Aspetti giuridici, economici e fiscali

Atti del Convegno Pisa, 27-28 marzo 1998

a cura di LUCIANO BRUSCUGLIA EMANUELE ROSSI



Giuffrè editore - 2000

INDICE

LUCIANO BRUSCUGLIA

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Pisa

EMANUELE ROSSI

Associato di Diritto pubblico presso la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento S. Anna

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2000 VIA Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

	pag.
Presentazione	VII
Introduzione (Maria Eletta Martini)	IX
RELAZIONI	
LUCIANO BRUSCUGLIA, Il fenomeno associativo dal Codice civile al Decreto legisla- tivo n. 460 del 4 dicembre 1997	3
GIULIO PONZANELLI, ONLUS e riforma del Codice civile	33
Emanuele Rossi, I criteri di identificazione delle ONLUS	43 75
GIAN PAOLO BARBETTA, Le ONLUS nella riforma dello Stato sociale	90
Pierluigi Consorti, Le ONLUS e la disciplina degli enti ecclesiastici	111
Stefano Ragghianti, Disciplina ONLUS e volontariato	141
Franco Batistoni Ferrara, La disciplina tributaria degli enti non commerciali	151
Andrea Zoppini, Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto	157
Salvatore Vuoto, Diritto comunitario degli appalti pubblici ed organizzazioni del	
terzo settore: primi appunti	167
COMUNICAZIONI	
Stefano Pardini, La forma dell'atto costitutivo delle ONLUS	209
Marilena Gorgoni, Criteri di democraticità interna delle ONLUS	215
Caterina Murgo, Scopo di solidarietà ed attività commerciali nelle organizzazioni	>
di volontariato	221
Alessandro Pellegri, Il fallimento delle associazioni: aspetti di diritto sostanzia-	
le	233
Elena Ferioli, ONLUS e coopérative sociali: solidarietà e cooperazione dalla legge	
n. 381/91 al D.Lgs. n. 460/1997	261
Lucia Musselli, «Interferenze» pubblicistiche nella disciplina delle ONLUS:	271
BARBARA CACELLI, Le attività direttamente connesse: spunti problematici	271
DARBARA CACELLY, LE ULLIVIEU ULLEHUMETIC COMMESSE. SPUMI PRODUCTIUMENT	407

	INDICE
CARLO CORBO, Un'esperienza di imprenditoria sociale Michele Froli, ONLUS e nuovi obblighi contabili	307 311
CONCLUSIONI	
Pietro Rescigno	317

Nel corso degli anni '90 il settore non profit ha ricevuto particolare attenzione da parte del legislatore, sia nazionale che regionale.

La legge quadro sul volontariato, la legge per la disciplina delle cooperative sociali, la legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone portatrici di handicap rappresentano solo alcuni degli interventi normativi che hanno contribuito a ridisegnare i confini ed i caratteri del Terzo settore.

A questa normativa, si aggiunge oggi la disciplina fiscale dettata dal recente decreto legislativo n. 460/97, che, introducendo la nozione di ONLUS, propone, ai soli fini fiscali, una definizione per i soggetti che operano con finalità altruistiche e mutualistiche in questo ambito.

Le ragioni che stanno alla base di questa normativa sono quelle di favorire crescita e sviluppo del settore non profit, quello esistente e quello in fieri, ricorrendo a forme complementari o sostitutive di finanziamento e di intervento pubblico diretto.

Coniugando fiscalità e Stato sociale si va di fatto a ridefinire positivamente le politiche sociali ed i soggetti della solidarietà.

Il presente Convegno — di cui questo testo costituisce gli Atti — organizzato dalla Scuola Superiore S. Anna, dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e dal Centro Nazionale per il Volontariato, si propone di approfondire le conseguenze dirette ed indirette che la normativa sulle ONLUS determinerà nell'ambito del Terzo Settore, attraverso l'esame degli aspetti giuridici, economici e fiscali che la caratterizzano.

Il Convegno si inserisce nell'ambito delle ricerche « Nuove politiche sociali per una rete di servizi tra pubblico, privato e privato sociale: quale ruolo per il volontariato? » attuate dal Centro Nazionale per il Volontariato (CNV) in convenzione con il CNR e si colloca all'interno di una convenzione più ampia dal titolo « Il ruolo delle famiglie, del settore non-profit e della telefonia sociale per la fondazione di una politica sociale a rete integrata ».

Quando, insieme, la Scuola Superiore di S. Anna, la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e il Centro Nazionale del Volontariato abbiamo organizzato questo Convegno, siamo stati sollecitati da motivazioni diverse e convergenti: la esigenza di tutelare e valorizzare il proprio impegno associativo di carattere privato in servizi di carattere pubblico, già in passato esistente, e ampiamente sollecitato dalle istituzioni nazionali, regionali e locali in questo momento politico; la volontà di contribuire con l'autorevolezza di un contributo scientifico a interpretare normative esistenti, a sollecitare chiarimenti, ad indicare possibili evoluzioni da parte di docenti e ricercatori universitari, perché atti normativi facilitino l'impegno del privato-sociale a contribuire alla costruzione di reti di solidarietà, particolarmente per chi di questa solidarietà ha più bisogno.

Il tandem « associazioni » - « istituzioni culturali » ha un'occasione recente e di particolare importanza per confrontarsi: la disciplina fiscale di cui al decreto 460/97.

Già dal 1991 indicammo nella legge sul volontariato (266/91) la forma di esenzioni o facilitazioni fiscali come il miglior tipo di intervento pubblico a sostegno delle associazioni di volontariato. È mancata poi la normativa specifica, ed ora il decreto 460/97 ONLUS ne dà applicazione, e la estende al più vasto settore del « non profit ».

Il fatto è di per sé positivo, ma pone, per la novità, la vastità e la eterogeneità dei destinatari, problemi non di poco conto.

Ci troviamo insieme per approfondire, e possibilmente indicare soluzioni, a questi problemi.

Il decreto 460/97 è una legge fiscale, che diventa operativa in assenza della definizione giuridica dei soggetti interessati; la mancanza

^(*) Maria Eletta Martini, Presidente Centro Nazionale per il Volontariato.

di un'organica definizione civilistica di questi si accompagna al vuoto legislativo in merito ai problemi del lavoro volontario ed al rapporto tra lavoro volontario, remunerato in modo non contrattuale, e professionale.

Questa « assenza » da più parti, anche dal nostro Centro Nazionale del Volontariato, è stata fatta presente, ma senza successo.

La Commissione dei 30 che ha esaminato in sede parlamentare il decreto, ha inserito il rilievo al primo punto degli aspetti problematici emersi, e l'ha ritenuto indispensabile per sostenere, premiare e promuovere le numerose esperienze di solidarietà e di utilità sociale, e allo stesso tempo per contribuire, con lo sviluppo del mercato del welfare, all'incremento occupazionale. Se il livello scientifico e la sede culturale di questo Convegno, porteranno un contributo al tema, sarebbe di grande utilità.

Anche perché, mancando la definizione giuridica, la definizione di ONLUS è diventata, nel decreto 460, per così dire, « descrittiva »: le organizzazioni sono dichiarate ONLUS in base allo svolgimento della loro attività; ecco l'art. 10 con l'elenco delle « attività », ma anche col tema delle « attività connesse » che tanto fa discutere, in questo periodo di prima applicazione, per una varietà di argomenti, ivi compresa la tassazione dei redditi dei fabbricati strumentali sia all'esercizio delle attività istituzionali che di quelle connesse.

Desta perplessità (indicata, ma irrisolta) la distinzione che il decreto fa tra le attività di « utilità sociale » e quelle di « solidarietà sociale »; intendendo che alcune attività (la sanità, l'istruzione, la formazione) eccedano di per sé la « solidarietà sociale »; anche se « l'esclusivo » perseguimento di finalità di « solidarietà sociale » (lettera b) dell'art. 10 comma 1) è ritenuto condizione essenziale per essere qualificati ONLUS.

La discussione vivace sull'art. 10 nasconde — o evidenzia — la preoccupazione che la vitalità nel non-profit, nel momento in cui lo si favorisce fiscalmente, possa essere « mortificata » nella sua autonomia sociale e culturale.

C'è in atto una reazione di non trascurabile portata nel settore della piccola imprenditoria (commerciale, artigianale) per una temuta concorrenza da parte delle ONLUS e degli enti non commerciali che la prima parte del decreto 460 prevede.

È necessaria una rapida emanazione dei decreti previsti, che rendano operativo un controllo preventivo di legittimità per evitare ex ante possibili strumentalizzazioni e deformazioni della organizzazione

ONLUS, e per evitare il possibile inquinamento del settore non profit da parte di organizzazioni speculative che ONLUS non sono; la mancata chiarezza provocherebbe concorrenza sleale, distorsione del mercato, caduta di gettito per l'erario, e anche un effetto negativo sull'occupazione.

Poiché la novità complessiva della normativa avrà bisogno di un continuo monitoraggio, sarà necessario individuare forme di controllo sostanziale che possano portare a relazioni periodiche rivolte anche ad integrare o modificare la legge, se ve ne sia bisogno, per adeguarla alla effettiva volontà del legislatore sulla base delle esperienze emerse dai controlli stessi.

Il 460/97 tratta di ONLUS ed enti non commerciali, enti ecclesiastici e cooperative sociali; diritto comunitario e comparato si impongono.

Sia consentito l'invito — giustificato per il mio attuale ruolo — a un'attenzione particolare su un aspetto che può sembrare parziale, ma non lo è: la necessità di salvaguardare la « specificità » del volontariato, all'interno del più ampio fenomeno del « non-profit »; la stessa legge delega riteneva doverosa una disciplina differenziata e privilegiata per il volontariato, per il quale si giudicava importante anzitutto un regime agevolato e semplificato negli adempimenti formali; il risultato è piuttosto limitato, eppure occorre che il volontariato, anche dal punto di vista fiscale, esca dalla quasi clandestinità; né può essere considerato solo l'anticamera delle cooperative sociali, ma, quale è, un movimento associativo dotato di un proprio modo di essere all'interno del più ampio fenomeno del non-profit.

Se la auspicata creazione di un tessuto di imprese sociali per lo sviluppo della « welfare comunity » facesse prevalere gli attesi risultati economici sulla capacità di contribuire allo sviluppo della vita associata, e al riconoscimento pieno del valore sociale della partecipazione alla vita civile, del mutuo soccorso, del senso stesso di comunità, sarebbe un duro colpo — ed è un reale pericolo — per il volontariato; io condivido il richiamo del Presidente Scalfaro, in uno dei messaggi di fine anno, a non offuscare il grande valore civile della gratuità del volontariato.

Mi auguro che questo « alto valore civile » costituisca il sottofondo etico all'incontro scientifico di questi giorni.

Della risposta generosa al nostro invito ringrazio vivamente relatori e partecipanti, e a tutti auguro cordialmente buon lavoro che sia utile per gli operatori sociali. Gli organizzatori del Convegno renderanno noti gli Atti ai responsabili istituzionali.

RELAZIONI

IL FENOMENO ASSOCIATIVO DAL CODICE CIVILE AL DECRETO LEGISLATIVO N. 460 DEL 4 DICEMBRE 1997 (*) (**)

L'attenzione viene posta essenzialmente sul versante delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche, ma si terrà conto anche della normativa concernente le associazioni con riconoscimento, per naturali esigenze di contrapposizione della relativa disciplina anche se ormai le differenze normative tra questi enti collettivi, per quanto si dirà successivamente, tendono a ridursi sempre di più.

Il tutto, soprattutto nella prima parte, sarà svolto in forma sintetica ed istituzionale come è stato concordato in sede di previsione di questa relazione.

Entrando subito nel cuore della disciplina delle associazioni prive di riconoscimento — e contenendo l'indagine in funzione degli aspetti specifici che qui interessano (sostanzialmente quello della soggettività delle associazioni non riconosciute, della loro autonomia patrimoniale, della capacità ad acquistare e della relativa responsabilità) e delle conclusioni che si dovranno trarre — si possono individuare, nell'assetto normativo che si è andato sviluppando e definendo dall'anno 1942 ad oggi, almeno sei fasi, per riferirci a quelle più significative, di diverso rilievo:

1) La prima fase è quella data — dopo un lungo periodo storico di assenza di una specifica disciplina (1) — dall'angusta regolamenta-

^(*) Il presente studio è dedicato al Prof. Pietro Rescigno.

^(**) Prof. Luciano Bruscuglia, Ordinario di Diritto civile nell'Università di Pisa.

⁽¹⁾ Il codice civile italiano del 1865, come è noto, mentre trattava anche se non in maniera organica delle persone giuridiche (ad esempio negli artt. 2, 425, 433, 434, 518, 908, 932, 1060, 1833, 2114) si disinteressava delle associazioni non riconosciute (di fatto). La dottrina dava atto tuttavia — anche nel vigore di quel codice — dell'esistenza, dell'estensione e dell'ammissibilità del fenomeno: « Accanto alle persone giuridiche, fioriscono nella vita sociale per gli scopi più vari, numerose associazioni, che appaiono in commercio come delle vere corporazioni, di cui imitano gli scopi e le sembianze, ed assumono la struttura » (F. Ferrara sen., Diritto delle persone e di famiglia, Napoli, 1941, pagg. 160-161; F. Ferrara sen., Teoria delle persone giuridiche, in Trattato

zione prevista dal c.c. del 1942, il quale dedica appunto al fenomeno povere e scarne norme. (2).

La formula adoperata da un insigne giurista (3) che ha dedicato al tema nel suo complesso un'attenzione lucida e continua — e al quale sono riservate le considerazioni conclusive anche dei lavori di questo Convegno — è stata poi ripresa successivamente da molti altri studiosi.

La limitata disciplina è motivata dalla scarsa considerazione riservata alle associazioni non riconosciute connessa ad un atteggiamento di diffidenza e, comunque, certamente di non valorizzazione di enti che si proponevano di svolgere un'attività in sostanza concorrenziale con lo Stato per la realizzazione di interessi sociali (4).

del Fiore, Napoli-Torino, 1923). Per la soluzione dei problemi che la realtà imponeva di conseguenza non poteva che tenersi conto « de' principi generali di diritto, e di quelli che regolano l'intera materia contrattuale, e solo in certi casi si potranno applicare per analogia le regole proprie del contratto di società » (N. Coviello, Manuale di diritto civile italiano. Parte generale, Seconda edizione riveduta e messa al corrente da L. Coviello, Milano, 1915, pag. 235; R. De Ruggiero, Istituzioni di diritto civile, I, Introduzione alla parte generale. Diritto delle persone. Diritti reali e possesso, Messina-Roma, IV ed., 1926, pag. 424, il quale annotava il notevole impulso « che la recente guerra ha dato al movimento di creazione di persone giuridiche e di riconoscimento di enti ed associazioni di fatto »).

(2) Quanto alle associazioni non riconosciute come persone giuridiche nel processo v. gli artt. 19 comma 2, 75 ult. comma, 78-80, 145 comma 2, 163 comma 3 ult. parte, c.p.c.

(3) P. Rescigno, La rilettura del codice civile, in Introduzione al Trattato di diritto privato, I, Torino, 1982, pag. 23; In., Introduzione al codice civile, Bari, pag. 29.

(4) Così ancora recentemente GALGANO, Le forme giuridiche dalle società alle associazioni, in Non profit, 1997, pagg. 29 e ss.

D'altra parte la posizione degli ordinamenti nei confronti di questo fenomeno mai è stata uniforme. « È da ricordare che il regime delle associazioni non riconosciute è stato storicamente dominato da indirizzi vari, tra loro opposti, provocati da ragioni politiche, religiose, settarie o da preconcetti teorici od astiosità partigiane. Si è andati da un eccesso all'altro: ora movendo da un rigido ostruzionismo si è cercato di soffocare la vita delle associazioni (specialmente per motivi di persecuzione religiosa), tal'altra si è andati alla più ampia libertà, e ponendosi al di là della legge, si è fatta inconsciamente alle associazioni una posizione eguale, se non superiore a quella delle stesse persone giuridiche» (Così uno dei più autorevoli studiosi della materia F. FERRARA sen., Diritto delle persone, cit., pag. 162). Questo A. — che aveva dato un concreto contributo alla formazione di una disciplina organica delle persone giuridiche (il progetto che gli era stato affidato dopo la stesura del preliminare subì però notevoli modifiche in sede di Commissione parlamentare) — avvertiva la necessità, ai fini della tutela dei terzi e degli stessi associati, di sottolineare fortemente nel passaggio delle associazioni di fatto dalla loro posizione di «fuori della porta» all'interno del nuovo ordinamento il difetto del riconoscimento da parte dello Stato proprio soltanto delle prime e ciò a causa dell'apparente possibile simile atteggiarsi ed operare in concreto delle seconde: « Si comprende, quale pericolo possa ingenerare per i terzi questo parere e non essere, e come per gli stessi associati si crei un'illusione di posizione giuridica, produttiva di disinganni » (op. ult. cit., pag. 161).

I dati essenziali che si traggono dalla normativa codicistica sono rappresentati: A) dal riconoscimento che il gruppo degli associati è legittimato a muoversi secondo proprie regole, di emanazione diretta dagli accordi raggiunti nell'esercizio dell'autonomia privata, dettate per la gestione interna dell'associazione, per l'amministrazione del patrimonio e per la disciplina dei rapporti che lo stesso gruppo dovesse instaurare con terzi: persone fisiche e altri enti personificati o meno (v. l'art. 36 c.c. sull'ordinamento e amministrazione delle associazioni non riconosciute (5) e l'art. 38 c.c. sull'assunzione di obbligazioni); B) dalla resistenza del fondo comune (per incidens l'aggettivazione evoca le incertezze manifestatesi nel passato intorno alla titolarità ed alla appartenenza del patrimonio (6)) alla richiesta di divisione e di liquidazione avanzata dagli associati, e conseguentemente dall'affermazione implicita che il fondo è entità patrimoniale diversa (e quindi autonoma) da quella dai patrimoni di questi ultimi; C) dalla responsabilità patrimoniale in primo luogo del fondo per l'adempimento delle obbligazioni assunte (altro sicuro indice dell'autonomia patrimoniale riconosciuta), oltre una forma di responsabilità patrimoniale — rafforzata ex lege illimitata, ed in linea di principio senza diritto al beneficium excussionis. soltanto di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione; D) dalla capacità ad acquistare liberamente (art. 37 c.c.) beni (da atti onerosi) (7).

2) La seconda fase è scandita dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale del 1948.

Il diritto di associazione è affermato in forma ampia nell'ambito dei rapporti civili (parte I, titolo I) senza la previsione di limiti formali (senza autorizzazioni) e sostanziali, salvo che l'esercizio in fatto non sia

⁽⁵⁾ In particolare all'art, 36 c.c., come un momento della scarna normativa che ha aperto « con apprezzabile originalità e con sorprendente antiveggenza », il tracciato per l'affermazione del diritto delle formazioni sociali si riferisce Busnelli, in una rigorosa e limpida ricostruzione del percorso delle associazioni dalle origini codicistiche ad oggi (in Il diritto delle persone, in I cinquant'anni del codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, I, Relazioni, Milano, 1993, pag. 133).

⁽⁶⁾ Si osservava infatti che « ... non si ha unità di patrimonio, perché manca l'unità del soggetto, ma comunione di beni, perché più sono i soggetti che ne godono » (così N. Coviello, op. loc. cit., il quale tuttavia aggiungeva che « il principio di libertà di domandare la divisione riguarda la semplice divisione de' beni, senza alcun fine, non già quella comunione ch'è mezzo per conseguire uno scopo comune a più persone », dove — ma esclusivamente ai fini di una tutela interna — poteva subire deroghe in forza di espressi patti privati).

⁽⁷⁾ Cfr. Cass. 10.06.1981, n. 3773.

IL FENOMENO ASSOCIATIVO

motivato da fini che « sono vietati ai singoli dalla legge penale » (art. 18 Cost.).

D'altra parte la costituzione della formazione sociale (e quindi anche dell'associazione non riconosciuta come persona giuridica) come si stabilisce nei principi fondamentali (art. 2 Cost.) — non limita alcuno dei diritti inviolabili e delle libertà essenziali dell'uomo, che anzi vengono pienamente riconosciuti e garantiti dalla Costituzione.

Dalla naturale lettura in connessione delle norme, entrambe di carattere generale, si è potuto legittimamente trarre che il riconoscimento e la garanzia costituzionale attengono non solo alla « libertà » del singolo di dar luogo e di far parte di associazioni con la inderogabile tutela di ogni diritto fondamentale in proiezione dello sviluppo della personalità ma necessariamente anche alla «libertà» di azione di queste ultime. Con la conseguenza che «l'autonomia del privato si presenta... sotto il duplice aspetto della protezione del singolo nel gruppo sociale e della protezione dell'attività del gruppo medesimo nello *Stato* » (8).

All'emanazione della Carta costituzionale seguono alcuni decenni di approfondimento da parte della dottrina ed anche di parte della giurisprudenza (quest'ultima comunque con minore convinzione) della normativa codicistica, ora riletta nelle migliori espressioni alla luce dei principi costituzionali, con il risultato in primo luogo dell'affermazione del riconoscimento nel sistema della soggettività giuridica in capo anche alle associazioni non riconosciute quali persone giuridiche (9).

Dall'angolo visuale degli interessi del diritto privato uno degli effetti pratici più rilevanti di questo mutamento di tendenza (che in sintesi passa storicamente dai silenzi del Code Napoléon e del c.c. italiano del 1865, alla scarsa considerazione del c.c. del 1942, fino al

riconoscimento delle associazioni perfino nella Carta fondamentale della Repubblica del 1948 come principio fondamentale nell'ambito della scelta di un sistema sociale pluralista e quindi come elemento essenziale di organizzazione della società e dello stesso Stato (10)) è stata l'estensione, senza alcuna resistenza di ordine istituzionale e quindi dell'intero ordinamento, al fenomeno delle associazioni non riconosciute delle norme appositamente dettate dal codice civile per le persone giuridiche e per le società in generale (11): in via diretta e generale — se non in via analogica — con prevalenza delle stesse sulle norme statutarie ovvero solo nell'ipotesi di difetto di specifiche norme pattizie derogatorie, con esclusione soltanto di quelle legate al riconoscimento della personalità giuridica (12).

Ciò è constatabile come sicura linea di tendenza, salvo a verificarne di volta in volta — ma è ovviamente altra questione — l'esattezza in sede applicativa in ragione della specificità del problema da risolvere (13).

⁽⁸⁾ Barile, Associazione (diritto di), in Enc. dir., III, Milano, 1958, pag. 841; per la rilevanza costituzionale in generale delle stesse formazioni sociali « le associazioni assumono la figura di soggetti privati costituzionali, al pari delle persone fisiche ». Anche questo A., tra gli altri, ricorda il difetto di una norma corrispondente a quella dell'art. 18 Cost. nello Statuto albertino nel quale si garantiva (v. l'art. 32) soltanto la libertà di riunione (garanzia ora prevista nell'art. 17 Cost.), ma osserva che dottrina e giurisprudenza avevano esteso il contenuto della garanzia fino a ricomprendervi nell'epoca storica considerata la libertà di associazione.

⁽⁹⁾ Rescigno, Sindacati e partiti nel diritto privato, in Jus, 1956 e v. gli altri saggi raccolti in Persona e comunità. Saggi di diritto privato, Bologna, 1966, in particolare -- ai presenti fini -quelli pubblicati nella parte prima e nella parte terza; Mortari, La persona, lo stato e le comunità intermedie, Roma, 1959; BARBERA, Principi fondamentali, in Comm. Cost. Branca, sub art. 2, Bologna-Roma, 1975; Rescigno, Introduzione al codice civile, cit., pagg. 65 e ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr., oltre Rescigno nelle opere già indicate ed in particolare nel saggio sull'Ascesa e declino della società pluralista, in Persona e comunità, cit., pagg. 3 e ss., De Siervo, Il pluralismo sociale dalla costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella costituzione italiana, in Il pluralismo sociale nello stato democratico; Milano, 1980, pag. 71; Pizzorusso, Lezioni di diritto costituzionale, Roma, 1984, pagg. 99 e ss.; RIDOLA, Associazione, in Enc. giur., Roma, 1988, III, pag. 3; Rossi E., Le formazioni sociali nella costituzione italiana, Padova, 1989, pagg. 63 e ss.

⁽¹¹⁾ In termini v. Cass. 16.11.1976, n. 4552.

⁽¹²⁾ Si è andata così creando una situazione assimilabile a quella prefigurata nella sostanza dall'art. 42 del progetto preliminare del codice civile che aveva stabilito che « le associazioni non aventi personalità giuridica sono rette, salvo diverse disposizioni dell'atto costitutivo, dalle norme che valgono per l'organizzazione, l'amministrazione, lo scioglimento e la liquidazione delle associazioni registrate in quanto siano compatibili con la loro natura ».

Tale soluzione normativa venne tuttavia rigettata essenzialmente perché «l'estensione alle associazioni di fatto delle norme che disciplinano le associazioni riconosciute porterebbe, in sostanza, a una equiparazione fra i due tipi di organizzazione e svaluterebbe conseguentemente l'importanza dello stesso riconoscimento ». Così nella relazione (n. 60) al Codice che aggiunge che « non può... dimenticarsi che la differenza sostanziale fra associazioni riconosciute e associazioni di fatto è data appunto dal riconoscimento che eleva l'associazione alla dignità di persona giuridica e le dà la qualità di soggetto di diritto ».

⁽¹³⁾ In ordine sparso: Cass. 03.04.1978 n. 1498; Cass. 09.05.1991, n. 5192 applicano all'esclusione di un associato di un'associazione non riconosciuta la norma dettata dall'art. 24 c.c. (recesso ed esclusione degli associati); Cass. 09.05.1991, n. 5191 stabilisce la derogabilità della stessa norma mediante patto privato « senza l'adozione di speciali forme e con il solo limite derivante dal principio costituzionale della libertà di associazione, il quale implica la nullità delle clausole che escludano o rendano oneroso in modo abnorme il recesso»; Cass. 10.12.1988, n. 6725 ribadisce la derogabilità dell'art. 24 comma 3 c.c., per la parte che attribuisce all'assemblea il potere di esclusione dell'associato, mediante una norma statutaria, che può attribuire quel potere

3) La terza fase, sempre quanto ai profili in premessa indicati, è segnata dalla nuova normativa emanata nel 1985 a proposito della trascrizione immobiliare: esattamente dalla Legge 27.02.1985, n. 52 « contenente modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento all'introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari »: legge che rappresenta sul piano legislativo nella parte che qui interessa una delle manifestazioni più rilevanti, in definitiva la sintesi normativa, dei risultati di quelle elaborazioni.

Il legislatore ormai senza incertezze ammette la possibilità della trascrizione di atti, contratti (o sentenze) in favore e contro le associazioni non riconosciute come persone giuridiche in persona dei legali rappresentanti secondo le previsioni dell'atto costitutivo (14).

alla competenza di un diverso organo: salva restando la facoltà dell'interessato di impugnare il provvedimento con ricorso all'autorità giudiziaria; Trib. Bologna 06.05.1988 (in Foro it., 1988, I, 3091), Pretura Roma 08.04.1985 (in Foro it., 1985, I, 2794) e Trib. Catania 15.06.1982 (in Dir. Fall., 1984, II, pag. 1110) riconoscono ammissibile l'estensione anche della norma di cui all'art. 23 c.c. (annullamento e sospensione delle deliberazioni dell'assemblea); Cass. 21.10.1987, n. 7754 pure dell'art. 2377 c.c. laddove si attribuisce all'assemblea il potere di rinnovare una delibera invalida presa dall'organo collegiale in forza di un principio generale dalla norma sancito; App. Catania, 22.04. 1997 (in Giur. Comm., 1997, II, pag. 704) la norma dell'art. 2369 comma 2 c.c.

Trib. Roma 12.12.1985 (in *Società*, 1986, pag. 534) estende in via analogica l'art. 20 c.c.: nel medesimo senso Trib. Salerno, 23.01.1990 (in *Giur. it.*, 1990, I, 2, pag. 353) che ne statuisce l'inderogabilità *in peius* con norma dello Statuto.

Stabilisce l'applicazione del « regime delle associazioni riconosciute » per la soluzione di controversie soltanto quando gli accordi non prevedano un modo di risolverle Trib. Busto Arsizio, 08.11.1990 (in *Giur. comm.*, 1991, II, pag. 524).

L'applicabilità diretta delle norme (nella specie dell'art. 23 c.c.) è affermata nel caso di difetto di ogni connessione od incompatibilità col riconoscimento della personalità giuridica da Trib. Milano, 03.10.1991 (in Giur. it., 1992, I, 2, pag. 169); Trib. Milano 07.11.1988 (in Giur. Comm., 1991, II, pag. 825), Trib. Napoli 05.01.1988 (in Società, 1988, pag. 702); Trib. Padova 30.12.1986 (in Società, 1987, pag. 505), da Trib. Roma, 26.06. 1981 (in Riv. dir. comm., 1982, II, pag. 265), Pretura Fasano 28.02.1981 (in Giur. it., 1982, I, 2, pag. 194).

E cfr. Trib. Cosenza 14.02.1995 (in *Società*, 1995, pag. 1082); Trib. Napoli, 14.04.1987 (in *Dir. Giur.*, 1987, pag. 614); Trib. Pavia 02.07.1987 (in *Giust. civ.*, 1988, I, 263); Trib. Roma 11.02.1987 (in *Società*, 1987, pag. 640) Trib. Brindisi, 04.09.1981 (in *Foro it.*, 1981, I, 2846).

Cass. 19.08.1992, n. 9656 nega l'applicazione degli artt. 11-21 disp. att. c.c. che regolano la procedura di liquidazione delle associazioni riconosciute alle associazioni prive di riconoscimento: nello stesso senso Cass. 07.07.1987, n. 5925 in *Nuova giur. civ.*, 1987, I, 657 con nota di De Giorgi M.V., *Liquidazione-Applicazione analogica delle norme sulle associazioni riconosciute*.

(14) Art. 2659 comma 1 n. 1 c.c. (e v. art. 2839 comma 2 n. 1 c.c.).

In giurisprudenza si statuirà anche « che il comitato che non si evolva in una persona giuridica è qualificabile come comitato non riconosciuto e costituisce un soggetto colletivo cui può essere In questa fase nessuna differenza poteva essere accertata nell'attività contrattuale onerosa da parte delle persone fisiche, delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute: sul piano, si intende, della trascrizione dei contratti, della riferibilità in ogni caso ad un soggetto di diritto degli atti di acquisto e della produzione degli effetti sul di lui patrimonio (15).

Un'importante differenza va invece segnalata quanto alla responsabilità patrimoniale nell'adempimento delle obbligazioni assunte che non coinvolge in nessun caso, nei soggetti con personalità giuridica, gli associati e quindi il loro patrimonio personale.

L'altra rilevante differenza riguarda *l'autorizzazione governativa* all'acquisto del diritto di proprietà su beni immobili o di altri diritti reali immobiliari *compatibili* derivanti da atti sia onerosi sia gratuiti (donazioni), da eredità e legati (in questi ultimi tre casi anche per l'ipotesi di acquisto di diritti su beni mobili), salvo alcune esclusioni (16), prevista dall'art. 17 c.c. per le associazioni con personalità giuridica, pena l'inefficacia degli stessi.

attribuita la titolarità di diritti sia obbligatori che di natura reale e tra questi anche di diritti immobiliari direttamente trascrivibili in capo all'ente in virtù dell'applicazione dell'art. 2659 c.c. (nella nuova formulazione) e senza che per detti acquisti sia richiesta l'autorizzazione governativa di cui all'art. 17 c.c. » (Così Cass. 23.06.1994, n. 6032 annotata da Basile, in Nuova giur. civ. comm., pagg. 33 e ss.; da Mariconda in Corriere giur., 1994, pag. 1220 e da Lenoci in Foro it., 1995, I, c. 1268). Cfr. ulteriormente App. Bologna, 18.07.1985, in Riv. not., 1987, pag. 873), Trib. Napoli, 05.02.1994, in Società, 1994, pag. 1517; Trib. Lucca, 02.02.1994, in Società, 1994, pag. 807.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per tutti Bigliazzi Geri, Successioni testamentarie, in Commentario del codice civile Sialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 1993, sub art. 600, pag. 197; Id., A proposito di patrimonio autonomo e separato, ora in Rapporti giuridici e dinamiche sociali — Scritti giuridici, Milano, 1998, pagg. 670-671

⁽¹⁶⁾ Si escludevano infatti quanto alla natura degli acquisti quelli di modico valore da donazioni (783 c.c.) o da testamento, da liberalità effettuate in conformità di usi, conseguiti per effetto dell'esercizio del diritto di riscatto nella compravendita e del diritto di devoluzione nell'enfiteusi, e quindi in sostanza necessari (così la riunione della facoltà di godimento alla nuda proprietà all'estinzione del diritto di usufrutto immobiliare) oltre le ecczioni previste espressamente dalla legge come nel caso di acquisto di beni immobili — art. 6 disp. att. c.c. — in seguito a subastazione effettuata a carico di un debitore della persona giuridica, dove si richiedeva soltanto la comunicazione dell'acquisto entro trenta giorni al prefetto (Gangi, Persone fisiche e persone giuridiche. Seconda edizione, Milano, 1948, pagg. 234-235; Liguori, in Commentario del codice civile. Disposizioni sulla legge in generale. Delle persone e della famiglia, Torino, 1966, pagg. 212-213 e gli autori, ed anche la remota giurisprudenza, ivi citati; Oppo, Sulle erogazioni « gratuite » delle aziende di credito, in Banca, borsa e tit. credito, I, 1982, pagg. 926 e ss.; e soprattutto più recentemente Saracco, Autorizzazione agli acquisti, in Digesto (Disc. pubbl.), III, 1987, pagg. 50 e ss.). Sono infine da escludere i contributi dello Stato, di enti o istituzioni pubbliche ed anche di organismi internazionali (v. art. 5 legge n. 266 del 1991): in tal senso anche

Un trattamento analogo veniva riservato alle associazioni non riconosciute qualora fossero destinatarie di disposizioni testamentarie (art. 600 c.c.) ovvero di donazioni (art. 786 c.c.): l'acquisto di bene immobile derivante da atto gratuito era infatti subordinato al conseguimento della personalità giuridica e quindi anche in questo caso al rilascio contestuale dell'autorizzazione governativa.

L'acquisto delle associazioni riconosciute e di quelle prive di riconoscimento era infine sottratto ad ogni autorizzazione quando fosse a titolo originario (in particolare connesso ad un possesso *ad usucapionem*) (17).

Costanza, Associazioni e comitati (acquisto di beni e trascrizione), in *En. dir.*, Aggiornamento, Milano, 1997, pagg. 147 e ss.

Quanto alla natura dell'ente le recenti decisioni sono state quasi per la totalità nel senso dell'applicazione dell'art. 17 c.c. per tutte le persone giuridiche pubbliche e private salvo espresse disposizioni in deroga: cfr. Corte conti 26.07.1993, n. 117 — per la CONSOB; Corte conti, 09.07.1991, n. 39 — per il C.N.R.; Corte conti, 15.01.1991, n. 4 — per l'Agenzia spaziale it.; Corte conti 24.10.1989, n. 2043 ravvisa nelle « specifiche esenzioni statuite per gli istituti autonomi delle case popolari, per gli organismi che gestiscono fondi previdenziali ed assistenziali... » la conferma della generale applicazione dell'autorizzazzione; Cass. 03.02.1993, n. 1320 prevede l'autorizzazione del Presidente della Giunta regionale (ai sensi degli artt. 13-15 d.p.r. 24.07.1977, n. 616) per gli acquisti di beni immobili da donazione o da successioni mortis causa per gli enti operanti nel settore della beneficienza pubblica e dell'istruzione artigianale e professionale.

Quanto agli acquisti da parte dello Stato si debbono segnalare: App. Roma 07.04.1986, in Vita not., 1988, pag. 309) per la quale la necessità della richiesta riguarderebbe solo gli acquisti derivanti da donazione o da successione mortis causa (e non anche gli acquisti a titolo oneroso) e Cass. 15.03.1991, n. 2782, 1991 (annotata da D'Amico, Stato, successione mortis causa e autorizzazione ex art. 17 c.c., in Riv. not., 1992, pag. 923 e Ansalone, Acquisto mortis causa dello Stato e limiti di applicabilità dell'autorizzazione governativa ex art. 17 c.c., in Nuova giur. civ., 1992, I, pag. 41) che esclude anche gli acquisti da legato « perché... difetta la ratio sulla quale poggia l'istituto dell'autorizzazione governativa, ossia la prevenzione della manomorta ».

Sull'obbligo delle regioni di chiedere l'autorizzazione agli acquisti allo Stato malgrado l'art. 15 d.p.r. n. 616 del 24 luglio 1977 v. Corte cost. 05.05.1988, n. 512.

Gli acquisti immobiliari realizzati dalle persone giuridiche pubbliche tramite procedimenti di espropriazione si consideravano sottratti all'autorizzazione, ritenuta implicita nella dichiarazione di esproprio per pubblica utilità o pubblico interesse o per motivi di interesse generale.

La disciplina applicabile agli acquisti degli enti ecclesiastici si traeva dall'art. 17 legge 25.03.1985, n. 121 di ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984 (con modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929) tra la Repubblica italiana e la Santa Sede e dall'art. 9 D.P.R. 13 febbraio 1987, n. 33 di approvazione del regolamento di esecuzione.

(17) Cfr. in particolare Cass. 10.06.1981, n. 3773 (in *Vita not.*, 1982, pag. 630, con nota di B. Corsi, *Capacità delle associazioni non riconosciute di essere titolari di diritti reali immobiliari*) che ammette la capacità di possedere delle associazioni non riconosciute, dell'acquisto per usucapione di diritti reali su beni immobili senza la necessità dell'autorizzazione da parte delle medesime al

4) La quarta fase è contrassegnata da due leggi che si susseguono l'una all'altra: si tratta della legge-quadro sul volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 266) e della legge sulle cooperative sociali (legge 8 novembre 1991, n. 381): in questa sede è la prima che offre maggiore interesse.

Infatti gli acquisti delle associazioni non riconosciute di volontariato, sempreché abbiano adempiuto all'onere della registrazione nei registri generali presso le regioni, derivanti anche da disposizioni testamentarie e da donazioni quale sia l'entità si realizzano immediatamente in capo agli enti e a loro patrimonio e i relativi atti possono essere egualmente trascritti in capo alle associazioni prive di personalità giuridica (art. 5 comma 3·legge 11 agosto 1991 cit.) (18).

In tale complesso normativo in sintesi il legislatore nel ribadire implicitamente la soggettività giuridica delle associazioni non riconosciute stabilisce che anche gli acquisti gratuiti, oltreché che onerosi, si verificano in capo alle medesime senza l'intermediazione del riconoscimento da parte di alcuna autorità governativa della personalità giuridica e del rilascio di autorizzazioni di sorta.

Rimaneva in effetti, dopo l'emanazione della legge-quadro sul volontariato, l'anomalia della necessità dell'autorizzazione amministrativa per gli acquisti delle associazioni di volontariato che svolgessero l'attività, e con le modalità previste dalla legge, nella veste di persone giuridiche in considerazione dell'efficacia cogente della norma dell'art. 17 c.c.: per tale ragione si era, almeno per quelle operanti nel settore dell'attività di volontariato, ipotizzata una possibile disapplicazione (19).

5) Il sistema tuttavia era pronto, e dal punto di vista culturale e tecnico-giuridico, per passare alla fase successiva (quinta), caratterizzata dall'entrata in vigore della legge 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Bassanini-bis, che si avvia lentamente alla completa attuazione) che ha abrogato una norma cardine del sistema normativo riguardante le persone giuridiche (l'art. 17 c.c.): si yeda l'art. 13 della legge richiamata.

pari delle associazioni riconosciute. La Corte suprema riferisce la necessità dell'autorizzazione ad acquisti onerosi e gratuiti, qualificazione non imputabile agli acquisti a titolo originario ma solo a quelli derivativi.

In merito cfr. Vittoria, Gli acquisti delle persone giuridiche e gli attuali limiti di applicazione dell'art. 17 c.c., in Contratto e impresa, 1987 pag. 837.

⁽¹⁸⁾ Sull'art. 5 si vedano anche le mie riflessioni in Le nuove leggi civili commentate, 1993, pagg. 815 e ss.

⁽¹⁹⁾ Bruscuglia, op. cit., pag. 816

Dall'ordinamento viene così espunta la discussa autorizzazione amministrativa richiesta ai fini dell'efficacia degli acquisti da parte delle persone giuridiche di diritti immobiliari e mobiliari quale che sia il titolo di derivazione.

La erosione sempre più rilevante dell'ambito di operatività della norma oltre l'attenuazione anche dell'importanza attribuita all'autorizzazione di cui all'art. 17 c.c. effettuata progressivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza (20), l'intervento in deroga sempre più frequente del legislatore speciale (21), i ripetuti giudizi circa l'antistoricità ed

(20) Ci riferiamo agli Autori che valorizzano le sentenze che si sono pronunciate nel senso della legittimità delle associazioni in genere di assumere senza alcuna autorizzazione governativa la qualità di soci in società di capitali e al mutati orientamenti in ordine alla qualificazione giuridica data all'autorizzazione governativa: in particolare alla tesi assolutamente prevalente che ravvisava nell'intervento governativo una condizione di efficacia invece ché un requisito essenziale di validità dell'atto di acquisto con la conseguente nullità del medesimo in difetto (cfr. in proposito VITTORIA, Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma, in Le fondazioni in Italia e all'estero, Padova, 1989, pagg. 85 e ss.; Santaroni, Associazione, voce Dig. discipl. priv., Torino, 1987, I, pag. 489; Ponzanelli, A proposito dell'art. 17 c.c., nota a Corte Cost. 12.07.1996, n. 245, in Foro it., 1996, I. c. 3293 e ss. e, sul controllo quale elemento estrinseco agli elementi costitutivi del negozio, già Lojacono, in Tema di donazione di enti morali, in Foro pad., I, 1953, pagg. 677 e ss.). Nel primo del sensi indicati v. Cass. 26.01.1995, n. 954; Cass. 07.07.1994, n. 6394; Cass. 20,01.1994, n. 464 « consistendo essa in un controllo sul fatto economico e non sull'atto giuridico, e non prevedendo sanzioni di nullità l'art. 17 c.c., l'autorizzazione governativa non costituisce una necessaria integrazione della capacità di agire della persona giuridica... bensì un requisito (condizione legale) di efficacia della dichiarazione di volontà diretta all'acquisto... »; Cass. 01.06.1993, n. 6099. In senso contrario cfr. in dottrina ora A. Palazzo, Le donazioni, in Commentario Schlesinger, Milano, 1991, pag. 227 e giurisprudenza per lo più remota: Cass. 27,08,1991, n. 9151; Cass. 26, 07,1967, n. 1973; Cass. 20,07,1966, n. 1954.

(21) Chi si è occupato dell'argomento non ha mancato di segnalare almeno i seguenti dati normativi; art. 15 del D.Lgs. 29,06,1996, n. 367 « Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato » (sul quale dubbi di costituzionalità sono sollevati, per l'obbligatorietà del modello organizzativo per ogni ente in ragione del principio costituzionale della libertà di associazione, da DI MAJO, Le neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro, in Corr. Giur., 1997, pagg. 114 e ss.) attuativo della legge delega n. 549 del 28.12.1995; artt. 20 comma 8 lett. e), 21 comma 6 della legge 15.03.1997, n. 59 (c.d. Bassaniniuno) sulla « Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa »; art. 5 legge 11.08.1991, n. 266 « Legge-quadro sul volontariato »; art. 8 comma 2 legge 08.11.1986, n. 752 «Legge pluriennale per l'attuazione degli interventi programmati in agricoltura » ed in epoche meno recenti art. 65 comma 6 della legge 30.04.1969, n. 153 sulla «Revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale »; implicitamente anche art. 3 legge 02,08,1982, n, 512 sul « Regime fiscale dei beni di rilevante interesse culturale »: sul punto cfr. VITTORIA, Gli acquisti delle persone giuridiche, cit. pag. 849; DE GIORGI, L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche, in Studium Juris, 1997, pag. 22.

anche l'incostituzionalità del controllo amministrativo sugli atti di acquisto delle persone giuridiche (22) hanno indubbiamente aperto la via per la sua abrogazione, anche se la sua cancellazione si è occasionalmente inserita in concreto in una voluntas legis di generale riduzione e semplificazione dei procedimenti amministrativi e dei controlli (23).

6) L'ultima fase è quella introdotta dal recentissimo Decreto legislativo n. 460 del 4 dicembre 1997 sul riordino della disciplina degli enti non commerciali e sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (indicate *obbligatoriamente* con la sigla ONLUS), del quale si darà una valutazione in termine.

Dopo di ciò è il caso di precisare qual'è allo stato attuale la situazione dei soggetti di diritto associazioni di diritto privato, in ragione dello schema adoperato per operare, quanto alla capacità negoziale agli acquisti, quanto alla trascrizione di questi ultimi ed alla responsabilità per le obbligazioni assunte.

1) In primo luogo il gruppo sociale per lo svolgimento dell'attività prevista nell'atto costitutivo può assumere la veste di persona giuridica.

Anche dopo la legge Bassanini-bis resta — in sintesi — il ricono-

Va anche osservato che quella dell'introduzione di una disciplina innovativa — invero nella specie attesa da anni — per gradi o *per salti* quasi per saggiarne l'applicabilità e l'impatto sugli assetti normativi preesistenti non rappresenta una novità del moderno legislatore.

In tutt'altro settore quello ad esempio della trascrizione degli atti aventi ad oggetto beni immobili futuri a fronte dell'atteggiamento decisamente negativo assunto — malgrado le esigenze della pratica — dalla dottrina (e l'ammissibilità talvolta da parte della giurisprudenza ma con argomentazioni spesso discutibili), il legislatore del 1985 (art. 13 legge 27.02.1985, cit.) introduce tale possibilità (tra l'altro in forma limitata) nella seconda parte di una norma dedicata alle indicazioni dell'immobile ipotecato, richiamata dall'art. 2659 comma 1 n. 4 c.c., per poi ammetterla successivamente, praticamente senza limiti, con legge 28.02.1997, n. 30 (art. 2645-bis c.c.).

⁽²²⁾ Si rinvia agli Autori da me citati alla nota 5 del Commento dell'art. 5 legge 11.08.1991, n. 266 in Le nuove leggi civili commentate, cit., pag. 817: cui deve aggiungersi in questa sede PACE, Rapporti civili, in Commentario alla Costituzione, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, 213 e ss. che, in relazione all'ampia affermazione del principio di cui all'art. 18 Cost. (e cfr. supra la protezione dell'attività del gruppo sociale nello Stato sottolineata da Barile, op. loc. citt.), avanzava il dubbio di costituzionalità delle norme (artt. 600, 786 c.c.) che obbligavano il gruppo sociale all'assunzione di un determinato schema associativo ai fini della produzione dell'efficacia di gratuite attribuzioni patrimoniali disposte in favore dell'ente.

⁽²³⁾ L'iter attraverso il quale si è pervenuti alla formulazione dell'art. 13 è documentato in Tondi della Mura, Vecchie tendenze e nuovi orientamenti legislativi e costituzionali in tema di enti non profit, in Non profit, 1997, pagg. 286 e ss.

scimento dell'associazione che passa attraverso l'atto amministrativo discrezionale concessorio della Pubblica amministrazione (art. 12 c.c.).

Gli effetti degli acquisti, sia che questi derivino di volta in volta da atti onerosi che gratuiti (24), quale che sia l'oggetto (beni mobili — beni immobili), si producono validamente nell'ambito patrimoniale dell'associazione riconosciuta senza l'intervento o l'intermediazione dell'atto di controllo della Pubblica Amministrazione.

Nessuna questione si è invece mai posta circa la trascrivibilità a favore e contro degli atti di derivazione nei pubblici registri immobiliari.

Delle obbligazioni risponde solo il patrimonio della associazione riconosciuta: è questa la prerogativa della personalità giuridica che segue al riconoscimento e questo è anche il privilegio degli associati (25).

2) L'associazione può operare in concreto con la veste dell'associazione non riconosciuta.

Se si tratta di associazioni non riconosciute di volontariato l'efficacia degli acquisti, sia che questi trovino la fonte in atti onerosi, gratuiti o di liberalità, quale che sia l'oggetto (beni mobili, beni mobili registrati, beni immobili), si realizza immediatamente e validamente nell'ambito patrimoniale (fondo) dell'associazione non riconosciuta per espressa disposizione della legge-quadro sul volontariato.

Nessun problema si pone più per la trascrizione degli atti di acquisto onerosi e anche gratuiti (per quanto si sosterrà infra) dopo le modifiche al libro VI del codice civile apportate con la legge del 1985 n. 52 (cfr. art. 1 ed art. 2659 comma 1, n. 1 ult. parte c.c.), possibilità di trascrizione ribadita dalla legge quadro sul volontariato del 1991 n. 266 (art. 5 comma 3) (26).

Delle obbligazioni assunte risponde l'associazione con il proprio fondo patrimoniale, ed in ipotesi in via di garanzia rafforzata per i creditori, il patrimonio di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione.

Per *incidens* per le associazioni non riconosciute di volontariato già dalla legge quadro del 1991 è dato ricavare un concreto atteggiamento dell'ordinamento non solo di *favor* ma addirittura (espressamente) di *promozione* dopo oltre 40 anni dal solenne riconoscimento costituzionale.

Resta da valutare la posizione, sotto i tre profili qui esaminati, delle associazioni non riconosciute diverse da quelle di volontariato.

Dopo adeguata riflessione, a mio parere, nessuna differenza — se non quella attinente alla realizzazione dello scopo sociale mediante l'attività di volontariato e alle conseguenze connesse — può porsi tra i due tipi di associazione: esattamente quanto alla capacità agli acquisti, quanto alla trascrizione degli atti derivativi e alla responsabilità dell'associazione nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte.

E quindi, in primo luogo, l'efficacia degli atti di acquisto sia onerosi che gratuiti si produrrà immediatamente e validamente nell'ambito patrimoniale dell'associazione senza l'intermediazione di nessun atto amministrativo.

Questa è la conclusione, ripeto, per quanto a me pare, più corretta, che discende da una valutazione complessiva, sistematica, ragionevole del complesso normativo e della sua evoluzione storica che si è cercato sinteticamente di delineare.

Il punto merita però ulteriori riflessioni.

Osservo, incidentalmente, e senza alcun (inutile) spirito di polemica, che mentre nel momento in cui il legislatore dell 1991 (il legislatore della legge quadro sul volontariato) aveva espressamente stabilito che *tutti* gli acquisti da donazione e da disposizione testamentaria in deroga agli artt. 600 e 786 c.c., si acquistavano direttamente e validamente in capo alle associazioni di volontariato, espressamente *sganciate*

⁽²⁴⁾ Per il senso da attribuire alla formula titolo oneroso e gratuito sia consentito rinviare alle considerazioni da me svolte in L'interpretazione del contratto e le regole finali dell'art. 1371 c.c., in Studi per Luigi De Sarlo, Milano, 1989, pagg. 33 e ss.; Io., Onerosità e gratuità del contratto, in Studi in onore di Vincenzo Palazzolo, Milano, 1986, pagg. 79 e ss.

⁽²⁵⁾ Galgano, ora anche in Diritto civile e commerciale, I, Le categorie generali. Le persone. La proprietà, 3', Padova, 1999, pagg. 181-203, 225-228.

⁽²⁶⁾ Prima della generale abrogazione del sistema autorizzatorio obbligatorio ai fini dell'efficacia degli acquisti (secondo la convinzione qui manifestata) — incardinato nel contesto del codice civile con le relative norme di attuazione e nella remota legislazione speciale — la trascrizione ex art. 2659-2660 c.c. degli acquisti da disposizioni gratuite in favore delle associazioni

non riconosciute doveva raccordarsi con le norme di cui all'art. 786 c.c. quanto alla donazione ed all'art. 600 c.c. quanto all'accettazione delle disposizioni a titolo universale, risolvendosi l'adempimento dell'onere con la trascrizione immediata del contratto in ipotesi perfezionato e dell'accettazione dell'eredità con ogni condizione anche legale (Gazzoni, La trascrizione immobiliare, I, Milano, 1998, pagg. 106 e ss.; Costanza, Associazioni e comitati, pagg. 153-155 che tuttavia apprezza la novità dell'art. 2659 c.c. soltanto sul piano dell'utilità pratica: in proposito cfr. quanto si osservava in Commento all'art. 5 della legge sul volontariato, pagg. 825-826).

per legge da ogni obbligo di richiesta riconoscimento, si è tentato (in primo luogo dal Consiglio di Stato) di riportare ogni acquisto disposto in favore delle medesime nell'area di applicazione dell'art. 17 c.c. per non perdere nella sostanza importanti momenti di controllo dell'ente, ora che questa norma è scomparsa dal nostro ordinamento si tenta un'operazione ancora più invasiva per le associazioni non riconosciute diverse da quelle di volontariato: queste ultime infatti in caso di donazioni e di disposizioni testamentarie in loro favore, in difetto di abrogazione espressa degli artt. 600 e 786 del c.c. (27), dovrebbero non solo chiedere l'autorizzazione all'acquisto ma contestualmente anche il riconoscimento come persona giuridica.

Con ciò si viene a collocare integralmente nell'area dei controlli amministrativi e di *tutela* non richiesta anche questi enti non riconosciuti — e con essi in primo luogo l'atto di acquisto si direbbe *introduttivo del procedimento* — soggetti (collettivi) di diritto senza scopo di lucro che per vocazione (per scelta del gruppo) si sono sottratti ad un certo schema associativo ed al conseguente sistema di controlli.

In definitiva alle associazioni non riconosciute non resterebbe che la rinuncia agli effetti degli atti disposti in loro favore, l'alternativa è data dall'obbligatoria richiesta del riconoscimento, con tutte le relative conseguenze (v. soprattutto gli artt. 16 comma 3, art. 23 comma 4, 26 comma 3, 31 comma 2, 32, 33, 34 c.c.).

Soluzione interpretativa, ed in ipotesi applicativa, in piena contraddizione con i principi di libertà affermati dalla Carta costituzionale in materia di associazioni e di pluralismo in funzione della realizzazione (in via integrativa (28)) degli interessi collettivi ed in controtendenza rispetto ai progressivi, sia pur lenti, sforzi di attuazione del contenuto del testo costituzionale.

La forzatura e l'incoerenza appare evidente: prima della legge c.d. Bassanini-bis, ancora in estrema sintesi, si è sostenuto (per le associazioni non riconosciute di volontariato) la necessità, invero ingiustificatamente (29), del controllo ex art. 17 c.c. degli acquisti da atto gratuito — malgrado non si fosse di fronte ad associazioni con personalità giuridica nè si prevedesse per esse formalmente la richiesta di un riconoscimento — e quindi della conseguente autorizzazione amministrativa, a fini della loro efficacia, ora dinanzi ad un'abrogazione espressa dell'art. 17 c.c. si dovrebbe ritenere per le associazioni non riconosciute sorprendentemente la necessità dell'atto di riconoscimento con la contestuale implicita autorizzazione, sempre ai fini dell'efficacia almeno del primo atto di acquisto.

Sostenere che nella specie fa difetto in realtà l'autorizzazione ha il significato di guardare al riconoscimento come ad atto scoordinato con l'atto di acquisto: contro la ricostruzione storica dell'istituto e della sua funzione che è stata sempre quella di mezzo di controllo degli atti di acquisto delle associazioni (30), quale che fossero poi le (diverse) giustificazioni finali fornite in concreto nel tempo più che dal legislatore dalla giurisprudenza (31).

⁽²⁷⁾ È il caso di ricordare che lo stesso Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (Cons. stato 13.04.1994, n. 123, in *Giur. comm.*, 1995, pagg. 640 e ss.) nell'esprimere il parere fortemente critico sullo « Schema di regolamento relativo alla semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di riconoscimento di persone giuridiche », presentato nel 1994 dall'allora ministro della Funzione pubblica S. Cassese, aveva osservato — contro le censure mosse alla compressione della libertà di associazione e dell'attività degli enti determinata dal sistema dei controlli codicistico e contenute nella stessa relazione che accompagnava il disegno di legge — che il diritto di libera associazione poteva essere esercitato attraverso la costituzione delle associazione non riconosciute prive delle ingerenze dell'autorità amministrativa.

⁽²⁸⁾ In questa direzione va ricordato anche il recentissimo Protocollo di intesa sottoscritto in data 12 febbraio 1999 dal Governo e dal Forum permanente del terzo settore,

⁽²⁹⁾ Bruscuglia, op. cit., pagg. 817 e ss.

⁽³⁰⁾ In giurisprudenza v., ad esempio, in termini App. Roma, 26.07.1978, in *Giur. merito*, 1981, 679; ma si è anche deciso in epoca più recente che l'autorizzazione all'accettazione dell'eredità può essere concessa anche ad un ente di fatto per il quale sia in corso il procedimento di riconoscimento della personalità giuridica (Cons. St., 13.01.1993, n. 1036).

Sulla prevenzione della c.d. manomorta come ratio dell'autorizzazione amministrativa ex art. 17 si sono pronunciate non solo il Consiglio di Stato ma anche recentemente la stessa Corte di Cassazione oltre la Corte Costituzionale (Cons. St. 19.10.1979, n. 341; Cass. 05.02.1993, n, 1470; Cass. 07.09.1992, n. 10281; Cass. 15.03.1991, n. 2782; Corte Cost. 05.05. 1988, n. 512): in merito v. anche il mio Commento sub art. 5 della legge n. 266 del 1991, pag. 818 e da ultimo Tomei, L'abrogazione dell'autorizzazione agli acquisti, in Commento alla Bassanini-bis, 1998, pagg. 201 e ss.

Più in generale sulla negazione del riconoscimento in considerazione dell'insufficienza della dotazione patrimoniale che renderebbe ad un tempo lo scopo non raggiungibile sia perché « per mezzo della limitazione della responsabilità introdurrebbe nel sistema delle relazioni intersoggettive un elemento di rischio e di turbativa dei traffici » cfr. Cons. St. 07.06.1995, n. 1342. Sulla tutela dei terzi e giudizio di sufficienza del patrimonio in sede di riconoscimento dell'associazione (nella specie religiosa) già Cons. St. 30.07.1986, n. 1390.

⁽³¹⁾ Resciono, La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento, in Persona e comunità, cit., pag. 301; Oppo, op. cit., pag. 936.

Un riesame delle finalità e della duplice natura dell'istituto (di atto di amministrazione attiva e di controllo) vedilo in Pastori (Il contesto normativo attuale e le prospettive di evoluzione della disciplina dell'autorizzazione agli acquisti, in Jus, 1993, pagg. 332 e ss.): l'A. in conclusione del lavoro e dei risultati del Convegno (Sulle regole e la prassi dell'autorizzazione agli acquisti con

In sostanza — e ripetendoci volutamente — in un unico disegno si è tentato da una parte di riportare sotto il controllo amministrativo le associazioni non riconosciute di volontariato subordinando l'efficacia degli acquisti gratuiti (fonte di essenziale importanza per la formazione del fondo patrimoniale e quindi per il conseguimento degli scopi di quelle organizzazioni quale che fosse lo schema associativo adoperato) contro espresse disposizioni legislative (senza — si osserva ancora — che vi fosse o fosse fornita una ragione giustificativa apprezzabile) e, per l'altro, si cerca per le associazioni non riconosciute diverse dalle associazioni di volontariato — in difetto di un'espressa abrogazione della normativa (artt. 600 e 786 c.c.) nella sua esistenza formale — di ottenere lo stesso risultato di controllo ancora più penetrante contro ogni ragione di principio e sostanziale che ha condotto alla caducazione di ogni intervento autorizzativo.

L'operazione a mio parere difficile da sostenere da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico (come si vedrà immediatamente) è anche contro la storia normativa, che dimostra che il legislatore ha via via liberato nel tempo le associazioni private — ora addirittura anche quando operino come persone giuridiche nell'area degli acquisti (come da sempre per regola nell'ambito delle alienazioni (32)) — da ingerenze amministrative e strettoie di carattere autorizzatorio e all'atto della

riguardo alle persone giuridiche private ed in particolare agli enti ecclesiastici) si domandava le ragioni perché bisognasse « affannarsi ad ammodernare e far sopravvivere un istituto che oggi appare come l'involucro o di interessi pubblici superati o di ingerenze incompatibili con l'autonomia degli enti ».

Sulla proliferazione di una prassi amministrativa illegittima intesa a concepire l'autorizzazione come strumento pluri-uso o polifunzionale contro — tra l'altro — la tipicità degli atti amministrativi « che importa una corrispondenza biunivoca poteri-finalità (o motivi) » cfr. le essenziali osservazioni di S. Cassese, L'autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici (in Contratto e impresa, 1996, pag. 142), che rileva ancora che « proprio su tale corrispondenza si erge uno dei principali costrutti della giurisprudenza amministrativa, il controllo dell'eccesso di potere ».

(32) V. Cons. St. 09.03.1994, n. 910: sul punto v. ora Cirillo, L'acquisto degli enti in attesa di riconoscimento a seguito dell'abrogazione dell'art. 17 c.c. e il parere del Consiglio di Stato (in Cons. St. 1998, I, pagg. 125 e ss.), il quale non ritiene le norme de quibus abrogate in quanto l'atto amministrativo di riconoscimento e l'atto di autorizzazione « assolvono a finalità del tutto diverse »: e tuttavia si dà per indubitabile « che nel caso di specie il riconoscimento sia strumentale all'acquisto ». Se poi si assuma, come l'A., di condividere la netta distinzione sicura in dottrina ed in giurisprudenza tra il concetto di soggettività, che contro la giurisprudenza del Consiglio di Stato non si acquista con il riconoscimento, da quello della personalità si potrà anche affermare che i due momenti (del riconoscimento e dell'autorizzazione) possono in astratto — dal punto di vista ontologico — essere distinti ma in concreto dovrà concludersi che nella specie svolgono la stessa

formazione e nei momenti decisionali in ordine agli apporti patrimo-

È significativo prendere atto che la migliore dottrina (pubblicistica e privatistica), contestualmente, ha rilevato da tempo, il carattere anacronistico ed anche l'incostituzionalità non solo dell'art. 17 c.c. ma anche degli artt. 600 e 786 c.c. (33).

L'intero settore delle alienazioni e degli acquisti è lasciato invero nell'attuale ordinamento delle associazioni complessivamente considerato all'esercizio dell'autonomia privata ed al giudizio di utilità ed opportunità dell'organo amministrativo con la conseguente applicazione delle norme statutarie e dei principi e rimedi di carattere generale previsti dal Codice a favore dell'ente o dei terzi in caso di negoziazione lesiva degli interessi dell'uno e degli altri, e non senza limiti, qualitativamente diversi — come si vedrà — espressi nell'ambito della legislazione speciale (34).

Ma anche tecnicamente la soluzione dell'attuale sopravvivenza delle due norme in questione non è semplice da sostenere.

Intanto la legge c.d. Bassanini-bis non si limita (all'art. 13) ad abrogare espressamente l'art. 17 c.c.

L'art. 13 va valutato nella sua interezza: sono abrogati, si legge testualmente, « l'art. 17 del c.c. e la legge 21 giugno 1896, n. 218 (sulla competenza dei Prefetti ad autorizzare le Provincie, i Comuni e le istituzioni pubbliche di beneficenza ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni stabili) ed altresì « sono abrogate le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accet-

funzione, esattamente quella del controllo degli acquisti gratuiti mediante la previsione obbligatoria del riconoscimento.

⁽³³⁾ Che in particolare nella disciplina dettata nelle nome richiamate fosse sottesa l'esigenza del legislatore di una limitazione del patrimonio anche delle associazioni non riconosciute è constatazione comune: v. per tutti Galgano, Delle persone giuridiche, in Commentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, sub art. 17, pag. 246; Resciono, La persona giuridica e la capacità di ricevere, cit. pagg. 301-303 e gli Autori ivi citati; Id., Fondazione (diritto civile), in Enc. dir., Milano, 1968, pagg. 797-798; Id., Le «non profit organizations» come formazioni sociali, in Antologia. Gli enti «non profit » in Italia, a cura di Ponzanelli, Padova, 1994,

⁽³⁴⁾ Si evidenzia un'ipotesi tipica in cui in particolare il raffronto di un dato sistema con i principi costituzionali e l'influsso della legislazione speciale consente l'adattamento della categoria codicistica all'evolversi continuo della realtà sociale; in tale direzione si leggano le pagine di Busnelli, Il diritto civile tra codice e legislazione speciale, in Interventi- Collana diretta da Antonio Villani, Napoli, 1984, pagg. 40 e ss.

tazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni ».

Se si abroga ancora espressamente, come nella norma sopra citata, tutte le altre autorizzazioni previste per le associazioni in genere il legislatore non può che riferirsi anche alle autorizzazioni per gli acquisti gratuiti delle associazioni non riconosciute, perché per quanto si possa accertare non si vede, una volta escluse in principio le autorizzazioni per gli acquisti delle persone giuridiche già abrogate con la cancellazione dell'art. 17 c.c., a quali altre autorizzazioni di enti collettivi di tipo associativo privato, previste nel codice civile a pena di inefficacia dell'atto, la norma possa fare riferimento (35).

D'altra parte lo stesso secondo comma (dell'art. 13 legge n. 127/1997) si presta ad essere applicato, pur nella concisa formulazione, senza eccessive difficoltà interpretative alle attribuzioni patrimoniali gratuite disposte in favore delle associazioni non riconosciute quando l'accettazione (di un'eventuale offerta di donazione o degli effetti di un testamento eseguibile) sia stata deliberata dagli organi amministrativi preposti ovvero l'acquisto segua immediatamente all'accettazione già manifestata dai medesimi in pendenza della richiesta di autorizzazione.

La disposizione infatti sembra tenere conto dell'ipotesi in cui l'accettazione dell'offerta della donazione per le persone giuridiche sia stata espressa con atto posteriore alla proposta (art. 782 comma 2 c.c.) e dell'altra diversa dell'accettazione contestuale all'avvenuta offerta con immediato perfezionamento del contratto e, tuttavia, con sospensione del potere di revoca dell'offerta in capo al donante da un lato o dell'efficacia principale tipica del contratto dall'altro.

Nel primo caso dopoché al donante fosse stata notificata la do-

manda diretta ad ottenere l'autorizzazione ad accettare e quest'ultima fosse intervenuta entro un anno, nel secondo caso fino alla concessione dell'autorizzazione.

Duplice possibilità (efficacia della proposta di accettazione e della donazione subordinate all'autorizzazione) ammessa nella prassi, ed affermata in alcuni orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, anche per le associazioni non riconosciute (36).

Sembrava significativo in proposito anche il richiamo che nell'art. 786 comma I seconda parte c.c. si faceva alla previsione dell'art. 782 ult. comma c.c. , dal quale si traeva in particolare la facoltà di revoca da parte del donante della dichiarazione dell'offerta della donazione manifestata in favore di un'associazione non riconosciuta trascorso un anno dalla notificazione dell'istanza senza che l'autorizzazione fosse stata concessa.

In via transitoria, dopo la previsione dell'art. 13, le persone giuridiche non hanno bisogno ai fini della produzione dell'efficacia degli
acquisti da atti onerosi o gratuiti dell'autorizzazione, con la conseguenza che la stessa deve ricollegarsi al momento del perfezionamento
del contratto (con operatività ex tunc) ovvero anche successivamente in
difetto di perfezionamento in quel momento, ma la stessa conclusione
vale anche per le associazioni non riconosciute per le quali alla medesima data di entrata in vigore della norma di abrogazione è caduta non
solo la necessità della richiesta di autorizzazione per l'accettazione di
un'eventuale proposta donativa o per l'efficacia di una donazione già
perfezionata ma contestualmente — in difetto di diversa volontà dell'ente collettivo o di contrarie disposizioni contenute nell'atto di disposizione — anche quella del riconoscimento del quale l'autorizzazione
costituiva un momento tipico.

Dopo tale fase è evidente che la regola è che la produzione dell'efficacia reale degli acquisti, come degli eventuali effetti obbligatori, coincide nell'uno e nell'altro tipo di associazione con il momento del perfezionamento del contratto di donazione o con l'accettazione dell'eredità.

Per la persona giuridica in quest'ultimo caso troverà applicazione ancora il principio dell'accettazione con beneficio di inventano (art. 473 c.c.) (37).

⁽³⁵⁾ Puntuale è del resto l'osservazione che, a parte il difetto di un'attuale giustificazione dell'esigenza di una limitazione economica dal punto di vista generale storico-economico e costituzionale, la stessa motivazione di tutela dei diritti dei successibili che potrebbe rendere residualmente operativa soprattutto la disciplina dell'art. 600 c.c. — in relazione anche agli artt. 5, 3 disp. att. c.c. — appare di scarso significato solo che si tenga presente la protezione dei medesimi realizzata attraverso le norme inderogabili della successione necessaria (Galgano, Delle persone giuridiche, cit. pagg. 247-248 nota 16; Rescieno, La persona giuridica e la capacità, cit., pag. 301 nota 35) ed il ricorso all'azione di riduzione.

Sulle norme abrogate dal legislatore del 1997, contenute — oltreché nel codice civile e nelle disposizioni di attuazione — nelle leggi speciali si veda DE Giorgi, L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche: ingloriosa fine di un istituto, in Studium Juris, 1997, pagg. 1010 e ss.: In., L'abrogazione dell'art. 17 c.c., in Studium Juris, 1997, pagg. 23 e ss. (ivi anche le giuste critiche al legislatore sulla tecnica adoperata).

⁽³⁶⁾ V. Lisella, Acquisti immobiliari di associazioni non riconosciute, Napoli, 1993, pagg. 74-75.

⁽³⁷⁾ La semplificazione dei procedimenti amministrativi e la riduzione dei controlli

Sicché potrebbe dedursi già dalla formulazione della norma (si veda anche la rubrica dell'art. 13 dedicata complessivamente all'abrogazione delle disposizioni che prevedono autorizzazioni ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni stabili) un sorta di abrogazione espressa per rinvio degli artt. 600 e 786 del c.c. (laddove si impone per l'efficacia degli acquisti da atto gratuito la richiesta del riconoscimento e la contestuale autorizzazione), fenomeno che la dottrina tende ad inquadrare tecnicamente nella figura dell'abrogazione per incompatibilità, qui tra il sistema delle norme caducate per dichiarazione esplicita e la loro ratio e l'insieme delle disposizioni non abrogate espressamente e la loro giustificazione complessiva (38).

importerà come regola il venir meno delle forti controversie — legate essenzialmente al problema controverso della natura dell'autorizzazione e della sua incidenza sugli atti di disposizione e sui loro effetti — insorte in dottrina ed in giurisprudenza sul momento della nascita del diritto ad accettare, sulla fissazione giudiziale del termine di decadenza ex art. 481 c.c. in ipotesi prima dell'autorizzazione, sul decorso del termine prescrizionale per l'esercizio del diritto e dell'individuazione del dies a quo, sulla formale delibera di accettazione e richiesta di autorizzazione come atti idonei ad interrompere la prescrizione, sui tempi dell'accettazione con beneficio di inventario (in un momento necessariamente antecedente ovvero anche successivo all'autorizzazione), sulla disciplina del legato prima dell'autorizzazione, sull'identificazione del momento dell'estinzione dell'efficacia degli atti di disposizione in difetto di istanza di riconoscimento o di notifica nei termini (ora determinati dal giudice o negli atti di disposizione), sugli effetti della morte o della sopraggiunta incapacità del donante, sul momento idoneo per la valutazione della congruità patrimoniale, sul potere dell'autorità amministrativa di vincolare il destinatario dell'atto di disposizione ad un determinato comportamento, sul potere-dovere della p.a. di valutare la validità dell'atto, ecc. Una sintesi ragionata delle questioni più importanti e dibattute vedila in Verga, L'autorizzazione agli acquisti ex art. 17 c.c., in Nuova giur. civ. commentata, II, 1994, pagg. 375 e ss. e v. De Giorgi, L'abrogazione dell'art. 17, cit., pagg. 1309 e ss. Quanto alle decisioni più recenti y Cass. 26.01.1995, n. 954; Cons. St. 07.06.1995, n. 1342; Cass. 20.01.1994, n. 464; Cass. 07.07.1994, n. 6394; Cass. 01.06.1993, n. 6099; Cass. 01.09.1993, n. 9252; Cass. 07.09.1992, n. 10281

(38) Quadri R., Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15, in Comm. codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1978, pagg. 338 e ss. L'A. dopo aver premesso che decidere in tema di abrogazione implicita significa porsi innanzitutto un problema di interpretazione avverte dell'esigenza di valutare ogni volta se non sussista tra le disposizioni in questione, anche quando sia astrattamente possibile la loro contemporanea applicazione, un'incompatibilità sistematica da intendersi secondo il principio dell'organicità. Nella stessa abrogazione che discende dalla nuova disciplina che regola l'intera materia segnala la necessità di tenere di conto dei rapporti di connessione e dei collegamenti con gli istituti e le norme abrogati.

Per una possibile abrogazione implicita delle norme cfr. Ponzanelli, Abrogazione dell'art. 17 c.c.: verso una riforma degli enti non profit?, in Corriere giur., 1997, pag. 843; Viola, L'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche dopo la Bassanini-bis, in Giust. civ., 1997, pagg. 541 e ss.: e v. anche Perlingieri-Lisella, Manuale di diritto privato, 1998, pag. 137; Propersi-Rossi, Gli enti non profit, Milano, 1998, pagg. 37-38.

L'insoddisfazione di una contraria interpretazione appare anche dall'osservazione che dopo il primo atto di acquisto dell'associazione e relativo procedimento di riconoscimento e contestuale autorizzazione, tutti gli atti successivi di acquisto anche gratuiti dovrebbero essere liberati da ogni autorizzazione per l'abrogazione espressa dell'art. 17 c.c.

Contra specificamente Brumat, Gli acquisti delle persone giuridiche dopo l'abrogazione dell'autorizzazione governativa, in Vita not., 1998, che pure rileva la mancanza di sintonia tra la posizione riservata agli enti non riconosciuti e l'atteggiamento assunto nel settore dal legislatore.

Nel senso dell'attuale operatività delle norme che importa una diversità di trattamento degli enti non riconosciuti « senza alcuna giustificazione » De Giorgi, opp. loc. citt.; Colombo-Sciume, ONULS, Milano, 1998, pag. 19, dove si osserva però « che risulterebbe priva di logica un'interpretazione dell'articolo 13 cit. che imponga l'obbligo della richiesta di riconoscimento per accettare atti di liberalità per i quali gli enti riconosciuti non devono più ottenere alcuna autorizzazione ».

Da ultimo per l'abrogazione tacita si è pronunciato anche Carnevali, L'abrogazione dell'art. 17 c.c., in I contratti, 1997, pag. 359 e per un'applicazione parziale delle norme contenute negli artt. 600 e 786 c.c., invece, Vittoria, L'abrogazione dell'art. 17 c.c.: l'incidenza sull'assetto normativo degli enti del I libro del c.c., in Contratto e impresa, 1998, in particolare a pagg. 331-332, ma con argomentazioni che non hanno, per quanto a me pare, forza risolutiva. Una prima difficoltà da superare risiederebbe nella circostanza che non sarebbe sufficiente per l'affermazione di una piena capacità agli acquisti delle associazioni non riconosciute sostenere l'integrale eliminazione delle norme de quibus importando questa ulteriormente una «lettura additiva dell'art. 37 c.c. »: ma rientra tra gli specifici compiti dell'interprete anche quello di ricucire con i previsti strumenti le aperture che si siano create nelle maglie dell'ordinamento a seguito di interventi successivi del legislatore (o anche della Corte costituzionale) ed un'attuale interpretazione che riconoscesse alle associazioni non riconosciute soltanto la capacità agli acquisti onerosi (per interpretazione quasi unanime ad ogni tipo di acquisto da atto oneroso), che aveva un significato in presenza delle limitazioni contenute per gli acquisti da atti gratuiti negli artt. 600, 786 c.c., sarebbe inutilmente restrittiva. Né convince l'idea (Tondo) che la legislazione speciale espressamente richiamata (la legge quadro sul volontariato ed anche la legge sulle ONLUS) orienterebbe verso l'esclusione degli acquisti gratuiti perché, come si è correttamente osservato, la legge del 1991/n. 266 afferma testualmente il contrario (art. 5 comma 2 parte seconda) ed il D.Lgs. del 1997 n. 460 sul punto conferma la precedente normativa senza modifiche alcune (art. 10 comma 8): d'altra parte si deve anche aggiungere che i controlli pubblici previsti dalla legislazione speciale sono qualitativamente diversi (si veda nel testo), rispetto a quelli verso i quali condurrebbe l'applicazione degli artt. 600 e 786 c.c., e si riferiscono a tutte le associazioni anche a quelle che nello svolgimento della loro attività abbiano già assunto la veste di persona giuridica.

La conservazione degli artt. 600 e 786 c.c. varrebbe residualmente per l'A. a negare la capacità degli acquisti gratuiti in capo alle (poche) associazioni che non rientrano nelle previsioni della legge quadro sul volontariato e sulle ONLUS o di altre leggi speciali: una penalizzazione questa, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, di difficile giustificazione per la contraddittoria intrusione nell'ambito dei poteri di libertà e di autonomia riconosciuti ad ogni associazione e per l'impedimento spesso in concreto (con il conseguente uso di tecniche di aggiramento) del conseguimento dello scopo ritenuto giudicato meritevole di tutela dall'ordinamento. Tra l'altro per apporti patrimoniali modesti in quanto diversamente obtorto collo e illegittimamente l'associazione si determinerebbe presumibilmente per la richiesta del riconoscimento.

Con la possibile conseguenza che mentre l'efficacia dell'acquisto iniziale magari di modesta portata economica (anche se tecnicamente non di modico valore), per donazione o per disposizione testamentaria, dovrebbe passare attraverso il controllo implicito o meno dell'organo amministrativo, l'efficacia di quelli successivi, in ipotesi economicamente più impegnativi anche in forza degli eventuali oneri connessi, non sarebbe legalmente condizionata da alcun atto (fermi restando gli altri controlli riservati alla persona giuridica).

Ad ogni risultato interpretativo può trovarsi una base giustificativa più o meno plausibile, ma a me pare — anche per tale residuale osservazione che mette ancora in rilievo nell'ipotesi prospettata oltre il sempre più contestato intervento autoritativo ed ampiamente discrezionale della Pubblica amministrazione anche la non efficienza, la scarsa utilità e la disomogeneità dei controlli (39) — questa soluzione ermeneutica non ragionevole e non coerente con il disegno normativo complessivo quale oggi si sta definendo, con il risultato tra l'altro di contenere in fatto le associazioni non riconosciute, contro la realtà storica di una loro positiva diffusione (40) e della costante evoluzione disciplina di favor e di promozione.

(39) Cfr. per tutti Ponzanelli, Abrogazione dell'art. 17 c.c., cit., pag. 841; In., Quali regole giuridiche per il terzo settore? (per una disciplina degli enti « non profit », in Riv. dir. civ., 1996, II, pagg. 313 e ss.

In Giurisprudenza si è subordinata la concessione del riconoscimento all'adeguamento da parte dell'ente richiedente delle norme dello statuto e del regolamento a quelle del codice civile aventi natura cogente (Cons. St., 18.01.1994, n. 247; Cons. St., 07.06.1995, n. 1341); contra T.A.R. Veneto 29.09.1990, n. 1013 per il quale «l'amministrazione non può modificare d'ufficio l'atto costitutivo o lo statuto dell'ente, nemmeno per uniformarne il contenuto a disposizione di legge di carattere imperativo, potendo unicamente accogliere o respingere l'istanza di riconoscimento ».

Per T.A.R. Toscana 06.06.1989, n. 404 correttamente « è illegittimo il diniego di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato ad un'associazione avente lo scopo di promuovere iniziative congressuali ed espositive, opposto dalla Regione adducendo la possibilità di future proprie iniziative al riguardo ».

Quanto ai tempi per l'ottenimento della personalità giuridica si è scritto che l'attuale sistema si caratterizza per la lentezza e la carenza di omogeneità dell'iter procedurale diverso a seconda della amministrazioni interessate: essi oscillano mediamente tra uno e quattro/cinque anni (Relazione di accompagnamento al regolamento per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione alle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto).

(40) V. quanto alle *organizzazioni* di volontariato gli artt. 9 comma 2, lett. c), lett. I, 10 comma 3, 17 comma 3, 38 legge 05.02.1992, n. 104: legge-quadro per l'assistenza, l'integrale sociale e i diritti delle persone con handicap (Il commento si trova in *Handicap e diritto*, a cura di Cendon, Torino, 1997): in prospettiva cfr. ad esempio, tra i vari progetti, il Testo unificato

Riteniamo che sarebbe tuttavia utile che nel programma di riordino anche delle materia delle associazioni previsto all'art. 7 lettera *e* (dedicato ai Testi unici) dalla recente legge 08.03.1999, n. 50 sulla « Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi » dopo l'abrogazione espressa dell'art. 17 c.c. sia indicata esplicitamente l'abrogazione di norme (appunto quelle di cui agli artt. 600 e 786 c.c.) al primo intimamente connesse (41).

In definitiva l'attuale ordinamento consente agli enti non riconosciuti di ricevere per testamento (42) e quindi di accettare eredità (e conseguire legati) e donazioni semplicemente nel rispetto delle norme previste nell'atto costitutivo (e salve le norme inderogabili stabilite dal codice civile) essendo venuti meno per sopraggiunti mutamenti politici, storico-sociali, economici e giuridici le principali ragioni considerate impeditive, *id est* da un lato la necessità del riconoscimento inteso come strumento essenziale di attribuzione della soggettività giuridica e dall'altro dell'autorizzazione quale mezzo di controllo e di contenimento delle attribuzioni patrimoniali: in difetto di accettazione

Lo schema deliberato dal Consiglio dei ministri, valutato il parere del Consiglio di Stato, è trasmesso per il relativo parere alle Commissioni parlamentari e quindi emanato su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro della funzione pubblica, previa ulteriore deliberazione del Consiglio dei ministri, con decreto del Presidente della Repubblica (comma 4).

Relativamente alle norme richiamate dal comma 1, tra le quali quella della lett. *e (id est l'art.* 17 c.c.), «si procede all'adeguamento dei testi normativi mediante applicazione delle norme dettate dal comma 2, lett. *b*), *c*) e *d*), e dal comma 4 » (comma 7).

(42) Si tratta dell'esclusiva capacità successoria degli enti non riconosciuti e delle persone giuridiche in genere (quanto alle organizzazioni di volontariato cfr. Pardini, in Commentario alla legge-quadro sul volontariato, cit., sub art. 5, pagg. 828-829).

contenente « Disposizioni per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali » (12 novembre 1998 — Commissione XII).

⁽⁴¹⁾ Al riordino mediante l'emanazione di testi unici secondo la legge n. 50 /1999 (art. 7 comma 2) il Governo si attiene in via interinale (in attesa dell'entrata in vigore di una legge generale sull'attività normativa nella redazione di tali testi) ai seguenti principali criteri e principi direttivi (a. delegificazione delle norme di leggi concernenti gli aspetti organizzativi e procedimentali, secondo i criteri previsti dall'art. 20 legge 15 marzo 1997, n. 59 e successive modifiche; b. puntuale individuazione del testo vigente delle norme; c. esplicita indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni; d. coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo; e. esplicita indicazione delle disposizioni, non inserite nel testo unico, che restano comunque in vigore; f. esplicita abrogazione di tutte le rimanenti disposizioni, non richiamate, che regolano la materia oggetto di delegificazione; g. aggiornamento periodico, almeno ogni sette anni, di ciascun testo unico).

nei termini — per quanto qui interessa — sul piano successorio troverà applicazione l'art. 481 c.c. (43) ad evitare incertezze nei rapporti successori e sul piano contrattuale seguirà il mancato perfezionamento del contratto di donazione.

Se in ipotesi per decisione dell'assemblea l'associazione dovesse scegliere per conseguire le finalità statutarie la forma della persona giuridica l'eventuale provvedimento di riconoscimento importerà

(43) Per l'applicazione di tale norma era la dottrina prevalente nel contesto normativopreesistente alla riforma Bassanini (il codice civile del 1865 per incidens non prevedeva una norma quale quella dell'art. 600 c.c., come del resto come quella dell'art. 786 c.c.) nel caso di disposizioni in favore di enti privi di riconoscimento ma già esistenti ed altresì di quelli non ancora costituiti e pure chiamati in successione: Giannattasio, Delle successioni. Successioni testamentarie, in Commentario del codice civile, Libro II, T. II, sub art. 600, pagg. 97-99.

Espressamente per l'applicazione della disciplina dell'art. 600 c.c. anche agli enti neppure esistenti in fatto v. recentemente Cass. 01.09.1993, n. 9252; Cass. 10.01.1995, n. 243 e cfr. anche Cass., 27.02.1997, n. 1806 per la quale « destinatari delle disposizioni testamentarie possono essere anche enti (fondazioni) ancora non esistenti di fatto e da istituire secondo le prescrizioni del testatore ». In tempi meno recenti in senso affermativo si sono pronunciate anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass., SS.UU., 26.10.1959, n. 3107).

L'individuazione dei rapporti tra le disposizioni dei commi 1 e 2 dell'art. 600 c.c., 3 disp. att. c.c. — anche in relazione al contenuto dell'art. 786 c.c. — ha importato tormentate prese di posizione della dottrina. Sull'argomento da ultimo cfr. Zoppini, Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, Napoli, 1995, pagg. 261 e ss. per il quale « la fattispecie di cui all'art. 600 ovvero 786 c.c. è perfetta ed efficace dal momento in cui l'eredità, il legato o la donazione sono accettati dagli organi dell'ente « in formazione » (pagg. 262-263) e gli autori ivi citati in senso contrario, tra i quali anche Giannattasio, Delle successioni, cit., pag. 99; Gangi, La successione testamentaria nel vigente diritto italiano, I, Milano, 1952, pag. 313 e già Cicu, Le successioni. Parte generale, Milano 1940. 85 e ss.

Nella prospettiva della ricostruzione normativa qui aperta, dopo l'abrogazione per incompatibilità di un complesso di disposizioni connesse ad altre abrogate con identità di ratio, nei casi nei quali lo schema della persona giuridica è perseguito soltanto per volontà della parte destinataria degli effetti o delle parti disponenti riteniamo egualmente che ai fini della protezione della certezza dei rapporti successori, qualora questa non trovi una adeguata tutela nello specifico contenuto degli atti di disposizione, possa costituire una sufficiente garanzia l'applicazione appunto dell'art. 481 c.c. (actio interrogatoria): sino al momento in cui permarrà nel nostro ordinamento il meccanismo concessorio di attribuzione della personalità giuridica (sul dibattito intorno ai principi di possibile ispirazione di una riforma cfr. Ponzanelli anche in Gli enti collettivi senza scopo di lucro nell'attesa della riforma, in Giur. comm., 1995, pagg. 515 e ss. e anche gli Autori ivi richiamati; Borzaga, Verso il riconoscimento de non profit: ma quale non profit?, in Non profit, 1997, pagg. 51 e ss.).

Negli altri casi — e quindi nella stragrande maggioranza delle ipotesi — ogni problema risulta superato una volta che si ritenga che sia venuta meno — come qui pare — l'obbligatorietà della richiesta del riconoscimento ed il connesso atto di autorizzazione ai fini della produzione dell'efficacia anche degli acquisti da atti gratuiti.

espressamente o implicitamente (e quindi in ogni caso inevitabilmente) anche l'autorizzazione per l'accettazione dell'eventuale eredità o della donazione (o di atti di liberalità) e per il conseguimento del legato.

Va dato atto infatti che in sede di giudizio di adeguatezza del patrimonio rispetto allo scopo che l'associazione si è prefisso la pubblica amministrazione si troverà naturalmente a valutare l'entità e l'opportunità dell'acquisto in occasione del quale per ipotesi è stata deliberata la decisione per il riconoscimento, ma l'eventuale apprezzamento negativo comporterà soltanto il rigetto della domanda di riconoscimento non necessariamente l'estinzione degli effetti dell'accettazione dell'eredità o della donazione già verificatasi (che si sono definitivamente realizzati nell'ambito patrimoniale dell'associazione non riconosciuta). (44)

Salva, ovviamente, l'ipotesi in cui l'efficacia degli acquisti non sia stata espressamente condizionata negli atti di disposizione proprio al conseguimento della personalità giuridica.

In conclusione: nessuna differenza di trattamento normativo quanto alla validità ed alla produzione dell'efficacia degli acquisti si deve rilevare tra le associazioni non riconosciute sia di volontariato che diverse dalle associazioni di volontariato.

Le differenze tra i due tipi di associazione attengono, oltre che alla circostanza che gli obbiettivi delle prime sono realizzati tramite attività e soggetti qualificati (v. artt. 1, 2, 3 legge n. 266/1991), ai benefici, alle agevolazioni previste espressamente dalla legge per le seconde.

⁽⁴⁴⁾ Al contrario, al difetto del riconoscimento e dell'autorizzazione ovvero al mancato rispetto del termine previsto dagli artt. 600 e 786 c.c. per la presentazione dell'istanza di riconoscimento o della notifica della medesima richiesta al donante si è ricollegato fino ad ora nei migliori orientamenti l'inefficacia della disposizione e dell'accettazione dell'eredità e della donazione (ex art. 17 c.c.: Cass. 10.01.1995, 243; Cass. 01.09.1993, n. 9252; Cass. 01.06. 1993, n. 6099; Cass. 10.07.1984, n. 4024). E v. Cass. 05.12.1987, n. 9050, secondo cui la mancata presentazione della domanda nei termini « determina automaticamente l'inefficacia della disposizione testamentaria e l'insorgenza in capo all'ulteriore chiamato all'eredità il diritto di accettarla ».

In una meno recente decisione della Corte di Cassazione, dopo una premessa sulle ragioni di ordine pubblico che giustificano l'autorizzazione (*id est* la prevenzione della manomorta) e l'assunto che quest'ultima non svolge funzione tutorie degli enti, affermazioni che sono proprie di altre sentenze dell'epoca e di molte altre successive, si statuisce che l'intervento governativo « pone limitazioni alla libertà negoziale degli enti stessi per la tutela di un interesse generale: tali limitazioni proprio il loro fondamento e perché superanti l'ambito di semplici incapacità funzionali in senso tecnico, hanno efficacia assoluta e cogente onde, in caso di loro violazione, l'atto è improduttivo di effetti e la violazione stessa è rilevabile da qualunque interessato ed anche d'ufficio » (Cass. 30.10.1959, n. 3212, in Rep. Foro it., 1960, voce persona giuridica, c. 1868 n. 38).

RELAZIONI

Di qui per queste ultime il controllo amministrativo al momento della registrazione nei registri istituiti presso le ragioni (o presso le provincie ad esempio in Toscana): un controllo vertente sull'idoneità attuale degli enti a svolgere o a continuare a realizzare tramite l'attività di volontariato le finalità perseguite, inteso a verificare la loro capacità operativa, per accertare la mancanza o la persistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi.

In altra sede (45) mi sono riferito dopo la legge quadro sul volontariato a controlli da eseguirsi ormai non sugli atti, ma sul comportamento *lato sensu* degli enti per il conseguimento e la conservazione dei benefici dalla legge previsti.

Controlli tra l'altro, anche eventuali, nel caso in cui le associazioni intendano usufruire di tutte le agevolazioni (ad es. fiscali) previste, se vogliono stipulare convenzioni con gli enti pubblici.

Passo rapidamente all'ultima fase caratterizzato secondo la mia ricostruzione dall'entrata in vigore del decreto legislativo sugli enti non commerciali e sulle ONLUS.

Il testo legislativo, dato il contenuto specifico (riordino della disciplina tributaria), niente dispone di rilevante quanto alla soggettività delle associazioni (46), alla capacità delle associazioni, all'efficacia degli acquisti, alla trascrivibilità dei relativi atti: si limita a disporre — tra l'altro — « che sono in ogni caso considerati ONLUS, nel rispetto

(45) Bruscuglia, op. cit., pagg. 826-827.

della loro struttura e delle loro finalità, gli organismi di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266 iscritti nei registri istituiti dalle regioni e dalle Provincie autonome di Trento e Bolzano, le organizzazioni non governative riconosciute idonee ai sensi della legge 26 febbraio 1987, n. 49 e le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381 » (art. 10 comma 8).

Si aggiunge che per gli organismi di volontariato, le organizzazioni governative per la cooperazione con i Paesi in via di sviluppo, le cooperative sociali (organismi di solidarietà c.d. presunta) « sono fatte salve le previsioni di maggior favore ».

In conclusione: è legittimo affermare che in generale la pubblica amministrazione non penetra più, con i controlli e le autorizzazioni, nell'attività contrattuale o negoziale degli enti - anche delle associazioni che agiscono come persone giuridiche (salva attualmente l'ingerenza solo al momento della loro nascita ed in alcune anche importanti vicende successive) con il noto conseguente privilegio degli associati (l'irresponsabilità patrimoniale personale) — fermo restando l'adempimento di alcuni oneri (così fino ad ora si è prevista la loro iscrizione in determinati registri generali tenuti da enti pubblici come le Regioni e le Province) ovvero la necessità di formali comunicazioni della rispettiva qualifica e di ogni successiva modifica alla Direzione regionale delle entrate del Ministero delle Finanze, relative alla costituzione, allo schema associativo adoperato e all'attività svolta, all'eventuale adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto alle previsioni legislative: per le ONLUS si veda ora il Decreto del 19.01.1998 relativo all'approvazione del modello di comunicazione di cui all'art. 11 Decreto legislativo n. 460 del 4.12.1997.

La pubblica amministrazione, direttamente o tramite l'organismo collegiale dell'Autority (ad oggi non ancora costituito), può esercitare un controllo ma solo sull'associazione che intende realizzare scopi di carattere e solidarietà sociale nell'ambito della legge sulle ONLUS, in sostanza se le stesse beneficiano e intendono beneficiare delle agevolazioni previste dalla legge (47).

Interviene infatti per verificare i presupposti e i requisiti qualificanti gli enti (l'effettivo svolgimento dell'attività nel settore dichiarato,

⁽⁴⁶⁾ Il Decreto non ha creato un nuovo soggetto di diritto privato (ONLUS): per il legislatore possono essere infatti ONLUS senza distinzioni « le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato con o senza personalità giuridica » (art. 10), che per beneficiare della nuova disciplina tributaria debbono possedere determinati requisiti (v. art. 10 comma 1 e le lettere dalla a) alla i).

Il trattamento tributario d'altra parte non è sempre previsto in maniera uniforme (cfr. art. 6 comma 3; art. 10 comma 7, ecc.) al punto che dubbi possono sorgere anche se sia possibile riferirsi ad un nuovo soggetto tributario.

Si osservi che la legge esclude espressamente dall'ambito di applicazione della normativa sulle ONLUS e dai benefici del relativo stato espressamente gli enti pubblici, le società commerciali diverse da quelle cooperative, gli enti conferenti di cui alla legge 30 luglio 1990, n. 218 (Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico), i partiti e i movimenti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni di datori di lavoro e le associazione di categoria (comma 10).

Per gli enti non commerciali di tipo associativo (associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, culturali, sportive dilettantistiche, di promozione sociale e di formazione extrascolastica della persona) si veda tuttavia l'art. 5 che apporta modifiche al D.P.R. 22.12.1986, n. 917.

⁽⁴⁷⁾ Talvolta il beneficio fiscale è previsto non solo in favore dell'ente non commerciale ma anche di chi entri in rapporti negoziali con esso: si vedano le agevolazioni temporanee disposte in favore anche del cedente in caso di trasferimento gratuito di beni patrimoniali o di aziende (art. 9 comma 1 parte 1ª D.Lgs. 4.12.1997, cit.)

IL FENOMENO ASSOCIATIVO

il rispetto del divieto della distribuzione di utili, la democraticità della struttura, la trasparenza, ecc. (48)) per dichiarare l'ammissibilità e la non ammissibilità al beneficio o per dichiarare la decadenza totale o parziale dall'agevolazione ovvero per irrogare sanzioni in danno dei rappresentanti legali e degli amministratori: non è più possibile in definitiva subordinare in nessun modo *l'efficacia degli acquisti* quale che sia il titolo nel quale questi ultimi trovano fondamento.

E quanto sopra è confermato puntualmente dalla legge sul riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociali (art. 11 comma 3, ed implicitamente 6, 27, 28 D.Lgs. 4.12.1997, cit.).

Concludendo, al di là dei problemi specifici di stretta natura privatistica esaminati nella loro evoluzione nell'arco di tempo considerato e risolti dal legislatore in dipendenza del maggiore progressivo rilievo ed anche della fiducia attribuita all'autonomia degli enti non personificati, nella fase che stiamo vivendo — in sintesi dopo il formale riconoscimento nella carta costituzionale del fenomeno associativo, della positiva valorizzazione e sostegno nella legislazione di attuazione, dopo il delicato momento - invero non concluso - della protezione anche giudiziale dei diritti degli associati contro gli abusi nell'esercizio della stessa autonomia da parte del gruppo tramite l'insufficiente estensione delle norme di tutela previste in favore degli associati nelle persone giuridiche (49) — in attesa del riordino normativo recentemente ribadito e quindi dell'emanazione di un'organica disciplina dei soggetti collettivi privati senza scopo di lucro del primo libro del codice civile, la questione di pressante attualità e di valenza istituzionale — in quanto coinvolgente soggetti essenziali per il corretto funzionamento della nostra organizzazione sociale (50) - si impernia sulla destinazione delle agevolazioni e delle risorse economiche pubbliche che devono essere riservate e seriamente indirizzate verso associazioni che, per la loro formazione, le regole di disciplina interna ed esterna nonché per la capacità operativa, siano in grado ed intendano realizzare effettivamente le loro finalità statutarie come servizi di rilevanza collettiva.

L'importanza della materia e l'interesse dello studioso di conseguenza non può limitarsi al piano astratto della nuova configurazione giuridica dei soggetti collettivi e *riscrittura* delle relative norme (pure indispensabile e con punti di riferimento ormai sicuri ed inderogabili (51)) ma anche estendersi, e con altrettanta attenzione, al piano dinamico della verifica e valutazione dell'attività svolta e controllo del comportamento in punto di responsabilità (52), efficienza ed utilità sociale.

⁽⁴⁸⁾ Sul tema dell'obbligo di darsi un ordinamento interno democratico ed i problemi relativi per le organizzazioni di volontariato e, più in generale, per ogni tipo di ente si veda Gorgoni, in Commentario alla legge-quadro sul volontariato, cit., sub art. 3, pagg. 804-806.

⁽⁴⁹⁾ In generale cfr. Basile, L'intervento dei giudici nelle associazioni private, Milano, 1975; Volpe Putzolu, La tutela dell'associato in un sistema pluralista, Milano, 1977; Vincenzi Amato, Associazione e tutela dei singoli. Una ricerca comparata, Napoli, 1984; De Siervo, Associazione (libertà di), in Dig. discipl. pubbl., Torino, 1987, pag. 499 e v. efficacemente Busnelli, La tutela giurisdizionale delle formazioni sociali e delle confessioni religiose: principi costituzionali e « giustizia interna » (in Riv. crit. dir. priv., 1993, pag. 3) e, da ultimo, Barbiera, Inadeguata tutela della libertà di recesso dell'associato nella giurisprudenza di legittimità (nota a Cass. 14.05.1997, n. 4244, in Giur. it., 1998, pag. 639).

⁽⁵⁰⁾ Il tema è oggetto di pregevoli contributi dottrinali: per gli studi giuridici si vedano da

ultimo G. Napolitano, *Le associazione private « a rilievo pubblicistico* », in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pagg. 583 e ss.; Rigano, *La libertà assistita*, Padova, 1995, il quale rileva che l'apertura, a partire dagli anni settanta, dell'associazionismo civile a nuovi interessi anche di natura sociale « in un'ottica più secolarizzata » ed il maggiore pragmatismo adoperato nel perseguimento di un obiettivo condiviso al di là delle ideologie hanno favorito « la crescita delle associazioni come canale, ulteriore a quello tradizionale dei partiti e dei sindacati, per interloquire con i poteri politici » (pag. 70).

^{(51) «} I nuovi problemi che contraddistinguono l'odierna stagione delle associazioni non riconosciute sono ormai problemi di diritto costituzionale, prima che di diritto civile; e criteri normativi che possono orientare verso una loro soluzione si traggono sempre meno dalle norme del codice civile, sempre più dalla Costituzione » (così conclusivamente Busnelli, Il diritto delle persone, op. loc. cit.): la risposta del legislatore del 1997 data al problema dell'autorizzazione agli acquisti da atti di disposizione onerosi e gratuiti per le persone giuridiche come, per quanto qui è parso, anche per le persone non riconosciute da atti disposizione gratuiti trova nei principi di libertà affermati nella carta costituzionale la sua prima ispirazione.

⁽⁵²⁾ Soprattutto in riferimento al possibile svolgimento da parte degli enti non riconosciuti di attività economica e di produzione di beni e servizi sia pure di natura *marginale* (a proposito delle *organizzazion*i di volontariato v. un cenno nel mio Commento all'art. 5 legge n. 266/1991, cit., pag. 815, nota 2 e gli autori citati).

1. Premessa.

Il tema dei rapporti esistenti tra ONLUS e riforma del codice civile evoca un incontro, in un chiostro di una facoltà di giurisprudenza italiana, tra due professori: quello di diritto civile e di diritto tributario. Al primo le consuetudini accademiche hanno sempre attribuito una netta superiorità nei confronti del secondo, ritenendo implicita una gerarchia tra le relative discipline sapienziali (cioè, il diritto civile e il diritto tributario).

Con l'approvazione del decreto sulle ONLUS (comunemente conosciuto come decreto Zamagni dal nome del Presidente della commissione ministeriale che ha preparato il testo poi recepito nei decreti governativi) si è assistito, invece, ad un completo rovesciamento della relazione. L'inferiorità o, in ogni caso, la situazione di disagio è, questa volta, del civilista nei confronti del collega tributarista. Il legislatore tributario è, infatti, arrivato prima nell'ambizioso progetto di riforma generale della disciplina degli enti collettivi senza scopo di lucro, comunemente indicati come enti « non profit ».

Non è che il diritto civile non abbia, da parte sua, tentato di operare una correzione rispetto alla disciplina fissata nel Libro primo del codice civile, ma, per una ragione o per un'altra, il progetto di una generale riforma di tale disciplina non è mai stato completamente realizzato.

Il parziale rinnovamento che, ciò nonostante, è stato possibile introdurre in campo civilistico, segnala l'opportunità di ripercorrere, in cinque fasi, la vicenda dell'idea stessa di una riforma generale della disciplina degli enti collettivi.

^(*) GIULIO PONZANELLI, Ordinario Diritto Privato Comparato presso l'Università di Brescia.

2. Le ragioni della riforma del codice civile.

Rappresenta uno dei pochi punti pacifici della ricca ed articolata discussione sulle formazioni sociali intermedie tra Stato ed individuo l'affermazione secondo cui la disciplina del codice civile non era più in grado di valorizzare un fenomeno che nel 1942 era marginale nell'esperienza italiana.

Tre, soprattutto, erano le ragioni della insoddisfazione verso la disciplina codicistica.

In primo luogo, le norme del codice civile erano considerate contrarie ai principi della Costituzione (specialmente a quel principio fondamentale di pluralismo istituzionale che è con forza fissato nell'articolo 2).

In secondo luogo, quelle stesse norme prevedevano pesanti ed eccessivi controlli che costituivano una chiara violazione dei principi di libertà associativa e di pluralismo istituzionale.

Tali controlli, oltre a mantenere un anacronistico carattere « di polizia », si sono rivelati anche inefficienti nel procedere alla stessa vigilanza di un fenomeno che pur si sarebbe voluto vagliare alla luce di criteri rispettosi dei principi della buona amministrazione: e, infatti, come è noto, sono rimasti in vita enti che non esercitano più alcuna attività.

Da ultimo, le norme del codice civile regolano ormai un fenomeno completamente diverso da quello che fu oggetto di previsione nel 1942: in altri termini, le nuove frontiere del mondo « *non profit* » si discostano di gran lunga dai vecchi confini (1).

La dottrina era, quindi, sostanzialmente concorde nel segnalare la necessità di una riforma degli enti collettivi. Da qui, nasce, quasi obbligatoria, una constatazione immediata: il mondo « non profit » è cresciuto nell'attuale imponente misura (2) anche senza, anzi contro, le trentadue norme contenute nel codice civile, così profondamente ostili

al movimento dell'associazionismo. È insomma spontanea, a questo punto, la riflessione che investe il giurista, ma anche cultori di altre discipline sociali: una riflessione che si concentra sulla scarsa e tutto sommato marginale idoneità del diritto a regolare efficacemente fenomeni reali che quasi si impongono da soli.

Nel momento in cui si vuole introdurre una nuova disciplina per incentivare e valorizzare il fenomeno, bisogna essere estremamente attenti nell'individuare la « better rule » idonea a soddisfare tali aspettative.

3. Le riforme tentate ma non realizzate.

Il primo tentativo di elaborare una generale riforma della disciplina riservata agli enti collettivi del Libro primo del codice civile si ebbe alla metà degli anni « sessanta » dietro la spinta delle fondazioni culturali che rappresentavano le frontiere più illuminate dell'intero movimento del terzo settore.

Le più importanti fondazioni culturali italiane (in *primis* la fondazione Adriano Olivetti) chiesero all'interlocutore politico una disciplina più liberale, all'interno della quale l'interprete delle giuste esigenze di un controllo pubblico doveva essere ricercato non tanto nell'autorità amministrativa, quanto nell'autorità giurisdizionale.

Il progetto riformatore, che raggiunse il suo apice alla fine di quel decennio (3), ebbe, però, vita limitata e di esso si occuparono soltanto gli « addetti ai lavori ».

Migliore fortuna, e non solo per l'autorità goduta dal Ministro proponente, sembrò avere il progetto di riforma, che fu presentato da Sabino Cassese, Ministro della Funzione Pubblica nel Governo Ciampi.

Per tramite di un procedimento di semplificazione delle procedure amministrative, Cassese voleva raggiungere un triplice risultato: a) spostamento delle competenze di controllo dall'autorità amministrativa

Per ulteriori elementi cfr. G. Ponzanelli, Quali regole giuridiche per il terzo settore?, in Riv. dir. civ. 1996, Π, p. 313 ss.

⁽²⁾ Non si hanno dati aggiornati sul numero quantitativo degli enti. L'unico settore oggetto di un parziale censimento è stato quello delle fondazioni: nel 1973 fu fatto un inventario non completo delle fondazioni esistenti ad opera del Ciriec presieduto da Alberto Mortara, che rivelò la presenza all'inizio degli anni '70 di 750/800 unità, anche se molte delle fondazioni censite non svolgevano più nessuna attività, trovandosi quindi proprio nella situazione da richiedere l'intervento amministrativo. Oggi, vent'anni dopo, il numero delle fondazioni è sicuramente triplicato se non quadruplicato.

⁽³⁾ Il riferimento è soprattutto al Convegno di Roma organizzato dalla Fondazione Olivetti, dalla Fondazione Cini e dall'Istituto Accademico di Roma i giorni 12-14 maggio 1966, i cui atti sono raccolti nel volume Funzioni e finalità delle fondazioni culturali, Roma, 1967. Cfr. anche Predieri, Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e delle istituzioni culturali di diritto privato, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1969, p. 1117 ss. A metà degli anni settanta si segnala, in modo particolare, il contributo di D. VITTORIA. Le fondazioni culturali ed il Consiglio di Amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale, in Riv. dir. comm., 1975, I, 298 ss.

37

all'autorità giurisdizionale; b) eliminazione del riconoscimento amministrativo e passaggio ad un sistema di cosiddetto riconoscimento normativo, quale vigeva per le società del Libro V; c) abrogazione dell'articolo 17 (4).

Il tentativo di Cassese ebbe, però, esito sfortunato, anche a seguito delle ingenerose critiche a cui fu sottoposto dal Consiglio di Stato nell'aprile del 1994: quest'organo, in adunanza plenaria, espresse, infatti, parere contrario, con argomentazioni prevalentemente tecniche, anche se l'ostracismo così fortemente manifestato sembrava nascere dal timore di toccare le prerogative inalienabili spettanti alle autorità amministrative (5).

Più fortuna ha avuto il tentativo di un altro professore di diritto pubblico, Franco Bassanini, a cui è passato il « testimone » di Cassese.

4. Le riforme compiute.

Si tratta, per l'esattezza, di una disposizione — l'art. 13 della legge 15 maggio 1997 n. 127 — con la quale è stato abrogato l'art. 17 del c.c., erede della legislazione risorgimentale in materia di manomorta ecclesiastica (in particolare della legge 5 giugno 1850 n. 1057, che ha poi preso il nome del Ministro proponente Giuseppe Siccardi) (6).

Con l'art. 13 della Bassanini-bis vengono anche abrogate tutte le « ... altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni ». Si pone, quindi, il quesito se l'art. 13 abbia anche abrogato le previsioni contenute negli artt. 600 (Disposizioni testamentarie a favore di enti non riconosciuti) e 786 (Donazione a ente non riconosciuto).

A mio giudizio, la risposta è negativa, visto che l'art. 13 fa riferimento testuale solo all'associazione e alla fondazione personificata.

escludendo, quindi, dal campo dell'espressa abrogazione gli enti collettivi che non siano persone giuridiche.

L'abrogazione del « famigerato » articolo 17 è stata festeggiata da tutti con grande sollievo, essendo la norma troppo legata ad un passato periodo storico, anche se nella pratica l'autorizzazione e il controllo contenuto nell'art. 17 venivano elegantemente superati attraverso vari modi: riguardando, infatti, l'articolo 17 soprattutto le persone giuridiche private « ricche » (in quanto titolari dei diritti reali di proprietà sui beni immobili) tali persone giuridiche sono spesso diventate socie di società immobiliari, trovando così la strada per superare la portata preclusiva e ostruzionistica dell'articolo 17. La legge Bassanini-bis, con l'abrogazione dell'art. 17, ha comunque, intaccato le fondamenta della generale disciplina riservata dal Libro primo del codice civile.

5. Le riforme in fase di esecuzione.

Dalla legge c.d. Bassanini-bis si deve tornare alla prima Bassanini, cioè alla legge del 15 marzo 1997 n. 59 (« Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa »; per l'esattezza l'articolo 20, comma 8°, allegato 1, n. 17) in cui si attribuisce al Governo il potere di semplificare il procedimento amministrativo di concessione della personalità giuridica. Con tale previsione si è ripreso uno dei punti centrali nel disegno Cassese: introdurre, in luogo di un riconoscimento amministrativo, un riconoscimento normativo anche per gli enti collettivi presi in considerazione dal Libro primo del codice civile.

Per dare esecuzione al precetto contenuto nella legge delega è stata nominata una Commissione, presieduta da Pietro Rescigno, la quale ha presentato due possibili soluzioni, entrambe molto interessanti. Nella prima soluzione, il riconoscimento rimane sempre « amministrativo », ma cambia completamente la struttura e il procedimento per arrivare alla concessione della personalità giuridica. Infatti, il notaio che redige l'atto costitutivo o il legale rappresentante dell'ente, trasmettono lo stesso con relativo statuto al Prefetto. Quest'ultimo può svolgere una indagine, muovendo rilievi, con la conseguente nascita di un incidente di cognizione (cioè un vero e proprio procedimento amministrativo) con osservazioni e contro-osservazioni, alla fine della quale viene concessa l'autorizzazione e l'associazione o la fondazione viene iscritta nel registro ex art. 33 del c.c. Oppure, se

⁽⁴⁾ Il testo del disegno di legge Cassese (« Schema di regolamento relativo alla semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di riconoscimento delle persone giuridiche ») può essere letto in G. Ponzanelli (a cura di) Gli enti « non profit » in Italia, Padova, Cedam, 1994.

⁽⁵⁾ Cfr. G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro nell'attesa di riforma, in Giur. comm. 1995, I, 515 ss.

⁽⁶⁾ G. Ponzanelli, L'abrogazione dell'art. 17: verso una disciplina generale degli enti collettivi non profit?, in Corr. giur., 1997, p. 841 e U. Carnevall, L'abrogazione dell'art. 17 del c.c., in Contratti, 1997, p. 229 ss.

entro 120 giorni dal deposito da parte del notaio o del legale rappresentante non viene fatta nessuna osservazione e nessun rilievo, l'associazione o la fondazione possono acquisire il diritto all'iscrizione nel registro di cui all'articolo 33.

La novità di questo procedimento è assai rilevante: innanzitutto viene introdotto il principio del silenzio-assenso, con la possibilità di aprire un possibile « incidente » davanti allo stesso Prefetto; inoltre, scompare il livello della burocrazia centrale nazionale.

La seconda soluzione, invece, provoca uno spostamento delle competenze dall'autorità amministrativa (*recte*: prefettura) al Tribunale: l'atto costitutivo e lo statuto vengano depositati nel Tribunale e dopo che il Tribunale ha accertato la corrispondenza dello statuto e dell'atto costitutivo ai principi generali fissati nel codice civile si ha l'iscrizione nel registro delle imprese.

Le soluzioni individuate dalla commissione Rescigno sono tutte degne di viva attenzione per quanto riguarda la risoluzione dei tanti problemi che si pongono quando si procede all'accertamento, negli enti collettivi senza scopo di lucro, dell'esistenza degli elementi patrimoniali e teleologici. Ai fini del controllo sull'elemento finalistico-teleologico, per la commissione Rescigno, è sufficiente che lo statuto indichi uno scopo possibile e lecito, sia per le associazioni sia per le fondazioni. Viene, cioè, individuato un elemento comune a quelle che si ritenevano due specie differenziate di enti collettivi senza scopo di lucro. Non è, quindi, più necessaria l'indagine sul carattere di utilità collettiva, di utilità non individuale, o di scopo non egoistico perseguito dagli enti. È sufficiente che sia accertata la possibilità e la liceità del fine: in una prospettiva di sistemazione dell'intera materia, senza dubbio è, questo, un aspetto di grande rilievo.

Tutte le finalità possono, infatti, essere perseguite da un ente collettivo: non esiste più alcuna barriera fra il risultato a cui non si può aspirare e il risultato che può essere realizzato: basta soltanto che gli scopi siano possibili e leciti.

Per quanto riguarda l'elemento patrimoniale, l'associazione e la fondazione devono avere un patrimonio di 50 milioni (associazione) e di 100 milioni (fondazione): somme che, qualora il raggio di attività dell'associazione o della fondazione superi i limiti della regione, salgono rispettivamente a 100 milioni per le associazioni e a 200 milioni per le fondazioni.

Questa scelta legislativa avvicina sensibilmente il Libro primo al Libro quinto del codice civile attraverso l'imposizione di un patrimonio iniziale per evidenti finalità di garanzia in merito al regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività istituzionale.

Recentemente, con il decreto presidente della Repubblica del 22 ottobre 1999, è stata data attivazione alla legge delega Bassanini, optando per la prima soluzione indicata nella Commissione Rescigno, richiedendosi solo, per quanto riguarda l'elemento patrimoniale, la sussistenza di un patrimonio adeguato, il riconoscimento perde completamente la sua identità fortemente discrezionale, di tipo autorizzatorio: e diventa un riconoscimento basato su una corrispondenza tra le finalità possibili e lecite dell'ente e i principi contemplati dalla legge.

6. La riforma generale degli enti non collettivi.

Certo è che, indipendentemente dalle riforme attuate e da quelle appena definite, la riforma generale del Libro primo non può essere ulteriormente procrastinata.

Ed un possibile modo per individuare le linee centrali della nuova disciplina può essere costituito dall'analisi di quel che è successo e di quel che sta ancora succedendo nel mondo *non profit*.

La grande crescita del mondo *non profit* e le ragioni di un così vasto successo dipendono, anche, da una mutata e poi ininterrotta considerazione della sua forma giuridica da parte del legislatore italiano. A partire dalla fine degli anni '80 si è, infatti, guardato con sempre maggior insistenza alla forma giuridica dell'ente collettivo disciplinato dal Libro I, chiaramente innovando rispetto a scelte effettuate in precedenza, con le quali si era sempre privilegiata la forma giuridica del Libro V.

La strategia del legislatore italiano è improvvisamente cambiata dall'inizio degli anni '90: legge sul volontariato seguita dalle leggi regionali di attuazione; legge sulle cooperative sociali; disciplina in materia di previdenza integrativa (nel 1993); obbligatoria trasformazione degli enti pubblici teatri lirici in fondazioni di diritto privato, da ultimo, riconduzione nell'alveo del diritto privato delle fondazioni *ex* titolari di aziende bancarie.

Questa pluralità di interventi legislativi di carattere speciale, seppur corrispondente alla grande eterogeneità del mondo *non profit*, dà sempre per esistente e spesso richiama espressamente una normativa di carattere generale, che è ancora quella contenuta nel codice civile, il quale, però, presenta i limiti primi analizzati. Si rende sempre più necessaria, quindi, la predisposizione di una diversa normativa di carattere generale in grado di applicarsi a tutti i sottotipi di persone giuridiche private.

Quali devono essere le caratteristiche che deve presentare questa disciplina di tipo generale?

Elementi preziosi di risposta possono essere desunti sia dalle modifiche introdotte con riguardo al sistema del riconoscimento della personalità giuridica sia dalle indicazioni già provenienti dalle legislazioni speciali. Acquista, infatti, rilievo sempre più centrale lo statuto, quale primaria manifestazione di autonomia contrattuale.

Il testo recentemente approvato (legge delega 23 dicembre 1998 n. 461 e successivo decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153) in materia di fondazioni bancarie è chiarissimo nell'attribuire allo statuto una funzione fondamentale nella nuova disciplina degli enti *non profit*. Lo statuto dovrà prevedere organi di gestione (costituiti dai tradizionali organi amministrativi normali), organi di controllo (il riferimento obbligato è ai sindaci revisori), ma anche organi di indirizzo.

Quest'ultima è una novità nel panorama legislativo italiano, e ancora permangono forti dubbi in materia sull'esatta identità e sulla precisa funzione che tali « organi di indirizzo » svolgeranno.

Lo statuto, come manifestazione centrale dell'autonomia negoziale dei privati, non può, però, non essere collegato a forme di controllo, non solo tributarie. E, anche in una prospettiva di carattere comparato, le forme di controllo fino ad ora sperimentate nella famiglia di *civil law* non hanno raggiunto soddisfacenti risultati.

Da una parte, la storia stessa dei 57 anni del codice sottolinea i limiti delle forme di controllo dell'autorità amministrativa: non solo perché si tratta di controlli « di polizia », ma anche perché si tratta — come si diceva — di controlli sostanzialmente inefficienti. Allo stesso modo, non vanno bene neanche le forme di controllo dell'autorità giurisdizionale, proprio per il fatto che negli ultimi anni si è voluto alleggerire il compito dei tribunali, data l'inopportunità di caricarli di troppe funzioni ulteriori rispetto agli importanti compiti che già agli stessi sono attribuiti.

Non è facile, però, delineare forme di controllo, che siano capaci di superare le incongruenze del controllo amministrativo e del controllo giurisdizionale.

Una soluzione potrebbe essere individuata, ancora una volta, attraverso le maglie statutarie. Le quali ci indicano la necessità di assicurare forme di controllo sull'attività dell'ente: da una parte, operano i controlli dell'autorità tributaria; dall'altra, si devono anche garantire meccanismi di tutela a favore dei beneficiari dell'attività dell'ente. In altri termini, debbono introdursi meccanismi di tutela a favore di chi, in qualche modo, sia socio o meno dell'associa-

zione e riceva di fatto tutta una serie di benefici dall'esercizio di quell'attività.

Per esempio, in materia di fondazioni bancarie, i beneficiari sono innanzitutto gli enti territoriali, ove l'ente-fondazione bancaria svolgerà il suo programma orientato a finalità di ordine culturale-sociale e di ricerca: ad essi dovranno essere assicurati adeguati controlli sul modo con il quale la fondazione, titolare di così ingenti patrimoni, esercita la sua attività. La tutela dei beneficiari non è fenomeno sconosciuto nelle altre esperienze: nell'esperienza inglese le *Charities* segnalano l'esistenza, a tutela dei beneficiaries dell'attività, di numerosi rimedi.

Il controllo che passa solo attraverso i beneficiari mediante il riconoscimento di interessi legittimi o di altre situazioni soggettive meritevoli di tutela, forse potrebbe rivelarsi non del tutto sufficiente: ma ancora oggi, alla fine del ventesimo secolo, penso non sia proficuo interrogarci sui vantaggi presentati da un controllo imperniato sull'autorità giurisdizionale rispetto al sistema imperniato sull'autorità amministrativa.

In sintesi, le nuove regole, che dovrebbero prendere il posto della disciplina contenuta nel codice civile, devono essere le più asciutte e le più leggere che sia possibile. Non solo: esse devono essere anche le più generali, nel senso letterale e sostanziale, proprio per l'esigenza, da tutti condivisa, di fissare una disciplina comune per tutti i sottotipi di enti collettivi. Sarebbe davvero un guaio se si finisse con il regolamentare eccessivamente il fenomeno che poi troverebbe comunque, come ha già trovato del resto, ulteriori dispersioni con specifiche normative in relazione ai singoli tipi di enti *non profit* (cooperative, volontariato, fondazioni teatri lirici, ecc.).

Solo limitando al massimo le norme, potremmo sperare di avere trovato finalmente la « regola migliore », cercata da tutti i civilisti da più di trent'anni.

1. Premessa.

L'analisi della definizione offerta dal decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 alla categoria « organizzazioni non lucrative di utilità sociale » si inserisce in un contesto normativo (e giuridico in senso generale) assai incerto: tanto è vero che la realtà nella quale tali organizzazioni si inseriscono è stata definita, nel corso degli anni, con termini diversi e non sempre coincidenti. Come anche di recente ricostruito (1), si è fatto di volta in volta riferimento ai concetti di « terza dimensione », « terzo settore », « privato sociale », « terzo sistema », « economia sociale »: ove evidente è la diversità di prospettiva con cui detto fenomeno viene analizzato, e comunque mai con riguardo al modello organizzativo prescelto, quanto invece al ruolo che tali enti vengono a ricoprire nel sistema sociale ed economico.

Ciò dà ragione del motivo per cui può oggi affermarsi che « la categoria degli enti *non profit* non ha un significato normativo nel nostro ordinamento: allude ad un concetto teorico o dommatico dai contorni incerti, sul cui contenuto neppure esiste ad oggi una convenzionale coincidenza di interpretazione dei giuristi » (2) e nemmeno degli studiosi di altre scienze sociali quali gli economisti e i sociologi (3).

^(*) Emanuele Rossi, Associato di Diritto pubblico generale presso la Scuola Superiore di studi Universitari e di Perfezionamento S. Anna.

⁽¹⁾ Da LIPARI, Profili giuridici del terzo settore in vista di una sua disciplina legislativa, Relazione illustrata alla Commissione Affari Sociali della Camera dei deputati in data 29 gennaio 1998, Atti Camera, Commissione XII, 62 ss.

⁽²⁾ RIGANO, Gli enti non profit e la concorrenza nel settore della formazione professionale, in Regioni, 1996, 196. V. anche Ponzanelli, Nuove figure e nuove problematiche degli enti « non profit », in AA.VV., Gli enti « non profit ». Nuove figure e nuove problematiche, Milano, 1993, 11 ss.

⁽³⁾ Così ancora Lipari, Profili giuridici, cit., 62.

RELAZIONI

Ma d'altro canto uno sforzo definitorio appariva ed appare necessario, soprattutto nel momento in cui cresce la presenza ed il ruolo di tali enti nella gestione dei servizi pubblici e nell'economia di mercato. Significativa, al riguardo, è una segnalazione trasmessa dal Garante della concorrenza ai Presidenti di Camera e Senato nonché ai Presidenti di tutte le Regioni in data del 13 luglio 1995, con cui l'Autorità ha messo in discussione la disciplina dei centri di formazione professionale stabilita dalla legge quadro n. 845/1978 e dalle leggi regionali d'attuazione. L'art. 5 di tale legge riserva infatti esclusivamente agli enti non lucrativi la possibilità di stipulare convenzioni con le Regioni per gestire l'attività di formazione professionale: tale previsione, giusta secondo il Garante in linea di principio, rischia nella pratica di produrre distorsioni nella concorrenza. Per un verso, infatti, «l'assenza di una definizione rigorosa di ente senza scopo di lucro consente di partecipare alle convenzioni soggetti i cui comportamenti risultano del tutto analoghi a quelli delle imprese con scopo di lucro»; per altro verso, spesso le stesse imprese si dotano di fondazioni o di organizzazioni non profit al fine di accedere ai finanziamenti.

Da queste preliminari considerazioni si comprende pertanto l'esigenza, avvertita dalla legge di delega prima, e dal legislatore delegato poi, di giungere ad una preliminare definizione della categoria, per successivamente introdurre misure incentivanti a favore dei soggetti ricompresi in tale ambito. Tale esigenza è stata da tempo sollecitata sia dal mondo delle organizzazioni senza scopo di lucro che dalla riflessione scientifica, specie di quella attenta all'ordinamento nordamericano (4), sebbene fino ad oggi non avesse trovato adeguata risposta sul piano legislativo.

E proprio da tale intento definitorio ha preso le mosse l'iniziale disegno di legge governativo da cui ha tratto origine il decreto legislativo n. 460/1997, contenente il « riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale », la cui presentazione è stata giustificata dal Ministro proponente in base proprio all'assenza « tra le norme dell'ordinamento

giuridico di un linguaggio uniforme capace di esprimere in maniera omogenea la realtà del terzo settore », ed in forza dell'esigenza di definire « una categoria generale in grado di sintetizzare quella che ancora adesso appare più come una sigla, in cui di volta in volta vengono ricondotti enti ed organismi vari » (5).

La stessa Relazione di accompagnamento al disegno di legge poneva chiaramente l'accento sulla scelta che il legislatore si accingeva a compiere: dettare una serie di criteri per l'individuazione delle c.d. ONLUS e collegare la sussistenza dei suddetti requisiti a «forti» agevolazioni fiscali; così che, forse a ragione, qualcuno ha parlato delle ONLUS, come di una « qualifica fiscale e non (di) una nuova tipologia soggettiva » (6).

E tuttavia è apparso subito evidente come i due versanti non potessero essere completamente disgiunti: così che sebbene il provvedimento per la riforma del c.d. terzo settore sia stato collegato alla manovra finanziaria e sia principalmente rivolto al riordino della normativa fiscale e tributaria, esso ha colto l'esigenza preliminare di razionalizzare l'intero settore degli enti non lucrativi (come si afferma nella Relazione), prevedendo sia una ridefinizione del concetto di ente non commerciale che l'introduzione di una nuova figura, le ONLUS appunto (7).

La scelta del legislatore, al riguardo, e come si dirà meglio in seguito, non è stata quella di creare un nuovo tipo di ente da affiancare a quelli già previsti e disciplinati dal codice civile e dalle legge successive: la soluzione adottata è stata invece nel senso di creare una categoria fiscale e tributaria in cui ricomprendere soggetti come fondazioni, associazioni, comitati, società cooperative e gli altri enti di carattere privato i cui statuti ed atti costitutivi presentino le caratteristiche indicate dalla norma. Tali enti mantengono pertanto la disciplina giuridica per gli stessi previsti dal codice civile o dalla normativa di settore, cui si aggiunge (ed in certa parte in verità si sovrappone, dando luogo a problemi di contemperamento) la normativa in questione, che tuttavia non vale per tutte le organizzazioni, ma soltanto per quelle che

⁽⁴⁾ V., tra gli altri, Ponzanelli, Le « non profit organizations », Milano, 1985; Id., Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Torino, 1996; Bassanini-Ranci (a cura di), Non per profitto. Soggetti che erogano servizi di interesse collettivo senza fine di lucro, Quaderni della Fondazione Olivetti, 1990; Barbetta (a cura di), Senza scopo di lucro, Bologna, 1996; G. Rossi, Le non profit organizations nel diritto pubblico italiano, in Ponzanelli (a cura di), Gli enti non profit in Italia, Padova, 1994.

⁽⁵⁾ A. Fantozzi, Il disegno di legge sul non profit. I suoi principi e la sua normativa, in Il Fisco, 1995, n. 47, 11383.

⁽⁶⁾ PETTINATO, ONLUS e decreto Zamagni. Legge nuova, problemi antichi, in Non profit,

⁽⁷⁾ Borzaga, Verso il riconoscimento del non profit: ma quale non profit?, in Non profit, 1997, 21.

intendono assoggettarsi ad essa in vista dei benefici che dalla stessa possono derivare. Si tratta di un modo originale, e non immune da considerazioni critiche, come si dirà, per disciplinare le realtà organizzative rientranti nel settore degli enti non profit.

L'individuazione delle ONLUS è operata dal decreto in esame su un triplice livello: da un lato, si elencano alcuni requisiti posti come necessari; dall'altro, si individuano alcune categorie di enti ai quali la qualifica di ONLUS è riconosciuta *ope legis*; in terzo luogo si escludono alcuni « tipi » di organizzazioni dalla disciplina posta con il decreto legislativo.

Limitando l'esame, in questa sede, al primo livello, l'art. 10 del D.Lgs. n. 460/1997 (coerentemente ai contenuti della legge delega) individua una serie di criteri per l'identificazione di un ente come ONLUS:

- a) lo svolgimento di attività in uno dei settori enumerati (si tratta di un'elencazione di settori assai ampia e su cui si tornerà);
 - b) l'esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale;
- c) il divieto di svolgere attività diverse da quelle menzionate dalla lettera a), ad eccezione di quelle ad esse direttamente connesse;
- d) il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili e avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'organizzazione (sono previste poi delle eccezioni);
- e) l'obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per la realizzazione di attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse;
- f) la devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento dell'organizzazione ad altre ONLUS o a fini di pubblica utilità;
 - g) l'obbligo di redigere il bilancio o rendiconto annuale;
- b) la disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative, secondo alcuni criteri specificamente previsti;
 - i) l'uso della denominazione ONLUS.

Si tratta di criteri, come può vedersi, che agiscono su piani diversi e rispondono a logiche differenti. Provando a classificarli secondo categorie, potremmo operare una summa divisio tra finalità dell'ente e modalità di perseguimento, ricomprendendo tra le prime l'ambito in cui si esplica l'attività principale (lett. a) ed il divieto di svolgere attività diverse salvo quelle alle prime direttamente connesse (lett. c), nonché le finalità perseguite (lett. b); tra le seconde, i requisiti tipici del « non distribution constraint » (lett. d), e), f), insieme alle regole di organizzazione dell'ente (lett. g), h), i).

2. Il criterio delle attività svolte.

Il primo criterio scelto dal legislatore è stato quello, come detto, di collegare l'identificazione delle ONLUS al tipo di attività svolta dalle stesse.

Su questo primo punto la soluzione del decreto era attesa, in quanto la scelta di incentrare proprio su tale criterio la definizione aveva dato luogo (prima dell'emanazione del decreto) a rilievi critici, sottolineandosi da alcuni gli aspetti di rigidità ad esso connessi, con conseguenti rischi di penalizzare le esperienze più innovative sul piano delle politiche sociali (8), e da altri ritenendosi più opportuno collegare le finalità unicamente alle misure incentivanti di volta in volta stabilite, e non alla definizione in sé dell'organizzazione (9).

Malgrado questi dubbi, il decreto legislativo ha operato un'elencazione (presumibilmente di carattere tassativo) comprendente i settori dell'assistenza sociale e socio-sanitaria e sanitaria, della beneficenza, dell'istruzione, della formazione, dello sport dilettantistico, della tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico, della tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente (con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi), della promozione della cultura e dell'arte, della tutela dei diritti civili, della ricerca scientifica di particolare interesse sociale.

Va detto preliminarmente come l'accezione che il decreto dà del termine « attività » risulta almeno in parte diversa da come lo stesso termine viene utilizzato dalla dottrina giuridica impegnata a individuare gli elementi costitutivi degli enti associativi o fondazionali e a definire i criteri di distinzione tra gli stessi e le società: dottrina per la quale l'« attività » è soltanto quella « economica » o « non economica », discutendosi della possibilità di svolgimento di attività economica da parte degli enti del libro I del codice civile (10).

Ma la diversità è evidente anche con riguardo all'accezione data al termine in altre leggi: si ricordi ad esempio che la legge quadro sul volontariato definisce come attività di volontariato quella « prestata in

⁽⁸⁾ V., ad esempio, C. Borzaga, Verso il riconoscimento, cit., 23.

⁽⁹⁾ F. RIGANO-E. ROSSI, Profili giuridici delle organizzazioni non lucrative: spunti problematici, in Regione Toscana — Giunta regionale, Le organizzazioni del terzo settore nel rinnovamento dello Stato sociale, Firenze, 1997, 235.

⁽¹⁰⁾ V., per tutti, Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., 163 ss.

RELAZIONI

modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà », ove l'individuazione di cosa debba intendersi per attività di volontariato viene operata mediante un duplice riferimento: la gratuità delle prestazioni, da un lato, e la cura di interessi alieni dall'altro (11), indipendentemente perciò dal settore materiale cui detta attività si indirizza (12).

Tornando alla previsione del decreto legislativo, può notarsi, anche ad una prima lettura, come trattasi di un'elencazione disomogenea e poco rigorosa: vi rientrano fattispecie assai generiche e dai confini difficilmente identificabili; ambiti di attività delimitati mediante un riferimento alle modalità organizzative di realizzazione (lo «sport dilettantistico» (13) e la ricerca scientifica di particolare interesse sociale « svolta direttamente da fondazioni ovvero da esse affidata » ad altri enti); fattispecie che sembrano sovrapporsi e creare contraddizione (l'attività di « promozione della cultura e dell'arte » non comprende anche la « tutela, promozione e valorizzazione delle cose d'interesse storico e artistico »?).

Analizzando più in dettaglio alcuni degli ambiti indicati dalla norma, merita preliminarmente attenzione il riferimento alla « tutela dei diritti civili », formula che non trova un riscontro certo né in dottrina né in giurisprudenza. Un contributo alla sua esatta e puntuale identificazione potrebbe essere ricercato nell'ordinamento internazionale, dove la formula serve — per lo più — a marcare una confine di separazione rispetto alla categoria dei diritti « politici », così che devono essere classificati come « civili » tutti quei diritti che non sono politici. Se così è, all'interno di detta categoria dovrebbero ricomprendersi non solo i diritti della « prima generazione » (quelli, per intenderci, storicamente legati alla libertà individuale e alle libertà pubbliche) e della « seconda generazione » (diritti sociali ed economici), ma anche quelli che si sono venuti affermando in tempi più recenti e

(11) Secondo quanto con chiarezza già affermato da G.B. Verbari, Volontariato sanitario, in Noviss. Dig., App. VII, Torino, 1987, 1165.

definiti della « terza generazione »: il diritto alla pace, allo sviluppo, alla tutela del patrimonio comune dell'umanità, all'ambiente (14).

Se tuttavia si analizza il modo con il concetto di cui si discute è utilizzato nella legislazione regionale, ed in particolare in quella di attuazione della legge quadro sul volontariato, ci si accorge di come la formula si presti ad essere riempita di contenuti assai diversi.

Vi è infatti un filone normativo che sembra offrire della nozione una definizione ristretta, legata essenzialmente ai diritti dei consumatori e degli utenti di pubblici servizi (così, ad esempio, la legge del Friuli Venezia Giulia (15) e della Sardegna (16)); altre leggi regionali, al contrario, ne offrono un'interpretazione pressoché onnicomprensiva (si pensi alla legge della Lombardia (17) che fa rientrare nelle « finalità di carattere civile » tutte le finalità « rientranti nell'area della tutela del miglioramento della qualità della vita, della protezione dei diritti della persona, della tutela e valorizzazione dell'ambiente, della protezione del paesaggio e della natura, del soccorso in caso di pubblica calamità » ovvero, in termini sostanzialmente analoghi, la legge molisana (18) e quella abruzzese (19)).

Ancora più confusa è la situazione che si deduce da altre leggi regionali, ove «l'area dei diritti civili» sembra essere considerata alternativa alla categoria dei « diritti della persona » (così la legge della Sicilia (20)) ovvero ai settori « della tutela del cittadino, della promozione della condizione della donna, del riconoscimento e valorizzazione delle differenze etniche, religiose e culturali, dell'azione a favore della pace e del rispetto tra i popoli » (così la legge pugliese (21)).

Come può dedursi da questi brevi richiami, quello adottato dal legislatore delegato risulta essere un criterio sostanzialmente indeterminato, di scarso valore definitorio e quindi inutilizzabile a fini selettivi.

La difficoltà di adottare criteri certi in ordine all'attività svolta da un ente non profit, insieme alle considerazioni critiche sulla sua stessa opportunità, sembrano dare ragione a chi sosteneva, prima dell'entrata

⁽¹²⁾ E. Rossi, Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato, in Giur. cost., 1992,

⁽¹³⁾ Per tali società la clausola non lucrativa è stata inserita già dalla legge 22 marzo 1981 n. 91 relativa alle società professionistiche: cfr. Ghia, La proposta di legge sulle società sportive dilentattistiche ad iniziativa del C.O.N.I. nell'ambito della disciplina degli enti « non profit »: alcune riflessioni, in Rivista di diritto sportivo, 1996, 679 ss.

⁽¹⁴⁾ Su tale classificazione v., ad esempio, Rolla, *Manuale di diritto pubblico*, 2ª ed., Torino, 1996, 245. Sulla difficoltà di distinguere tra « diritti di libertà » e « diritti sociali » v., ora, Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 7 ss.

⁽¹⁵⁾ Legge regionale 20 febbraio 1995 n. 12, art. 6.

⁽¹⁶⁾ Legge regionale 13 settembre 1993 n. 39, art. 5.

⁽¹⁷⁾ Legge regionale 24 luglio 1993 n. 22, art. 2.

⁽¹⁸⁾ Legge regionale 27 gennaio 1995 n. 3, art. 1.

⁽¹⁹⁾ Legge regionale 12 agosto 1993 n. 37, art. 3.

⁽²⁰⁾ Legge regionale 7 giugno 1994 n. 22, art. 6.

⁽²¹⁾ Legge regionale 16 marzo 1994 n. 11, art. 1.

in vigore del decreto, che « l'ente non profit può legittimamente svolgere qualsiasi tipo di attività, con l'unico obbligatorio limite della non distribuzione di alcun utile tra i propri soci » (22).

A ciò si aggiunga che alcune leggi già in vigore riconoscono la possibilità ad enti senza scopo di lucro di svolgere attività in ambiti che, ad una lettura restrittiva dell'art. 10, dovrebbero ritenersi esclusi: si pensi, per fare soltanto alcuni esempi, alle attività « turistiche e recettive », espressamente consentite agli enti non profit dall'art. 10 della legge 17 maggio 1983 n. 217 (23), ovvero alle iniziative di cooperazione internazionale, consentite alle organizzazioni non governative (e non solo) dalla legge 26 febbraio 1987 n. 49 (24); ovvero ancora, e sempre ad esempio, alle attività di veterinaria per le quali alcune leggi regionali prevedono la possibilità per le unità sanitarie locali di stipulare convenzioni con le associazioni di volontariato (25).

Ponendosi poi sul piano della costituzionalità della disciplina introdotta, occorre valutarne la ragionevolezza relativamente al collegamento operato tra riconoscimento di determinati benefici di carattere fiscale ed il settore di attività nel quale l'organizzazione opera. Com'è noto, la disposizione costituzionale (art. 18 Cost.) che riconosce il diritto di associazione prevede come unico limite finalistico a tale libertà i « fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale », così che « tutte le finalità non previamente sottratte dalla legge penale rientrano nella piena disponibilità dell'individuo » e « irrilevanti ap-

paiono i fini nella determinazione dell'area dell'associazionismo tutelato dalla Costituzione» (26). Confermando tale lettura, la Corte costituzionale ha, ad esempio, dichiarato incostituzionali le norme che attribuivano al prefetto il potere di sciogliere le associazioni svolgenti « attività contrarie all'ordine nazionale dello Stato » (27).

Tale indifferenza dei fini rispetto al riconoscimento costituzionale non impedisce, naturalmente, che il legislatore possa stabilire misure incentivanti in relazione a finalità ritenute meritevoli di tutela e promozione: per usare ancora le parole di Rigano, « che le motivazioni per le quali si dà vita ad un'associazione di giocatori di scacchi siano diverse da quelle che ispirano la decisione di costituire un'associazione di assistenza a soggetti svantaggiati è di per sé evidente » (28), come evidentemente conseguente può essere la scelta del legislatore di promuovere le seconde e restare indifferente alle prime. Si è anzi recentemente osservato come « la tutela in positivo dell'associazionismo costituzionalmente rilevante risponde ad istanze del costituzionalismo dell'epoca contemporanea, cioè dell'attuale società complessa » (29), individuando soprattutto nei valori di eguaglianza e solidarietà — di cui agli artt. 2 e 3 Cost. — i riferimenti di ordine generale cui orientare la promozione dell'associazionismo, anche per garantire la corretta gestione del denaro pubblico (30). Ciò vale soprattutto per quella categoria di associazioni definite da un giovane studioso « a rilievo pubblicistico » (formula che riprende quella gianniniana di « ente privato di interesse pubblico » (31)), con riguardo alle

⁽²²⁾ PONZANELLI, Quali regole giuridiche per il terzo settore? (per una disciplina giuridica degli enti « non profit »), in Riv. dir. civile, 1996, 318.

⁽²³⁾ Sui profili connessi alla legittimità costituzionale di tale previsione v. Corte cost. 25 novembre 1993, n. 417, in Giur. cost., 1993, 3447 ss.; 28 novembre 1997, n. 365, in Giur. cost., 1997, 3530, con nota di Rigano, Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato. Che le attività turistiche svolte senza finalità di profitto anche da enti associativi non possano essere assoggettate ad autorizzazione è stato recentemente affermato da Corte cost. 12 marzo 1998, n. 50, in Giur. cost., 1998, 577 ss., con nota, adesiva sulla conclusione ma non sulla motivazione, di Pace, Violazione della « libertà sociale » o, piuttosto, restrizione irrazionale della « libertà individuale »?

⁽²⁴⁾ Su un piano diverso, la Corte costituzionale (sentenza 27 maggio 1993, n. 251, in Giur. cost., 1993, 1842 ss.) ha ritenuto rientrante nella competenza regionale il sostegno ad associazioni finalizzate allo svolgimento di attività a favore degli emigrati, dei frontalieri e delle loro famiglie (si trattava nella specie della legge regionale ligure riapprovata il 22 dicembre 1992).

⁽²⁵⁾ V. legge regionale Emilia Romagna 4 maggio 1982 n. 19. La legge della Valle d'Aosta 13 maggio 1993 n. 32 prevede la concessione di contributi a favore di associazioni « allo scopo di sostenere e incrementare la realizzazione di iniziative di carattere socio-sanitario, suscettibili di favorire la promozione (...) dell'igiene e dell'assistenza veterinaria ».

⁽²⁶⁾ RIGANO, La libertà assistita, Padova, 1995, 2.

⁽²⁷⁾ Corte cost. 12 luglio 1967, n. 114, in Giur. cost., 1967, 1249 ss.

⁽²⁸⁾ RIGANO, La libertà assistita, cit., 9.

⁽²⁹⁾ GEMMA, Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione, Milano, 1993, 327.

⁽³⁰⁾ Rigano, La libertà assistita, cit., 108. Cfr., al riguardo, Corte cost. 7 luglio 1995, n. 306, in Giur. cost., 1995, 2396 ss., che ha dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento ad una legge regionale (siciliana) che prevedeva un contributo annuale erogabile da parte dell'Assessorato regionale dei beni culturali a quattro enti specificamente indicati: nella motivazione la Corte valuta la misura in relazione all'« adeguatezza » dell'istruttoria svolta dal legislatore, precisando che nel caso questi aveva tenuto conto « della natura e delle finalità degli enti destinatari, dell'importanza della loro attività, della situazione finanziaria nella quale versavano, della rilevanza degli interessi pubblici coinvolti ». Nella medesima linea, ma con opposte conseguenze in ordine alla costituzionalità della (diversa) legge impugnata, Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, in Giur. cost., 1995, 4213 ss., che sottolinea altresì la necessità di una verifica in merito all'effettiva sussistenza del requisito (nel caso: maggiore rappresentatività sindacale) oggetto del diritto di accesso alla tutela privilegiata.

⁽³¹⁾ Cfr. Giannini, Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, in

ipotesi in cui il fenomeno associativo si configura come sede di partecipazione democratica e come strumento di collaborazione tra privati e pubbliche amministrazioni (32).

Tuttavia una cosa è promuovere, altra è riconoscere: ed in ciò sta l'equivoco di fondo del decreto legislativo in questione. Giacché la soluzione di selezionare il fenomeno associativo (uso questo termine in senso generale, ben sapendo che del *genus* ONLUS non rientra solo la *species* associazione) in funzione delle misure fiscali promozionali può giustificare, in termini di razionalità normativa, l'individuazione di criteri di selezione: ma tali criteri diventano contrari al principio costituzionale nella misura in cui contribuiscono a definire la consistenza della categoria, indipendentemente dalle forme di incentivazione. Detto in altri termini « la finalità dovrebbe essere valutata unicamente per decidere l'eventuale sostegno pubblico a favore dell'ente. Se la meritevolezza del fine è criterio per la destinazione degli incentivi, anche per ossequio ai valori fissati nella nostra Costituzione, dovrà essere la legislazione d'incentivo ad individuare i settori di attività (o le finalità) meritevoli di sostegno » (33).

Tale posizione, che a mio parere rappresenta l'unica costituzionalmente corretta, ha consentito, in passato, di valutare criticamente la posizione che era stata assunta dal Consiglio di Stato in sede di ricorso avverso il diniego di riconoscimento della personalità giuridica, e con cui il giudice amministrativo aveva ritenuto legittimo tale diniego nel caso di enti che si proponessero di soddisfare interessi già sufficientemente perseguiti attraverso l'attività di altro ente riconosciuto (34): come giustamente sostenuto da Galgano, tale impostazione risulta inconciliabile con il principio pluralista (35).

Alla luce di tali rilievi, l'attuale soluzione del legislatore delegato

potrebbe giustificarsi, e non porsi pertanto in contrasto con il quadro costituzionale, qualora l'intervento complessivo in essa si inserisce fosse da valutare nell'ottica della promozione e non del riconoscimento. Così non sembra però essere, come risulta evidente analizzando il parere reso dalla Commissione parlamentare bicamerale consultiva in materia di riforma fiscale, istituita ai sensi della legge 23 dicembre 1996 n. 662, sullo schema del decreto in esame. In esso si legge infatti: « Un sistema di incentivi deve anche contribuire allo sviluppo della vita associata, e al riconoscimento pieno (già insito peraltro nella legislazione vigente) del valore sociale della partecipazione alla vita civile, del mutuo soccorso, del senso di comunità, del senso di appartenenza che l'aggregazione per fini comuni sviluppa ». Da tale passaggio si ricava la convinzione, peraltro confermata dal tono complessivo della normativa, che l'intervento normativo vada nella direzione di un riconoscimento delle organizzazioni sociali in sé considerate, prima — e quasi indipendentemente — dal sostegno fiscale ad alcune fra esse (36).

I motivi di perplessità si trasferiscono poi dal piano costituzionale al piano delle possibili conseguenze concrete, ove si ponga mente al presumibile effetto del riconoscimento « nazionale » delle ONLUS anche in merito alle possibile determinazioni degli enti regionali e di quelli locali, che si troveranno verosimilmente costrette a subire la scelta del legislatore nazionale di privilegiare determinate attività e non altre al fine di riconoscere alle stesse un vantaggio economico (scelta che potrebbe legittimamente rientrare nella discrezionalità riconosciuta a tali enti). In sostanza, se una Regione decidesse di privilegiare, mediante proprie forme di incentivazione, attività diverse da quelle previste dal decreto, dovrebbe o cambiare i criteri di individuazione delle ONLUS — con tutte le conseguenze negative del caso — o rassegnarsi ad uniformarsi alle scelte del legislatore nazionale. In un momento in cui si parla tanto di federalismo e di aumento del ruolo

Foro it., 1979, V, 289 ss. Su tali enti v. anche, tra gli altri, Perez, Gli enti privati di interesse pubblico, Milano, 1984.

⁽³²⁾ G. NAPOLITANO, Le associazioni private « a rilievo pubblicistico », in Riv. crit. dir. priv., 1994, 583 ss. Su tali temi v. ora l'approfondita e completa analisi di Leondini, Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione, I e II, Padova, risp. 1998 e 1999. Sui soggetti rappresentanti di interessi superindividuali v. invece Lariccia, Problemi connessi all'ipotesi di una riforma, in AA.VV., Fondazioni e Associazioni (a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni), Rimini, 1995, 103 ss.

⁽³³⁾ F. RIGANO-E. ROSSI, Profili giuridici delle organizzazioni non lucrative, cit., 235.

⁽³⁴⁾ Cfr. Cons. St. 29 marzo 1960, in *Cons. St.*, 1960, I, 2209; 29 gennaio 1969, n. 1541, ibid., 1971, I, 664, su cui v., da ultimo, Napolitano, *Le associazioni private*, cit., 631.

⁽³⁵⁾ GALGANO, Delle persone giuridiche, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca,

Bologna-Roma, 1969, 133 ss. Analogamente, ora, Tondi della Mura, Vecchie tendenze e nuovo orientamenti legislativi e costituzionali in tema di enti non profit, in Non profit, 1997, 294.

⁽³⁶⁾ Coglie assai bene il significato di tale distinzione Napolitano, Le associazioni private, cit., 625, che individua nell'istituto del riconoscimento la volontà di istituire una nuova « persona » da parte dell'ordinamento, a fronte dell'intervento amministrativo finalizzato ad attribuire ad associazioni specificamente individuate il godimento di benefici e privilegi, facendo notare l'emersione, a fronte del binomio persona giuridica — ente non riconosciuto, del fenomeno « associazioni settorialmente abilitate ». Sul significato complessivo del riconoscimento della personalità giuridica v., da ultimo, il volume Fondazioni e Associazioni, cit., ed in particolare il contributo di S. Cassese, Le persone giuridiche e lo Stato, ivi, 51 ss.

RELAZIONI

delle regioni e degli enti locali non mi pare che questa soluzione sia coerente con gli obiettivi che si intendono perseguire.

Ma i motivi di perplessità aumentano se si pone mente all'ottavo comma dell'art. 10, in cui si stabilisce l'automatico riconoscimento come ONLUS, « nel rispetto della loro struttura e delle loro finalità », delle organizzazioni di volontariato, delle organizzazioni non governative e delle cooperative sociali di cui alle rispettive leggi di settore. Ciò significa, evidentemente, che il riconoscimento come ONLUS di tali organismi prescinde dallo svolgimento di attività in uno dei settori indicati: soluzione che si rende necessaria sia per l'indifferenza normativa rispetto all'ambito di attività in cui operano le organizzazioni di volontariato (37), sia in quanto l'automatico riconoscimento si estende di necessità anche ad organizzazioni che, rientrando in una delle tre categorie indicate, svolgano attività di tipo diverso, sia infine dalla puntualizzazione che detto riconoscimento avviene « nel rispetto delle loro finalità ».

L'applicazione del principio di eguaglianza, connesso all'indifferenza costituzionale per i fini perseguiti, fa sorgere non pochi dubbi sulla ragionevolezza di un tale sistema complessivo, specie tenendo conto, com'è naturale, della possibile ricorrenza per tutti gli enti da equiparare del comune requisito del perseguimento di finalità di solidarietà sociale (requisito richiesto specificamente per l'identificazione delle ONLUS) e implicito nelle organizzazioni di volontariato e nelle cooperative sociali alla luce (anche) della giurisprudenza costituzionale.

3. Le finalità di solidarietà sociale.

L'altro requisito richiesto per definire la categoria ONLUS è rappresentato dall'« esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale ». Si tratta di un concetto non nuovo, ed anzi ricorrente nella legislazione che negli anni Novanta ha disciplinato le diverse forme organizzative del mondo non profit.

Al principio in oggetto fa, come noto, esplicito riferimento — a livello costituzionale — l'art. 2 Cost., collegando la sua realizzazione all'adempimento dei doveri che l'ordinamento impone ai propri appar-

tenenti. Esso funge pertanto da *ratio* giustificatrice dei doveri previsti in Costituzione, e come tale viene recepito dalla costante dottrina (38) e dalla giurisprudenza anche costituzionale (39).

Pur non essendo qui possibile né opportuno ripercorrere il significato e le implicazioni del principio di solidarietà sia sul piano costituzionale che in quello della sua applicazione giurisprudenziale (40), deve tuttavia segnalarsi come — nell'interpretazione che ne ha dato la stessa Corte costituzionale soprattutto con due decisioni del 1992 (41) — la solidarietà sia stata svincolata dalla troppo stretta connessione con la disciplina dei doveri, per aprire ad essa spazi di intervento che investono anche le dimensioni della volontarietà e della libertà. Detto in altri termini: quando un ordinamento riconosce la solidarietà quale « valore costituzionale supremo », questa non può essere intesa esclusivamente (e restrittivamente) come sintesi dei doveri richiesti ai componenti, ma deve comprendere altresì quell'insieme di « attività » che ogni soggetto, singolo od associato, pone in essere per la realizzazione dell'« interesse alieno » (42) e perciò del bene comune, al di fuori di

⁽³⁷⁾ Più coerentemente rispetto alle tendenze « federalistiche » sopra indicate, la legge quadro sul volontariato, infatti, fissa i requisiti strutturali e teleologici tipici dell'ente, affidando allo Stato, alle Regioni ed alle Province autonome, « nel rispetto delle correlative competenze costituzionali », la definizione degli ambiti di attività in cui gli enti potranno svolgere la loro azione: così Rigano, La libertà assistita, cit., 101.

⁽³⁸⁾ V., per tutti, C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, II, Padova, 1975, 1152, nonché, da ultimo, GALEOTTI, Il valore della solidarietà, in Diritto e società, 1996, 5, secondo il quale, a differenza di quanto avviene in altri Paesi, « si deve dire che il principio di solidarietà è previsto espressamente nel nostro sistema, e quindi esiste come valore giuridico, non solo, ma esiste a livello della costituzione ».

⁽³⁹⁾ Con riguardo a quest'ultima, si vedano, con riferimento alle ultime e più rilevanti decisioni, Corte cost. 26 febbraio 1998 n. 27, in *Giur. cost.*, 1998, 148 ss., relativa all'applicazione del principio in oggetto al caso di indennizzabilità del danno conseguente a vaccinazione; 21 novembre 1997, n. 353, ibid., 1997, 3457 ss., che ha affermato, in relazione all'ingresso di stranieri nel territorio italiano, che « le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco »; 20 febbraio 1997, n. 43, ibid., 383, relativa all'obiezione di coscienza al servizio militare: diritto che, secondo la Corte, deve essere bilanciato con il dovere di solidarietà « affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti fra tutti, senza privilegi ». Per una panoramica delle ipotesi di utilizzazione della solidarietà nella giurisprudenza di merito e di legittimità v. Angeloni, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Padova, 1994, 260 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sul principio di solidarietà v., da ultimo, LIPARI, « Spirito di liberalità » e « spirito di solidarietà », in Riv. trim. dir. e proc., 1997, 1 ss.; BALBONI, Diritti sociali e doveri di solidarietà, in Mulino, 1997, 710 ss.; GALEOTII, Il valore della solidarietà, cit.; ALPA, Solidarietà, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1994, II, 365 ss.; FERRERA, Modelli di solidarietà, Bologna, 1993.

⁽⁴¹⁾ Corte cost. 28 febbraio 1992, n. 75, in Giur. cost., 1992, 404; 28 aprile 1992, n. 202, ibid., 1483.

⁽⁴²⁾ Secondo la definizione di G.B. Verbari, Volontariato sanitario, cit., 1172. Sulla distinzione tra liberalità e solidarietà si possono ora leggere le illuminanti pagine di Lipari, « Spirito di liberalità » e « spirito di solidarietà », cit., secondo il quale « mentre la liberalità suppone la

obblighi posti dall'ordinamento normativo e perciò in forza del vincolo di doverosità (43). In tale contesto, con l'art. 2 Cost. « acquista rilevanza giuridica l'attività collettiva altruistica e disinteressata, con scopi di pura solidarietà, nozione radicalmente estranea alle categorie codicistiche tradizionali » (44).

La realizzazione del principio in questione è pertanto considerato dalla riflessione giuridica strettamente connesso alla realizzazione dello Stato sociale, in quanto l'assenza di solidarietà « provoca lo smantellamento dello stato sociale e la ricerca non di modelli generali di giustizia ma di sfere separate e graduate di giustizia » (45). Come ha notato un'attenta dottrina, « la nozione di solidarietà sembra implicare un qualcosa di più dell'intento non egoistico »: essa trova specificazione nell'art. 3, 2° comma, Cost. che è finalizzato all'integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale (46).

In questo senso si è mossa la legislazione ordinaria degli anni Novanta che, con riguardo sia al settore delle organizzazioni di volontariato che di quello delle cooperative sociali, ha posto il requisito della solidarietà come elemento identificativo di tali organizzazioni (47).

specificità di una individuata direzione soggettiva, la solidarietà tendenzialmente si stempera in una serie indefinita di rapporti, considera indifferente il destinatario del beneficio, assumendolo quasi ad esempio di un'intera collettività » (pag. 19).

Il decreto n. 460/97 non si è limitato, come invece la normativa statale precedente, ad indicare il requisito delle finalità di solidarietà sociale, ma ha cercato di definirne ed in certa misura di circoscriverne il contenuto, mediante il riferimento ai destinatari delle attività svolte dall'organizzazione. « Si intendono che vengono perseguite finalità di solidarietà sociale » — recita il comma 2 dell'art. 10 — « quando le cessioni di beni e le prestazioni di servizi relative all'attività statutaria dell'organizzazione (...) non sono rese nei confronti di soci, associati o partecipanti, nonché degli altri soggetti indicati » (fondatori, finanziatori, parenti, ecc.), bensì « dirette ad arrecare benefici a persone svantaggiate in ragione di condizioni fisiche, psichiche, economiche, sociali o familiari, o a componenti collettività estere, limitatamente agli aiuti umanitari ».

Se la previsione normativa si fermasse a questo punto, si potrebbe criticare sotto numerosi aspetti, ma sarebbe comunque conseguente ad una scelta precisa e sufficientemente chiara.

Tuttavia così non è, in quanto il decreto, subito dopo l'affermazione di carattere generale, prevede due livelli di deroghe: il comma 3 stabilisce che le finalità in questione si intendono realizzate anche se rivolte ai (soli) soci, qualora questi si trovino nelle condizioni di svantaggio indicate dallo stesso decreto; mentre il comma 4 stabilisce che, a prescindere dalle condizioni sin qui indicate, si debbono considerare « comunque inerenti a finalità di solidarietà sociale le attività svolte nei settori di assistenza sociale e socio-sanitaria, della beneficenza, della tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico (comprese le biblioteche e i beni previsti dal D.P.R n. 1409/1963), della tutela e valorizzazione dell'ambiente e della natura (con alcune eccezioni), della ricerca scientifica di particolare interesse sociale svolta direttamente dalle fondazioni, nonché le attività di promozione della cultura e dell'arte, per le quali sono riconosciuti apporti economici da parte dell'amministrazione centrale dello Stato ».

Come può immediatamente cogliersi, il valore limitativo della formula iniziale svapora e quasi si estingue: non solo siamo infatti di fronte ad un passo indietro rispetto a quella che veniva ritenuta la naturale evoluzione di tali enti (48), ma oltretutto si crea — volendo

⁽⁴³⁾ Sulla sentenza n. 75/1992 v. Palici di Suni, Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale, in Giur. it., 1992, I, 1, 1205 ss.; Parodi, La l. n. 266 del 1991 sul volontariato come legge di principio (alla luce di una sentenza della Corte), in Regioni, 1993, 102 ss.; Rigano, L'attuazione dei principi della legge sul volontariato: l'istituzione dei registri regionali, in Regioni, 1992, 103 ss.; Rossi, Principio di solidarietà, cit.

⁽⁴⁴⁾ Così Piepoli, Gli enti « non profit », in Lipari (a cura di), Il diritto privato europeo, Padova, 1997, 350. Concepisce la solidarietà quale equivalente o sinonimo di giuridicità, intesa quale relazione tra i soggetti dell'ordinamento Lipari, Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà, in Rass. dir. civ., 1995, 24 ss.

⁽⁴⁵⁾ Alpa, Solidarietà, cit., 372; Analogamente, da ultimo, Galeotti, Il valore della solidarietà, cit.; Maschio, Solidarietà e gruppi nella normativa civilistica: necessità di nuovi interventi legislativi, in Non profit, 1997, n. 2.

⁽⁴⁶⁾ RIGANO, La libertà assistita, cit., 53 ss. Colloca esplicitamente la solidarietà nell'ottica dell'art. 3 Cost. Corte cost. 31 dicembre 1993, n. 500, in Giur. cost., 1993, 4012, commentata da PIETROLATA, Strumenti di attuazione del principio di solidarietà sociale: una conferma da parte della Corte a proposito del volontariato, in Giur. it., 1994, I, 322 ss., e da Roselli, Mercato e solidarietà sociale, in Regioni, 1994, 1836 ss. Per un accenno, breve ma significativo, al rapporto tra solidarietà e mondo delle associazioni, e alla distinzione — in tale contesto — tra associazioni che creano diseconomie e quelle che contrastano le diseconomie, v. Predieri, Le lezioni dell'esperienza, in AA.VV., Fondazioni e Associazioni, cit., 157.

⁽⁴⁷⁾ Ai «fini di solidarietà» fa espresso riferimento l'art. 2 della legge quadro sul

volontariato n. 266/1991, mentre, per le cooperative sociali, la connessione tra le stesse ed il principio in esame è ravvisata dalla Corte costituzionale nel fatto di muoversi queste ultime nell'ambito di « attività di promozione umana e di integrazione dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati » (sentenza n. 202/1992, cit.).

⁽⁴⁸⁾ Borzaga, Verso il riconoscimento, loc. cit.

ricercare una razionalità nella normativa — una distinzione tra le attività svolte: per alcune il fine di solidarietà deve ritenersi presunto in ragione della stessa attività svolta, mentre per altre la presunzione gioca al contrario, dovendosi dimostrare la destinazione dell'attività a soggetti determinati. Si creano così, come è stato giustamente sottolineato, attività « di serie A » e attività « di serie B » (49), con evidente violazione — tra l'altro — della legge di delega, che non consentiva al Governo di differenziare tra attività ed attività, ed anzi indicava come requisito indefettibile « il perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale » (50).

La scelta del legislatore delegato, sebbene formalmente contrastante con quella della delega, potrebbe tuttavia rispondere a criteri di razionalità qualora per determinate attività il fine di solidarietà fosse effettivamente connaturato all'essenza stessa dell'attività istituzionale, sì da rendere superflua una verifica caso per caso: ma sinceramente riesce difficile pensare che la tutela dei beni di interesse artistico — per fare un esempio — esprima un livello di solidarietà maggiore rispetto alla tutela dei diritti dei cittadini o degli immigrati!

Non è qui il caso di approfondire altri aspetti della disciplina: sia consentito soltanto un cenno alla « definizione » di solidarietà che si ricava dall'affermazione generale (poi ampiamente derogata, come si è detto). Il ritenere che solidarietà si identifichi con l'esteriorità della destinazione dell'attività posta in essere dall'ente attribuisce a tale principio un contenuto assai ridotto e, a parere di chi scrive, senz'altro deludente.

Essa non è nuova, in verità, ma già era stata avanzata in sede di applicazione delle legge quadro sul volontariato e nella normativa regionale di integrazione della disciplina nazionale. In un Documento dell'Osservatorio nazionale del volontariato, poi recepito in una circolare governativa, si sottolineava come « la distinzione fra volontariato e

associazionismo è segnata in modo discriminante dall'esistenza o meno di servizi e attività gratuite, senza fini di lucro e promossi per scopi esclusivi di solidarietà, aperti verso terzi e non soltanto per i propri soci o iscritti » (51).

Sebbene sia evidente l'assonanza tra questa affermazione e quella indicata nel decreto n. 460/1997, non può sfuggire la sottile differenza tra le due ipotesi: in quella del decreto legislativo le prestazioni erogate dall'organizzazione sono espressione di solidarietà quando dirette esclusivamente a soggetti esterni all'ente o a collettività estere; secondo la circolare ministeriale, invece, l'organizzazione di volontariato deve rivolgere la propria azione anche nei confronti di terzi. In questa seconda direzione, qualcuno ha ritenuto che il rispetto dello scopo di solidarietà impone « che non siano istituzionalmente esclusi dall'area dei benificiari dei risultati dell'attività associativa soggetti estranei al gruppo » (52): che è previsione assai diversa, e ben più limitata, di quella contenuta nel decreto legislativo in questione.

A guardare poi all'attuazione che di questo specifico profilo della legge quadro sul volontariato (come interpretato dall'Osservatorio prima e dal Ministero poi) hanno dato le regioni in sede di legislazione ordinaria, se ne trae una valutazione di scarso seguito.

Soltanto la regione Emilia Romagna sembra farvi riferimento, sebbene in via indiretta, là dove (all'art. 3 della legge 31 maggio 1993 n. 26) stabilisce che possono chiedere l'iscrizione nel Registro regionale le organizzazioni « con fini di solidarietà », e « possono altresì richiedere l'iscrizione (...) le organizzazioni che prestino servizi nell'interesse dei propri aderenti sempreché dagli statuti o atti costitutivi o accordi e dalle attività svolte si evidenzi l'apertura dei servizi prestati all'esterno del gruppo e al territorio » (corsivo mio): dove evidente è la funzione separativa e quindi aggiuntiva dell'espressione « anziché », ad intendere che gli enti « con fini di solidarietà » sono quelli che svolgono i propri servizi all'esterno.

Non prendono invece posizione su cosa debba intendersi per solidarietà tutte le altre leggi regionali: ed anche quelle tra esse che stabiliscono il requisito dell'esternalità della prestazione, evitano di riferirlo al fine di solidarietà. Così la legge regionale pugliese n. 11/1994 esclude dall'Albo regionale « le organizzazioni che svolgono le loro

⁽⁴⁹⁾ G. BIANCHI, Commento all'art. 10, in Gli enti non commerciali e le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, allegato a Il fisco n. 10 del 9 marzo 1998, 73 ss. A ciò si aggiunga che l'attribuzione automatica della qualifica ONLUS a organizzazioni di volontariato, cooperative sociali e organizzazioni non governative fa rientrare anche queste ultime tra quelle per le quali il perseguimento di finalità solidaristiche costituisce un a priori: ciò può risultare corretto per il volontariato, in forza della previsione legislativa specifica, ma può destare alcuni problemi per gli altri due enti.

⁽⁵⁰⁾ L'art. 3, comma 190 lett. a) della legge delega (n. 662/1996) impegnava infatti il Governo ad emanare una disciplina che individuasse « le attività di interesse collettivo il cui svolgimento per il perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale, anche nei confronti dei propri soci, giustifica un regime fiscale agevolato ».

⁽⁵¹⁾ Tale Documento è stato inviato tramite circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento Affari regionali, in data 1º luglio 1992 n. 200/2638/110237 Reg.

⁽⁵²⁾ RIGANO, La libertà assistita, cit., 55.

attività prevalentemente a favore dei propri aderenti »; quella toscana n. 28/1993 più volte modificata, richiede che le prestazioni erogate dall'organizzazione siano rivolte alla generalità della popolazione e non esclusivamente agli aderenti.

La legge regionale del Veneto n. 40/1993 sembra infine smentire apertamente il criterio, in quanto considera attività di volontariato « quella svolta per soli fini di solidarietà e versi terzi » (53), dove la locuzione « e » vale a significare evidentemente che la destinazione a terzi dei servizi si aggiunge e non identifica il contenuto della solidarietà.

Tornando al criterio indicato dal decreto legislativo, chi scrive ha in altra sede sostenuto come tale orientamento sia criticabile non solo perché tende ad escludere le organizzazioni c.d. di mutuo soccorso — che, come noto — operano esclusivamente a favore degli appartenenti alla stessa organizzazione (54), ma anche perché, e soprattutto, si basa sull'implicito presupposto secondo il quale la solidarietà non possa essere realizzata all'interno delle formazioni sociali: conclusione che la stessa Corte costituzionale ha chiaramente respinto (55).

Malgrado questo, non sfugge il timore di fondo che sembra aver animato il legislatore, come esplicitato dalla Commissione istituita appositamente dal Governo: evitare di favorire le organizzazioni « in cui vige un'autodestinazione dei vantaggi economici realizzati », privilegiando invece « la creazione di esternalità positive nei confronti dei soggetti completamente terzi rispetto a quelli coinvolti direttamente nell'organizzazione » (56).

Ma se apprezzabile è l'intento, non altrettanto la soluzione individuata, che se da un lato sembra inidonea a garantire il perseguimento dell'obiettivo (non è difficile immaginare il modo per aggirare l'ostacolo), dall'altro svilisce il contenuto del principio di solidarietà.

4. I requisiti tipici del « non distribution constraint ».

Il terzo complessivo criterio di identificazione delle ONLUS è quello che più direttamente si collega all'esperienza normativa di altri Paesi, ed in particolare al modello degli Stati uniti d'America, dove il non distribution constraint, ovvero il divieto assoluto di distribuzione di utili tra i soci, è da tempo individuato come elemento caratterizzante la categoria delle organizzazioni non profit (57), sebbene recentemente tale valutazione sia stata sottoposta a considerazioni critiche (58).

Tale criterio è ora recepito dalla normativa italiana mediante una serie di riferimenti: la non distribuzione, diretta o indiretta, degli utili e avanzi di gestione (lett. d); il connesso obbligo di impiegare gli stessi per la realizzazione di attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse (lett. e); la necessaria devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento dell'organizzazione ad altre ONLUS o a fini di pubblica utilità (lett. f). Si tratta, com'è evidente, di criteri che rappresentano la specificazione del generale principio di non distribution constraint (59).

Non è possibile, in questa sede, analizzare in modo approfondito tale requisito, che potrà essere più utilmente analizzato da altri nel corso del presente Convegno, investendo esso profili di diritto societario e di gestione economica degli enti collettivi. Vorrei soltanto limitarmi ad alcuni aspetti di carattere generale.

⁽⁵³⁾ Di tale legge merita sottolineare altresì la previsione secondo la quale « restano escluse le attività che, pur avendo fini di solidarietà, non consistono nell'erogazione di servizi né nello svolgimento di prestazioni materiali o morali ».

⁽⁵⁴⁾ Si ricorda, al riguardo, come l'esperienza statunitense abbia previsto, all'interno delle quattro distinte classificazioni degli enti non profit introdotte con la disciplina legislativa del 1969, la categoria delle Mutual benefit non profit organizations, relative alle organizzazioni senza scopo di lucro volte al perseguimento di un interesse o vantaggio proprio dei membri o associati: v. Santuari, Uno sguardo di insieme sulle esperienze straniere, in Vittadini (a cura di), Il non profit dimezzato, Milano, 1997, 75. Alla luce di tale distinzione DE Carli, L'identificazione giuridica del settore non profit in Italia e la possibilità di definire la categoria delle public benefit non profit, in Non profit, 1997, 76, critica la normativa italiana per il fatto di confondere scopi mutualistici e scopi di utilità sociale.

⁽⁵⁵⁾ Sia consentito rinviare su questi profili a Rossi, Principio di solidarietà cit., 2348 ss.

⁽⁵⁶⁾ G. FIORENTINI e S. ZAMAGNI, Non profit, non tasse, in Il Sole 24 Ore, 14 dicembre 1995. Sottolinea la necessità, con riferimento alla legge quadro sul volontariato, di attribuire al concetto di solidarietà una « precisa funzione definitoria » anche MARIANI, Commento all'art. 2,

in Commento alla legge quadro sul volontariato (a cura di Bruscuglia), in Nuove leggi civ. comm. 1993, 792.

⁽⁵⁷⁾ Così, tra gli altri, Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., 103; Id., Le « non profit organizations », cit., 15 ss.; Id., Enti senza scopo di lucro, in Dig. civ., VII, Torino, 1991, 468; Marasa, Società ed enti economici senza scopo di lucro, in Ponzanelli (a cura di), Gli enti « non profit » in Italia, cit., 185 ss.; Cavanna, Enti « non profit » e neutralità delle forme associative, in Notariato, 1997, 71. V. in tal senso anche il Documento predisposto dal Gruppo di lavoro presieduto da P. Rescigno pubblicato con titolo Quasi un decalogo: i principi della riforma del primo libro del codice civile, riprodotto in AA.VV.; Fondazioni e Associazioni, cit., 243 ss.

⁽⁵⁸⁾ P. Barbetta, La definizione statunitense di non profit sector: qualche suggerimento per l'Italia, in Non profit, 1997, 27 ss.

⁽⁵⁹⁾ G. Ponzanelli, Quali regole giuridiche, cit., 321.

Sebbene, come detto, la non distribuzione degli utili sia il principale elemento che caratterizza il settore non profit (come si evince tra l'altro dalla stessa denominazione), va tuttavia segnalato come a livello comunitario sia possibile notare una tendenza contraria, tale da relegare « en dernier le trait distinctif qu'on a coutume del placer en tête » (60), cioè l'assenza dello scopo di lucro. Una decisione della Corte di giustizia del 1995 (61), infatti, ha affermato che la natura non profit di un ente va valutata in riferimento al contenuto dell'attività svolta, che deve rivestire qualità « d'interesse pubblico » e di rilevanza sociale, e perciò finalità altruistiche, pur in assenza della «ricerca sistematica del profitto ». In realtà non sembra possibile trarre da tale decisione un orientamento così diverso da quello del legislatore italiano, quanto piuttosto notare come l'elemento della non distribuzione degli utili sia strettamente e necessariamente connesso alle finalità (sociali, solidaristiche o come si voglia chiamarle) complessivamente perseguite: una volta riconosciuto che entrambi gli elementi ci devono essere, stabilire quale viene prima e quale viene dopo mi pare di scarsa se non nulla utilità.

In ogni caso, consistente risulta il pericolo di abusi, tanto è vero che, secondo la Relazione governativa, il primo obiettivo che si è voluto perseguire con la puntuale indicazione di detti requisiti consiste nella repressione di un uso strumentale dell'organizzazione (62). Merita al riguardo segnalare come questo non costituisca un pericolo soltanto nella situazione italiana: Barbetta, riprendendo Hopkins, cita il caso di una fondazione americana che perse il suo status di organizzazione esente dalle imposte poiché spese una parte considerevole dei suoi fondi per concedere borse di studio al figlio di un trustee della fondazione (63). Ad evitare questo, il comma 6 lett. a) elenca una lunga serie di soggetti per i quali è posto il divieto di essere destinatari della cessione di beni o della prestazione di servizi da parte di ONLUS (soci, associati, partecipanti, fondatori, componenti gli organi amministrativi e di controllo, ecc.).

Ancora l'esperienza americana insegna come consistente sia il

pericolo di un'invasione di campo del settore non profit: esemplare è il caso della donazione di una grossa impresa di produzione di pasta (la Mueller Macaroni Company) ad un ente non profit (la New York University) il quale, approfittando delle agevolazioni fiscali, stravolse il mercato della pasta, potendo vendere i propri prodotti a prezzi decisamente inferiori (64). Ad evitare tale rischio dovrebbe valere sia il divieto di svolgere attività diverse da quelle indicate (ma con l'eccezione di quelle « ad esse direttamente connesse »), sia l'obbligo di impiegare gli utili ed avanzi di gestione per la realizzazione di attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse (lett. e). Ciò rende particolarmente rilevante il problema della individuazione e definizione delle « attività direttamente connesse » che possono essere svolte dalle ONLUS, operazione per la quale non può adottarsi un criterio meramente quantitativo (65).

La previsione della necessaria devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento dell'organizzazione ad altre ONLUS o a fini di pubblica utilità (lett. f) riprende analoga previsione contenuta nella legge quadro sul volontariato (art. 5, 4° comma, legge n. 266/1991) ed è, come quella (66), indizio della natura non speculativa dell'ente, valendo a dimostrare che l'associato persegue scopi, di regola, non egoistici e sempre non patrimoniali, ossia di natura extraeconomica (67).

È anche prevista una forma di responsabilità specifica per i rappresentanti legali e gli amministratori: l'art. 28 limita tuttavia tale responsabilità alla violazione della disposizione di cui alla lettera d) del primo comma dell'art. 10, e non invece per le violazioni di cui alle lett. e) ed f) (per le quali non è prevista alcuna sanzione specifica).

Nell'evidente debolezza degli altri criteri di identificazione delle ONLUS, quello del non distribution constraint è di fatto quello di maggior efficacia selettiva, sul quale è facile prevedere si concentreranno le tensioni relative a possibili distorsioni del mercato: non per nulla, come si ricordava all'inizio, l'unico intervento del Garante della concorrenza che sin qui si è avuto in relazione agli enti non profit ha

⁽⁶⁰⁾ L'espressione, di Bloch-Laine, *Ce que je crois*, Paris, 1995, 209, è ripresa da Piepoli, *Gli enti « non profit »*, cit., 348.

⁽⁶¹⁾ Corte giust. CE 11 agosto 1995, C-453/93, Balthius, in Racc., I-2341.

⁽⁶²⁾ Così la Relazione illustrativa al decreto legislativo, pubblicata in $Il\ Fisco\ n.\ 10/1998,$ 3487 ss.

⁽⁶³⁾ P. BARBETTA, La definizione statunitense, cit., 33.

⁽⁶⁴⁾ L'episodio è ricordato, tra gli altri, da Melandri, Il controllo interno nelle organizzazioni non profit USA: confronto con la realtà italiana, in Iter legis, 1997, 17 ss.

⁽⁶⁵⁾ A. Fedele, Il regime fiscale delle associazioni, in Riv. dir. trib., 1995, I, 342. Su tali problemi v., in generale, Cacelli, Le attività direttamente connesse: spunti problematici, infra.

⁽⁶⁶⁾ Per tale valutazione relativamente alla disposizione della legge quadro sul volontariato v. RIGANO, La libertà assistita, cit., 36.

⁽⁶⁷⁾ Galgano, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, in Commentario del codice civile (a cura di Scialoja e Branca), Bologna-Roma, 1967, 210.

avuto ad oggetto proprio l'esigenza di una puntuale definizione della categoria ad evitare effetti distorsivi sulle regole della concorrenza. Proprio per questo viene ad assumere particolare importanza la previsione di un sistema adeguato di controlli sia in sede di registrazione che di verifica dell'attività dell'ente, sistema che al momento non è stato ancora definito, sebbene la legge di delega avesse fissato al 31 dicembre 1997 il termine per la costituzione, mediante l'emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di un organismo di controllo del settore (68).

Da segnalare infine, sempre in termini assolutamente generali, come il decreto in questione riconosca in modo netto e definitivo quanto da tempo già affermato da dottrina e giurisprudenza, e cioè la possibilità per le ONLUS di svolgere attività di tipo economico (69). Peraltro, che « il fenomeno di un'attività economica concretamente esercitata da parte di organizzazioni collettive del libro primo del codice civile (...) non presenti alcun aspetto di conflitto con i principi generali del nostro ordinamento » è da tempo affermato sia in dottrina che in giurisprudenza (70), così come la perfetta compatibilità tra metodo economico e scopo ideale (71): ma ciò fa toccare con mano l'avvenuto superamento della disciplina civilistica del codice civile e pone evidentemente, ed ancora una volta, l'esigenza di una sua riforma per renderlo adeguato alle trasformazioni avvenute.

5. Le regole di organizzazione dell'ente.

Il quarto requisito attiene alla configurazione delle modalità organizzative dell'ente.

La legge delega, al riguardo, invitava il Governo ad introdurre misure richiedenti « espresse disposizioni statutarie dirette a garantire l'osservanza di principi di trasparenza e democraticità con possibili deroghe, giustificate dall'ordinamento vigente, in relazione alla particolare natura di taluni enti ».

In ottemperanza a tale mandato, il decreto legislativo ha stabilito che gli statuti o gli atti costitutivi delle ONLUS debbano prevedere espressamente « la disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l'effettività del rapporto medesimo », individuando tali modalità nell'esclusione della temporaneità della partecipazione alla vita associativa e nel diritto di voto, in capo agli associati o partecipanti maggiori d'età, per l'approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti e per la nomina degli organi direttivi.

Dette condizioni devono ritenersi quelle necessarie (e sufficienti) a garantire la sussistenza del principio di democraticità richiesto dalla legge delega, mentre all'esigenza di garantire l'osservanza dei principi di trasparenza dovrebbero ricollegarsi le norme che richiedono l'obbligo di redazione del bilancio o rendiconto annuale (lett. g) e « l'uso, nella denominazione ed in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico, della locuzione ONLUS » (lett. i).

Quanto infine alle possibilità di disciplina derogatoria di cui alla legge delega, il decreto legislativo esclude dalla cogenza delle condizioni di democraticità le fondazioni e « gli enti riconosciuti dalle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese » (72).

Proviamo in questa sede a ragionare distintamente sui due principi (democraticità e trasparenza), pur avendo presente la stretta connessione tra essi.

⁽⁶⁸⁾ L'art. 11, 3° comma, demanda infatti ad uno o più decreti del Ministro delle finanze la disciplina delle modalità di esercizio del controllo. Peraltro, secondo la giurisprudenza di legittimità l'accertamento che l'attività concretamente svolta dagli enti di assistenza e beneficienza non abbia carattere commerciale esclusivo o principale, ovvero che sia in rapporto di strumentalità diretta ed immediata con i fini istituzionali nell'ipotesi di attività commerciale non prevalente, è rimesso al giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità (cfr. Cass., sez. I, 8 marzo 1995, n. 2705).

⁽⁶⁹⁾ Parallelamente a quanto affermato dalla giurisprudenza (costituzionale ed amministrativa) francese: cfr. Santuari, *Uno sguardo di insieme*, cit., 90 ss.

⁽⁷⁰⁾ La citazione testuale è di Ponzanelli, in Foro it., 1994, I, 3547; ma v. già P. Rescigno, Fondazione e impresa, in Riv. delle società, 1967, 812 ss. e R. Costi, Fondazione e impresa, in Riv. dir. civ., 1968, I, 1 ss. In giurisprudenza cfr. da ultimo, Trib. Milano 17 giugno 1994, Foro it., 1994, 3544 ss.; Trib. Napoli 1º febbraio 1994. Secondo Marasà, Attività imprenditoriali e scopi mutualistici nelle associazioni del primo libro del codice civile, in AA.VV., Fondazioni e Associazioni, cit., 190, tale indirizzo giurisprudenziale ha tuttavia creato zone « di privilegio » per le associazioni attraverso interpretazioni artificiose delle norme codicistiche. Da ultimo Ponzanelli, Fondazioni, non profit e attività d'impresa, in Riv. dir. priv., 1999, 185 ss.

⁽⁷¹⁾ RIGANO, La libertà assistita, cit., 39.

⁽⁷²⁾ Per questi ultimi, e soltanto per essi, è prevista la deroga anche all'obbligo dell'uso della denominazione ONLUS. Su tali profili v. la comunicazione di Consorti, Le ONLUS e la disciplina degli enti ecclesiastici, infra; nonché Feliciani, Organizzazioni non profit ed enti confessionali, in Vita e pensiero, 1996, 779 ss.; Ferrante, Enti ecclesiastici e organizzazioni non lucrative d'utilità sociale (ONLUS), in Il diritto ecclesiastico, 1996, n. 2, 573 ss.; Tondi della Mura, Profili costituzionali e sociali degli enti non profit, in Non profit, 1995, 167 ss.

L'imposizione di un'organizzazione di tipo democratico agli enti associativi è anch'essa, al pari di altri aspetti del decreto in esame, l'ulteriore tappa di un processo legislativo che da tempo si è avviato nel nostro Paese, e che rappresenta ormai una costante nella legislazione degli ultimi anni (73).

I CRITERI DI IDENTIFICAZIONE DELLE ONLUS

Già la legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente demandava a tale Ministero l'individuazione delle associazioni di protezione ambientale tra quelle il cui statuto prevedesse un « ordinamento interno democratico » (art. 13, 1º comma, legge 8 luglio 1986 n. 349); così la legge 19 novembre 1987 n. 476, contenente la disciplina di sostegno alle attività di promozione sociale, richiedeva che gli enti svolgenti tali attività operassero « con la più ampia partecipazione degli associati » (agendo) secondo criteri democratici per quanto riguarda l'ordinamento interno e (garantendo) la presenza delle minoranze » (art. 2, 1º comma lett. b)). Ancora la legge quadro sul volontariato (ed in particolare l'art. 3, 3° comma, legge n. 266/1991) ha stabilito l'obbligo, per le organizzazioni richiedenti l'iscrizione nei registri regionali, di prevede nei loro statuti, oltre al requisito della democraticità, l'elettività e la gratuità delle cariche associative, i criteri di ammissione e di esclusione dei soci, i loro obblighi e diritti: dovendosi quindi dedurre che l'insieme di tali elementi non sia ritenuto dal legislatore sufficiente a soddisfare il requisito di democraticità della struttura (74).

La di poco successiva legge sulla caccia (legge 11 febbraio 1992 n. 157) ha previsto che le associazioni venatorie possono essere riconosciute dal Ministero dell'agricoltura e foreste (ora Ministero delle politiche agricole) in presenza di un ordinamento democratico e di un'organizzazione stabile. Non basta: che « l'organizzazione e la struttura degli organi associativi » siano improntate allo spirito democratico

è richiesto anche per le associazioni e federazioni dei donatori di sangue (D.M. Sanità 7 giugno 1991), nonché per gli organismi di gestione dei servizi sociali ricreativi, culturali e di ristoro, di mensa, di approvvigionamento, di asilo nido e per il tempo libero nelle amministrazioni comprese nel comparto del personale dei Ministeri (D.P.C.M. 20 febbraio 1992).

La recente legge 30 luglio 1998 n. 281, contenente la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, ha anch'essa stabilito che l'iscrizione nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale è subordinata al possesso di uno statuto « che sancisca un ordinamento a base democratica ».

Non stupisce pertanto che la richiesta del requisito della democraticità compaia anche nelle varie proposte di legge quadro che sono state presentate in questi anni per la disciplina dell'associazionismo sociale, fino ad essere prevista anche nel testo unificato approvato dalla Prima Commissione della Camera dei deputati del 19 febbraio scorso (75).

Al contrario, il disegno di legge sulla disciplina internazionale del volontariato, nel fissare i requisiti necessari delle Organizzazioni non governative di cooperazione e di solidarietà internazionale (ONG) presso cui il cittadino dell'Unione europea può prestare la propria attività nel rispetto di un previo contratto di volontariato internazionale, non contiene alcun riferimento esplicito alle garanzie di democraticità, « quasi a sottolineare come l'insistenza sul requisito in questione denoti una sorta di preoccupazione tutta italiana » (76).

Questo trend normativo si scontra, in verità, con la generale ed accettata lettura che del dato costituzionale viene offerta dalla dottrina costituzionalistica, tendente a sottolineare come il requisito della democraticità interna non sia obbligatorio per le associazioni, sul presupposto della libertà organizzativa connessa alla libertà dei fini riconosciuta dal primo comma dell'art. 18 (77), precisandosi ad esempio, con

⁽⁷³⁾ Riprendendo la definizione di PALANZA-POSTERARO, Tendenze recenti nella formazione delle leggi: nota introduttiva (1992-1995), in Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, 1995, 35 ss. si può parlare di un vero e proprio « flusso normativo » in materia, stante la ricorrenza della previsione e la sua sostanziale identità.

⁽⁷⁴⁾ Più opportunamente, il decreto legislativo in esame precisa che le condizioni richieste sono sufficienti ad affermare il principio di democraticità, così contribuendo alla sua definizione. Anche la legislazione regionale di attuazione della legge quadro ha ripreso senza sostanziale variazioni tale requisito, o mediante un mero rinvio all'art. 3 della legge quadro nazionale, o ripetendolo espressamente. Da sottolineare la legge regionale della Puglia (16 marzo 1994 n. 11) la quale, pur prevedendo la democraticità della struttura, stabilisce che « in relazione alla peculiarità dell'organizzazione è consentita l'integrazione dell'organo esecutivo con un solo componente di nomina esterna all'assemblea » (art. 2, 8° comma).

⁽⁷⁵⁾ L'art. 3, 1° comma lett. f) richiede che nello statuto siano previste « le norme sull'ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con al previsione dell'elettività delle cariche associative ». Tuttavia, anche in questo caso, si prevede che « in relazione alla particolare natura di talune associazioni il Ministro per la solidarietà sociale, sentito l'Osservatorio nazionale, può consentire deroghe ».

⁽⁷⁶⁾ V. TONDI DELLA MURA, Vecchie tendenze, cit., 286.

⁽⁷⁷⁾ V., per tutti, P. Barile, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna, 1984, 198; A. Pace, Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale, Padova, 1992, 357 ss., che ricollega la libertà delle associazioni di liberamente auto-organizzarsi anche alla necessità per queste di concretizzare i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.; M. Eroli, Le associazioni non

riferimento a realtà organizzative particolarmente attive nel campo dell'azione volontaria, come in associazioni fondate per la lotta ad alcune gravi malattie gli associati non partecipino affatto alla vita dell'associazione (se non mediante la corresponsione di contributi), mentre l'attribuzione delle cariche direttive è regolata attraverso meccanismi non di elezione bensì di cooptazione (78). A conferma di tale impostazione, si è ad esempio affermata la legittimità della clausola che riconosce il diritto di voto o la possibilità di ricoprire cariche sociali solo in dipendenza di una data anzianità di iscrizione, e si è ammessa addirittura la possibilità di attribuire alle associazioni una struttura oligarchica (79). Recentemente, la Corte costituzionale ha individuato il favor costituzionale per le associazioni proprio con riferimento « sia alla libertà di costituzione, sia alla libertà di organizzazione interna», ritenendo compatibile la previsione di una determinata anzianità di iscrizione dei soci ai fini della fruizione dei servizi resi dalla stessa associazione (80).

A fronte di tale lettura del dato costituzionale - che, è bene rimarcare, incontra anche voci dissenzienti all'interno del dibattito giuridico (81) — e che trova poi, come ulteriore esplicazione l'individuazione del « carattere comune » delle associazioni, in particolare quelle non riconosciute, nella loro origine consensuale, e quindi il loro radicarsi sul terreno del diritto privato (82), una contraria disposizione, come quella in esame, che invece «impone» in via legislativa una

struttura democratica, può giustificarsi soltanto in presenza di una ratio che ne giustifichi la deroga al principio generale.

Tale ratio, secondo la Relazione governativa, deve rinvenirsi nel « fine di consentire il controllo più ampio possibile da parte dei soggetti interessati all'attività dell'organizzazione sul suo effettivo svolgimento e sul rispetto degli obblighi di legge ». In termini ancora più espliciti, si è sostenuto che i principi di democraticità sono finalizzati a tutelare l'utenza oltre che la collettività in senso lato (83), così evidentemente ricollegandosi le finalità di solidarietà sociale (come specificate dal decreto) con la struttura organizzativa interna.

In merito a questo, tuttavia, alcuni dubbi sorgono spontanei. I limiti a libertà costituzionali (quale deve intendersi, per quanto detto, la scelta del tipo di organizzazione da attribuire alle forme associative ad opera degli associati) possono giustificarsi in ragione di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, ma soprattutto — in forza del criterio di ragionevolezza -- devono porsi in relazione a questi in termini di necessità e di congruità rispetto allo scopo. A chi parla non sembra che tale stretta connessione sia così evidente: non sono infatti le modalità organizzative dell'ente che garantiscono il rispetto dei diritti degli utenti (84), nè la possibilità di questi di verificare « il rispetto degli obblighi di legge », specie tenendo conto che « nelle ONLUS l'essere socio effettivo in quanto destinatario dell'attività rappresenta non la regola, come nelle altre associazioni (...), bensì l'eccezione, potendo solo in via di deroga la ONLUS operare in senso mutualistico » (85). Peraltro, il fatto che il regime di controllo sulle ONLUS venga fatto consistere « nell'osservanza di regole democratiche relative al funzionamento interno delle organizzazioni, e non invece nella sussistenza di criteri di adeguatezza delle attività esterne delle stesse » è stato visto, assai acutamente, come contrario alla moderna tendenza cui si sta dirigendo il processo di riforma della pubblica amministrazione: mentre in questa, infatti, la tendenza è verso il recepimento della nozione di qualità dei servizi agli utenti finali, prevedendo diritto di accesso alle informazioni, carta dei servizi e valutazioni di qualità, le attività di

riconosciute, Napoli, 1990, 112 ss. In senso contrario, però, fra gli altri, F. Galgano, Le associazioni, le fondazioni, i comitati, Padova, 1987, 65 ss.; P. Perlingieri, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Camerino-Napoli, 1972, 46 ss.; M. Bianca, Le autorità private, Napoli, 1977, 19 ss. Per una recente ricostruzione del significato complessivo di tale esclusione v. A. Fusaro, L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche, Padova, 1991, 167 ss.

⁽⁷⁸⁾ M. Eroli, Le associazioni non riconosciute, Napoli, 1990, 113.

⁽⁷⁹⁾ M. Eroll, Le associazioni non riconosciute, cit., 142-143, per il quale talvolta strutture oligarchiche « possono funzionare meglio di altre per il perseguimento di determinati scopi ».

⁽⁸⁰⁾ Corte cost. 28 novembre 1997, n. 365, cit.

⁽⁸¹⁾ V., ad esempio, M. Pedrazza Gorlero, Libertà costituzionali e democrazia interna nelle formazioni sociali, in Angiolini (a cura di), Libertà e giurisprudenza costituzionale, Torino, 1992, 163 ss.; Spinelli, I diritti dell'individuo nelle « formazioni sociali dove si svolge la sua personalità », in Riv. dir. civ., 1987, I, 297-298. In generale, su questi profili v., da ultimo e con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza, G. Napolitano, Le associazioni private, cit., 626 ss., nonché l'intervento di Gorgoni, Criteri di democraticità interna del ONLUS, infra.

⁽⁸²⁾ V., per tutti, P. Rescigno, Il pluralismo religioso ideologico, in AA.VV., Il pluralismo confessionale nella attuazione della Costituzione, Napoli, 1986, 24.

⁽⁸³⁾ Borzaga, Verso il riconoscimento, cit., 23.

⁽⁸⁴⁾ Cfr., al riguardo, Cass., sez. II, 22 febbraio 1995, n. 1992, in Foro it., Rep. 1995, voce Associazione non riconosciuta, n. 6, che ha chiaramente affermato come in un'associazione non riconosciuta « le norme pattizie poste in essere dagli associati tutelano gli interessi di costoro e non anche le posizioni di soggetti estranei all'ente collettivo ».

⁽⁸⁵⁾ G. BIANCHI, op. cit., 79.

servizio aventi valore sociale delle ONLUS sarebbero sottoposte solo a controlli sull'organizzazione, così assumendo implicitamente che « il principio di controllo dell'adeguatezza dell'azione sia soddisfatto, per così dire, dalla stessa natura dell'organizzazione non profit » (86).

I CRITERI DI IDENTIFICAZIONE DELLE ONLUS

Diversa sarebbe stata l'ipotesi, affacciata in dottrina ma non recepita nel decreto, dell'istituzione di un organo di controllo o di altri istituti a tutela degli utenti (87), ovvero di misure di tutela dei diritti costituzionali degli associati (88), ovvero ancora di forme di controllo « pubblico » sulla fedeltà delle attività poste in essere dall'organizzazione rispetto alle previsioni statutaria: misure queste che avrebbero potuto effettivamente garantire le esigenze sopra indicate assai più della previsione del diritto di voto a tutti i soci maggiorenni.

Quest'ultima considerazione pone poi un problema di carattere generale della disciplina in esame: il decreto, infatti, non richiede che i requisiti indicati siano effettivamente realizzati dall'organizzazione, ma si limita a stabilire che essi siano previsti nei rispettivi statuti o atti costitutivi. Può ritenersi sufficiente una tale garanzia?

Alla luce dell'esperienza di questi anni mi pare che la risposta debba essere negativa: basti pensare alle ricorrenti ipotesi nelle quali la vita dell'ente si discosta significativamente dalle previsioni statutarie (si pensi ad esempio alla vita interna dei partiti politici) per ritenere che una « garanzia sulla carta », non accompagnata da adeguate e reali forme di controllo demanda sostanzialmente all'autonomia dell'ente il rispetto o meno delle regole statutarie (89).

Ouanto poi al requisito della trasparenza -- richiesto, come si è detto, dalla legge delega — esso ha trovato una attuazione assai modesta e riduttiva nel decreto, limitandosi le misure per garantirla alla redazione del bilancio (e neppure prevedendo la sua pubblicità) (90) e all'uso delle denominazione ONLUS. Eppure in questi ultimi anni la legislazione ha fatto molta strada su questo versante, adottando soluzioni che avrebbero potuto o potrebbero - mutatis mutandis trovare un qualche spazio di realizzazione anche al di fuori dell'attività amministrativa alla quale quella legislazione si è riferita. Si pensi, per fare qualche esempio, alla tutela del diritto all'accesso, all'indicazione del responsabile del procedimento, alle varie forme di « carte di servizi »: tutti istituti in relazione ai quali si rischia che il « pubblico » diventi più avanzato e « moderno » del « privato ». Ciò pone alcuni problemi non soltanto sul versante dell'opportunità ma anche - specie in relazione alle ipotesi in cui determinati servizi pubblici siano gestiti da organizzazioni non profit — sul versante dell'effettività degli stessi principi sopra richiamati e garantiti dalla legislazione vigente.

6. Conclusioni.

Come si è detto, il decreto non ha creato una nuova forma organizzativa, ma ha riconosciuto la possibilità di riconoscere come ONLUS tutte gli enti aventi una delle forme organizzative previste dal libro primo del codice civile, nonché alle società cooperative ed alle organizzazioni di volontariato. Tale scelta presuppone, evidentemente, l'indifferenza del legislatore delegato per la forma organizzativa: un criterio « in negativo » lo potremmo definire, che segna una netta inversione di tendenza rispetto alla disciplina costituzionale ed a quella del codice civile, per i quali - al contrario - la distinzione tra enti è

⁽⁸⁶⁾ Bonaccorsi, La qualità dei servizi nel settore delle politiche sociali. Una strategia di collaborazione pubblico - non profit, in Volontariato oggi, n. 2, 1999, 8 dell'inserto.

⁽⁸⁷⁾ Ancora Borzaga, Verso il riconoscimento, cit., 24. Lo stesso A., in altro scritto (Verso un modello di impresa sociale europea, in Impresa sociale, 1995, n. 23, 6 ss.), osserva come la presenza di forme di gestione di carattere democratico sia una costante della disciplina giuridica dei Paesi europei con riferimento alle « imprese sociali », tale da differenziare tali figure da altre organizzazioni a finalità sociali o non profit.

⁽⁸⁸⁾ In tal senso va anche una certa giurisprudenza: v., ad esempio, App. Torino 10 febbraio 1983, secondo cui la tutela costituzionale dei diritti dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.) comporta che i membri delle associazioni non riconosciute fruiscano delle stesse garanzie previste per i membri delle associazioni riconosciute e rende quindi invalida la clausola statutaria di associazione non riconosciuta che prevede la possibilità di esclusione ad nutum degli associati. Per ulteriori riferimenti sul punto sia consentito rinviare a Rossi, Le formazioni sociali nella Costituzione italiana, Padova, 1989.

⁽⁸⁹⁾ Sebbene non manchino, in giurisprudenza, casi di interventi dei giudici tendenti a far rispettare le norme interne dell'ente (da ultimo v., ad esempio, Cass., sez. I, 4 febbraio 1993, n. 1408, in Società, 1993, 918; Trib. Roma 3 agosto 1996, in Foro it., 1997, I, 598) può sicuramente

affermarsi che si tratta di episodi assai limitati (ed anche criticati da parte della dottrina), per di più promossi da soggetti interni all'ente: Inoltre si tenga conto che gli interventi giudiziali a garanzia delle regole di democrazia interna trovano spesso il loro fondamento in principi di carattere generale, indipendentemente dal loro recepimento — o meno — in norme statutarie: così recentemente, ad esempio, il Trib. di Taranto (sentenza 24 giugno 1995) ha stabilito la nullità delle deliberazioni di un'associazione non riconosciuta con le quali il consiglio di amministrazione e l'assemblea abbiano sospeso o escluso un associato, quando non siano state manifestate le ragioni di tali provvedimenti, configurandosi l'obbligo di motivazione quale « principio di civiltà giuridica », connaturato ad ogni forma di esercizio di un potere disciplinare.

⁽⁹⁰⁾ Che tale disposizione rischi di risultare una « prova diabolica » per strutture spesso gestite da volontari è sostenuto da G. Bianchi, op. cit., 78.

I CRITERI DI IDENTIFICAZIONE DELLE ONLUS

posta precipuamente in relazione alle modalità organizzative e non alle attività svolte o ai fini perseguiti (91).

Tutto ciò pone con evidenza, come già accennato, un problema di necessaria ridefinizione della normativa civilistica: il dibattito sulla riforma del Libro I del codice civile in relazione alle evoluzioni del settore non profit, iniziato già negli anni '70 (92), prende atto a partire dalla fine degli anni '80 e all'inizio di questo decennio che il quadro offerto dalla legislazione non è adeguato alla realtà in continuo fermento, soprattutto in questo settore. Le nuove realtà in evoluzione richiedono pesantemente un riconoscimento delle istanze solidaristiche, dell'impegno in attività svolte a quasi esclusivo beneficio dei terzi, la garanzia di una autonomia operativa sia nella costituzione che nella gestione delle attività: in una parola, la possibilità di disporre di forme di organizzazione tali da permettere lo svolgimento a pieno titolo delle politiche di solidarietà e di utilità sociale.

Fenomeni come le c.d. fondazioni bancarie evidenziano l'inadeguatezza e la lacunosità della disciplina legislativa: nonostante la particolarità del fenomeno, il problema si mostra in maniera generale, soprattutto in relazione alla necessità di interventi di valorizzazione in tempi stretti.

La risposta immediata del legislatore non è stata quella di operare un seppur graduale adeguamento della disciplina codicistica alla situazione che si stava formando, bensì quella di un intervento attraverso leggi settoriali (quella sul volontariato e quella sulla cooperazione sociale) che hanno costituito un primo paradigma di organizzazioni a scopo non lucrativo che non si « appiattivano » sulle figure dell'associazione, della fondazione, del comitato: si è trattato di una prima risposta, solo parzialmente soddisfacente. A questi primi interventi ne sono seguiti altri (si pensi alla disciplina introdotta dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, con cui è stata disposta la trasformazione in fondazioni di diritto privato degli enti di prioritario interesse nazionale che operano nel settore musicale, nonché tutta la legislazione regionale in materia di associazionismo e di Ipab).

La situazione così come si prospetta, alla luce delle innovazioni introdotte dal legislatore, rende di fatto sempre meno realistica la

normativa contenuta nel libro primo del codice civile, e porta pertanto a riflettere sulla effettiva necessità della creazione di un quadro di riferimento organico. Quasi paradossalmente, l'impossibilità di utilizzare il codice civile ha portato ad una valorizzazione della Costituzione: come ha affermato Busnelli, « i nuovi problemi che contraddistinguono l'odierna stagione delle associazioni non riconosciute sono ormai problemi di diritto costituzionale, prima che di diritto civile; e i criteri normativi che possono orientare verso una loro soluzione si traggono sempre meno dalle norme del codice civile, sempre più dai principi della Costituzione » (93).

Se ciò vale, da un lato, a riconoscere la validità e vitalità del nostro impianto costituzionale a fronte di attacchi denigratori sempre più evidenti, dall'altro evidenzia come la riforma del codice civile appaia, in questa prospettiva, non più rinviabile. Ma insieme indica come la normativa di settore, sia essa di natura tributaria o di altro genere, debba essere rispettosa di quei principi costituzionali che restano il più sicuro punto di riferimento per la soluzione dei problemi da altre fonti lasciati aperti.

⁽⁹¹⁾ Su ciò v., da ultimo, Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali, in Riv. dir. civ., 1999, 302.

⁽⁹²⁾ A. Fusaro, Dagli enti del libro primo del codice alle ONLUS?, in Vita notarile, 1996. II, 1062.

⁽⁹³⁾ Busnelli, Il diritto delle persone, in AA.VV., I cinquant'anni del codice civile, vol. I, Giuffré, Milano, 1993.

L'INCENTIVAZIONE DELL'ASSOCIAZIONISMO PRIMA E DOPO IL DECRETO LEGISLATIVO N. 460 DEL 1997 (*)

1. Un tentativo di ricostruzione sistematica dei modelli d'incentivazione.

Il primo elemento su cui riflettere è la grande varietà degli strumenti adottati dal legislatore per promuovere l'associazionismo privato a fini non speculativi. Con grande approssimazione è possibile individuare due tipologie d'incentivi pubblici (1).

Vi sono anzitutto le ipotesi in cui il legislatore prefigura per taluni enti una disciplina giuridica speciale rispetto a quella di diritto comune fissata dal codice civile. Ad esempio, accordando poteri particolari: ad alcuni enti esponenziali è stata attribuita la legittimazione ad intervenire nel processo per la tutela di interessi collettivi o di categoria; ad altri—le organizzazioni di volontariato — è stata riconosciuta la capacità d'accettare donazioni ed eredità in deroga alle norme del codice civile (prima ancora che la legge n. 127 del 1997 abrogasse l'art. 17 c.c.); ad altri ancora è stato conferito il diritto d'esercitare particolari attività d'impresa escludendo l'applicabilità della disciplina del settore in cui istituzionalmente operano (è il caso delle associazioni turistiche).

È questa tra l'altro la strada seguita nelle diverse stagioni della privatizzazione degli enti pubblici non economici, a far tempo almeno dal decreto n. 616 del 1977 e proseguita, con provvedimenti settoriali, sino ad oggi: basti ricordare la fattispecie della trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato, disposta dal decreto legislativo n.

^(*) Francesco Rigano, Associato di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di

⁽¹⁾ Cfr. G. Gemma, Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione, Milano, 1993, nonché F. Rigano, La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale, Padova, 1995 e G. Leondini, Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione, Padova, 1998-1999.

RELAZIONI

367 del 1996 (2). In questi casi alla "de-pubblicizzazione" così detta formale dell'ente — attuata attraverso la trasformazione da pubblica in privata della personalità giuridica — si accompagna il mantenimento di privilegi (e di controlli autoritativi) sulle modalità di svolgimento dell'attività statutaria. Ed è facile presagire che su questa falsariga si muoverà il Governo per attuare la delega — fissata dagli artt. 11 ss. della legge n. 59 del 1997 — per il riordino degli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e previdenza, là dove è prevista tra l'altro la « trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico nonché di altri enti per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico ». Proprio in attuazione di tale delega sono stati di recente adottati i decreti legislativi nn. 19 e 20 del 1998 con i quali s'è proceduto alla privatizzazione rispettivamente degli enti « La Biennale di Venezia » e « Istituto nazionale per il dramma antico » (quest'ultimo trasformato in fondazione di diritto privato).

L'altra tipologia di incentivi è quella dei finanziamenti. È questa la tecnica tradizionale di sostegno pubblico alle iniziative private ritenute meritevoli, storicamente messa in atto soprattutto nel campo dell'impresa, ma sin dal periodo fascista adottata anche a favore di attività non economiche e in particolare degli enti a fini ideali. In questo campo è tuttavia da registrare una significata evoluzione, contraddistinta dal progressivo passaggio dalla forma dei sussidi a fondo perduto (che tuttora esistono) alle sovvenzioni "finalizzate": mentre i primi non sono in alcun modo connessi all'effettivo perseguimento degli scopi istituzionali dell'ente sussidiato, le seconde prevedono l'obbligo per il beneficiario di raggiungere certi risultati e comunque fissano modalità di controllo sulla destinazione del denaro pubblico erogato. Il graduale mutamento d'indirizzo è stato in qualche misura imposto dall'insorgente scarsezza dei fondi pubblici, ma esso risponde anche alla convinzione, sempre più diffusa, che la crescita di un associazionismo maturo ed efficiente (e soprattutto non parassitario) possa essere favorita da forme mirate di incentivazione. Così le sovvenzioni in denaro sono sempre più spesso vincolate alla realizzazione di programmi concordati con la Pubblica amministrazione, magari attraverso la previsione di convenzionamenti per la produzione di servizi o beni d'utilità generale. Soprattutto s'è affermata la tendenza d'incoraggiare

la capacità d'autonoma sopravvivenza degli enti, in particolare prevedendo, sul piano fiscale, la non imponibilità delle attività commerciali esercitate in collegamento con i fini istituzionali e/o la deducibilità parziale, dall'imponibile del finanziatore privato, delle donazioni erogate all'ente. Riprendendo la sistematica elaborata dagli studiosi in materia di finanziamenti pubblici all'impresa si può quindi rilevare la tendenza a passare dalle sovvenzioni semplici (nella quali il sussidio è erogato senza controlli sulla destinazione dello stesso ad attività istituzionali dell'ente) alle sovvenzioni di attività, finalizzate alla promozione appunto di attività in vista del conseguimento di specificate finalità. In quest'ultimo modello ciò che induce al finanziamento pubblico è la meritevolezza del fine istituzionale e delle modalità con le quali il fine è perseguito.

Rinvio a fra un momento talune considerazioni sul piano giuridico, per subito sottolineare che, pur nella evidente disomogeneità (data almeno da due elementi: le associazioni quasi sempre godono di incentivi riconducibili ad entrambe le tipologie appena descritte; inoltre, accanto alle leggi statali intervengono in questa materia anche le leggi regionali, talora anche per delineare frammenti dello statuto giuridico, come ad esempio per le associazioni turistiche e per le organizzazioni di volontariato), una caratteristica accomuna e qualifica sul piano delle scelte di politica economica le tecniche dell'incentivazione attraverso i finanziamenti. Nell'alternativa tra sussidi della domanda per attività meritorie e sussidi dell'offerta prevalgono senz'altro gli incentivi della offerta; anzi credo — ma sarebbe necessaria una verifica più approfondita — che non esistano forme di sostegno all'associazionismo realizzate attraverso incentivi della domanda, ad esempio attraverso l'assegnazione ai cittadini di "buoni" spendibili per acquistare i servizi o i beni prodotti da enti ritenuti meritevoli di tutela (3). A dire il vero neppure mi pare che si sia mai aperto un dibattito sull'opportunità di seguire questa strada (4). Certo è che

⁽²⁾ Sul decreto n. 367 cfr. F. RIGANO, La privatizzazione degli enti lirici, in A.I.D.A., (VI), 1997, 552 ss., nonché AA.VV., Fondazioni ed enti lirici, a cura di G. Iudica, Padova, 1998.

⁽³⁾ Su questi temi si veda ad esempio G. Fiorentini, Politiche di incentivazione fiscale per le organizzazioni non profit, in non profit, 1995, spec. 587 ss.

⁽⁴⁾ A prescindere dai dibattiti sul finanziamento alle scuole private, settore che tuttavia mi pare contrassegnato da peculiari specificità. Può essere infatti agevole convenire, ad esempio, sulle modalità migliori d'assistenza sanitaria e determinare i costi per garantirla, sì da quantificare in ipotesi le somme da destinare a finanziamenti; assai più difficile è operare col medesimo criterio sul bene dell'educazione, posto che non si può a priori determinare quale sia la "migliore" educazione. In altre parole l'educazione è un bene non completamente parametrabile ai costi necessari per la sua produzione: su questo tema si vedano le classiche osservazioni di B.A. Ackerman, La giustizia sociale nello stato liberale, Bologna, 1984, 228 ss.

l'ausilio all'offerta -- e cioè l'idea di sovvenzionare il soggetto che produce i beni di utilità generale — presenta difetti e pregi. Da una parte, favorisce rendite di posizione dei beneficiari più visibili e "graditi" al mondo della politica, così anche agevolando a lungo termine la sopravvivenza di organizzazioni non sempre efficienti. Dall'altra, è pur vero che quella dell'incentivazione dell'offerta è l'unica tecnica adottabile per sovvenzionare attività volte alla produzione di beni o di servizi inidonei ad essere scambiati sul mercato (penso alla tutela dell'ambiente) e, a ben considerare, è la sola atta a ridurre il rischio che, soprattutto a causa d'una non corretta informazione, si determinino diseguaglianze sul versante dei fruitori dei beni prodotti dalle organizzazioni ritenute meritevoli di sovvenzionamento.

2. La promozione dell'associazionismo e la democrazia sociale nel sistema costituzionale.

Alla luce della ricostruzione appena proposta bisogna interrogarsi sulla compatibilità del sostegno pubblico dell'associazionismo sociale con i valori costituzionali accolti nel nostro ordinamento. L'indagine dovrebbe essere svolta su due piani: per ponderare, anzitutto, se nella Costituzione esista un fondamento all'incentivazione dell'associazionismo privato non speculativo; per esaminare, in secondo luogo, i limiti di costituzionalità delle tipologie di incentivazione appena descritte.

La risposta alla prima domanda non è così prevedibilmente favorevole come potrebbe apparire ad una iniziale considerazione, poiché anzi dalla Costituzione potrebbero trarsi segnali di segno contrario. Ad esempio, la nostra Costituzione non menziona mai lo scopo non lucrativo quale elemento qualificante dell'associazionismo. Dove si trova una disciplina di qualche dettaglio è agevole osservare che, per prefigurare particolari garanzie a favore di taluni enti, la Costituzione richiama sempre le finalità perseguite. Così è per i partiti politici e i sindacati, per le organizzazioni a fini religiosi, a fini culturali o assistenziali (anche se si potrebbe obiettare che talvolta l'assenza di lucro è consustanziale al fine perseguito: ad esempio, per i partiti politici). Inoltre, l'art. 18 Cost. espressamente garantisce la libertà d'associarsi indipendentemente dai fini che si vogliono perseguire: secondo l'interpretazione unanime, l'indifferenza dei fini nella tutela costituzionale è proprio l'elemento qualificante di tale libertà, sì che in questa prospettiva apparirebbe illegittimo l'incoraggiamento di talune soltanto delle iniziative associative. Certamente un criterio discriminante può essere desunto dalla tavola dei valori costituzionali, nel senso che sarebbero pregevoli quei fini associativi che coincidano con un bene costituzionalmente protetto: tuttavia, ad un esame attento, si dovrebbe poi concludere che la gran parte dei fini dell'associazionismo oggi praticati possono trovare una copertura costituzionale. D'altra parte, la Costituzione impone la valorizzazione delle formazioni sociali come luogo di realizzazione della personalità dei singoli e vuole che tutti, sia i pubblici poteri, sia i cittadini s'adoperino perché ad ognuno siano assicurati i beni fondamentali come la salute, la cultura, l'ambiente ecc.; la Costituzione non premia però il privato che quei fini si prefigge senza intento speculativo. Senza dubbio traspare qui il debito della cultura dei costituenti verso una tradizione giuridica che faceva assorbire il perseguimento delle finalità d'interesse collettivo nell'area del pubblico: tutto ciò che attiene al patrimonio della collettività (dalla tutela dei beni artistici, alla salvaguardia della salute) è funzione pubblica nel senso che pubblico deve essere il soggetto che se ne interessa (5).

Per superare tale impasse è indispensabile aderire a quell'interpretazione, ampiamente sviluppata negli scritti di Paolo Ridola, che riconduce il quadro costituzionale essenziale della disciplina dell'associazionismo ai valori espressi dagli artt. 2 e 3 Cost.: tali disposizioni, insieme con l'art. 18 Cost., fissano non soltanto i limiti, ma anche gli obiettivi dell'espansione dell'associazionismo (6). Così, sul versante dei limiti, gli artt. 2 e 3 pongono il dovere di garantire i diritti fondamentali della persona e l'impegno a contenere i poteri privati e sociali che potrebbero ostacolare l'effettività di tali diritti; sul versante degli obiettivi da quelle stesse norme si ricavano i valori cui informare la promozione dell'associazionismo: l'eguaglianza e la solidarietà. È questo il punto (se non d'intesa, almeno) d'incontro fra la dimensione individualistica e quella organicistica del rapporto tra Stato e associazioni; e, forse ancora, è la prospettiva nella quale può trovare attuazione il canone della sussidiarietà — nel suo risvolto non tanto di regolatore di competenze, quanto di corroborante dell'autonomia privata -- nel compimento del modello di Stato sociale prefigurato dalla nostra Costituzione (7).

⁽⁵⁾ Sul dibattito costituente in tema di formazioni sociali v. soprattutto E. Rossi, Le formazioni sociali nella Costituzione italiana, Padova, 1989.

⁽⁶⁾ V. soprattutto Democrazia pluralistica e libertà associative, Milano, 1987 e Diritti di libertà e costituzionalismo, Torino, 1997.

⁽⁷⁾ Per un richiamo al tema della sussidiarietà si rinvia alla Relazione conclusiva di P. Rescigno, infra pubblicata. Che il principio di sussidiarietà sia « irriducibile a mero congegno di

A questo punto è forse opportuno ribadire che avrebbe davvero poco senso oggi disquisire di crisi (finale!) dello Stato sociale. Anzitutto perché i fini che connotano la natura sociale della nostra forma di Stato sono inscritti nella Costituzione, come peraltro in quella di tutte le democrazie moderne. Vero è che l'idea di Stato sociale non può entrare in crisi perché davvero appare oramai estranea alla concezione moderna di democrazia l'idea di disinteressarsi dei più deboli, degli svantaggiati (8). Ciò che può variare, ed effettivamente muta nei diversi contesti storici e politici, sono i mezzi con cui quei fini vengono raggiunti (9). Nel nostro ordinamento giova ad orientare le scelte politiche la finalità inderogabile — perché imposta dai principi della solidarietà e dell'eguaglianza accolti dalla nostra Costituzione e fondanti della democrazia sociale - di garantire il godimento eguale dei diritti fondamentali, colmando gli squilibri economici. La produzione di servizi sociali può, in linea teorica, essere ottenuta seguendo due strade: attraverso una rete pubblica o attraverso le iniziative di soggetti privati svolte sotto il controllo pubblico mirato a garantire a tutti i bisognosi la fruizione dei servizi. Se l'obiettivo è d'apprestare tecniche di produzione dei servizi che appunto salvaguardino la possibilità di un eguale godimento da parte dei destinatari, non v'è inconciliabilità tra l'iniziativa privata e quella pubblica. Per le intraprese private si tratta, dunque, di favorire lo sviluppo d'una economia sociale di mercato in un contesto di effettiva cooperazione con le iniziative pubbliche, fermo restando in capo allo Stato il dovere di sovrintendere alle corrette (nella prospettiva costituzionale) produzione ed offerta dei servizi.

Siffatto approccio impone comunque d'affrontare numerosi nodi,

limitazione e di articolazione di competenze» e che comunque presupponga « non già una relazione dialettico-oppositiva fra stato e società, ma una visione 'organica' del corpo sociale » è sottolineato da P. Ridola, Diritti di libertà, cit. 75-76. Per una valutazione critica dell'art. 56 del Progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione Bicamerale si vedano M. Luciani, L'ombra del centro dietro i municipi, in AA.VV., La nuova Costituzione, suppl. a il manifesto, 1997 e V. Angiolini, Le due parti della Costituzione e i « principi fondamentali », in Riv. dir. pub., 1997, 623, i quali sottolineato l'inutilità della norma proposta, che anzi col richiamo alla "adeguatezza" delle funzioni svolte dai privati parrebbe giustificare intollerabili limitazioni alla libertà e all'autonomia dei privati stessi; si veda ora P. Ridola, Forma di Stato e principio di sussidiarietà, in AA.VV., La riforma costituzionale, Padova, 1999, 177 ss.

tutt'altro che agevoli da risolvere. Ricordo in particolare, per un verso, la determinazione sia dei bisogni da soddisfare, sia dei legittimi destinatari dei servizi e, per altro verso, la scelta delle associazioni da promuovere nell'aspettativa di soddisfare i bisogni individuati. Per il primo profilo posso soltanto incidentalmente rilevare come oggi, anche in conseguenza del progresso dei mezzi di produzione economica, siano emersi bisogni in certo senso nuovi — ad esempio la tutela della riservatezza nell'elaborazione e nell'utilizzazione dei dati personali — che per la loro diffusione orizzontale nella società finiscono col monopolizzare l'agenda politica. Viceversa il primo impegno della politica sarebbe di non dimenticare, quasi fossero oramai superate, le altre per così dire tradizionali situazioni di disagio (gli anziani, i disabili, i malati, ecc.).

Vero è che la libertà di associazione deve essere promossa in quanto strumento di *partecipazione* dei cittadini al progetto di trasformazione sociale prefigurato dall'art. 3, co. 2 Cost. Il principio della

solidarietà è « valore fondante dell'ordinamento giuridico » perché — come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella sent. n. 75 del 1992

— conduce il singolo « sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità »: solidarietà dunque come occasione di

partecipazione alla vita della collettività (10).

3. I profili di legittimità costituzionale della legislazione d'incentivazione.

A quanto già detto si può aggiungere che dalla lettura sistematica delle disposizioni costituzionali in tema di diritti, e specialmente dell'art. 18 Cost. nell'ottica elaborata nel precedente paragrafo, si possono ricavare convincenti argomenti per affermare la configurabilità di una riserva di legge in materia di sostegno dell'associazionismo privato (11). Dalla Costituzione non sembra possibile trarre indicazioni ulteriori, che possano meglio precisare le direzioni in cui deve svolgersi l'azione di sostegno all'associazionismo, ad esempio giustificando la scelta delle finalità associative da incentivare. La Costituzione non consente in

⁽⁸⁾ Si veda per tutti A. Baldassarre, Lo stato sociale: una formula in evoluzione, in AA.VV., Critica dello stato sociale, a cura di A. Baldassarre ed A. Cervati, Bari, 1982, spec. 88 ss.

⁽⁹⁾ Per tutti M. Luciani, Sui diritti sociali, in AA.VV., La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, spec. 99; in questo senso anche la relazione di P. Barbetta, le ONLUS nella forma dello Stato sociale, infra.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. Rossi, Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato, osservazione alla sent. n. 75 del 1992, in Giur. cost., 1992, 2348 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. F. RIGANO, La libertà assistita, cit., 259 ss. e, più in generale, G. HAVERKATE, Problemi fondamentali del diritto tedesco ed europeo delle sovvenzioni, in Dir. pubbl., 1996, spec. 628 ss.

particolare di sindacare la legittimità delle scelte quando la discrezionalità del legislatore opera con riferimento a finalità istituzionali che siano riconducibili allo stesso ambito assiologico: come si può legittimamente discriminare, ad esempio, fra gli enti a tutela degli anziani e quelli a difesa dei minori? Anche a voler far riferimento a quel nucleo forte dell'eguaglianza formale, che preclude le discriminazioni espressamente elencate nell'art. 3, co. 1 Cost., in tutti gli altri casi non potrebbe che prevalere il rispetto delle scelte del legislatore. In tale frangente il principio d'eguaglianza appare un parametro del tutto inadeguato, sì che anche il controllo di ragionevolezza esercitabile dalla Corte costituzionale appare insoddisfacente, come sempre quando entrano in giuoco indirizzi legislativi coperti dal medesimo valore costituzionale (12).

Ulteriori problemi di compatibilità costituzionale si propongono sul piano della valutazione delle tecniche di incentivazione. Le leggi incentivo — come più in generale il diritto così detto premiale — rappresentano per più versi una deroga allo schema della generalità e dell'astrattezza cui deve in linea di principio conformarsi l'atto legislativo.

Se consiste nell'attribuzione di un vantaggio economico diretto o indiretto (si pensi rispettivamente ai finanziamenti e alle agevolazioni fiscali), come pure quando prefigura uno statuto privilegiato rispetto a quello di diritto comune stabilito per gli enti (anche economici), l'ausilio agli enti non speculativi è stabilito da norme provvedimentali ovvero speciali, d'esenzione dall'applicazione d'una disciplina generale o di settore. Di qui l'emergere di tematiche assai note, quali il rispetto del pari diritto all'incentivo da parte dei potenziali destinatari, la legittimità di oneri imposti al beneficiario per ottenere la sovvenzione, ovvero l'esigenza di limiti temporali alla norma incentivante (13).

Secondo i canoni espressi dalla giurisprudenza costituzionale, il principio d'eguaglianza impone che la determinazione delle categorie incentivate sia corretta in relazione alla disciplina apprestata, che la disciplina sia omogenea con riferimento alle caratteristiche della categoria individuata e che il trattamento giuridico sia proporzionale,

(12) Cfr. M. Luciani, Sui diritti sociali, cit., 105 ss.

tenendo conto anche degli effetti pratici prodotti, o producibili, nei concreti rapporti della vita (14).

La novità dell'indagine, rispetto agli studi assai approfonditi degli anni passati sull'incentivazione dell'iniziativa economica privata, è da cogliere nella qualità costituzionale sia del bene oggetto dell'intrapresa privata, sia del soggetto non lucrativo che si fa imprenditore.

Per un verso, infatti, la produzione volta a soddisfare diritti sociali deve sottostare a limitazioni che sarebbero intollerabili per un'attività volta alla realizzazione di beni di consumo. Appaiono significative le sentenze della Corte costituzionale che hanno riconosciuto la legittimità degli oneri specifici, cui di volta in volta devono assoggettarsi le iniziative private desiderose d'ottenere il beneficio promesso dal legislatore (15). In linea di principio la predeterminazione per legge di regole sia d'organizzazione interna, sia di funzionamento degli enti non è di per sé in contrasto con i principi costituzionali, sempre che sia garantita la libertà d'aderire alla disciplina prefigurata dal legislatore e non siano arbitrariamente discriminati gli enti che non si adeguano ai modelli proposti dal legislatore. Libertà del singolo ente e parità di trattamento tra i destinatari sono salvaguardati soltanto quando appaiono ragionevoli i vincoli cui devono sottostare i soggetti privati: e la ragionevolezza deve essere valutata con riferimento sia alla non eccessiva limitazione dell'autonomia dell'ente, sia al pregio costituzionale del bene che, attraverso la previsione dei vincoli, si vuole tutelare.

Per altro verso, entra in gioco l'esigenza di coordinare il privilegio, accordato alle iniziative non lucrative, con la tutela dell'impresa professionale, apprestata dal nostro ordinamento, e anche con i principi

⁽¹³⁾ Si veda in particolare la relazione di L. Bruscuglia, *infra* pubblicata, ove si sottolinea l'esigenza di controlli consegnati alle agevolazioni concesse agli enti.

⁽¹⁴⁾ Cfr. ad esempio Corte cost. n. 195 del 1993, in Giur. cost., 1993, 1324 ss. con osservazioni di R. Acciai, La sent. n. 195 del 1993 della Corte costituzionale e sua incidenza sulla restante legislazione regionale in materia di finanziamenti all'edilizia di culto e di G. Di Cosimo, Sostegni pubblici alle confessioni religiose, tra libertà di coscienza ed eguaglianza, ivi, rispettivazione 2141 sp. 2.3155 sp.

⁽¹⁵⁾ Con riferimento alle iniziative turistiche cfr. sent. n. 7 del 1976, in Giur. cost., 1976, 35 ss.; sent. n. 417 del 1993, ivi, 1993, 3447 ss. (con osservazione di F. RIGANO, La tutela della « corretta » concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese, ivi, 1994, 391 ss.) nonché in Regioni, 1994, 1542 ss., con osservazioni di G. Endrici, Il sostegno pubblico all'associazionismo di fronte al principio di concorrenza; da ultimo sent. n. 365 del 1997, ivi, 1997, con osservazione di F. RIGANO, Le associazioni turistiche a confronto con la disciplina comunitaria del mercato; per le associazioni di donatori del sangue cfr. sent. n. 49 del 1991, ivi, 1991, 357 ss., con nota di P. Costanzo, Osservazioni alla sent. n. 49 del 1991 della Corte costituzionale, ivi, 1544 ss.

comunitari volti a creare un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza (16).

Anche per questo profilo è necessario fare chiarezza in ordine agli obiettivi dell'azione promozionale dell'associazionismo. Quando l'ente non profit assume un'iniziativa economica deve essere, in linea di principio, destinatario della medesima disciplina riservata all'imprenditore professionale. Ciò non significa che si debba invocare meccanicisticamente l'applicazione delle regole del libero mercato, poiché sarebbe così rinnegato l'intento appunto promozionale dell'intervento pubblico. Più esattamente, bisogna fare in modo che i privilegi assicurati alle iniziative non lucrative siano finalizzati esclusivamente ad assicurare la capacità di autonoma sopravvivenza dell'ente. Soltanto così, per un verso, non sarà compromessa la tutela degli utenti (sarebbe ad esempio illegittimo sottrarre le attività economiche non speculative ai controlli finalizzati ad assicurare la qualità dei beni e dei servizi prodotti in vista della garanzia dei fruitori, o - se si vuole - dei consumatori) e, per altro verso, potrà essere evitato il rischio d'una deriva protezionistica: il protezionismo finirebbe col conculcare le stesse caratteristiche di libertà ed autonomia che contraddistinguono le iniziative dell'associazionismo (17).

4. Le agevolazioni fiscali nel sistema dell'incentivazione.

Avvicinando il tema della riforma attuata con il decreto n. 460 del 1997, bisogna domandarsi come le agevolazioni fiscali si collochino nel quadro del sostegno pubblico all'associazionismo non speculativo.

Va anzitutto premesso che anche le agevolazioni fiscali sono uno strumento dell'incentivazione pubblica dell'attività privata, al pari delle erogazioni dirette di denaro. Non soltanto sotto il profilo politico, dove si evidenzia la comune funzione di supporto dell'iniziativa privata, sebbene si possa osservare che mentre il sovvenzionamento di denaro

manifesta il proposito dello Stato di direttamente intervenire in un determinato settore d'attività, l'agevolazione fiscale rivela l'intento di ritrarsi da un certo settore nel quale s'auspica il libero dispiegarsi dell'iniziativa privata. Ma anche sotto il profilo economico l'agevolazione fiscale appare assimilabile alla sovvenzione diretta: per il beneficiario è un'occasione di accrescimento del patrimonio senza oneri di corrispettivo, mentre per lo Stato è una prestazione che non ha controprestazione di mercato.

Si deve anche aggiungere che entrambe le forme di incentivazione "costano" allo Stato, comportando sempre la riduzione delle disponibilità dell'Erario. Sia quando è diretta — come accade per le esenzioni o per le esclusioni d'imponibilità riconosciute all'attività dell'ente beneficiario — sia quando è indiretta — essendo destinatario dell'agevolazione il sovvenzionatore privato dell'ente — l'agevolazione fiscale comporta la diminuzione di entrate per il Fisco. Diminuzione che tra l'altro è assai difficilmente quantificabile: la misurazione è forse possibile soltanto là dove si incida su attività già presenti sul mercato (e non latenti o in crescita).

L'imposizione tributaria può assumere una funzione premiale perché il tributo può essere dunque utilizzato per fini diversi da quelli del prelievo fiscale, e cioè può essere mirato ad incoraggiare (o, per converso, a scoraggiare) determinati comportamenti. L'obiettivo promozionale è realizzato attraverso l'agevolazione, che è appunto il "premio" promesso a chi si adegua alla condotta che il legislatore non impone, ma auspica che sia adottata; con riguardo al contenuto normativo l'incentivo è strutturato come disciplina derogatoria rispetto a quella prevista dal regime comune d'una determinata attività.

Nell'ottica della compatibilità costituzionale due profili s'impongono all'attenzione dell'interprete. L'uno attiene all'individuazione del fine extrafiscale che giustifichi il sacrificio dell'eguaglianza fiscale desumibile dall'art. 3, co. 1, Cost., l'altro concerne l'obbligo, ricavabile sempre dalla medesima disposizione d'assicurare a tutte le situazioni analoghe l'identico trattamento agevolativo.

Sul primo versante è da segnalare la prevalenza, nella giurisprudenza costituzionale, dell'idea che la scelta dei fini da incentivare rientri nella sfera politica discrezionale ed insindacabile del legislatore. Quando tuttavia la Corte s'è spinta a valutare la ragionevolezza delle agevolazioni fiscali, è stato il richiamo alle norme costituzionali a giuocare un ruolo importante. Come dire che il sintomo della non arbitrarietà delle determinazioni discrezionali poste in essere dal legi-

⁽¹⁶⁾ Sulla disciplina comunitaria cfr. L. Cassetti, La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari, Torino, 1997, spec. 183 ss.; si legga anche G. HAVERKATE, Problemi fondamentali, cit., 613 ss.

⁽¹⁷⁾ Il protezionismo favorirebbe tra l'altro la spregiudicatezza di operatori economici disposti a dissimulare la lucratività della loro impresa pur di godere degli incentivi assicurati al non profit, con l'inevitabile travolgimento delle regole della corretta concorrenza e dunque l'alterazione del funzionamento del mercato; sui rapporti tra enti speculativi ed enti non speculativi si vedano ampiamente le relazioni di A. ZOPPINI, Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto, e di S. Vuoto, Diritto comunitario leggi appalti, pubblici ed organizzazioni sul terzo tenore: primi appunti, infra.

slatore è nell'identificazione tra fine extrafiscale e bene costituzionalmente protetto, quali, ad esempio, la tutela del risparmio, della salute, il dovere di sociale assistenza, l'incentivazione dell'attività scientifica e culturale (18). Se si volesse trasporre questo ragionamento nel campo delle agevolazioni fiscali agli enti, si dovrebbe concludere che il sacrificio dell'eguaglianza conseguente alla concessione dell'agevolazione è costituzionalmente legittimo quando il fine e i modi dell'attività dell'ente appaiono meritevoli alla luce dei valori costituzionali.

Sul secondo versante, quello della parità di trattamento, mi limito a ricordare che, dagli anni ottanta in poi, nella giurisprudenza costituzionale si rinvengono sentenze d'accoglimento, più precisamente additive di prestazione, con le quali la Corte ha esteso a situazioni originariamente non contemplate dal legislatore le agevolazioni previste per fattispecie analoghe (19).

Guardando al sistema delle agevolazioni fiscali d'interesse per gli enti non speculativi, e vigente prima della riforma introdotta dal decreto n. 460, mi pare di poter ricavare alcuni punti fermi d'una tendenziale evoluzione.

Anzitutto, per consolidata tradizione normativa, la disciplina tributaria è stata contraddistinta dalla sostanziale indifferenza di fronte alla non lucratività del fine perseguito dal soggetto d'imposta. Nell'individuare le attività che costituiscono presupposto d'imposta, rileva la natura commerciale o non dell'attività svolta: per gli enti non commerciali — fra i quali devono istituzionalmente collocarsi anche gli enti non lucrativi — la base imponibile è data dal reddito complessivo calcolato come per le persone fisiche. Lo scopo non lucrativo — e cioè il proposito di ripartire o non gli utili — rappresenta un momento successivo alla produzione degli utili stessi e non fa venir meno il carattere commerciale dell'attività.

L'indifferenza per la natura non speculativa dell'attività è stata mitigata per una particolare categoria di enti, quelli associativi, con riferimento ad alcune attività di scambio interne all'organizzazione. In particolare è stata esclusa la natura commerciale, ai fini dell'imposizione fiscale, dell'attività conforme agli scopi istituzionali, e svolta a favore degli associati, senza un corrispettivo specifico che ecceda il costo sostenuto dall'associazione.

In alcune leggi settoriali, e dunque in via derogatoria rispetto al regime comune, è la qualità del fine, di cui è ritenuta la meritevolezza, a giustificare la non imponibilità o comunque le agevolazioni assicurate a talune attività anche commerciali, purché gli utili ricavati non siano destinati alla distribuzione fra gli aderenti. Ciò vale per le associazioni assistenziali culturali e sportive; per le attività delle associazioni dei donatori di sangue (20); per le organizzazioni non governative che operano a favore dei Paesi in via di sviluppo (21).

In presenza di un fine meritevole (e anche di particolari modalità d'organizzazione dell'attività), se gli utili sono reinvestiti nell'attività istituzionale, l'esenzione dall'imponibilità, di cui godono i ricavi dell'attività commerciale, talora diviene ancora più ampia: così per le attività « marginali, delle organizzazioni del volontariato (22) come pure per quelle delle fondazioni musicali (23).

In conclusione si può, pur con qualche approssimazione, affermare che è andata prendendo corpo, nella legislazione fiscale, l'attitudine a superare l'originaria irrilevanza dello scopo non lucrativo per passare ad un sistema in cui particolari finalità, se perseguite con intenti non speculativi, consentono esenzioni ed agevolazioni. Secondo tale orientamento — giova ribadirlo — la finalità non lucrativa di per sé sola non dovrebbe giustificare mai l'attribuzione di particolari agevolazioni fiscali, le quali sarebbero pur sempre fondate sulla valutazione della meritevolezza del fine istituzionale perseguito dall'ente. Bisogna tuttavia aggiungere che la coerenza della ricostruzione appena proposta è senza dubbio messa in discussione dall'estensione, ad opera della legge n. 66 del 1992, del regime agevolativo previsto per le associazioni sportive dilettantistiche a tutte le associazioni senza fine di lucro (24).

L'altro elemento emergente con evidenza nella tendenziale evoluzione del sistema d'incentivazione fiscale dell'associazionismo è l'imposizione di oneri particolari ai soggetti che aspirano a beneficiare delle agevolazioni: secondo un percorso analogo a quello seguito dalle sovvenzioni dirette — cui s'è prima fatto cenno — sono oramai divenute numerose ed assai incisive le norme che prevedono vincoli

⁽¹⁸⁾ Cfr. più ampiamente F. RIGANO, La libertà assistita, cit., 252 ss.

⁽¹⁹⁾ Su questi tempi si veda L. Antonini, Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali, Milano, 1996, spec. 331 ss.

⁽²⁰⁾ V. art. 21 della legge n. 107 del 1990.

⁽²¹⁾ V. art. 29 della legge n. 49 del 1987.

⁽²²⁾ V. artt. 8 e 9 della legge n. 266 del 1991.

⁽²³⁾ V. art. 25 del decreto legislativo n. 367 del 1996.

⁽²⁴⁾ Proprio l'indiscriminata estensione del regime agevolativo rende a mio avviso dubbia la costituzionalità della menzionata previsione.

all'organizzazione e/o all'attività dell'ente beneficiato dalle agevolazioni.

Se la previsione di siffatti oneri appare giustificata sia dalla rilevanza pubblica del fine agevolato, sia dal doveroso riscontro dell'utilizzazione delle risorse pubbliche (similmente a quanto può dirsi per la previsione degli oneri nel sovvenzionamento diretto), bisogna aggiungere che in questo caso l'intento del legislatore è anche d'evitare abusi ed elusioni degli obblighi fiscali.

5. Alcune (preliminari) riflessioni sulla riforma introdotta dal decreto legislativo n. 460.

Lascio alle altre più puntuali (e più competenti) relazioni d'illustrare le numerose agevolazioni prefigurate dal decreto legislativo n. 460 (25) e limito il mio intervento ad alcune riflessioni di tono generale sulla collocazione della riforma nella tendenza evolutiva appena delineata, anche con riferimento ad alcune specifiche previsioni agevolative, ma senza alcuna pretesa di sistematicità.

A) Anzitutto mi pare che la riforma si muova con coerenza in quella tendenza legislativa che vuole nella meritevolezza dei fini degli enti non speculativi la ragione del sostegno pubblico: per l'incentivazione fiscale non basta la non lucratività, bensì è necessario che l'ente persegua istituzionalmente fini specifici. Così è per l'ampliamento delle agevolazioni per gli enti associativi con le finalità individuate dall'art. 5, e in particolare per la disciplina a favore delle ONLUS, là dove s'è tentato di dare un contenuto normativo allo scopo di solidarietà. Soprattutto nella relazione di Emanuele Rossi sono state evidenziate le incongruenze nella definizione della nozione di solidarietà sociale utilizzata dal decreto legislativo (26). Al di là di siffatte perplessità,

senz'altro giustificate, credo tuttavia di poter sottolineare come dato positivo la centralità riconosciuta all'organizzarsi, per alleviare le proprie e le altrui situazioni di disagio, volontariamente e senza l'attesa di un tornaconto economico. È un tentativo di coniugare, a livello normativo, la libertà di scelta individuale e l'esigenza di promuovere l'eguaglianza sostanziale in vista della realizzazione effettiva di forme di solidarietà partecipativa.

RELAZIONI

B) Il decreto legislativo prevede la determinazione dei requisiti statutari condizionanti la concessione delle agevolazioni, sì che è doveroso domandarsi se ciò comporti la lesione della libertà dell'ente di scegliere autonomamente la propria forma organizzativa (27).

La ratio giustificatrice delle norme che prevedono i requisiti statutari consente di ascriverle a due specie.

Vi sono clausole volte a fare in modo che l'organizzazione interna dell'ente garantisca la funzione partecipativa dell'aderente: valgono qui le disposizioni che impongono l'effettività del vincolo d'adesione all'ente ed il rispetto del così detto metodo democratico.

Altre clausole appaiono finalizzate a sindacare l'effettivo perseguimento dei fini statutari con intento non speculativo: quelle relative al divieto di distribuzione anche indiretta di utili, quelle volte ad assicurare la trasparenza della gestione, ecc.

Pur doverosamente rilevando che un giudizio definitivo presupporrebbe di poter esaminare le future modalità d'applicazione concreta da parte degli organi di controllo, in linea generale le prescrizioni non appaiono irragionevoli od eccessive anche se può forse apparire che talune d'esse non trovino giustificazione nella prevenzione dell'elusione e che dunque siano "sproporzionate" rispetto al contesto normativo del decreto legislativo n. 460 (28).

Con riguardo alla prima specie, e in particolare all'onere di « escludere espressamente ogni limitazione in funzione della temporaneità della partecipazione alla vita associativa », si può ricordare che ancora di recente la Corte costituzionale ha ribadito la legittimità di norme regionali che, per le associazioni turistiche, fissano un limite minimo d'anzianità d'iscrizione all'ente perché l'aderente possa usufruire delle

⁽²⁵⁾ Si veda in particolare la relazione di F. Batistoni Ferrara, La disciplina tributaria negli enti non comunali, infra; cfr. anche: AA.VV., Commento analitico del decreto legislativo e alcuni problemi pratici, in Il fisco, 1998, (10), 3405 ss.; F. Colombo e P. Sciume, Onlus, Milano, 1998; G. Concari, I rapporti con il Fisco, in AA.VV., Gli enti non profit, a cura di Giampaolo Concari, supplemento al n. 127 del 1998 di Summa; O. Roselli, Dalla legge quadro sul volontariato al decreto legislativo sulle O.N.L.U.S., in AA.VV., Regioni e volontariato nei servizi socio-sanitari, a cura di U. De Siervo, Milano, 1998, 223 ss.

⁽²⁶⁾ V. la relazione, *supra*, ove opportunamente è chiarita la portata fiscale — e non civilistica — delle qualificazioni (in particolare quella di ONLUS) tratteggiate dal decreto legislativo.

⁽²⁷⁾ Il rilievo fondamentale che deve essere attribuito allo statuto dell'ente nella prospettiva di un'equilibrata crescita del *non profit* è stata ampiamente sottolineata dalla relazione di G. Ponzanelli, *ONLUS e riforma del codice civile, supra*.

⁽²⁸⁾ Cfr. G. Bianchi, in AA.VV., Commento analitico del decreto legislativo, cit., 3440-3441.

iniziative associative. A tale riguardo sono state infatti respinte le censure d'illegittimità sollevate in particolare sotto il profilo della violazione sia dell'art. 18 Cost. (per gli asseriti condizionamenti posti al pieno esercizio della libertà d'associazione), sia dell'art. 3 Cost., per l'irragionevole discriminazione tra gli aderenti provocata dal requisito dell'anzianità d'iscrizione (29). Il vincolo d'anzianità d'iscrizione va secondo la Corte interpretato quale « limite » finalizzato al corretto godimento del privilegio di poter svolgere iniziative turistiche senza sottoporsi al rigoroso regime, anche amministrativo, dell'imprenditore turistico: riguardato dal punto di vista del fine perseguito il criterio prescelto dalla norma appare ragionevole perché non sproporzionato e non lesivo del diritto individuale d'associarsi e dell'autonomia delle associazioni.

Bene ha poi fatto il decreto legislativo ad individuare quelle applicazioni concrete, quali il diritto al voto, l'eleggibilità degli organi interni ecc., in cui si sostanzierebbe la democraticità interna (30). Nella vigente legislazione è spesso richiesto che lo statuto sia informato al « principio democratico » e ai « criteri democratici di gestione dell'ordinamento interno » (per le associazioni dei donatori di sangue); alla « democraticità della struttura » (per le organizzazioni di volontariato); ad un « ordinamento democratico » (per le associazioni venatorie); ai « criteri democratici per quanto riguarda l'ordinamento interno » (per le associazioni di promozione sociale), ad un « ordinamento interno democratico » (per le associazioni di protezione ambientale). Ebbene l'indeterminatezza di significato di queste previsioni giustifica il dubbio sulla loro legittimità costituzionale, anche perché il contenuto della regola viene individuato all'atto in cui le Amministrazioni di volta in volta competenti (al così detto riconoscimento o all'iscrizione agli albi) sindacano la sussistenza del requisito (con una attività che per la discrezionalità finisce col sottrarsi a possibilità di controllo giurisdizionale). Una siffatta indeterminatezza rischia di compromettere sia la libertà di associazione, sia l'uniformità del trattamento tra gli enti.

Se dunque appare lodevole l'intendimento di dare contenuto più preciso alla prescrizione, bisogna tuttavia denunciare anche qualche perplessità. Ad esempio è destinato ad apparire eccessivo l'onere di prevedere « una disciplina uniforme del rapporto associativo » se interpretato nel senso di imporre un totale "livellamento" fra gli associati, con l'esclusione della possibilità di contemplare categorie diverse di aderenti (fondatori, promotori, onorari, ecc.) (31).

Con riferimento alla seconda specie di clausole, è significativo che per la prima volta — a quanto mi consta — un testo normativo dia contenuto alla regola della non lucratività, puntualmente raccogliendo le indicazioni in più occasioni avanzate dalla dottrina (32).

Senza dubbio alcuni dei requisiti strutturali e funzionali, il cui inserimento nello Statuto è prescritto come onere, appaiono trascendere la funzione antielusiva che dovrebbe essere propria della disciplina fiscale. In particolare la disciplina delle ONLUS prevede requisiti così articolati da indurre a credere che il decreto legislativo abbia in sostanza configurato una nuova categoria di enti di rilievo civilistico. Così non è: l'attributo di ONLUS ha una portata unicamente fiscale, giocando un ruolo analogo a quello svolto dalla tradizionale qualificazione di (ente commerciale e di) ente non commerciale. L'iscrizione all'anagrafe delle ONLUS, possibile in forza dell'autodenuncia degli enti, svolge dunque una funzione esclusivamente sul piano pubblicistico: per lo Stato è lo strumento per procedere alla verifica dell'esistenza delle caratteristiche necessarie per ottenere le agevolazioni fiscali; per gli enti beneficiari è la condizione per godere della disciplina di favore.

Vero è che manca nel nostro ordinamento una definizione normativa dell'ente non lucrativo, non esiste cioè una disciplina organica dell'ente non profit. Da più parti è stato da tempo sollecitato un intervento del legislatore che, magari novellando le norme del codice civile, disegni una siffatta normativa; tra l'altro ciò consentirebbe di mantenere distinta la regolamentazione "di base" degli enti non lucrativi da quella eventualmente d'incentivazione (quest'ultima correlata al perseguimento di specifiche finalità ritenute meritevoli). In assenza dell'adeguata normativa civilistica il legislatore delegato è stato costretto ad inserire requisiti attinenti all'organizzazione e all'attività (soprattutto degli enti associativi e delle ONLUS) indispensabili per configurare il "tipo" ente non lucrativo.

C) Merita alcune osservazioni la definizione dell'ambito d'applicazione soggettiva del decreto. Da una parte si tratta di problemi

⁽²⁹⁾ Cfr. le già citate sentt. n. 417 del 1993 e n. 365 del 1997.

⁽³⁰⁾ Sul punto v. ampiamente la comunicazione di M. Gorgoni, Criteri di democraticità interna del ONLUS, infra.

⁽³¹⁾ Cfr. la relazione conclusiva di P. Rescigno, infra.

⁽³²⁾ Cfr. per tutti G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Torino, 1996, spec. 65 ss.

originati dagli incerti contorni delle figure soggettive evocate nella disciplina: penso ai soggetti di diritto ecclesiastico (33), ma soprattutto alla previsione — contenuta nell'art. 10, co. 10 — che esclude in ogni caso gli enti pubblici dalla qualificazione di ONLUS. Nell'applicazione di quest'ultima disposizione dovrà essere affrontata la questione della partizione pubblico/privato, certamente non agevole (34).

Almeno per due motivi mi pare poi censurabile, sotto il profilo della legittimtià costituzionale, la norma contenuta nel co. 8 dell'art. 10, là dove è previsto che « sono in ogni caso considerate ONLUS, nel rispetto della loro struttura e delle loro finalità, le organizzazioni di volontariato, le organizzazioni non governative di cooperazione, le

cooperative sociali (35).

Da una parte, il carattere vincolante della norma sembra incompatibile con il rispetto dell'autonomia dell'ente destinatario della "inclusione": non soltanto per la violazione dell'art. 18 Cost. ma, più in generale, per l'offesa al principio di libera determinazione dei soggetti privati, cui attingono tutti i diritti della prima pare della Costituzione.

Dall'altra, l'estensione della disciplina di favore è svincolata dal rispetto degli oneri d'adeguamento (anche statutari) fissati per gli altri enti dallo stesso art. 10: si tratta d'una disparità di trattamento che non pare ragionevole (anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale, cui s'è fatto prima cenno). Per questo profilo, un'ulteriore incongruenza della norma — da altri sottolineata nel corso del dibattito — è nel fatto che la deroga al rispetto dei requisiti fissati per ottenere la qualificazione di ONLUS rende di fatto inapplicabili le sanzioni stabilite dall'art. 28.

D) L'art. 11, co. 3, rinvia alla determinazione regolamentare del ministero delle finanze l'individuazione de « i casi di decadenza totale o parziale dalle agevolazioni previste dal presente decreto ». La norma sembra in contrasto con la riserva di legge fissata dall'art. 23 Cost. Che la riserva di legge in tema di prestazioni imposte abbia natura relativa

è pacifico, ma la Corte costituzionale ha in più occasioni statuito che il potere di imposizione non può essere rimesso all'arbitrio dell'ente impositore. In tale materia la legge deve comunque indicare i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'attività amministrativa: in particolare, non assolve questa funzione l'attribuzione all'ente impositore del potere, ad esempio, di valutare la sussistenza di « particolari circostanze » giustificative della prestazione imposta (36).

Sarebbe stato poi opportuno che fossero disciplinate le conseguenze della perdita della qualifica di ONLUS. Correttamente è stata esclusa l'eventualità dello scioglimento diretto dell'ente (com'era nel progetto iniziale); tuttavia, neppure è da ritenere che la perdita della qualificazione possa comportare soltanto l'esclusione dalle agevolazioni per il periodo successivo. Allo stato è da ritenere che la sanzione sia quella fiscale della sottoposizione a tassazione "regolare" di tutti gli atti posti in essere dall'ente che, mancando dei requisiti necessari, non aveva diritto alle agevolazioni. Mi chiedo se non sarebbe stato opportuno prevedere che il patrimonio eventualmente accumulato anche in forza delle iniziative agevolate rimanesse vincolato alle (di altri enti) iniziative di solidarietà.

E) All'art. 9 del decreto legislativo sono introdotte due fattispecie di agevolazioni fiscali per tutti gli enti non commerciali (applicabili anche alle ONLUS in forza dell'art. 26), concernenti il trasferimento di beni patrimoniali: l'una relativa all'ipotesi di cessione a titolo gratuito di aziende o beni a favore di un ente non commerciale, l'altra volta invece ad agevolare la dismissione, da parte dell'ente non commerciale, di beni immobili ritenuti non necessari per esercitare l'attività istituzionale. Al di là del merito dell'agevolazione, mi pare interessante sottolineare la natura transitoria del beneficio. La temporaneità dovrebbe essere in effetti una caratteristica qualificante delle leggi d'incentivo (e più in generale del diritto così detto premiale). In questa prospettiva sarebbero anzi opportune iniziative di monitoraggio degli effetti degli incentivi. Ciò consentirebbe tra l'altro di valutare l'opportunità del mantenimento dell'iniziativa promozionale, non più prorogandola quando si rivelasse priva d'effettività: perché, ad esempio, la finalità ausiliata non appare più meritevole ovvero, per converso, perché l'iniziativa originariamente sussidiata è oramai in grado di proseguire con le proprie forze.

⁽³³⁾ Cfr. la relazione di P. Consorti, Le ONLUS e la disciplina degli enti ecclesiastici, infra.

⁽³⁴⁾ Cfr. di recente G. Alpa, La distinzione/contrapposizione di diritto privato e di diritto pubblico nella giurisprudenza, in Nuova giur. civ. comm., 1998, II, 1 ss.; sull'applicazione del decreto legislativo n. 460 alle IPAB v. la comunicazione di L. Musselli, «Interferenze » pubblicistiche nella disciplina del ONLUS: aspetti problematici, infra.

⁽³⁵⁾ Si vedano la relazione di S. RAGGHIANTI, Disciplina ONLUS e volontariato e la comunicazione di E. Ferioli, ONLUS cooperativi sociali: solidarietà e cooperazione della legge n. 309/91 al D.Lgs. n. 460/1997, infra.

⁽³⁶⁾ Cfr., ad esempio, sentt. n. 122 del 1957 (in *Giur. cost.*, 1957, I, 1101 ss.); n. 127 del 1963 (*ivi*, 1963, I, 1404 ss.); n. 27 del 1979 (*ivi*, 1979, I, 295 ss.).

F) Prevedendo l'ipotesi dell'emissione di titoli di solidarietà, l'art. 29 del decreto legislativo apre la porta al riconoscimento del ruolo della finanza etica a sostegno del mondo non profit. La norma prevede l'emissione di particolari titoli denominati di solidarietà, emissione incentivata con il riconoscimento della deducibilità dal reddito d'impresa dell'emittente della differenza fra il tasso effettivamente praticato e quello di riferimento fissato da un apposito decreto, purché i fondi raccolti attraverso l'emissione dei titoli siano finalizzati al finanziamento di ONLUS. L'ipotesi — se ho ben inteso — è che la raccolta dei fondi sia effettuata attraverso un'offerta di titoli ad un tasso appetibile per i sottoscrittori privati, o comunque, grosso modo, a livelli remunerativi di mercato. La ragione dell'agevolazione a favore dell'emittente è nel fatto che questi è obbligato a destinare la raccolta al finanziamento delle ONLUS (37). La norma tuttavia non prevede — come parrebbe logico ritenere, poiché altrimenti non avrebbe ragione d'essere l'agevolazione - che il tasso praticato alla ONLUS cliente debba essere inferiore a quello usualmente praticato alla clientela imprenditoriale. A meno di ritenere che il legislatore si sia mosso nella convinzione che, già in quanto tale, il finanziamento alle ONLUS sia encomiabile, a causa della presumibile difficoltà di queste di fornire garanzie adeguate di restituzione dei finanziamenti ottenuti: sarebbe insomma premiato il rischio particolarmente gravoso assunto dall'ente finanziatore (38).

La finanza etica rappresenta senz'altro un settore da promuovere in vista del sostegno all'associazionismo sociale, posto che attraverso di essa si vuole sensibilizzare i privati al fine di destinare una parte del reddito dei propri investimenti alle iniziative di solidarietà.

Gli strumenti sino ad ora utilizzati — almeno quelli a me noti — sono stati due (39). Il così detto conto etico, con il quale i correntisti decidono di destinare, mediante una delega alla Banca presso la quale intrattengono il conto, in tutto o in parte gli interessi di propria

pertinenza ad un apposito fondo destinato al finanziamento delle iniziative sociali. L'altro tecnico è quella del fondo d'investimento solidaristico: si tratta di un fondo comune d'investimento nel quale parte dei ricavi della gestione del fondo — magari quelli che superano un rendimento già pattuito con il sottoscrittore — sono erogati a titolo di liberalità ad enti previamente scelti dagli stessi sottoscritti.

Un altro canale di diffusione della finanza etica è l'istituzione della così detta Banca Etica. L'idea è di sviluppare l'esperienza delle Mutue di Auto Gestione, società cooperative che a fianco della raccolta di risparmi dei propri soci effettuano un servizio di finanziamento ad altri soci, soprattutto del terzo settore. Dopo il T.U. bancario del 1994 s'è in effetti avviato un programma che ha lo scopo di fondare una Banca Etica in forma cooperativa (40). Il progetto sembra ormai avviato a buon fine e la Banca Popolare Etica dovrebbe nascere il prossimo 30 maggio e quindi incominciare ad operare già dal 1999 (41).

A scopo informativo è interessante riportare una parte dell'art. 5 della bozza di costituzione dove si prevede che le finalità della Banca saranno di « gestire le risorse finanziarie di famiglie, donne, uomini, organizzazioni ed enti, orientando i loro risparmi e disponibilità verso la realizzazione del bene comune. Attraverso gli strumenti dell'attività creditizia, la società indirizza la raccolta ad attività socio-economiche finalizzate all'utile socile, ambientale e culturale, sostenendo in particolare le attività di promozione umana, sociale ed economica delle fasce più deboli della popolazione e delle aree più svantaggiate della Terra, con esclusione quindi dei rapporti finanziari con quelle attività economiche che ostacolano lo sviluppo umano e contribuiscono a violare i diritti fondamentali della persona ».

G) L'art. 28 fissa le ipotesi di responsabilità degli amministratori delle ONLUS: si tratta di una disciplina senz'altro necessaria per reprimere efficacemente possibili abusi e tuttavia non bisogna neppure dimenticare le specificità del settore *non profit*. Spesso le funzioni di amministrazione (oggi d'un ente non lucrativo a scopi sociali, come domani d'una ONLUS) rappresentano un impegno assolto da volontari

⁽³⁷⁾ Nel proprio Parere la Commissione dei Trenta dichiara di non condividere il criterio adottato dalla norma, sottolineando che l'agevolazione dovrebbe essere in capo al risparmiatore al quale dovrebbe essere riconosciuta la libertà di scegliere l'operatore finanziario più sensibile ai finanziamenti etici.

⁽³⁸⁾ Successivamente alla stesura della relazione, la disciplina prevista dal decreto legislativo ha trovato attuazione con il decreto ministeriale 8.6.1999, n. 328, in *Gazz. Uff.*, 23.9.1999 n. 244.

 <sup>10. 244.
 (39)</sup> Si veda F. Capriglione, Cooperazione di credito e « finanza etica », in Banca, borsa, 1997,
 21 ss.; E. Bani, Il mercato della solidarietà: servizi d'interesse collettivo, imprese sociali e 'volontariato',
 in AA.VV., Diritto pubblico dell'economia, a cura di M. Giusti, Padova, 1994, 379 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Proposta per una carta d'intenti della finanza etica, a cura dell'associazione Finanza Etica, Padova, 1996; AA.VV., Verso la Banca Etica: finanziare la solidarietà. Il ruolo del Terzo settore nella creazione di nuovo lavoro, in Acli-oggi, n. 9 del 1997; L'associazione « Finanza etica » si presenta, in Volontariato Oggi, 1997, VI, 14-15.

⁽⁴¹⁾ Cfr. le notizie riportate in I. Meneghello, I 15 banchieri della solidarietà, in Corr. sera del 20 parile 1998.

97

i quali si devono confrontare con una disciplina non sempre di agevole interpretazione ed applicazione (com'è d'altra parte emerso in questo convegno). In una prospettiva operativa è allora forse utile ricordare la recente riforma delle sanzioni non penali in materia tributaria introdotta dal decreto legislativo n. 471 del 1997. L'art. 11 — che disciplina in particolare le violazioni commesse dai rappresentanti (anche) degli enti, sancendo la responsabilità solidale di questi ultimi — prevede al co. 6 che « per i casi di violazioni commesse senza dolo o colpa grave » l'ente può « assumere il debito dell'autore della violazione ». L'applicazione di tale norma potrebbe consentire alle ONLUS di previamente impegnarsi a tener manlevati i propri legali rappresentanti per le eventuali sanzioni irrogate all'ente (naturalmente con l'esclusione delle ipotesi di dolo o colpa grave).

6. Tracce per minime considerazioni di sintesi.

La valutazione sul modello di sostegno attuato con il decreto legislativo n. 460 a me pare positiva. Da tempo infatti sia gli operatori del settore *non profit*, sia la dottrina avevano auspicato un incisivo ampliamento delle agevolazioni fiscali a favore dell'attività non speculativa. Per le ragioni cui ho fatto cenno il sostegno attraverso la leva fiscale rispetta la natura privata dell'iniziativa sussidiata e ne responsabilizza i promotori assai più di quanto avvenga con l'erogazione dei contributi di denaro. Naturalmente esistono aporie ed incongruenze nel testo normativo, e tuttavia bisogna ribadire che la strada intrapresa è quella giusta.

Vero è che il sostegno pubblico è, alla luce anche delle esperienze degli altri ordinamenti, un elemento *necessario* per assicurare la vitalità delle iniziative volontarie; altrettanto vero è che l'incentivazione pubblica sortisce effetti positivi se attuata in modo da favorire forme d'associazionismo sano e non parassitario (42). Con questo approccio alcuni punti devono essere tenuti fermi nell'agenda politica.

Il sostegno pubblico non deve compromettere la competitività anzitutto all'interno del settore *non profit*. Non si può quindi rinunciare agli strumenti idonei a garantire la trasparenza nei procedimenti d'assegnazione degli incentivi e il successivo controllo sull'effettivo perseguimento dei fini istituzionali da parte degli enti beneficiari, così

soltanto potendosi allontanare il rischio di un associazionismo dipendente dai poteri politici ed economici. È quindi auspicabile, ad esempio, che si provveda al più presto all'insediamento dell'Autorità di garanzia prevista dalla legge n. 662 del 1996.

Margini di competitività devono poi essere salvaguardati anche nei confronti del mondo dell'impresa, quando agli enti non lucrativi siano riconosciute agevolazioni nell'esercizio di attività economiche: il protezionismo non aiuta lo sviluppo di un associazionismo privato coerente con il modello di economia sociale di mercato.

Soltanto muovendo su tali tracce l'azione di promozione degli enti non profit sarà rispettosa di quei principi di pluralismo competitivo inscritti nella nostra Costituzione.

⁽⁴²⁾ Cfr. S. RISTUCCIA, Volontariato e Fondazioni. Fisionomie del settore non profit, Rimini, 1996, spec. 333 ss.

LE ONLUS NELLA RIFORMA DELLO STATO SOCIALE (*)

Perché nasce il welfare state

Nello spiegare le ragioni che stanno dietro la nascita dei sistemi di welfare state occidentale, si fa spesso riferimento a ragioni di tipo « redistributivo ». I sistemi di welfare sarebbero allora il meccanismo istituzionale escogitato dalle società occidentali per redistribuire risorse ed opportunità tra cittadini più fortunati e cittadini meno fortunati. La fornitura, in forma gratuita ed uguale per tutti i cittadini, di servizi sociali, assistenziali, sanitari ed educativi renderebbe possibile questa redistribuzione di ricchezza e di possibilità grazie a meccanismi di finanziamento basati su sistemi di imposta progressiva. In questo modo, i cittadini a maggior reddito finanziano la fornitura di servizi destinati ai cittadini più poteri ed i cittadini più fortunati (perché più in salute, meno bisognosi, più giovani e così via) finanziano la fornitura di servizi per i cittadini meno fortunati (perché più malati, più bisognosi o più anziani).

I sistemi di welfare state sarebbero allora, per usare la bella espressione di Giorgio Ruffolo, il meccanismo istituzionale più avanzato creato dalle società occidentali per togliere i destini individuali dalle leggi del censo o del caso, leggi che avevano governato la sorte degli individui fino al secolo scorso.

Dietro la nascita dei sistemi di *welfare* non vi sono solo ragioni di tipo redistributivo, ma anche di tipo economico; queste ultime fanno principalmente riferimento a qualche « fallimento » dei mercati privati nel produrre in quantità sufficiente alcuni beni desiderati dagli individui. I sistemi di *welfare* — la produzione pubblica ed il finanziamento mediante imposte di servizi alla persona nei campi della sanità, della

^(*) GIAN PAOLO BARBETTA, Ricercatore in Economia politica presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

previdenza, dell'assistenza e dell'istruzione — sarebbero allora il dispositivo necessario a superare le imperfezioni ed il cattivo funzionamento del mercato di qualche bene o servizio.

Questi fallimenti del mercato possono essere imputati a cause diverse, anche se collegate.

In primo luogo possono dipendere dalla presenza si asimmetria informativa e dal connesso fenomeno della «selezione avversa». La letteratura economica ha da tempo messo in evidenza come i fenomeni di asimmetria informativa possano, ad esempio, impedire il funzionamento di un mercato privo di polizze di assicurazione sanitaria. Supponiamo infatti che un assicuratore non sia in grado di stabilire con precisione le caratteristiche dei soggetti che chiedono di assicurarsi. In questo caso, nella impossibilità di discriminare i prezzi sulla base delle caratteristiche e del grado di rischio dei soggetti, egli si troverà costretto ad applicare una tariffa media uguale per tutti. Di fronte alle condizioni proposte dall'assicuratore, alcuni soggetti, quello con il grado di rischio più basso — o in ogni caso con un rischio inferiore al premio chiesto dall'assicuratore — troveranno conveniente non assicurarsi (oppure saranno attratti dalle offerte economiche di un altro assicuratore che chieda premi più bassi). I soli soggetti che continueranno a chiedere l'assicurazione sanitaria saranno quelli con un grado di rischio superiore alla media, proprio quelli che generano le spese più elevate per l'assicuratore; questa è la « selezione avversa ».

A seguito dell'abbandono dei clienti migliori (quelli che finanziavano con i loro premi la fornitura di servizi ai clienti peggiori) l'assicuratore incorrerà in perdite e si vedrà costretto ad alzare il livello medio dei premi, causando in tal modo la sua rovina; ancora una volta infatti funzionerà il meccanismo di selezione avversa, secondo il quale gli unici soggetti che continueranno a chiedere di assicurarsi saranno quelli con il maggior rischio. Il meccanismo è destinato a perpetuarsi sino al momento in cui non si troverà nessun assicuratore disposto ad offrire polizze sanitarie. Il mercato dell'assicurazione sanitaria « fallisce ».

In secondo luogo, i fallimenti del mercato posso dipendere dalla presenza di esternalità positive o negative, cioè dal fatto che determinati comportamenti individuali beneficino o danneggino altri soggetti senza che i responsabili vengano premiati per il beneficio creato o ritenuti economicamente responsabili per il danno generato. In questi casi, i comportamenti che generano esternalità positive (o negative) tenderanno ad essere troppo scarsi (o troppo frequenti) rispetto a quanto sarebbe ottimo per la collettività nel suo insieme.

Un esempio tipico di comportamenti che generano esternalità positive è fornito dalle vaccinazioni. Il fatto di vaccinarsi contro una malattia comporta senza dubbio un vantaggio per il soggetto che riceve la vaccinazione ma, nel contempo, il suo comportamento beneficia anche i soggetti non vaccinati poiché riduce il rischio di propagazione delle infezioni. Il beneficio sociale della vaccinazione è dunque più alto del suo beneficio individuale; d'altra parte i costi della vaccinazione sono sopportati esclusivamente dai singoli individui, sicché questi ultimi saranno meno propensi a vaccinarsi di quanto richiederebbe l'ottimo sociale.

Un esempio di comportamenti che generano esternalità negative è dato invece dall'inquinamento. Il soggetto che inquina sopporta generalmente solo i costi individuali delle sue azioni, mentre non sarà chiamato a rispondere dei costi sociali delle stesse, cioè dell'inquinamento subito da altri soggetti; di conseguenza, egli tenderà a generare una quantità di inquinamento superiore a quella socialmente ottima. In questi casi dunque i mercati lasciati a se stessi tenderanno a « fallire » producendo quantità insufficienti, o troppo elevate, di alcuni beni.

I mercati falliscono anche nella produzione dei cosiddetti « beni di merito »; si tratta di beni — come l'istruzione, la cultura o la sicurezza — di cui gli individui non valutano appieno l'utilità individuale oltre che collettiva. Questi beni tenderanno dunque ad essere domandati in quantità inferiore a quella che sarebbe ottimale per l'individuo e per la collettività, a meno che qualche soggetto « illuminato » non obblighi a consumarli.

Ancora, gli individui tendono a domandare quantità in eccesso di « beni posizionali », riducendo con ciò la quantità domandata di altri beni che influenzeranno in futuro la loro esistenza. È considerato « posizionale » (secondo la definizione di Hirsch, 1981) un bene il cui valore è fortemente influenzato dalle caratteristiche relative cioè, ad esempio, dal livello a cui è consumato da altri individui. Il tentativo di consumare beni posizionali fa sì che gli individui attribuiscano un valore falsamente elevato al consumo ed uno falsamente basso al risparmio; come conseguenza, « la maggior parte delle famiglie godrebbe di pensioni assolutamente inadeguate, se non esistessero un sistema di previdenza sociale e i programmi di risparmio privato obbligatorio » (Frank, 1992, p. 193).

Questi fallimenti del mercato giustificano e spiegano l'intervento pubblico nel finanziamento e nella produzione dei principali beni e servizi di welfare. L'intervento pubblico, che rende obbligatorio il finanziamento da parte degli individui di alcuni beni o servizi (come le

assicurazioni sanitarie previdenziali) e il consumo di altri (come l'istruzione e la cultura), rappresenta il meccanismo istituzionale che rimedia ai fallimenti del mercato.

La crisi dei sistemi di welfare state

I modi in cui l'intervento pubblico supplisce alle carenze dei mercati varia da situazione a situazione, così che i « modelli » di welfare state, sono caratterizzati da notevole diversità: modelli universalistici si accompagnano a modelli residuali, modelli che puntano principalmente sulla erogazione di sussidi monetari si contrappongono a modelli che fanno moto affidamento sulla fornitura di servizi reali, e così via.

Un dato sembra tuttavia accomunare i sistemi di welfare occidentali di fine millennio: « la popolazione ritiene che il costo di questi sistemi sia troppo elevato, o che la qualità dei servizi forniti sia tropo bassa » (Besley e Gouveia, 1994). In questo contesto, le accuse che vengono avanzate ai sistemi pubblici di welfare si concentrano su

quatto aspetti fondamentali.

Il primo aspetto è la sostenibilità economica dei sistemi stessi (Malinvaud, 1994). L'argomento nasce dalla osservazione della crescita della quota di reddito destinata al finanziamento della spesa pubblica per servizi di welfare sperimentata dalle economie occidentali nell'ultimo trentennio. Pur non comportando alcun giudizio automatico di insostenibilità economica, questa crescita implica tuttavia complesse — e spesso conflittuali - decisioni di riallocazione delle risorse economiche tra usi alternativi. Alla crescita della spesa si aggiunge l'elevata frequenza dei disavanzi generati dalle organizzazioni pubbliche preposte sia alla fornitura di servizi che stanno « al di fuori di una logica di mercato », come quelli di natura assistenziale, ma anche di servizi -- come quelli previdenziali -- a fronte dei quali i soggetti assistiti pagano contributi e che dovrebbero pertanto essere in equilibrio economico. È pur vero che la distinzione tra spese di tipo previdenziale e spese di tipo assistenziale non è sempre facile da trattare, sicché il disavanzo può comunque essere pensato come il risultato di scelte di natura assistenziale.

La preoccupazione riguardo alla sostenibilità economica dei sistemi di welfare fa talvolta riferimento alla « malattia dei costi » analizzata dal Bauomol e Bowen (1966) nel contesto della arti e degli spettacoli (1). La malattia dei costi non deve tuttavia preoccupare troppo poiché, come ha fatto osservare lo stesso Baumol (Baumol e Baumol, 1985) allontanando le interpretazioni pessimistiche della sua analisi, lo sviluppo garantito dai settori ad alta crescita della produttività genera risorse che possono essere usate per la produzione dei beni e dei servizi stagnanti, come sono tipicamente quelli di welfare.

In sintesi, è difficile sfuggire all'impressione che l'argomento della sostenibilità, più che basarsi sulla stretta compatibilità economica dei sistemi di welfare occidentali, faccia piuttosto riferimento ai costi sociali e politici creati dalla necessità di imporre aliquote di imposta crescenti per finanziare il sistema pubblico di fornitura dei servizi; si tratterebbe dunque di un problema di sostenibilità politica più che economica.

La seconda critica avanzata ai sistemi di welfare riguarda la loro efficienza (Malinvaud, 1994). Le inefficienze pubbliche deriverebbero principalmente della mancanza di competizione nella fornitura di beni e servizi (Savas, 1987, p. 96-97); essendo spesso libero di comportarsi come un monopolista non regolamentato, il produttore pubblico tenderà a manifestare comportamenti che privilegiano il proprio interesse rispetto a quello degli utenti del servizio. Proprio questa mancanza di competizione e di alternative disponibili al cliente spiegherebbe la tendenza dei servizi pubblici ad esser poco flessibili (in termini di orari, di capacità di adattarsi alle esigenze della domanda, ecc.), molto burocratizzati e spesso anche di scarsa qualità.

Il terzo insieme di considerazioni critiche fa riferimento proprio alla rigidità dei servizi pubblici (alla loro mancanza di flessibilità) intesa come incapacità di adattarsi alle esigenze delle diverse tipologie di utenti che ai servizi si rivolgono. A causa dei vincoli cui sono normativamente sottoposti, gli operatori pubblici sono infatti tenuti a fornire servizi identici a tutti i cittadini. Si tratta di una tendenza comprensibile e forse anche meritevole di sostegno data la natura pubblica e la necessaria imparzialità del fornitore. Essa rischia tuttavia di tradursi in aumenti di costo e in sostanziale inefficacia quando le domande dei cittadini si diversificano notevolmente a causa della verità nelle condi-

⁽¹⁾ In campo artistico, i servizi sono in grado di realizzare solo modesti incrementi di

produttività e la quantità di lavoro impiegato non si può ridurre senza rischiare di mettere a repentaglio la qualità del prodotto finale. D'altra parte, le retribuzioni di coloro che lavorano nei settori di produttività stagnante crescono più o meno in linea con quelle dei settori che realizzano incrementi di produttività; ciò porta ad un aumento del costo unitario di questi servizi rispetto a quelli per i quali gli incrementi di produttività sono possibili. Diviene dunque necessario destinare sempre più risorse sociali per finanziare la produzione di servizi a produttività stagnante, e la dinamica può accentuarsi ulteriormente se anche la domanda cresce. Se i servizi sono finanziati dallo Stato, il bilancio pubblico è desinato ad assumere dimensioni sempre più elevate.

zioni di vita individuali: circostanza questa che diventa sempre più frequente nelle nostre società, caratterizzate da percorsi di vita e di lavoro individuale molto più disomogenei rispetto al passato.

Infine, si imputa ai sistemi pubblici di welfare una sostanziale incapacità di trattare gli incentivi individuali (Malinvaud, 1994). Come si è accennato nel paragrafo precedente, a partire dal contributo teorico di Arrow (1963), i sistemi pubblici di assicurazione obbligatoria dei rischi individuali (come la disoccupazione o la malattia) sono stati interpretati come risposta a quel particolare « fallimento del mercato » rappresentato dalla selezione avversa in condizioni di asimmetria informativa. Sfortunatamente, e qui si concentrano le critiche ai sistemi di welfare (Malinvaud, 1994, e Phelps, 1995), una volta che il sistema di assicurazione pubblica sia in funzione, esistono pochi meccanismi efficaci contro un altro problema generato dalla simmetria informativa tra assicurato ed assicuratore: l'assicurato, forte della protezione della polizza assicurativa, può infatti essere indotto a tenere comportamenti che aumentano la sua probabilità di incorrere nel rischio assicurato (fenomeno noto con il nome di « azzardo morale »). Malinvaud fa osservare come solo raramente i sistemi di welfare abbiano tenuto in considerazione i risultati della ricerca in tema di comportamenti incentivanti, soprattutto nelle parti che prescrivono forme di compensazione solo parziale.

Le risposte alla crisi dei sistemi di welfare

Di fronte a queste difficoltà dei sistemi pubblici di assistenza, sanità e previdenza, non pochi commentatori hanno invocato la prospettiva della privatizzazione, termine vago con il quale si identificano interventi assai diversi tra loro.

Nella fornitura dei beni e dei servizi di cui stiamo discutendo, un puro e semplice « ritorno al mercato » appare difficilmente sostenibile a causa dei « fallimenti » di cui abbiamo discusso nel primo paragrafo e degli effetti redistributivi che si sono voluti generare attraverso i sistemi di welfare pubblico. Ricorrere al mercato, nei casi in cui questo potrebbe funzionare, significherebbe comunque accettare un sensibile aumento del grado di disuguaglianza sociale.

Meno drastica dal punto di vista distributivo e più sostenibile dal punto di vista del fallimenti del mercato appare invece la proposta di separare la complessiva erogazione di servizi di *welfare* nelle sue due componenti di finanziamento e di fornitura del servizio (Salamon, 1987a, 1987b). Il finanziamento del servizio continuerebbe ad essere

una responsabilità prevalentemente pubblica e verrebbe garantito principalmente da un sistema fiscale progressivo; al finanziamento della erogazione dei servizi concorrerebbero però anche donazioni private (di denaro e di tempo) e pagamenti degli utenti. La fornitura dei servizi (o almeno di alcuni di essi) potrebbe invece essere delegata ad organizzazioni private, in molti casi ad organizzazioni senza fine di lucro. Si disegnerebbe così un sistema di « welfare misto » in cui la pubblica amministrazione decentra, regolamenta e controlla la fornitura di una parte dei servizi di cui resta comunque responsabile.

Questa soluzione consentirebbe di salvare le ragioni redistributive che stanno alla base della creazione dei sistemi di welfare, di superare i problemi di fallimento dei mercati privati e, forse, di contribuire a risolvere alcuni dei problemi dei sistemi di welfare pubblico cui abbiamo accennato in precedenza. Il decentramento — opportunamente regolato — della fornitura dei sevizi consentirebbe inoltre di introdurre meccanismi di competizione tra fornitori alternativi (sul mercato o per il mercato) forse in grado di portare qualche risultato positivo in termini di efficenza e di soddisfazione dei cittadini utenti.

In questo contesto, le organizzazioni *non profit* possono giocare un ruolo rilevante. Il vincolo di non distribuzione dei profitti, unito alle attitudini etiche e di servizio che spesso caratterizzano queste organizzazioni, rappresenta infatti un indubbio elemento di garanzia per gli utenti che si trovano ad acquistare (o anche solo a consumare) beni e servizi in condizioni di asimmetria informativa (2).

La presenza di organizzazioni non profit come fornitori di servizi può consentire di superare alcuni problemi di sostenibilità economica grazie a diversi meccanismi: la capacità di attrarre donazioni che integrino le entrate derivanti dalle sovvenzioni pubbliche e dalla vendita dei propri prodotti sul mercato; la facilità di attrazione di volontari o la possibilità di pagare salari inferiori a quelli pubblici, offrendo in cambio ambienti coinvolgenti, forme di lavoro più flessibili e motivazioni più forti; la modifica del sistema degli incentivi individuali e della organizzazione del lavoro (da logiche gerarchiche, burocratiche e poco incentivanti a sistemi più partecipativi) che può portare a grandi guadagni di efficienza.

A ciò si aggiunge il fatto che, non essendo soggette al vincolo di eguaglianza nei trattamenti individuali, le organizzazioni non profit

⁽²⁾ Per una rassegna della letteratura economica a riguardo si veda Barbetta, 1990

possono sperimentare la fornitura di sevizi diversificati, più flessibili ed atti alle esigenze degli individui, oltre che praticare meccanismi di discriminazione di prezzo. La stessa competizione tra fornitori alternativi può poi, come si è già accennato, portare ad un incremento nel grado di efficienza della fornitura di servizi.

Le ONLUS nel quadro della crisi dei sistemi di welfare state

Il decreto legislativo 460/1997, che introduce la categoria giuridica delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), rappresenta un importante passo avanti della legislazione italiana nei confronti delle organizzazioni del settore *non profit*.

Si tratta, in primo luogo, di un avvenimento importante dal punto di vista simbolico perché segna il ritorno di interesse del legislatore verso il terzo settore, dopo anni di abbandono o di interventi legislativi riservati a piccole porzioni di quel mondo (come la legge sulle organizzazioni di volontariato e sulle cooperative sociali). In secondo luogo si tratta di un primo passo verso una legislazione che consideri le organizzazioni non profit come un « settore » omogeneo, meritevole di attenzione nel suo complesso e non solo in questa o quell'altra componente.

Non è opportuno, in questa sede, procedere ad una valutazione generale dei meriti e delle debolezze della legislazione sulle ONLUS. Vale solo la pena di sottolineare gli elementi più rilevanti ai fini di quella riorganizzazione del sistema di welfare state che abbiamo sommariamente descritto in precedenza.

Il principale elemento rilevante è il fatto che il D.Lgs. 460/97 introduce, per la prima volta, in modo rigoroso nella nostra legislazione il concetto di « non distribution constraint » (vincolo alla non distribuzione degli utili) tanto importante nella legislazione anglosassone. Il vincolo di non distribuzione degli utili viene definito dalle disposizioni contenute nelle lettere d, e ed f del comma 1 e nel comma 6 dell'articolo 10 del provvedimento normativo. Esso è la somma del divieto di distribuire avanzi di gestione, dell'obbligo di impiegare tali utili ed avanzi per la realizzazione delle attività istituzionali dell'organizzazione e dell'obbligo di devolvere il patrimonio dell'organizzazione ad altre ONLUS o a fini di pubblica utilità in caso di scioglimento; sono inoltre considerate distribuzione di utile tutte le operazioni tese ad aumentare le retribuzioni, i compensi o i pagamenti del personale e dei soci e tutte le transazioni economiche con soggetti « interessati » (o, come si direbbe, con stakeholder della ONLUS).

L'introduzione di una rigorosa definizione di non profit, che impedisca l'uso opportunistico di questo tipo di organizzazioni, appare molto opportuna nel contesto di riforma del sistema di welfare state; l'analisi economica affida infatti un ruolo cruciale al vincolo di non distribuzione dei profitti nello spiegare il ruolo ed il successo delle organizzazioni non profit nella fornitura di beni o servizi caratterizzati da un elevato grado di asimmetria informativa, come sono tipicamente i servizi di welfare. In questo contesto, il vincolo di non distribuzione agisce infatti come una sorta di meccanismo fiduciario nei confronti dell'utente, consentendo l'esistenza di mercati e di fornitori privati che altrimenti ben difficilmente potrebbero avere successo. Viene dunque colmata una grave lacuna dell'apparato normativo italiano.

RELAZIONI

Il secondo elemento di grande rilievo del decreto legislativo consiste nella introduzione di qualche vincolo di trasparenza per le ONLUS, come l'obbligo di redigere il bilancio o rendiconto annuale, e di meccanismi di controllo sulla loro attività. Si tratta, anche in questo caso, di vincoli che tendono a rafforzare il livello di fiducia che i cittadini utenti possono porre nell'attività delle organizzazioni che prestano servizi alla persona.

Ancora, riconoscendo l'utilità collettiva delle attività svolte dalle ONLUS, il decreto concede qualche incentivo fiscale alla loro attività. Si tratta di misure che possono senza dubbio contribuire a facilitare la raccolta di contributi volontari alle organizzazioni non profit e che quindi, come tali, tendono a ridurre il peso diretto del finanziamento pubblico dei servizi, mobilitando risorse economiche che sarebbero altrimenti inutilizzate.

Questa serie di elementi consente di affermare che il decreto legislativo garantisce un buon contributo preliminare alla definizione degli scenari legislativi entro cui collocare la complessiva riforma del sistema di welfare state italiano.

Non mancano tuttavia elementi critici che il decreto non riesce a risolvere.

Innanzitutto bisogna osservare come la stessa categoria di ONLUS (che in qualche misura introduce una nuova fattispecie giuridica) sia ricavata nell'ambito della legislazione tributaria e non tocchi le questioni « civilistiche » della riforma degli enti del libro primo. Sembra in sostanza che resti ancora del tutto inattuato il progetto di revisione delle forme giuridiche del settore *non profit*, tuttora limitate principalmente alle fattispecie della associazione e della fondazione. Si avverte dunque ancora l'esigenza di un processo di riforma legislativo che sia in

RELAZIONI

109

grado di ridefinire i confini complessivi dell'universo *non profit* unificando (senza confusioni) e distinguendo (senza introdurre separazioni artificiose) le figure giuridiche di riferimento.

Un simile processo di riforma legislativa non potrà non tenere conto dei cicli di vita che caratterizzano le organizzazioni del terzo settore e della continuità che si riscontra tra organizzazioni caratterizzate da forme giuridiche differenti. Il caso paradigmatico delle organizzazioni che si occupano di tossicodipendenza fornisce un buon esempio a riguardo. Molte organizzazioni nascono infatti dietro la spinta e le motivazioni di gruppi più meno ampi di volontari, per evolvere poi verso strutture organizzative più sofisticate che vedono la presenza contemporanea di volontari e lavoratori retribuiti. Non di rado queste strutture si organizzano poi in forma di gruppo, con tanto di fondazione *bolding* e di cooperative di inserimento lavorativo. Questi percorsi motivazionali, economici ed organizzativi vanno tenuti presenti per riprendere in mano la legislazione civilistica sulle organizzazioni *non profit*.

Un ulteriore elemento critico del decreto riguarda il livello di incentivazione fiscale concesso. Se è vero che in questo campo viene fatto qualche passo avanti, è anche necessario riconoscere che i limiti di deducibilità fiscale delle donazioni sono modesti e, ragionevolmente, non in grado di influenzare positivamente l'evoluzione del settore. Opportuna parrebbe, in questo campo, la sperimentazione di meccanismi più generosi di incentivazione fiscale che aumentino le possibilità di scelta diretta dei cittadini nella fornitura di alcuni servizi e rendono « convenienti » ambiti di attività in cui coesistono bisogni insoddisfatti ed offerta privata e pubblica molto limitata (come nel caso dell'assistenza o della cultura).

Un ulteriore elemento cruciale per garantire il ruolo delle organizzazioni di terzo settore nella riforma dello stato sociale è costituito dalla capacità delle organizzazioni di « autoregolarsi » producendo *standard* di qualità dei servizi e procedure interne di controllo in grado di rendere sempre più affidabili queste organizzazioni agli occhi degli utenti.

Bibliografia

Arrow K.J., 1963, Uncertainty and the welfare economics of medical care, in American Economic Review, Dicembre.

BAUMOL H., BAUMOL W.J., 1985, The future of the theater and the cost disease of the arts, in Hendon M.A., Richardson J.F., Hendon W.S., Bach and the box: the impact of television on the performing arts, Akron.

BAUMOL W.J., BOWEN W.G., 1996, Performing arts.: the economic dilemma, MIT Press. Besly T., Gouveia M., 1994, Alternative systems of health care provision, in Economic Policy, 19.

Frank R., 1992, Microeconomia, McGraw Hill.

Hirsch F., 1981, I limiti sociali dello sviluppo, Bompiani.

MALINVAUD E., 1994, Is the European welfare state unsustainable? Paper presentato alla conferenza « Equity, Efficiency and growth: the future of the welfare state », Roma, luglio 1994, tradotto in Baldassarri M., Paganetto L., Phelps E.S. (a cura di), 1995, Equità, efficienza e crescita. Il futuro del welfare State, SIPI.

PHELPS E.S., 1995, Gli effetti collaterali negativi dello stato sociale: come, perché e cosa fare, in Baldassarri M., Paganetto L., Phelps E.S. (a cura di), Equità, efficienza e crescita. Il futuro del welfare State, SIPI.

SALAMON L.S., 1987a, Partners in public services: the scope and theory of government-nonprofit relations, in Powell W. (a cura di), The nonprofit sector. A research handbook, Yale University Press.

SALAMON L.S., 1987b, Of market failure, voluntary failure and third party government: toward a theory of government-nonprofit relations in the modern welfare state, in Journal of Voluntary Action Research, vol. 16, n. 1-2.

SAVAS E.S., 1987, Privatization. The key to better government, Chatman House.

LE ONLUS E LA DISCIPLINA DEGLI ENTI ECCLESIASTICI (*)

1. Premessa: la riforma del settore non profit.

Le leggi emanate in questi ultimi anni per regolare il c.d. *Terzo settore*, hanno costruito una complessa intelaiatura normativa volta a favorire i soggetti « impegnati nel sociale ». Dapprima la legge sulle *Organizzazioni non governative* (1), e poi quelle sulle *cooperative sociali* (2) e sugli *organismi di volontariato* (3), hanno però prodotto anche alcuni cambiamenti sul *modo di essere* delle figure giuridiche soggettive, rendendo sempre meno attuali le categorie sulle quali si è tradizionalmente basata la distinzione tra i diversi *soggetti giuridici*.

Com'è noto, la sistematica del codice pone tre grandi distinzioni: da un lato quella tra soggetti economici, regolati nel quinto libro, e soggetti ideali, regolati nel primo libro; poi quella tra soggetti non riconosciuti e persone giuridiche, ed infine quella tra enti associativi ed enti fondatizi. Queste ripartizioni sono adesso attraversate da un ulteriore criterio discriminante, fondato sulla divergenza fra i soggetti costituti per realizzare un *lucro* e quelli viceversa nati per perseguire una finalità di *solidarietà sociale* (4).

Tale risultato è stato raggiunto mediante una crescente valorizzazione del *principio costituzionale di solidarietà*, considerato « pilastro

^(*) PIERLUIGI CONSORII, Ricercatore in Diritto ecclesiastico presso la Facoltà di Giurisprudenza di Pisa

⁽¹⁾ Cfr. G. Sacerdott, Cooperazione economica internazionale, in Digesto disc. pubbl., Torino, 1989, spec. pp. 178 ss.

⁽²⁾ Cfr. A. Gaudino, Le cooperative finalizzate, in Riv. dir. e proc. civ., 1986, pp. 565 ss.

⁽³⁾ Cfr. D. Lucarini Ortolani, Organizzazioni di volontariato, cooperative sociali e sistema codicistico dei fenomeni associativi, in Riv. dir. comm., 1993, pp. 561 ss.; P. Rescigno, Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato, in Giur. it., 1993, IV, pp. 1 ss.

⁽⁴⁾ N. Lipari, Enunciare i principi guida, in Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del codice civile, Rimini, 1995, p. 185.

essenziale di ogni democrazia » (5) e « principio strutturale della Repubblica » (6) « in tutti i campi (anche extragiuridici) in cui si svolgono i rapporti umani » (7). La Corte costituzionale, proprio con riferimento al volontariato, ha addirittura annoverato tale principio tra quelli supremi (8), concependolo come una valvola di apertura verso « spazi di intervento che investono anche le dimensioni della volontarietà e della libertà » (9).

Da un altro punto di vista, la valorizzazione delle organizzazioni senza scopo di lucro deriva da una nuova consapevolezza del loro peso sui meccanismi economici che influenzano il mercato (10). Questa rinnovata percezione dei fenomeni economici ha indotto la dottrina privatistica a rivedere la classica contrapposizione tra società commerciali e enti ideali (11). Il presupposto sulla base del quale si pensava che i soggetti del primo libro del codice civile fossero « principalmente destinati a svolgere attività di tipo "ideale", il cui risvolto economico è modesto o inesistente » (12), è stato, infatti, sottoposto ad una severa critica, in parte condotta attraverso un processo di comparazione con le categorie giuridiche già in uso nei Paesi anglosassoni (13). In quegli ordinamenti difatti i soggetti giuridici sono essenzialmente distinti in due grandi insiemi: da una parte quelli espressamente for profit, dall'altra quelli che invece prevedono il divieto statutario di distribuzione degli utili fra i partecipanti (c.d. distribution constraint). Nel nostro ordinamento tale bipartizione è ancora priva di un effettivo contenuto giuridico; tuttavia, si parla comunemente di enti non profit per indicare l'area « delle organizzazioni private che, senza scopo

(5) N. LIPARI, La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana, in Parlamento, 1989, f. 12, p. 24.

di lucro, si fanno carico dei bisogni ed interessi di natura collettiva » (14).

Il ricorso a questa categoria facilita la collocazione di un soggetto in un settore « agevolato » perché espressivo del perseguimento di « beni meritori » (15), ma dà vita a molteplici problemi di natura giuridica. Ad esempio alcune questioni nascono dall'incerta demarcazione tra « attività economiche » e « attività d'impresa » (16), ed altre derivano dalla virtuale « banalizzazione » del riconoscimento della personalità giuridica e delle prerogative tradizionalmente connesse a tale provvedimento (17): che nonostante tutto ancora oggi rappresenta il « processo più avanzato di riduzione ad unità, e di riferibilità, ad un centro unificante di imputazione, dei diritti e degli obblighi » (18).

2. Riforma dell'imposizione tributaria degli enti non commerciali ed istituzione delle ONLUS.

Il legislatore ha ricevuto notevoli sollecitazioni dal mondo sociale per adeguare l'ordinamento tributario agli sviluppi del sistema economico e sociale conseguente alla valorizzazione, anche giuridica, dei

⁽⁶⁾ F.P. Casavola, Dalla proprietà alla solidarietà: appunti per una riflessione in tema di diritti individuali e sociali, Padova, 1994, p. 18.

⁽⁷⁾ T. Martines, Diritto costituzionale, Milano, 1986, p. 623.

⁽⁸⁾ Cfr. Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75, in Giur. cost., 1992, pp. 404 ss.

⁽⁹⁾ E. Rossi, Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato, in Giur. cost., 1992, p. 2353.

⁽¹⁰⁾ G. MARICONDA, Superare il processo di neutralizzazione, in Fondazioni e associazioni. Proposte per un riforma, cit., pp. 65 s.

⁽¹¹⁾ Le diverse opinioni dottrinali sono esposte in G. Ponzanelli, Le non profit organizations, Milano, 1985.

⁽¹²⁾ G.P. Barbetta, Introduzione, in Senza scopo di lucro. Dimensioni economiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia, a cura di Id., Bologna, 1996, p. 26.

⁽¹³⁾ Cfr. G.P. Stivella, Rassegna della letteratura giuridica italiana sul terzo settore, in Non per profitto, a cura di M. C. Bassanini e P. Ranci, Torino, 1990, pp. 45 ss.

⁽¹⁴⁾ G.P. BARBETTA, Introduzione, cit., p. 11.

⁽¹⁵⁾ Sul concetto di «bene meritorio», cfr. G. Vegas, Il finanziamento statale delle confessioni religiose: motivazioni economiche, in Dir. eccl., 1992, I, pp. 351 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. Marasa, Attività imprenditoriali e scopi mutualistici nelle associazioni del primo libro del codice civile, in Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma, cit., pp. 189 ss. Da ultimo nella dottrina ecclesiasticistica, cfr. A. Fuccillo, La pubblicità e la rappresentanza dell'ente ecclesiastico imprenditore commerciale, in Dir. eccl., 1996, I, pp. 836 ss.

⁽¹⁷⁾ S. Cassese, Le persone giuridiche e lo Stato, in Fondazione e associazioni. Proposte per una riforma, cit., p. 59. La distinzione pratica più rilevante tra enti riconosciuti e non riconosciuti è stata eliminata con la legge 27 febbraio 1985, n. 52, che, modificando l'art. 2659 c.c., ha consentito la trascrizione degli atti di trasferimento delle proprietà immobiliari a favore degli enti non riconosciuti, « creando una sostanziale omogeneità (giurisprudenziale) tra le due figure » e vulnerando la precedente linearità del sistema (G. Iudica, La « virtù unificante » del codice civile, in Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma, cit., p. 150). D'altro canto, l'approvazione dei decreti delegati sull'autonomia regionale — che già dal 1977 consentivano agli enti che operavano nell'ambito territoriale di una Regione o in materie di competenza regionale, la concessione personalità giuridica da parte del Presidente della Giunta regionale anziché da quello della Repubblica — ed infine il ricorso ad un più agile decreto ministeriale da un lato, l'abolizione dell'obbligo di acquisizione del parere del Consiglio di Stato e l'abrogazione dell'art. 17 del c.c. dall'altro, hanno portato ad « una concezione "mite" del diritto » che ha « trasformato il potere concessorio in una mera facciata » (S. Cassese, Le persone giuridiche e lo Stato, cit., loc. cit.).

⁽¹⁸⁾ P. Rescigno, Evitare soluzioni occasionali, in Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma, cit., p. 40.

115

soggetti del Terzo settore. Il decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, rappresenta la prima risposta unitaria a tali richieste. Senza intaccare formalmente la disciplina delle figure soggettive delineata nel codice civile, esso persegue infatti la volontà di avvantaggiare i soggetti non profit, in cambio di un loro preciso impegno a mantenere ferma la natura non lucrativa ed a restare nel settore del perseguimento di scopi di utilità sociale.

La normativa tributaria precedente già presentava alcune particolarità di disciplina e prevedeva un trattamento differenziato tra « enti commerciali » ed « enti non commerciali ». Tale bipartizione era però priva di « un immediato riscontro nella legislazione di diritto comune » (19), e rispondeva all'esigenza primaria di considerare soggetti all'Imposta sul reddito delle persone giuridiche anche le associazioni non riconosciute e tutti gli altri enti, sia pubblici sia privati, che « non abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali » (art. 87 Tuir). Il dettato di questa norma ha posto diversi problemi interpretativi: è stato ad esempio necessario verificare se, « allorché tale norma menziona "l'oggetto", intenda riferirsi allo scopo dell'ente o, invece, all'attività svolta per realizzare tale scopo » (20); si sono poi dovuti individuare i criteri con cui determinare la « esclusività e principalità » di tale oggetto; ed infine stabilire se, ed in che modo, i soggetti in questione potessero svolgere attività commerciali e quale fosse il loro conseguente regime tributario.

Questi dubbi hanno dato vita ad un articolato dibattito dottrinale ed a molti interventi amministrativi e giurisprudenziali di cui in questa sede non si può dare conto in modo compiuto (21). Sembra qui sufficiente ricordare come la dottrina tributaristica abbia infine convenuto che «l'oggetto esclusivo o principale dell'ente » richiamato nell'art. 87 Tuir, vada inteso « in senso proprio », e cioè con riguardo « all'attività strumentale che l'ente deve svolgere al fine di perseguire il proprio scopo » (22), senza tenere « in alcuna considerazione il

(19) F. Gallo, I soggetti del libro primo del codice civile e la normativa tributaria: problematiche e possibili soluzioni, in Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma, cit., p. 118.

fine ultimo cui si rivolge l'attività dell'ente » (23). Da qui deriva un'assoluta indifferenza dell'assenza dello scopo di lucro in relazione ai profili generali dell'imposizione tributaria: salvo ipotesi particolari, come quelle che emergono dalla «legislazione speciale » accennata in premessa, le quali conducono ad una «più consapevole rivalutazione del criterio della "non lucratività" » (24), che adesso è stato assunto come elemento generale di qualificazione di alcuni soggetti, perciò ammessi a godere di un particolare regime tributario.

RELAZIONI

Il D.Lgs. 460/97 ha dunque portato alcuni elementi di chiarezza movendo « un passo decisivo verso un trattamento fiscale unificato per tutte le organizzazioni di vario tipo operanti nel Terzo settore » (25). Sono stati precisati gli elementi soggettivi che devono caratterizzare gli enti non commerciali ed è stata stabilita una più netta demarcazione delle attività che possono essere considerate esenti dalla produzione del reddito di impresa. È stato chiarito che « per oggetto principale s'intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto»; ed è stato anche precisato che gli organismi di tipo associativo che intendono accedere alle nuove facilitazioni tributarie, devono essere necessariamente dotati di un atto costitutivo o di uno statuto, redatti nella forma dell'atto pubblico o almeno in quella della scrittura privata autenticata o registrata, che preveda espressamente: a) il divieto di distribuzione degli utili, b) l'obbligo di devolvere, in caso di scioglimento, il patrimonio dell'ente ad altra associazione con finalità analoga o a fini di pubblica utilità, sentito il nuovo organismo di controllo, c) una disciplina uniforme del rapporto associativo, escludendone la temporaneità. d) l'obbligo di redazione ed approvazione annuale di un rendiconto economico, e) la libera eleggibilità degli organi amministrativi e la democraticità e trasparenza della struttura, f) l'intrasmissibilità della quota sociale, ad eccezione del trasferimento a causa di morte (26).

Attraverso tali disposizioni si è tentato di ricondurre ad unità, sotto

⁽²⁰⁾ F. Gallo, I soggetti del libro primo del codice civile e la normativa tributaria, cit., p. 130.

⁽²¹⁾ Cfr. S. Pettinato, L'ente no profit nel sistema tributario italiano, in Gestire il no profit, Milano, 1997, pp. 25 ss.

⁽²²⁾ F. Gallo, I soggetti del libro primo del codice civile e la normativa tributaria, cit., p. 130. Di difficile qualificazione giuridica appare anche la natura dell'attività, data la confusione determinata dal ricorso a tipologie interpretative ascrivibili, con esiti contrapposti, sia a categorie civilistiche (soggettive ed oggettive), sia a categorie tributarie (soltanto oggettive): cfr. A.M. Proto, Prime

osservazioni sul regime fiscale di fondazioni ed enti associativi, in Le fondazioni in Italia e all'estero, a cura di P. Rescigno, Padova, 1990, p. 252.

⁽²³⁾ A. Fedele, Il regime fiscale delle associazioni, in Fenomeno associativo e attività notarile, a cura di A. Fuccillo, Napoli, 1995, p. 198.

⁽²⁴⁾ A. Fedele, Il regime fiscale delle associazioni, cit., p. 199.

⁽²⁵⁾ S. ZAMAGNI, Economia civile come risorsa, in Il Sole 24 Ore. Dossier Norme e tributi, gennaio 1998, p. 1.

⁽²⁶⁾ Cfr. art. 5, n. 1, in relazione alla qualificazione generale ai fini delle Imposte sui redditi, e l'art. 5, n. 2, ai fini Iva.

il profilo tributario, « una categoria di soggetti che, per realtà operative, motivazioni, attività istituzionali esercitate, risultano comunque molto diversi tra loro » (27). L'indicazione dei citati elementi formali ha tuttavia consentito di precisare la natura dei soggetti che possono essere ammessi alle facilitazioni previste dalla nuova legge. Pertanto, sebbene manchi una definizione univoca degli *enti non profit*, si deve ritenere che i soggetti che « non possono istituzionalmente svolgere in modo esclusivo o prevalente attività commerciali », vadano annoverati tra quelli « non commerciali »: salvo provare che l'attività « essenziale, vale a dire quella che gli consente il raggiungimento degli scopi primari e che tipicizza l'ente medesimo » (28), risulti invece commerciale.

La maggiore novità del decreto in esame sta però nella seconda parte del testo normativo, in cui si trova l'art. 10 che individua « un'autonoma e distinta categoria di enti rilevante solo ai fini fiscali, destinataria di un regime tributario di favore in materia di imposte sui redditi, d'imposta sul valore aggiunto, di altre imposte indirette nonché di ulteriori e specifici tributi » (29), caratterizzata dalla mancanza dello scopo di lucro e dal perseguimento di fini di solidarietà sociale, i cui soggetti vengono denominati Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS). Tale espressione risulta oggetto di una specifica tutela, realizzata attraverso il divieto della sua utilizzazione - anche in lingua straniera oppure con locuzioni « idonee a trarre in inganno » (come potrebbe essere la comune dizione non profit) — da parte di soggetti diversi. Per questa via la qualificazione tributaria influenza l'identità stessa del soggetto ammesso a godere del trattamento fiscale agevolato, perché solo le ONLUS sono in grado di attestare giuridicamente la loro natura non lucrativa e solidaristica. In altre parole, sono gli unici soggetti che possono vantare una sorta di certificazione di « serietà » ed « eticità » in forza degli elementi oggettivi che li contraddistinguono. In primo luogo, l'esclusione statutaria di ogni fine di lucro

(27) F. MASTRANTONIO, La nuova definizione di ente non commerciale, in ONLUS. Enti non commerciali e parrocchie, Milano, 1998, p. 13.

— inteso nel senso più ampio (30) —; in secondo luogo il perseguimento di una *finalità esclusiva di solidarietà sociale*, connessa all'impossibilità di svolgere attività in settori diversi da quelli « meritori » indicati dalla legge; ed infine la necessità di dotarsi di una struttura democratica e trasparente, con la conseguente disponibilità a sottoporsi a controlli specifici — e verosimilmente più penetranti — da parte dell'amministrazione finanziaria (31).

Le condizioni appena elencate costituiscono così alcuni criteri univoci di qualificazione giuridica dei soggetti comunemente inseriti nel settore *non profit*, rendendo di fatto la nuova legge tributaria il primo punto di riferimento per la qualificazione di un fenomeno sociale non ancora giuridicamente ben definito. È pertanto prevedibile che la ripartizione tra enti ONLUS ed enti *non*-ONLUS diventerà il criterio con cui comunemente si distingueranno i soggetti *profit* da quelli *non profit*, fino a rendere l'acronimo ONLUS l'espressione che identificherà in modo breve i soggetti del Terzo settore anche in ambiti diversi da quello tributario (32).

Tuttavia, le ONLUS non sono soggetti giuridici nuovi o diversi da quelli preesistenti: sono semplicemente i soggetti collettivi già disciplinati, quanto ai profili costitutivi, istituzionali, strutturali ed oggettivi, da altre norme di legge. Essere ONLUS «è come indossare un certo vestito»: nel senso che permangono tutte le tipologie soggettive già

⁽²⁸⁾ Così Ministero delle finanze, Circolare 12 maggio 1998, n. 124/E, « Decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460. Sezioni I. Modifiche alla disciplina degli enti non commerciali in materia di imposte sul reddito e di imposta sul valore aggiunto », in G.U., 27 maggio 1998, suppl. ord, n. 121, p. 8.

⁽²⁹⁾ Così Ministero delle finanze, Circolare 26 giugno 1998, n. 168/E, « Decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460. Disposizioni riguardanti le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (O.N.L.U.S.) », in G.U., 10 luglio 1998, suppl. ord. n. 159, p. 4.

⁽³⁰⁾ Nel senso che si incorre nel « divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili o avanzi di gestione, nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'organizzazione », escludendo espressamente « la cessione di beni o la prestazione di servizi a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi o di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, effettuate a condizioni più favorevoli in ragione della loro qualità [...]; l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al valore normale »; la corresponsione ai componenti degli organi amministrativi e di controllo di emolumenti individuali annui superiori a quelli stabiliti dalla legge per il Presidente del Collegio sindacale delle Società per azioni; la corresponsione di stipendi superiori al 20% di quanto stabilito dai contratti collettivi di lavoro per mansioni analoghe; la corresponsione a soggetti diversi dalle banche di interessi passivi superiori di quattro punti al tasso ufficiale di sconto.

⁽³¹⁾ Le violazioni delle nuove norme possono provocare la decadenza totale o parziale delle agevolazioni previste dal decreto e l'irrogazione di specifiche sanzioni a carico degli amministratori.

⁽³²⁾ Cfr. C. REDAELLI, Parrocchie, enti ecclesiastici e ONLUS, in ONLUS. Enti non commerciali e parrocchie, Milano, 1998, p. 103.

proprie dell'ordinamento, ivi compreso quello tributario, che continua a reggersi sulla bipartizione primaria tra « enti commerciali » ed « enti non commerciali» anche dopo l'istituzione delle ONLUS (33). Le quali, per la dottrina tributaristica maggioritaria, costituiscono una sottospecie degli enti non commerciali; ma non è mancato chi ha opportunamente segnalato che si tratterebbe invece di una specie di enti commerciali, in quanto l'agevolazione riguarda le « attività dirette alla produzione ed allo scambio di beni e servizi [...] in diretta attuazione degli scopi istituzionali » (34); tanto che in linea di principio non è escluso che siano ammesse a godere dei benefici collegati alle ONLUS anche alcune società cooperative (c.d. « di solidarietà sociale » (35)): ossia enti istituzionalmente commerciali (36).

3. Le agevolazioni ed esenzioni a favore degli enti non commerciali e delle ONLUS.

Il decreto in esame chiarisce l'ambito delle agevolazioni riservate ai soggetti comunemente detti non profit. Nel caso degli enti non commerciali si precisa che « non concorrono in ogni caso alla formazione del reddito » imponibile « i fondi pervenuti all'ente in occasione « di raccolte pubbliche effettuate occasionalmente » ed « i contributi corrisposti da amministrazioni pubbliche » per l'esercizio « di attività aventi finalità sociali esercitate in conformità ai fini istituzionali degli enti stessi » (art. 2, primo comma). Inoltre, si legge che le attività già escluse dall'Imposta sul valore aggiunto, « sono esenti da ogni altro tributo » (art. 2, secondo comma). Quanto agli enti non commerciali di tipo associativo, l'art. 5 precisa che « per le associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, culturali, sportive dilettantistiche, di promozione sociale e di formazione extra scolastica della persona non si considerano commerciali le attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali », anche se svolte dietro pagamento di corrispettivi da parte dei soci,

ivi comprese le cessioni a terzi di proprie pubblicazioni cedute prevalentemente agli associati. Infine, sono disposte specifiche agevolazioni per i trasferimenti a favore di enti non commerciali di aziende o beni a titolo gratuito, ed è altresì prevista la possibilità di escludere dal computo del patrimonio dell'impresa, eventualmente esercitata, alcuni beni immobili considerati pertinenti all'attività istituzionale (art. 9).

RELAZIONE

Le ONLUS godono a loro volta di specifiche ed ulteriori agevolazioni. Per quelle diverse dalle cooperative, « non costituisce esercizio di attività commerciale lo svolgimento delle attività istituzionali nel perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale » ed « i proventi derivanti dall'esercizio delle attività direttamente connesse non concorrono alla formazione del reddito imponibile ». Per tutte le ONLUS sussistono inoltre speciali agevolazioni — relative all'Iva, all'imposta di registro e per l'esercizio di lotterie, tombole e pesche di beneficenza ed esenzioni, sia su tributi minori, come l'imposta di bollo, la tassa di concessione governativa o l'imposta sugli spettacoli, sia su imposte importanti, come quella di successione o donazione o sull'incremento del valore immobiliare. Per completezza espositiva, si deve infine segnalare che gli enti locali « possono deliberare nei confronti delle ONLUS la riduzione o l'esenzione dal pagamento dei tributi di loro pertinenza e dai connessi adempimenti » (art. 21).

Infine, sono state introdotte delle agevolazioni indirette attraverso la concessione della deducibilità fiscale dei contributi elargiti alle ONLUS da privati cittadini e da imprese, delineando così una ulteriore ipotesi di deducibilità rispetto a quelle già previste dal Tuir, che per la verità riguardano il finanziamento di determinate finalità piuttosto che dei singoli soggetti che le perseguono (37).

4. Gli enti ecclesiastici nel decreto 460/97.

A) Enti non commerciali. — Sotto il profilo tributario gli enti ecclesiastici sono considerati « enti non commerciali ». Prima della riforma nei loro confronti si presentavano pertanto i medesimi problemi interpretativi riferibili agli altri enti non commerciali (38). Nel caso dei soggetti ecclesiastici si ponevano però alcune questioni ulte-

⁽³³⁾ S. Pettinato, Un breve esame degli aspetti tecnici: senz'altro un passo in avanti, in Non profit, 1996, p. 74.

⁽³⁴⁾ A.M. Proto, ONLUS ed enti non commerciali, in Rass. trib., 1997, p. 609.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. Del Bene, Le cooperative sociali, in Dir. fam., 1995, pp. 1237 ss.

⁽³⁶⁾ Del resto, l'art. 10 del decreto si presenta come una norma aperta, che identifica a) i soggetti che possono acquisire la qualifica di ONLUS, b) quelli che sono comunque esclusi dalla qualifica di ONLUS, c) quelli che sono automaticamente qualificati come ONLUS. Cfr. G. BIANCHI, in Commento sistematico, cit., sub art. 10, p. 3428.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 10, lett. g), i), l), Tuir, Sul rapporto tra finalità ed attività degli enti senza scopo

⁽³⁸⁾ Per tutti, cfr. P. Picozza, Enti ecclesiastici nel diritto tributario, in Dig. disc. Priv., Sez.

riori dovute alla loro speciale natura giuridica (39). Prima di affrontare alcuni problemi che ne derivano, è opportuno precisare che il decreto in commento ha stabilito in modo inequivoco la congruità di questa qualificazione tributaria, in precedenza assegnata soltanto in via interpretativa. La norma riformata precisa infatti che « l'oggetto esclusivo o principale dell'ente non commerciale » (ossia « l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto »), può essere determinato, oltre che dall'atto costitutivo o dallo statuto, dalla legge. In altri termini, stabilisce che il trattamento tributario riservato agli enti non commerciali deve essere esteso a tutti i soggetti in grado di documentare in modo inequivocabile la loro « non commercialità », anzitutto sotto il profilo soggettivo. Questo è proprio il caso degli enti ecclesiastici, che in forza della legge non possono fare a meno di svolgere un'attività che realizzi direttamente lo scopo religioso per cui sono stati costituiti nell'ordinamento confessionale, e successivamente riconosciuti in quello statuale. Vale a dire che, siccome gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti sono senza dubbio soggetti giuridici che perseguono in modo costitutivo ed essenziale una finalità di religione o di culto, e questa a sua volta non è di natura commerciale, essi restano senz'altro soggetti al regime tributario disposto per gli enti non commerciali.

Una conferma indiretta di tale circostanza si trae dall'art. 6 del decreto in commento. Questa norma, che costituisce un'assoluta novità rispetto alla precedente legislazione, dispone la perdita della qualifica di ente non commerciale a carico del soggetto che, « indipendentemente dalle previsioni statutarie [...], eserciti prevalentemente attività commerciale per un intero periodo d'imposta ». La stessa norma prevede altresì i parametri economici che vanno presi in considerazione per verificare l'eventuale « prevalenza » dell'attività commerciale (40),

e si chiude precisando che tali disposizioni « non si applicano agli enti ecclesiastici riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili ». Questa evenienza sembra appunto confermare, sebbene in modo implicito, l'automatica inclusione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti nel novero dei soggetti non commerciali. La loro qualificazione soggettiva appare quindi sufficiente per ammetterli al trattamento tributario riservato agli enti non commerciali, anche qualora l'eventuale esercizio di attività economiche risultasse prevalente, in termini di produzione di reddito, rispetto a quelle non commerciali (41). A prima vista la deroga in questione potrebbe sembrare un ingiusto privilegio, ma l'esame dei parametri individuati dalla norma lascia trasparire la loro « scarsa significatività » in relazione agli enti ecclesiastici (42): si deve infatti ricordare che il principio di fondo consiste nella agevolazione tributaria di alcune attività oggettivamente commerciali poste eventualmente in essere per realizzare fini istituzionali - comunque diversi dallo scopo lucrativo — da enti soggettivamente non commerciali. Le attività commerciali diverse da quelle considerate dalla norma tributaria restano difatti soggette alle vigenti disposizioni in materia di tassazione del reddito di impresa (43).

Per quanto ci interessa più da vicino, bisogna osservare come questa sia l'unica norma del decreto in commento che stabilisca una differenza di trattamento in base alla ripartizione tra enti di fatto e soggetti riconosciuti come persone giuridiche. La cosa appare di un certo rilievo, e sembra spiegarsi col fatto che nel caso degli enti ecclesiastici il riconoscimento della personalità giuridica conserva ancora una specifica importanza ordinamentale. Solo gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (cioè, con personalità giuridica civile) hanno infatti superato un controllo — relativo in specie al perseguimento di una finalità religiosa non commerciale — sul quale per legge si basa la loro specialità. Tanto che le leggi di derivazione pattizia prevedono la revoca del riconoscimento civile quando intervengano mutamenti che facciano perdere all'ente anche uno solo dei requisiti richiesti per conseguirlo. Questa circostanza definisce anche una possibile ragione pratica della deroga appena vista, perché un ente ecclesiastico civilmente ricono-

comm., Torino, 1990, p. 252; S. Berlingo, Enti e beni religiosi in Italia, Bologna, 1992, spec. pp. 206 ss.; A. Propersi, G. Rossi, Gli enti non commerciali con finalità religiosa, Milano, 1990.

⁽³⁹⁾ Sul punto cfr. ampiamente S. Berlingo, Gli enti e il patrimonio della Chiesa, in Nuovi accordi fra Stato e Confessioni religiose. Studi e testi, Milano, 1985, pp. 57 ss.

^{(40) «} Ai fini della qualificazione commerciale dell'ente si tiene conto anche dei seguenti parametri: a) prevalenza delle immobilizzazioni relative all'attività commerciale, al netto degli ammortamenti, rispetto alle restanti attività; b) prevalenza dei ricavi derivanti dalle attività commerciali rispetto al valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti le attività istituzionali; c) prevalenza dei redditi derivanti dalle attività commerciali rispetto alle entrate istituzionali, intendendo per queste ultime i contributi, le sovvenzioni, le liberalità e le quote associative; d) prevalenza delle componenti negative inerenti all'attività commerciale rispetto alle restanti spese ».

⁽⁴¹⁾ Cft. C. Redaelli, La parrocchia e gli altri enti ecclesiastici come enti non commerciali, in ONLUS. Enti non commerciali e parrocchie, cit., p. 49.

⁽⁴²⁾ Così G. Bianchi, in Commento analitico del decreto legislativo 460/97, sub art. 6, in Il fisco, 1998, p. 3421.

⁽⁴³⁾ Cfr. Ministero delle Finanze, Circolare 124/E, cit., p. 12.

sciuto che si trovasse in una delle condizioni economiche previste come cause di fatto della perdita della qualifica di « ente non commerciale », dovrebbe essere già incorso nella revoca del riconoscimento civile se tali condizioni ne avessero modificato la natura giuridica ecclesiastica, che è alla base della qualificazione tributaria: rendendone con ciò superflua la perdita. Se, al contrario, nonostante l'avverarsi di tali condizioni, l'ente continui a mantenere la sua qualificazione principale, sembra del tutto naturale che permangano anche i criteri di tassazione disposti in via ordinaria per gli enti non commerciali.

Quando si esaminano gli altri riferimenti ai soggetti ecclesiastici si ha però l'impressione che il legislatore tributario abbia considerato questi enti in modo frammentato ed eterogeneo, senza attribuire il giusto peso agli elementi che nella vigente legislazione ne caratterizzano la fattispecie giuridica. Una prova di questa incertezza è offerta da una certa imprecisione avvertita già sotto il profilo terminologico. Ad esempio, all'espressione adoperata nella normativa pattizia (« ente ecclesiastico civilmente riconosciuto »), sono state preferite definizioni contigue, che identificano gli enti di natura religiosa o ecclesiastica solo in modo generico, e al contempo rivelano un'incertezza qualificatoria non pienamente giustificata (44).

La diversità terminologica è talvolta causa di contraddizioni vere e proprie. Ad esempio l'art. 5 del decreto, che integra e riforma l'art. 111 Tuir, distingue tra « associazioni religiose » ed « associazioni riconosciute dalle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese ». La prima espressione era già contenuta nel testo precedente, che mirava a « non considerare commerciali le attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, anche verso il pagamento del corrispettivo da parte dei soci » di organizzazioni sindacali, politiche, sportivo dilettantistiche, assistenziali, culturali e di categoria, oltre che religiose. In altri termini, la norma valorizzava in genere l'elemento associativo e la natura interna dell'attività svolta, senza connettere particolari conseguenze alla specifica finalità religiosa

dell'ente o alla sua natura confessionale. Questi elementi sembrano invece caratterizzare le associazioni riconosciute dalle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (che per brevità d'ora in poi chiamerò associazioni religiose qualificate). Stando alla norma, la distinzione riguarda le agevolazioni connesse all'organizzazione di viaggi e soggiorni turistici, inspiegabilmente concesse solo a queste ultime.

La stessa espressione è stata però utilizzata anche per ottenere un risultato più importante. Infatti, le associazioni religiose qualificate non sono tenute ad inserire nello statuto le clausole relative alla democraticità e trasparenza del rapporto associativo, che invece, a seguito della riforma in commento, sono diventate un elemento essenziale per lucrare i vantaggi fiscali connessi alla non commercialità dell'ente. Da questo punto di vista, sembrerebbe che il decreto delegato abbia voluto attribuire alle sole associazioni religiose qualificate le garanzie rapportabili alla confessionalità dell'ente. Vale a dire che solo gli enti riconosciuti da una « Confessione religiosa convenzionata » possono ricevere tutela dell'autonomia che deriva dalla loro genesi — e dalla loro organica appartenenza — confessionale (45). La limitazione di tali garanzie agli enti delle sole « Confessioni religiose convenzionate » costituisce però una palese illegittimità costituzionale, sulla quale si tornerà in seguito (46).

B) ONLUS. — Gli enti ecclesiastici rientrano tra le categorie contemplate nel nuovo decreto anche nella « loro nuova veste di ONLUS » (47). In maniera esplicita si fa riferimento agli enti riconosciuti dalle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese nel settimo comma dell'art. 10, per precisare che tali soggetti non sono tenuti a prevedere espressamente nello statuto « una disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l'effettività del rapporto medesimo, escludendo espressamente la temporaneità della partecipazione alla vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori d'età il diritto di voto per l'approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti, per la nomina degli organi direttivi dell'associazione », nonché

⁽⁴⁴⁾ Soprattutto se si considera che appaiono in uno stesso testo legislativo volto a regolare fenomeni omogenei Nel corso del decreto — seguendo l'ordine degli articoli — si fa menzione delle associazioni religiose (art. 5, primo comma, lett. a)); delle associazioni riconosciute dalle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 5, primo comma, lett. b) e secondo comma); degli enti ecclesiastici riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili (art. 6, quarto comma); degli enti riconosciuti dalle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 10, settimo comma); ed infine degli enti ecclesiastici delle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese (art. 10, nono comma).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. P. Floris, Autonomia confessionale, Napoli, 1992.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. Ferrante, Enti ecclesiastici e ONLUS, in Dir. eccl., 1996, I, pp. 577 ss.

⁽⁴⁷⁾ P. Floris, Un mini-accordo sugli enti ecclesiastici, in Dir. eccl., 1997, I, p. 934.

l'uso della denominazione ONLUS « in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico ».

Inoltre, nel nono comma del medesimo articolo, si precisa che « gli enti ecclesiastici delle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese » sono considerati ONLUS « limitatamente all'esercizio delle attività elencate alla lettera a) del primo comma »: vale a dire assistenza sociale e socio-sanitaria, assistenza sanitaria, beneficenza, istruzione, sport dilettantistico, tutela e valorizzazione delle cose artistiche e dell'ambiente, tutela dei diritti civili.

Dalla sistematica normativa appare dunque chiaro che gli enti ecclesiastici possono godere delle agevolazioni connesse alla qualificazione tributaria *nei limiti* delle attività prestate nei settori individuati dal decreto, ed in questo caso i loro statuti non devono necessariamente prevedere le clausole cui si è appena fatto cenno. Si deve però osservare che, dal punto di vista pratico, la fruizione del regime ONLUS comporterebbe l'esclusione dei soli redditi derivanti dalle attività socialmente utili dal computo complessivo dei redditi soggetti all'Irpeg, con esiti non sempre vantaggiosi, stante la più favorevole tassazione del reddito di impresa (48); le altre agevolazioni appaiono solo secondarie, e comunque unicamente connesse allo svolgimento di attività che per gli enti ecclesiastici sono eventuali e, in ogni caso dovrebbero restare contenute in limiti ben precisi.

Ciononostante, sembra opportuno vedere quali siano le condizioni che anche gli enti ecclesiastici devono presentare se intendono fruire del nuovo regime tributario. Qui il decreto si fa poco chiaro, e presenta alcune incongruenze. Anzitutto, non si può mancare di ricordare che la nuova qualificazione tributaria, seppure senza sostituirsi a quella « originale », assume un rilievo soggettivo particolarmente profondo. La possibilità di lucrare le nuove agevolazioni rimane subordinata al possesso di determinati elementi soggettivi che possono causare una modifica della struttura o delle finalità del soggetto. Ad esempio, la necessità di prevedere una esclusiva finalità di solidarietà sociale, la necessità di svolgere solo le attività socialmente utili, l'assoluto divieto di lucro, condizionano visibilmente l'identità delle ONLUS, attribuendo indirettamente a questa nuova qualificazione effetti più larghi di quelli connessi al solo settore tributario. Del resto, le agevolazioni in esame non investono soltanto l'ambito delle attività dell'ente, ma ne toccano

i *profili soggettivi*, perché le ONLUS seguono comunque un regime fiscale di favore rispetto a quello disposto verso gli altri soggetti giuridici che pure svolgono le medesime attività (49).

Nel caso degli enti ecclesiastici la questione assume un certo rilievo teorico, perché se valessero soltanto le deroghe espressamente previste nel settimo comma dell'art. 10, e per il resto si dovessero rispettare le altre condizioni previste dalla legge, si imporrebbe ai soggetti che volessero utilizzare la disciplina tributaria più favorevole, la modifica di alcuni elementi soggettivi. Questa eventualità è scongiurata in modo espresso solo per gli enti ecclesiastici individuati nel settimo comma, cui la norma accorda la qualifica di ONLUS « limitatamente all'esercizio delle attività elencate alla lettera a) del primo comma », per cui si potrebbe credere che gli altri enti ecclesiastici-ONLUS — ossia quelli individuati nel nono comma — debbano impegnarsi apertamente a rispettare il divieto di lucro in forme analoghe a quelle stabilite per le altre ONLUS.

Non sembra però necessario che tali obblighi siano contenuti espressamente nello statuto. La prescrizione normativa va infatti armonizzata con la disciplina di derivazione pattizia, che non impone agli enti ecclesiastici la redazione di uno statuto nelle forme previste dal codice civile, come è stato precisato da un recente Accordo diplomatico tra la Santa Sede e l'Italia (50). La questione richiama una prassi amministrativa, molto criticata in dottrina (51), volta ad assimilare oltre misura la disciplina degli enti ecclesiastici a quella dettata per le altre persone giuridiche private. L'amministrazione civile era ad esempio arrivata a predisporre « copia degli statuti più significativi (distinti per tipologia di enti) » che rispondessero alle condizioni via via emerse dalle decisioni del Consiglio di Stato (52), mentre l'Accordo in parola precisa che agli enti ecclesiastici non sono applicabili « le norme dettate dal c.c. in tema di costituzione, struttura, amministrazione ed estinzione delle persone giuridiche private. Non può dunque richiedersi ad essi, ad esempio, la costituzione per atto pubblico, il possesso in ogni

⁽⁴⁸⁾ Cfr., C. REDAELLI, Parrocchie, enti ecclesiastici e ONLUS, in ONLUS. Enti non commerciali e parrocchie, cit., p. 102.

⁽⁴⁹⁾ Tanto che è stata istituita la c.d « anagrafe unica delle ONLUS », in cui sono registrati gli enti ammessi a godere delle agevolazioni in questione, e sono state previste sanzioni per le « false ONLUS » e procedure per la decadenza dalla qualifica tributaria.

⁽⁵⁰⁾ In Dir. eccl., 1997.

⁽⁵¹⁾ Cfr. C. Cardia, Procedimenti amministrativi relativi agli enti ecclesiastici cattolici. (Commento alla circolare n. 93/96 del Ministero dell'interno), in Dir. eccl., 1996, II, pp. 361 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. Ministero dell'interno, Direzione generale degli Affari di culto, circolare 30 marzo 1996, n. 93, in *Dir. eccl.*, 1996, II, pp. 339 ss.

caso dello statuto, né la conformità del medesimo, ove l'ente ne sia dotato, alle prescrizioni riguardanti le persone giuridiche private ».

5. La specialità degli enti ecclesiastici.

Si può a questo punto proseguire l'esame della nuova disciplina puntualizzando alcuni elementi di dominio comune tra i cultori del diritto ecclesiastico, che possono però rivestire qualche interesse per una più precisa comprensione della materia da parte dei cultori di altri settori del diritto.

In primo luogo è necessario precisare che a seguito degli accordi bilaterali intervenuti tra lo Stato e le diverse Confessioni religiose, sussiste oggi una fattispecie unitaria dell'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, che comprende « in essa tanto enti della confessione cattolica, quanto di quelle acattoliche » (53). A partire dalla riforma del Concordato con la Chiesa cattolica, proseguita con le Intese valdese, avventista, pentecostale, ebraica, battista e luterana, per ente ecclesiastico civilmente riconosciuto si intende un soggetto nato nell'ordinamento confessionale, a questo organicamente collegato, e successivamente dotato della personalità giuridica civile (54). Le diverse norme pattizie precisano, infatti, che tale riconoscimento è subordinato alla presenza di tre presupposti generali indefettibili -- la sede in Italia, il collegamento con una Confessione religiosa ed il perseguimento di una finalità di religione o di culto --- e di alcuni presupposti specifici relativi a determinati tipi di ente (55).

Due degli elementi di carattere generale sono di tipo oggettivo: la sede in Italia e l'appartenenza/collegamento ad una Confessione religiosa, che appaiono per loro natura tendenzialmente incontrovertibili (56). L'accertamento del perseguimento del fine di religione o di

culto rappresenta invece un «elemento mobile» rispetto al quale l'Amministrazione civile può valutare l'opportunità di concedere o negare la personalità giuridica. La Pubblica amministrazione è chiamata ad esercitare a tale riguardo una certa discrezionalità (57), perché, per ottenere il riconoscimento civile come ente ecclesiastico, non basta che l'ente si « autodichiari » ecclesiastico. Una Confessione religiosa è difatti portata a ritenere in ogni caso « ecclesiastico » un proprio ente: ad esempio, per la Chiesa cattolica gli enti che appartengono all'ordinamento canonico sono ecclesiastici tanto sotto il profilo soggettivo in quanto enti della Chiesa —, quanto sotto quello oggettivo — in quanto comunque finalizzati alla salus animarum (58). Tuttavia, questo non implica che « tutti gli enti che siano 'ecclesiastici' per la Chiesa lo siano anche per lo Stato » (59): per questo occorre che l'autorità civile accerti l'effettivo perseguimento di una finalità considerata di religione o di culto agli effetti delle leggi civili (60). Sotto questo profilo, la specialità dello scopo religioso è stata considerata, « per la prima volta in modo inequivoco », il « requisito generale necessario per il riconoscimento di qualsiasi ente ecclesiastico » e « parametro essenziale per la

⁽⁵³⁾ P. Picozza, L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, cit., p. 165.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. C. CARDIA, Manuale di diritto ecclesiastico, cit., p. 344 ss.; P. FLORIS, L'ecclesiasticità degli enti, Torino, 1997, pp. 105 ss.; G. Long, Le confessioni religiose 'diverse dalla cattolica', Bologna, 1991, pp. 200 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Legge 20 maggio 1985, n. 222, artt. 7-12.

⁽⁵⁶⁾ L'esame del primo requisito si sostanzia nella verifica dell'esistenza di un mero dato di fatto. L'accertamento dell'appartenenza/collegamento dell'ente alla Confessione religiosa avviene a sua volta senza possibilità di introdurre elementi di discrezionalità, perché sulla base delle varie norme pattizie, l'ente che chiede il riconoscimento civile deve fornire una prova documentale della sua conformità confessionale. Agli enti cattolici è chiesto di dimostrare di essere « costituiti o approvati dalla competente autorità ecclesiastica »; gli enti avventisti, luterani e battisti devono

dimostrare di essere già costituiti nel loro ordinamento confessionale e in alcuni casi allegare una motivata delibera sinodale; gli enti valdesi devono sempre presentare una motivata delibera sinodale con la quale sono stati eretti in « enti autonomi » nell'ordinamento confessionale; gli enti ebraici infine devono avere ricevuto una duplice approvazione, sia da parte della Comunità territorialmente competente che della Unione delle Comunità. L'intesa pentecostale, mostrando forse una « esasperazione del principio di conformità confessionale », « non prevede (e quindi esclude) il riconoscimento di enti ecclesiastici diversi da quelli nominativamente indicati nel testo dell'accordo » (così C. Cardia, Manuale, cit., p. 340).

⁽⁵⁷⁾ Sul punto, prima della riforma, cfr. S. Berlingo, Gli enti e il patrimonio della Chiesa, cit., p. 51; F. Finocchiaro, Aspetti dell'attività discrezionale della Pubblica amministrazione in materia ecclesiastica, in Dir. eccl., 1960, I, pp. 3 ss.; dopo la riforma cfr. ID., Gli enti ecclesiastici e l'accordo del 18 febbraio 1984 fra Stato e Chiesa, in Nuovi accordi fra Stato e Chiesa, Studi e testi. cit., pp. 197 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. G. CATALANO, Sull'equiparazione agli effetti tributari del «fine di culto o di religione » con i fini di « beneficenza e istruzione », in Dir. eccl., 1952, I, p, 291.

⁽⁵⁹⁾ F. FINOCCHIARO, Diritto ecclesiastico, Bologna, 1992, p. 214.

⁽⁶⁰⁾ Il fatto che la classificazione sia riferita ai soli effetti civili rappresenta di riflesso una conferma dell'autonomia confessionale riconosciuta dallo Stato anche riguardo alla precisa qualificazione delle attività degli enti. Infatti, quando una Confessione religiosa divergesse da tale apprezzamento statuale, ad esempio perché intende per scopo religioso non solo le attività di culto, ma pure quelle assistenziali e culturali, come avviene per la tradizione ebraica, la norma ugualmente precisa che, "agli effetti delle leggi civili" tali ultime attività non sono qualificabili in conformità con la tradizione religiosa (cfr. art. 25 L. 101/89). Sul punto R. Botta, L'intesa con gli israeliti, in Quaderni di dir. e pol. eccl., 1987, pp. 110 s.

ecclesiasticità di un ente » (61). Non esistono perciò enti ecclesiastici identificati come tali dallo Stato in assenza del riconoscimento civile della loro personalità giuridica (62).

Potrebbe poi darsi il caso di enti appartenenti ad una Confessione religiosa « senza intesa » che chiedessero il riconoscimento civile secondo le norme ancora in vigore relative ai c.d. culti ammessi. In questo caso valgono altri principi e si applicano procedure diverse, che si concludono con un riconoscimento che assegna all'ente la denominazione formale di «istituto di un culto diverso dalla religione dello Stato » (63). Potrebbe peraltro anche darsi la possibilità che un ente di una « Confessione convenzionata » chieda il riconoscimento ai sensi delle norme dettate dal codice civile: si sottoporrebbe però completamente alla disciplina prevista dal codice per tutte le altre persone giuridiche private, salvo i casi eccezionali espressamente menzionati dalla legge 222 del 1985 (art. 10) relativamente alle associazioni dei fedeli, definite in dottrina persone giuridiche private con profili di ecclesiasticità (64). Infine, possono sorgere enti con fine di religione o di culto — appartenenti o meno a Confessioni religiose — che non intendono chiedere il riconoscimento della personalità giuridica, limitandosi ad agire nello Stato come enti di fatto. In assenza di un formale riconoscimento civile della loro ecclesiasticità, questi soggetti non possono però godere di tutte le prerogative assegnate agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. Si realizzerebbe altrimenti il paradosso di enti che, « ottenuti i vantaggi della *ecclesiasticità* (rilevanza del fine e della normativa confessionale) » evitano « gli svantaggi del riconoscimento » (65).

In linea di principio, solo la concessione della personalità giuridica ai sensi delle leggi pattizie attribuisce dunque parziale rilevanza civile alla normativa confessionale ed assegna uno speciale rilievo all'autonomia dell'ente, tale da consentire la posizione di deroghe ulteriori anche sul piano del trattamento tributario. A questo proposito si deve precisare che l'art. 7, n. 3, dell'Accordo del 1984, dispone che « agli effetti tributari gli enti ecclesiastici aventi fine di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, sono equiparati a quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione. Le attività diverse da quelle di religione o di culto, svolte dagli enti ecclesiastici, sono soggette, nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime ». Si tratta di un principio già stabilito nell'art. 29, lett. h, del Concordato lateranense (66), applicato in modo pressoché automatico nella legislazione fiscale (67), che finora garantiva « un trattamento tributario di carattere speciale ed in parte almeno privilegiato, non tanto alla natura ecclesiastica degli enti medesimi, quanto piuttosto alla loro destinazione a finalità di culto o di religione » (68).

6. Alcuni problemi relativi all'interpretazione del decreto 460/97.

A) « Uguale libertà » degli enti ecclesiastici. — La nuova legge sembra tuttavia assegnare un certo rilievo ai profili soggettivi di specialità degli enti ecclesiastici, nonostante vengano presi in considerazione in un contesto eterogeneo e per certi versi frammentato. Sembra quasi che il legislatore tributario abbia avuto difficoltà ad accettare la

⁽⁶¹⁾ C. Cardia, Manuale di diritto ecclesiastico, cit., p. 344. In senso contrario, cfr. G. Lo Castro, Riflessioni sui profili canonistici degli enti ecclesiastici, in Studi in onore di G. Saraceni, Napoli, 1988, p. 401, per il quale « la qualifica di ecclesiasticità per l'ente non deriva dunque dai fini da questo perseguiti, ma dalla riferibilità dell'ente all'ordinamento canonico ».

⁽⁶²⁾ In senso contrario E. De Mita, *Profili tributaristici*, in *Il nuovo regime dei beni e degli enti ecclesiastici*, cit., p. 169, che movendo dall'art. 4 della L. 222/85, ritiene che sia possibile attribuire anche agli enti ecclesiastici non riconosciuti l'equiparazione stabilita dall'art. 7, n. 3, dell'Accordo del 1984: cfr. *infra*.

⁽⁶³⁾ Sul punto, C. Cardia, Manuale di diritto ecclesiastico, cit., p. 331; F. Finocchiaro, Diritto ecclesiastico, cit., pp. 229 s. Nota a questo proposito C. Cardia, Finalità e attività degli enti ecclesiastici, in Il nuovo regime giuridico degli enti e dei beni ecclesiastici, Milano, 1993, p. 123, che « si pone come problema urgente — e come questione di vera coerenza ordinamentale — quello del superamento della L. 1159/1929 che mantiene tuttora, per le c.d. Confessioni 'senza intesa', un regime differenziato non più giustificabile né razionalmente né storicamente ».

⁽⁶⁴⁾ C. Cardia, Manuale di diritto ecclesiastico, cit., p. 360. Sul punto anche C. Mirabelli, Associazioni dei fedeli, regolamentazione civile e competenza dell'autorità ecclesiastica. (Brevi annotazioni in margine all'art. 10 L. 20 maggio 1985 n. 222), in Amministrazione e rappresentanza degli enti diversi dalle società, Milano, 1990, pp. 331 ss. Da ultimo, P. Floris, L'ecclesiasticità, cit., pp. 259 ss.

⁽⁶⁵⁾ C. CARDIA, Manuale di diritto ecclesiastico, cit., p. 338.

⁽⁶⁶⁾ P. Picozza, Enti ecclesiastici nel diritto tributario, cit., p. 10 (dell'estratto).

⁽⁶⁷⁾ F. Batistoni Ferrara, Enti ecclesiastici (diritto tributario), in Nss. dig. it., Appendice, Torino, 1983, p. 392.

⁽⁶⁸⁾ T. Mauro, Riflessioni sui principi del regime tributario degli enti ecclesiastici, in Dir. eccl, 1987, I, p. 856. In questo lavoro l'A. critica la formula dell'art. 7, n. 3, del nuovo Concordato, che, ai fini tributari, fa riferimento agli « enti ecclesiastici aventi fine di religione o di culto », dato che non possono esistere « enti ecclesiastici » che « non abbiano fine di religione o di culto ».

definizione unitaria offerta dalla legislazione vigente, preferendo coniare espressioni che perciò risultano talvolta incerte.

Per la verità, il decreto esprime un punto di chiarezza rispetto al dibattito precedente alla sua emanazione, in cui si utilizzava l'espressione, ancor più generica, « enti di ispirazione religiosa » (69). Tuttavia, non è stato certo raggiunto un risultato soddisfacente, soprattutto sotto il profilo dell'uguale libertà che la Costituzione riconosce a tutti gli enti ecclesiastici. L'art. 20 della Costituzione prevede infatti che il « carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione o istituzione, non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività ». La norma, che affonda le sue radici nella memoria storica della legislazione eversiva (70), si configura come una garanzia contro le discriminazioni verso « tutti gli enti ecclesiastici a qualunque confessione appartengano » (71). Essa si presenta inoltre come « una vera e propria norma di chiusura del sistema costituzionale di tutela del sentimento religioso dei cittadini » espresso nelle forme collettive (72), « motivo e causa, nello stesso tempo, della diffusione nella sfera del religioso del criterio di parità sostanziale » (73).

Tale garanzia costituzionale non impone che ogni eventuale regime agevolativo sia esteso anche agli enti ecclesiastici, ma obbliga a riconoscere a tutti gli enti ecclesiastici le agevolazioni che si basino sul carattere ecclesiastico o sul fine di religione o di culto « d'una associazione o istituzione ». La legislazione delegata appare dunque illegittima quando riserva solo a certi enti ecclesiastici — ossia quelli delle

« Confessioni religiose che abbiano stipulato patti, accordi o intese » — un particolare trattamento di favore.

La Corte costituzionale ha del resto già riconosciuto che « l'aver stipulato l'intesa prevista dall'art. 8, terzo comma, della Costituzione per regolare in modo speciale i rapporti con lo Stato non può [...] costituire l'elemento di discriminazione nell'applicazione di una disciplina, posta da una legge comune, volta ad agevolare l'esercizio di un diritto di libertà dei cittadini » (74). Possono « sussistere confessioni religiose che non vogliono ricercare un'intesa con lo Stato, o pur volendola non l'abbiano ottenuta, ed anche confessioni religiose strutturate come semplici comunità di fedeli [...]. Per tutte [...] vale il principio dell'uguale libertà davanti alla legge », onde garantire il « medesimo diritto di tutti gli appartenenti alle diverse fedi o confessioni religiose di fruire delle eventuali facilitazioni disposte in via generale dalla disciplina comune » (75).

B) Riconoscimento civile degli enti ecclesiastici. — Sembra necessario chiarire, ancora una volta, che l'ordinamento riserva un trattamento speciale agli enti ecclesiastici che abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica per effetto dell'applicazione delle norme pattizie. Vale a dire che la specialità dell'ente ecclesiastico è in qualche modo una conseguenza del suo riconoscimento civile come ente ecclesiastico. Si deve invece osservare che il decreto in commento. pur salvaguardando in più punti la specialità degli enti religiosamente qualificati, sembra attribuire una scarsa rilevanza al riconoscimento civile della loro personalità giuridica. In altre parole, attenua l'importanza che la legislazione ecclesiastica assegna a tale provvedimento, che pure rappresenta l'unica garanzia formale dell'« ecclesiasticità civile » di un ente, soprattutto in considerazione di un interesse proprio dello Stato « ad individuare, e quindi delimitare, la categoria degli enti ecclesiastici », in quanto perché destinataria di una disciplina speciale (76).

Appare evidente che lo scarso rilievo attribuito dal decreto 460/97 al riconoscimento della personalità giuridica civile degli enti ecclesiastici si inserisce nel più generale quadro di riduzione complessiva del valore di questo istituto. Del resto, l'ordinamento tributario non ha mai

⁽⁶⁹⁾ Cfr. disegno di legge n. 2420, presentato al Senato della Repubblica dal Ministro delle Finanze (Fantozzi) di concerto col Ministro dell'interno (Coronas), col Ministro ad interim di Grazia e giustizia (Dini) col Ministro del tesoro (Dini) e col Ministro del bilancio e della programmazione economica (Masera), il 3 gennaio 1996, che recepiva le indicazioni emerse dalla prima Commissione Zamagni. Sull'iter complessivo del decreto 460/97, cfr. A. Fusaro, Il tortuoso cammino del decreto legislativo sulle ONLUS, in Il fisco, 1998, pp. 3397 ss. Sul punto cfr. anche A. Guarino, ONLUS ed enti religiosi nella riforma tributaria del terzo settore, in Quaderni di dir. e pol. eccl., 1997, p. 39.

e por etti, 1991, p. 97. (70) S. Lariccia, Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano, Bologna, 1989, p. 65.

⁽⁷¹⁾ C. CARDIA, Manuale di diritto ecclesiastico, cit., p. 334.

⁽⁷²⁾ R. BOTTA, Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile, Torino, 1994, p. 311.

⁽⁷³⁾ S. Berlingo, Enti e beni religiosi in Italia, Bologna, 1992, p. 20.

⁽⁷⁴⁾ Corte cost., sent. 27 aprile 1993, n. 195, in Quaderni di dir. e pol. eccl., 1993, p. 695.

⁽⁷⁵⁾ Corte cost., sent. 27 aprile 1993, n. 195, cit., loc. cit.

⁽⁷⁶⁾ P. Floris, L'ecclesiasticità degli enti, cit., p. 108.

assegnato specifico rilievo al possesso della personalità giuridica (77). Per parte sua l'art. 10 del decreto stabilisce espressamente che possono essere ONLUS « le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica ». Forse per questa ragione — fatto salvo il già citato art. 6 — il decreto si riferisce agli enti ecclesiastici, sia come enti non commerciali sia come ONLUS, senza riferimento espresso al loro riconoscimento civile.

Tale condizione non produce però sempre esiti soddisfacenti. Il decreto recepisce infatti la specialità di questi soggetti sia sul piano della garanzia di una più ampia autonomia statutaria, legata alla necessità dell'attuazione « del principio gerarchico, che è proprio di non poche confessioni religiose » (78), sia su quello della loro primaria identità religiosa (come si può ricavare dall'esenzione dall'obbligo di identificarsi come ONLUS). Tuttavia, tali deroghe non sono accompagnate da una puntuale verifica della sussistenza delle condizioni di specialità riferibili alle « precise aree di autonomia di questi enti e delle Confessioni da cui promanano » (79), che appunto corrisponde all'avvenuto riconoscimento civile.

C) Riconoscimento confessionale degli enti ecclesiastici. — Allo stesso modo sembra poco coerente con l'impostazione ordinamentale derivante dalla legislazione pattizia attribuire un rilievo giuridico al solo riconoscimento confessionale dell'ente. Come si è accennato, il primo comma dell'art. 5 ed il settimo comma dell'art. 10 prevedono invece alcune deroghe a favore, rispettivamente, delle « associazioni » e degli « enti riconosciuti dalle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese ». Si tratta di un « riconoscimento interno » non meglio specificato (80), che si riflette però nell'ordine statuale differenziando in parte l'ambito di applicazione della disciplina civile.

Più precisamente, gli « enti religiosi qualificati » (nel senso che

(77) Cfr. A. Antonini, Personalità giuridica ed imposta sulle persone giuridiche, in Riv. di dir. finan. e sc. fin., 1978, p. 382; F. Gallo, Soggetti del primo libro del codice civile, cit., pp. 125 ss.

sono riconosciuti dalle Confessioni religiose) sono ammessi a godere esplicitamente delle deroghe relative all'obbligo di predisporre una statuto « democratico », mentre gli « enti delle confessioni religiose » sembrano coinvolti nella dinamica del provvedimento per quanto riguarda lo svolgimento di « attività diverse » (da quelle delle ONLUS). Si è già osservato in che modo debba essere interpretata la deroga statutaria concessa agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti: non sembra però altrettanto opportuno accordare tali esenzioni a soggetti che presentano un semplice riconoscimento confessionale e sono invece privi del riconoscimento civile. Si determinerebbe una ingiusta disparità di trattamento se certe esenzioni fossero accordate solo ad alcuni enti e non a tutti quelli che perseguono finalità parimenti meritorie, svolgono le medesime attività, godono delle stesse agevolazioni. Conseguentemente, si dovrà chiarire quali siano le certificazioni ammesse per dimostrare tale riconoscimento confessionale e secondariamente stabilire se queste avranno una portata generale oppure limitata ai fini richiesti dalla norma tributaria in esame, tenendo nel debito conto che sia il « carattere ecclesiastico » sia il « fine di religione o di culto », rappresentano due elementi distinti di qualificazione degli enti religiosi riferibili all'ordine proprio dello Stato e non solo alla pregressa definizione confessionale (81).

La definizione in questione apre ulteriori problemi di carattere generale relativi al riconoscimento civile delle certificazioni ecclesiastiche (82), che in questa sede non è opportuno svolgere, ma che rafforzano la necessità di un chiarimento normativo, almeno in occasione dell'emanazione delle norme applicative.

Una spiegazione sembra necessaria anche per verificare se la differenza formale tra le definizioni adottate nello stesso articolo 10 nasconde o meno una difformità sostanziale. Come s'è appena detto, il settimo comma parla di « enti riconosciuti dalle Confessioni religiose », mentre il nono comma riguarda gli « enti ecclesiastici delle Confessioni religiose ». La stessa sussistenza di una diversità letterale

jinan. e sc. jin., 1978, p. 202; F. Gallo, ouggetti act primo unit sur scription (78) G. Feliciani, Organizzazioni « non profit » ed enti confessionali, in Quaderni di dir. e pol. eccl., 1997, p. 19.

⁽⁷⁹⁾ P. Floris, Autonomia confessionale, Napoli, 1992, p. 178.

⁽⁸⁰⁾ Ad esempio, si potrebbe ritenere che il riconoscimento confessionale sia prestato non in senso istituzionale, ma con espresso riferimento alla plausibilità, ex parte Ecclesiarum, della qualificazione tributaria.

⁽⁸¹⁾ In altre parole, lo Stato detiene un potere autonomo relativo alla definizione di aspetti legati agli enti ecclesiastici (=confessionali) e religiosi (=con fine di religione o di culto), quando questi riflettano la loro efficacia nell'ordinamento civile. Cfr. S. Berlingo, Gli enti e il patrimonio della Chiesa, cit., p. 94 (ma anche 93).

⁽⁸²⁾ Cfr. R. Botta, Il potere di certificazione delle autorità confessionali nella nuova disciplina di derivazione pattizia, in La rilevanza di alcuni aspetti delle potestà confessionali nel sistema giuridico civili: contesti e scopi, Salerno, 1993, pp. 185 ss.

in due periodi così vicini tra loro, lascerebbe intendere la volontà di operare una distinzione. L'espressione « enti ecclesiastici delle Confessioni religiose» potrebbe ad esempio avere un mero significato tautologico, come rivelare l'intenzione di delineare soltanto i soggetti istituzionali (c.d. « enti di struttura »); ma si potrebbe ugualmente sostenere che gli « enti riconosciuti » sono per ciò stesso « enti delle Confessioni ». Peraltro, si può anche sostenere che gli « enti ecclesiastici delle Confessioni che hanno stipulato patti, accordi o intese» siano esattamente gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, o in ogni caso i soggetti ecclesiastici variamente presi in considerazione nei testi

legislativi pattizi.

Quest'ultima soluzione sembra preferibile perché riconduce ad unità la categoria degli enti ecclesiastici e diminuisce la distanza tra il decreto in esame e i principi generali. Seppure con qualche incertezza dovuta alla scarsa precisione del linguaggio, una conferma di questa linea di pensiero emerge anche dai lavori preparatori (83). Il parere della Commissione bicamerale « dei Trenta » (84) invitava il Governo a trovare « forme di riconoscimento di attività non profit svolte da enti ecclesiastici, con i quali siano stati stipulati accordi e intese, congiuntamente con altri enti ecclesiastici con i quali tali accordi non siano stati ancora stipulati » (85). Evidentemente, il riferimento era agli enti ecclesiastici delle Confessioni con intesa rispetto a quelli delle Confessioni che ne erano ancora prive; ma il Governo ha risposto su un altro piano ancora, manifestando che « l'equiparazione degli enti ecclesiastici riconosciuti a quelli privi di riconoscimento avrebbe comportato notevoli difficoltà in sede di controllo dei presupposti qualificativi di tali enti » (86). Da questa precisazione si può immaginare che il legislatore tributario abbia voluto distinguere gli enti ecclesiastici civil-

mente riconosciuti dagli enti ecclesiastici non riconosciuti, riservando soltanto ai primi la possibilità di godere delle agevolazioni connesse all'esercizio non esclusivo delle attività socialmente utili. Tale intenzione non risulta però chiaramente tradotta nella legge, che in definitiva si limita a stabilire una sorta di potenziale equiparazione degli enti ecclesiastici, genericamente intesi, alle ONLUS.

7. Enti ecclesiastici ed enti non profit.

Le considerazioni appena esposte rinviano ad un interrogativo di maggior momento, che riguarda la compatibilità dell'inquadramento degli enti ecclesiastici nell'ambito dei soggetti non profit. Appare evidente che « la realtà designata dalle parole "non profit" e "Terzo settore" è affine al sentire cristiano » (87), ed è altrettanto noto che « molti enti ecclesiastici, a partire dalle parrocchie, sono attivi nel terzo settore, direttamente o indirettamente » (88), tanto che « ancora oggi le organizzazioni collegate alla Chiesa costituiscono la maggioranza del settore non profit in diversi settori, quali l'istruzione, la sanità e l'assistenza in strutture residenziali » (89). Si deve anzi notare che non mancano enti confessionali in senso stretto che svolgono le loro attività nel settore sanitario (basti pensare agli ospedali evangelici), in quello socio-sanitario (come i consultori familiari), in quello turistico, sportivo o culturale (90).

Questo dato sociologico è validamente supportato da profonde radici storiche (91): cosicché sembra quasi « naturale » che gli enti ecclesiastici siano annoverati tra quelli non profit. In dottrina è stato anzi osservato che le Confessioni religiose stesse possono essere considerate « organizzazioni non profit ante litteram in quanto caratterizzate da quel fine di religione e di culto [...] che è per sua natura diverso da scopi di lucro » (92). Si è addirittura osservato che la nuova categoria delle ONLUS ha assunto un valore assorbente rispetto a quella degli

⁽⁸³⁾ La norma oggetto del parere faceva riferimento agli enti ecclesiastici delle Confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese: riguardava cioè soltanto gli enti collegati ad una Confessione religiosa « convenzionata », mentre il parere della Commissione bicamerale parla di enti ecclesiastici con i quali siano stati stipulati accordi e intese, e di enti ecclesiastici con i quali tali accordi non siano stati ancora stipulati, confondendo gli enti delle Confessioni religiose con queste ultime, unici soggetti ammessi a stipulare un'Intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost. Inoltre, sembra essere qui proposta una distinzione tra Confessioni già convenzionate (nono comma) e da convenzionare (settimo comma).

⁽⁸⁴⁾ Istituita con la Legge 23 dicembre 1996, n. 662, allo scopo di esprimere pareri consultivi in materia di riforme tributarie.

Parere della Commissione dei Trenta in Il fisco, 1998, p. 3499.

Relazione illustrativa della Commissione governativa, in Il fisco, 1998, p. 3491.

⁽⁸⁷⁾ C.M. MARTINI, Valori umani e cristiani degli enti non profit, in La società italiana verso il 2000: opportunità e prospettive del terzo settore, Milano, 1997, p. 93.

⁽⁸⁸⁾ C. REDAELLI, Prefazione, in ONLUS. Enti non commerciali e parrocchie, cit., p. 5.

C. RANCI, Le politiche pubbliche, in Senza scopo di lucro, cit., p. 241.

Cfr. S. Berlingo, Enti e beni religiosi in Italia, cit., pp. 164 ss.

Per cui cfr. S. Zaninelli, Gli sviluppi storici, in Senza scopo di lucro, cit. pp. 117 ss.

⁽⁹²⁾ G. FELICIANI, Organizzazioni « non profit » ed enti confessionali, cit., p. 13.

enti ecclesiastici, vanificando la necessità di prevedere per il futuro il riconoscimento di tali soggetti (93).

La riflessione merita di essere approfondita anche dal punto di vista giuridico che, come spesso accade, presenta maglie interpretative più strette che paradossalmente aiutano a precisare la natura dei problemi. A questo riguardo sembra necessario chiarire come, appunto sotto il profilo giuridico, la tipicità dell'ente ecclesiastico sia sostanzialmente diversa dalla tipicità dell'ente non profit: almeno se si accetta di considerare i principali parametri utilizzati dalla normativa sulle ONLUS come criteri attualmente identificativi dei soggetti giuridici del Terzo settore. La normativa tributaria ha raggiunto infatti un importante risultato, perché — sebbene in modo forse improprio ha precisato i termini giuridici identificativi dei soggetti non profit, finora appannaggio delle interpretazioni dottrinali (94). Si è già accennato che, in definitiva, la dottrina italiana ha assunto « posizioni di completo rifiuto della rilevanza del ruolo originariamente attribuito, dal codice civile, allo scopo degli enti del primo libro e a quelli del libro quinto » (95): per questa via ha ipotizzato la « neutralità » delle forme giuridiche (96) ed è giunta alla individuazione della categoria dommatica delle non profit organizations (97): vale a dire degli enti senza scopo di lucro. La sola presenza di questo elemento non è però apparsa al legislatore tributario una condizione sufficiente per la qualificazione dei soggetti non profit (98), che risulta invece indissolubilmente collegata anche al perseguimento di una finalità di solidarietà sociale (99) ed allo svolgimento di attività di utilità sociale (100).

Le ONLUS sono quindi caratterizzate dalla indefettibile presenza di tre elementi: finalità di solidarietà sociale, svolgimento di attività di utilità sociale, assenza di lucro soggettivo. Si tratta di elementi qualificatori senza dubbio diversi, seppure in assoluto non incompatibili, con quelli che contrassegnano gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, quali soggetti che presentano una speciale connessione tra finalità ed attività religiose, svolte all'interno di un organico rapporto confessionale. Le leggi pattizie peraltro contengono una norma che fornisce all'interprete «i criteri e i parametri utili e necessari per chiarire cosa in concreto è il fine di religione o di culto, ovvero che cosa in sostanza l'ordinamento intende per finalità religiosa » (101). Tali disposizioni stabiliscono che, agli effetti delle leggi civili, alcune attività socialmente utili, tipiche delle ONLUS — come quelle di assistenza, beneficenza, istruzione, educazione e cultura - sono in ogni caso da ritenersi « diverse da quelle di religione o di culto ». Sono però proprio queste ultime (= di religione e di culto) che caratterizzano l'ente ecclesiastico; si potrebbe forse dire che lo sono in contrapposizione a quelle socialmente utili, tanto che un ente confessionale che svolga solo attività socialmente utili non può ottenere il riconoscimento civile come ente ecclesiastico.

Evidentemente, gli enti ecclesiastici restano liberi di svolgere (anche) attività non religiose, ivi comprese quelle socialmente utili, che però non ne contrassegnano la qualificazione giuridica. Tanto che se queste « assurgono al rango di *finalità* dell'ente », si crea una condizione per la revoca del riconoscimento giuridico civile (102). Questo elemento porta ad escludere che un ente possa al tempo stesso essere caratterizzato dal perseguimento esclusivo (o dallo svolgimento prevalente) di finalità o attività di natura diversa tra loro, come sono quelle di religione o di culto e quelle socialmente utili (103).

⁽⁹³⁾ A. Bucci, Gestione dei beni ecclesiastici ed enti « non profit », in Apollinaris, 1997, p. 277.

⁽⁹⁴⁾ G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Torino, 1996.

⁽⁹⁵⁾ G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, cit., p. 96

⁽⁹⁶⁾ Per primo P. Rescigno, Fondazioni e impresa, in Riv. soc., 1968, I, pp. 1 ss. Questa impostazione è stata però vivacemente criticata, richiamando l'impossibilità di costituire società commerciali che non avessero scopo di lucro (si vedano ad esempio G. Marasa, Le 'società' senza scopo di lucro, Milano, 1984; D. Prette, La destinazione dei risultati nei contratti associativi, Milano, 1988; P. Spada, La tipicità delle società, Padova, 1974), per giungere ad una distinzione, oggi largamente condivisa, tra enti a scopo economico ed enti a scopo non economico o ideale (di cui è stato anticipatore F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, in Commentario al codice civile, Bologna-Roma, 1969, p. 59).

⁽⁹⁷⁾ P. Schlesinger, Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations, in Gli enti 'non profit' in Italia, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 1994, pp. 273 ss., segnala opportunamente che si tratta di una categoria interpretativa priva di riscontro normativo.

⁽⁹⁸⁾ G. Tabet, Verso una nuova tassazione degli enti non profit, in Rassegna tributaria, 1997, p. 776.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. V. Tondi Della Mura, Profili costituzionali e sociali degli enti non profit, in Non profit, 1995, pp. 562 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. G. Bianchi, in Commento analitico, cit., sub art. 10, pp. 3435 ss.

⁽¹⁰¹⁾ C. CARDIA, Finalità e attività, cit., p. 126; in senso conforme, cfr. G. Feliciani Commento sistematico alla Legge 20 maggio 1985 n. 222, in Le nuove leggi civili commentate. ¹′ p. 1118.

⁽¹⁰²⁾ C. CARDIA, Finalità e attività, cit., p. 126.

⁽¹⁰³⁾ La dottrina ecclesiasticistica è già pervenuta ad un'analoga e mancata sovrapponibilità delle fattispecie dell'ente ecclesiastico e dell'o.

Questa osservazione risponde anche ad una critica consueta che porta a censurare l'esclusione delle attività di religione o di culto, in quanto tali, dall'elenco di quelle di utilità sociale. In dottrina s'è sostenuto che questa assenza sarebbe frutto della «forte influenza delle correnti di pensiero materialistiche », che relegano la dimensione religiosa « ai margini della società » (104). Senza soffermarsi sulla dubbia validità di tale premessa e concentrando l'attenzione alla logica ordinamentale, ed in specie a quella tributaria, non si può mancare di notare che si tratta in ogni caso di una scelta dovuta, perché le attività di religione o di culto sono già equiparate, ai fini tributari, a quelle di beneficenza e di istruzione (105), e perché esse, per espressa volontà del legislatore, sono diverse da quelle profane. Certamente, lo scopo di religione presenta una forte rilevanza sociale, ma il suo perseguimento si colloca « nella linea dell'espressione della libertà religiosa e non immediatamente in quella della utilità o della solidarietà sociale» (106). In altre parole, sotto il profilo giuridico la risposta ai bisogni religiosi si pone su un piano diverso rispetto a quella relativa ai bisogni materiali (107), giustificando così l'assenza di un meccanismo che inserisca automaticamente gli enti ecclesiastici nell'ambito di quelli non profit.

LE ONLUS E LA DISCIPLINA DEGLI ENTI ECCLESIASTICI

Questa soluzione sembra corretta anche dal punto di vista sociale. La qualificazione degli enti ecclesiastici come enti non profit tout court, sembra infatti nascondere una sorta di malcelata tendenza economicistica, che accentua gli aspetti pratici della dimensione religiosa rispetto a quelli spirituali, quasi che la Chiesa stessa fosse in sostanza un'azienda non profit (108). Sotto questo profilo emerge una « interpretazione marginalista, riduttiva e tutto sommato fuorviante del terzo settore, fortemente condizionata da una visione economica su cui si inserisce la

riato, « che risultano a tal punto tipizzate dal legislatore da non consentirne la convivenza in capo ad una medesima entità »: così P. Floris, L'ecclesiasticità degli enti, cit., p. 292.

(104) A. Guarino, ONLUS ed enti religiosi nella riforma tributaria, cit., pp. 42 e 45.
 (105) Non si può fare a meno di notare la scarsa rilevanza tributaria delle attività in

prospettiva della fiscalità » (109). Si tratta di una propensione riscontrabile pure nelle attuali tendenze di una parte della sociologia religiosa (110), e che si ritrova nelle pieghe dei documenti preparatori del decreto in commento (111), ma che forse dovrebbe essere ponderata con maggiore attenzione.

⁽¹⁰⁵⁾ Non si può fare a meno di notare la scarsa rilevanza tributaria delle attività di questione, tratta dalla formulazione dell'art. 16 della legge 222/85 ripresa, sebbene talvolta con lievi modifiche, nelle leggi di approvazione delle Intese successive.

⁽¹⁰⁶⁾ C. REDAELLI, Parrocchie, enti ecclesiastici e ONLUS, in ONLUS. Enti non commerciali e parrocchie, cit., p. 93.

e parroccnie, Ci., p. 73.

(107) Cfr. I. Vecchio Cairone, Legalità democratica, diritto negoziale con i culti e misure fiscali agevolative, Salerno, 1990.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. G. Fiorentini, L'istituzione religiosa come « azienda non profit », in La Chiesa come « azienda non profit », Milano, 1998, pp. 15 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ B. Fasanelli, La società civile incompresa e i programmi del legislatore in materia di terzo settore, in Il fisco, 1998, p. 3374.

⁽¹¹⁰⁾ Per cui cfr. L. Prezzi, Il mercato religioso, in Il Regno att., 1998, p. 448, con riferimenti bibliografici.

⁽¹¹¹⁾ Per i quali la riorganizzazione del settore mira alla creazione di un « mercato del Welfare », mettendo « in campo un sistema di incentivi che spinga questi soggetti verso il mercato » (Parere della Commissione dei Trenta, in Il fisco, 1998, p. 3495), ed assegni alle organizzazioni del Terzo settore « il compito primario di generare reti di reciprocità nella società e [...] di alzare il livello della qualità della vita » (S. Zamagni, Economia civile come risorsa, cit., p. 2). Tale impostazione è largamente condivisa soprattutto in campo economico (cfr. ad esempio D. Cavenago, Dirigere e governare una organizzazione non profit, Padova, 1996; A. Merlo, Gestire l'organizzazione no profit, in Gestire il no profit, cit., pp. 431 ss.; S. Slavazza, Un marketing per il vangelo, in La Chiesa come « azienda non profit », cit., pp. 98 ss.).

Il tentativo del legislatore di prevedere una disciplina fiscale unica del terzo settore, ha dovuto fare i conti immediatamente con le diverse specificità del settore e con le particolarità anche fiscali di ogni singola specificità.

Una di queste è ovviamente quella del volontariato inteso come insieme di soggetti inquadrati nella legge quadro 266/91.

Il volontariato rivendica da tempo infatti una sua specificità tra tutti i soggetti non profit, basata prevalentemente sulla natura gratuità della maggioranza delle prestazione degli aderenti, sulla gratuità delle cariche ed in genere su tutto l'impianto strutturale.

Tale specificità e valida per molti organismi, generalmente di piccole dimensioni, poco strutturati ed organizzati, ma di valenza sociale molto ampia, bisogna anche dire invece che talune organizzazioni hanno nel tempo perso molte delle caratteristiche peculiari del volontariato, pur facendone ancora parte.

Tale questione, ad oggi per la verità relativamente importante, diventa invece determinante con l'introduzione del decreto ONLUS.

È noto che già la legge di delegazione (L. 23 dicembre 1996 n. 662, comma 188 e comma 188 lettera b), prevedeva per il settore norme speciali, che poi hanno trovato un certo riscontro nel decreto delegato.

Queste specificità possono essere così sintetizzate:

- 1. automaticità della qualificazione di organizzazioni non lucrative;
- 2. salvezza delle condizioni di miglior favore previste dalla legge specifica;
- 3. agevolazioni e semplificazione in ordine agli adempimenti formali.

^(*) Stefano Ragghianti, Commercialista, Consulente CNV.

È utile quindi analizzare e vedere fino a che punto questi criteri e principi direttivi hanno trovato concreta rispondenza nel desto del decreto 460/1997.

Il primo principio ha trovato come noto rispondenza nel comma 8 dell'articolo 10 del D.Lgs. 460, sotto una chiara espressione quelle che dice sono 'in ogni caso' ONLUS, tra gli altri, anche gli organismi di volontariato iscritti ai registri di cui alla rispettiva legge.

Per questi soggetti quindi La valutazione in ordine al possesso dei requisiti per essere qualificati come ONLUS non è rimesso al confronto con i parametri tassattivi dell'articolo 10, ma avviene in qualche modo 'a monte', il possesso dei requisiti previsti dalla legge 266 è condizione sufficiente per possedere anche i requisiti previsti dal decreto delegato.

L'adesione alla fattispecie delle organizzazioni non lucrative non è quindi cercata mediante un confronto con La fattispecie concreta di ogni singolo ente, ma è valutata in via generale ed astratta dal legislatore, primo fra tutti quello delegante.

L'espressione letterale usata poi (in ogni caso) non dovrebbe lasciare dubbi, anche se le conseguenze concrete di una rigorosa interpretazione del genere può creare alcuni paradossi e alcune conseguenze che non appaiono del tutto compatibili alla normativa generale.

È infatti noto che, almeno ad oggi, risultano iscritte ai registri regionali, anche organismi di volontariato che oltre ad effettuare attività istituzionali e attività commerciali marginali ai sensi del D.M. 25.5.95, effettuano anche operazioni commerciali pure, anche di non modesta entità

È quindi già sorto il problema di comprendere se tale situazione è compatibile con il dettato della norma.

Alcuni passi della relazione ministeriale al decreto possono aiutare in tal senso e sembrano non lasciare grossi dubbi.

In ordine al problema della mancata individuazione del settore della protezione civile tra i settori di attività delle ONLUS, problema sollevato anche dalla Commissione Parlamentare dei trenta, il Governo scrive che si è ritenuto superfluo inserire tale settore, in quanto gli organismi operanti sono quasi tutti organismi di volontariato ai sensi della legge relativa e quindi già inseriti di diritto nel regime ONLUS.

La risposta rivesta evidente importanza, non solo per il settore, ma perché in pratica significa che le associazioni di volontariato sono organismi non lucrativi anche se non operano in uno dei settori indicati dalla legge.

Poiché ciò che contraddistingue il volontariato da altri settori è la

gratuità e spontaneità delle prestazioni dei volontari, o almeno la prevalenza di esse, è evidente che tale fatto, anche se non da solo, è stato valutato come sufficiente e prevalente su ogni altro.

La legge 266/91, trova oggi, forse con grave ritardo, una sua rilevanza ed una sua valenza sociale forse mai del tutto compresa, almeno sino ad oggi.

È noto inoltre che quello citato, non è l'unico passaggio della relazione in merito: poche riga prima, sempre La relazione ministeriale aveva fatto altro importanti affermazioni rispondendo alla obiezione già colta anche dalla commissione parlamentare, che la clausola di automaticità poteva esplicare effetti solo subordinatamente al rispetto dei requisiti dell'articolo 10, dai quali non si potrebbe quindi prescindere, si afferma che ciò avrebbe rappresentato un eccesso di delega, in quanto principi e criteri direttivi non contengono tale condizione; ne consegue che tali enti sono ONLUS senza dover modificare la propria struttura organizzativa e funzionale né di dover rispettare i requisiti richiesti nell'articolo 10 per la generalità delle ONLUS.

Agli organismi di volontariato non sembra quindi vietato svolgere una attività diversa da quella istituzionale, ne diversa da quella direttamente connessa, come invece avviene per gli altri soggetti Per tali organismi quindi appare di dubbia rilevanza la distinzioni tra settori di attività considerati sempre di solidarietà e settori considerati tali solo dopo indagine sulle condizioni soggettive dei beneficiari le prestazioni.

Tale criterio può servire in ordine alla qualificazione o meno dell'attività come istituzionale o connessa e quindi rimane come criterio valido in ordine alla applicazione della agevolazione fiscale prevista dall'articolo 12 del D.Lgs. 460, con le conseguenze del caso come noto diverse tra le due anime di attività; ma tale criterio non appare idoneo alla valutazione del possesso o meno dei requisiti di organismo non lucrativo di utilità sociale.

L'adesione degli enti di volontariato iscritti prescinde infatti dai requisiti richiesti dall'articolo 10, ed è invece basato su un effetto automatico legale, se vogliamo su una sorta di presunzione assoluta, invincibile con prova contraria.

Bisogna anche dire che non si tratterebbe dell'unico soggetto ONLUS parziale, in quanto la normativa già prevede per gli enti religiosi e per le associazione di promozione sociale una fattispecie simile, solo che nei due casi indicati viene espressamente affermato (comma 9 articolo 10).

Ovviamente l'attività diversa non sarebbe agevolata dal punto di vista né formale né sostanziale.

Per quanto la conseguenza di tale ragionamento possa apparire in contrasto con la natura di ente non commerciale puro richiesta alla ONLUS, essa appare per il momento almeno l'interpretazione più corretta

Semmai, il punto di discussione e se tale situazione sia compatibile con la normativa della legge 266/91 e non con il D.Lgs. 460, cosa che fino ad oggi e di fatto, è stata ritenuta possibile.

I sostenitori dell'incompatibilità tra iscrizione nei registri regionali e attività commerciale extra marginale, fanno leva sulla tassatività delle entrate elencate dall'articolo 5 della legge 266/91, che non prevede una attività commerciale pura.

Le argomentazioni contrarie fanno invece leva sulla portata dell'articolo 9 della stessa legge, che rimanda alla disciplina generale in materia di imposte dirette, disciplina che risulterebbe inutile se non prevedendo anche una attività commerciale e quindi un reddito di impresa.

La questione andrà chiarita e in tempi brevi, poiché riveste enorme importanza. Solo da detta interpretazione sara possibile comprendere fino in fondo la portata effettiva della clausola di automaticità.

È opportuno poi sottolineare anche la diversità delle modalità di accesso alla normativa per le organizzazioni di volontariato, così come per gli altri soggetti 'di diritto, rispetto alla globalità delle ONLUS.

Diversamente da quanto avviene per il volontariato, la determinazione di entrare nel regime fiscale delle ONLUS e sostanzialmente rimesso all'autoesame dei singoli soggetti, che devono verificare il possesso o meno di tutti i requisiti formale e sostanziali richiesti dalla legge, senza alcuna istruttoria, né certificazione da parte dell'amministrazione tributaria.

Quella dell'articolo 11 si qualifica infatti come semplice comunicazione, non avendo le caratteristiche né le conseguenze di una domanda o di una istanza La corrispondenza tra situazione di fatto e situazione di diritto è rimessa alla valutazione del soggetto.

Con la legge 266/91, invece i requisiti legali sono valutati dall'autorità regionale, o da quella delegata, che si pronuncia con un atto amministrativo per il possesso, e quindi l'iscrizione al registro, o il mancato rispetto (è quindi non iscrizione) ai registri. Per quanto tale sistema abbia i limiti di un meccanismo sostanzialmente autorizzatorio o concessorio, esso ha il merito almeno della certezza.

Un meccanismo basato su una sorta di autocertificazione fiscale, apprezzabile per rapidità e semplicità, presenta gravi problemi in ordina ad una corretta interpretazione della legge ed ha effettivo valore solo in un quadro di grande certezza del diritto, cosa che per il momento sembra difficile affermare presente con il D.Lgs. 460.

Anche il problema dei soggetti di volontariato iscritti ai registri senza averne diritto, si pone in questo contesto, in un quadro cioè dove l'iscrizione è in sé condizione valida per l'applicazione del sistema di riferimento.

Si ritiene inoltre che per effetto dell'esplicito richiamo della norma di rinvio di cui all'articolo 26, si applichi anche agli enti di volontariato la disposizione dell'articolo 2 lettere a e b.

È opportuno richiamare soprattutto la norma relativa al regime fiscale delle convenzioni che abbiano carattere sociale, rese in conformità alle finalità istituzionali degli enti come noto tale norma esclude la natura commerciale di tali contributi, anche se hanno natura di corrispettivo.

Sembra quindi definitivamente risolta anche per i soggetti iscritti in base alla legge 266/91 ai registri del volontariato una questione mai del tutto definita, nemmeno dall'ultima ed in parte oscura affermazione del D.M. 25.5.95, relativo alla natura di operazione marginale o meno di tali rapporti.

Per quanto riguarda il secondo punto, non sembra che la norma debba porre particolari problemi.

In primo luogo bisogna dire che le condizioni di miglior favore previste dalla legge quadro rispetto al regime ONLUS, sono assai rare, almeno sotto il profilo fiscale. L'unica di un certo interesse sembra essere quella relativa all'imposta di registro. L'articolo 8 della legge 266 prevede infatti una esenzione dall'imposta per gli atti connessi all'attività istituzionale. Il decreto ONLUS invece prevede la tassazione a tassa fissa dei trasferimenti di proprietà o di altro diritto reale su bene immobile.

Per il resto, non sembra che vi siano norme rilevanti più favorevoli nella vecchia normativa rispetto alla nuova, tranne ovviamente il disposto dell'articolo 12 in materia di imposte dirette.

Per effetto di tale norma si allarga il campo delle operazioni di tali enti, esonerate ai fini delle imposte dirette.

Sino ad oggi l'agevolazione era limitata alle attività commerciali marginali di cui al D.M. 25.5.95, oggi si allarga a tutte le operazioni istituzionali e connesse se pur con la differenza prevista dalla legge.

In questo senso e solo in questo senso si ritiene che si applichino anche agli enti di volontariato le disposizioni e i requisiti previsti dall'articolo 10 del decreto in esame.

L'articolo 8 della legge 266/91 resta quindi interamente valido, sia sotto il profilo della esclusione (e non esenzione) ai fini IVA delle operazioni istituzionali degli enti iscritti, sia in ordine alla non imponibilità delle operazioni marginali, sia per tutti gli altri tributi e d imposte.

Semmai, il punto fondamentale da chiarire è se la clausola di miglior favore operi a monte in via generale oppure a valle in via particolare, in altri termini si deve ben comprendere se l'applicazione della normativa debba possa essere stabilita caso per caso o in via generale.

Per quanto dal punto di vista teorico ciò possa apparire strano, vi sono rilevanti motivi per protendere per una applicazione della singola norma per singole fattispecie. Diversamente infatti l'effettività della clausola sarebbe fortemente inficiata.

In pratica il tenore letterale dell'articolo 10 comma 8, non sancisce una alternatività tra le due norme. Si limita a stabilire una nuova normativa, pienamente e totalmente in vigore, oltretutto per effetto automatico di legge, salvando eventuali condizioni di miglior favore della precedente.

La previsione, inoltre, non pone condizioni né subordina tale effetto ad alcunché.

Una separazione di regimi si porrà ovviamente per singoli tributi ed operazione nel senso che se si sceglie un certo regime per l'imposta sul valore aggiunto questo deve riguardare tutte le operazioni relative a quel tributo e non operazione per operazione; ma si propende per pensare che la scelta del regime Iva per esempio di cui alla legge 266/91 non impedisca le agevolazioni previste dal D.Lgs. 460 in materia di imposte dirette, oppure in modo esattamente contrario.

È probabile che la cosa possa creare qualche problema di rapporto con l'amministrazione finanziaria, specialmente in sede di prima applicazione, ma diversamente vorrebbe dirsi affermare una sorta di incompatibilità tra le due norme che non trova fondamento nella norma. Bisogna infatti ricordare che gli organismi di volontariato iscritti nei registri, sono ONLUS per effetto automatico di legge e questa previsione deve avere contenuto vantaggioso e utile per il volontariato, mai puo trasformarsi in effetti negativi: altrimenti bisognava prevedere la

possibilità di una scelta o meglio di una opzione per usare un linguaggio caro al legislatore tributario.

Il terzo profilo, quello cioè delle agevolazioni formali, suscita qualche perplessità per il limitato effetto concreto che puo avere.

L'unica agevolazione di un qualche rilievo, per altro piuttosto scontata, è quella relativa agli obblighi contabili del volontariato, regolati dal comma 4 dell'articolo 25 del D.Lgs. 460/97. In deroga alla disciplina generale stabilita nella prima parte del disposto, si conviene che gli enti di cui alla legge 266/91, possano adempiere a tali obblighi mediante semplice rendiconto delle entrate e delle spese, di cui all'articolo 20 del D.P.R. 600/73, come modificato dallo stesso decreto legislativo.

Sul punto la relazione ministeriale, aggiungendo parole non previste dalla legge, afferma che le associazioni in questione possono adempiere a tale obbligo distinguendo tra attività istituzionali e attività connesse.

Tale affermazione suscita forti perplessità non tanto per l'aspetto contabile, in sé assai irrilevante e poco significativo, ma per le conseguenze di un simile ragionamento.

Se vogliamo interpretare fino in fondo il significato della clausola di automaticità, questa distinzione non ha alcun rilievo o valenza.

Poche righe prima infatti, la stessa relazione aveva ribadito la non necessità per questi enti del rispetto dei limiti previsti dall'articolo 10. Tra questi quindi, nemmeno il divieto di svolgere attività diverse, né i limiti qualitativi e quantitativi tra attività istituzionali e direttamente connesse, valide invece per la generalita delle ONLUS.

Insomma, tale distinzione non serve pressoché a niente, né deve avere conseguenze.

L'unica utilità può essere vista relativamente alla distinzione valida ai fini del beneficio per le imposte dirette.

Il problema che si pone invece riguarda quegli enti di volontariato che affiancano alla loro attività propria una attività extra marginale di natura commerciale.

La cosa ad oggi è ritenuta di fatto, forse più che di diritto, possibile.

È chiaro ed evidente che questi organismi rimangono soggetti passivi di tutti gli obblighi contabili, dichiarativi connessi alla loro attività commerciale.

Di conseguenza l'agevolazione in questione riguarda esclusivamente gli enti di volontariato puri. Assai scarsa invece deve valutarsi la mancanza dell'obbligo di comunicazione all'anagrafe delle ONLUS, prevista invece per gli altri soggetti in base all'articolo 11.

Tale vantaggio, per altro non determinato dalla fonte primaria, ma reso esplicito solo in sede di norma secondaria, è l'effetto della clausola di automaticità, non già di un autonomo e maggior vantaggio formale.

Anche la non necessità di modificare i propri statuti, più che una agevolazione di carattere formale, rappresenta una conseguenza pratica della clausola di automaticità e si concrettizza in una norma che valorizza e tutela l'autonomia e la libertà del volontariato.

Tra le altre cose, merita segnalare che di dubbia necessità appare anche la modifica richiesta dalla lettera *i*) dell'articolo 10 in ordine all'uso nei confronti dei terzi della qualifica di ONLUS, giacche la norma impone l'uso nella denominazione di tale sigla, non la modifica della denominazione. Essa ha quindi carattere sostanziale, sottolinea la relativa autonomia del settore volontaristico rispetto alla generalità del sistema, aiuta nella corretta interpretazione della clausola di automaticità, nonché della necessità o meno del rispetto dei requisiti legali validi invece per la generalità del sistema.

Dove invece l'impianto del decreto legislativo mostra la sua insufficienza o quanto meno alcuni limiti, è sotto il profilo delle agevolazioni sostanziali.

Sotto questo profilo infatti, non si notano specificità particolari.

Dove infatti la struttura economica è più debole, potevano essere introdotte agevolazioni maggiori, si pensi soltanto al regime di detrazione delle liberalità dei terzi.

Il punto deve essere richiamato soprattutto in considerazione della non soluzione (almeno ad oggi) della ormai storica questione della esenzione dall'IVA sugli acquisti e dalla vera e propria confusione che sulla questione si è venuta a creare anche per le diverse e contrastanti pronunce dell'amministrazione, a cominciare dalla circolare ministeriale n. 3/92 sulla legge quadro La commissione dei trenta in sede di parere si è a lungo soffermata sulla questione, il cui superamento è noto, risulta impedito dalla direttiva CEE 92/77 del 19 ottobre 1992.

Tuttavia la situazione attuale risulta eccessivamente penalizzante specialmente per gli enti di più modeste dimensioni, che spesso non hanno attività commerciale e quindi imponibile.

La stessa revisione dell'articolo 10 del D.P.R. 633/73 estendendo l'ambito di talune operazioni esenti alle ONLUS, non aiuta in tal senso,

rendendo spesso i soggetti presunti agevolati, consumatori finali ai fini dell'imposta sul valore aggiunto.

Bisogna tuttavia ricordare che La questione è stata comunque oggetto di separata ed apposita delega del Parlamento al Governo.

Infatti il comma 66 dell'articolo 3 della legge 662/96 (collegato alla finanziaria 97) espressamente delega il Governo a rivedere la disciplina del regime dell'imposta sugli acquisti degli organismi di volontariato.

È quindi necessario portare a compimento anche questa delega, affinchè la disciplina del volontariato trovi una sua completa realizzazione nell'ambito del terzo settore.

Ed e anche ovvio che tale questione deve essere necessariamente regolata con fonte primaria. Essa si rende necessaria se non altro per eliminare o almeno escludere gravi disparità ed incongruenze della normativa attuale, in ordine al problema dell'alternatività tra imposta sul valore aggiunto e imposta di registro, problema per la verità generale e non specifico del volontariato; lo stesso atto di acquisto di bene immobile è agevolato ai fini del registro e non ai fini iva, il che crea almeno qualche dubbio di legittimità.

Notevole rilievo, non solo per il volontariato, ma anche per il volontariato, ha anche la questione dei titoli di solidarietà, questione che la norma in esame si limita semplicemente ad impostare, delegando quasi tutti al ministeri competenti.

Poiché la normativa fiscale è sempre in movimento è necessario che il volontariato vigili con attenzione, sia sulle interpretazioni sia sulla normativa ancora da emanarsi, anche per le numerose deleghe in bianco del decreto 460.

LA DISCIPLINA TRIBUTARIA DEGLI ENTI NON COMMERCIALI (*)

Il titolo neutro del mio intervento esige una precisazione.

La tormentata vicenda conclusasi, almeno per il momento, con l'emanazione del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, che ha delineato e disciplinato le *Organizzazioni non lucrative di utilità sociale* ha radicalmente mutato la prospettiva che l'ordinamento tributario ha assunto rispetto agli enti non commerciali, nell'ambito dei quali, mi sembra, si collocano le ONLUS come particolare sottospecie.

La distinzione originariamente delineata nel D.P.R. 29 settembre 1973, n. 598, che aveva disciplinato l'imposta sul reddito delle persone giuridiche, tra società ed enti commerciali ed enti non commerciali, riguardava le modalità di determinazione dei rispettivi redditi imponibili, visto che quello dei primi si configurava, nella sua integrità, come reddito d'impresa, mentre quello dei secondi risultava dalla somma dei redditi fondiari, di capitale e dei redditi derivanti dall'esercizio, anche occasionale, di attività commerciali, per definizione non costituenti oggetto principale della loro attività. La distinzione, peraltro, non comportava particolari agevolazioni tributarie e comunque una considerazione privilegiata, della quale vi era forse soltanto un'esilissima avvisaglia nell'art. 4 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che disciplinava l'imposta sul valore aggiunto, il cui terzo comma includeva nel presupposto del tributo soltanto le cessioni di beni e le prestazioni di servizi poste in essere nell' esercizio di attività commerciali ed agricole mentre l'ultimo comma dichiarava non soggette all'imposta le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate in occasione di manifestazioni propagandistiche dai partiti politici rappresentati nelle assemblee nazionali e regionali.

È seguita una lunga stagione nella quale il legislatore tributario ha

^(*) Franco Batistoni Ferrara, ordinario di Diritto tributario presso la Facoltà di Giurisprudenza di Pisa.

dettato regimi agevolativi di carattere settoriale intesi, mi pare, a venire incontro ad esigenze particolari e, verosimilmente, anche a pressioni specifiche, espressi in particolare nelle leggi n. 266, 391 e 398 del 1991 sulle organizzazioni di volontariato, sulle cooperative sociali e sulle associazioni sportive, ma soprattutto ha, via via, ritagliato trattamenti di privilegio per taluni enti non commerciali nelle previsioni del testo unico delle imposte sui redditi e nella disciplina dell'I.v.a.

Penso all'art. 111 del testo unico n. 917 del 1986 che, nel testo vigente prima dell'emanazione del decreto legislativo n. 460 del 1997, contemplava una disciplina agevolata rispetto agli enti non commerciali di tipo associativo e, in particolare, rispetto alle associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, culturali e sportive e alle correlative previsioni dei comma quarto e quinto dell'art. 4 del decreto sull'I.v.a.

Si è quindi arrivati, nel 1995, all'insediamento della prima Commissione Zamagni, il cui compito consisteva anche nell'elaborare un'ipotesi organica di alleggerimento della pressione fiscale per le organizzazioni riconducibili al cosiddetto « terzo settore » ipotesi nell'ambito della quale venne per la prima volta individuata una nozione di Organizzazione non lucrativa di utilità sociale con caratteristiche specifiche tali da distinguerla nell'ambito della categoria degli Enti non commerciali. Successivamente, elaborata la delega legislativa dettata dalla legge n. 662 del 1996, si è giunti alla disciplina vigente, che formalizza un complesso di agevolazioni di carattere generale riferibili agli enti non commerciali, accentuate specificamente rispetto alle ONLUS. Nei loro aspetti essenziali, esse si esprimono, da un lato, nella previsione di un regime forfetario di determinazione del reddito, delineato dal nuovo art. 109 bis del testo unico delle imposte sui redditi (art. 4 del D.Lgs. n. 460 del 1997) e poi in una serie assai elaborata di esclusioni della natura commerciale di attività compiute dagli enti non commerciali di tipo associativo elencate nel nuovo art. 111 del testo unico (e qui non si può evitare di deprecare la formulazione, analitica in maniera esasperata, delle norme, elaborate in una successione di « scatole cinesi » che si articolano come previsioni derogatrici rispetto ai principi in base ai quali un'attività si reputa commerciale e poi come previsioni che fanno eccezione all'eccezione e, ancora, eccezione all'eccezione dell'eccezione e così via, costruendo autentici labirinti nei quali il povero interprete è indotto a smarrirsi e che, senza un reale costrutto - almeno a mio parere - cercano di imprigionare l'inesauribile varietà delle situazioni umane in una catalogazione necessariamente insufficiente).

Rinunciando in partenza ad addentrarmi nell'esposizione o nella lettura di tale catalogo (oltre tutto non sarebbe gentile tentare -- e molto probabilmente con successo — di annoiare a morte, di prima mattina, ascoltatori che non mi hanno fatto alcun male) segnalo i due aspetti maggiormente qualificanti della nuova disciplina e cioè il regime transitorio agevolato di trasferimento di aziende o beni a favore di enti non commerciali (esenzione da imposte sulle successioni e donazioni, imposte ipotecarie e catastale, In.V.Im.; esclusione della realizzazione di plusvalenze e di evidenziazione di sopravvenienze) e l'eliminazione dai componenti del reddito degli enti non commerciali dei fondi loro pervenuti a seguito di raccolte pubbliche effettuate occasionalmente anche mediante offerte di beni di modico valore e di servizi ai sovventori in concomitanza di celebrazioni, ricorrenze o campagne di sensibilizzazione, nonché dei contributi corrisposti da amministrazioni pubbliche per lo svolgimento in regime convenzionato o di accreditamento di attività aventi finalità sociali esercitate in conformità ai loro fini istituzionali.

Di fronte ad un regime di agevolazione di spessore notevole, si impone, dal punto di vista tributario, l'esigenza di cautele e limiti volti ad impedirne l'utilizzazione impropria, tale da eludere o evadere l'imposta. Il decreto legislativo n. 460 del 1997 affronta questo problema disciplinando la qualificazione non commerciale dell'ente, con l'individuare specifici requisiti che condizionano l'applicazione delle previsioni agevolative e prevedendo ipotesi nelle quali la qualifica anzidetta (non commercialità) viene perduta.

Il nuovo art. 87 del testo unico prevede che la natura non commerciale dell'ente residente nel territorio dello Stato venga determinata in base alla legge, all'atto costitutivo e allo statuto, sempreché esistenti in forma di atto pubblico ovvero di scrittura privata autenticata o registrata (avente quindi data certa) avendo riguardo all'oggetto, esclusivo o principale, proprio dell'ente medesimo, intendendo per tale l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto. In mancanza dell'atto costitutivo e dello statuto, l'oggetto principale dell'ente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato così come sempre accade per gli enti non residenti, rispetto ai quali non rilevano le previsioni dettate dall'atto costitutivo e dallo statuto, ma solo l'analisi dell'attività di fatto esercitata.

Rilevo, incidentalmente, che la previsione or ora richiamata potrà dar luogo a notevoli dubbi interpretativi soprattutto nelle ipotesi in cui l'esercizio di un'attività commerciale si atteggi come strumentale al conseguimento degli scopi *primari* dell'ente. È molto probabile, a questo riguardo, che la difficoltà si connetta al fatto che la definizione dell'attività commerciale, centrata sull'organizzazione dei fattori della produzione in funzione del conseguimento di un utile *oggettivo*, non costituisca discriminante idonea a rispecchiare la realtà delle organizzazioni appartenenti al cosiddetto « terzo settore », rispetto al quale meglio opererebbe una radicale valorizzazione del divieto di distribuzione di utili ed eventualmente dei beni costituenti il patrimonio dell'organizzazione produttiva, divieto al quale la nuova disciplina fa comunque riferimento nel nuovo art. 4, comma VII, del D.P.R. n. 633/72, modificato dall'art. 5 del D.Lgs. n. 460 del 1997, oltre che nell'art. 10 dello stesso decreto riguardante l'individuazione delle ONLUS.

Il problema sul quale mi sembra adesso il caso di richiamare l'attenzione è quello determinato dalla previsione della perdita della natura non commerciale contenuta nell'art. 6 del decreto n. 460 del 1997 (nuovo art. 111 bis del testo unico) che, oltre tutto, si atteggia in maniera particolare rispetto agli enti residenti la cui qualificazione avviene, in prima battuta, sulla base delle previsioni formali dettate dall'atto costitutivo e dallo statuto e quindi rispetto ai quali, forse, più che di perdita della qualifica di non commercialità, si potrebbe parlare, quando essi non rispondano ai requisiti risultanti dal nuovo art. 111 bis, di verifica nei fatti della natura non commerciale astrattamente loro attribuita sulla carta. La regola è che tale natura si perda quando l'ente, indipendentemente dalle previsioni statutarie, esercita prevalentemente attività commerciale per un intero periodo d'imposta. Il comma 2 dell'articolo indica alcuni parametri da tener presenti ai fini della qualificazione (prevalenza delle immobilizzazioni relative all'attività commerciale rispetto alle altre attività, prevalenza dei ricavi derivanti all'attività commerciale rispetto al valore normale delle cessioni e prestazioni afferenti le attività istituzionali, prevalenza dei redditi derivanti da attività commerciali rispetto alle entrate istituzionali, prevalenza delle componenti negative relative alle attività commerciali rispetto alle restanti spese), ma non è chiaro, posto che secondo la norma si deve tener conto anche di tali parametri, quali altri criteri di giudizio occorra adottare per giudicare della prevalenza dell'attività commerciale rispetto a quella istituzionale. Il comma 3 prevede che il mutamento di qualifica operi a partire dal periodo di imposta in cui vengono meno le condizioni che legittimano le agevolazioni, periodo che si identifica nell'esercizio successivo a quello nel quale l'ente ha esercitato prevalentemente attività commerciale. Ne deriva — nel sovrapporsi di una valutazione formale che giudica della natura non commerciale dell'ente residente in primo luogo in base all'atto costitutivo e allo statuto e, solo in seconda battuta, attraverso la verifica della non prevalenza dell'attività commerciale — la possibilità che un ente fruisca comunque indebitamente, per un esercizio, delle agevolazioni attribuitegli in base ad un giudizio formale e smentite dall'attività effettivamente esercitata.

A questo riguardo, un particolare problema interpretativo è determinato dalle ipotesi nelle quali i proventi derivanti da attività oggettivamente commerciali non concorrono alla formazione del reddito (e il caso, già ricordato, dei fondi pervenuti a seguito di raccolte pubbliche occasionali, ma soprattutto, delle disparate ipotesi disciplinate dal nuovo testo dell'art. 111 del testo unico). Si deve ritenere, a pena di vanificare le disposizioni agevolative, che tali attività non possano essere prese in considerazione ai fini della verifica della qualifica di ente non commerciale di cui all'art. 11 bis. Diversamente, come è stato rilevato, il gatto si morderebbe la coda: l'agevolazione realizzata non considerando alla stregua di attività commerciali attività che tali oggettivamente sarebbero, verrebbe vanificata per il fatto che le attività medesime, considerate per quel che oggettivamente sono ad altro fine, comporterebbero la perdita della qualificazione non commerciale dell'ente (associativo) cui si riferiscono.

In chiusura del mio intervento credo di poter dire, sintetizzando l'impressione complessiva determinata dall'esame della nuova disciplina, che essa, mentre costituisce sicuramente espressione di un tentativo di razionalizzazione del regime tributario degli enti non commerciali, non rappresenta, almeno a mio parere, un assetto soddisfacente di tale regime. Mi sembra probabile, ed anche desiderabile, una ulteriore razionalizzazione del sistema che passi anche attraverso una tecnica legislativa capace di esprimere principi regolatori meno frammentari, tale da conciliare il trattamento privilegiato che si intende connettere alle organizzazioni del terzo settore con una prevenzione razionale delle manovre elusive il cui pericolo è insito nelle attuali criteri distintivi fra attività commerciale (lucrativa) ed attività volte a realizzare obiettivi di carattere sociale che l'ordinamento giuridico intende valorizzare anche nella prospettiva di un diverso assetto dello Stato sociale.

1. La disciplina delle ONLUS (D.Lgs. 460/1997) rappresentata uno snodo estremamente significativo nella disciplina del terzo settore.

Non si tratta di un esordio, perché questa legge disegna l'anello ulteriore d'un'ideale catena che già annovera la legge sul volontariato (L. 266/1991) e quella sulle cooperative sociali (L. 381/1991) (1). Al contempo, non si tratta d'un approdo definitivo: la legge c.d. « Bassanini 1 » (art. 20, 8° co. 1 L. 15 marzo 1997, n. 59, all. 1, n. 17) delega il governo a riformare il riconoscimento delle persone giuridiche, è allo studio presso il Ministero degli Affari Sociali un testo sulle « associazioni di promozione sociale » (2), infine v'è una diffusa aspettativa in ordine alla più complessiva riforma della disciplina codicistica (3).

Diverse sono, evidentemente, le prospettive nelle quali è possibile proporre una lettura critica della disciplina delle «Organizzazioni non lucrative di utilità sociale » e, a seconda del punto di osservazione prescelto, diversa può essere la valutazione (4). Si può, infatti, porre un problema di coerenza con i valori costituzionali e con l'opzione pluralista del nostro ordinamento; ci si può domandare in

^(*) Andrea Zoppini, Straordinario di Diritto privato presso l'Università di Sassari,

⁽¹⁾ Sul tema v. in part. M. Cartabia e F. Rigano, L'ordinamento giuridico e fiscale, in G.P. Barbetta (a cura di), Senza scopo di lucro, Bologna, 1996, p. 75 ss.

⁽²⁾ Ho letto il nuovo testo unificato (19 febbraio 1998) della Disciplina della associazione di promozione sociale, I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni).

⁽³⁾ AA.VV. Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del c.c., Rimini, 1995, p. 51 ss.; G. Ponzanelli, Gli enti senza scopo di lucro nell'attesa della riforma, in Giur. comm., 1995, I, p. 515 ss.

⁽⁴⁾ Ho proposto un inventario in Vier Thesen für Überdenken der Regelung des Stiftungsrechts, in Stiftungen in Deutschland und Europa, a cura di A. von Campenausen, H. Kronke, O. Werner, Düsseldorf, 1998, p. 403 ss.

che modo questa legge s'intrecci con l'ordito della riforma dello stato sociale e con il dibattito che mira a ripensare i termini della costituzione economica; ci si può chiedere, ancora, se questa disciplina sia destinata ad alterare l'architettura sistematica e/o giuspolitica del codice civile.

Il punto di osservazione dal quale intendo proporre le mie considerazioni è il rapporto tra enti lucrativi ed enti senza scopo di lucro (5).

2. È opportuno, prima di tutto, avere il senso della prospettiva. Nell'impianto ideale del codice, così come disegnato dal legislatore del '42, un problema di sovrapposizione e di concorrenza tra enti lucrativi ed enti non lucrativi non si poneva neanche; com'è evidente nei progetti del codice, la distinzione tra i libri primo e quinto coincideva con la distinzione tra enti commerciali ed enti non commerciali (6).

Questa concezione è oggi definitivamente tramontata, e l'esercizio dell'impresa da parte d'un'associazione o d'una fondazione appare alla dottrina così come alla giurisprudenza pratica un dato ormai scontato (anche se permane qualche voce dissenziente) (7). Ciò in concreto significa che in taluni settori del mercato si registra una compresenza, sul piano dell'offerta, di imprese gestite nella forma delle società lucrative e degli enti non lucrativi (pensiamo ad esempio alle attività ricreative), così come in taluni casi ad entrambe si affianca l'offerta dello Stato (come avviene per l'istruzione).

Questa situazione di concorrenza introduce un interrogativo in certo qual modo dirimente: si deve valutare se vi siano ragioni che inducano a discriminare il trattamento dell'impresa per il solo fatto che forma di esercizio è un ente che non ha scopo di lucro.

La risposta ritengo debba essere negativa, in quanto non vi è nessuna giustificazione per riservare un trattamento poziore all'impresa per il fatto che forma di esercizio è un ente *nonprofit*. Anche perché — ed è un dato su cui è opportuno riflettere — la ragione ideologica che

aveva indotto ad un trattamento di favore può ascriversi alla propensione a far coincidere la causa non lucrativa col realizzarsi d'un fine di pubblica utilità.

In questa prospettiva, è già possibile operare una revisione critica dei casi in cui la disparità di trattamento è più evidente. Mi limito a proporre tre esempi emblematici.

1) Il primo concerne quella dottrina, tutt'ora rappresentata nel diritto giurisprudenziale, in ordine alla quale un ente senza scopo di lucro non può essere soggetto passivo d'un'azione di concorrenza sleale (8). A me sembra che questa conclusione sia frutto di un atteggiamento anacronistico. Lo stesso vale — ma su questo punto non mi soffermo — in ordine all'applicazione della disciplina antitrust agli enti non lucrativi (9).

Ciò che rileva, infatti, non è la *struttura* del soggetto — e dunque il fatto che l'utile realizzato sia (o non) distribuito tra i soci — quanto la violazione delle regole di condotta e il fatto di rivolgersi allo stesso mercato attuale o potenziale (10).

2) Il secondo esempio è costituito dalla tesi — tutt'ora maggioritaria nella giurisprudenza pratica — che disapplica la disciplina commerciale nei casi in cui un'impresa oggettivamente commerciale è esercitata dall'ente senza scopo di lucro per finalità strumentali (11).

La scelta di sottrarre alla disciplina commerciale la parte quantitativamente e qualitativamente più significativa degli enti senza scopo di lucro è senz'altro frutto d'una « compassione mal risposta » (12).

Se ricostruiamo la genesi della dottrina che applica analogicamente

⁽⁵⁾ Segnalo a questo riguardo il saggio di H.B. Hansmann, The Evolving Law for Nonprofit Organizations: Do Current Law Make Good Policy, estratto dalla Case Western Reserve Law Rev., 39 (1989), p. 807 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. ad. es. N. e F. Stolfi, Il nuovo codice civile commentato, I, Delle persone, Napoli, 1939.

p. 65.(7) V. P. Spada, voce *Impresa*, in *Dig. comm.*, vol. VII, Torino, 1992, p. 32 ss., in p. 69 ss.; fa il punto G.F. Самроваsso, *Associazioni e attività di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 581 ss.; per una diversa opinione con riguardo all'associazione non riconosciuta cfr. R. Di Raimo, *Le associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina, attività*, Napoli, 1996, p. 239 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. in questo senso Trib. Grosseto 15 ottobre 1985, in Riv. giur. circ. trasp., 1985, p. 793 ss.; Pret. Torino 26 novembre 1996, in Riv. dir. ind., 1995, II, p. 99, nota di C. Tincani, Associazioni senza scopo di lucro e concorrenza sleale; diversamente Trib. Roma 21 dicembre 1988, annotata da G. Tassone, Associazioni private a scopo turistico e concorrenza sleale, in Riv. dir. ind., 1990, II, p. 38 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. ad es. P.J. Kolovos, Antitrust Law and Nonprofit Organizations: the Law School Accreditation Case, in New York Univ. Law Rev., 71 (1996), p. 689 ss.

⁽¹⁰⁾ L. Di Via, L'impresa, in N. Lipari (a cuta di), Diritti privato europeo, vol. I, Padova, 1997, p. 252 ss., in part. p. 277 ss.

⁽¹¹⁾ Soprattutto F. Galgano, Le associazioni, le fondazioni, i comitati, 2ª ed., Padova, 1996, p. 158 ss.

⁽¹²⁾ Come suggeriscono per il sistema statunitense K.A. Mason, Exempting Nonprofit Corporations from Involuntary Bankruptcy: Misplaced Compassion, dattiloscritto non pubblicato, Yale Law School, 1983 e H.B. Hansmann, The Evolving Law for Nonprofit Organizations: Do Current Law Make Good Policy, cit., p. 826.

l'art. 2201 c.c., dettato per l'impresa pubblica, si vede bene che la *ratio* dell'estensione sta nell'essere l'« attività lucrativa » svolta « per fini altruistici » (13); tanto è vero che — come in un emblematico caso giurisprudenziale, che aveva visto coinvolta la comunità di Nomadelfia —, quando non c'è eterodestinazione del risultato, ma mutualità, quella stessa dottrina ritiene applicabile la disciplina commerciale anche quando l'associazione svolge l'attività commerciale in via meramente strumentale (14).

Peraltro, applicare la disciplina dell'imprenditore commerciale, improntata alla maggiore tutela per il credito destinato alla produzione, ha macroeconomicamente l'effetto di favorire l'accesso a condizioni più favorevoli al capitale di debito (15).

3) L'ultimo esempio concerne un caso in cui è lo stesso legislatore ad operare una discriminazione tra enti lucrativi ed enti non lucrativi. Il caso esemplare è quello delle associazioni turistiche (L. 17 maggio 1983, n. 217), che sono sottratte alla disciplina concessoria, ai controlli e agli oneri imposti alle agenzie turistiche e di viaggio.

Vale la pena interrogarsi sulla ragione di politica del diritto che giustifica questo trattamento, attesto che non infrequentemente divenire socio d'un'associazione turistica configura semplicemente la condizione di accesso ad un mercato 'interno'; non poi molto differentemente da quanto accade quando mi iscrivo ad un « Club del libro », in cui l'iscrizione è il presupposto che consente di acquistare i libri a prezzo scontato.

La legislazione regionale, per garantire un minimo di consistenza al rapporto associativo, esige un'anzianità di qualche mese perché il socio possa usufruire dei servizi dell'associazione; norme la cui legittimità costituzionale è stata ripetutamente affermata (16).

Ritengo però che la disparità di trattamento e la violazione della norma che garantisce l'iniziativa economica privata si possa porre in senso inverso, atteso che le associazioni turistiche determinano un rilevante « problema concorrenziale » a sfavore delle iniziative lucrative (17). Allora delle due l'una: o la disciplina delle agenzie di viaggio è anacronistica e quindi dev'essere cancellata, oppure le norme di protezione dei clienti (segnatamente quelle che richiedono un fondo di garanzia o la professionalità dell'agente) sono opportune, ma allora è del tutto indifferente se quell'attività sia esercitata da un ente lucrativo o da un ente non lucrativo.

3. Nel quadro che ho sinteticamente illustrato, viene da chiedersi se, e come, possa incidere una disciplina di incentivo — qual è quella delle ONLUS — che mira a promuovere taluni enti nonprofit attraverso un regime fiscale di favore. Il rischio in termini sociali, anche alla luce delle considerazioni già svolte, è quello di accentuare effetti distorsivi della concorrenza, effetti che si verificano sia all'interno del terzo settore — tra enti non lucrativi che hanno la possibilità di accedere a quei benefici ed enti che ad essi non hanno accesso (18) —, sia nella concorrenza con gli enti lucrativi.

Da questo punto di vista, isolerei gli effetti possibili ascrivendoli a due tipi di comportamento (che in certo qual modo costituiscono patologie ricorrenti del terzo settore)

a) Da un lato, i comportamenti — che definirei parassitari — riferibili a chi, potendo scegliere se realizzare una determinata attività in forma lucrativa o non lucrativa, sceglie la seconda — e nello specifico la forma ONLUS — per lucrare i benefici fiscali. In questi casi, che evocano l'immagine dell'abuso della libertà associativa, l'apprensione dell'utile avviene indirettamente, generalmente nella forma della remunerazione del management (19). Un caso paradigmatico conosciuto dalle cronache giudiziarie italiana ha visto coinvolta

⁽¹³⁾ Così W. Bigiavi, La professionalità dell'imprenditore, Padova, 1948, p. 86 ss., in part.

p. 90 s.
(14) Così Id., Vicende giudiziarie di Nomadelfia, in Giur. it., 1953, IV, c. 24 ss., in part. c. 30.

⁽¹⁵⁾ Un accenno in D. Prette, Il settore delle fondazioni, in AA.VV. Gli enti « non profit ». Nuove figure e nuove problematiche, Milano, 1993, p. 103 ss., in part. p. 117. Più diffusamente sui punti qui sinteticamente toccati, mi permetto di rinviare alla mia ricerca su Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, Napoli, 1995, p. 164 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul punto si è ripetutamente pronunciata la corte di legittimità, che ha escluso la violazione di una norma costituzionale, v. in part., con significativo approfondimento, F. Rigano, La tutela della « corretta » concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese, in Giur. cost., 1994, p. 391 ss., nota a Cort. cost. 25 novembre 1993, n. 417; Cort. Cost. 28 novembre 1997, n. 365,

annotata da M. Atelli, Il consumatore tra rapporto endoassociativo e fruizione dei servizi turistici, in Foro it., 1998, I, c. 1000 ss.; e annotata da F. Rigano, Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato, in corso di pubblicazione in Giur. cost.

⁽¹⁷⁾ Come già aveva avvertito in un primo commento G. ALPA, Commentario della l. 17 maggio 1983, n. 217, in N. leggi civ., 1984, p. 1180 ss., in part. p. 1201.

⁽¹⁸⁾ Con evidenti rischi per l'opzione pluralista fatta propria dalla nostra carta costituzionale, v. P. Resciono, Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato, in Giur. it., 1993, IV, c. 1 ss.

⁽¹⁹⁾ Il punto è esemplarmente illustrato da R. Lupi, Associazioni « non profit » ad impo-

la sezione di Milazzo dell'« Associazione italiana assistenza agli spastici »: l'associazione, ad esempio, pagava al proprio direttore finanziario uno stipendio di ventisette milioni mensili, mentre più in generale gli amministratori disponevano in modo estremamente disinvolto del patrimonio dell'associazione (composto da immobili per oltre venti miliardi e partecipazioni azionarie di vario tipo, tra cui in un'agenzia di viaggi) (20).

Un altro indizio significativo può trarsi indirettamente dalla denuncia proposta dalle organizzazioni dei commercianti, che ascrivono la diminuzione nella richiesta di licenze per la ristorazione al fatto che molti esercizi sono oggi mascherati da circoli culturali.

b) A fianco di comportamenti *parassitari*, è possibile diagnosticare i comportamenti *opportunistici*, e si tratta delle forme di elusione più sottili e che meno facilmente possono essere colpite.

In questo caso, chi agisce attraverso li soggetto metaindividuale avrebbe comunque scelto la forma non lucrativa, ma informa i propri comportamenti più alla conservazione della rendita di posizione di cui gode, che non invece al fine di realizzare lo scopo (non lucrativo) dell'associazione. Così, ad esempio, la critica che nel mondo ambientalista americano si rivolge a talune associazioni impegnate in manifestazione eclatanti (quali l'arrembaggio di navi o l'assalto a centrali nucleari) è che esse mirano esclusivamente ad accrescere la propria notorietà al fine di finanziare la burocrazia interna dell'organizzazione.

Un altro esempio emblematico, tratto sempre dall'esperienza americana, è « Second Harvest »: si tratta di un ente *nonprofit* che dona il cibo ai bisognosi, controllato dalle grandi imprese produttrici di generi alimentari, che così possono cedere la produzione invenduta (come il prodotto di cereali che non aveva incontrato il favore dei consumatori o il succo di frutta che aveva perso il colore, ma era tuttavia « perfettamente bevibile »), avvantaggiandosi ai contempo delle detrazioni fiscali previste per le donazioni (21).

4. Il presupposto giuseconomico da cui muove la disciplina delle ONLUS è che l'eventuale risultato inefficiente, per il fatto degli effetti distorsivi della concorrenza che si determinano, è compensato dal beneficio sociale che l'ente realizza (22).

Aggiungo inoltre — e mi pare un'implicazione logicamente e giuspoliticamente sottesa alla scelta compiuta dai legislatore — che il premio fiscale non si lega al mero fatto della produzione del bene socialmente meritorio, perché se così fosse sarebbe plausibile anche la richiesta del sussidio avanzata dall'imprenditore individuale (23), o da quello collettivo organizzato in forma lucrativa. Invece, l'attribuzione del beneficio all'ente nonprofit si giustifica in quanto quella particolare attività è prodotta in modo comparativamente più efficiente dall'ente senza scopo di lucro. Ciò che, secondo il legislatore accade per la produzione di beni pubblici nelle ipotesi elencante dall'art. 10 del D.Lgs. 460/1997 (che sono l'assistenza sociale e sanitaria, la beneficienza, l'istruzione, la formazione, lo sport dilettantistico, la tutela e la promozione del patrimonio artistico e ambientale, la tutela dei diritti civili, la ricerca scientifica svolta direttamente o indirettamente dalle fondazioni).

Questa giustificazione di politica del diritto, a mio parere, deve sorreggere l'interpretazione della disciplina sulle ONLUS; il che consente d'individuare due ricadute applicative del discorso.

a) I campi di attività che la norma indica ai fini della concessione dei benefici fiscali debbono essere oggetto di un'interpretazione estremamente restrittiva. (Anche perché ipotesi come la « tutela civile e dei diritti » sono talmente comprensive da consentire di sussumere qualsiasi tipo di attività). Non a caso, nell'esperienza americana si discute dell'opportunità di favorire la fuoriuscita dal nonprofit dell'assistenza sanitaria (mentre da noi non poche voci si sono levate per favore l'ingresso della sanità nel terzo settore). Infatti, gli enti nonprofit sono considerati meno efficienti degli enti lucrativi nella produzione dei servizi legati all'assistenza sanitaria, in quanto strutturalmente poco

sizione fiscale, in R. Artoni (a cura di), Gli enti non profit. Aspetti tributari, Padova, 1996, p. 333 ss.

⁽²⁰⁾ Del caso hanno dato notizia i mass media, cfr. il Messaggero, mercoledì 9 giugno 1993, p. 12, Milazzo, truffa agli spastici: in galera dodici dirigenti dell'Aias.

⁽²¹⁾ B.A. Weisbrod, The Nonprofit Economy, Cambridge (Mass.)-London, 1988, p. 12 s.

⁽²²⁾ I presupposti economici che orientano la legge sulle ONLUS sono efficacemente illustrati da B. Bises, Disciplina degli enti « non profit »: profiti economici, in G. Marasa (a cura di), La disciplina degli enti « non profit », Torino, 1998, p. 17 ss.

⁽²³⁾ La Corte di giustizia CE ha escluso che possa esistere un imprenditore individuale nonprofit — che destini cioè a finalità altruistiche i propri proventi — almeno ai fini di applicare la disciplina fiscale di favore, estratto dalla Rass. trib., 1996, p. 1409 ss., con nota di V. Ficari, Esenzione iva, non profit individuale e collettiva.

sensibili all'innovazione tecnologica e meno incentivati sul piano del contenimento dei costi di gestione (24).

b) Per evitare il rischio di 'burocratizzare' il terzo settore è necessario un atteggiamento vigile, che induca il legislatore a monitorare l'applicazione della legge e l'implementazione delle categorie individuanti. Il criterio dovrebbe essere la temporaneità del beneficio, che poterebbe essere confermato una volta che sia effettivamente constatato un saldo attivo in termini di utilità sociale.

Le conclusioni appena indicate potrebbero apparire frutto d'un'attitudine critica rispetto alle scelte operate dal legislatore. Ma non è così. Ritengo, infatti, che un atteggiamento rigoroso sia quello più conveniente a coloro che svolgono effettivamente attività non lucrative di utilità sociale, sia cioè l'atteggiamento più coerente con la spinta ideale di coloro che sono impegnati disinteressatamente in attività altruistiche.

5. Vorrei a questo punto — sempre nella prospettiva del rapporto tra enti lucrativi ed enti non lucrativi —, pormi un problema ulteriore, che è quello di riflettere sugli strumenti per verificare il concreto rispetta della causa non lucrativa.

Negli enti lucrativi, la stessa possibilità di negoziare il controllo dell'ente costituisce uno strumento di implicita verifica dell'efficienza in ordine alla gestione (25). Questa possibilità è, invece, esclusa negli enti senza scopo di lucro, in quanto la circolazione del controllo appare in radice incompatibile con la causa non lucrativa e, per le fondazioni, con il modello organizzativo adottato. Al contempo, l'ipotesi di affidare il controllo sugli enti nonprofit ad un'apposita Authority suscita in me qualche perplessità che non posso non confessare. Infatti, l'erigenda autorità amministrativa indipendente potrà essere al più la 'Consob' dei grandi enti senza scopo di lucro (e segnatamente delle fondazioni bancarie), ma ritengo che sarà sprovvista della struttura necessaria ad incidere con una qualche efficacia su una realtà fortemente capillarizzata. Infatti, chi volesse ipotizzare un controllo generalizzato dovrebbe

chiaramente rappresentarsi i costi organizzativi e di reperimento delle informazione che ciò comporta.

Per altro verso, questo modello potrebbe legittimamente giustificare la richiesta di risarcimento degli eventuali beneficiari rivolta all'autorità di controllo tutte le volte in cui l'omessa vigilanza abbia arrecato un danno ai beneficiari (come si è posto nell'esperienza tedesca nel confronti all'autorità amministrativa preposta al controllo (26)).

Rispetto a questo modello centralistico, ritengo siano da favorire sistemi di controllo che si radicano nell'autonomia privata. Tali sono, ad esempio, quelli che implicano l'adozione di una « carta del donatari » o di « carte etiche » da parte di chi fa appello al pubblico risparmio per finalità non lucrative (come oggi si propone per le sollecitazioni che sono rivolte attraverso la televisione).

Il problema di verificare il rispetto della causa non lucrativa pone, inoltre, in discussione due punti che inducono a ripensare il modo in cui tradizionalmente il civilista è abituato a pensare gli enti senza scopo di lucro.

a) In primo concerne la posizione del singolo nell'ambito della ONLUS.

Il tipo normativo delle associazioni — così come pensato dal legislatore e assunto a parametro dal diritto giurisprudenziale — privilegia un sistema fondato sull'exit: di fronte al governo dell'ente consegnato alla regola maggioritaria, la contraddizione insanabile con la posizione del singolo associato si risolve con l'uscita, realizzata nelle forme delle dimissioni o dell'esclusione (27).

Questo modello funziona sin tanto che l'associazione non è indifferente al mutare della compagine associativa; quando l'ente riceve contributi pubblici (28), una situazione di indifferenza può concretamente determinarsi, ed è quindi opportuno potenziare le tecniche basate — sempre per usare le categorie di Albert Hirshman — sulla

⁽²⁴⁾ Cfr. per qualche accenno H.B. Hansmann, Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the U.S. Savings Bank Industry, estratto da H.K. Anheier e W. Siebel (a cura di), The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations, Berlin-New York, 1990, p. 65 ss.

⁽²⁵⁾ In termini generali cfr. F.H. EASTERBRODK e D.R. FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, Cambrige (Mass.)-London, 1991.

⁽²⁶⁾ V. BVERWG 10 maggio 1985, che può leggersi in H. Kronke, Stiftungen in der Rechtsprechung, vol. IV, Düsseldorf, 1993, p. 27 ss.

⁽²⁷⁾ Sottolinea talune contraddizioni di questo sistema R. Di Raimo, Partito politico, principio di legalità e comodità del giudicare, in Rass. dir. civ., 1995, p. 928 ss.

⁽²⁸⁾ Il tema può collegarsi, nell'analisi dei tipi reali in cui si concretizza la fattispecie associativa, al discorso svolto da G. Napolitano, Le associazioni private « a rilievo pubblicistico », estratto dalla Riv. crit. dir. priv., 1994, p. 583 ss.; più in generale sul rapporto tra disciplina e tipi reali sussunti dalla fattispecie associativa G. Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände, Tübingen, 1978.

voice, il che significa accrescere i poteri del singolo associato di resistere di fronte all'azione del gruppo (29).

b) Il secondo punto concerne le azioni a tutela dei beneficiari, che abbiano ad oggetto non la richiesta della prestazione, ma il corretto espletarsi della causa non lucrativa; situazione, quest'ultima, che può rappresentarsi nei termini dell'interesse legittimo di diritto privato (30).

Infatti, chi agisce vuole, muovendo da una situazione riflessa, ottenere un risultato non immediatamente satisfattivo, che è destinato ad avvantaggiare il gruppo dei potenziali beneficiari in quanto tale, senza che ciò modifichi la posizione dell'attore rispetto all'utilità

La possibilità di ammettere un'azione finalizzata a verificare il corretto dispiegarsi della causa dell'ente nonprofit trova un significativo riscontro nella giurisprudenza americana, che talora consente d'esperire una class action nei confronti degli amministratori che abbiano violato gli obblighi fiduciari sottesi al vincolo di non distribuzione (31). Su questo presupposto, l'interesse ad agire è stato riconosciuto ai pazienti di un ospedale gestito da un ente senza scopo di lucro nei confronti degli amministratori responsabili di « mismanagement » e « self dealing » (32); e, in un altro caso, agli studenti e ai membri della facoltà contro gli amministratori di un college che avevano fatto un uso improprio dei fondi ricevuti dall'amministrazione federale e da una chiesa metodista (33).

DIRITTO COMUNITARIO DEGLI APPALTI PUBBLICI E ORGANIZZAZIONI DEL TERZO SETTORE: PRIMI APPUNTI (*) (**)

1. Finalità e delimitazione dell'indagine.

Le presenti annotazioni rappresentano un primo tentativo di riflessione e di studio circa il problema dell'applicabilità della normativa comunitaria inerente alla materia degli appalti pubblici, e dei conseguenti atti nazionali di recepimento, alle convenzioni stipulate tra soggetto pubblico ed enti collettivi appartenenti al c.d. settore non profit, nell'ambito del quale confluiscono tutte le diverse forme di associazionismo privato, spontaneo e senza fini di lucro, tese ad interpretare ed a soddisfare i bisogni sociali di interesse collettivo (1).

L'indagine, così come si è ora provveduto a delinearla, è suggerita dall'esigenza di verificare l'impatto prodotto, rispetto alla prassi convenzionale riferita ai rapporti tra il settore pubblico e quello degli organismi non lucrativi, dalle novità che nella disciplina nazionale in materia di appalti pubblici ha introdotto il diritto comunitario, nel quale si è soliti ricomprendere i Trattati istitutivi delle Comunità

⁽²⁹⁾ Faccio riferimento, come ovvio, al prezioso libro di A.O. Hirschman, Exit, Voice, and Loyalty, Cambrige (Mass.)-London, 1970.

⁽³⁰⁾ Sia consentito rinviare sul punto specifico alla mia ricerca su Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie, cit., p. 197 ss., che sviluppa le idee precedentemente espresse da P. Rescigno, Sovvenzioni statali e parità di trattamento, in (Dir. dell'economia, 1964, p. 20 ss., ed ora in) Persona e comunità, Padova, 1987, rist., p. 447 ss., in part. p. 465 (e da ultimo in Gli interessi legittimi nel diritto privato, in Raccolta di scritti in memoria di A. Lener, a cura di B. Carpino, Napoli, 1989, p. 885 ss.). Il tema dell'interesse legittimo si lega al nome di Lina Bigliazzi Geri, Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967.

⁽³¹⁾ Sul punto specificamente H.B. Hansmann, Reforming Non Profit Corporations Law,

⁽³²⁾ Stern v. Lucy Webb Hayes Nat'l Training School for Deaconess an Missionaries, in 367 Federal Supplement, p. 536 (D.D.C. 1973) e poi in 381 Federal Supplement, p. 1003 (D.D.C. 1974).

⁽³³⁾ V. Jones v. Grant, in 344 Southern Reporter, 2d Series, p. 1210 (Ala. Sup. Ct. 1977): « we adopt the rule that beneficiaries with a sufficient special interest in the enforcement of a charitable trust can institute a suit as to that trust, and we find that the plaintiffs have such an interest and thus have standing ».

^(*) Salvatore Vuoto, Ricercatore in Istituzioni di Diritto pubblico presso la Facoltà di Economia di Cagliari.

^(**) Il presente lavoro riproduce, con lievi modificazioni e qualche aggiornamento, il contenuto di uno studio destinato agli *Annali* (A.A. 1997/1998) della Facoltà di Economia dell'Università di Cagliari.

⁽¹⁾ Il fenomeno del non profit, anche in ragione dell'espansione che lo caratterizza, sta ricevendo da parte della dottrina giuridica italiana più recente un'attenzione sempre maggiore. Tra gli studi espressamente dedicati all'argomento possono qui ricordarsi, tra i molti, Bassanini-Ranci (a cura di), Non per profitto. Soggetti che erogano servizi di interesse collettivo senza fine di lucro, Quaderni della fondazione Olivetti, 1990; AA.VV., Gli enti « non profit ». Nuove figure e nuove problematiche, Atti del Convegno di Milano del 3 ottobre 1992, Milano, 1993; Mattioni-Codini-Colombo-Fossati (a cura di), Le leggi della solidarietà. Commento coordinato della legge sul volontariato e sulle cooperative sociali, Milano, 1993; Ponzanelli (a cura di), Gli enti non profit in Italia, Padova, 1994; Rigano, La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno statale nel sistema costituzionale, Padova, 1995; Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Torino, 1996.

europee, il Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht nel 1992 e gli atti adottati dalle istituzioni europee per il conseguimento degli obiettivi enucleati dai suddetti Trattati (il c.d. diritto comunitario derivato).

La partnership tra le amministrazioni pubbliche e gli enti senza scopo di lucro si presenta caratterizzata da un'estrema flessibilità, indispensabile a questi ultimi perché possano modellare i propri interventi sulla base dei bisogni collettivi che emergono dalla crisi dello Stato sociale e che giustificano, in alcuni casi, la sostituzione all'azione statale laddove questa si riveli inadeguata od inesistente, in altri, l'affiancamento alla struttura pubblica condotto congiuntamente o alternativamente alla stessa, in altri ancora, la proposizione di soluzioni innovative per colmare quegli spazi di « vuoto sociale » che derivano dal sorgere di nuovi problemi individuali (2). La flessibilità del rapporto di collaborazione tra pubblico e non profit si traduce, poi, in un'eterogeneità dell'attività concreta che l'organizzazione privata è chiamata a realizzare sulla base del programma concordato dalle due parti al momento della stipulazione della convenzione, che di questa collaborazione costituisce lo strumento privilegiato. Pur tuttavia, proprio da una lettura sistematica dei dati della prassi convenzionale sviluppatasi sulla base delle leggi nazionali e regionali sulla materia, emerge che gli accordi tra le amministrazioni pubbliche e le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (3) prevedono, nella generalità

dei casi ancorché non nella loro totalità, delle prestazioni, a carico dei suddetti organismi, aventi ad oggetto la gestione di servizi e/o la fornitura di beni e servizi. Ed è in tal senso che gli accordi in questione possono essere interessati, almeno in linea teorica, dagli interventi normativi comunitari che hanno modificato la disciplina del settore degli appalti pubblici.

Da un punto di vista metodologico, la tematica oggetto del presente studio si presta ad un duplice approccio. Un primo approccio tiene necessariamente conto del profilo oggettivo della fattispecie di convenzionamento. In tale prospettiva, l'indagine si concentra intorno all'operazione di verifica della possibilità di sussunzione dell'attività convenzionale in parola nella sfera di operatività concreta della disciplina sugli appalti pubblici di matrice comunitaria. Al riguardo, risulta fondamentale precisare, da un lato, il concetto di « convenzione », in considerazione del fatto che *tutte* le previsioni normative che disciplinano i rapporti di collaborazione tra il settore pubblico e quello *non profit* conferiscono espressamente a questi rapporti la forma della « convenzione », senza mai usare di altri termini comunque idonei a significare l'incontro di due volontà circa la realizzazione di un programma (4); e, dall'altro, la nozione di contratto comunitario di appalto pubblico, enucleata dalle direttive europee (5) e poi introdotta nel

⁽²⁾ Su questi temi, oltre agli scritti indicati alla nota precedente, v. anche Gemma, Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione, Milano, 1993; Barbetta (a cura di), Senza scopo di lucro. Dimensioni economiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia, Bologna, 1996; Ridola, Diritti di libertà e costituzionalismo, Torino, 1997, spec. p. 84 ss.

⁽³⁾ L'espressione, col relativo acronimo « ONLUS », era già presente nella delega contenuta nei commi 186-193 dell'art. 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (c.d. collegato alla legge finanziaria per il 1997), e viene ora recepita nel decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 (in Supplemento ordinario n. 1 alla G.U. n. 1 del 2 gennaio 1998; pubblicato anche in AA.VV., Gli enti non commerciali e le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, ed. Il Fisco, Roma, 1998), recante « Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale ». Per quanto concerne l'ambito della presente trattazione, occorre peraltro subito evidenziare che i contenuti del citato decreto, come pure si desume in astratto dalla sua stessa intitolazione, attengono direttamente alla materia tributaria, e non risultano comunque tali da interessare in concreto le problematiche da noi affrontate. Del resto, sebbene l'introduzione della nuova disciplina fosse collegata — negli intenti — ad una generale « razionalizzazione » sistematica dell'intero settore degli enti non lucrativi, sì da richiedere — in tal direzione — un'opportuna (e da molti auspicata) revisione del quadro civilistico generale di riferimento, appare nondimeno evidente che la finalità perseguita dal legislatore di attribuire finalmente una

specifica rilevanza normativa agli enti non profit si è esaurita, nelle disposizioni del D.Lgs. n. 460/97, appunto nella creazione di una categoria fiscale, nella quale ricomprendere soggetti quali fondazioni, associazioni, comitati, società cooperative ed altri enti privati, con o senza personalità giuridica, che nel proprio statuto o atto costitutivo abbiano le caratteristiche indicate nel decreto medesimo (su tali aspetti, v. meglio il lavoro di Rossi, *I criteri di identificazione delle ONLUS*, pubblicato in questo volume).

⁽⁴⁾ Per una riconsiderazione degli interventi legislativi regionali e delle disposizioni normative statali che attribuiscono agli enti pubblici la facoltà di stipulare convenzioni con enti non profit si rinvia a Rigano-Rossi, Art. 7. Convenzioni, in Bruscuglia (a cura di), La legge sul volontariato. Analisi e commento giuridico, Padova, 1993, p. 67 ss. In particolare, per una significativa panoramica delle leggi regionali disciplinanti il rapporto convenzionale tra enti pubblici ed organizzazioni di volontariato, v. Pinzauti, La convenzione. Strumento base del rapporto tra associazioni di volontariato e amministrazioni pubbliche, in AA.VV., La legislazione regionale. Risultati di una ricerca su sei regioni a statuto ordinario, Atti del Convegno di Venezia del 22 e 23 febbraio 1991, Padova, 1992, p. 377 ss. Sulle convenzioni tra enti pubblici e cooperative sociali, v. poi, specificamente, Mele, Un'ulteriore tipologia di convenzioni: quelle tra ente pubblico e cooperativa sociale, ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381, in Foro amm.vo, 1993, p. 889 ss.; Id., Convenzioni tra gli enti pubblici e le cooperative sociali, in Nuova rass., 1996, p. 874 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. l'art. 1 della direttiva 93/36/CEE sugli appalti di forniture e l'art. 1 della direttiva

nostro ordinamento mediante una trasposizione letterale attuata dagli atti nazionali di recepimento della normativa comunitaria.

Per quanto riguarda il concetto menzionato da ultimo, questo deve intendersi — in via di prima approssimazione meritevole di ulteriori approfondimenti — come il contratto a titolo oneroso, concluso per iscritto tra un prestatore di servizi o un fornitore di beni (6), da una parte, ed un'amministrazione aggiudicante, dall'altra (7).

92/50/CEE inerente ai servizi. Per le indicazioni delle fonti di reperimento di tali atti v. infra, alla

Ora, la prima questione da prendere in esame è — come si accennava — quella relativa alla possibilità di ricomprendere lo strumento della « convenzione » nel genere contrattuale comunitario che si è definito. Sotto questo aspetto, il presente studio non intende tanto operare una ricostruzione della categoria convenzionale (8) quanto, piuttosto, evidenziare gli elementi essenziali della stessa per poi verificare se sussistono gli estremi per affermare, nel caso in esame, l'integrazione della fattispecie di contratto comunitario di appalto pubblico, in considerazione del fatto che non tutte le convenzioni amministrative possono essere qualificate, secondo un'opinione espressa in dottrina (9), come dei « contratti » della pubblica amministrazione.

La definizione più ampia del fenomeno delle convenzioni amministrative fa riferimento ad un « testo concordato tra una pubblica amministrazione e una controparte, contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione » (10). Dalla nozione così delimitata possono essere desunti, quali elementi costitutivi della stessa, innanzitutto la forma scritta, come funzionale alla disciplina di rapporti dotati di una certa stabilità, e, poi, l'assunzione di impegni reciproci. Alla luce di tale ricostruzione, deve allora rilevarsi che lo strumento convenzionale può essere sussunto nel genere contrattuale di derivazione comunitaria, sia per il riferimento alla stipulazione per iscritto, sia anche per il titolo oneroso che qualifica

⁽⁶⁾ Pare opportuno evidenziare che il contratto « con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative » integra, ai sensi dell'art. 1559 dei c.c., la fattispecie di contratto di somministrazione e non invece quella di contratto d'appalto di cui all'art. 1655 c.c. Ai fini dell'operatività della normativa europea, si ritiene peraltro che l'ipotesi negoziale della somministrazione possa essere ricompresa nella nozione di contratto comunitario di appalto pubblico.

⁽⁷⁾ Le disposizioni citate nella nota 5 provvedono altresì a precisare la nozione di amministrazione aggiudicante rilevante ai fini del diritto comunitario degli appalti pubblici, individuando come enti committenti lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite dai suddetti enti od organismi. Con riferimento alla categoria, estranea alla nostra tradizione giuridica, di « organismo di diritto pubblico » (in argomento, v. la recentissima Corte giust. CE, sent. 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria contro Strobal Rolationsdruck GesmbH, causa C-44/96, in Guida al diritto de Il Sole 24 Ore, 1998, n. 5, p. 101, commentata da Caruso, La direttiva non vale per l'impresa commerciale finanziata dall'amministrazione aggiudicatrice), le direttive comunitarie la descrivono come comprensiva di tutti gli enti dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, e la cui attività sia soggetta ad un regime di diritto pubblico (indici rivelatori sono, alternativamente, il finanziamento pubblico maggioritario, il controllo pubblico della gestione, la maggioranza pubblica nella composizione degli organi di direzione, di amministrazione e di sorveglianza). Merita, poi, almeno accennare ad alcuni dei problemi interpretativi cui può dar luogo questa categoria soggettiva, propria del diritto comunitario: trattasi di questioni che derivano dal significato da attribuire al requisito « teleologico » individuato dalle direttive (l'ente, come si diceva, è infatti « istituito per soddisfare specificamente bisogni di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale »), per il quale non è molto chiaro se il predetto carattere non industriale o commerciale debba riferirsi ai bisogni ovvero alla natura dell'attività svolta dall'organismo. Sul punto, la dottrina e la giurisprudenza italiane non hanno ancora adottato una posizione comune; se pure voci autorevoli hanno avuto riguardo alla connotazione imprenditoriale dell'attività connaturata alla stessa forma societaria (in tal senso, Cass., Sez. Un., 9 maggio 1995, n. 4992, in Riv. ital. dir. pubbl. comunitario, 1995, p. 1056, con nota di Greco, Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso; v. anche RANGONE, La nuova disciplina degli appalti di servizi: dalla direttiva CEE 92/50 al decreto legislativo 157/95, in Riv. trim. degli appalti, 1995, p. 671 ss.; Greco, Gli appalti pubblici di servizi, in Riv. ital. dir. pubbl. comunitario, 1995, p. 1286 ss.), si sono avute pronunce giurisprudenziali ed elaborazioni dottrinali di segno contrario, che hanno preferito potre l'accento sul conseguimento di utilità di interesse generale e comunque

non commerciale che caratterizza l'attività societaria (cfr. Tar Lombardia, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54; Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147; in dottrina v., fra gli altri, Right, La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi, in Riv. ital. dir. pubbl. comunitario, 1996, p. 347 ss.; Merusi, La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti, ibid., 1997, p. 39 ss.). Per quanto qui specificamente interessa, la questione interpretativa acquista una rilevanza particolare in ragione dell'art. 22 della legge 142/1990, così come modificato dalla legge 15 maggio 1997, n. 127 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo), il quale prevede espressamente, quale possibile strumento di gestione dei servizi pubblici locali, la forma di « società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio (...) ». Qualora si accolga — come sembra preferibile in ragione dell'autonomia concettuale espressa dal diritto comunitario rispetto a categorie proprie del diritto interno — la seconda delle due interpretazioni richiamate, allora potrebbe rientrare nel concetto di contratto comunitario di appalto pubblico l'accordo stipulato da una società per azioni con partecipazione degli enti locali con un ente non profit.

⁽⁸⁾ Sul punto si è oramai sviluppata una letteratura consistente; per una sintesi delle varie problematiche e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si veda Falcon, voce *Convenzioni e accordi amministrativi. I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

^{.(9)} V. FALCON, op. ult. cit.

⁽¹⁰⁾ V. ancora Falcon, loc. ult. cit.

l'accordo, laddove l'onerosità si concreta, nelle elaborazioni della dottrina privatistica, nel vantaggio — inteso in senso generico e, dunque, indipendente da qualsiasi incremento economico — che ciascuna parte riceve in corrispondenza della sua prestazione.

Sulla base dei rilievi ora formulati, in quella prospettiva nella quale si concreta un primo possibile approccio al tema oggetto della nostra analisi, può quindi concludersi che i rapporti convenzionali mediante i quali il settore pubblico « appalta » a organizzazioni del *non profit* la fornitura di beni o la gestione di servizi ricadono nella sfera di operatività della normativa interna di derivazione comunitaria.

Come innanzi anticipato, l'indagine tesa a verificare l'eventuale applicabilità della disciplina europea sugli appalti pubblici alle convenzioni stipulate dagli organismi di utilità sociale conosce anche un altro percorso metodologico, non più incentrato sul profilo oggettivo della questione, bensì diretto ad individuare la ratio sottesa alla disciplina di origine comunitaria per poi provarne la compatibilità con il modo di agire delle organizzazioni in parola. Un simile approccio in chiave teleologica risulta essere fortemente condizionato dalla particolare natura della parte privata, vale a dire il suo essere una formazione plurisoggettiva perseguente fini di solidarietà sociale senza scopo lucrativo; in particolare, questo tipo di indagine trova la propria ragion d'essere nella constatazione che le organizzazioni non profit si propongono come veicolo di produzione di beni e servizi alternativo alle logiche imprenditoriali che animano il mercato, laddove, invece, l'interesse delle istituzioni europee nei confronti dell'appalto pubblico si giustifica con riguardo al perseguimento dell'obiettivo, che costituisce lo scopo immanente al sistema comunitario, di realizzazione di un mercato unico, cioè di uno spazio economico europeo nell'ambito del quale sia assicurata la libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali (11).

La centralità della definizione del fenomeno non profit per le problematiche oggetto del presente studio suggerisce l'opportunità di individuarne gli elementi qualificanti. Al proposito, merita evidenziare in via preliminare che il minimo comune denominatore tra le diverse formazioni plurisoggettive che confluiscono nel terzo settore è proprio rappresentato dal riferimento allo scopo non economico. L'elemento finalistico, che concorre con quello personale e con quello patrimoniale alla formazione del genus di ente collettivo, costituisce, nelle ipotesi in con-

siderazione, il fattore discriminante tra la species delle organizzazioni non profit e quella degli enti di tipo societario: mentre gli enti for profit si prefiggono, in ultima istanza, di realizzare e tutelare gli interessi economici dei partecipanti, nei confronti dei quali sussiste un obbligo di distribuzione degli utili conseguiti, con la conseguenza che vengono applicate tutte le strategie concorrenziali possibili per assicurare un dividendo profittevole, invece l'associazionismo del « non profitto » persegue in via primaria il soddisfacimento di interessi di rilievo sociale e, per ciò stesso, incentra i propri sforzi operativi nel garantire la qualità del « bene » offerto (12). Trattasi di un fenomeno, quello del non profit, che si propone come qualcosa di diverso sia dallo Stato assistenziale sia dal settore privato imprenditoriale: terzo tra due, il c.d. « privato sociale » deve essere inteso come uno strumento solidaristico di tutela degli interessi collettivi che rimangono insoddisfatti dalla struttura pubblica e si presentano irrilevanti per l'economia capitalistica di mercato.

In quest'ottica, sono da inquadrare fenomeni associativi (13) eterogenei, quali le organizzazioni di volontariato (14), le cooperative sociali (15) e, più in generale, le associazioni erogatrici di servizi sociali,

⁽¹¹⁾ In questi termini si esprime uno dei *Considerando* inserito in tutte le direttive comunitarie rivolte a disciplinare il settore degli appalti pubblici.

⁽¹²⁾ Gli elementi tipici del non distribution constraint, tradizionalmente collegati all'esperienza normativa degli Stati Uniti (ma per un ridimensionamento dell'idea che il non profit nordamericano risulti caratterizzato esclusivamente dal vincolo della non distribuzione dei profitti v. Barbetta, La definizione statunitense di non profit sector: qualche suggerimento per l'Italia, in Non profit, 1997, p. 27 ss.), vengono oggi elevati dal D.lgs. n. 460/97 a requisiti necessari per l'individuazione delle ONLUS. L'art. 10, comma 1, lett. d), e) e f) del decreto, infatti, sancisce il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili ed avanzi di gestione, dovendo gli stessi essere impiegati soltanto per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse; e dispone l'obbligo di devolvere il patrimonio, in caso di scioglimento dell'organizzazione per qualunque causa, ad altre ONLUS ovvero a fini di pubblica utilità. Al fine di evitare possibili abusi, altre disposizioni del decreto prevedono poi delle presunzioni assolute di distribuzione indiretta e le sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme di cui al richiamato art. 10.

⁽¹³⁾ Giova precisare che il riferimento al fenomeno associativo, in questa così come in altre parti del testo, è del tutto generale, operato cioè nella consapevolezza che le associazioni rappresentano solo una species del genus degli enti collettivi non lucrativi, ovvero del genere ONLUS (secondo quanto si è precisato anche supra, sul finire della nota 3).

⁽¹⁴⁾ Tra una letteratura giuridica che comincia a farsi alquanto nutrita, si segnalano, tra le opere di carattere generale, Italia, Il volontariato. Organizzazioni, statuti e convenzioni, Milano, 1992; Bruscuglia (a cura di), La legge sul volontariato. Analisi e commento giuridico, cit.; Rescigno, Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato, in Giur. it., 1993, IV, p. 1 ss.; Panuccio, voce Volontariato, in Enc. dir., XLVI, Milano, 1993, p. 1081 ss.; Angeloni, Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato, Padova, 1994; Venditti, L'attività di volontariato, Napoli, 1997.

⁽¹⁵⁾ Bonfante, Legge sul volontariato e cooperative di solidarietà sociale, in Società, 1991, p.

sanitari ed educativi, le fondazioni di servizi o di ricerca, le organizzazioni culturali e del tempo libero, gli ospedali gestiti da enti religiosi o da fondazioni, gli organismi di tutela di minoranze etniche, i *clubs* ambientalisti, le grandi Università private.

In ragione delle considerazioni da ultimo condotte, risulta pertanto necessario approfondire quell'incompatibilità di obiettivi che, almeno prima facie, sembra ravvisabile tra gli interventi normativi comunitari e il mondo del non profit, onde poter ulteriormente riflettere sulle conseguenze che tale presunta incompatibilità potrebbe comportare sul tema oggetto del nostro studio. In una prospettiva siffatta, questo non risulta più circoscritto alla disamina della normativa comunitaria che, direttamente oppure attraverso il filtro del diritto nazionale, esplica la sua efficacia con riguardo alla regolamentazione del settore degli appalti pubblici; ma spazia — seguendo le linee direttrici segnate da novità introdotte dal diritto interno, di fonte tanto normativa quanto giurisprudenziale — alla ricerca degli scopi che animano due realtà assai diverse tra di loro, quali quelle del mercato unico europeo e del mondo della solidarietà non profit.

Sul piano sistematico, poi, l'esposizione che segue riflette l'approccio descritto da ultimo. Dapprima verrà così affrontata la questione dell'estraneità del modo di operare degli organismi di utilità sociale alla ratio sottesa all'adozione di atti comunitari di regolamentazione del settore dell'appalto pubblico, con particolare attenzione a recenti pronunce di corti nazionali che si presentano rilevanti in materia; mentre successivamente si prenderanno in considerazione le problematiche sollevate da alcuni interventi del legislatore italiano con riferimento ai rapporti tra il mondo del non profit e il contratto di appalto pubblico di derivazione comunitaria.

2. Il diritto comunitario degli appalti pubblici quale strumento per la realizzazione di un mercato unico europeo.

Come si è detto in esordio, la Comunità europea ha manifestato un interesse, che ha assunto rilevanza normativa, nei riguardi della materia degli appalti c.d. pubblici, caratterizzati, appunto, dal fatto che la

stazione appaltante è lo Stato od altra persona giuridica di diritto pubblico. Tale interesse deve essere letto alla luce dell'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità, il quale — nel provvedere ad enucleare gli obiettivi di quella, per allora, nuova formula di cooperazione interstatuale nei termini di « uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano » — stabilisce che gli scopi così precisati debbano essere conseguiti mediante « l'instaurazione di un mercato comune », ove gli scambi si effettuino alle stesse condizioni di quelle vigenti in un mercato nazionale senza tutti gli ostacoli che i singoli ordinamenti generalmente frappongono alla libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali provenienti dagli altri Stati membri (16).

In tale prospettiva di cooperazione, trovano giustificazione gli interventi comunitari di regolamentazione dell'apertura del mercato degli appalti pubblici, tradizionalmente orientato, più di altri settori, ad esprimere preferenze nazionali. In particolare, la politica europea nella materia esprime uno dei modi attraverso il quale è stata data attuazione alle disposizioni del Trattato che sanciscono lo scopo di liberalizzare nella più ampia misura possibile la circolazione degli imprenditori e dei lavoratori che esercitano un'arte o una professione. Il riferimento è a quella parte del Trattato — segnatamente, gli artt. 59-66 — nell'ambito della quale viene espressamente previsto che le persone fisiche o giuridiche esercitanti attività professionali ed imprenditoriali indipendenti, le quali desiderano prestare un « servizio » in un qualsiasi Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza o la nazionalità, possono farlo alle stesse condizioni previste per i soggetti dello Stato in questione.

Quanto, poi, alla definizione della nozione di « servizio » rilevante ai fini della politica comunitaria di liberalizzazione, l'art. 60 del Trattato provvede a descriverla in via residuale come la categoria nella quale vanno ricomprese « le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone », con un particolare, ma non esclusivo, riferimento alle attività di carattere industriale e

¹⁶⁰³ ss.; Dabormida, Un nuovo tipo di impresa mutualistica. La cooperativa sociale, ibid., 1992, p. 9 ss.; Lucarini Ortolani, Organizzazioni di volontariato, cooperative sociali e sistema codicistico dei fenomeni associativi, in Riv. dir. comm., 1993, I, p. 561 ss.; Del Bene, L'organizzazione di volontariato e le cooperative sociali, in Dir. famiglia, 1995, p. 1237 ss.

⁽¹⁶⁾ Sulla funzione del mercato nella prospettiva dell'integrazione europea v., da ultimo, CASSETTI, La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari, Torino, 1997, 184 ss.

commerciale, a quelle artigianali e alle libere professioni. Nel concetto di servizio così delineato, può essere ricondotta, senza particolari problemi interpretativi, la fattispecie dell'appalto che si concreta secondo le parole usate dal codice civile italiano all'art. 1655 — in un'attività mediante la quale un soggetto « assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio» — e, aggiungiamo noi, la fornitura di beni (17) — « dietro un corrispettivo in denaro ». Anzi, con precipuo riguardo al caso dell'appalto « pubblico », l'ordinamento comunitario ha, sin dall'inizio del progetto di liberalizzazione dei fattori produttivi, preso in considerazione il settore; in particolare, in un Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione di servizi, venivano incluse tra le misure ritenute discriminatorie — e, dunque, in ragione della loro incompatibilità con il Trattato, vietate quelle clausole, riscontrate nella prassi contrattuale nazionale, rivolte ad escludere, limitare o condizionare la facoltà, per le persone straniere, di presentare offerte o partecipare come contraente o subappaltatore rispetto a contratti di appalto dello Stato e di altre persone giuridiche di diritto pubblico (18).

Individuate così le basi giuridiche dell'azione normativa comunitaria nel settore degli appalti pubblici, pare opportuno evidenziare che la Comunità, mediante la liberalizzazione di questo particolare settore del mercato europeo, persegue altresì vantaggi di carattere economico, tutt'altro che trascurabili. Basti pensare che, secondo quanto risulta da un recente studio della Commissione sull'argomento (19), ammonta a circa 720 miliardi ECU — che rappresentano l'11,5% del PIL dei 15 Stati membri nel 1994 — la spesa pubblica per beni e servizi appaltati nell'Unione europea; mentre vengono calcolati nella cifra di 22 miliardi di ECU i risparmi derivanti dalla liberalizzazione del settore (20). Ma proprio con riguardo allo scopo di politica economica perseguito con l'apertura del mercato dell'appalto pubblico, emerge un primo aspetto di incompatibilità del diritto comunitario degli appalti rispetto al fenomeno del *non profit*. Infatti, il perseguimento di fini solidaristici e non lucrativi, che contraddistingue nei contenuti innanzi precisati

l'attività del terzo settore, rende completamente « impermeabili » alla regole di mercato i meccanismi di offerta dei beni e dei servizi del « non profitto », che risultano invece orientati a garantire la qualità del bene offerto. Questa particolare « rigidità » del modo di operare degli organismi senza scopo di lucro si traduce in un'impossibilità degli stessi di modificare le proprie regole operative nel momento della messa in concorrenza con enti *for profit* sul mercato europeo, con la conseguente soccombenza, nell'eventuale confronto, dell'ente non lucrativo. Viene meno, dunque, nel caso in esame, la possibilità che la concorrenza delle associazioni del privato sociale con gli enti *for profit* (21) esplichi quella funzione di orientamento dei comportamenti economici delle imprese operanti sul mercato, che invece le istituzioni europee auspicherebbero si realizzasse.

3. La regolamentazione comunitaria delle procedure di aggiudicazione di un contratto di appalto pubblico. Cenni.

Nel dare attuazione all'obiettivo di liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici, il legislatore comunitario ha ripartito, secondo una distinzione pienamente recepita dal nostro ordinamento, l'intera materia in quattro settori applicativi — appalti di lavori, di forniture, di servizi e appalti nei settori c.d. « esclusi », nei quali ultimi operano gli enti erogatori di acqua e di energia, gli enti che forniscono servizi di trasporto e quelli che operano nelle telecomunicazioni — e per ognuno di essi è intervenuto con atti distinti. I primi interventi sono iniziati timidamente nei primi anni Settanta con riguardo all'appalto di lavori e di forniture e, poi, si sono fatti via via più frequenti ed incisivi fino ad arrivare alla predisposizione di strumenti di tutela giurisdizionale per le imprese lese dalla mancata osservanza della normativa comunitaria (22). In partico-

⁽¹⁷⁾ V. supra, alla nota 6.

⁽¹⁸⁾ Cfr. GUCE L 2/62, p. 36.

⁽¹⁹⁾ Trattasi del *Libro Verde* della Commissione, intitolato « Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro », pubblicato in COM(96) 583.

⁽²⁰⁾ I dati citati nel testo sono rinvenibili nel documento (p. 4) citato alla nota precedente.

⁽²¹⁾ Su tali profili, v. TASSONI, Associazioni private a scopo turistico e concorrenza sleale (nota a Trib. Roma, sent. 21 dicembre 1988), in Riv. dir. ind., 1990, II, p. 35 ss.; RIGANO, La tutela della « corretta » concorrenza tra associazioni non lucrative e imprese, in Giur. cost., 1994, p. 391 ss; ENDRICI, Il sostegno pubblico all'associazionismo di fronte al principio di concorrenza, in Regioni, 1994, p. 1544 ss.; TINCANI, Associazioni senza scopo di lucro e concorrenza sleale (nota a Pret. Torino, sent. 26 novembre 1995), in Riv. dir. ind., 1995, II, p. 99 ss.; nonché, da ultimo, le osservazioni ancora di RIGANO, Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato, in Giur. cost., 1998, in corso di pubblicazione.

⁽²²⁾ Il quadro normativo comunitario relativo alla materia degli appalti pubblici può essere così schematizzato: A) Lavori: direttiva 71/305/CEE, aggiornata da una direttiva del 1989 e poi, da ultimo, dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, in GUCE, L 199

lare, è stato usato lo strumento delle direttive, le quali — come noto — stabiliscono l'obbligo per gli Stati membri della Comunità di adottare i provvedimenti interni necessari all'attuazione nei singoli ordinamenti nazionali delle disposizioni di origine comunitaria.

Per quanto qui interessa, gli atti normativi rivolti a dettare la disciplina sostanziale del settore denotano la chiara volontà del legislatore comunitario di fissare una serie di strumenti, rappresentati principalmente dal principio di pubblicità e dal principio di trasparenza, mediante i quali poter garantire la parità di trattamento delle imprese costituite in uno dei Paesi membri che partecipano ad un appalto indetto da un'amministrazione di uno Stato comunitario.

Con riguardo al principio di pubblicità, la sua attuazione costituisce il presupposto stesso perché si possa effettivamente realizzare un'apertura del mercato dei pubblici appalti, in ragione del fatto che l'informazione circa l'indizione di una gara permette, alle imprese comunitarie risiedenti in uno Stato diverso da quello nel quale è stato indetto l'appalto, innanzitutto di poter partecipare alla gara e, poi, di preparare in modo adeguato le offerte che soddisfino le legittime necessità delle amministrazioni aggiudicanti. In tale prospettiva debbono essere inquadrate le disposizioni volte ad assicurare non solo una corretta « pre-informazione » (con prescrizioni inerenti alle forme di pubblicità degli avvisi di gara su tutto il territorio comunitario) (23) ma anche una « post-informazione », concretantesi nell'obbligo per gli enti appaltanti di dare una pubblicità di portata « comunitaria » al risultato dell'aggiudicazione (24).

Al fine di garantire la ragionevolezza e l'imparzialità del momento della scelta del contraente da parte dei pubblici acquirenti, le direttive comunitarie si sono sforzate di dare una dimensione concreta al criterio di trasparenza, quale strumento di controllo dell'effettiva attuazione del principio di parità di trattamento. In quest'ottica, è stata introdotta la regola della « tipicità » delle procedure esperibili per l'aggiudicazione della gara (procedura aperta, in base alla quale tutte le imprese interessate possono presentare offerte; procedura ristretta, nell'ambito della quale possono presentare offerte soltanto i soggetti invitati dai pubblici acquirenti, scelti tra quelli che si sono candidati a seguito della pubblicazione del bando; procedura negoziata, nel cui ambito le amministrazioni consultano le imprese a loro scelta e negoziano i termini del contratto con una o più di esse) (25), alla quale fa seguito la predeterminazione delle ipotesi legittimanti il ricorso all'una anziché all'altra procedura, con un evidente atteggiamento di sfavore per l'utilizzo di quella negoziata e, soprattutto, per quella eccezionale senza

del 09.08.1993, p. 1 ss.; B) Forntture: direttiva 77/62/CEE, aggiornata da una direttiva del 1988 e poi, definitivamente, dalla direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, in GUCE, L 199 del 09.08.1993, p. 1 ss.; C) Servizi: direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, in vigore dal 1º luglio 1993, in GUCE, L 209 del 24.07.1992, p. 1 ss.; D) Settori « esclusi »: direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, sugli appalti di forniture e di lavori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, poi sostituita dalla direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione di tutti gli appalti, compresi quelli di servizi, nei settori esclusi, in GUCE L 199 del 09.08.1993, p. 84 ss.; E) Ricorsi: direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti nei settori c.d. « classici », in GUCE L 359 del 30.12.1989, p. 33 ss.; direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti nei settori esclusi, in GUCE L 76 del 23.03.1992, p. 14 ss.

⁽²³⁾ La normativa inerente alla c.d. pre-informazione si presenta estremamente complessa e dettagliata e non è nostra intenzione richiamarla in ogni suo aspetto. In questa sede, intendiamo semplicemente evidenziare che è fatto carico alle amministrazioni aggiudicanti l'obbligo di inviare, non appena possibile dopo l'inizio dell'esercizio finanziario, all'Ufficio Pubblicazioni delle Comu-

nità europee un bando indicativo della gara, con l'inserimento delle indicazioni relative all'amministrazione appaltante (nome, indirizzo e numeri dei diversi recapiti), al luogo di esecuzione, alla natura ed entità delle prestazioni, al termine previsto per l'inizio delle procedure di aggiudicazione e, ovviamente, al tipo di procedura che sarà adottato. Sono poi previste particolari indicazioni circa il contenuto del suddetto avviso a seconda delle diverse procedure di aggiudicazione. Il bando, redatto con il contenuto prescritto secondo gli schemi allegati alle direttive, è poi pubblicato a cura ed a spese della Comunità nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, serie S. Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, gli atti nazionali di attuazione precisano che la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana non può avere luogo prima della data di spedizione dei bandi al predetto Ufficio delle Comunità europee.

⁽²⁴⁾ Più precisamente, l'obbligo di post-informazione prevede che l'avviso di avvenuta stipulazione del contratto deve essere inviato, entro 48 ore, all'Ufficio Pubblicazioni delle Comunità.

⁽²⁵⁾ Gli atti nazionali di recepimento delle diverse direttive comunitarie, traducendo la terminologia comunitaria nei termini della tradizione contrattualistica della p.a., hanno indicato quali possibili procedure di aggiudicazione il pubblico incanto (corrispondente alla procedura aperta comunitaria), la licitazione privata (equivalente della procedura ristretta), l'appalto concorso (che viene prospettato come una variante della procedura ristretta, caratterizzata dal fatto che i candidati debbono presentare non solo l'indicazione delle condizioni economiche e tecniche ma anche la redazione di un progetto dell'attività) ed, infine, la trattativa privata (mediante la quale si è inteso operare un riferimento alla procedura negoziata).

la previa pubblicazione del bando (26). In conformità al criterio di trasparenza, viene poi prestata particolare attenzione alla previsione dei parametri, ai quali debbono attenersi le amministrazioni aggiudicanti nel verificare l'idoneità dei candidati (iscrizione nei registri professionali, valutazione della capacità finanziaria, economica e, in particolare, tecnica) (27) e nell'aggiudicare l'appalto (prezzo più basso oppure offerta economicamente più vantaggiosa) (28).

(26) Il legislatore comunitario individua, tassativamente, le ipotesi che legittimano il ricorso alla procedura negoziata, le quali possono essere descritte, fatte salve le differenze imposte dall'oggetto del contratto (servizi, forniture o lavori), nei termini seguenti: a) offerte irregolari dopo l'esperimento delle altre procedure concorsuali; b) motivi di carattere eccezionale inerenti alla natura dei servizi. La normativa in esame prevede inoltre la figura, eccezionale, della procedura negoziata senza la preliminare pubblicazione del bando di gara, che può essere esperita nei seguenti casi tassativi: i) mancanza di offerte dopo l'esperimento delle altre procedure concorsuali; ii) particolari motivi di natura tecnica o artistica o ragioni inerenti alla tutela di diritti esclusivi; iii) eccezionale urgenza determinata da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione appaltante; iv) attività complementari ad un precedente appalto, qualora ricorrano precise condizioni di volta in volta illustrate. In relazione all'effettiva osservanza da parte dei singoli ordinamenti nazionali dell'obbligo di matrice comunitaria di limitare per ipotesi tassative la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata, risulta interessante richiamare i risultati degli studi della Commissione contenuti nel già citato Libro Verde sugli appalti pubblici (p. 11), che menziona tra i problemi di non corretta applicazione delle direttive (all'origine, tra l'altro, di numerose procedure per infrazione avviate dalla Commissione e di sentenze della Corte) proprio il ricorso eccessivo alla procedura in questione, in particolare a quella senza la preventiva pubblicazione del bando, spiegabile in considerazione del fatto che la procedura negoziata è sicuramente più vantaggiosa dal punto di vista economico per l'amministrazione aggiudicante. Tuttavia, proprio in ragione dell'inadeguatezza che tale procedura dimostra con riguardo all'effettiva attuazione del principio di trasparenza degli appalti, la Corte di giustizia ha sottolineato che le disposizioni comunitarie rivolte a limitare il ricorso alla procedura in parola debbono essere interpretate restrittivamente e creano in capo al soggetto che intende avvalersene l'onere di provare l'esistenza dei presupposti legittimanti (Corte giust. CE, sent. 10 marzo 1987, Commissione contro Italia, causa 199/85, in Raccolta, 1987, p. 1039).

(27) Il più volte menzionato *Libro Verde* sugli appalti pubblici nell'Unione europea, a p. 12, evidenzia che in alcuni casi l'inadempimento degli Stati membri ha avuto ad oggetto il riferimento da parte delle amministrazioni aggiudicanti a criteri di valutazione della capacità tecnica dei concorrenti diversi da quelli tassativamente individuati nelle direttive (si veda anche, in proposito, Corte giust. CE, sent. 10 febbraio 1982, *Transporoute*, causa 76/81, in *Raccolta*, 1982, p. 471).

(28) Sembra opportuno sottolineare, ancora una volta, come il principio di trasparenza, espressamente tutelato nelle direttive di regolamentazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non sia stato correttamente applicato da parte degli Stati membri anche con riguardo ai criteri di aggiudicazione, considerato che la prassi seguita da molte amministrazioni pubbliche, e che la Corte di giustizia ha avuto modo di condannare ripetutamente, usa confondere i criteri di aggiudicazione con quelli di selezione, con la conseguenza di dichiarare aggiudicatario

4. L'art. 58 del Trattato CE e gli enti senza scopo di lucro.

Le considerazioni, svolte nei paragrafi precedenti con riguardo all'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario di realizzare un mercato unico degli appalti pubblici per tutte le imprese degli Stati membri, suggeriscono l'opportunità di valutare ora l'effettiva rilevanza che può avere la politica europea di liberalizzazione del settore rispetto al modo di operare degli enti non profit. Al proposito, risulta innanzitutto difficile prospettare l'ipotesi di una partecipazione di un organismo perseguente fini di solidarietà sociale ad una procedura di aggiudicazione di una gara d'appalto indetta da un'amministrazione di uno Stato diverso da quello nel quale l'ente è stato costituito. La ragione di questa difficoltà non è da ricercare in una presunta limitazione « nazionale» della dimensione operativa dell'associazionismo del terzo settore; deponendo, anzi, in senso contrario, l'attività di solidarietà internazionale, svolta nel settore della cooperazione allo sviluppo dalle c.d. organizzazioni non governative, così come l'attività nel campo culturale od anche nel settore della ricerca scientifica. Invero, a giustificazione della complessità di un'eventuale « trasferta » di un ente non lucrativo nella prospettiva dell'aggiudicazione di una gara di appalto, deve essere chiamato in causa l'impedimento giuridico derivante dal mancato « riconoscimento » (29), all'interno di tutto il territorio dell'Unione europea, di un organismo non profit costituito in uno degli Stati membri, il quale, pertanto, per poter svolgere la propria attività in un Paese diverso da quello di cui ha la « nazionalità », è chiamato ad esperire ex novo un procedimento di incorporation, di « inserimento », in un altro ordinamento giuridico. Al riguardo, particolarmente significativo risulta essere il confronto con la posizione assunta dalle istituzioni comunitarie per garantire la libera circolazione degli enti perseguenti uno scopo di lucro nei Paesi della Comunità. Per quanto specificamente interessa in questa sede, val la pena di ricordare, infatti, che il diritto comunitario delle imprese è imperniato sul principio del riconoscimento e dell'egual trattamento degli enti for profit di uno degli

della gara un concorrente in ragione della sua capacità tecnica o finanziaria (Libro Verde, cit., p. 12).

⁽²⁹⁾ Giova precisare che il termine è qui utilizzato in senso atecnico, dal momento che con esso non si vuole operare un riferimento alla procedura di riconoscimento predisposta dal c.c., in considerazione del fatto che tra gli organismi non lucrativi di utilità sociale molti hanno la natura di « associazione non riconosciuta » ex artt. 36 ss. c.c.

Stati membri da parte degli altri (30). Tale principio è stato poi corredato da una serie di direttive che hanno provveduto ad armonizzare le normative societarie dei diversi ordinamenti nazionali, comportando così che le società costituite in uno Stato dell'Unione europea, a differenza degli enti *non profit*, possono operare all'interno di un altro Paese membro in ragione di un mutuo riconoscimento e sulla base di una disciplina comune, nei tratti essenziali, a quella vigente nell'ordinamento di provenienza.

Orbene, questa fondamentale differenza di trattamento riscontrabile a livello comunitario tra organismi non lucrativi e enti for profit e, in un'ottica più generale, l'estraneità del modo di operare dei primi agli scopi sottesi all'apertura del mercato degli appalti pubblici debbono essere lette alla luce dell'art. 58 del Trattato istitutivo della Comunità europea, che definisce il concetto di società rilevante nell'ambito normativo della liberalizzazione delle attività non salariate rese da imprenditori e liberi professionisti (31). In tal senso, viene precisato che « per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro » (32).

Ora, la precipua funzione della disposizione richiamata consiste nell'equiparare, ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato inerenti la realizzazione di un mercato unico dei « servizi » comunitari, le persone fisiche aventi la cittadinanza dei Paesi membri agli enti collettivi, di nazionalità di uno Stato dell'Unione, che si prefiggono il conseguimento di uno scopo di lucro.

Quanto poi alle ragioni pratiche che hanno ispirato i redattori della norma nel garantire agli enti collettivi lucrativi, e solo ad essi, la libertà di esercizio della propria attività sul territorio comunitario, si può affermare che proprio l'imprecisione riscontrabile nella tecnica di formulazione della disposizione in esame fornisca importanti indicazioni. Laddove infatti viene messo in primo piano, nell'elenco contenuto all'art. 58 del Trattato, il fenomeno societario e ad esso viene poi subordinato il riferimento generale alle persone giuridiche — quando invece, a rigor di logica, avrebbe dovuto essere seguito l'ordine inverso, considerato che la società costituisce una species del genus « persona giuridica »—appare evidente che i reali destinatari dell'equiparazione, sancita nella disposizione, sono proprio gli enti societari, vale a dire quelle formazioni plurisoggettive il cui scopo, per definizione, consiste nello svolgimento di attività economiche rivolte a garantire una distribuzione degli utili ai soci. In questa direzione, la previsione dell'articolo in questione si armonizza perciò con il sistema comunitario nella sua formula originaria di strumento di cooperazione interstatuale per la regolamentazione di attività economiche poste in essere nell'ambito del territorio dei Paesi membri.

Avremo modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione che il perseguimento di uno scopo non lucrativo da parte di un ente collettivo non importa, quale necessaria conseguenza, l'impossibilità, per lo stesso, di esercitare un'attività lato sensu economica, ossia suscettibile di essere valutata in termini patrimoniali. Tuttavia, risulta palese la diversità che può esistere nel modo di operare di una società, la quale realizza attività economiche rivolte al conseguimento di un profitto idoneo ad assicurare la divisione finale degli utili tra i suoi membri, rispetto a quello di un organismo non lucrativo, per il quale l'esercizio di un'attività economica costituisce momento eventuale, strumentale all'erogazione di servizi non patrimoniali di rilevanza sociale. È alla luce di questa diversità che va quindi inquadrata la scelta comunitaria di escludere l'associazionismo senza scopo di lucro (33) dall'ambito di

⁽³⁰⁾ Il principio del mutuo riconoscimento delle società di uno dei Paesi comunitari nell'ordinamento degli altri Stati membri non è espressamente sancito da un art. del Trattato istitutivo della Comunità, il quale demanda, ai sensi dell'art. 220, la relativa attuazione alla stipulazione di un accordo internazionale, che è stato poi firmato a Bruxelles il 29 febbraio 1968 ma non è mai entrato in vigore per la mancata ratifica di uno dei sei membri della Comunità di allora (trattasi dei Paesi Bassi). Il problema, in realtà, è stato risolto dalla prassi, sulla base di un'equiparazione delle società di uno dei Paesi comunitari a quelle nazionali, operata ex art. 6 del Trattato stesso.

⁽³¹⁾ Per vero, l'art. 58 del Trattato, inserito nel Capo dedicato alla libertà di stabilimento dei lavoratori autonomi comunitari in un qualsiasi Paese membro, può essere richiamato con riguardo alla materia degli appalti pubblici in virtù del disposto dell'art. 66, che statuisce l'applicabilità delle disposizioni in tema di diritto di stabilimento (artt. 55-58, appunto) alla disciplina della libera circolazione dei servizi.

⁽³²⁾ Corsivo nostro. È opportuno ricordare, peraltro, che il rilievo per cui la disciplina comunitaria dei servizi non è applicabile agli enti non lucrativi è espressamente presente anche nella motivazione della recente Corte cost., sent. 24-28 novembre 1997, n. 365 (in G.U., 1ª Serie speciale, n. 49 del 3 dicembre 1997; commentata da RIGANO, Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato, ult. cit.). In tale decisione, la Consulta ha dichiarato non fondata una questione di costituzionalità relativa a una disposizione di una legge regionale veneta che, riservando un trattamento di favore alle associazioni svolgenti a fini non di profitto attività turistiche, era stata impugnata dal Governo in quanto ritenuta non conforme ai principi comunitari della libera circolazione delle persone e dei servizi.

⁽³³⁾ Merita evidenziare che l'art. 58 del Trattato usa impropriamente l'espressione « so-

operatività di regole predisposte al fine di mettere in concorrenza, con meccanismi e finalità propri della logica imprenditoriale ed estranei al mondo del non profit, le persone fisiche e gli enti collettivi dei diversi Stati membri esercitanti, quale unico scopo, attività economiche e, per ciò stesso, idonei a reggere un confronto competitivo. Per le suddette ragioni, l'art. 58 del Trattato CE provvede poi a specificare che rientrano nella categoria dei soggetti destinatari della disciplina di liberalizzazione delle attività professionali ed imprenditoriali indipendenti anche le cooperative, formazioni collettive di natura imprenditoriale che perseguono un fine mutualistico usando della forma giuridica societaria. Molto probabilmente, la specifica menzione è stata inserita onde evitare che il riferimento alla mutualità potesse indurre l'interprete ad includere le società cooperative nell'ambito dell'eccezione operata con riguardo agli organismi senza scopo di lucro, mentre invece — il legislatore europeo ha ritenuto che l'elemento della mutualità si prospetti come una particolare modalità di gestione dei vantaggi, pur sempre economici, perseguiti dalla suddetta formula associativa e non determini, pertanto, un diverso atteggiarsi della causa lucrativa del contratto di società.

In conformità con quanto si è appena osservato, sembra piuttosto doversi ricondurre all'ipotesi eccettuativa di cui all'art. 58 del Trattato quella particolare categoria di cooperative — le c.d. cooperative sociali, che sono state oggetto di un recente intervento ordinatore del legislatore italiano — in ragione del fatto che la loro costituzione è teleologicamente orientata alla realizzazione « dell'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi sociosanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse (...) finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate » (34). In questo caso, infatti, l'elemento

cietà che non si prefiggono scopi di lucro »; ciò che costituisce, per i motivi già specificati nel testo, una sorta di contraddizione in termini.

finalistico, così come testé descritto, non risulta compatibile, a parere di chi scrive, con il perseguimento di uno scopo di lucro (35). A conferma di siffatta valutazione, acquista significato la stessa circostanza che si sia avvertita la necessità di procedere all'adozione di una legge *ad hoc*, contenente un insieme omogeneo di deroghe alla disciplina vigente, ispirate *ictu oculi* dall'esigenza di favorire, in concreto, il conseguimento del fine di solidarietà.

Sancita la portata della delimitazione ratione personae di cui all'art. 58 del Trattato CE, rimane poi da precisarne il contenuto precettivo. Al proposito, stimiamo che il Trattato si limiti ad obbligare gli Stati membri della Comunità ad equiparare — quanto all'applicazione della normativa comunitaria inerente alla liberalizzazione delle attività professionali ed imprenditoriali — determinati enti collettivi alle persone fisiche.

Per contro, non paiono sussistere gli estremi per affermare che dall'obbligo di equiparazione discenda, per i singoli ordinamenti nazionali, un ulteriore vincolo di natura precettiva circa il trattamento del fenomeno associativo senza scopo di lucro. Pertanto, non sembra esistere l'obbligo di escludere il settore degli enti non profit dalla sfera di operatività di determinate norme di origine comunitaria, rimanendo, ulteriormente, agli Stati membri la facoltà di armonizzare la propria disciplina nazionale relativa alle attività economiche dei suddetti enti ai principi comunitari applicabili alle formazioni plurisoggettive lucrative.

Dai superiori rilievi consegue che è rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale la valutazione circa l'opportunità di disciplinare in maniera uniforme la materia degli appalti pubblici di servizi e forniture prestate da enti collettivi, siano essi qualificabili come formazioni non profit od invece enti lucrativi. Tuttavia, sarebbe auspicabile — proprio in ragione delle motivazioni che giustificano la scelta enunciata dall'art. 58 del Trattato istitutivo della Comunità europea — che i singoli ordinamenti provvedessero ad esplicitare, mediante interventi normativi ad hoc, l'eventuale intenzione di estendere anche agli enti senza

⁽³⁴⁾ La definizione è tratta dall'art. 1 della legge 8 novembre 1991, n. 381, recante la disciplina delle cooperative sociali. Per ciò che concerne il riferimento alla persone svantaggiate, l'art. 4 provvede poi a specificare che devono essere ricomprese in questa categoria « gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47 bis, 47 ter e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il

Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'art. 18 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni ».

⁽³⁵⁾ Ma v., in senso contrario, Italia, *Il volontariato. Organizzazioni, statuti e convenzioni, cit.*, 1992, pp. 134-135, il quale sottolinea che la cooperativa sociale « è costituita da soci che operano per un vantaggio economico », valutando appunto la creazione di opportunità di lavoro per persone disadattate come un vantaggio economico indiretto.

scopo di lucro la sfera di applicazione della disciplina europea del settore degli appalti pubblici.

5. L'esistenza di un « mercato » quale presupposto di applicabilità del diritto comunitario degli appalti pubblici alla luce di due sentenze di giudici italiani.

La lettura di due recenti pronunce rese da giudici amministrativi italiani offre spunti interessanti al fine di chiarire la questione dell'assoggettabilità o meno dei contratti di appalti di fornitura di beni e/o servizi, conclusi tra enti pubblici ed organizzazioni non profit, alle norme delle direttive comunitarie disciplinanti le procedure di aggiudicazione di gare di appalto pubblico. Si tratta delle sentenze emanate dal TAR Lombardia (36) e dal Consiglio di Stato (37) con riferimento al caso della Lombardia Informatica S.p.A., società di diritto privato con partecipazione maggioritaria della regione Lombardia, alla quale quest'ultima, con delibera della Giunta, aveva appaltato, mediante un affidamento diretto, l'erogazione dei servizi informatici automatizzati di interesse regionale. La Commissione di controllo sull'amministrazione regionale lombarda aveva poi annullato il provvedimento della Giunta, motivando nel senso che l'affidamento diretto, senza esperimento di una procedura concorsuale, presentava, nel caso di specie, diversi profili di illegittimità, tra i quali assume rilievo specifico rispetto al tema oggetto del presente studio quello relativo alla violazione della disciplina comunitaria sulla regolamentazione delle procedure di aggiudicazione delle gare di appalti pubblici di servizi.

Contro il provvedimento di controllo aveva poi proposto ricorso la regione Lombardia, innescando così la vicenda giudiziaria conclusasi con la citata sentenza del Consiglio di Stato, il quale ha confermato il precedente annullamento dell'atto della Commissione regionale di controllo, pronunciato dal TAR.

Sul punto del presunto contrasto con il diritto comunitario degli appalti, le due pronunce sostengono l'infondatezza dell'atto di controllo. Al riguardo, sia il TAR che il Consiglio di Stato, imperniando il proprio *iter* argomentativo sul particolare modo di operare della men-

zionata società, evidenziano come le ragioni per sostenere l'inapplicabilità al caso in esame del diritto comunitario siano insite nei principi che caratterizzano lo stesso. A tale proposito, infatti, appare determinante il fatto che la forma societaria della Lombardia Informatica si presenta strumentale al conseguimento di fini di rilevanza pubblica ma non economici; ne costituisce conferma la constatazione che « (...) Lombardia Informatica non può (...) agire in un mercato che così si definisca o così venga definito in modo dinamico o all'occasione. Infatti la stessa può avere come contraenti solo la Regione, enti locali, USSL e altri soci pubblici (...). La stessa poi non ha scopo di lucro » (38).

Da questo fondamentale rilievo, i giudici amministrativi fanno discendere che la suddetta società non può essere considerata alla stregua di un normale prestatore di servizi, capace di operare in condizioni di parità, e dunque di confronto competitivo, con altri soggetti che concorrono per l'erogazione di servizi analoghi.

Per contro, viene posta in rilievo, nel ragionamento giurisprudenziale, la ratio complessiva della legislazione comunitaria nella materia degli appalti pubblici, che si assume data per disciplinare « la libera concorrenza in un mercato nel quale, a parte i confini fissati, si deve raggiungere come fine il massimo utile di democrazia economica e di diffusione di presenze commerciali » (39). Anzi, si fa espresso riferimento all'applicabilità specifica della direttiva sugli appalti pubblici di servizi a situazioni in cui si è presenza di un « mercato » — vale a dire, di attività lucrative che presuppongono libertà di movimento e possesso di strumenti economici qualificati per mantenerla — per poi concludere che la disciplina comunitaria non può operare nei confronti di soggetti che non agiscono in un vero « mercato » (40).

Ora, l'analisi svolta dai giudici amministrativi con riguardo alla relazione intercorrente tra l'esistenza di una situazione di libero mercato, da un lato, e l'applicabilità della normativa comunitaria dedicata alla disciplina degli appalti pubblici, dall'altro, contribuisce a dare un ulteriore sviluppo alle considerazioni, condotte nel paragrafo precedente, circa « l'estraneità » della predetta normativa rispetto al modo di operare degli organismi non lucrativi di utilità sociale. Particolarmente significative, in proposito, le parole usate nella motivazione della

⁽³⁶⁾ TAR Lombardia, Sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54, in Riv. ital. dir. pubbl. comunitario, 1996, p. 480 ss.

⁽³⁷⁾ Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, in Riv. ital. dir. pubbl. comunitario, 1996, p. 486 ss.

⁽³⁸⁾ Il passaggio riportato nel testo è tratto dalla citata sentenza del TAR Lombardia n. 54/95, par. b.1) della motivazione in diritto (il corsivo è nostro).

⁽³⁹⁾ TAR Lombardia, Sez. I, sent. n. 54/95, loc. ult. cit.

⁽⁴⁰⁾ V. ancora TAR Lombardia, Sez. I, sent. n. 54/95, loc: ult. cit.

sentenza del TAR per descrivere le caratteristiche operative della Lombardia Informatica S.p.A., considerato che le stesse, infatti, potrebbero valere per identificare gli elementi qualificanti l'attività degli

organismi di solidarietà sotto tre diversi profili.

Il primo elemento incompatibile con la nozione di libero mercato degli appalti pubblici, che i giudici individuano, è rappresentato dall'impossibilità di un ente di scegliere liberamente, in ragione della realizzazione del miglior profitto, i soggetti contraenti ai quali offrire beni o servizi, con la conseguenza di doversi relazionare solo con la pubblica amministrazione, intesa in senso lato. Aspetto, questo dell'obbligata partnership con il soggetto pubblico, che risulta connaturato al fenomeno dell'associazionismo non lucrativo della solidarietà, il quale è chiamato, nella sua funzione di soddisfacimento di interessi collettivi elusi dalla struttura dello Stato, a concordare con l'apparato pubblico i momenti di sostituzione e/o di affiancamento nell'offerta di servizi di rilevanza generale. In tal senso, l'organismo non profit non sceglie, sulla base di criteri economici, la controparte della convenzione ma, piuttosto, si può dire che è scelto dagli enti pubblici — in particolare, enti locali territoriali e unità sanitarie locali — di volta in volta interessati ad assicurare l'erogazione di servizi di utilità sociale.

Strettamente correlato all'aspetto dell'assenza di libertà di scelta imprenditoriale del prestatore di servizi, risulta poi il secondo profilo di incompatibilità, evidenziato dalle sentenze in esame, il quale ha riguardo all'elemento finalistico che concorre ad integrare la fattispecie di ente collettivo. Al riguardo, le decisioni in discorso parlano espressamente di « scopo non di lucro ». Del concetto sono già stati analizzati, nei paragrafi precedenti, il contenuto funzionale ed il significato che esso assume nella previsione di cui all'art. 58 del Trattato CE. Non è fuori luogo, tuttavia, osservare che da un punto di vista prettamente logico l'assenza della causa lucrativa avrebbe dovuto essere considerata, nell'analisi giurisprudenziale, ragione assorbente per rilevare l'inesistenza, nel casus de quo, di un libero mercato, quale situazione presupposto per l'applicabilità del diritto comunitario degli appalti pubblici; e questo non solo in virtù di quanto disposto dal più volte menzionato art. 58, ma altresì sulla base della constatazione che gli altri due profili posti in evidenza si presentano come una specificazione, dal punto di vista funzionale, della costituzione di una formazione plurisoggettiva senza scopo di lucro.

Quanto all'ultimo requisito individuato dalla giurisprudenza amministrativa, viene sancita la possibilità che un ente collettivo di diritto

privato possa svolgere un'attività economica, addirittura attraverso il modulo societario, solo quale strumento per la realizzazione di un interesse pubblico generale. In questo senso, dunque, è riproposta la possibile disgiunzione tra lo scopo non lucrativo di un ente collettivo e l'attività patrimoniale strumentale al soddisfacimento dello scopo stesso, che avevamo già evidenziato come una probabile estrinsecazione operativa dell'associazionismo della solidarietà; in proposito, le pronunce sottolineano l'irrilevanza, nel giudizio di compatibilità con le finalità della normativa comunitaria, dell'esercizio di un'attività valutabile in termini economici qualora la stessa risulti uno strumento di perseguimento di interessi non lucrativi di rilevanza pubblica.

In conclusione, merita evidenziare che le sentenze emanate dal TAR lombardo e dal Consiglio di Stato nel caso Lombardia Informatica S.p.A. colgono il punto di partenza delle considerazioni da noi più sopra svolte circa l'incompatibilità tra il modus operandi degli enti che erogano servizi di interesse collettivo senza fine di lucro, da un lato, e la ratio complessiva dell'intervento normativo comunitario nel settore degli appalti pubblici, dall'altro.

Gli interventi giurisprudenziali che si sono richiamati contribuiscono, inoltre, a dare ulteriore rilievo a quanto già sottolineato in precedenza con riguardo alla necessità di rendere esplicita, mediante l'adozione di specifici atti normativi, l'intenzione del legislatore nazionale di procedere ad un'eventuale equiparazione — relativamente all'assoggettabilità alla disciplina dei contratti comunitari di appalti pubblici — tra enti che perseguono scopo di lucro ed organismi non lucrativi.

6. Il contratto di appalto pubblico e la soglia di rilevanza comunitaria.

La normativa predisposta in sede europea introduce un elemento, completamente estraneo alla nostra tradizione giuridica, che concorre alla definizione della nozione di contratto comunitario di appalto pubblico, che già si è provveduto a descrivere nei tratti essenziali. Ci riferiamo all'istituto della soglia di rilevanza comunitaria, col quale il diritto europeo, in questo come in altri casi, definisce l'estensione della propria disciplina mediante il riferimento ad una somma di denaro valutata in ECU, al di sopra della quale si applica la normativa europea (o, comunque, gli atti normativi nazionali di recepimento o di integrazione dello stessa) e al di sotto della quale sono invece operanti

esclusivamente fonti di diritto interno, mentre quelle di diritto comunitario vengono in rilievo soltanto se ad esse rinvia l'atto nazionale.

La decisione del legislatore comunitario di collegare la soglia suddetta alla materia degli appalti pubblici comporta che le fattispecie negoziali, rilevanti ai fini dell'applicabilità della disciplina di derivazione europea, risultino essere solo quelle a titolo oneroso stipulate in forma scritta tra un privato ed un'amministrazione, ed il cui importo, stimato al netto dell'IVA, sia pari o superiore ad una determinata somma di ECU. Diversamente, per la regolamentazione dei contratti di appalto pubblico di importo inferiore è necessario riferirsi alle regole predisposte in materia dai singoli ordinamenti nazionali.

Circa la quantificazione in termini monetari del parametro, le direttive sul settore degli appalti di forniture e di servizi (41), che più interessano in questa sede in relazione al contenuto delle fattispecie di convenzionamento tra enti pubblici e organizzazioni non profit, fissano la soglia di rilevanza nella cifra di 200.000 ECU (42) (circa 394 milioni di Lire italiane) (43), riferendosi, ai fini del calcolo del predetto valore, alla « remunerazione complessiva » del fornitore o del prestatore di servizi prevista dal contratto (44).

(44) All'indicazione della regola generale per la determinazione del valore di un appalto,

Nel definire le « zone di indifferenza » del diritto comunitario degli appalti pubblici, l'istituto della soglia comunitaria vale a predeterminare, in termini quantitativo-monetari, la sfera di contratti che possono interessare gli imprenditori in grado di muoversi sul territorio comunitario, sulla base della considerazione che soltanto gli appalti di grandi dimensioni sono tali da coprire, con l'importo della remunerazione, gli oneri tecnici e finanziari della trasferta. Il ricorso all'istituto in questione permetterebbe, dunque, di evitare l'applicazione della rigorosa disciplina elaborata in sede comunitaria — con tutte le formalità ad essa connesse per garantire la partecipazione alla gara di qualunque soggetto appartenente ad uno dei Paesi della Comunità — nei confronti di appalti che invece rivestono una rilevanza economica nazionale, nel senso innanzi precisato (45).

Ad un esame della prassi dei rapporti convenzionali intercorrenti tra il soggetto pubblico ed il terzo settore, la soglia di rilevanza comunitaria non si presenta irraggiungibile, non risultando ostativo in tal senso quanto precedentemente affermato circa l'assenza di uno scopo di lucro quale elemento qualificante il fenomeno in oggetto. Come già precisato, occorre infatti distinguere il concetto di scopo perseguito da un ente da quello di attività strumentale allo scopo stesso: conseguendone che un'organizzazione del terzo settore può fornire servizi patrimonialmente valutabili senza perdere la natura di ente collettivo non profit. A favore della possibilità di valutare in termini economici l'attività degli organismi che perseguono esclusive finalità di solidarietà sociale (46), depongono altresì alcune previsioni normative che, nel disciplinare il contenuto delle con-

⁽⁴¹⁾ Nel ventesimo *Considerando* della direttiva « Servizi » viene precisato che la soglia di rilevanza comunitaria degli appalti deve coincidere con quella fissata nella direttiva « Forniture ».

⁽⁴²⁾ Dal preambolo della direttiva « Servizi » (e precisamente nel *Considerando* citato alla nota precedente) risulta chiaramente l'intenzione del legislatore comunitario di dettare in tutta la materia degli appalti pubblici, settori classici e settori esclusi, regole identiche per quanto riguarda il calcolo del valore del contratto, la pubblicazione ed il metodo di adeguamento delle soglie. Quanto, poi, al calcolo del controvalore in moneta nazionale dell'ECU, questo viene fatto — com'è noto — sulla base della media del valore quotidiano della moneta nazionale, espressa in ECU, nei 24 mesi. Tale controvalore, che viene aggiornato ogni due anni con revisione avente effetto dal 1° gennaio, è pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* all'inizio del mese di novembre. Per il biennio 1998-1999, detta pubblicazione — avvenuta (con un certo ritardo) mediante Comunicazione della Commissione CE n. 98/C 22/02 — trovasi in *GUCE*, serie L. n. 22 del 23 gennaio 1998 (per l'Italia, peraltro, il calcolo del controvalore — già informalmente trasmesso dalla Commissione CE alle amministrazioni centrali degli Stati membri — era stato reso noto con un comunicato del Ministero del tesoro, pubblicato nella *G.U.* n. 302 del 30 dicembre 1997).

⁽⁴³⁾ Al riguardo, val la pena di evidenziare che i termini monetari in cui si concreta la soglia di rilevanza comunitaria nel settore dei servizi e delle forniture sono i più bassi nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici: infatti, mentre nella direttiva « Lavori » si fa riferimento alla cifra di 5 milioni di ECU, gli interventi relativi alla disciplina dei c.d. settori esclusi valgono per appalti di importo pari o superiore ai 400.000 ECU (nel settore dei trasporti, energia e acqua) ovvero ai 600.000 ECU (nelle telecomunicazioni).

richiamata nel testo, seguono poi delle prescrizioni tese ad evitare una fraudolenta elusione della normativa. Possono ricordarsi, al riguardo, il divieto di artificioso frazionamento in lotti dell'appalto, e la predeterminazione dei criteri applicabili nelle ipotesi in cui il prezzo complessivo non sia indicato al momento della stipulazione o il contratto presenti un carattere di periodicità o comunque sia destinato ad essere rinnovato entro un determinato periodo.

⁽⁴⁵⁾ Il ventesimo Considerando della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di servizi statuisce espressamente che « nell'intento di evitare formalità superflue la presente direttiva non deve applicarsi agli appalti di valore inferiore ad una determinata soglia ».

⁽⁴⁶⁾ Nel testo si fa riferimento alla semplice « possibilità » che un ente non profit eserciti un'attività economica strumentale alla realizzazione di fini di interesse sociale, potendo pur sempre verificarsi l'ipotesi che un organismo senza scopo di lucro possa erogare beni e servizi usufruendo esclusivamente di finanziamenti e contributi esterni. Merita tuttavia osservare, al riguardo, che da più parti viene auspicata un'emancipazione del mondo del non profitto dalla « prassi clientelare » dei finanziamenti, a favore dell'acquisizione di un ruolo sempre più attivo dell'associazionismo privato nella gestione dei servizi di utilità sociale; sul punto, si rinvia alle considerazioni condotte da Rigano-Rossi, Art. 7. Convenzioni, cit., p. 67 ss.

venzioni in oggetto, si riferiscono alla necessità di determinare le modalità del « rimborso delle spese » (47) oppure, addirittura, « dei corrispettivi e delle modalità di pagamento » (48). Senza dimenticare, poi, che la questione dei proventi di una ONLUS derivanti da attività « direttamente connesse » a quelle istituzionali viene oggi presa in considerazione anche dal punto di vista fiscale (49).

Precisata così la distinzione tra scopo non economico ed attività patrimonialmente valutabile nel fenomeno *non profit*, è chiaro che le soglie monetarie che caratterizzano il contratto comunitario di appalto pubblico non valgono ad escludere, aprioristicamente, le convenzioni tra soggetto pubblico e terzo settore dall'ambito di operatività della disciplina elaborata in sede europea. Si pensi al caso in cui un ente locale appalti ad un ospedale gestito da religiosi il servizio di assistenza sanitaria ad anziani: in tale ipotesi, la « remunerazione complessiva » del prestatore di servizi — ancorché calcolata al netto di qualsiasi utile e, dunque, in ragione del « costo di mantenimento » degli assistiti (vitto, alloggio, cure mediche) — può facilmente superare la cifra di 200.000 ECU.

Tuttavia, a conclusione dei rilievi ora effettuati, se pure si deve ammettere la possibilità di ricondurre nell'ambito monetario di rilevanza comunitaria alcune delle fattispecie negoziali stipulate dagli organismi senza scopo di lucro con gli enti pubblici, non può non ribadirsi, per contro, l'estraneità del modo di operare del mondo del *non profit* rispetto ai motivi sottesi alla scelta del legislatore comunitario di introdurre nella disciplina degli appalti pubblici l'istituto della soglia di rilevanza.

7. Un altro tassello del puzzle: la disciplina comunitaria degli appalti pubblici di servizi sanitari, sociali, ricreativi, sportivi e culturali. Il contributo interpretativo di una sentenza del TAR Toscana.

La direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, introduce un'importante inno-

vazione rispetto alla precedente disciplina comunitaria dettata in materia, operando una netta distinzione nella regolamentazione dei servizi appaltati a seconda che essi rientrino nella nozione di servizi « prioritari » ovvero in quella di servizi « residuali ».

Ai fini della nostra indagine, la suddetta distinzione, che è stata poi reiterata nelle direttive sui servizi « esclusi », contiene un riferimento normativo estremamente importante che si concreta nell'inclusione, tra le tipologie di servizi definiti « residuali », dei servizi sanitari e sociali ed anche dei servizi ricreativi, sportivi e culturali. Al riguardo, viene in rilievo la constatazione che, complessivamente, gli appalti pubblici dei servizi ora specificati coprono la maggior parte delle ipotesi di convenzionamento stipulate tra l'apparato pubblico e il settore del *non profit*.

Ma l'importanza della distinzione proposta in sede comunitaria si coglie appieno in ragione della circostanza che solamente per i servizi c.d. prioritari sussiste l'obbligo di applicare integralmente la disciplina di derivazione comunitaria, che abbiamo precedentemente provveduto a descrivere nelle sue linee direttrici. Diversamente, per le tipologie ricomprese nella categoria dei servizi residuali, la direttiva prevede in capo all'amministrazione aggiudicante il rispetto di pochissimi obblighi, tre soltanto, comunque marginali rispetto alle rigide imposizioni comunitarie sulle procedure e le modalità da seguire nell'appalto: il primo attiene alla comunicazione all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee dell'avviso del risultato dell'aggiudicazione; il secondo, strettamente correlato a quello appena descritto, prevede la precisazione, nel suddetto avviso, se si acconsenta o meno alla sua pubblicazione; infine, viene disposta l'applicazione delle norme inerenti alla prescrizioni tecniche (sia quelle relative alla regola generale, sia quelle contenenti le deroghe a questa).

Sembra, dunque, che, indipendentemente dalla scelta discrezionale che ogni singolo ordinamento nazionale può compiere con riguardo all'estensione della sfera di applicazione della disciplina degli appalti al settore del *non profit*, la direttiva « Servizi » abbia comunque provveduto ad escludere, in via pressoché esclusiva, dall'operatività delle regole comunitarie di aggiudicazione di una gara di appalto pubblico proprio quelle ipotesi in cui, nella prassi, le amministrazioni pubbliche sono solite affidare ad organismi non lucrativi di utilità sociale il compimento di un servizio.

Una siffatta conclusione presenta punti di contatto con le conseguenze che derivano dal disposto dell'art. 58 del Trattato CE, esaminato in precedenza, ancorché — evidentemente — la disposizione del

⁽⁴⁷⁾ Cfr. art. 7, comma 2, della legge quadro sul volontariato.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. art. 9, comma 2, lett. i), della legge Regione Toscana n. 13/94 sulle cooperative sociali.

⁽⁴⁹⁾ Per una prima analisi della nuova normativa tributaria introdotta col D.lgs. n. 460/97 v. Bianchi-Di Ianni -Zambiasi, Commento analitico del decreto legislativo e alcuni problemi pratici, in AA.VV., Gli enti non commerciali e le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, cit., p. 3405 ss.; nonché i lavori di Batistoni Ferrara, La disciplina tributaria degli enti non commerciali, e di Ciocca, La disciplina tributaria delle ONLUS, pubblicati in questo volume.

Trattato e i contenuti della direttiva 92/50 non vadano tra loro sovrapposti, esprimendo i due dati normativi significati sistematici e *ratio* ispiratrice distinti.

Da un lato, infatti, l'art. 58 del Trattato, nell'escludere gli enti non profit dalla sfera dei soggetti destinatari della normativa in materia di liberalizzazione dei servizi, non prescrive a carico degli Stati membri l'obbligo di attuare siffatta esclusione; d'altro lato, invece, le deroghe contenute nella direttiva « Servizi » costituiscono l'enunciazione di una regola generale che gli Stati membri sono obbligati a tradurre in norme interne di dettaglio.

E diverse sono altresì le ragioni sottese a queste limitazioni, atteso che l'art. 58 nasce da un approccio di tipo esclusivamente economico ai temi del « mercato », mentre la deroga predisposta in materia di servizi attesta una sensibilità per i fini di utilità sociale che animano determinati contratti di appalto.

Con puntuale riguardo ai motivi per i quali il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno derogare alle regole di aggiudicazione per gli appalti di servizi sanitari e sociali, merita richiamare le considerazioni espresse, sia pure incidentalmente, dal TAR Toscana, chiamato a decidere un ricorso con il quale alcune cooperative sociali invocavano l'applicabilità della disciplina comunitaria in riferimento ad un appalto di gestione di quattro strutture dell'Unità Sanitaria Locale per anziani non autosufficienti (50). Sul punto che interessa in questa sede, i giudici amministrativi hanno sostenuto che proprio la specificità degli appalti di servizi stipulati per la realizzazione di fini di eminente interesse sociale spiega le deroghe decise in sede comunitaria, in considerazione del fatto che « (...) tali deroghe o limitazioni al principio del libero accesso alle gare in ambito comunitario sono bilanciate e giustificate dall'interesse di ciascuno Stato ad apprestare a detta tipologia di servizi (di cura, di riabilitazione, ecc.) particolari forme di garanzia e di cautela per l'ente pubblico che li gestisce, sul proprio territorio, in forma indiretta, appaltandoli a terzi » (51). Ed è appunto l'esigenza di assicurare una particolare tutela a situazioni di utilità e rilevanza sociale che renderebbe inopportuno — secondo il TAR Toscana — affidare la disciplina dell'offerta dei suddetti servizi alle regole imprenditoriali della libera concorrenza, che il diritto comunitario promuove negli altri settori degli appalti pubblici.

A conclusione di queste prime notazioni, tese ad enucleare i principi di diritto comunitario alla luce dei quali interpretare, e risolvere, la questione oggetto del presente lavoro, devesi constatare che l'ordinamento europeo ha, sia pure implicitamente, affrontato il problema dell'esistenza di una relazione sussistente tra disciplina degli appalti pubblici e organismi non lucrativi di utilità sociale. Dalle due diverse prospettive normative dalle quali il sistema comunitario ha affrontato, in via incidentale, la problematica — l'una incentrata sulla caratterizzazione conferita agli enti collettivi dall'elemento finalistico economicamente non valutabile, l'altra condizionata, invece, dal riferimento alla tipologia di attività realizzate — viene posta in evidenza l'« incompatibilità » del fenomeno del *non profit* rispetto agli obiettivi che animano la disciplina in esame.

Tale risultanza denota, ad ogni modo, il riconoscimento da parte del legislatore comunitario dell'inadeguatezza della propria normativa — finalizzata alla promozione del libero confronto concorrenziale nel mercato degli appalti pubblici — con riguardo alla disciplina della procedura di scelta del prestatore di servizi di utilità sociale. Con la conseguente, implicita, devoluzione di competenza a regolare questo particolare profilo dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione a favore delle fonti nazionali, nel rispetto delle sole prescrizioni, richiamate innanzi, inerenti alla post-informazione e alle norme sulle specifiche tecniche.

8. La legislazione interna: gli atti di trasposizione della normativa comunitaria degli appalti pubblici e gli interventi per la disciplina del settore non profit.

L'appartenenza dell'Italia al sistema comunitario comporta — com'è noto — l'obbligo di introdurre nell'ordinamento interno le modifiche e le innovazioni che sono imposte dal diritto comunitario, specialmente attraverso lo strumento della direttiva. In tal senso, debbono essere inquadrati quegli atti nazionali intitolati all'attuazione dell'ampia ed articolata disciplina di fonte comunitaria in materia di appalti pubblici, di cui si sono già indicati linee direttrici e principi ispiratori.

Ora, con particolare riferimento alle fattispecie di convenzionamento tra enti pubblici e organizzazioni non lucrative, lo svolgimento del presente studio impone di fermare l'attenzione soltanto sui provvedimenti nazionali volti ad attuare le direttive europee in materia di appalti pubblici di prestazione di servizi e forniture di beni.

⁽⁵⁰⁾ TAR Toscana, Sez. II, 19 novembre 1996, n. 935, inedita.

⁽⁵¹⁾ V. sent, citata alla nota precedente,

In relazione al contratto d'appalto di forniture, il primo contributo di fonte comunitaria è codificato nella direttiva 77/62/CEE, integrata da direttive successive (direttiva 80/767/CEE e direttiva 88/259/CEE), per le quali, di volta in volta, sono state emanate le relative norme di attuazione, adesso contenute nel testo unico approvato con decreto legislativo n. 358 del 24 luglio 1992 (52). La Comunità è poi nuovamente tornata sull'argomento per raccogliere ed ordinare le preesistenti norme attraverso l'adozione della direttiva 93/36 che però, a tutt'oggi, non è stata ancora trasposta nell'ordinamento interno (53).

Diversamente, il settore dei servizi è stato disciplinato dal diritto comunitario soltanto di recente, con l'adozione della già citata direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 (54), che il nostro legislatore ha provveduto, seppure con notevole ritardo (55), ad attuare mediante il D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (56).

Circa il quadro normativo così delineato, deve essere evidenziato in via preliminare che i richiamati interventi normativi nazionali, senza usare di quel margine di discrezionalità che il Trattato riserva agli Stati membri per adeguare il contesto giuridico nazionale alle novità di matrice comunitaria, dettano delle regole che rappresentano l'esatto simmetrico, con qualche inevitabile variazione di lessico, degli atti comunitari con essi recepiti.

In linea di principio, invece, sarebbe apparso più opportuno affrontare i problemi di coordinamento con la preesistente disciplina nazionale, la quale rimane applicabile, peraltro, alle fattispecie negoziali — i c.d. contratti infracomunitari — di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, fissata dalle succitate direttive nella cifra di 200.000 ECU. In tale contesto, sarebbe risultata meritevole di particolare attenzione la questione della disciplina applicabile all'iter procedimentale di scelta del contraente privato in quelle ipotesi, enucleate dal legislatore nazionale, relative alla stipulazione di accordi, sotto forma di convenzioni, con cui l'apparato pubblico provvede ad acquistare beni e/o servizi da un ente non lucrativo. Il riferimento è alle

disposizioni legislative mediante cui si è intervenuto a disciplinare il fenomeno dell'associazionismo della solidarietà senza scopo di lucro sotto tre diversi aspetti, inerenti, rispettivamente, al volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 266), alle cooperative sociali (legge 8 novembre 1991, n. 381) e all'assistenza e integrazione sociale delle persone handicappate (legge 5 febbraio 1992, n. 104).

Con riguardo al provvedimento legislativo indicato da ultimo, l'unica disposizione (art. 38) che si riferisce alla possibilità di stipula di convenzioni tra pubblico e privato-sociale omette un qualsiasi accenno al sistema di individuazione della controparte privata. Tuttavia, proprio il particolare oggetto delle prestazioni dedotte in convenzione ai sensi dell'art. 38 della legge (oggetto che si concreta nell'erogazione di servizi di assistenza e riabilitazione per il recupero di persone affette da minorazioni) contribuisce a dare un contenuto preciso alla deroga predisposta in sede comunitaria circa l'applicabilità della normativa sul contratto d'appalto pubblico di servizi. Al proposito, occorre difatti constatare che le ipotesi convenzionali in questione possono dirsi ricomprese, senza dubbio alcuno, nella categoria dei « servizi sanitari e sociali », inserita nell'elenco dei servizi c.d. residuali di cui all'allegato 2 del decreto legislativo n. 157/95, per la regolamentazione dei quali il diritto comunitario impone soltanto il rispetto, nei contenuti già precisati, delle prescrizioni relative alla post-informazione e alle prescrizioni tecniche. Pertanto, se pure risultasse che i rapporti convenzionali tra enti pubblici e organizzazioni del terzo settore sono soggetti -- in generale -- alla disciplina degli appalti pubblici di derivazione comunitaria, si dovrebbe comunque concludere che il diritto da applicare alle fattispecie negoziali inerenti l'erogazione di servizi di assistenza e riabilitazione di cui alla legge n. 104/92 sarebbe, solo marginalmente, quello europeo.

Per ciò che concerne la procedura di scelta della controparte privata del soggetto pubblico nel rapporto convenzionale, la legge n. 381/91 sulle cooperative sociali prevede poi che le convenzioni con gli enti pubblici possano essere stipulate anche « (...) in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione (...), purché finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate » (art. 5). Come è stato opportunamente osservato in ordine alla ratio della previsione di questa deroga (57), il legislatore ha in tal modo inteso tutelare lo svolgimento, da parte delle cooperative stesse,

⁽⁵²⁾ In Supplemento ordinario alla G.U. n. 188 dell'11 agosto 1992.

⁽⁵³⁾ Per l'indicazione della fonte di reperimento delle diverse direttive « Forniture » v. supra, alla nota 22.

⁽⁵⁴⁾ Per la fonte di reperimento v. ancora supra, alla nota 22.

⁽⁵⁵⁾ La direttiva è stata infatti attuata dopo più di un anno e mezzo dalla scadenza del termine per il suo recepimento, fissato alla data del 1º luglio 1993.

⁽⁵⁶⁾ In Supplemento ordinario n. 52 alla G.U. n. 104 del 6 maggio 1995.

⁽⁵⁷⁾ Perfetti, Le convenzioni, in Le leggi della solidarietà, cit., p. 98.

di quelle attività finalizzate all'inserimento delle persone svantaggiate, sottraendo, pertanto, dal confronto con le altre imprese private l'offerta dei servizi correlati alle medesime attività. Al riguardo, merita richiamare altresì la già citata sentenza del TAR Toscana (58), che si pronuncia indirettamente sulla legittimità delle procedure e modalità di appalto predisposte dalla legge regionale della Toscana 28 gennaio 1994, n. 13 (Disciplina dei rapporti tra le cooperative sociali e gli enti pubblici che operano nell'ambito regionale) (59), laddove dispone che la selezione per gli appalti di servizi e l'acquisto di beni, collegati alla realizzazione delle attività rivolte a garantire l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, debba avvenire, a parità di altri requisiti, in base alla valutazione della « validità del progetto di inserimento predisposto per le persone svantaggiate avviate al lavoro » e del « legame della cooperativa con il territorio nel quale deve essere eseguita la prestazione oggetto della convenzione » (art. 10, comma 2). In proposito, il giudice amministrativo precisa infatti che, data la peculiarità e la delicatezza delle prestazioni dedotte in convenzione in simili ipotesi, i servizi debbono essere appaltati « (...) con procedure e modalità che consentano, nell'ambito territoriale in cui ricade la sede legale, un idoneo criterio preventivo dell'affidabilità dei soggetti che aspirano all'aggiudicazione (...) » (60). Particolarmente significativo risulta essere il riferimento alla previsione di « procedure » idonee a garantire una verifica dei prestatori dei servizi: non solo, dunque, i criteri di selezione ma altresì le procedure, vale a dire i sistemi attraverso i quali il soggetto pubblico giunge ad individuare la controparte, possono essere alternativi a quelli introdotti dalla disciplina comunitaria. Il che comporta che la scelta della cooperativa sociale può essere affidata -come accade nella prassi convenzionale — allo strumento della trattativa privata, ancorché non ricorrano i presupposti legittimanti che sono codificati dal D.lgs. n. 157 in attuazione delle direttive comunitarie.

Per quanto riguarda, invece, l'altro fine che anima, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della legge n. 381/91, l'attività convenzionale delle cooperative sociali — vale a dire la gestione di servizi sanitari ed educativi — bisogna osservare che il già menzionato art. 5, che pur prevede la possibilità di un regime alternativo a quello generale per la stipula di convenzioni per l'inserimento lavorativo, nulla dispone al proposito.

Dovrebbe pertanto dedursi, *a contrario*, l'inammissibilità della facoltà di derogare alla disciplina dei contratti della pubblica amministrazione nelle ipotesi in cui le prestazioni dedotte in convenzione abbiano ad oggetto la gestione, da parte delle cooperative sociali, di servizi sanitari ed educativi. In questo senso, ad esempio, ha interpretato il silenzio della legge n. 381 sul punto la legge regionale toscana sulle cooperative sociali, la quale, all'art. 10, comma 1, ha espressamente previsto che debba essere « fatta salva l'applicazione della disciplina per la stipula dei contratti della p.a. » nel caso di appalto ad una cooperativa sociale della gestione dei servizi sanitari ed educativi.

Resta difficile, comunque, cogliere i motivi che hanno suggerito al legislatore nazionale di differenziare, quanto alla disciplina applicabile, le due possibili modalità operative attraverso le quali le cooperative sociali perseguono senza scopo di lucro «l'interesse generale della promozione umana e dell'integrazione sociale dei cittadini » (61), atteso che l'esigenza di tutela della competizione concorrenziale, insita nella deroga di cui al citato art. 5, dovrebbe valere in entrambi i casi.

Se allora bisogna avere riguardo alla normativa generale disciplinante la formazione del contratto pubblico di appalto di servizi, ne consegue che, allo stato attuale, la disciplina applicabile risulta essere solo in minima parte influenzata dalla legislazione comunitaria, in ragione dell'esclusione contenuta nell'allegato 1 alla direttiva 92/50 ed al correlato provvedimento di attuazione.

Da ultimo, rimane da considerare l'attività convenzionale realizzata dalle associazioni di volontariato. Al riguardo, la legge quadro n. 266 del 1991, che pure demanda alla legge regionale e provinciale il compito di disciplinare « i requisiti ed i criteri che danno titolo di priorità nella scelta delle organizzazioni per la stipula delle convenzioni, anche in relazione ai diversi settori di intervento », nulla statuisce in relazione all'*iter* procedimentale all'interno del quale applicare i suddetti criteri.

La disamina delle recenti disposizioni legislative espressamente dedicate alle convenzioni in esame suggerisce una rapida riconsiderazione del rapporto sussistente tra lo strumento della convenzione amministrativa e la fattispecie di contratto comunitario di appalto pubblico, così come avevamo provveduto a descriverlo, nei suoi elementi essenziali, in un approccio oggettivistico alla tematica. La pro-

⁽⁵⁸⁾ V. supra, alla nota 50.

⁽⁵⁹⁾ In Bollettino Ufficiale della Regione Toscana, 4 febbraio 1994, n. 9.

⁽⁶⁰⁾ TAR Toscana, Sez. II, 19 novembre 1996, n. 935, cit.

⁽⁶¹⁾ Art. 1 legge n. 381/1991.

spettiva che abbiamo adottato nello sviluppo dell'indagine ha contribuito ad enucleare un particolare profilo della generale nozione di convenzione amministrativa, il quale propone la convenzione quale strumento esclusivo dei rapporti tra settore non profit e soggetto pubblico, attraverso cui quest'ultimo assicura la fornitura di servizi di utilità sociale. In quest'ottica, inoltre, acquistano una rilevanza particolare le risultanze dell'esame che si è da ultimo condotto sui dati normativi che prospettano una certa libertà, in capo al soggetto pubblico, circa la determinazione delle regole applicabili per l'individuazione della controparte privata, qualora essa sia un'organizzazione di volontariato, una cooperativa sociale diretta a creare opportunità d lavoro per persone svantaggiate oppure una qualsiasi formazione plurisoggettiva non profit che eroga servizi di assistenza a persone handicappate.

Sulla base di questi rilievi, si potrebbe addirittura sostenere che la convenzione, quale forma di collaborazione tra enti pubblici ed organizzazioni del terzo settore, sia assurta, nella disciplina contrattualistica della p.a., ad istituto di diritto speciale, sì da poter giustificare una deroga alle regole vigenti in ordine ai sistemi di aggiudicazione di appalti pubblici di sevizi o di forniture di beni. Al riguardo, guadagnerebbe ulteriore spessore la considerazione dottrinale, già ricordata in premessa, in virtù della quale non esiste automatica coincidenza tra la nozione di convenzione amministrativa e quella di contratto della pubblica amministrazione.

In conclusione, si può dunque ritenere che la qualifica in termini di convenzione attribuita dalla legge ai rapporti negoziali intercorrenti tra soggetto pubblico e organismi del non profitto potrebbe legittimare una deroga alla regolamentazione della fase di aggiudicazione di un « appalto », e, di conseguenza, a quelle norme che costituiscono mera attuazione di direttive comunitarie.

9. L'art. 20 della legge comunitaria per il 1994.

Con legge 6 febbraio 1996, n. 52 (62), il nostro Paese ha provveduto ad adottare le «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee », mediante lo strumento della c.d. legge comunitaria, che — com'è noto —

il Parlamento dovrebbe approvare ogni anno, sulla falsariga della legge finanziaria, per conformare l'ordinamento nazionale alle prescrizioni di fonte comunitaria.

Deve pertanto inquadrarsi in quest'ottica di attuazione del diritto europeo la norma, contenuta nell'art. 20 della legge n. 52, rivolta a disciplinare la prestazione di servizi da parte delle cooperative sociali, e che prevede — come risulta dalla rubrica dell'art. stesso — la modificazione dell'art. 5 della legge n. 381/1991, analizzato in precedenza.

La disposizione contenuta nella legge comunitaria, recependo la distinzione già operata dal suddetto art. 5, si occupa soltanto delle fattispecie negoziali mediante le quali le cooperative sociali garantiscono, ai sensi dell'art. 1, lett. b), della legge n. 381, lo svolgimento di attività finalizzate alla creazione di opportunità di lavoro a persone svantaggiate (63), e non anche di quelle che comportano la gestione di servizi sociosanitari ed educativi (64), in ordine alle quali si rinvia ai rilievi formulati nel paragrafo precedente.

Delimitato così l'ambito di applicazione oggettiva, vengono poi enucleate due diverse ipotesi convenzionali: l'una relativa alla fornitura di beni e servizi il cui importo, stimato al netto dell'IVA, risulti inferiore agli importi stabiliti dalla direttive comunitarie; l'altra, invece, inerente gli appalti di forniture di beni e servizi « comunitari », vale a dire quelli il cui importo sia pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Per ciò che concerne le convenzioni c.d. infracomunitarie, la legge n. 52/96 non introduce, in ossequio alla posizione di indifferenza adottata al riguardo dal legislatore europeo, modifiche al regime previgente; reiterando, anzi, la formula derogatoria contenuta nel « vecchio » art. 5 della legge n. 381. Il che importa la perdurante applicabilità, quanto meno rispetto a queste convenzioni di servizi, delle disposizioni regionali mediante le quali si è provveduto a dare concreta attuazione alla facoltà, di cui alla legge n. 381, di derogare alle procedure di scelta della controparte del soggetto pubblico.

Il quarto comma dell'art. 20 della legge n. 52/96 si riferisce, invece, agli accordi stipulati tra il soggetto pubblico e la cooperativa sociale per appalti di gestione di servizi e forniture di beni il cui importo sia pari

⁽⁶²⁾ In Supplemento ordinario n. 24 alla G.U. n. 34 del 10 febbraio 1996.

⁽⁶³⁾ Per la definizione della categoria di « persone svantaggiate » ai fini dell'applicazione della legge, v. supra, alla nota 34.

⁽⁶⁴⁾ Art. 1, lett. a), legge n. 381/91.

o superiore alla soglia dei 200.000 ECU. In questi casi, viene disposto che gli enti pubblici, « (...) nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere, possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto ».

Se questo, dunque, rappresenta il modo attraverso il quale il legislatore nazionale ha inteso dare attuazione agli obblighi derivanti dalle direttive sugli appalti pubblici con specifico riguardo all'attività svolta dalle cooperative sociali per assicurare l'inserimento lavorativo di persone disadattate, il richiamato art. 20 — allora — piuttosto che indicare (come a nostro avviso avrebbe dovuto) i principi ed i criteri alla luce dei quali conformare la disciplina nazionale vigente al contenuto degli atti comunitari, è tale da ingenerare non pochi dubbi e difficoltà interpretative.

Innanzitutto, merita rilevare la specificità del problema regolamentato. Infatti, non può non suscitare perplessità la constatazione che l'unico intervento normativo, che pone in collegamento la materia degli appalti pubblici comunitari ed il mondo del *non profit*, non propone, come invece sarebbe stato auspicabile (se non addirittura necessario), una soluzione di portata generale ma, senza entrare nel merito della questione del diritto applicabile, si concentra sulla regolamentazione degli aspetti procedurali inerenti l'obbligo, *ex* art. 4, comma 2, della legge n. 381, di eseguire il contratto con l'utilizzo di persone svantaggiate.

Non solo. Infelice appare altresì la tecnica di redazione usata nel formulare la norma, la quale non contiene riferimento alcuno alla fonte del diritto al quale debbono essere soggette le procedure di aggiudicazione di un contratto di appalto pubblico con una cooperativa: la disposizione in esame, infatti, non opera rinvii né ad alcuna delle numerose direttive adottate in materia, né ad alcuno degli atti interni di attuazione della disciplina di matrice comunitaria.

Le uniche indicazioni ricavabili dal testo risultano dal raffronto delle espressioni usate per disciplinare il caso in cui la fattispecie negoziale sia inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria e quello in cui, invece, la stessa sia pari o superiore ai 200.000 ECU. In tal senso,

le differenze rilevabili nelle due formulazioni sono particolarmente significative.

Dapprima, viene in rilievo il fatto che l'art. 20 della legge n. 52/96, con riguardo alle fattispecie negoziali infracomunitarie, parla espressamente di « convenzioni », laddove, invece, nel comma dedicato agli accordi di importo superiore alla soglia fissata nelle direttive, il termine suddetto non viene adoperato ma si accenna a « bandi di gara d'appalto », « procedure di gara » e « aggiudicazione dell'appalto ».

In secondo luogo, occorre constatare che soltanto in relazione alle fattispecie al di sotto della soglia di rilevanza viene prevista la facoltà di derogare alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, mentre, al contrario, tale possibilità non è prevista nell'ultima parte dello stesso art. 20.

Sulla base degli elementi desumibili da siffatta interpretazione « relazionale », si deve pertanto sostenere che le fattispecie negoziali, con le quali viene concordato tra enti pubblici e cooperative sociali lo svolgimento di attività finalizzate all'inserimento lavorativo di cui all'art. 1, lett. b), della legge n. 381 per un importo superiore alla soglia comunitaria, sono soggette alla normale disciplina per la stipulazione dei contratti della p.a., così come modificata dalle direttive comunitarie.

Ma alla luce delle osservazioni che precedono, la scelta del legislatore italiano, oltre a suscitare fondate perplessità sulla correttezza del suo fondamento, solleva altresì gravi incertezze di ordine sistematico. Sotto il primo aspetto, relativo al merito dell'opzione di fondo operata dall'art. 20 L. n. 52/96, non parevano infatti sussistere — in virtù di quanto si è venuti affermando — i presupposti per l'applicabilità del diritto comunitario (ancorché filtrato da atti nazionali di attuazione) alle fattispecie negoziali in discorso. Sotto l'altro profilo, deve poi essere evidenziato che l'intervento legislativo, per come è stato formulato, contravviene all'indicazione (così come da noi ricostruita nei paragrafi precedenti) in virtù della quale l'eventuale equiparazione, nel diritto interno, tra la posizione degli organismi non profit a quella degli enti lucrativi — quanto all'assoggettabilità alle regole di origine comunitaria relative alla stipulazione di un « contratto di appalto pubblico » — deve essere esplicitata.

Ora, dalla constatazione che il quarto comma del « nuovo » art. 5 della legge n. 381 si preoccupa di coordinare diritto comunitario degli appalti e attività convenzionale delle cooperative sociali con riferimento ad un aspetto estremamente specifico del rapporto tra ordinamento

europeo e ordinamento nazionale, deve dedursi che la legge comunitaria per il 1994 dà per presupposta, implicitamente, l'applicabilità del D.lgs. n. 157 alla formazione degli accordi tra enti pubblici e le suddette cooperative per la fornitura di servizi, di importo superiore ai 200.000 ECU, tesi a creare opportunità di lavoro a determinate categorie di persone. Dal che si desume, sempre per via implicita, che il nostro legislatore non si è neanche prospettato la possibilità che l'attività convenzionale del settore non profit — di cui la cooperativa sociale rappresenta una tipologia soggettiva — esuli dall'ambito di operatività delle direttive in oggetto; effettuando, anzi, molto probabilmente, una frettolosa sussunzione del concetto di convenzione nella più ampia nozione di contratto comunitario di appalto pubblico.

DIRITTO COMUNITARIO DEGLI-APPALTI PUBBLICI

10. Rilievi conclusivi.

Le osservazioni svolte nei paragrafi precedenti hanno condotto a privilegiare, nella considerazione del tema esaminato, una prospettiva d'indagine teleologica, volta prevalentemente alla ricerca della ratio ispiratrice della normativa comunitaria. Se infatti i rapporti convenzionali in questione risultano pur tali, da un punto di vista oggettivo, da integrare la fattispecie di contratto comunitario d'appalto, è apparso altrettanto evidente che l'interesse perseguito con l'adozione di quella disciplina coincide con la realizzazione di uno spazio economico europeo, come tale non riguardato, almeno direttamente, dall'azione svolta da organizzazioni del terzo settore.

In tale direzione, la legislazione comunitaria sugli appalti pubblici si identifica come uno strumento per l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali, ed è comunque finalizzata, anche alla luce di obiettivi di politica economica, alla tutela della concorrenza tra imprenditori che operano in una situazione di libero mercato. I presupposti sistematici della legislazione comunitaria vanno pertanto colti con riferimento ad uno scenario economico e normativo incentrato sulla libertà dell'imprenditore privato di scegliere, sulla base del criterio del conseguimento del miglior profitto, i soggetti cui offrire beni e servizi, secondo dinamiche commerciali che sono estranee al significato « istituzionale » del non profit e che determinano l'impossibilità, per le organizzazioni del terzo settore, di un confronto concorrenziale con gli enti lucrativi. La partnership obbligata col soggetto pubblico ed il carattere di mera eventualità dell'esercizio di un'attività lato sensu economica, in ogni caso strettamente connessa a

quella di utilità sociale, rappresentano elementi qualificanti l'esperienza del non profit, denotandone una dimensione operativa fondamentalmente « incompatibile » -- così come può anche ricavarsi dalla lettura dell'art. 58 del Trattato CE, oppure dalla circostanza che nel diritto europeo il principio del mutuo riconoscimento non vale per gli enti non lucrativi -- con le finalità della disciplina dell'appalto comunitario.

Il problema dell'applicabilità di quest'ultima alle convenzioni in parola sembra trovare, sul piano dell'esegesi delle fonti europee, due sole decisive indicazioni: l'una relativa all'attribuzione ai singoli Stati membri della facoltà di armonizzare la disciplina nazionale sugli enti non profit con le regole di derivazione comunitaria applicabili al mercato degli appalti; l'altra concernente l'affidamento della disciplina degli appalti di servizi sanitari, sociali, sportivi e ricreativi alle scelte discrezionali dei singoli ordinamenti interni, vincolate semplicemente al rispetto di alcune prescrizioni circa la post-informazione e le specifiche tecniche. A fronte di tali dati, la legislazione italiana è fino ad oggi priva, invece, di contenuti idonei a « coprire » razionalmente lo spazio normativo lasciato libero dal legislatore comunitario, e ciò si constata sia per i provvedimenti che hanno dato attuazione alle direttive in materia di appalti pubblici, sia per le singole leggi intervenute sul non profit, sia per la recente legge comunitaria per il 1994.

Le possibili soluzioni interpretative che, de jure condito, si è sopra cercato di tracciare, e che scorgerebbero soltanto come implicita la volontà del legislatore italiano di risolvere affermativamente - in generale — la questione dell'applicabilità del diritto europeo degli appalti pubblici alle convenzioni tra enti pubblici ed organizzazioni non lucrative, sono l'indice di una normativa senza dubbio carente, che lascia insoddisfatti non solo (e non tanto) per il mediocre livello di tecnica legislativa adoperata, ma anche (e soprattutto) per l'incapacità di esprimere scelte chiare, consapevoli del rapporto che le relaziona al contesto comunitario, coerenti con indirizzi generali di politica legislativa nazionale e calibrate, poi, secondo la specificità dei fenomeni e degli ambiti da regolamentare.

Stante un quadro siffatto, l'auspicio è che il nostro legislatore provveda quanto prima, nelle sedes materiae e con gli strumenti ritenuti più opportuni, a rimuovere una situazione di notevole incertezza normativa, la quale già comincia ad essere causa di un crescente contenzioso e che comunque non giova alla creazione dei presupposti necessari per un'utile ed ordinata interazione tra i settori pubblico, privato e del non profit.

COMUNICAZIONI

LA FORMA DELL'ATTO COSTITUTIVO DELLE ONLUS (*)

Con questa breve comunicazione si vuole porre l'attenzione su un aspetto del decreto legislativo n. 460/97 che, se pur secondario rispetto al portato complessivo della disciplina dettata, merita attenzione in quanto risulta affatto singolare agli occhi di chi studia il diritto civile.

Mi riferisco all'art. 10, comma 1, del decreto che, nell'indicare la forma che « devono » assumere lo statuto o l'atto costitutivo delle ONLUS, parifica la loro redazione con l'atto pubblico o con la scrittura privata autenticata alla scrittura privata registrata, precisando che qui per scrittura privata registrata deve intendersi la scrittura privata non autenticata registrata, altrimenti la specificazione sul punto non avrebbe alcun senso, considerato che sussiste l'obbligo della registrazione delle scritture private autenticate al pari degli atti pubblici (1).

Che una legge con tipiche finalità fiscali, come quella in esame, faccia riferimento ad un presupposto per l'applicazione di un imposta quale la « registrazione » appare consono, mentre risulta problematica l'equiparazione sopra indicata. Per dare significato alla norma in esame, si pone quindi il problema della ricerca del minimo comune denominatore dei termini di questa equiparazione.

Preliminarmente, occorre osservare che relativamente alla disciplina in esame possiamo ricondurre le ipotesi di atto pubblico e di scrittura privata autenticata ai soli c.d. atti di notaio, con conseguente esclusione di altre ipotesi in cui si apprezza la nozione di atto pubblico (atto pubblico amministrativo) (2), restrizione questa cui siamo autoriz-

^(*) Stefano Pardini, Ricercatore in Díritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza di Pisa.

⁽¹⁾ Art. 2, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), con riferimento all'art. 11 della Tariffa.

⁽²⁾ Si veda, ad esempio, la facoltà attribuita a pubblici documentatori (ufficiali dello stato

zati dal fatto che essendo in presenza di atti costitutivi e di statuti si verte in ambito negoziale.

Prendendo le mosse dall'istituto della registrazione, l'art. 18 del T.U. n. 131/1986 sull'imposta di registro afferma che gli effetti della stessa sono quelli di « attestare l'esistenza degli atti » e di « attribuire ad essi data certa di fronte ai terzi a norma dell'art. 2704 del codice civile ».

Sull'altro fronte, la lettura dell'art. 51 della legge notarile (3), che detta il contenuto inderogabile dell'atto pubblico, fa apprezzare che anche esso attesta, quantomeno e al di là quindi degli effetti propri in campo probatorio di cui all'art. 2700 c.c., l'esistenza dell'atto attribuendone data certa.

Parallelamente, per quanto riguarda la scrittura privata autenticata, l'art. 72 della legge notarile ci consente di affermare che nel minimo l'autentica anche essa attesta l'esistenza del documento e attribuisce la data certa allo stesso.

Se questi sono dunque gli elementi a comune — esistenza del documento e data certa — l'analisi sin qui condotta risulta poco soddisfacente, poiché ad essi non è dato ricollegare alcuna *ratio* diretta o indiretta che ha ispirato il decreto legislativo in esame: l'unico elemento che può apprezzarsi è, infatti, che la certezza della data (apposta con l'atto pubblico, con l'autentica o con la registrazione), per le organizzazioni non lucrative di nuova costituzione, indica il *dies a quo* da cui far decorrere i trenta giorni per l'iscrizione all'anagrafe unica delle ONLUS presso il Ministero delle Finanze in conformità al dettato dell'art. 11; ma ciò è ben poca cosa rispetto alla « imposizione » di una forma così come posta dall'art. 10 del decreto.

Il tenore di questo articolo pare affermare, infatti, che solo le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli atri enti di carattere privato che abbiano assunto la forma indicata possano fregiarsi della qualifica di ONLUS; qualifica questa di per sé non idonea a far a beneficiare detti enti delle agevolazioni previste nel decreto se non previa l'ulteriore condizione necessaria dell'iscrizione all'anagrafe di cui all'art. 11: ossia potranno sussistere anche ONLUS « irregolari » in quanto non iscritte (mutuando qui la nozione di irregolarità dalla qualifica delle società non iscritte nel Registro delle Imprese — artt. 2296-2297 c.c.), ma non si potrà neppure parlare di

organizzazioni non lucrative di utilità sociale per quegli enti che non avranno assunto la « forma » richiesta.

Quanto fino ad ora esposto, deve però essere integrato con un'ulteriore considerazione a cui la lettura della norma in esame ci porta. La stessa parla di « forma » con riferimento alla « registrazione », ma anche volendo superare l'accezione ristretta e tecnica di forma di cui all'art. 1325, n. 4, c.c. per accedere a quella lata e atecnica quale esteriorizzazione dell'atto giuridico al fine di rendersi socialmente apprezzabile nel mondo esterno (4), non si può far assurgere la registrazione a forma.

La registrazione, nel caso di specie, è « strumentale all'esercizio di poteri dello Stato e all'esplicazione di pubbliche funzioni » (5), ed è esterna rispetto all'atto giuridico già esteriorizzato: l'atto di registrazione costituisce quindi solamente l'acclaramento del fatto del deposito dell'atto giuridico e contestualmente il registro diventa lo « strumento euristico del documento depositato, nel senso che esso permette di reperirlo in caso di necessità » (6).

Conferma di ciò si ha nello stesso decreto in esame il quale con l'art. 22 — che prevede la tassazione di £ 250.000 sulla registrazione degli atti costitutivi e le modifiche statutarie concernenti le organizzazioni non lucrative di utilità sociale — introduce l'art. 11 bis nella tariffa del T.U. sull'imposta di registro, ricomprendendoli quindi sotto la disciplina degli « atti soggetti a registrazione in termine fisso », per i quali, ricordo, l'obbligo di registrazione presuppone necessariamente la formazione dell'atto (7).

In ultima analisi dunque, proprio sul presupposto che sia gli atti pubblici sia le scritture private autenticate relative agli atti costitutivi e agli statuti delle ONLUS devono essere registrati, e che come sopra argomentato erroneamente si richiama la nozione di forma, ci si accorge che il decreto in esame richiede la « registrazione » quale condizione necessaria, pur se da sola non sufficiente, per accedere alla disciplina agevolata sul piano fiscale.

civile) di rogare atti in forma pubblica amministrativa (art. 16 R.D. 19 novembre 1923, n. 2440 — Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato).

⁽³⁾ L. 16 febbraio 1913, n. 89 — Ordinamento del notariato e degli archivi notarili.

⁽⁴⁾ BIGLIAZZI GERI-BRECCIA -BUSNELLI-NATOLI, Diritto Civile, Fatti e atti giuridici, Tomo I, vol. II, Torino, 1987, p. 627.

⁽⁵⁾ Mastropaolo, voce Registrazione e registro, in Enc. Dir., vol. XXXIV, Milano, 1988, p. 461.

⁽⁶⁾ Mastropaolo, op. cit., p. 461.

⁽⁷⁾ FERRARI, voce Registro (imposta di), in Enc. Giur. Trecc., vol. XXVI, 1991, Roma, p. 5.

A questo punto, pur nel silenzio della relazione al decreto, si può tentare di riscontrare la *ratio* della formalità richiesta nel fatto che l'esistenza dell'atto costitutivo o dello statuto garantita dalla registrazione renderebbe « certo » il contenuto dello stesso in relazione alle previsioni che devono risultare espressamente dagli stessi e che qualificano tali organizzazioni in relazione all'attività svolta.

Tutto ciò ha una sua precisa rilevanza considerato che la disciplina dettata dal decreto non prevede un'analisi preventiva su detti atti prima dell'iscrizione all'anagrafe che consente l'accesso ai benefici; come è noto, infatti il decreto prevede che i controlli sulle organizzazioni siano effettuati successivamente a mezzo dell'*authority* di cui all'art. 3, commi 190-192 della legge delega 662/1996.

Mancando una sorta di « omologa », con la registrazione si persegue in fatto una « *pubblicità* »: l'ufficio del registro, infatti, conserva gli originali (in caso di scrittura privata) e le copie (in caso di atto pubblico e scrittura privata autenticata) consegnati per la registrazione per ben dieci anni per poi trasmetterli all'archivio notarile.

Ma il fine di *rendere certo* perseguito con la registrazione, non può essere assimilato a quello tipico della pubblicità che è di *rendere conoscibile* (8): dal registro tributario derivano solo « certezze notiziali » (9).

Ciò ancora una volta trova conferma nella stessa disciplina dettata dal T.U. sull'imposta di registro che consente il rilascio di copie solo su richiesta dei contraenti, dei loro aventi causa o di coloro nel cui interesse la registrazione è stata eseguita, richiedendo addirittura l'autorizzazione del pretore per il rilascio di copie ad altre persone (art. 18 commi 2 e 3).

Da ultimo è interessante rilevare che nonostante il dettato dell'art. 10, lo stesso decreto prevede l'ipotesi di organizzazioni non lucrative di utilità sociale che potranno accedere ai benefici fiscali (10) senza che il loro atto costitutivo o statuto sia stato registrato: con riferimento, infatti, alle c.d. « ONLUS di diritto », le organizzazioni di volontariato, secondo il principio della libertà di forma sancito dall'art. 3 della legge

n. 266/91 (11), potranno operare con atti costitutivi o statuti costituiti da scrittura private non registrate.

Per concludere, si può osservare che proprio con riferimento alle organizzazioni di volontariato come « ONLUS di diritto » la nozione di « registrazione » di cui all'art. 10 forse potrebbe trovare — anche se nutriamo forti dubbi in proposito — un suo preciso significato relazionandosi ai registri di dette organizzazioni istituiti dalle regioni e provincie autonome di cui all'art. 6 della L. 266/91: iscrizione questa che, come noto, già costituiva condizione per beneficiare di agevolazioni fiscali (12).

⁽⁸⁾ Pugliatti, La pubblicità nel diritto privato, s.d., Messina, p. 33.

⁽⁹⁾ Mastropaolo, op. cit., p. 462.

⁽¹⁰⁾ Si veda in proposito il decreto 19 gennaio 1998 del Ministero delle Finanze (pubblicato in *G.U., Serie gen.*, n. 17 del 22/1/98), con particolare riguardo alle istruzioni allegate per la compilazione del « modello di comunicazione » ex art. 11 D.Lgs. 4/12/97, n. 460.

⁽¹¹⁾ L. 11 agosto 1991, n. 266 — Legge-quadro sul volontariato.

⁽¹²⁾ Per un'analisi dell'art. 6 della L. 266/91, si rinvia a Gorgoni, commento sub art. 6, Legge-quadro sul volontariato, a cura di L. Bruscuglia, in Nuove Leggi Civ. Comm., 1993, p. 834.

CRITERI DI DEMOCRATICITÀ INTERNA DELLE ONLUS (*)

L'imposizione normativa della democraticità interna ad organizzazioni di tipo privato, a prevalente struttura associativa, è certamente da ascriversi alla rivoluzione copernicana rappresentata dal passaggio « dal diritto civile delle associazioni al diritto costituzionale delle formazioni sociali » (1): passaggio che si accentua nella legislazione settoriale di sostegno, volta ad affinare le tecniche selettive degli enti meritevoli onde avviare processi di collaborazione con le istituzioni.

Il problema che si pone agli interpreti è quello, non facile, di tratteggiare la fisionomia di un sistema che consenta, per un verso, il rispetto della libertà associativa conciliandolo con una serie di adempimenti che già *prima facie* di quella stessa libertà parrebbero lesivi; per altro verso, sfugga al pericolo di rincorrere un *pluralismo regolamentato* (2).

Ora, la premessa da cui muovere, comune a tutte le ipotesi in cui leggi di settore hanno imposto la democraticità della struttura — associazioni ambientalistiche, venatorie, di volontariato, ONLUS, enti associativi non commerciali —, è che la mancanza nell'ente dei requisiti normativamente previsti, tra cui la democraticità della struttura, non colloca l'ente nell'area della illiceità, ma lo rende non meritevole di godere di vantaggi volta per volta previsti (3). È pressoché pacifico, infatti, che iscriversi o meno nei registri, albi, anagrafe delle ONLUS,

^(*) Marilena Gorgoni, Ricercatore in Diritto privato presso la Facoltà di Giurisprudenza di Pisa.

⁽¹⁾ Busnelli, La tutela giurisdizionale negli ordinamenti delle formazioni sociali e delle confessioni religiose: principi costituzionali e « giustizia interna », in Riv. crit. dir. priv., 1993, 5.

⁽²⁾ Rescigno, Autonomia privata legge nella disciplina del volontariato, in Giur. it., 1993, IV, 4.

⁽³⁾ Sulla democraticità quale indice di meritevolezza cfr. De Giorgi, Il nuovo divieto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali, in Riv. dir. civ., 1999, I, 318.

rappresenti, anche per chi sia in possesso di quei requisiti, il contenuto di un onere.

Visto da questa prospettiva, il paventato sospetto di illegittimità costituzionale delle norme che impongono una struttura democratica alle associazioni perde buona dose della sua drammaticità (4). Eppure, il problema, anche se solo in linea teorica, a ben vedere rimane, giacché evoca una serie di corollari su cui ancora vivo è il dibattito scientifico.

I termini della questione possono, naturalmente, essere appena riassunti in questa sede. Il punto d'avvio è il riconoscimento costituzionale della libertà di associazione che secondo parte della dottrina comprende, altresi, la libertà organizzativa interna, discendendone l'illegittimità di quelle norme che incidono, erodendola, su quest'ultima per violazione dell'art. 18 Cost.

Tuttavia, riconoscendo all'art. 18 Cost. il pregio di avere codificato in positivo ed in negativo la libertà di associarsi, impregiudicata, nel senso di non coperta dalla garanzia costituzionale prevista da questa norma, rimarrebbe la libertà di organizzazione interna delle formazioni sociali. In sostanza la norma avrebbe riconosciuto a livello costituzionale la libertà del se, ma non quella del quomodo.

Per affermarne la sussistenza, posta la pressoché pacifica riconducibilità al modello negoziale del rapporto associativo (5), occorrerebbe, semmai, rinvenire nella Carta costituzionale una norma che tuteli la libertà contrattuale. Di qui l'apertura di un ennesimo problema, giacché accanto a chi tale norma individua nell'art. 41 Cost., si colloca parte considerevole della dottrina che in questa norma e nell'art. 42 Cost. ravvisa una tutela indiretta della libertà contrattuale; altri, invece, di tale garanzia non rinvengono alcuna traccia (6).

Visto in quest'ultima prospettiva, il problema dell'ammissibilità di una norma di legge ordinaria che imponga ad una struttura associativa un'organizzazione democratica e che ne faccia oggetto di controllo amministrativo postula la ricerca di un'altra norma di rango costituzionale che prevalga sulla libertà di organizzazione: libertà di organizzazione, la quale, più che un proprio referente normativo, trova nell'art. 36 c.c. l'espressione di un esasperato e lungo disinteresse dello Stato per le formazioni sociali.

Ricostruire in questi termini l'autonomia statutaria induce a con-

trassegnare i confini della libertà associativa, la cui collocazione sistematica ed il cui contenuto precettivo (l'art. 36 c.c. si riferisce solo alle associazioni non riconosciute) richiedono che si tenga conto di queste peculiarità e che, quindi, non si possa, semplicemente applicare la disciplina dei contratti (7).

È l'art. 2 Cost. a segnare i limiti evocati, tanto da suggerire, al fine di tutelare le minoranze, l'applicazione diretta della disciplina dettata dal codice per le persone giuridiche agli enti non riconosciuti: soluzione ritenuta più coerente con il sistema di quella di un'applicazione analogica, cui si ricorrerebbe solo in case di lacune statutarie.

Quanto al contenuto, l'imposizione di una struttura democratica si presta ad una pluralità di interpretazioni. Ciò deriva in buona sostanza dalla circostanza che, avendo il concetto una connotazione squisitamente politica, rischia di tradursi in un'astrazione incapace di concreti e rilevanti sviluppi pratici. Ne consegue che il concetto può interpretarsi restrittivamente come obbligo di osservare la parità di trattamento all'interno della comunità: il che dovrebbe indurre a non giustificare clausole che attribuiscano a determinati soci a titolo di diritto privilegiato la carica di amministratore o un voto plurimo in ragione dell'entità del conferimento o della contribuzione o che escludano certe categorie di soci dall'elettorato attivo o passivo. Imponendo la democraticità il legislatore può anche aver perseguito un progetto più ambizioso consistente all'imposizione di un'organizzazione che escluda l'evolversi verso forme oligarchiche, realizzato con l'adozione del metodo collegiale ed il principio maggioritario; in altri casi può avere puntato al semplice ricambio dei vertici.

Venendo a considerare il contenuto che il legislatore ha specificamente assegnato alla democraticità della struttura deve osservarsi che nella legge quadro sul volontariato quelle che tradizionalmente rappresentano esplicazioni del precetto, presenza di un organo assembleare, principio maggioritario, elettività delle cariche, principio della porta aperta, si aggiungono al requisito della democraticità della struttura: il che ha indotto a ritenere che esse non sarebbero sufficienti a soddisfare tale requisito. È più verosimile, invece, che l'enunciazione del generale parametro della democraticità, rappresenti un fine, realizzabile attraverso i mezzi esemplificativamente enunciati dal legislatore. Alla statica previsione degli statuti, dovrebbe accompagnarsi insomma la gestione

⁽⁴⁾ Rossi, Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato, in Giur. cost., 1992, 2362.

⁽⁵⁾ Volpe Putzolu, La tutela dell'associato in un sistema pluralistico, Milano, 1977.

⁽⁶⁾ Rescigno, Persona e comunità, Padova, 1988, 432.

⁽⁷⁾ Basile, L'intervento dei giudici nelle associazioni, Milano, 1975, 310 ss.

democratica del rapporto associativo (come prevedevano i disegni di legge Lipari, Taramelli, Gualtieri, Acquaviva).

Il D.Lgs. n. 460/1997 soddisfa il requisito della democraticità della struttura imponendo la effettività della partecipazione sociale, inibendo la partecipazione solo temporanea, prescrivendo la uniformità del rapporto associativo, la garanzia per i maggiorenni del diritto di voto per approvare e modificare lo statuto, nonché per assegnare le cariche direttive (art. 10, comma 1, lett. *b*), a cui si aggiungono per gli enti non commerciali a struttura associativa l'eleggibilità degli organi amministrativi, il principio del voto singolo, la sovranità dell'assemblea, la pubblicità delle convocazioni assembleari e delle relative delibere, i criteri di ammissione ed esclusione dei membri (art. 5, comma 1, lett. *e*).

Ora, se non ci sono dubbi circa l'annoverabilità di tali requisiti entro il parametro della democraticità, è possibile scorgere in tali previsioni il perseguimento di finalità ulteriori. In altri termini, se l'effettività della partecipazione sociale ed il diritto di voto garantiscono anche alle minoranze l'esercizio di un controllo sull'attività degli organi sociali (diritto di controllo che li rende persino responsabili per l'abuso della denominazione di ONLUS: chiunque può essere sottoposto alla sanzione amministrativa di cui all'art. 25, comma 1, lett. c: non solo i rappresentanti legali e gli amministratori), è altrettanto vero che la durevolezza della partecipazione sociale garantisca altresì la professionalità della struttura integrando quei criteri atti ad individuare l'ente particolarmente meritorio delle agevolazioni fiscali.

Qualche perplessità suscita l'indiretto riconoscimento che i minori di età possano far parte dell'organizzazione, senza tuttavia la possibilità di esercitare il diritto di voto e di rappresentanza.

Affrontare tutti i termini della problematica richiederebbe un approfondimento non consentito; tuttavia, non si puó fare a meno di notare come l'implicito riconoscimento della capacità associativa del minore si accompagni ad una limitazione dei diritti che ne discendono. Ora, se si attribuisce natura contrattuale al vincolo associativo se ne dovrebbe desumere o l'annullabilità del vincolo per incapacità, legale di agire, salvo la discutibile configurabilità di una rappresentanza legale, oppure ritenere che parametro per valutare l'adottabilità di scelte esistenziali non sia tanto la capacità legale di agire, quanto la capacità di intendere e volere (8). In tale ultima ipotesi, riconosciuto il

minore capace di intendere e volere risulterebbe irragionevole privarlo dell'esercizio del diritti che dall'adesione derivano.

Per gli enti che svolgono, invece, un' attività commerciale, benché non lucrativa, occorrerà, poi, distinguere a seconda che si abbia oppure no responsabilità illimitata e che si limiti il proprio apporto societario alla prestazione di un'attività. Vero è che, una volta acquistata la qualità di socio non ci sono ragioni connesse all'età, ma semmai ad altri adempimenti (si allude alle autorizzazioni), per attenuare il principio della parità di trattamento di cui all'art. 2532 c.c.

A chi affidare il controllo della democraticità è un ennesimo problema. Sarebbe opportuno distinguere la democraticità che si è definita statica, da quella dinamica. Il controllo della prima è affidato alla valutazione di mera legittimità operata dalla PA al momento della iscrizione nel registri o albi: controllo che si limiterà a verificare la ricorrenza di nome statutarie che non sacrifichino i diritti partecipativi dei singoli, negando altrimenti l'iscrizione.

Il controllo della seconda non può che essere affidato ai singoli, membri del gruppo o aspiranti aderenti che ritengano di non essere stati ammessi illegittimamente; entrambi potranno far valere i loro diritti dinanzi al giudice ordinario.

Semmai, a questo punto, si aprirebbe un'altra piuttosto lunga serie di questioni: la natura del sindacato giurisdizionale che dovrebbe limitarsi ad un controllo di legittimità, e non di merito, per non sacrificare illegittimamente l'autonomia del gruppo; il problema della giustiziabilità. È ben evidente, infatti, che la tutela giurisdizionale risulta limitata laddove le pretese del singolo, che non potendo trarre alcun vantaggio economico, diretto ed indiretto, dalla partecipazione all'attività comune, non siano suscettibili di essere soddisfatte né in forma specifica né per equivalente. Si pensi ad una delibera di esclusione illegittima, alle varie forme di abuso che gli organi della maggioranza possono perpetrare a danno dei singoli, alla mancata o tardiva convocazione alle assemblee, alle interdizioni nell'uso di strumenti e locali comuni, ecc., al rigetto della domanda di ammissione.

⁽⁸⁾ Cfr. per tutti Giardina, La condizione giuridica del minore, Napoli, 1984, passim.

SCOPO DI SOLIDARIETÀ ED ATTIVITÀ COMMERCIALI NELLE ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO (*)

La Legge quadro sulle organizzazioni di volontariato, Legge 11 agosto 1991, n. 266, all'art. 2, comma 1 definisce l'attività di volontariato quella « prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà ».

L'esclusivo perseguimento di fini di solidarietà sociale è stato nuovamente posto all'attenzione degli utenti in quanto costituisce uno dei requisiti richiesti dal legislatore nel D.Lgs. 4 dicembre 1997 n. 460, all'art. 10, comma 1 a tutte le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato che intendono assumere la denominazione di ONLUS, ossia Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale.

Le organizzazioni di volontariato di cui alla Legge 266/1991, secondo quanto stabilito dall'art. 10, comma 8 del D.Lgs. 460/1997, sono in ogni caso considerate ONLUS, « nel rispetto della loro struttura e delle loro finalità »; sono inoltre fatte salve le previsioni di maggior favore contenute nella disciplina che regola gli organismi di volontariato.

La Legge quadro sulle organizzazioni di volontariato non contiene elementi che agevolino la comprensione del concetto di solidarietà, pur essendo tale termine richiamato più volte nel testo di legge (1): ciò ha offerto alla dottrina argomento di discussioni sul principio solidaristico, incentrate sulla qualificazione di esso quale principio fondamentale dell'ordinamento, giungendosi infine a soluzioni comuni che vedono

^(*) Caterina Murgo, Perfezionanda presso la Scuola Superiore S. Anna.

⁽¹⁾ Si vedano nella legge 266/1991, oltre all'art. 2, comma 1, anche l'art. 3, comma 2 (ivi si richiama lo scopo solidaristico che deve caratterizzare gli organismi di volontariato qualunque sia la forma giuridica da essi assunta), l'art. 8, commi 1, 2, 3 (agevolazioni fiscali sono previste a favore degli enti costituiti esclusivamente per fini di solidarietà).

comunque nel principio di solidarietà uno dei temi ispiratori del nostro ordinamento.

La Carta costituzionale contiene, infatti, un espresso richiamo al principio di solidarietà nell'art. 2, dove si affermano i « doveri inderogabili di solidarietà politica, economica, sociale », ma tale principio ha ispirato in modo particolare anche i titoli della Costituzione dedicati ai rapporti etico — sociali e ai rapporti economici (2).

Al termine « solidarietà » possono accompagnarsi aggettivi molto differenti: in considerazione dell'ambito in cui il principio solidaristico opera si passa, infatti, dalla solidarietà politica a quella economico — sociale, dalla solidarietà sui luoghi di lavoro a quella di tipo mafioso, quest'ultima, naturalmente, caratterizzata in senso negativo (3).

Con riferimento all'attività di volontariato, quando si parla di solidarietà si pensa di solito al sentimento di altruismo e di bontà che ispira i volontari e che li anima nello svolgimento dell'attività prescelta; soprattutto, dunque, si pensa a persone che operano con l'intento esclusivo di fare del bene (4).

Il fine di solidarietà che deve necessariamente caratterizzare l'attività di volontariato vale inoltre ad illuminare una definizione che è stata utilizzata per tale attività: è stato, infatti, vivacemente sostenuto che l'attività di volontariato, oltre che per le sue peculiari caratteristiche, si

distingue anche per la cura di interessi alieni, ossia estranei alla sfera dei volontari (5).

Bisogna a tale proposito sottolineare che l'alienità degli interessi curati caratterizza gran parte delle attività umane, tuttavia il volontariato spicca per il fatto di fornire prestazioni che sono ad esclusivo vantaggio di terzi e per la capacità di esaltare proprio l'aspetto della solidarietà.

È stato questo il punto di partenza della sentenza della Corte costituzionale 28 febbraio 1992, n. 75 (6).

La Corte, infatti, non solo ha ribadito l'importanza del volontariato, ma ha d'altro canto sostenuto che bisogna pensare al volontariato in termini di « modo di essere » della persona umana, in quanto l'attività di volontariato costituisce una delle forme in cui più significativamente si manifesta il principio di solidarietà.

È stato inoltre rilevato che la solidarietà, principio ispiratore del volontariato, è strettamente connessa alla libertà (7).

La solidarietà, infatti, è tale proprio quando esula da obblighi e doveri, quando è spontanea e, quindi, libera.

Solo, dunque, attraverso la lente della libertà è possibile cogliere e apprezzare il reale valore della solidarietà e la spontaneità che la caratterizza.

Nel panorama della riflessioni sul volontariato spicca un'espressione che suggella con efficacia l'indirizzo dottrinale prevalente in materia: « l'attività di volontariato è il contenuto di un diritto inviolabile di libertà a fini di solidarietà » (8).

Nel D.Lgs. 460/1997 il legislatore fornisce un elenco di attività che si intendono perseguite per fini di solidarietà sociale.

Tali sono, ai sensi dell'art. 2, lett. a) e b), le cessioni di beni e le prestazioni di servizi relative alle attività statutarie nei settori dell'assistenza sanitaria, istruzione, formazione, sport dilettantistico, promozione della cultura e dell'arte e tutela dei diritti civili quando esse siano dirette ad arrecare benefici a persone svantaggiate in ragione di con-

⁽²⁾ Si leggano della Carta costituzionale l'art. 30, commi 2, 3 (rispettivamente, sull'intervento della legge nella cura dei figli in caso di incapacità dei genitori e sulla tutela giuridica e sociale assicurata dalla legge ai figli naturali); l'art, 31(sulla tutela della famiglia e della maternità, infanzia e gioventù); l'art. 32, comma 1 (la Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti); l'art. 33, comma 4 (la legge deve assicurare agli alunni delle scuole non statali che chiedono la parità un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole statali); l'art. 34, commi 3, 4 (il diritto allo studio è garantito ai capaci è ai meritevoli); l'art. 36, comma 1 (al lavoratore deve essere assicurata una retribuzione sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa); l'art. 37, comma 1 (diritti della donna lavoratrice); l'art. 38 (diritti dei cittadini inabili al lavoro o che si trovano in stato di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria); l'art. 42, comma 2 (la legge ha il compito di rendere la proprietà privata accessibile a tutti); l'art. 44 (la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata al fine di stabilire equi rapporti sociali); il principio di solidarietà emerge anche da alcune disposizioni del codice civile: a tale riguardo, cfr. le riflessioni di E. Maschio, Solidarietà e gruppi nella normativa civilistica: necessità di nuovi interventi legislativi, in Non Profit, 2/1997, p. 175 ss.; V. pure G. Alpa, Solidarietà, in N.G.C.C., II, 1994, p. 365 ss.

⁽³⁾ V. per una ampia trattazione del tema F. Angeloni, Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato, in Le Monografie di Contratto e Impresa, serie diretta da F. Galgano, Padova, 1994, p. 260 ss.

⁽⁴⁾ V. V. ITALIA, Il volontariato; organizzazioni, statuti e convenzioni; schemi, proposte, problemi, serie Teoria e pratica del diritto, Milano, 1992, p. 27 ss.

⁽⁵⁾ V. G.B. Verbari, Volontariato sanitario, in Nov. mo Digesto, 1987, p. 1165 ss.; v. pure G. Alpa, cit., p. 366 ss., sul carattere intrinseco della solidarietà che presuppone necessariamente un rapporto interindividuale.

⁽⁶⁾ V. sent. Corte Cost. 28 febbraio 1992, n. 75, in Giur. Cost., 1992, I, 2348, con nota di E. Rossi.

⁽⁷⁾ V. E. Rossi, Nota a sent., cit.

⁽⁸⁾ V. A. Fossatt, Oltre lo stato sociale: la legge quadro sul volontariato, in Aggiorn. soc., 12/1991, p. 821 ss.

dizioni fisiche, psichiche, economiche, sociali o familiari o nei confronti dei componenti di collettività estere limitatamente agli aiuti umanitari.

Al comma 3 dell'art. 10 del D.Lgs. 460/1997 si prevede inoltre che le finalità di solidarietà sociale si intendono perseguite anche quando le cessioni di beni o le prestazioni di servizi nei settori di cui sopra hanno come destinatari i soci, gli associati, i partecipanti, i fondatori, i componenti gli organi di amministrazione e di controllo, coloro che effettuano atti di liberalità nei confronti degli enti, compresi i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, e le società da essi direttamente o indirettamente controllate, quando tali soggetti si trovino nelle condizioni di svantaggio previste dal comma 2, lett. *a*).

Infine, il comma 4 dell'art. 10 del decreto in esame dispone che, anche in assenza delle condizioni previste ai commi precedenti, sono comunque considerate inerenti a finalità di solidarietà sociale le attività statutarie istituzionali svolte nei settori dell'assistenza sociale e sanitaria, beneficenza, tutela, promozione e valorizzazione dei beni di interesse storico e artistico, della natura e dell'ambiente, ricerca scientifica di particolare interesse sociale, promozione della cultura e dell'arte.

L'elenco di cui sopra è già di per sé comprensivo di attività molteplici e può divenire ancora più ampio se si ritiene di optare a favore di un'interpretazione estensiva di ciascuna delle voci che lo compongono.

Dalla lettura delle disposizioni in esame sembra, dunque, di poter affermare che per il legislatore il principio di solidarietà sociale si intende perseguito in primo luogo, in ragione dei destinatari delle attività elencate all'art. 10, in quanto soggetti che versano in situazioni fisiche o psichiche particolarmente disagiate o bisognosi di un sostegno di tipo economico o sociale, siano tali soggetti terzi o membri dell'organizzazione in secondo luogo, in ragione della previsione statutaria delle attività in esame quali attività istituzionali dell'ente.

L'esigenza di meglio definire il raggio di azione delle attività con fini di solidarietà era già presente nelle richieste avanzate nei confronti delle pubbliche istituzioni da una associazione presente da qualche anno in Italia: l'ente, che ha preso il nome di « Summit della solidarietà » ed al quale hanno aderito 13 organizzazioni, ha infatti già in passato avanzato richiesta al fine di ottenere dallo Stato una definizione sufficientemente chiara di ente solidaristico.

In seguito all'emanazione del D.Lgs. 460/1997, in forza di quanto

da tale decreto disposto all'art. 10, commi 2, 3, 4, è da chiedersi se cambierà l'ambito di operatività delle organizzazioni di volontariato.

A tale riguardo deve ricordarsi che l'attività svolta dagli organismi che operano nel settore del volontariato ha solitamente come destinatari soggetti o categorie di soggetti che versano in disagiate condizioni fisiche o psichiche e che, dunque, più di altri presentano maggiore bisogno di aiuto, sia di tipo morale, sia di tipo materiale.

Accanto a tali ipotesi, gli altri settori individuati dal decreto in esame (tutela del patrimonio storico e artistico, salvaguardia dell'ambiente, promozione dell'arte e della cultura, sviluppo della ricerca scientifica di rilevante utilità sociale) costituiscono in concreto quelli nei quali maggiormente si esplica l'attività dei volontari.

Proprio con riguardo all'ambito di operatività del volontariato la dottrina si è schierata su fronti opposti.

Da un lato vi è chi ritiene che le organizzazioni di volontariato abbiano occupato i settori un tempo sottoposti alla sfera di azione delle IPAB (Istituti Pubblici di Assistenza e di Beneficenza) (9).

Dall'altro, invece, si colloca quella parte della dottrina, maggioritaria, che si pronuncia in senso favorevole all'estensione dell'ambito di operatività degli enti di volontariato a tutti quei settori, non solo socio assistenziali, ma anche a carattere culturale, sportivo, di formazione, di tutela dell'ambiente e del patrimonio storico e artistico, per i quali esiste una richiesta di intervento del volontariato (10).

La tesi sostenuta dalla dottrina prevalente è rivolta ad evitare che l'attività di volontariato resti confinata nei settori dell'assistenza e della beneficenza, come è accaduto in passato, ed auspica una capacità espansiva del fenomeno in esame in tutti quei settori nei quali vi è disponibilità di volontari (11).

La previsione di numerosi settori di intervento contenuta nell'art. 10, commi 2, 3, 4 del D.Lgs. 460/1997 (assistenza sanitaria, istruzione, formazione, sport dilettantistico, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili, tutela della natura e dell'ambiente, ricerca scientifica di particolare interesse sociale) e l'estensione di tale previsione alle organizzazioni di volontariato in forza dell'art. 10, comma 8

⁽⁹⁾ V. M. Costanza, Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato, in Corr. giur., 10/1991, p. 1074 ss.

⁽¹⁰⁾ V. F. ANGELONI, op. cit., p. 271 ss.

⁽¹¹⁾ V., nel medesimo senso, R. MARLETTA, La disciplina del fenomeno del volontariato nella L. quadro (L. 11/8/1991), in Not. giur., 1/1993, p. 5 ss.

del D.Lgs. in esame, che prevede che siano in ogni caso considerati ONLUS gli organismi di volontariato di cui alla Legge 11 agosto 1991, n. 266, offre all'interprete la conferma della bontà della tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria e di cui sopra (12).

L'art. 10, comma 3 del D.Lgs. 460/1997 contiene la previsione, già in precedenza ricordata, secondo la quale lo scopo di solidarietà nelle ONLUS si intende realizzato anche quando le attività statutarie dell'organizzazione hanno come destinatari i soci, gli associati o i partecipanti all'ente, nei limiti in cui tali soggetti si trovino nella situazione di disagio di tipo economico, sociale o morale di cui al precedente comma 2.

Per le organizzazioni di volontariato, la Legge 266/1991 nulla prevede con riguardo alla eventualità che siano gli stessi volontari i destinatari dell'attività svolta dall'ente, limitandosi a stabilire, all'art. 2, comma 2, che « l'attività del volontariato non può essere retribuita in alcun modo » e al comma 3 che « la qualità del volontario è incompatibile... con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte ».

Inoltre, costituendo l'alienità, ossia la cura degli interessi altrui, una della caratteristiche principali del volontariato, l'attività dei volontari dovrebbe per natura essere rivolta all'esterno, sia individuando i propri destinatari nei soggetti o categorie di soggetti che, estranei all'organizzazione, versano in condizioni particolarmente disagiate, sia dando vita a manifestazioni che sono rivolte a conseguire scopi di particolare rilievo sociale, quali la tutela dell'ambiente e del patrimonio storico e artistico, la promozione della cultura e dell'arte, il progresso della ricerca scientifica.

In seguito a tali riflessioni, deve giungersi ad escludere dall'ambito

delle organizzazioni di volontariato i gruppi c.d. self help, in quanto essi sono volti a garantire speciali servizi ai soci (13).

A conclusioni ulteriori giunge parte della dottrina, escludendo i gruppi self help dall'intero ambito degli enti no profits (14).

Tali considerazioni, tuttavia, non consentono di escludere *ab origine* che anche i volontari possano divenire a loro volta i destinatari dell'attività svolta dagli enti di volontariato, in considerazione del fatto che i volontari, oltre che membri di un'associazione o di un organismo con forma giuridica diversa dall'associazione, sono pur sempre membri di una collettività molto più ampia ed estesa e dunque la condizione in cui essi versano può rientrare nell'ambito di intervento dell'attività svolta per statuto dagli enti di volontariato, fatta salva la distinzione tra la condizione di volontario e quella di destinatario dell'attività dell'ente.

Il fine di solidarietà che le organizzazioni di volontariato devono perseguire è tale da incidere anche sulla forma giuridica che tali enti possono assumere.

L'art. 3, comma 2 della Legge quadro sulle organizzazioni di volontariato prevede, infatti, la libertà di forma per gli enti che operano nell'ambito del volontariato, facendo però salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico.

Tale disposizione sembra dunque escludere una effettiva libertà di forma per le organizzazioni di volontariato, precludendo ad esse di assumere la veste societaria.

A tale conclusione si giunge se si considera la previsione, speculare a quella riguardante il fine solidaristico, che definisce l'attività di volontariato come attività prestata senza fini di lucro, anche indiretto, (art. 2, comma 1), e quella che impone ai volontari di contemplare nell'atto costitutivo o nello statuto l'assenza dei fini di lucro (art. 3, comma 3).

Con riguardo alle ONLUS, l'art. 10, comma 1 del D.Lgs. 460/1997 attribuisce la qualifica di ONLUS non solo ad associazioni, fondazioni, comitati e società cooperative, ma anche ad altri enti privati che presentino i caratteri di cui al seguito della norma; la disposizione prevede inoltre, art. 10, comma 1, alla lett. d), il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili o avanzi di gestione durante la vita

⁽¹²⁾ Con riguardo ai cambiamenti introdotti dal decreto in esame limitatamente all'ambito di operatività del terzo settore, la dottrina si presenta già schierata su fronti contrastanti.

Da una parte, infatti, si ritiene che il decreto legislativo avrà come effetto quello di escludere dalla denominazione di ONLUS e dalle agevolazioni fiscali ad essa collegate quella parte dell'associazionismo sociale operante nei settori dell'istruzione, formazione e sanità: in questo senso, v. G. VITTADINI, *Una prima lettura del decreto sulle ONLUS*, in *Non Profit*, 4/1997, p. 461 ss.

Dall'altra, invece, si ritiene senza ombra di dubbio che il presente decreto farà lievitare il numero degli enti operanti nel terzo settore ed inoltre che, dettando il decreto disposizioni particolarmente severe con riguardo alla utilizzazione da parte degli enti della denominazione ONLUS, l'accesso a tale qualifica avverrà in molti casi per via indiretta, il primo passo essendo quello di costituire un'organizzazione di volontariato: in tale senso, v. S. Pettinato, ONLUS e decreto Zamagni. Legge nuova, problemi antichi, in Non Profit, 4/1997, p. 539 ss.

⁽¹³⁾ V. con riguardo all'assenza di scopi egoistici nelle organizzazioni di volontariato, M. Gorgoni in *Commento alla Legge 266/91*, a cura di L. Bruscuglia, in *N.L.C.C.*, 1993, p. 803 ss.

⁽¹⁴⁾ V. U. Ascoli, Azione volontaria e Welfare state, Bologna, 1987, p. 21 ss.

dell'ente, l'obbligo di reimpiegarli nelle attività istituzionali ed in quelle ad esse connesse alla lett. *e*) ed infine l'obbligo, alla lett. *f*), di devolvere il patrimonio dell'ente, in caso di suo scioglimento, ad altre ONLUS o per fini di utilità sociale.

Anche per le ONLUS, dunque, come per le organizzazioni di volontariato, sembra potersi escludere l'ammissibilità della costituzione in forma di società, in considerazione della incompatibilità tra lo scopo di solidarietà, che tali enti devono perseguire, e lo scopo di lucro, tipico delle società e generalmente definito come quello che ha per oggetto la divisione degli utili.

Lo scopo di lucro merita tuttavia alcune riflessioni, con particolare riguardo alla disciplina degli enti di volontariato.

La dottrina più recente tende infatti a distinguere tra scopo di lucro e scopo economico: il primo sarebbe solo una *specie*s del *genus* costituito dallo scopo economico (15).

In seguito a tale nuova concezione dello scopo di lucro, inteso in senso più ampio rispetto alla mera divisione degli utili, è stata avanzata la tesi secondo la quale alle organizzazioni di volontariato sarebbe impedita solo la ripartizione degli utili tra i soci, ma non sarebbe vietato svolgere attività economica in genere (16).

Contro tale tesi continua però a schierarsi ancora quella parte della dottrina contraria alla possibilità, anche remota, che le organizzazioni di volontariato vengano a contatto con attività a carattere lucrativo (17) od economico in genere: il fine di lucro, infatti, è ritenuto incompatibile con gli scopi di solidarietà che il volontariato per natura si propone di perseguire.

L'orientamento da ultimo ricordato appare in contrasto non solo con i dati reali, i quali attestano che gran parte delle organizzazioni di volontariato svolge attività con valenza economica, ma anche con il dato normativo.

L'art. 5 della Legge sugli enti di volontariato, al comma 1, lett. g), ricomprende tra le risorse economiche da cui tali organismi traggono quanto necessario per il funzionamento e lo svolgimento della propria attività le « entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali ». Il carattere di marginalità delle attività commerciali e produttive svolte dalle organizzazioni di volontariato è stato inteso in senso quantitativo, vale a dire che il parametro da utilizzare ai fini della valutazione della marginalità dell'attività è costituito dall'attività istituzionale dell'ente.

COMUNICAZIONI

Tale criterio è giustificato dall'esigenza di un controllo sugli enti, volto ad assicurare vantaggi fiscali esclusivamente alle organizzazioni che rispondono ai requisiti di legge e a tutelare le finalità dell'opera prestata dai volontari (18).

Al fine di fornire alcuni criteri indicativi utili ad individuare i caratteri principali delle attività commerciali svolte dalle organizzazioni di volontariato è stato emanato un decreto ministeriale (19).

Possono definirsi attività commerciali marginali quelle costituite dalla vendita o da altre iniziative occasionali di solidarietà, realizzate in concomitanza con festività o ricorrenze o, ancora, in occasione di campagne di sensibilizzazione alle finalità perseguite dagli organismi di volontariato.

Sono comprese tra le attività commerciali marginali anche la vendita di beni pervenuti all'organizzazione da parte di terzi a titolo gratuito e la cessione di beni realizzati dai volontari o dai loro assistiti, a condizione che in entrambi i casi l'attività di vendita o di cessione si svolga senza intermediari.

Sono inoltre ricomprese anche le attività di somministrazione di bevande e alimenti durante raduni o manifestazioni a carattere occasionale e la prestazione di servizi in conformità alle finalità dell'ente: in questo caso, però, si richiede che il pagamento del corrispettivo non superi del 50% i « costi di imputazione diretta » (20).

Il legislatore, dunque, ha ricollegato il carattere di marginalità delle attività commerciali e produttive svolte dalle organizzazioni di volontariato a fattispecie caratterizzate dalla occasionalità dello svolgimento, dal perseguimento di fini conformi a quelli dell'ente, ossia fini di solidarietà, o, ancora, dalla diretta gestione dell'attività da parte dei volontari.

⁽¹⁵⁾ V. L. Cei, in Commento, cit., p. 775 ss.

⁽¹⁶⁾ V. A. Panico-A. Picciotto, La legge quadro sul volontariato (l. 11/8/1991), Napoli, 1992, p. 62 ss.

⁽¹⁷⁾ V. S. Palmieri, Il volontariato nell'ordinamento giuridico italiano, in Nuovo Dir., 1991, p. 976 ss.

⁽¹⁸⁾ V. M.D. STALTERI, Riflessioni su un recente modello di legislazione sulle non profit organizations: la legge quadro sul volontariato (L. n. 266/1991), in Enti « non profit » in Italia, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 1994.

⁽¹⁹⁾ V. D.M. 25/5/1995, in G.U. 10/6/1995, n. 134.

⁽²⁰⁾ V. Ministero delle Finanze, D. 25/5/1995: Criteri per l'individuazione delle attività commerciali e produttive marginali svolte dalle organizzazioni di volontariato, in Volont. Oggi, 4/1995, p. 11 ss.

Il fine di solidarietà proprio degli enti di volontariato non entrerebbe in conflitto con l'attività commerciale svolta da tali enti proprio in quanto tale attività si presenta come marginale rispetto all'oggetto perseguito dall'ente in conformità dello statuto.

Il tema dell'esercizio di attività commerciali o economiche in genere in forma di impresa da parte di associazioni ed enti diversi dalle società è solitamente risolto in senso positivo da dottrina e giurisprudenza, che ammettono l'esercizio di tali attività da parte degli enti del libro I, con il limite della devoluzione degli utili alle attività istituzionali dell'ente (21).

Di contro, si esclude l'esercizio di attività commerciale in forma di impresa per le organizzazioni di volontariato (22).

Tale esclusione trova conferma anche nel decreto ministeriale di cui sopra, che al comma 2, lett. b) vieta l'esercizio di attività commerciali caratterizzate dall'impiego di mezzi organizzati professionalmente per fini di concorrenza sul mercato.

La professionalità costituisce uno degli elementi distintivi dell'attività di impresa e della qualifica di imprenditore, in assenza della quale deve escludersi l'esistenza di un'impresa (23).

Accanto alla mancanza del requisito della professionalità, altre considerazioni dovrebbero condurre ad escludere in capo alle organizzazioni di volontariato l'esercizio di attività economica in forma di impresa.

In molti casi, infatti, sembra che manchi nell'attività posta in essere dagli organismi di volontariato la valenza economica propria di ogni attività imprenditoriale, ossia la capacità effettiva di incidere sul mercato, costituendo, come è stato rilevato, lo Stato l'unico interlocutore dei servizi offerti dai volontari che operano in forma organizzata (24).

Le riflessioni di cui sopra trovano applicazione con riguardo allo svolgimento, da parte delle organizzazioni di volontariato, di attività economiche per cosi dire omogenee alle finalità proprie di tali enti; ciò non esclude tuttavia l'ammissibilità in capo ad organismi di volonta-

riato di attività con valenza economica estranee alle finalità proprie dell'ente (25).

Come è stato in precedenza rilevato, esistono nel nostro ordinamento enti dotati di una struttura di tipo imprenditoriale, ma perseguenti finalità di tipo ideale.

Si è anche detto dell'ammissibilità dell'esercizio di attività di impresa da parte degli enti del libro I del codice civile; si discute, invece, sulla possibilità per tali organismi di costituirsi in forma societaria, fatto salvo per i soci il vincolo di destinare gli utili agli scopi perseguiti dall'ente.

In relazione a tale fattispecie, parte della dottrina ritiene che il vincolo di destinazione degli utili assunto dai soci nell'atto costitutivo è invalido, in quanto in contrasto con la causa sociale, che si fonda sullo scopo lucrativo; tale vincolo sarebbe invece valido nell'ipotesi di assunzione da parte dei soci con patto parasociale, dunque esterno all'atto costitutivo (26).

Tale tema si ricollega a quello, discusso ormai da lungo tempo, sulla configurabilità nel nostro ordinamento delle « società » senza scopo di lucro (27).

A tale proposito, parte della dottrina ritiene che all'interno della società siano individuabili due elementi, uno di tipo causale e l'altro di tipo organizzativo: il primo può variare, mentre il secondo rimane uguale a se stesso, adattandosi alla configurazione assunta di volta in volta dall'elemento causale (28).

È stata, inoltre, vivacemente sostenuta la tesi secondo la quale la società costituisce solo una veste giuridica, adattabile in quanto tale anche a strutture differenti dalla società vera e propria (29): tale tesi si fonda sulla nuova formulazione dell'art. 2332 c.c. in seguito alla normativa comunitaria recepita con D.P.R. 29/12/1969, n. 1127 e sulla mancanza dello scopo di lucro tra gli elementi la cui assenza produce la nullità del contratto sociale.

Il tramonto dello scopo lucrativo è, inoltre, un fenomeno incorag-

⁽²¹⁾ V. A. Fusaro, Note in tema di esercizio di attività economica da parte di associazioni, in Riv. Not., 1988, p. 385 ss.

⁽²²⁾ V. M.D. Stalteri, op. cit., p. 130 ss.

⁽²³⁾ V. A. De Martini, Corso di diritto commerciale, volume I, parte generale, Milano, 1983, p. 97 ss.

⁽²⁴⁾ V. M.D. STALTERI, op. cit., p. 133 ss.

⁽²⁵⁾ V. M.D. STALTERI, op. cit., p. 134 ss.

⁽²⁶⁾ V. A. Panico-A. Picciotto, La legge, cit., p. 62 ss.

⁽²⁷⁾ Per una trattazione completa della materia, v. G. Marasa, Le « società » senza scopo di lucro, Milano, 1984.

⁽²⁸⁾ V. G. Marasa, v. Società, in Enc. Giur., 1993, p. 5 ss.

⁽²⁹⁾ V. G. Santini, Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali, in Riv. dir. civ., 1973, I, p. 151 ss.

giato dallo sviluppo della legislazione speciale (30): infatti, dapprima è intervenuta la Legge 10/5/1976, n. 377, che ha previsto che le società disciplinate nel capo 3° ss. del tit. 5° del cod. civ. possano assumere la forma del consorzio; in seguito, la Legge 23/3/1981, n. 91 ha disposto una particolare disciplina per le società sportive, le quali costituiscono oggi, come è stato rilevato, una figura in bilico tra scopo lucrativo e scopo altruistico (31).

Recentemente il legislatore, con Legge 31/1/1992, n. 59, ha istituito le SPA per la gestione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione: l'art. 11, comma 2 stabilisce che l'oggetto sociale deve consistere esclusivamente nella promozione e nel finanziamento di nuove imprese e di iniziative di sviluppo della cooperazione, mentre gli utili di esercizio devono essere utilizzati o reinvestiti per il conseguimento dello scopo sociale.

Le previsioni contenute nella legislazione speciale non consentono, tuttavia, di pervenire a soluzioni analoghe per gli enti che qui interessano, non solo per le organizzazioni di volontariato ma in generale per l'intero ambito del *no profit*.

Si ritiene, infatti, che quanto previsto dalle leggi speciali non possa divenire di generale applicazione; con l'espansione dell'ambito di intervento della legislazione speciale si offrirebbe agli enti con scopo ideale, o, comunque, non lucrativo la facoltà di scegliere tra la forma societaria e quella associativa, dando luogo ad una disparità di trattamento tra gli organismi di cui sopra e quelli che non perseguono scopi di tipo ideale (32).

Da quanto detto sopra si trae, dunque, una generale conclusione negativa riguardo al quesito che era stato posto all'inizio, ossia quello riguardante l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di organizzazioni di volontariato in forma di società.

Per giungere ad una diversa conclusione si ritiene sia necessario un espresso intervento da parte del legislatore, che, come già accaduto per le società sportive, permetta di conciliare la natura non lucrativa delle finalità perseguite dagli enti di volontariato e la forma giuridica della società.

1. Premessa.

Con la presente comunicazione chi scrive si propone, con l'intenzione non di fornire soluzioni ma solamente di porre in evidenza la complessità della materia, di affrontare il delicato tema del fallimento delle « associazioni imprenditrici (1) », particolarmente con riferimento al versante delle associazioni che non abbiano chiesto o non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica.

La sintetica trattazione del tema si snoderà attraverso alcuni cenni preliminari alla distinzione tra la nozione di associazione e quella di società ed alla possibilità da parte della prima di svolgere attività economiche, di impresa e di impresa commerciale, per giungere infine ad esaminare i presupposti del fallimento della associazione ed il controverso problema della sua estensibilità alle persone che hanno agito in nome e per conto di questa, assumendo responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni dell'istituzione di carattere privato.

2. Cenni ai caratteri differenziali tra la nozione di associazione e la nozione di società.

Nell'ordinamento giuridico positivo non è riscontrabile una specifica disposizione, che offra una definizione della nozione di associazione, a differenza di quanto accade in relazione al concetto di società, espressamente determinato dall'art. 2247 c.c. Pertanto la nozione di

⁽³⁰⁾ V. P. Abbadessa, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1985, 16, p. 25 ss.

⁽³¹⁾ V. G. VOLPE PUTZOLU, Oggetto « sociale » ed esercizio dell'impresa nelle società sportive, in Riv. dir. civ., 1985, I, p. 333 ss.

⁽³²⁾ V. P. ABBADESSA, op. loc. cit.

^(*) Alessandro Pellegri, Perfezionando presso la Scuola Superiore Sant'Anna.

⁽¹⁾ È locuzione adoperata da A. Fusano, « Le associazioni imprenditrici ed il registro delle imprese », in Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da F. Galgano, 1995, 2, 617.

associazione ha dovuto essere ricostruita, in via ermeneutica, dalla dottrina, traendola da varie norme che ne compongono la disciplina. Si ritiene opportuno, per un'adeguata trattazione del tema assegnato, porre in evidenza non solo i tratti comuni alle due figure, ma anche e soprattutto i « caratteri differenziali » (2), allo scopo di denunciare l'incongruenza di alcune complete equiparazioni effettuate, in giuri-sprudenza, tra i due tipi di ente collettivo, ai fini dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali.

Profili di analogia.

Tanto le associazioni quanto le società sono suscettibili di una duplice collocazione sistematica: sono innanzi tutto da collocare nel novero delle formazioni sociali o istituzioni e sono in secondo luogo da collocare tra i contratti.

Il termine formazione sociale o istituzione è utilizzato, nel linguaggio giuridico come nel linguaggio corrente, per indicare ogni manifestazione della natura sociale, non meramente individuale, della personalità umana; ogni forma di stabile organizzazione collettiva attraverso cui sono perseguiti scopi superindividuali. Alla duplice natura, individuale e collettiva, della personalità umana fa riferimento l'art. 2 Cost., allorché assegna alla Repubblica il compito di riconoscere e di garantire i diritti inviolabili dell'uomo, « sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Nella materia associativa l'appello della giurisprudenza all'art. 2 Cost. assolve a diverse funzioni: il principio costituzionale è invocato, talvolta, a tutela delle associazioni, quali strumenti di espressione della personalità umana, talaltra, a protezione dei diritti fondamentali del singolo all'interno di tali istituzioni e contro il prepotere di queste; altre volte infine sono colte e coordinate tra loro entrambe le istanze di libertà delle associazioni e nelle associazioni (3).

Talvolta l'associazione è stata considerata figura residuale, ricorrente ogni qualvolta non sia possibile identificare i caratteri peculiari di altre forme di organizzazioni collettive (4). Ciò non è corretto. La

nozione di associazione non coincide con il concetto di formazione sociale o di istituzione, ma tra la prima e la seconda esiste un rapporto di *species* a *genus*. Questa comprende ogni corpo sociale intermedio tra l'individuo e lo Stato: tanto le organizzazioni collettive volontarie, come le associazioni e le società, che si costituiscono o alle quali si aderisce esclusivamente per atto di libera volontà, quanto le organizzazioni collettive necessarie, come gli enti pubblici territoriali (comuni, province e regioni) o la famiglia, alle quali l'individuo può trovarsi ad appartenere indipendentemente da un suo atto di volontà (5). L'associazione è pertanto uno specifico tipo di formazione sociale, dotata di caratteri propri, determinabili con precisione.

Le associazioni e le società vanno, al tempo stesso, collocate nel novero dei contratti, in quanto sono formazioni sociali che prendono vita da un atto di autonomia privata a contenuto patrimoniale (6). Questo profilo pone in evidenza un altro elemento di somiglianza tra le due istituzioni, in quanto entrambe traggono origine dal medesimo genus contrattuale: il contratto di tipo associativo (7). La nozione di questo, come contratto plurilaterale con comunione di scopo, è ricavabile dall'art. 1420 c.c.: le parti possono essere due o più di due e « le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune » (art. 1420 c.c.). Il contratto associativo suole essere contrapposto ai contratti di scambio, le parti dei quali perseguono interessi contrapposti.

I contratti associativi sono, per lo più, contratti di organizzazione (8): le prestazioni che ciascuna parte esegue sono destinate allo svolgimento di un'attività, cui sono preposti appositi organi (gli organi costituiti per l'attuazione del contratto di cui all'art. 1332 c.c.), che a sua volta è diretta alla realizzazione dello scopo comune. L'organizzazione collettiva (9), ossia la presenza di organi come l'assemblea, gli amministratori ed un organo di controllo, è un altro elemento comune a società ed associazioni, anche se occorre precisare che, sotto questo aspetto, la somiglianza sussiste maggiormente nei confronti delle società di capitali, che non delle società di persone, ove, secondo una

⁽²⁾ Come recita il titolo di uno scritto di FALZEA, « Brevi note sui caratteri differenziali tra società ed associazione », in Giur. compl. Cass. Civ., 1947, III, 987, ove si accoglie il criterio, non condiviso da chi scrive, della natura dell'oggetto.

⁽³⁾ F. Galgano, Trattato di Diritto civile e commerciale, I, Padova, Cedam, 1993, 193 e s.

⁽⁴⁾ In., ult. op. cit., 204.

⁽⁵⁾ In., ult. op. cit., 193 e s.

⁽⁶⁾ F. GALGANO, ult. op. cit., 198.

⁽⁷⁾ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI e U. NATOLI, Diritto civile. Fatti e atti giuridici, 1.2., Torino, Utet, 1987, 888 e s.

⁽⁸⁾ F. GALGANO, ult. op. cit., 200.

⁽⁹⁾ ID., ult. op. cit., 208 e ss.

ricostruzione prevalente in giurisprudenza ed in dottrina (10), il legislatore, escludendo l'adozione del metodo collegiale per la formazione della volontà sociale, non prevede l'assemblea quale loro organo.

Profili di differenziazione.

Ciò che si vuole porre maggiormente in evidenza sono i profili di diversità, tra i due istituti, che attengono in particolare alla struttura ed allo scopo.

Il contratto di associazione è caratterizzato da struttura aperta (11) ai sensi dell'art. 1332 c.c.: l'adesione di nuovi associati non richiede lo scioglimento del rapporto originario e la stipulazione di un nuovo contratto tra tutti gli associati originari e gli aderenti. Senza necessità di alcuna modificazione dell'atto costitutivo, gli aspiranti nuovi associati rivolgono una proposta contrattuale di adesione all'organo amministrativo dell'ente. Questo, nell'esercizio di autonomia contrattuale, delibera in ordine all'accettazione o meno della proposta, attenendosi ai criteri di ammissione di nuovi membri, che integrano un elemento essenziale dell'atto costitutivo, ove devono essere indicati (art. 16, comma 1°, c.c.). La struttura aperta si ricollega alla caratteristica per cui l'associazione tutela un interesse di « serie » o di « categoria »: pertanto essa è aperta all'adesione di tutti gli appartenenti alla categoria, di cui costituisce forma organizzata (senza che sia configurabile a loro favore un diritto soggettivo potestativo ed un corrispondente obbligo a contrarre a carico dell'ente), ed è chiusa all'adesione di quanti a quella categoria non appartengano (12).

Questo è un profilo di contrapposizione alle società, che hanno struttura chiusa. Una modificazione dell'atto costitutivo, adottata secondo il principio, derogabile, di unanimità (conformemente alla regola di diritto comune dei contratti), è necessaria, nelle società di persone, imperniate come sono sull'*intuitus personae*, per il trasferimento della quota o per l'ingresso di un nuovo socio (13), nelle società di capitali (alla stregua del principio di maggioranza, derogatorio alla disciplina generale del contratto) per l'aumento o la riduzione del capitale sociale,

il cui ammontare è indicato nell'atto costitutivo (14). La struttura chiusa di questi enti collettivi è connessa alla loro caratteristica di essere forme di tutela organizzata di un interesse « di gruppo » (15).

Risulta ormai acquisita in dottrina ed in giurisprudenza l'adozione dell'elemento teleologico, come il principale ed il « più plausibile » (16) criterio della distinzione tra enti collettivi del libro primo, che perseguono un scopo non economico, ed enti del libro quinto del codice civile, che perseguono uno scopo economico.

Per le società, la natura economica dello scopo è espressamente sancita dall'art. 2247 c.c., ove anzi il codice civile prescrive la realizzazione di un fine di lucro in senso soggettivo, che, se inteso in senso restrittivo, tende alla divisione, tra i soci, degli utili prodotti attraverso l'attività economica collettivamente esercitata. Le più moderne ed accreditate acquisizioni dottrinali (17) precisano che il fine di lucro soggettivo, se inteso in senso stretto, caratterizza solo una categoria di società, quelle lucrative, ma non è richiesto dalla legge per una definizione generale della nozione di società. Le indicazioni normative codicistiche, come la previsione delle società cooperative (artt. 2511-2545) e delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici (artt. 2458-2460), le modifiche apportate al codice stesso in tema di possibile attribuzione di forma societaria ai consorzi (artt. 2615 ter e 2062 c.c. (18)) e la disciplina, nelle leggi speciali (19), di particolari forme di società, come quelle sportive, vincolate alla non distribuzione di utili sotto qualsiasi forma ed al loro reinvestimento nell'attività sportiva, hanno reso lecito, pur senza arrivare a concepire la nozione di società in termini di « pura struttura (20) » idonea a servire di volta in volta a scopi diversi, parlare di trasformazione dello scopo di lucro « in

⁽¹⁰⁾ G. Grippo, «Le società di persone », in AA.VV., Diritto commerciale, 2º ed., Bologna, Monduzzi, 1995, 185 e ss.

⁽¹¹⁾ F. Galgano, op. cit., 206 e L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli e U. Natoli, op. cit., 888.

⁽¹²⁾ F. GALGANO, op. cit., 227 e ss.

⁽¹³⁾ G. GRIPPO, op. cit., 167 e ss.

⁽¹⁴⁾ A. Cerrat, « Modificazioni dell'atto costitutivo », in AA.VV., Diritto commerciale, 2° ed., Bologna, Monduzzi, 1995, 403 e s.

⁽¹⁵⁾ F. GALGANO, op. cit., 206 e s.

⁽¹⁶⁾ G. Ponzanelli, « *Nota* » a Tribunale di Milano, 17 giugno 1994, ric. Istituto sieroterapico milanese Serafino Belfanti, in *Foro it.*, 1994, I, 3545.

⁽¹⁷⁾ Rielaborate da L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli e U. Natoli, *Diritto civile*. *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, 1.1., cit., 189 e s.

⁽¹⁸⁾ Il primo articolo è stato introdotto ed il testo del secondo è stato modificato dalla Legge 10 marzo 1976, n. 377.

⁽¹⁹⁾ Legge 23 marzo 1981, n. 91.

⁽²⁰⁾ Santini, « Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali », in Riv. Dir. civ., 1973, I, 151 e ss.

un più ampio ed elastico scopo economico (21) », diretto cioè al conseguimento di un vantaggio patrimoniale.

La natura non economica dello scopo delle associazioni non è espressamente sancita da una specifica norma di legge. Tuttavia è stata ricostruita sulla base di una serie di disposizioni, dalle quali è desumibile non solo l'esistenza del « non distribution constraint » (22), ossia del vincolo di non distribuzione di utili o di non produzione di lucro in senso soggettivo, ma anche quella del carattere di versamento « a fondo perduto » (23) dei contributi degli associati, con esclusione del diritto al rimborso, sia durante l'esistenza dell'ente, sia dopo l'esaurimento della sua liquidazione.

In relazione alle associazioni che abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, l'art. 24, 4° comma, c.c. così prescrive, avendo riguardo al periodo della loro esistenza: « Gli associati, che abbiano receduto o siano stati esclusi o che comunque abbiano cessato di appartenere all'associazione, non possono ripetere i contributi versati, né banno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione (corsivo nostro) ». Ai sensi dell'art. 31, 1° e 2° comma, c.c., ove si considera la fase successiva al verificarsi di una causa di estinzione, i beni che residuano dopo esaurita la liquidazione del patrimonio della persona giuridica « sono devoluti (corsivo nostro) in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto. Qualora questi non dispongano, (...) se trattasi di associazione, si osservano le deliberazioni dell'assemblea che ha stabilito lo scioglimento e, quando anche queste mancano, provvede nello stesso modo l'autorità governativa » (id est attribuendo i beni ad altri enti che abbiano fini analoghi).

Per le associazioni che non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica l'art. 37, 2° capoverso, c.c. dispone nel modo seguente: « Finché questa (l'associazione) dura, i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pretenderne la quota in caso di recesso ». La fase che si apre in presenza di una causa di estinzione non è qui espressamente disciplinata. Nonostante ciò la

regolamentazione normativa non manca, se si aderisce, come chi scrive ritiene di fare, alla tesi (24) secondo cui l'identità del tipo contrattuale e della struttura giustifica l'applicazione diretta, non in via meramente analogica, di quella parte della disciplina delle associazioni riconosciute che non sia direttamente connessa con il riconoscimento. Pertanto, esaurita la liquidazione del patrimonio dell'associazione non riconosciuta, le attività, che eventualmente residuino, dovranno essere devolute ad altri enti che perseguano finalità analoghe, escludendosi qualsiasi diritto degli associati al rimborso dei contributi versati.

Questa disciplina esclude ogni possibilità, per i membri della organizzazione collettiva, di trarre qualsiasi vantaggio patrimoniale immediato dalla partecipazione alla attività esercitata dal gruppo.

L'origine contrattuale (25) delle associazioni non è esclusa dal loro perseguire uno scopo ideale o comunque non economico. La natura dello scopo non è incompatibile con l'identificabilità, ai sensi dell'art. 1321 c.c., di un « accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale ». Infatti, ciò che deve essere « suscettibile di valutazione economica » è la « prestazione che forma oggetto dell'obbligazione », mentre è giuridicamente ammissibile che l'interesse del creditore, cui questa deve corrispondere, sia rappresentato da un interesse « anche non patrimoniale » (art. 1174 c.c.). Le parti del contratto di associazione si obbligano ad eseguire prestazioni suscettibili di valutazione economica, quali il versamento periodico di una determinata somma di denaro o il conferimento di beni mobili o immobili in proprietà o in godimento oppure l'adempimento di prestazioni personali, come nel caso degli associati dediti professionalmente ad un'attività sportiva. Pertanto l'associazione, essendo sussumibile sotto l'art. 1321 c.c., attraverso l'intermediazione dell'art. 1174 c.c., è qualificabile come contratto.

3. La possibilità di esercizio di attività economiche da parte di associazioni.

L'ordinamento giuridico positivo, come non fornisce all'interprete una definizione della nozione di associazione, così non determina neppure l'attività che ne costituisce l'oggetto. Nonostante il silenzio

⁽²¹⁾ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI e U. NATOLI, ult. op. cit., 187 e s.

⁽²²⁾ Locuzione di origine straniera, frequente nella materia degli enti «non profit» e adoperata anche da G. Ponzanelli, «Nota» a Tribunale di Milano, 17 giugno 1994, ric. Istituto sieroterapico milanese Serafino Belfanti, in Foro it., 1994, I, 3545. Cfr. anche G. Ponzanelli (a cura di), Gli enti «non profit» in Italia, Padova, Cedam, 1994.

⁽²³⁾ Efficace locuzione cui fanno ricorso L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli e U. Natoli, op. cit., 190.

⁽²⁴⁾ In., op. cit., 252 ed anche F. Galgano, op. cit., 199.

⁽²⁵⁾ F. GALGANO, op. cit., 226.

della legge è divenuto pressoché pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che le associazioni possano esercitare attività economiche, per tali intendendosi attività, svolte in forma organizzata, di produzione o di scambio di beni o di servizi patrimonialmente valutabili (26).

Tale risultato ricostruttivo non è stato raggiunto senza contrasti tra tesi opposte. La possibilità che attività economiche formino oggetto del contratto di associazione è stata talvolta negata, ora argomentando sulla base della disciplina societaria, ora invece richiamandosi alla disciplina delle associazioni.

Dal primo punto di vista fu adottato come unico criterio di distinzione tra le due figure associative il criterio della natura dell'attività esercitabile, sostenendosi che unicamente le società possono svolgere attività economiche ed escludendosi categoricamente l'esercizio di attività siffatte da parte di associazioni o ammettendolo solo in via marginale. A fondamento di questa conclusione si negò che lo scopo economico facesse parte della causa del contratto di società, forzando in tal modo la lettera dell'art. 2247 c.c., ma la fondatezza di questo assunto, secondo un'opinione convincente (27), non fu provata nell'unico modo che sarebbe stato adeguato, ossia attraverso un'analisi del diritto societario idonea a dimostrare che lo scopo di lucro, pur formalmente sancito dall'art. 2247 c.c., non è in realtà presupposto dalle norme che in concreto disciplinano i singoli tipi sociali. La vera spiegazione della descritta impostazione può trovarsi solo ritenendo che ne fosse all'origine il preconcetto, secondo cui la società è l'unica forma giuridica di esercizio collettivo di attività economiche. Questa ricostruzione non è oggi più accolta, in quanto si ritiene che il criterio di distinzione tra società ed associazioni non sia unico, ma vi siano più elementi di differenziazione, come ricordato nel paragrafo precedente.

Dal secondo punto di vista si sostenne che la disciplina delle associazioni è di ostacolo all'esercizio di attività di natura economica. Questo assunto non è condivisibile.

L'art. 17 c.c., già durante la sua vigenza, non costituiva « vincolo,

tra tutti, di intollerabile gravità (28) » all'esercizio di attività economiche da parte di associazioni che avessero ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, poiché tale disposizione, con il prescrivere la necessità dell'autorizzazione governativa come condicio iuris per l'acquisto di immobili a titolo oneroso (oltre che per l'accettazione di donazioni o di eredità e per il conseguimento di legati), impediva tutt'al più l'esercizio di un'impresa di compravendite immobiliari, ma non certo l'esercizio tout court di attività economiche, nelle quali l'acquisto di immobili a titolo oneroso è tutt'altro che frequente (29). Oggi può essere addotto un argomento ulteriore contro la tesi che si sta confutando: il presunto ostacolo è venuto meno, dopo che l'art. 13, comma 1°, della Legge 15 maggio 1997, n. 127 (30), ha espressamente abrogato la disposizione di cui si tratta. L'art. 13 richiamato, segna una tappa importante dell'evoluzione storica dell'atteggiamento del legislatore nei confronti delle associazioni (31), scandita dal passaggio da un atteggiamento di avversione e diffidenza (c.c. 1942) ad un atteggiamento di valorizzazione delle associazioni come strumento di espressione della personalità umana (Costituzione attualmente vigente) fino ad arrivare alla loro promozione ed incentivazione (L. n. 266/91 e D.lgs. n. 460/97 (32)) e può essere visto, se si accoglie una determinata ricostruzione (33), come una presa d'atto di un mutamento della realtà sociale. Le associazioni, all'epoca della codificazione, non svolgevano in fatto,

⁽²⁶⁾ F. GALGANO, « Delle associazioni non riconosciute e dei comitati », in Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, artt. 36-42, 2° ed., Bologna-Roma, Zanichelli- Soc. ed. Foro it., 1976, 73 e s.

⁽²⁷⁾ F. GALGANO, « Il fallimento delle associazioni (e delle fondazioni) », in Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Padova, Cedam, 1988, vol. X, 135.

⁽²⁸⁾ Secondo l'efficace espressione di Zanelli, La nozione di oggetto sociale, 76, richiamata da F. Galgano, « Delle associazioni non riconosciute e dei comitati », op. cit., 82.

⁽²⁹⁾ In., ult. op. cit., 84.

⁽³⁰⁾ Legge 15 maggio 1997, n. 127, recante « Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo », comunemente nota come « Legge Bassanini bis », in Gazz. Uff., Serie generale, Suppl. ord., 17 maggio 1997, n. 113, il cui testo normativo è ripubblicato, corredato delle relative note, in Suppl. ord., n. 138/L, alla Gazz. Uff., Serie generale, 5 luglio 1997, n. 155.

⁽³¹⁾ Evoluzione esaurientemente ripercorsa ed interpretata da L. Bruscuclia, Il fenomeno associativo dal Codice civile al decreto legislativo n. 460/97, supra.

⁽³²⁾ Si tratta della Legge 11 agosto 1991, n. 266, recante il titolo: «Legge-quadro sul volontariato», in Gazz. Uff., 22 agosto 1991, n. 196 e del Decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, recante il titolo: «Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale», in Suppl. ord. alla Gazz. Uff., 2 gennaio 1998, n. 1.

⁽³³⁾ F. GALGANO, « Delle associazioni non riconosciute e dei comitati », op. cit., 83 e s., ove si sostiene che la ragione politica dell'art. 17 c.c. si fonda sulla « storica constatazione » dei compilatori, legata all'epoca della sua redazione, che le associazioni non esercitavano in fatto attività produttive; non già sul « normativo presupposto » che l'esercizio di attività di tal natura fosse per le associazioni giuridicamente inammissibile.

per lo più e salvo rari casi, attività produttive. Questo può spiegare, a modesto parere di chi scrive, la mancata determinazione legislativa del loro oggetto e la previsione di controlli sugli atti di acquisto di immobili a titolo oneroso o sugli acquisti a titolo gratuito per atto *inter vivos* o *mortis causa*, volti ad evitare un incontrollato ed antieconomico accumulo delle ricchezze del Paese nel patrimonio di enti, che non svolgevano attività economica, controlli che il Codice Civile non prevede per le società commerciali, data la natura del loro oggetto, come fissato dall'art. 2247 c.c. Attualmente ed ormai da tempo le associazioni svolgono attività economica, sia pure in via secondaria, e perciò può dirsi venuta meno, in linea generale, la *ratio* dei controlli suddetti.

In tema di associazioni non riconosciute si è osservato che la loro disciplina, lungi dall'ostacolare l'esercizio di un'attività economica, anzi la agevola. La riprova sarebbe data dal rilievo secondo cui il legislatore, nel regolare i consorzi industriali con attività esterna, l'attività dei quali è, nella valutazione legislativa, un'attività economica, come dimostrato, per richiamare solo un argomento, dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, loro imposto dall'art. 2612 c.c., ha pressoché interamente riprodotto la disciplina delle associazioni non riconosciute. Queste ultime, secondo un orientamento condiviso (34) da più autori (che consente di prevenire possibili obiezioni alla ammissibilità dell'esercizio di attività economiche), hanno la capacità di acquistare a titolo oneroso beni immobili (e di trascrivere a proprio favore il relativo atto (35)), non essendo previsto espressamente alcun limite in tal senso ed anzi potendosi desumere dall'art. 37 c.c. un'indicazione normativa in senso favorevole, dato che vi si afferma la possibilità per l'associazione di acquistare, genericamente, «beni» con i contributi degli associati, senza escludere gli immobili. Quanto agli artt. 600 e 786 c.c., se si ritiene che siano ancora in vigore, tali disposizioni codicistiche non sono di ostacolo allo svolgimento di un'attività economica, in quanto questa, per sua natura, non si fonda sull'acquisto di beni a titolo gratuito per atto tra vivi o a causa di morte, ma tende obiettivamente a riprodurre il capitale impiegato, senza necessità di apporti dall'esterno.

(34) L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI e U. NATOLI, op. cit., 216 e s e F. GALGANO, Trattato di Diritto civile e commerciale, cit., 215.

Aderire alla tesi (36) della avvenuta abrogazione di tali norme (rispetto alle quali una deroga era stata già apportata dall'art. 5, comma 2°, Legge n. 266/91) per effetto dell'art. 13, comma 1°, della Legge 15 maggio 1997, n. 127, fornisce un argomento ulteriore e decisivo.

4. Le condizioni per l'assunzione da parte delle associazioni della qualità generale di imprenditore.

La possibilità, per le associazioni, di esercitare attività di impresa è un altro punto pressoché pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza prevalenti. Alla attuazione di questa possibilità si ricollega l'assunzione della qualità di imprenditore e l'applicazione del suo statuto generale.

Affinché un'attività economica sia qualificabile come attività di impresa, essa deve integrare il requisito della professionalità, richiesto dall'art. 2082 c.c., per la soddisfazione del quale sono necessarie due condizioni.

Innanzi tutto è necessario che l'attività economica sia esercitata in modo non occasionale, ma abituale e sistematico.

Questa condizione tuttavia non è sufficiente, in quanto la dottrina prevalente richiede una connotazione ulteriore, che, dopo complesse analisi, è stata identificata nella obbiettiva economicità della gestione. Con tale concetto si intende la tendenziale ed oggettiva idoneità, valutata a priori e secondo criteri di esperienza, dei corrispettivi della cessione di beni o della prestazione di servizi a compensare i costi dei fattori di produzione impiegati, cosicché sia possibile registrare una oggettiva tendenza dell'attività a garantire il pareggio del bilancio. Sono pertanto escluse dalla nozione di impresa le attività esercitate in forma erogatoria, ove la inidoneità a priori delle entrate a riprodurre il capitale consumato comporta l'erogazione del patrimonio dell'ente, che può essere mantenuto integro solo tramite apporti provenienti da terzi. Dall'altro lato, ai fini dell'assunzione della qualità di imprenditore, non è richiesta la produzione di utili o lucro in senso oggettivo, per tale intendendosi la differenza positiva tra ricavi, maggiori, e costi di produzione, minori, né tanto meno è richiesta la divisione degli utili realizzati o produzione di lucro in senso soggettivo (37).

Pertanto a buon diritto nella nozione di impresa così ricostruita

⁽³⁵⁾ Legge 27 febbraio 1985, n. 52, recante il titolo: « Modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento alla introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari », in Gazz. Uff., 6 marzo 1985, n. 56, il cui art. 1 ha modificato l'art. 2659 c.c.

⁽³⁶⁾ Tesi sostenuta da L. Bruscuglia, Il fenomeno associativo dal Codice civile al decreto legislativo n. 460/97, supra.

⁽³⁷⁾ F. GALGANO, ult. op. cit., 93 e ss.

possono rientrare le attività economiche esercitate da associazioni, purché svolte non occasionalmente e secondo criteri di obbiettiva economicità, non essendo di ostacolo la prescrizione codicistica, caratterizzante gli enti *no profit*, inerente al vincolo di non distribuzione di utili ed all'assenza di qualsiasi diritto degli associati al rimborso dei contributi versati.

5. Le condizioni per l'assunzione da parte delle associazioni della speciale qualità di imprenditore commerciale non piccolo.

L'identificazione delle condizioni per l'assunzione della qualità di imprenditore commerciale da parte delle associazioni rappresenta una questione controversa, la cui rilevanza è data dalla conseguente applicabilità o meno dello speciale statuto dell'imprenditore commerciale, ed in particolare di quella parte di esso, che interessa ai fini del tema in esame, che ne sancisce la soggezione alle procedure concorsuali, in caso di accertato stato di insolvenza dell'imprenditore stesso (art. 2221 c.c. e art. 1 Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267).

Certamente è necessario che l'attività imprenditoriale esercitata abbia natura commerciale, risultando sussumibile sotto la previsione dell'art. 2195 c.c. Il punto controverso concerne il problema della necessità o meno di un requisito ulteriore.

La dottrina (38) prevalente dà risposta affermativa a tale quesito e identifica la condizione ulteriore con il carattere « esclusivo o principale » dell'attività commerciale, sostenendo che le associazioni che svolgono attività economiche in via secondaria non possono essere considerate imprenditrici commerciali.

Gli orientamenti di pensiero prevalenti ammettono l'esistenza di figure di esercizio collettivo dell'impresa diverse dalle società commerciali e ricercano una simmetria nel sistema: l'assunzione della qualità di imprenditore commerciale richiederebbe sempre un secondo requisito, oltre a quello della natura commerciale dell'attività economica svolta, e tale connotazione ulteriore sarebbe rappresentata, per gli imprenditori individuali, dalle dimensioni non piccole dell'impresa, per gli imprenditori collettivi, dall'esercizio di questa in via esclusiva o principale. Infatti, per disposizione di legge, l'attività economica non può che

essere oggetto esclusivo o principale delle società commerciali, mentre, per gli enti pubblici, rispetto ai quali è ammesso che l'attività economica sia svolta anche in via secondaria, l'art. 2201 c.c. richiede il medesimo requisito ai fini della loro soggezione all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese. È proprio tra quest'ultima categoria e le associazioni imprenditrici che viene evidenziata l'analogia, essendo comune ad entrambe uno scopo non economico. La simmetria descritta è tenuta ferma in quanto conforme ad un concetto unitario di impresa, immutabile indipendentemente dalla natura individuale o collettiva, pubblica o privata dell'imprenditore.

Da una ricostruzione siffatta discende la particolare rilevanza dell'individuazione di criteri idonei a guidare l'interprete nella distinzione tra esercizio in via esclusiva o principale ed esercizio in via secondaria o accessoria di un'attività commerciale. Sulla base della distinzione tra scopi ultimi e scopi intermedi delle associazioni, l'attività commerciale dovrà essere generalmente considerata come accessoria, qualora sia svolta per destinarne gli utili al finanziamento di un'attività di natura non economica, esercitata dalla medesima associazione, idonea di per sé sola a realizzare direttamente lo scopo istituzionale della organizzazione collettiva. L'ipotesi in cui l'attività commerciale realizzi direttamente il fine non economico è più complessa. Occorre precisare che il criterio distintivo non è di natura quantitativa, non essendo dato dalla prevalenza di un'attività rispetto ad un'altra, ma è di natura qualitativa (39): attività « principale », ai sensi dell'art. 2201 c.c., è quella che si presenta di per sé sola idonea al conseguimento dello scopo, mentre attività secondaria è quella che potrebbe essere tralasciata dall'associazione senza che ne sia impedita la realizzazione degli scopi statutari. Ad esempio l'impresa editoriale gestita da un'associazione culturale, politica o scientifica, è attività secondaria, poiché può essere tralasciata senza che sia smarrito il fine istituzionale di promozione e diffusione di una determinata cultura o di determinate idee politiche ovvero della ricerca in un certo settore, che è perseguito principalmente attraverso attività di natura non economica. Altre volte, e più raramente, l'attività commerciale, che realizzi direttamente il fine istituzionale, è dotata del carattere della prevalenza, in quanto statutariamente indicata come la più idonea a conseguire lo scopo istituzionale dell'ente, nel cui ambito sono le iniziative non economiche a presentare

⁽³⁸⁾ Per tutti F. Galgano, ult. op. cit., 96 e ss; Id., Il fallimento delle associazioni (e delle fondazioni), cit., 137 e ss.

⁽³⁹⁾ F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, op. cit., 103, nota n. 17.

carattere accessorio. È questo il caso dell'impresa di pubblici spettacoli teatrali, che soddisfa immediatamente l'intento ideale, proprio di un'associazione privata, di dare un teatro alla propria città, gestendolo senza ripartizione di utili tra gli associati.

La giurisprudenza più recente non prende espressamente posizione in ordine alla questione, ma probabilmente si basa implicitamente su una impostazione analoga a quella della dottrina dominante: forse non è un caso che la maggior parte delle sentenze dichiarative di fallimento riguardino associazioni, che hanno svolto un'attività commerciale di vario genere in via principale (40) e talvolta esclusiva, almeno da un certo momento in poi della loro esistenza, come nella nota vicenda dell'Istituto sieroterapico milanese Serafino Belfanti, costituitosi con il *nomen* di fondazione, ma qualificato alla stregua di associazione non riconosciuta dal Tribunale di Milano (41), che ha ritenuto di disapplicare il provvedimento amministrativo di riconoscimento, perforando lo schermo della personalità giuridica.

È tuttavia riscontrabile una meno recente decisione (42), ove l'autorità giudiziaria non solo non ha richiesto espressamente il carattere principale dell'esercizio dell'attività commerciale, ma, non avendo indicato il compimento di alcun accertamento in merito, sembra avere dato per implicita la superfluità di un requisito di tal genere.

Risulta tuttavia preferibile, a parere di chi scrive, una ricostruzione diversa da quella accolta dalla dottrina dominante, ricostruzione alla cui stregua l'esercizio in via solo secondaria di un'attività commerciale svolta in forma di impresa non esclude l'assoggettabilità a fallimento dell'associazione.

Chi propone tale tesi parte dal rilievo secondo cui, pur potendosi registrare sempre maggiori consensi intorno all'affermazione che l'area dell'impresa non individuale è più ampia di quella dell'impresa socie-

taria, rimane oscura o comunque incerta la collocazione dell'impresa collettiva non societaria, agli effetti della quale rilevano due differenti prospettive: dal punto di vista civilistico il raffronto è tra associazioni e società, mentre, nella prospettiva fallimentaristica, i termini del confronto sono rappresentati dalla disciplina fallimentare dell'imprenditore individuale e da quella dell'imprenditore societario, mancando, nella legge fallimentare, una regolamentazione normativa ad hoc per la terza figura imprenditoriale, cui appartengono, tra gli altri enti, le associazioni. L'alternativa tra società ed associazioni si rivela insoddisfacente in quanto, se rapportata al diritto fallimentare, si annulla, finendo per esaurirsi nella sola prospettiva societaria, sulla base di termini di analogia genetici e strutturali. Un motivo di ampliamento della prospettiva può essere ravvisato nella figura della fondazioneimpresa (43), che non evidenzia, rispetto alla società, analoghi dati genetici e strutturali, non trovando la sua origine in un contratto associativo e non assumendo un modulo organizzativo di natura corporativa. Soprattutto occorre osservare che rispetto al Diritto fallimentare non rilevano i dati genetici o strutturali, bensì un diverso profilo che può essere definito « funzionale (44) », alla cui stregua risulta possibile un mutamento della prospettiva, in quanto il problema della ricostruzione del regime normativo dell'impresa collettiva viene ad investire l'impresa nella sua più vasta accezione. Questa, concepita come attività, si pone al centro della normativa di Diritto fallimentare: lungi dall'aderire alle opinioni secondo cui fallirebbe l'impresa e non il soggetto imprenditore, è tuttavia fondato affermare che il fallimento è istituto strettamente connesso con l'esercizio di attività imprenditoriale, tanto che, oltre all'insolvenza ed alle dimensioni non piccole dell'impresa, rileva l'attività svolta, ossia il modo di agire del soggetto e non il suo modo di essere (45), a prescindere dunque da dati di ordine genetico o strutturale.

Le considerazioni ora fatte possono trovare conforto nella nozione di concorsualità, così come ricostruita dalla dottrina fallimentari-

⁽⁴⁰⁾ Tribunale di Treviso, 25 marzo 1994 e Tribunale di Roma, 6 aprile 1995, in *Giur. merito*, 1995, 911 (nota di F. Coluzzi) e in *Dir. fall.*, 1995, II, 719 (nota di D. Di Gravio). Tali decisioni riguardano due distinte associazioni esercenti l'attività industriale di produzione di spettacoli teatrali o di altre manifestazioni artistiche (sono i casi rispettivamente dell'Associazione Teatri Artisti del Veneto e dell'Associazione Panatenee Pompeiane) come attività principale, idonea per previsione statutaria, a realizzare direttamente e di per sé sola lo scopo istituzionale dell'ente

⁽⁴¹⁾ Tribunale di Milano, 17 giugno 1994, in Foro it., 1994, I, 3544 (nota di G. Ponzanelli); sentenza pubblicata anche in Giur. it., 1995, I, 2, 283 (nota di S. Sanzo) e 546 (nota di A. Barba).

⁽⁴²⁾ Tribunale di Savona, 18 gennaio 1982, in Foro it., 1982, I, 832; in Riv. Dir. sport., 1982, 200 e in Giur. merito, 1983, I, 31.

⁽⁴³⁾ Sul tema sono fondamentali e « memorabili » (come ha affermato G. Ponzanelli in Nota a Tribunale di Milano, 17 giugno 1994, in Foro it., 1994, I, 3545) gli studi di P. RESCIGNO, Fondazione e impresa, in Riv. Società, 1967, 812 e R. Costi, Fondazione e impresa, in Riv. Dir. civ., 1968, I, 1.

⁽⁴⁴⁾ S. GATH, L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare, in Riv. Dir. comm., 1980, I, 95.

⁽⁴⁵⁾ In., ult. op. cit., 96.

stica (46), e nell'individuazione del suo fondamento, consistente nel ricercare perché alla crisi economica dell'impresa si debba porre rimedio con una procedura concorsuale, escludendo in radice la possibilità dell'esecuzione singolare (il divieto per i creditori di proporre azioni esecutive è espressamente sancito dall'art. 51 L. fall.) e della isolata considerazione dei singoli beni, che questa comporta e presuppone. L'interdizione di ogni procedura singolare non è il frutto di considerazioni di semplice opportunità, ma è logicamente necessaria: la crisi dell'impresa è tale solo quando investe i beni nel loro complesso e nella loro unità, pertanto il superamento della crisi e la reintegrazione dell'ordinamento deve riguardare quei beni, considerati unitariamente e ricostituendo (ad esempio con le azioni revocatorie) quell'unità (47). Il fallimento dunque presuppone l'impresa, la quale, è bene precisare, non costituisce il soggetto del fallimento, come talvolta è stato sostenuto: essa non è altro che un'astrazione cui si ricorre per indicare l'attività (di produzione o scambio di beni o servizi), mentre il soggetto del fallimento è l'imprenditore. Il riferimento all'impresa, come anticipato, chiarisce la ragione e la struttura del fallimento. Il carattere unitario dell'impresa è manifestato dalla stessa definizione, ricavabile dall'art. 2082 c.c. (ove invero il legislatore assume il punto di vista dell'imprenditore), quale esercizio professionale di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Questo implica che ogni bene è un elemento della situazione, non potendo essere considerato a sé stante. Da ciò discendono due conseguenze importanti. Innanzi tutto il momento negativo dell'impresa non può essere un semplice fatto di inadempimento individuale, ma è uno stato, qualificato dalla legge come insolvenza, la cui presenza rende più pressante l'esigenza di assicurare la par condicio creditorum. non pienamente garantita dal processo esecutivo singolare. In secondo luogo il credito, come ogni bene e a differenza di quanto accade quando inadempiente è un soggetto non imprenditore, è considerato un elemento dell'impresa e rivela questa sua caratteristica proprio nel momento del dissesto, tanto che si è arrivati ad affermare che «il credito nasce, se così si può dire, concorsuale, ha il suo destino fin dall'origine (48) ». In tal modo, tramite il collegamento al dato obbiettivo della attività, trova spiegazione tutta la disciplina fallimentare.

Sono stati addotti in dottrina anche argomenti di ordine più strettamente testuale, alla stregua dei quali l'interpretazione analogica dell'art. 2201 c.c., secondo cui le associazioni imprenditrici sarebbero assimilabili, in virtù della natura non economica dello scopo, agli enti pubblici economici, non ha ragione d'essere, in quanto manca il vuoto normativo che giustifica il ricorso ad essa. Infatti l'impresa né principale né esclusiva, esercitata da un ente non societario, sia esso pubblico (come nella fattispecie normativa che si sta per richiamare) o privato, può trovare la sua disciplina nella regola generale espressa dall'art. 2093 c.c., ove si estendono agli enti pubblici non inquadrati nelle associazioni professionali le disposizioni del libro V del Codice civile, « limitatamente alle imprese da essi esercitate », lasciando implicitamente intendere che un'attività economica può dar luogo ad impresa e ad impresa commerciale anche se il soggetto collettivo, che la svolge, persegue compiti istituzionali diversi (49). Con ciò non si vuole sostenere la possibilità di una registrazione dell'impresa senza quella dell'imprenditore, in quanto tra le due registrazioni sussiste un nesso di continuità indissolubile, tanto da far considerare l'iscrizione dei dati concernenti l'impresa, di cui all'art. 2196 c.c., nient'altro che una modalità specifica della registrazione dell'imprenditore prevista dall'art. 2195 c.c. (50). Si contesta che dagli artt. 2135 e 2201 c.c. discenda una regola per cui chi esercita professionalmente un'attività commerciale, che abbia carattere ausiliario rispetto ad un'attività non economica (o non commerciale) non assume la qualità di imprenditore in senso tecnico. Le norme indicate applicano un generale principio, che conferisce all'impresa prevalente capacità attrattiva rispetto all'impresa ausiliaria e che pertanto dirime un rapporto tra due status entrambi imprenditoriali, i quali altrimenti coesisterebbero nello stesso soggetto. Nell'ipotesi da noi esaminata il rapporto è invece tra attività civile ed attività imprenditoriale e dall'art. 2195, n. 5, c.c. è possibile desumere l'opposto principio, secondo cui è il momento imprenditoriale (e commerciale specialmente) e non quello meramente civile ad essere dotato di capacità qualificante ed attrattiva (51). L'inizio dell'impresa (rilevante ai fini dell'art. 1 L. fall.) e la sua cessazione (rilevante ai fini dell'art. 10 L. fall.) devono essere determinati in applicazione del

⁽⁴⁶⁾ S. Satta, Diritto fallimentare, 2º ed., Padova, Cedam, 1990, 3 e ss.

⁽⁴⁷⁾ ID., ult. op. cit., p. 4, nota n. 2.

⁽⁴⁸⁾ In., ult. op. cit., 8.

⁽⁴⁹⁾ S. Gatti, L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare, cit., 104 e ss.

⁽⁵⁰⁾ ID., ult. op. cit., 109 e s.

⁽⁵¹⁾ In., ult. op. cit., 111.

criterio dell'effettività, come si ritiene per l'impresa individuale. Infatti manca quella congenita correlazione tra apparato organizzativo ed impresa che, secondo alcuni, ha indotto il legislatore a stabilire la presunzione *iuris et de iure* di cui all'art. 2, 2° comma, ultimo capoverso L. fall. Nell'alternativa tra la disciplina fallimentare dell'imprenditore individuale e quella delle società si opta per la prima, considerandola regime normativo generale.

Un'impresa esercitata in via accessoria da un ente di carattere privato a scopo non economico può in concreto non essere una piccola impresa, soprattutto se si ritiene che esistano due nozioni di piccolo imprenditore, l'una, quella di cui all'art. 2083 c.c., sancita ai fini del Codice Civile, e l'altra, quella di cui all'art. 1, 2° comma, R. D. 16 marzo 1942, n. 267, prevista ai fini della Legge fallimentare stessa. In base a quest'ultima disposizione, essendo stata abrogata l'imposta di ricchezza mobile, è imprenditore non piccolo l'imprenditore esercente un'attività commerciale, nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale superiore a lire novecentomila. Pertanto è altamente probabile che le attività commerciali esercitate da associazioni, sia pure in via marginale, diano luogo ad un'impresa non piccola.

Un atteggiamento di severità e rigore è ritenuto opportuno ed auspicabile, se si considera che il D.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, da un lato, accorda un trattamento fiscale di favore alle associazioni (come ad altri enti) che assumano la qualità di ONLUS e, dall'altro lato, consente l'esercizio, accanto alle attività istituzionali, di « attività direttamente connesse ».

Tali attività possono avere natura commerciale. Infatti sono rivolte a persone o collettività non svantaggiate e sono considerate dalla legge idonee a produrre « proventi »: ciò significa che sono svolte a titolo oneroso e secondo criteri di obbiettiva economicità, potendo pertanto essere qualificate come attività economiche. Nell'elencazione di cui all'art. 10, 5° comma, 1° capoverso, D.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, troviamo, solo per fare alcuni esempi, l'attività sportiva dilettantistica, alla quale la giurisprudenza (52) ha da tempo riconosciuto, a certe condizioni e purché non sia meramente dilettantistica, natura di impresa commerciale, e la promozione della cultura e dell'arte, che può essere attuata attraverso la gestione di imprese di pubblici spettacoli, manifestazioni o mostre, come risulta da casi realmente verificatisi.

Le attività connesse non devono rappresentare l'oggetto esclusivo o principale della nuova figura giuridica, secondo il disposto dell'art. 10, 5° comma, 2° capoverso, che statuisce nel modo seguente: « L'esercizio delle attività connesse è consentito a condizione che (...) le stesse non siano prevalenti rispetto a quelle istituzionali ». Pertanto sarebbe un atteggiamento imprudente quello consistente nell'accordare a tali enti, che appaiono destinati a diffondersi notevolmente, un trattamento fiscale privilegiato e, al tempo stesso, nell'esimerli dalla soggezione al fallimento in caso di crisi dell'impresa, per lo più dovuta a mala gestio.

È caduto, quanto meno in relazione alle O.N.L.U.S., l'argomento (53), qualunque posizione si volesse prendere in ordine a ciò, secondo cui il requisito della esclusività o prevalenza dell'attività economica esercitata doveva richiedersi per evitare l'incongruenza o il « paradosso » di applicare lo statuto dell'imprenditore commerciale (con la conseguente, ritenuta inammissibile, soggezione all'obbligo di tenuta delle scritture contabili e al fallimento) ai partiti politici ed ai sindacati, che per lo più assumono la forma giuridica di associazioni non riconosciute, allo scopo di sottrarsi ai controlli cui sono soggette le associazioni riconosciute, e che esercitano attività commerciali generalmente in via secondaria o marginale e di regola mai in via esclusiva o principale. Infatti il D.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, art. 10, comma 10°, così dispone: « Non si considerano in ogni caso O.N.L.U.S. (...) i partiti e i movimenti politici, le organizzazioni sindacali (corsivo nostro), le associazioni di datori di lavoro e le associazioni di categoria ». Pertanto possono essere considerate imprenditori commerciali non piccoli le associazioni, rivestite della qualifica di O.N.L.U.S., che esercitino attività commerciali, sia pure in via soltanto secondaria, come prescritto dall'ordinamento positivo, purché in modo non occasionale e secondo criteri di obbiettiva economicità, dando luogo ad imprese non piccole, senza timore di assoggettare, con questo orientamento, ad un regime troppo restrittivo e rigoroso i partiti politici ed i sindacati, che, infatti, non possono assumere tale nuova veste giuridica.

Per quanto concerne le organizzazioni di volontariato che abbiano assunto la forma giuridica di associazioni (il più delle volte prive della personalità giuridica), è ritenuta ammissibile, sulla base del combinato disposto degli artt. 5, comma 1°, lettera g e 8, comma 4°, della Legge n. 266/91, la possibilità per tali enti di svolgere attività commerciali e

⁽⁵²⁾ Tribunale di Savona, 18 gennaio 1982, in Foro it., 1982, I, 832; in Riv. Dir. sport., 1982, 200 e in Giur. merito, 1983, I, 31.

⁽⁵³⁾ F. Galgano, Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, op. cit., 99 e s.

produttive (di beni e servizi), purché marginali, le cui entrate sono fiscalmente esenti, qualora sia documentato il loro totale impiego per i fini propri dell'organizzazione (54). Da tale disposto è stata tratta la possibilità, in primo luogo, di esercizio, non solo di attività marginali connesse con le finalità istituzionali dell'ente, ma anche di attività con queste ultime non direttamente coordinate, purché accessorie ed a condizione che le entrate siano almeno indirettamente e strumentalmente impiegate per una migliore realizzazione del fine istituzionale, come per esempio per l'ampliamento delle strutture organizzative. A fondamento di questa ricostruzione si è sostenuto che la legge sembra riferirsi direttamente alla necessità per le associazioni della reperibilità delle risorse, più che alla qualità dello strumento utilizzabile per il loro conseguimento, e che l'esenzione fiscale, limitata alle attività connesse con lo scopo proprio delle organizzazioni, indica l'intenzione di promuovere questo primo tipo di attività, non anche quella di escludere il secondo tipo (55). Pertanto nulla dovrebbe opporsi all'esercizio di attività commerciali o produttive in forma di impresa e alla conseguente soggezione alle procedure concorsuali, qualora quella abbia dimensioni non piccole e ricorra lo stato di insolvenza (56). In secondo luogo dalla normativa analizzata discende la facoltà per le associazioni di volontariato di partecipare, quanto meno in via marginale, ossia in maniera minoritaria, a società cc.dd. lucrative. Questo può ritenersi un elemento a favore della soggezione a fallimento delle associazioni di volontariato imprenditrici, in quanto sembra doversi desumere che la dichiarazione di fallimento della società lucrativa rivestita della forma, per esempio, di S.n.c. (ove, in linea di principio e salvo deroga pattizia, tutti i soci sono illimitatamente responsabili per le obbligazioni del-

l'ente) sia estensibile, ex art. 147 L. fall., alle dette associazioni, in qualità di soci illimitatamente responsabili.

6. La questione della estensibilità o meno della dichiarazione di fallimento della associazione agli associati illimitatamente responsabili per le obbligazioni dell'ente.

Il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, disciplina il fallimento unicamente in relazione all'imprenditore individuale (Titolo II, Capi I-IX, artt. 5-145) ed all'imprenditore societario (Titolo II, Capo X, artt. 146-154) mancando una normativa ad hoc per il fallimento dell'imprenditore collettivo non societario. Questo rilievo fa sorgere la questione di quale trattamento normativo risulti applicabile agli associati ad associazioni non riconosciute, le quali esercitino attività di impresa commerciale e siano venute a trovarsi in stato di insolvenza. Le soluzioni astrattamente ipotizzabili consistono nell'interpretazione analogica dell'art. 147 della Legge fallimentare ovvero nell'applicazione diretta dell'art. 1 del medesimo testo normativo.

L'interpretazione analogica dell'art. 147 appare a prima vista plausibile, esaminando il tenore letterale delle disposizioni in gioco: l'art. 147 L. fall. recita così: « La sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili »; l'art. 38 c.c. dispone nel modo seguente: « Per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione ». Il raffronto testuale pone in evidenza come anche nelle associazioni esistano persone illimitatamente responsabili. Il procedimento analogico è stato seguito dalla Corte di Cassazione (57) e, successivamente, in adesione all'orientamento del Supremo Collegio alla cui decisione si sono espressamente richiamati, da alcuni Tribunali (58).

⁽⁵⁴⁾ L. Bruscuglia, sub art. 5 « Risorse economiche », in 266/91 La legge sul volontariato. Analisi e commento giuridico a cura di L. Bruscuglia, Padova, Cedam, 1993, 41, nota n. 2. Ammette, sia pure con qualche perplessità in merito allo loro pratica attuabilità in forma di impresa, la possibilità di svolgimento di attività commerciali sia collegate alle finalità statutarie sia estranee ad esse, adducendo, per le seconde, l'esempio della comunità terapeutica di recupero di tossicodipendenti, costituita ex L. 266/91, che svolga attività di manifattura e vendita di abbigliamento al pubblico M. D. Stalten, Riflessioni su un recente modello di legislazione sulle non profit organizations: la legge quadro sul volontariato (L. n. 266/91), in Gli enti « non profit » in Italia a cura di G. Ponzanelli, Padova, Cedam. 1994, 134 e ss.

⁽⁵⁵⁾ L. Bruscuglia, ult. op. loc. cit.

⁽⁵⁶⁾ Si dissente, riguardo a questo aspetto, non considerandosi decisivo il d.m. 5 maggio 1995, dalla ricostruzione compiuta da C. Murgo, « Scopo di solidarietà ed attività commerciali nelle organizzazioni di volontariato », supra.

⁽⁵⁷⁾ Cassazione, 18 settembre 1993, n. 9589, in *Nuova Giur. civ. comment.*, 1995, I, 309 (nota di A. Porrari) e in *Giust. civ.*, 1994, I, 65 (nota di G. Lo Cascio).

⁽⁵⁸⁾ Tribunale di Milano, 17 giugno 1994, in Foro it., 1994, I, 3544 (nota di G. Ponzanelli); sentenza pubblicata anche in Giur. it., 1995, I, 2, 283 (nota di S. Sanzo) e 546 (nota di A. Barba); Tribunale di Roma, 6 aprile 1995, in Giur. merito, 1995, 911 (nota di F. Coluzzi) e in Dir. fall., 1995, II, 719 (nota di D. Di Gravio). Al contrario escludono l'estensibilità del fallimento alle persone che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione: Tribunale di Savona, 18 gennaio

COMUNICAZIONS

Tuttavia una ricostruzione corretta impone di escluderlo, in quanto non ne ricorrono tutti i presupposti. Se, da un lato, può dirsi esistente la lacuna normativa relativamente agli imprenditori collettivi non societari (contestata però da quanti sostengono l'applicabilità anche nei confronti di tali soggetti della disciplina, ritenuta generale, di cui ai capi I-IX, L. fall.) mancano, dall'altro lato, gli altri due presupposti di operatività dell'analogia legis: la natura generale della norma che si intende interpretare analogicamente e la eadem ratio della fattispecie non disciplinata rispetto a quella positivamente disciplinata (59). Al regime fallimentare delle società è attribuito per lo più carattere eccezionale. (benché non manchino voci contrarie) ritenendosi che, in deroga all'art. 1, L. fall., i soci con responsabilità illimitata siano assoggettati a fallimento in quanto tali, nonostante non rivestano la qualità di imprenditori commerciali, secondo quanto richiesto dalla richiamata disposizione. Soprattutto il dato che, a parere di chi scrive, sembra più rilevante consiste nella mancanza di un sufficiente grado di somiglianza tra le associazioni e le società, con la conseguente mancata integrazione di quanto richiesto dall'art. 12 disp. prel. al c.c. (« casi simili o materie analoghe »): le due forme di organizzazioni collettive, come si è cercato di porre in evidenza nel paragrafo 2°, presentano notevoli e molteplici aspetti di differenziazione, particolarmente in relazione alla struttura, aperta nelle prime e chiusa nelle seconde, allo scopo ed alla attività come possibile oggetto e ex art. 2247 c.c., mentre nelle associazioni è ammessa la coesistenza di attività economiche con attività non economiche. Oltre alle precedenti considerazioni, la ragione decisiva (60), che più d'ogni altra costituisce un insuperabile ostacolo all'applicazione analogica dell'art. 147 L. fall., è rappresentata dalla circostanza che la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obbiettiva di punibilità per i reati di bancarotta. Poiché l'ordinamento giuridico non ammette l'applicazione analogica di norme penali sfavorevoli all'imputato, la soluzione qui criticata importerebbe, come proprio ulteriore difetto, l'incongruenza per cui si avrebbero soggetti suscettibili di essere dichiarati falliti, ma non incriminabili per reati fallimentari, con la conseguente possibile questione di illegittimità costituzionale ex art. 3 Cost. per ingiustificata disparità di trattamento a svantaggio dei soggetti suscettibili dichiarazione di fallimento ed anche di incriminazione per reati fallimentari (61).

L'altro capo dell'alternativa è rappresentato dall'applicazione diretta dell'art. 1 L. fall. Una tale soluzione ha come presupposto la possibilità di ravvisare nelle « persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione » la qualità di imprenditori commerciali non piccoli. Tale ricostruzione presuppone un superamento del tenore letterale dell'art. 38 c.c., sul fondamento, per un verso, di una determinata ricostruzione del concetto di soggettività e, per altro verso, del coordinamento sistematico dell'art. 38 c.c. con l'art. 33, 4º comma, c.c.

Dal primo punto di vista si è sostenuto che la soggettività delle associazioni non riconosciute non deve essere sopravvalutata, poiché non è espressamente sancita da una precisa disposizione legislativa, ma è una soggettività ricostruita da dottrina e giurisprudenza sulla base di singoli e sparsi indici normativi e pertanto sussiste unicamente entro i limiti in cui tali norme la rivelino. La fattispecie di cui all'art. 38 c.c. rappresenterebbe proprio uno di quegli aspetti sotto i quali le associazioni non riconosciute risulterebbero essere prive di autonoma soggettività, rimanendo al livello di gruppi che si risolvono nelle persone dei loro componenti, i quali, ove abbiano svolto funzioni di amministrazione (esterna ovvero anche interna), rispondono per un debito proprio, quali membri di un gruppo non dotato di distinta soggettività (62). Queste argomentazioni rivelerebbero l'assunzione di una responsabilità illimitata ed assoluta, per tutte le obbligazioni dell'ente (anche per quelle assunte da altri rappresentanti e non solo a titolo contrattuale ma anche a titolo di responsabilità pre ed extracontrattua-

^{1982,} in Foro it., 1982, I, 832; in Riv. Dir. sport., 1982, 200 e in Giur. merito, 1983, I, 31 e Tribunale di Treviso, 25 marzo 1994, in Giur. merito, 1995, 911 (nota di F. Coluzzi) e in Dir. fall., 1995, II, 719 (nota di D. Di Gravio).

⁽⁵⁹⁾ S. Gatti, L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare, in Riv. Dir. comm., 1980, I, 121 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Condivisa, ma sostenendo la tesi dell'estensibilità del fallimento agli associati illimitatamente responsabili, da F. Galgano, Il fallimento delle associazioni (e delle fondazioni), in Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, Padova, Cedam, 1988, vol. X, 142.

⁽⁶¹⁾ Poiché infatti gli artt. 216 e 217 della Legge fallimentare configurano i reati di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice come reati propri, richiedenti, come requisito essenziale, che il soggetto agente sia rivestito della qualità di imprenditore, il reato non sussisterebbe a carico delle "persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione" (pur essendo tali persone fallibili), se si accogliesse la tesi dell'applicazione analogica dell'art. 147 della Legge fallimentare, postulando tale ricostruzione la attribuzione della qualifica di imprenditore solamente alla società e non ai soci a responsabilità illimitata e quindi, in analogia, solo all'associazione e non anche alle « persone che hanno agito in nome e per conto » di questa.

⁽⁶²⁾ F. Galgano, Trattato di Diritto civile e commerciale, I, Padova, Cedam, 1993, 221 e s.

le), da parte delle persone che hanno agito in suo nome e per suo conto e la connessa assunzione del rischio di impresa, nell'ipotesi in cui l'associazione sia imprenditrice. La conseguenza che ne è stata ricavata è la possibilità giuridica di qualificare come imprenditori commerciali non piccoli le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, il ché porta con sé la loro assoggettabilità a dichiarazione di fallimento in proprio, per applicazione diretta dell'art. 1 R.D. 16 marzo 1942, n. 267. Le modalità della dichiarazione di fallimento sarebbero dunque differenti da quelle di cui all'art. 147 L. fall.

Dal secondo punto di vista si sostiene l'estensione della responsabilità illimitata agli amministratori interni, ossia a coloro che pur non avendo speso all'esterno il nome né manifestato la volontà dell'ente, hanno comunque partecipato all'adozione delle deliberazioni di assunzione di obbligazioni e, più in generale, hanno svolto funzioni direttive. Il superamento della dizione letterale dell'art. 38 c.c., che con l'espressione « agire in nome e per conto » parrebbe alludere unicamente ai rappresentanti esterni, è fondato, come è stato anticipato, sul coordinamento con l'art. 33, 4° comma c.c. (63). Quest'ultima disposizione sancisce la responsabilità illimitata, per le obbligazioni dell'ente, a carico degli amministratori di un'associazione che abbia chiesto ed ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, ma che non sia ancora stata registrata. Tale disciplina può essere spiegata, ritenendo che, benché il riconoscimento della personalità giuridica valga ad attribuire agli amministratori il beneficio della responsabilità limitata. questa non possa essere opposta ai terzi finché, con la registrazione della persona giuridica, non vi sia data pubblicità legale. Il riconoscimento della personalità giuridica non avrebbe significato, se anche gli amministratori di una associazione non riconosciuta godessero del privilegio della limitazione della responsabilità.

In giurisprudenza (64) è stata, all'opposto, seguita un'interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 38 c.c. Si sono identificate le « persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione » unicamente con i suoi rappresentanti, e non anche con gli amministratori interni, ritenendosi inoltre che la responsabilità di ciascuno di loro riguardi esclusivamente le obbligazioni personalmente « assunte », con esclusione delle obbligazioni assunte da altri rappresentanti nonché

della responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale. Valorizzando la soggettività autonoma delle associazioni, la responsabilità dei rappresentanti è stata qualificata come responsabilità per debito altrui ed è stata giustificata vedendo nella fattispecie una fideiussione ex lege. Il fondamento della garanzia personale sarebbe dato dall'esigenza di tutelare i terzi, i quali, in mancanza di controlli amministrativi sulla consistenza del fondo comune nonché di sua pubblicità legale, potrebbero fare affidamento unicamente sul patrimonio personale dei rappresentanti, in virtù del contatto che con questi instaurano in occasione della conclusione di affari.

A sommesso avviso di chi scrive, la tesi della responsabilità illimitata assoluta, per debito proprio, delle persone che hanno agito in nome e per conto di un'associazione non riconosciuta, quali membri di un gruppo che, sotto questo aspetto, sarebbe privo soggettività autonoma, non può essere accolta: vi si presuppone una concezione negatrice della soggettività, intendendo la persona giuridica e la soggettività, alla stregua della concezione realista, come espressioni riassuntive di una disciplina normativa in realtà rivolta, come sempre nel diritto, a regolare rapporti tra persone fisiche, mettendo a nudo il carattere di « privilegio », di esenzione dall'applicazione del diritto comune, di cui queste vengono a godere.

Secondo la migliore ricostruzione (65), la realtà empirica e, sul piano normativo, il principio di alterità tra collettività e singoli, consentono di distinguere tra le mere collettività, come le ipotesi di contitolarità di diritti ovvero come la famiglia, non esprimenti un'identità che valga a distinguerle dalla pluralità degli individui che ne compongono il substrato personale, e gli enti collettivi, caratterizzati da una unitarietà idonea a configurarli come centri unitari (relativamente) autonomi dalle persone fisiche che ne compongono il substrato. Gli indici più significativi di una trascendenza della collettività rispetto ai singoli sono rappresentati dall'esistenza di un nucleo (seppur imperfetto) di autonomia patrimoniale, dalla ricorrenza di regole organizzative che prescindano dalla mutevole identità dei singoli membri e dalla finalizzazione di tali elementi alla realizzazione di uno scopo superindividuale e non occasionale, fissato nell'atto costitutivo.

Nell'ambito di tale impostazione generale gli eccezionali casi di responsabilità illimitata a carico di alcuni componenti di persone

⁽⁶³⁾ In., ult. op. cit., 223, nota n. 46.

⁽⁶⁴⁾ Per tutte: Cassazione, 26 febbraio 1985, n. 1655, in Foro it., 1985, I, 2673, citata da F. Galgano, ult. op. cit., 222, nota n. 37.

⁽⁶⁵⁾ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI e U. NATOLI, Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico, 1.1., Torino, Utet, 1987, 82 e ss.

giuridiche sono visti come ipotesi, nelle quali il legislatore perfora lo schermo della soggettività, per prevenirne gli abusi, senza con ciò infirmare il principio della soggettività dell'ente stesso e della sua alterità rispetto ai membri che ne compongono il substrato (66). In questa prospettiva sono riguardate le ipotesi di responsabilità illimitata dell'unico azionista di S.p.A. o, a certe condizioni, dell'unico quotista di S.r.l.

L'art. 2362 c.c., come è noto, così dispone: « In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente ». Tale disposizione è stata interpretata come una norma che sancisce una responsabilità personale dell'unico azionista, circoscritta alle obbligazioni da lui assunte, escludendosi pertanto, in caso di accertato stato di insolvenza della società e di fallimento di questa, l'estensione, ai sensi dell'art. 147 L. fall., del fallimento all'unico azionista stesso. Una soluzione analoga, ossia di responsabilità illimitata (qualora ne ricorrano le condizioni) e relativa e di non soggezione a fallimento, può essere adottata anche in relazione all'unico quotista di una S.r.l., rispetto al quale l'art. 2497, 2° comma, c.c., ricalca la formula dell'art. 2362 c.c.: « In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le quote sono appartenute ad un solo socio, questi risponde illimitatamente ».

In virtù delle precedenti considerazioni l'art. 38 c.c. non rappresenta un'ipotesi di mancanza di soggettività delle associazioni, ma, più semplicemente, è indice di autonomia patrimoniale imperfetta delle stesse. In ordine alla responsabilità, che tale disposizione pone a carico delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, deve accogliersi la medesima soluzione che è stata sostenuta in relazione agli artt. 2362 e 2497, 2° comma, c.c., optandosi per una responsabilità illimitata relativa, in quanto non estesa a tutte le obbligazioni dell'ente, e per l'esclusione delle suddette persone dalla soggezione a fallimento.

L'ipotesi di cui all'art. 38 c.c. si differenzia da quella prevista dall'art. 2320 c.c., 2° capoverso, che prescrive nel modo seguente: « Il socio accomandante che contravviene a tale divieto assume responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali e può essere escluso a norma dell'art. 2286 ». Tale disposizione eviden-

zia una responsabilità illimitata assoluta del socio per le obbligazioni sociali e la previsione della sua possibilità di esclusione indica un intento sanzionatorio, per la violazione del divieto di immistione, non riscontrabile nell'art. 38 c.c. (67).

La ricostruzione proposta non importa la sottrazione dei soggetti di cui all'art. 38 c.c. ad ogni responsabilità patrimoniale nei confronti dei terzi, in quanto essi, in caso di inadempimento alle obbligazioni assunte, saranno passibili di subire il processo esecutivo singolare, disciplinato nel libro III codice procedura civile, avendo come unico vantaggio quello di andare esenti dagli effetti personali e patrimoniali del fallimento nei confronti del fallito.

Quanto alla identificazione delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, si ritiene di aderire alla tesi secondo cui per tali devono intendersi non solo i rappresentanti esterni, ma anche gli amministratori interni, considerando decisivo l'argomento desunto dall'art. 33, 4° comma, c.c. (68).

⁽⁶⁶⁾ In., ult. op. cit., 85 testo e nota n. 42.

⁽⁶⁷⁾ S. GATTI, ult. op. cit., 126.

⁽⁶⁸⁾ È stata sostenuta anche la tesi, secondo cui « le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione » possono identificarsi anche con terzi che abbiano svolto funzioni di rappresentanza.

ONLUS E COOPERATIVE SOCIALI: SOLIDARIETÀ E COOPERAZIONE DALLA LEGGE n. 381/1991 AL DECRETO LEGISLATIVO n. 460/1997 (*)

L'art. 10 del decreto legislativo n. 460/1997 individua una serie di requisiti in virtù dei quali associazioni, fondazioni, comitati, società cooperative ed altri enti di carattere privato possono acquistare la denominazione di ONLUS e godere conseguentemente dei benefici fiscali previsti dalle norme successive.

La regola così sancita incontra tuttavia al comma 8° dello stesso art. 10 un'eccezione. Prevede infatti tale norma che « sono in ogni caso considerati ONLUS, nel rispetto della loro struttura e delle loro finalità, gli organismi di volontariato..., le organizzazioni non governative..., e le cooperative sociali di cui alla legge 26.02.1991 n. 381 ».

Le cooperative sociali, dunque, insieme alle organizzazioni di volontariato ed alle organizzazioni non governative, rientrano automaticamente nelle ONLUS in base ad una presunzione *iuris et de iure* (1).

Può essere allora interessante interrogarsi sulle ragioni di questa automatica inclusione della cooperazione sociale nelle ONLUS e sugli effetti concreti che da questa potranno derivare in ordine al ruolo che le cooperative sociali svolgono — e saranno in futuro destinate a svolgere — nel tessuto sociale del nostro ordinamento, non prima tuttavia di aver messo in luce le caratteristiche del tutto originali che fanno di questa tipologia di enti una realtà che si pone all'intersezione tra pubblico e privato, tra mutualità e solidarietà, tra imprenditorialità e volontariato.

Come è noto, la legge n. 381/1991 ha disciplinato quella particolare tipologia di società cooperative (già manifestatasi nella prassi come espressione dell'autonomia negoziale dei privati con la denominazione

^(*) Elena Ferioli, Perfezionanda presso la Scuola Superiore S. Anna.

⁽¹⁾ Vd. in riguardo G. Bianchi, Commento analítico del decreto legislativo e alcuni problemi pratici, ne Il Fisco, 10/1998, p. 3432 ss.

di cooperative di solidarietà sociale (2)), caratterizzata dall'essere destinata a soddisfare bisogni di integrazione e promozione sociale.

Più precisamente, l'art. 1 di tale legge prevede che: «Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse — agricole, industriali, commerciali o di servizi — finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate ».

Si tratta di un modello di cooperazione che è stato da taluni definito atipico (3) o sui generis (4) in quanto caratterizzato da aspetti del tutto peculiari rispetto alla tipologia classica di società cooperativa disciplinata dal libro V del codice civile. La principale caratterizzazione della cooperazione sociale rispetto allo schema classico di società cooperativa è rappresentata dal fatto che essa persegue un fine specifico (che deve essere indicato nello statuto come principale scopo sociale dell'ente) ossia l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed alla integrazione sociale dei cittadini, scopo che, come è stato efficacemente sottolineato, « finisce per presentare un'autonoma caratterizzazione (delle cooperative sociali) rispetto a quello del tipo generale (cioè delle società cooperative ex artt. 2511 e ss.) » (5). Si è così di fronte ad un modello non tradizionale di impresa in cui convivono una

natura pubblicistica che attiene agli scopi perseguiti dall'ente ed una natura privatistica che riguarda la forma organizzativa dello stesso. Il « tipo » della società cooperativa viene infatti « utilizzato » per realizzare finalità altruistico-solidaristiche di interesse generale del tutto estranee alla originaria caratterizzazione dell'istituto, dando vita a quella che è stata definita come la prima forma tipica di impresa sociale codificata nel nostro ordinamento (6). In questo senso le cooperative sociali rappresentano un valido esempio di quanto la necessità di soddisfare nuove esigenze emerse col tempo in seno alla collettività abbia determinato anche l'evoluzione degli strumenti giuridici e delle categorie classiche del codice civile.

Ne consegue che, al contrario di quanto avviene nelle cooperative tradizionali, le cooperative sociali offrono servizi non esclusivamente rivolti ai propri soci ma destinati a soddisfare bisogni ed esigenze riconducibili anche a soggetti terzi estranei alla compagine sociale (7).

Si è allora sostenuto che nelle cooperative sociali « l'impresa non è più soltanto una macchina per produrre guadagni per l'imprenditore ma, passando per la forma cooperativa, (si) individua una nuova forma di impresa avente per oggetto la solidarietà sociale, sia pure per il tramite di un'attività tipica di impresa » (8).

È dunque sulla finalità di solidarietà sociale, sulla « proiezione altruistica » indicata in modo esplicito dall'art. 1 della legge n. 381 su cui bisogna soffermarsi, poiché in essa sta l'originalità di questa tipologia di enti.

Sotto questo punto di vista, le cooperative sociali sembrano essere

⁽²⁾ Vd., M.P. Colombo Svevo, Le cooperative di solidarietà sociale: tipologia e significato, in Animazione sociale, 1985, n. 61, 625; P. Verrucoll, Profili giuridici della cooperazione di solidarietà sociale, cit., 1985, n. 63; R. Borgia, La cooperazione di solidarietà sociale, Roma, 1986; G.U. Mattarelli, La cooperazione di solidarietà sociale oggi in Italia, cit., 1986, n. 65-66; F. Scalvini, La cooperazione di solidarietà sociale: un nuovo soggetto di politica sociale, cit., 1987, n. 65-66; G. Gasparini, Le cooperative di solidarietà sociale. Una indagine nella diocesi di Milano, in cit., 1987, n. 2; C. Borzaga, S. Lepri, Nuove forme di cooperazione: l'esperienza delle cooperative di solidarietà sociale, in Riv. Coop., 1987, n. 30; C. Borzaga, La cooperazione di solidarietà sociale: prime riflessioni su un settore emergente, in Sociologia del lavoro, 1988, n. 29-30; P. Pollice, Schemi della soggettività giuridica e nuovi bisogni sociali: le cooperative di « solidarietà sociale », in Dir. Giur., 1987, p. 1014 ss.; F.M. Cervelli, Le cooperative di solidarietà sociale, in Giust. Civ., 1988, I, p. 520 ss.; L. F. Paolucci, Statuto di cooperative di solidarietà sociale, cit., p. 1071 ss.

⁽³⁾ V., S. Benfatto, Ancora sulle cooperative sociali in Nuova Rass., 1991, p. 528; B. Fasanelli, La società civile incompresa e i programmi del legislatore in materia di Terzo settore; in il Fisco, 1998, p. 22.

⁽⁴⁾ L. MARTINELLI, S. LEPRI, Le cooperative sociali, Milano, 1997, p. 18.

⁽⁴⁾ L. Mintingell, G. Elin, Jacob mutualistico delle cooperative sociali, in Dir. e Giur., 1994, (5) C. Venditti, Causa e scopo mutualistico delle cooperative sociali, in Dir. e Giur., 1994, p. 22; V. anche S. Benfatto, cit., p. 528; D. Lucarini Ortolani, Organizzazioni di volontariato, cooperative sociali e sistema codicistico dei fenomeni associativi, in Riv. Dir. Comm., 1993, I, p. 561 ss.; E. Maschio, Solidarietà e gruppi della normativa civilistica: necessità di nuovi interventi

legislativi, in Non profit., 1997, 2, p. 1187; A. Lulli, Solidarietà e gruppi nella normativa civilistica: necessità di nuovi interventi legislativi, cit., 1997, 2, p. 187.

⁽⁶⁾ L. MARTINELLI, S. LEPRI, cit., p. 17.

⁽⁷⁾ Ciò è valido soprattutto per le cooperative di « tipo A ». Si veda al riguardo, G. Marasa Cooperative e ONLUS, in Studium juris, 1998, 9, p. 919; N. RICCARDELLI, « Cooperative » di volontariato e libertà di forme nella legge quadro sul volontariato, in Giur. comm., 1993, II, p. 654. Più in generale su questo aspetto: P. RESCIGNO, Le non profit organizations come formazioni sociali in AA.VV., Gli enti non profit in Italia, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 1994, p. 264; C. Venditti, p. 40; L. Boccacin, L'azione solidaristica organizzata: il terzo settore in Italia, in Aggiornamenti sociali, 1994, I, p. 34; G. Gasparini, cit., p. 172; E. Maschio, cit., p. 187; S. Benfatto, cit., p. 528; A. Lulli, cit., p. 277; C. Borzaga, S. Lepri, cit., p. 73. Da questa apertura delle cooperative sociali verso l'esterno della compagine sociale è nato in dottrina un ampio dibattito sulla natura mutualistica o solidaristica dello scopo perseguito dalle stesse, di cui dà conto C. Venditti, cit., p. 19 ss.

⁽⁸⁾ E. Mele, Un nuovo tipo di convenzione in Foro amm., 1993, p. 890.

un valido esempio di attuazione del principio di solidarietà (9) riconducibile alla formulazione dell'art. 2 Cost., seconda parte. In tale norma, là dove si prevede che « La Repubblica... richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale » la Costituzione introduce tra i principi fondamentali del nostro ordinamento anche quello di solidarietà inteso, secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale, come « espressione del vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini » (10).

Si tratta di un principio che, limitando la forza di espansione del principio personalista, è stato invocato per giustificare quei doveri imposti ai singoli in virtù della realizzazione dell'integrazione e dello sviluppo sociale, quei doveri cioè che « legano inderogabilmente l'uomo in ogni proiezione politica sociale economica della sua vita *uti socius* » (11) e che, tuttavia, non consiste solo in un generale concetto di doverosità sociale, ma si identifica, secondo l'espressione usata dalla Corte costituzionale in una ormai nota sentenza, in quel valore in base al quale « la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità della persona stessa » (12). In altre parole, cioè, la solidarietà non deve essere intesa solo come principio fondante alcuni dei doveri imposti ai cittadini, ma anche come espressione della disinteressata socialità che caratterizza la natura umana.

Questo è il concetto di solidarietà sociale che si ritrova nella cooperazione sociale in quanto il perseguimento dell'interesse generale alla promozione ed integrazione sociale dei cittadini viene realizzato al di fuori di qualsiasi imposizione o « doverosità » sociale, nell'esercizio di una libera attività di impresa che opera senza fini di lucro per il soddisfacimento dei bisogni della componente più svantaggiata della collettività.

La stessa Corte costituzionale ha efficacemente sottolineato questo

stretto rapporto tra il ruolo svolto dalla cooperazione sociale nella nostra società ed il principio di solidarietà, accomunando nella sentenza 28.4.1992 n. 202 le cooperative sociali al volontariato quali paradigma di azione collettiva, espressione del principio di solidarietà sociale. Si legge infatti in tale pronuncia che: « ... sotto il nome di cooperazione vanno ricomprese attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati, riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall'art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo ed il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale e che, pertanto, dev'essere congiuntamente perseguito, nel rispetto delle correlative competenze costituzionali, dallo Stato, dalle regioni e dalle province autonome » (13).

In questo contesto, si viene ora ad inserire il decreto legislativo n. 460 che, come già accennato, prevede all'art. 10, 8° comma, l'automatica inclusione delle cooperative sociali nelle ONLUS, a prescindere dalla verifica del possesso dei requisiti previsti dai commi precedenti della stessa norma, fatte salve le previsioni di maggior favore contenute nella legge n. 381/91.

Le conseguenze di questa inclusione di diritto degli enti in questione nelle ONLUS sono apprezzabili. Infatti, non essendo richiesto per le cooperative sociali il rispetto dei requisiti di cui all'art. 10, non sarà possibile estendere a tali enti l'obbligo di svolgere una delle attività di solidarietà sociale previste alla lettera A della stessa norma e restringere così il campo di attività delle stesse.

Inoltre, è opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 3, I comma, della legge n. 381, alle cooperative sociali si applicano le clausole relative ai requisiti mutualistici previsti all'art. 26 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14.12.1947 n. 1577 in base alle quali una moderata distribuzione dei dividendi (ma non in misura superiore all'interesse legale ragguagliato al capitale effettivamente versato) è compatibile con lo scopo mutualistico proprio delle società cooperative. In assenza di una precisazione in senso contrario nel decreto n. 460, si deve ritenere che le cooperative sociali non saranno costrette, in virtù dell'automatica inclusione nelle ONLUS, a modificare i propri statuti in conformità a quanto previsto dalla lettera D ed E dell'art. 10 ovvero ad introdurre una clausola che vieti di « distribuire, anche in

⁽⁹⁾ Sul principio di solidarietà i contributi dottrinali sono numerosi; basti qui ricordare: C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, II, Padova, 1975, p. 1152; A. Pizzorusso, Lezioni di diritto costituzionale, Roma, 1984, p. 187; G. Lavagna, Istituzioni di diritto pubblico, Torino, 1985, p. 451; N. Lipari, La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana in Parlamento, 1989, p. 12; G. Lombardi, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, Milano, 1967, p. 48 ss.; E. Rossi, Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato, in Giur. Cost., 1992, II, p. 2348 ss.

⁽¹⁰⁾ Corte cost., sent. 28.04.1992 n. 75, in Giur. Cost., 1992, p. 415.

⁽¹¹⁾ S. GALEOTTI, Il valore della solidarietà, in Dir. e Soc., 1996, p. 5.

⁽¹²⁾ Corte cost., sent. 28.02.1992 n. 75, cit., p. 415.

⁽¹³⁾ Corte cost., sent. 15-28.04.1992 n. 202, in Giur. Cost., 1992, p. 1483.

modo indiretto, utili e avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'organizzazione » e disponga « l'obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse » (14).

Infine, non dovrebbe applicarsi alle cooperative sociali la fattispecie prevista all'art. 28 in tema di sanzioni e responsabilità dei rappresentanti legali e degli amministratori. Quest'ultima disposizione, infatti, mira a scoraggiare chi voglia avvalersi dei benefici fiscali previsti dal decreto n. 460 pur « in assenza dei requisiti di cui all'art. 10 ». Poiché, come si è detto, per le cooperative sociali il possesso di tali requisiti non è elemento necessario ai fini dell'acquisto della denominazione di ONLUS, ne deriva che tale norma non potrà essere applicata nei confronti dei legali rappresentanti e degli amministratori di una cooperativa sociale (15).

Viene allora spontaneo chiedersi la ragione di questo particolare favor riservato nel decreto n. 460 alle cooperative in questione.

La ratio di questa inclusione di diritto delle cooperative sociali nelle ONLUS non è tuttavia di immediata comprensione.

Due potrebbero essere le ragioni che stanno alla base di tale previsione: in prima istanza, si potrebbe pensare che il legislatore abbia ritenuto superfluo richiedere anche per le cooperative sociali il possesso dei requisiti previsti dai primi commi dell'art. 10 perché, per loro intrinseca natura, tali enti già possiedono questi requisiti (in quanto operano già nei campi indicati dalla lett. A, perseguono finalità di solidarietà sociale, non sono società lucrative ecc...); oppure si potrebbe sostenere che le cooperative sociali siano state considerate dal legislatore enti tali da giustificare un'eccezione alla scelta di fondo operata con il decreto n. 460 cioè quella di selezionare e ritenere meritevoli di un trattamento fiscale agevolato formazioni sociali individuate sulla base del possesso di precisi requisiti (per cui le cooperative sociali si devono ritenere *in ogni caso* ONLUS anche se non rispettano i criteri ed i requisiti indicati dall'art. 10, I comma e ss.).

Al riguardo, la stessa Commissione parlamentare consultiva in materia di riforma fiscale che ha dato parere favorevole al decreto in questione aveva già avuto modo di sottolineare quanto il comma 8º dell'art. 10 fosse di difficile lettura e nel parere aveva chiesto che tale norma fosse riscritta « rendendo chiaro che nel sistema delle ONLUS non troveranno in ogni caso posto Organizzazioni che non rispettino i requisiti richiesti nell'art. 1, in particolare per ciò che riguarda la circostanza relativa alle prestazioni di servizi verso i propri soci... e quella relativa ai limiti quantitativi dei proventi dell'attività profit... ». Le modifiche auspicate dalla commissione non furono però attuate dal legislatore delegato che nella relazione illustrativa spiegava come vi ostasse il « tenore letterale della legge di delega » che in effetti all'art. 3, 189 comma, lett. B) prevedeva « l'automatica qualificazione come organizzazioni non lucrative di utilità sociale... delle cooperative sociali... ».

Né la legge delega, né la relazione illustrativa del decreto offrono però degli elementi per comprendere a pieno la *ratio* della automatica inclusione nelle ONLUS degli enti in questione.

Si potrebbe allora essere indotti ad accogliere la prima tesi prospettata e cioè ritenere che le cooperative sociali siano incluse di diritto nelle ONLUS in virtù del fatto che si tratta di enti che possiedono già, sulla base di quanto disposto dalla legge n. 381/1991, i requisiti previsti dall'art. 10, 1° comma, venendo così ad inserirsi perfettamente nel disegno del legislatore volto ad agevolare unicamente enti *non profit* dotati di particolari caratteristiche.

Volendo verificare concretamente la suddetta affermazione, si può notare che le cooperative sociali cosiddette di « tipo A » (16) soddisfano apparentemente questi requisiti in quanto, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 381, svolgono attività nei campi individuati alla lett. A n. 1, 4, 5 (17) (tanto da poter affermare che esse: « ... ricadono naturalmente nei settori di attività nominati nella lettera A » (18)) e perseguono propriamente la finalità di solidarietà sociale così come definita nel decreto n. 460/97, in quanto la loro attività non è rivolta tanto alla soddisfazione di un interesse dei soci cooperatori, quanto piuttosto a

⁽¹⁴⁾ A questo proposito è opportuno ricordare che il testo originario del ddl approvato dal Consiglio dei Ministri prevedeva all'art. 9 che le cooperative sociali, per poter accedere al regime fiscale agevolato previsto, avrebbero dovuto modificare il proprio statuto includendovi il divieto di distribuzione anche indiretta degli utili, ma tale norma è stata soppressa nel testo definitivo. V., E. NARDUZZI, Nuova disciplina delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale: le cooperative sociali, in Tributi, 1996, p. 1406.

⁽¹⁵⁾ Sulle conseguenze di carattere strettamente fiscale si veda G. M. Colombo, Le ONLUS di diritto, in Corr. Trib., 35/98, p. 2605 ss.

⁽¹⁶⁾ Le cooperative cosiddette di « tipo A », è bene ricordarlo, sono quelle che, ai sensi dell'art. 1, I comma, della legge n. 381/1991 gestiscono « servizi socio-sanitari ed educativi ».

⁽¹⁷⁾ Potendo infatti far rientrare l'attività di « gestione di servizi educativi » nell'ambito di una più specifica nozione di attività di « formazione » o « istruzione »,

⁽¹⁸⁾ E. NARDUZZI, cit., 1995, p. 1407.

quello di altri soggetti estranei al rapporto associativo, tanto da poter affermare che in esse: « i soci cooperatori pur utilizzando il tipo della società cooperativa non si associano per perseguire un obiettivo di tipo mutualistico, ma... un obiettivo di tipo altruistico » (19).

Non così per le cooperative di « tipo B », le quali possono svolgere attività in settori del tutto estranei a quelli indicati nel decreto. Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 381, infatti, le cooperative sociali di « tipo B » svolgono « attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi — finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate ». Siamo qui di fronte a quello che è stato considerato un « sottotipo » di cooperativa di lavoro, in cui « l'obiettivo è quello, tipicamente mutualistico, di favorire le occasioni di lavoro per particolari soggetti, cioè persone svantaggiate » (20) che in genere non sono terzi, ma soci della cooperative, compatibilmente con il loro stato soggettivo. Ne consegue che tali enti possono accedere al trattamento fiscale riservato alle ONLUS pur svolgendo delle normali attività commerciali o industriali precluse agli altri enti, con la sola limitazione di avere almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa appartenenti a categorie svantaggiate (21). Conseguenza questa che contraddice, almeno in parte, l'assunto su cui tutta la disciplina dettata dal decreto n. 460 si basa ovvero, come evidenziato nella stessa relazione illustrativa, l'individuazione delle ONLUS per mezzo di due criteri congiunti: il fine (che deve essere quello della solidarietà sociale) e l'oggetto dell'attività (che deve essere tra quelli indicati nell'art. 10, comma 1, lett. A). Nel caso delle cooperative sociali di « tipo B » questo assunto viene solo parzialmente soddisfatto, posto che tali enti se soddisfano il primo (il fine di solidarietà sociale che consiste, ai sensi dell'art. 10, comma 2 e 3, nella etero-destinazione delle prestazioni o dei servizi resi a soggetti svantaggiati estranei alla compagine sociale o anche, come nel caso delle cooperative sociali in questione, a soci purché si tratti sempre di persone svantaggiate), non necessariamente possono soddisfare il secondo requisito (il tipo di attività).

Non resta allora che concludere che le cooperative sociali sono automaticamente comprese nelle ONLUS in quanto ritenute dal legislatore enti meritevoli di per sé stesse di agevolazioni tra cui, particolarmente significativa, è la già ricordata possibilità di continuare, nonostante la qualifica di ONLUS, ad effettuare una moderata (cioè non superiore all'interesse legale) distribuzione dei dividendi.

Sotto quest'ultimo punto di vista, tuttavia, sorgono ulteriori perplessità. Se, infatti, per le cooperative di « tipo B » la possibilità di una moderata distribuzione di utili non sorprende in quanto si tratta, in fondo, di cooperative di lavoro che perseguono una finalità mutualistica, basata sulla capacità di creare lavoro per i soci svantaggiati (22); tale previsione desta delle perplessità con riguardo alle cooperative di « tipo A » che svolgono un'attività ritenuta dalla dottrina più spiccatamente solidaristica (23) in quanto destinata a soddisfare i bisogni di soggetti estranei alla compagine sociale, attraverso la prestazione di servizi socio-sanitari o educativi. Ciò dovrebbe valere ad escludere qualsiasi ulteriore vantaggio economico per i cooperatori. In altre parole, cioè, in questo caso la finalità solidaristica perseguita non dovrebbe essere ritenuta compatibile con una, seppur modesta, possibilità per i soci di ottenere un vantaggio di tipo economico dalla prestazione del servizio socio-sanitario o educativo fornito. Tale possibilità appare in contrasto con l'intero sistema elaborato dal legislatore delegato per l'individuazione delle ONLUS e basato sulla volontà di agevolare enti che svolgono un'attività di rilievo sociale senza perseguire in alcun modo una attività di carattere lucrativo.

La soluzione migliore sarebbe stata quella di distinguere, in base alle caratteristiche individuali, tra i due tipi di cooperative sociali e di richiedere forse anche per esse il rispetto di alcuni dei requisiti indicati dall'art. 10.

Viceversa, con questa automatica inclusione delle cooperative sociali nelle ONLUS, viene introdotta una disparità di trattamento tra formazioni sociali del tutto sbilanciata a favore delle cooperative sociali e, come si è mostrato, non del tutto giustificata.

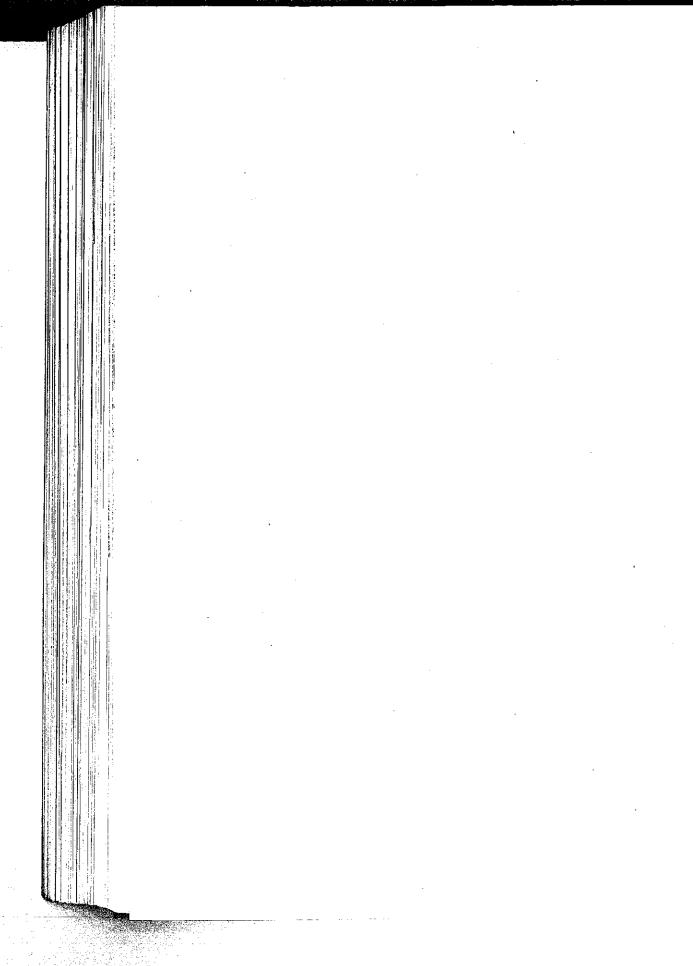
⁽¹⁹⁾ RICCARDELLI, cit., p. 654. Si veda anche M. GENNA, Cooperative sociale e organizzazioni di volontariato, in Studium juris, 1998, p. 1104.

⁽²⁰⁾ G. Marasa, cit., p. 919.

⁽²¹⁾ V., art. 4, III comma, della legge n. 381/1991.

⁽²²⁾ Al riguardo si veda G. Marasa, cit., p. 919.

⁽²³⁾ Si veda al riguardo: N. RICCARDELLI, cit., p. 654; D. LUCARINI ORTOLANI, cit., p. 570; G. MARASA, Forme organizzative dell'attività d'impresa e destinazione dei risultati, in Contratti associativi e impresa, Padova, 1995, p. 157 ss., p. 177 ss.



« INTERFERENZE » PUBBLICISTICHE NELLA DISCIPLINA DELLE ONLUS: ASPETTI PROBLEMATICI (*)

La recente approvazione del D.Lgs. n. 460 del 4 dicembre 1997, contenente norme in tema di « riordino della disciplina degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociali », che rappresenta un ulteriore sviluppo della disciplina normativa del c.d. « terzo settore », iniziata con le precedenti leggi sul volontariato (L. 11 agosto 1991, n. 266) e sulle cooperative sociali (L. 8 novembre 1991, n. 381), offre lo spunto per riaprire la discussione in merito a temi già al centro di studi e dibattiti negli anni precedenti (1).

La cornice di fondo entro cui inserire le specifiche problematiche è rappresentata dai nuovi rapporti che si vengono a creare tra pubblico e privati in settori, ora definibili, a « competenza concorrente » (2).

È stato autorevolmente notato che l'assetto dell'attività dei pubblici poteri sia recentemente al centro di trasformazioni e « fermenti » (3) che hanno proceduto lungo una duplice strada; da un lato pervenendo alla, almeno parziale, realizzazione delle « istanze democratiche » presenti in seno all'attività amministrativa, il cui soddisfacimento veniva da tempo invocato da autorevoli voci dottrina-

^(*) Lucia Musselli, Dottore di ricerca presso la Scuola S. Anna.

⁽¹⁾ Per un'analisi delle varie problematiche giuridiche connesse al settore cfr. M. Cartabia-F. Rigano, L'ordinamento giuridico e fiscale in G. P. Barbetta (a cura di), Senza scopo di lucro — Dimensioni economiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 75 ss.

Per una recente analisi cfr. G. Ponzanelli, Gli enti collettivi senza scopo di lucro, Torino, Giappichelli, 1996.

Un ampio « affresco » delle problematiche giuridico-costituzionali connesse al settore del non profit ci è offerta da V. Tondi Delle Mura, Vecchie tendenze e nuovi orientamenti legislativi e costituzionali in tema di enti non profit, in Non profit, 1997, p. 277 ss.

⁽²⁾ Alla luce del principio di sussidiarietà come criterio di regolazione delle competenze.

⁽³⁾ In tal senso cfr. A. Travi, Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90, in Il Foro it., 1997, V, p. 168 ss.

li (4), mediante la previsione di norme in materia di procedimento tese a garantire il principio del contraddittorio, di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa (artt. 7, 9, 22 ss. L. 241/90). Dall'altro poi si introducono strumenti privatistici per regolare l'attività amministrativa, in particolare disciplinando, in una legge generale, la possibilità di pervenire ad accordi tra privati e pubblica amministrazione (artt. 11 e 15 L. 241/90) ovvero prevedendo forme di gestione dei servizi pubblici locali attraverso le società di capitali (artt. 22 L.142/90, così come modificato dalle leggi 498/92 e 127/97).

Quest'ultimo fenomeno, indicato genericamente col termine di « privatizzazione » della Pubblica Amministrazione, risulta, ad avviso di chi scrive, « speculare » rispetto al progressivo riconoscimento, avvenuto a partire dalle leggi sul volontariato e sulle cooperative sociali, del « privato sociale », come settore a mezza strada tra pubblico e privato tout court, concepito per la gestione di attività aventi utilità sociali e di pubblico interesse, finora di quasi esclusivo monopolio pubblico.

L'apparente linearità di quanto affermato non deve però indurre al rischio di indulgere in acritici e riduttivi schematismi; l'analisi dell'evoluzione storica della disciplina dell'« assistenza e beneficenza » (5), mai, come in questo settore importante per l'esatta comprensione dei successivi sviluppi giuridici, dimostra, nelle vicende dei peculiari enti, le IPAB, dal suo seno scaturiti, come l'« ibridazione » tra pubblico e privato abbia conosciuto vicende alterne e ancor oggi non del tutto chiarite.

Dopo aver cercato, in modo necessariamente sommario, dato il taglio non ricostruttivo, ma problematico adottato, di chiarire la natura di tali enti, occorre verificare se essi siano in possesso dei requisiti per potere essere ascritti al nuovo *genus* delle ONLUS.

L'esito di tale indagine non ha solo un valore descrittivo, dipendendo dal *nomen iuris* prescelto significativi risvolti pratici, in merito all'applicabilità agli enti in questione delle agevolazioni fiscali previste dal D.Lgs. per le Organizzazione Non Lucrative di Utilità Sociale.

Il D.Lgs. n. 460 provvede, infatti, all'art. 10, oltre a fissare in via tassativa i soggetti a cui può (laddove assolvano i requisiti di cui alle lettere seguenti) essere riconosciuta natura di ONLUS, ad elencare i settori di attività nei quali tali soggetti devono necessariamente operare: assistenza sociale o socio-sanitaria, assistenza sanitaria, beneficenza, istruzione, formazione, sport dilettantistico, tutela, promozione, valorizzazione delle cose di interesse artistico, tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili, ricerca scientifica di particolare interesse sociale (art. 10 c. 1). Da questa elencazione risulta subito evidente come molte di queste attività siano esercitate anche da apparati dello Stato o direttamente attraverso l'organizzazione ministeriale (è il caso dell'ambiente, della ricerca scientifica, dei beni culturali) ovvero per mezzo di enti all'uopo preposti che si inseriscono in quel processo di pluralizzazione dei pubblici poteri che segna il tramonto dello Stato monolitico ottocentesco verso il diverso modello delle « società complesse » (6).

Com'è noto nel tardo Ottocento e agli albori del Novecento si era iniziato a delineare, accanto al settore della beneficenza « istituziona-le », nata da iniziative spontanee in ambito religioso (le c.d. opere pie) e non (basti pensare alle istituzioni miste di beneficenza e credito), il diverso filone della beneficenza « legale » (7), segno di un primo intervento dello Stato (ancorché liberale) nella tutela di alcuni soggetti ritenuti meritevoli di bisogno (8). Tale aspetto di specificità soggettiva

⁽⁴⁾ La letteratura al riguardo è assai copiosa, qui si ricordano solo i fondamentali articoli di U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Il Foro it.*, 1984, p. 206 ss. e di G. Berti, *Amministrazione e Costituzione*, in *Diritto amm.*, 1993, pp. 455-480.

⁽⁵⁾ Si utilizza questo termine in chiave storica avendo ben presente come sottolinea U. De Siervo (Assistenza e beneficenza, in Dig. Disc. pubbl., p. 446) che esso appare in parte superato « a causa di un progressivo accentuato superamento delle concezioni culturali e organizzative ad esso sottostanti ».

⁽⁶⁾ Per una ricostruzione di tale processo di pluralizzazione dei pubblici poteri, con particolare attenzione ai cosidetti « enti strumentali » dello Stato cfr. V. Cerulli Irelli, Corso di Diritto Amministrativo, Torino, Giappichelli, 1994, p. 227 ss.

⁽⁷⁾ Per la contrapposizione tra la forma di assistenza e beneficenza derivante dall'associazionismo spontaneo rispetto a quella « pubblica » cfr. U. De Siervo, Assistenza e Beneficenza cit., p. 446 ss. Tale distinzione era già affermata da G. Zanobini (Corso di diritto amministrativo, vol. V, 1952, Milano, Giuffrè pp. 340 ss.) il quale identificava la beneficenza istituzionale in « forme di attività caritative » proprie di enti non territoriali le quali precedono « logicamente », oltre che storicamente, la « beneficenza legale ».

⁽⁸⁾ Per una ricostruzione della legislazione di età liberale cfr. A. Barettoni Arleri, Assistenza e beneficenza, in Enc. Giur., p. 715 ss. Esemplificative di tali interventi sono le leggi che provvedono il ricovero ed il mantenimento dei mentecatti poveri (l. n. 36/1904), l'assistenza e la cura degli orfani e minorenni abbandonati, dei ciechi e sordomuti poveri (art. 8 l. n. 6972/1890), nonché le primissime forme di legislazione previdenziale, giustificate più che altro da ragioni di pubblica sicurezza, quale ad esempio quella che fornisce tutela agli inabili al lavoro (art. 155 T.U. legge di P.S. n. 1848/1926). A seguito del primo conflitto bellico tali leggi aumentarono di numero

degli interventi, che faceva costantemente riferimento in chiave paternalistica alla « povertà dei destinatari », sarà caratteristica costante di tali forme di intervento pubblico fino sostanzialmente al D.P.R. 616 del 1977 (9).

In seguito, com'è noto, la legge 17 luglio 1890, n. 6972, c.d. legge Crispi, intende procedere alla pubblicizzazione di quasi tutti gli enti, precedentemente di natura privata, operanti nell'ambito dell'assistenza e beneficenza. L'attrazione nel pubblico di tali enti (10) (definiti dall'art. 1 della legge come « le opere pie ed ogni altro ente morale che abbia in tutto o per parte per fine: a) di prestare assistenza ai poveri, tanto in istato di sanità quanto di malattia, b) di procurare l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico») comportò, come prima conseguenza, quella di sottoporli a penetranti controlli pubblici, arrivando addirittura a prevedersi la possibilità per il governo di scioglierli ovvero di mutarne il fine istituzionale (11). D'altro verso tale legge appare ispirata ai contrari principi di rispetto della volontà dei fondatori che trovano espressione nel riconoscimento della capacità statutaria e nelle particolari garanzie riconosciute allo « scopo » derivante dalle tavole di fondazione (12). La disciplina delle

opere pie, denominate IPAB (Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza) dal R.D. n. 2841 del 1923, non venne sostanzialmente mutata neppure durante il periodo fascista; a seguito della legge n. 847 del 3 giugno 1937 si procedette semmai ad accentrare l'assistenza attorno agli enti locali territoriali creando, al posto delle Congregazioni di carità, gli Enti Comunali di Assistenza (13).

Successivamente venne promulgata la Costituzione repubblicana che, oltre a porre all'art. 38 le basi per una tutela costituzionale della previdenza ed assistenza sociale modernamente intesa, proponeva in chiara ipotesi di antitesi rispetto alla precedente forma di Stato, la consacrazione, tra gli altri, del principio pluralistico (inteso nelle molteplici forme di pluralismo di espressione, stampa, associazione e religione) ed autonomistico (che del resto è strettamente collegato al primo ed appare in particolare modo teso a dare risalto alle comunità territoriali di nuova creazione: le Regioni) (14).

Nel contempo si assisteva alla progressiva erosione del tradizionale

per assicurare una tutela agli invalidi ed orfani di guerra, nonché per garantire assistenza ai malati di determinate malattie sociali (pellagra, rabbia, lebbra).

⁽⁹⁾ Osserva infatti P. CAVALERI (L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati — Cento anni di giurisprudenza sulla « legge Crispi », ISAP, Milano, Giuffrè, 1992, p. 4) che la legislazione ottocentesca in tema di assistenza e beneficenza appare fondata « sulla settorialità delle prestazioni, sulla discrezionalità degli interventi, sullo stato di « povertà » dei destinatari ».

⁽¹⁰⁾ Rileva l'aspetto di interdisciplinarietà della disciplina delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza « per le sue connessioni con la sfera privatistica e per il ruolo che esso svolge nell'ambito confessionale, cattolico e non » (con i conseguenti riflessi in tema di regolazione dei rapporti a livello concordatario nel 1929 e 1984), C. Cardia, Assistenza e beneficenza, in Enc. Giur.; p. 1 ss.

⁽¹¹⁾ La ratio cui si ispira la legge Crispi era quella di evitare il verificarsi della c.d. manomorta cioè il concentrarsi di beni immobiliari nelle mani di enti ecclesiastici nonché di pervenire ad una laicizzazione del settore; per un'analisi (anche storica) dell'evoluzione delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza cfr. la fondamentale opera di P. Cavaleri, L'assistenza, cit., p. 5 ss. Tale autore sottolinea come la legge Crispi prevedesse, rispetto alla precedente legislazione, anche un controllo sui bilanci preventivi delle opere pie, nonché la possibilità di mutarne i fini « senza alcun ancoraggio a criteri precisi ed obiettivi » (p. 12).

⁽¹²⁾ Le forme di beneficenza « istituzionale » che si dividevano principalmente nelle due ipotesi delle istituzioni elemosiniere ed ospedaliere trovano la loro base giuridica in un negozio di fondazione (testamento o atto di liberalità) che viene formalizzato nelle c.d. tavole di fondazione sulla base delle quale è redatto lo statuto,

⁽¹³⁾ Alle quali semmai si affiancano seppure separati (rientrando nell'ambito della « beneficenza legale ») altri enti quali le O.N.M.I., i Consorzi provinciali antitubercolotici e tutta quella serie di enti pubblici di categoria che si sviluppano, come già ricordato, a partire dagli anni '20; sul punto vd. U. De Siervo, Assistenza e Beneficenza, cit., p. 447 ss.

Per una ricostruzione storico dottrinaria delle principali tappe della vicenda delle IPAB cfr. A. Sandulli, La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: Percorsi e tendenze, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1992, p. 753 ss.

⁽¹⁴⁾ Principi che si ponevano in termini di incompatibilità con la legislazione tardo ottocentesca. Nota peraltro U. De Siervo (*Le Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza*, in V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 227-228) che « il distacco tra la legislazione sulle I.P.A.B. e i nuovi valori costituzionali non ha peraltro — come ben noto — prodotto effetti sul piano legislativo, a riprova della notevole forza dei grandi sistemi istituzionali ad autoriprodursi ed anche a causa delle incertezze di molti soggetti sociali interessati davvero di « navigare in mare aperto », lasciando da parte le rassicuranti sicurezze che deriverebbero dalla permanenza della particolare forma di pubblicità ».

In merito al « ritardo » con cui il principio pluralistico, di cui sono manifestazioni anche le organizzazioni senza scopo di profitto, venne accolto nel nostro ordinamento cfr. P. Rescigno (Considerazioni conclusive in « Fenomeno associativo e attività notarile », Napoli, Jovene, 1995, pp. 236-237. Atti del Convegno organizzato dal Comitato Notarile Pontino, Formia 22-24 aprile 1994) il quale afferma che la « cultura » del pluralismo ha tardato ad affermarsi in Italia, a differenza di altri paesi quali gli Stati Uniti ove invece « la pluralità delle culture e degli stessi strumenti di ciascuna, dalla lingua alla religione al costume, rendeva necessaria l'accettazione della tolleranza reciproca, e spingeva i gruppi ad organizzarsi e ad organizzare le iniziative dei singoli senza necessità di far riferimento in maniera costante, e forse nemmeno in maniera episodica, ad autorità superiori ed in particolare allo Stato, del quale noi siamo invece portati a credere indispensabile la presenza, ed indispensabile l'ausilio ogniqualvolta ci si proponga di raggiungere finalità che trascendono la dimensione individuale ».

modello « totalizzante » di assistenza e beneficenza attraverso la separazione del settore dell'assistenza sanitaria da quello della beneficenza, realizzato a partire dalla legge n. 132 del 1968, con la quale le IPAB svolgenti attività nel settore sanitario venivano trasformate in « enti ospedalieri » prima, per poi trovare più compiuta definizione nel nuovo assetto prodotto dalla « riforma sanitaria » (L. 833/1978) (15).

Proprio in relazione all'attuazione del principio regionalistico con il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 che attua la delega contenuta nella L. 382/1975 circa il trasferimento delle funzioni alle Regioni e, ex art. 118, ai Comuni, si delineò un'ipotesi di rottura rispetto alla disciplina pubblicistica dell'assistenza e beneficenza delineata dal legislatore di fine Ottocento. Il D.P.R. n. 616, prevedeva infatti, all'art. 25, 5° c., il trasferimento di tutte le funzioni, prima spettanti alle IPAB infraregionali, fatta eccezione per quelle aventi finalità educativo-religiosa, ai Comuni, mentre per quelle sovraregionali si prevedeva all'art. 113 la loro soppressione o l'acquisto di personalità giuridica di diritto privato. La Corte costituzionale nella sentenza n. 173 del 1981 censurò il 4º comma dell'art. 25 per eccesso di delega, ritenendo che la legge delegante, non facendo preciso riferimento al trasferimento di funzioni precedentemente svolte da enti infraregionali quali le IPAB, non autorizzasse la loro soppressione, non prendendo invece aperta posizione in merito alla seconda censura basata sull'ultimo comma dell'art. 38 della Costituzione che prevede la libertà d'assistenza sanitaria privata (16).

Sarà con la successiva sentenza n. 396 del 1988 che si decreta la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 6972 del 1890 in quanto: « assoggettando ad un regime pubblicistico gli enti di assistenza, (la legge Crispi n. d.r.) non ammette che le IPAB regionali ed infraregionali possano continuare a sussistere con personalità giuridica di diritto privato, quando abbiano i requisiti di un'istituzione privata » (17). Tale sentenza interpretativa, muove dal presupposto che l'art. 38 della Costituzione repubblicana, costituzionalizzando il principio della « libertà dell'assistenza privata », abbia reso costituzionalmente incompatibile il « monopolio pubblico dell'assistenza », quale previsto dalla legge Crispi, alla luce dei nuovi valori costituzionali (18).

Questa affermazione presenta un'importanza fondamentale nell'ambito della ricostruzione della disciplina giuridico-formale degli enti di assistenza e beneficenza in quanto permette, attraverso la previsione di una « privatizzazione » facoltativa, che tali enti ritornino sostanzialmente nell'alveo del diritto « comune », nel quale originariamente erano sorti come aggregazioni spontanee, agendo la pubblicizzazione cui erano state sottoposte *medio tempore* come una sorta di parentesi, entro la quale tuttavia sempre era stata loro riconosciuta una autonomia statutaria del tutto atipica rispetto al tradizionale modello dell'ente pubblico.

Questo non significa, d'altro lato, come ha sottolineato una recente sentenza del Consiglio di Stato, che la natura giuridica delle Istituzioni venga a mutare automaticamente da pubblica a privata, essendo sempre necessario il riconoscimento della personalità giuridica privata (19).

In merito alle modalità della privatizzazione la sentenza indica due vie: quella giudiziale e quella amministrativa. Al riguardo viene insistentemente auspicato dalla Corte Costituzionale un intervento del

⁽¹⁵⁾ In senso critico rispetto a tale scelta appare F. Merusi (Opere pie, servizi sociali e riforma sanitaria, in R. Gianolio, L. Guerzoni, G. P. Storchi, Assistenza e beneficenza tra « pubblico » e « privato », Milano, Franco Angeli ed., 1980, p. 146 ss.) il quale sottolinea come tale scelta di attribuire ad un unico Ente (il Comune) « poteri che incidono sull'intera vita umana » rappresenta il frutto di un compromesso tra i fautori della riforma sanitaria ed i sostenitori della legge 382 del 1975 (che com'è noto delegava il governo ad emanare i decreti diretti a completare il trasferimento alle Regioni), portando in sè il rischio di un ritorno ad una visione totalizzante del « sistema assistenziale » quale era quella alla base della legge Crispi.

⁽¹⁶⁾ Lo « straripamento » dalla delega, che faceva riferimento ad un trasferimento delle funzioni previste dall'art. 117 della Costituzione in termini generali appare evidente. L'art. 117 e il correlato art. 118 (che giustificava il coinvolgimento dei Comuni) prevede infatti tra le materie di competenza legislativa ed amministrativa regionale anche l'« assistenza e beneficenza », mentre non veniva fatto accenno alla soppressione di enti infraregionali attivi nel settore. La Corte quindi ritiene che il legislatore delegato abbia imboccato una « scorciatoia costituzionale » nel volere sopprimere le IPAB, ritenendo che « le caratteristiche storiche e le peculiarità attuali di autonomia di gestione » non permettessero una eliminazione di tali enti se non per via legislativa. La necessità impellente di una legislazione generale volta a disciplinare gli enti di assistenza viene anche

avanzata dai primi commenti fra i quali vd. A. Amorth-S. Bartole-F. Merusi-G. Pastori-U. Pototsching, *Impressioni sulla sentenza concernente le I.P.A.B.*, in *Le Regioni*, 1981, p. 1325 ss.

⁽¹⁷⁾ Sent. 7 aprile 1988, n. 396, in *Le Regioni*, 1988, pp. 1331-1366 con nota di E. Ferrari.

⁽¹⁸⁾ Secondo L. Ferrara (Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?, in Riv. trim. dir. pubbl., 1990, p. 454) « la Corte ha cioè individuato nelle espressioni del pluralismo sociale i destinatari di un diritto di libertà che postula una condizione di autonomia garantita tramite le forme del diritto privato ».

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 1994, n. 505, in *Enti pubblici*, 1995, con nota di V. Serrano. Per la necessità, in mancanza dell'attuazione delle procedure amministrative di privatizzazione, di un accertamento giurisdizionale della natura degli enti cfr. inoltre Cass. Civ. Sez. Un., 7 agosto 1996, n. 7220, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1997, p. 625; Cass. Civ. Sez. Un., 6 giugno 1995, n. 6342, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1996, p. 581.

legislatore, anche se finora tale auspicio sembra essere destinato a rimanere *flatus vocis*, essendosi invece provveduto, da parte di numerose Regioni, ad emanare leggi volte a regolare la procedura di privatizzazione delle IPAB (20).

La via più praticabile appare comunque essere quella della « riprivatizzazione » per via amministrativa a seguito di apposito procedimento coinvolgente organi dell'amministrazione centrale o periferica, secondo le norme previste in materia dal codice civile, ai sensi dell'art. 12 e ss. Precisa inoltre la Corte che non tutte le Istituzioni sono suscettibili di depubblicizzazione facoltativa dovendo esse, da un lato, « aver conservato » i caratteri propri dell'« organizzazione civile » e dall'altro soddisfare, in via alternativa i requisiti di cui all'art. 17 del D.P.R. 19 giugno 1979 n. 348 (recante norme di attuazione dello Statuto speciale per la Sardegna) e all'art. 30 della L.r. siciliana 22/1986, ritenuti, al riguardo, « punti di riferimento », suscettibili di interpretazione estensiva in quanto espressione di principi generali insiti nell'ordinamento (21). Nel successivo D.P.C.M. del 16 febbraio 1990 viene ribadita la scelta a favore della privatizzazione (facoltativa) per via amministrativa, fornendosi alle Regioni le « necessarie direttive » riguardanti il riconoscimento della personalità giuridica privata alle IPAB regionali ed infraregionali che ne facciano richiesta (22).

Sulla base di quest'ultimo atto, la cui natura appare piuttosto incerta (23) nella gerarchia delle fonti, le Regioni Toscana ed Emilia Romagna sollevarono innanzi alla Corte conflitto d'attribuzione ritenendo che la circolare avesse inciso su un potere loro trasferito ex art. 13 D.P.R. 616/1977, sulla base del fatto che l'assistenza e la beneficenza sarebbero rientrate tra le materie previste dall'art. 117 Cost., come tali di competenza regionale. La Corte respinge la censura ritenendo che « l'attività di ricognizione dell'eventuale natura privata dell'istituzione pubblica di assistenza e beneficenza (...) si sottrae alla sfera di funzioni che, in base al citato art. 13, le Regioni esercitano sugli enti locali operanti nelle materie trasferite e rientra invece nell'ambito delle competenze delegate di cui al successivo art. 14 costituendo una vicenda strettamente collegata al riconoscimento della personalità giuridica » (24).

Da quanto sopra sommariamente illustrato emerge che le IPAB si possono allo stato dividere in due categorie principali:

— quelle virtualmente privatizzabili in ragione di determinati caratteri privatistici di cui sono in possesso; in tal caso si tratterà di individuarli, sulla base delle indicazioni fornite dalle norme (ed in particolare dal D.P.C.M. 16 febbraio 1990), ricordando, tuttavia, che gli indici nel decreto sono a detta della Corte « solo sintomatici » e non costituiscono praesumptiones iuris et de iure;

— quelle che tale privatizzazione non possono o non intendono chiedere.

Ancora una volta quindi, da una prima analisi della vicenda delle IPAB, sembra trarsi una conferma in merito al tendenziale venir meno della nozione di ente pubblico inteso in senso soggettivo (è pubblico quello che promana da un ente qualificabile dalle legge come tale (25)),

⁽²⁰⁾ Tali leggi hanno agito nel senso di « svecchiare » la disciplina delle IPAB, ad esempio, come nel caso della l.r. Veneto (1° settembre 1993, n. 45), prevedendo all'art. 4 che le Istituzioni potessero costituire società cooperative con scopi analoghi od affini a quelli statutari ovvero, come nell'ipotesi della l.r. Trentino (1° agosto 1996, n. 3), che potessero « avvalersi di volontari » e rivalutando infine la possibilità del convenzionamento con le organizzazioni di volontariato. Per tali considerazioni cfr. D. Corra -A. Santuari, Le IPAB quale organizzazione non profit: Aspetti storico-evolutivi e rapporti con le organizzazioni di volontariato, in Non profit, 1997, p. 500 ss.

⁽²¹⁾ L'art. 17 del D.P.R. 348/1978 prevede la possibilità di pervenire a privatizzazione per: 1) le istituzioni aventi struttura associativa; 2) quelle promosse e amministrate da privati e operanti prevalentemente con mezzi di provenienza privata; 3) quelle di ispirazione religiosa. L'art. 30 della l.r. Sicilia n. 22 del 1986 prevede il riconoscimento della personalità giuridica privata per le istituzioni che presentano le caratteristiche di ente ecclesiastico e quelle che « per prevalenza di elementi essenziali sono classificabili come enti privati ». Sottolinea come tali criteri pongano all'inteprete una ricostruzione tutt'altro che agevole P. Cavaleri, op. cit., p. 198, nonché L. Ferrara, Enti pubblici, cit., p. 478-479.

⁽²²⁾ D.P.C.M. 16 febbraio 1990 « Direttiva alle regioni in materia di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficienza a carattere regionale ed infraregionale », la quale, in parziale modifica rispetto ai « criteri » fissati dalla Corte, riconosce (art. 1, c. 3) carattere privatistico a quelle istituzioni che « continuino a perseguire le proprie finalità nell'ambito dell'assistenza, in ordine alle quali sia alternativamente accertato:

a) il carattere associativo;

b) il carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati;

c) l'ispirazione religiosa.

Riconosce di recente natura di « principi generali » ai precetti del D.P.C.M. la Cass. Civ., Sez. Un. 12 gennaio 1996, n. 176.

⁽²³⁾ Per una considerazione di tale decreto come « atto di carattere sostanzialmente normativo » cfr. L. Ferrara, La natura giuridica delle IPAB tra ricognizione, interpretazione e normazione, in Le Regioni, 1991, p. 1549.

⁽²⁴⁾ Sent. 16 ottobre 1990, n. 466, in Le Regioni, 1991, pp. 1561-1562.

⁽²⁵⁾ La concezione soggettiva è affermata, seppure con alcuni correttivi, dalla dottrina classica cfr. G. Miele (*La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Scritti giuridici*, Vol. I, 1987,

in favore di una concezione sostanzialistica della natura dell'ente che si sta affermando a più riprese nel nostro ordinamento.

« INTERFERENZE » PUBBLICISTICHE NELLA DISCIPLINA DELLE ONLUS

In tal senso prende concretamente forma quanto con lungimiranza era stato tratteggiato più di cinquanta anni fa da Giovanni Miele il quale affermava che « i confini tra diritto pubblico e diritto privato sono continuamente mobili, come tutto ciò che è soggetto alle vicende del tempo e dello spazio: ora è il primo che accresce la sua influenza, a spesa dell'altro, ora è quest'ultimo che prende il sopravvento » (26). La vicenda delle IPAB ha dimostrato ampiamente la fondatezza di tale affermazione; da una parte, infatti, il tempo ha fatto il suo corso, sono venuti meno i presupposti storico-giuridici che forse avevano rappresentato la base ideologica per la creazione di un settore «laico» di assistenza, e appare giunta definitivamente l'ora di un « rientro » di tali enti nell'ambito privatistico; e al proposito sarebbe nuovamente opportuno auspicare un intervento legislativo che disciplini in una leggequadro il settore. D'altro canto, l'adesione del nostro ordinamento alla Comunità europea, ha fatto sì che i confini geografici e quindi spaziali non coincidano più con quelli giuridici andandosi verso un'integrazione dei modelli giuridici con il verificarsi di un fenomeno di « flussi e riflussi » tra categorie pubblicistiche e privatistiche.

Significativo di tale ultima tendenza è, ad esempio, in un ambito diverso, il mutamento del concetto di amministrazione aggiudicatrice nel settore degli appalti ove si assiste al passaggio dalla nozione di ente pubblico economico a quella di « organismo di diritto pubblico », introdotto dalla Direttiva 93/97/CEE e fatto proprio dalla Corte di Giustizia europea (27).

In questo senso il dibattito sulla natura degli enti sembra veramente, com'è stato efficacemente precisato in dottrina, spostarsi sul piano dello scontro tra « realtà sociale » e « qualificazione formale », espressione dell'« insofferenza dell'ordinamento, inteso come comunità, a subire l'onnipotenza del legislatore (...) rispetto ai problemi di qualificazione » (28).

La scelta di accogliere un criterio sostanziale non sembra, almeno prima facie, essere stata fatta propria dal Decreto legislativo n. 460/97.

Tale decreto in realtà tace in merito alle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (29). L'art. 10, c. 10, afferma, però, che « non si considerano in ogni caso ONLUS gli enti pubblici, le società commerciali diverse da quelle cooperative, gli enti conferenti di cui alla legge 218/90, i partiti e i movimenti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni di datori di lavoro e le associazioni di categoria »; tale categorica previsione, almeno a livello testuale, dei soggetti esclusi dal novero delle ONLUS si contrappone con singolare evidenza rispetto al regime di favor che viene riconosciuto ai soggetti non profit disciplinati da recenti leggi di settore, quali le organizzazioni di volontariato, le organizzazioni non governative e le cooperative sociali che invece « sono in ogni caso considerate ONLUS » (art. 10 c. 8). La categoria dei soggetti che il comma 10 elenca è alquanto eterogeneo comprendendosi, accanto ad enti tipicamente volti alla distribuzione degli utili (le società commerciali), associazioni non riconosciute, di primaria importanza nella vita sociale e politica del paese (partiti e sindacati), associazioni di categoria, gli enti pubblici nonché gli « enti conferenti » di cui alla Legge n. 218 (c.d. legge Amato). Diverse sono evidentemente le ragioni che hanno spinto il legislatore a non includere nel genus ONLUS l'una o l'altra categoria; per quanto riguarda le fondazioni bancarie, istituti dalla natura giuridica assai controversa, l'esclusione parrebbe, almeno momentaneamente, giustificata dal fatto che era in corso in Parlamento la discussione sul disegno

Milano, Giuffrè, p. 365 ss.) il quale tuttavia sottolinea come il legislatore decida della natura pubblica di un ente « con intenti pratici » non esistendo un'aprioristica pubblicità.

⁽²⁶⁾ G. Miele, La distinzione, cit., p. 365.

⁽²⁷⁾ Per la definizione di « organismo di diritto pubblico » si veda la recente sentenza della Corte di Giustizia europea 15 gennaio 1998 in Causa C-44/96, in *Guida al diritto*, n. 5, 7 febbraio 1998, p. 101 ss.

Per un approfondimento dell'evoluzione dei concetti di enti pubblici nel settore degli appalti Cfr. L. RIGHI, La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, p. 347 ss.; A. Graziano, Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici. Per un'intepretazione degli artt. 22, lett. e), legge 8 giugno 1990, n. 142 e 12, co. 3 l. 23 dicembre, n. 498, in Riv. Trim. app., 1994, p. 601 ss.

⁽²⁸⁾ Così V. Caianello (Considerazioni sugli enti pubblici, in Rass. Giur. Energia elettrica, 1992, p. 287); tale autore afferma inoltre che « si assiste perciò ad una serie di eventi che potrebbero addirittura indurre ad ipotizzare un superamento della distinzione tradizionale tra enti pubblici ed enti privati ed al ritorno di una ottocentesca figura indistinta di « persona giuridica » o « ente » tout court, rilevante nella sfera pubblica in ragione della disciplina legislativa di cui di volta in volta si debba fare applicazione, con la conseguente inutilità di continuare a fondare la distinzione tra pubblico e privato in base alla natura dell'ente, che diverrebbe perciò ormai superfluo sia definire come nozione che verificare nella realtà » (p. 279).

⁽²⁹⁾ In senso critico rispetto a tale esclusione cfr. G. Tabet (Le IPAB tra progetto Zamagni e legislazione vigente, in Rass. trib., 1995, pp. 1563-1575) il quale sottolinea come già in passato le IPAB erano state soggette a trattamenti tributari di sfavore, soprattutto in relazione all'Invim sulle rendite fondiarie.

di legge teso ad offrire una sistemazione normativa al settore anche in merito alla loro natura giuridica (30).

« INTERFERENZE » PUBBLICISTICHE NELLA DISCIPLINA DELLE ONLUS

Nella Relazione che accompagna il Decreto si identifica invece espressamente la ragione dell'esclusione degli enti pubblici nella « necessità di favorire la crescita ed il consolidamento di un terzo settore che operi autonomamente rispetto ai canali di allocazione diretta delle risorse pubbliche » (Rel. al decreto, Sez. II).

Per quanto concerne invece le IPAB, non menzionate tra i soggetti espressamente esclusi, la questione appare controversa e risolvibile in via di prima approssimazione in maniera diversa a seconda del presupposto di partenza che si accolga in merito alla loro natura giuridica. Ma questo, a parere di chi scrive, non si può desumere in astratto né sulla base dei meri dati normativi, al riguardo non solo comunque insufficienti, ma anche modificati « sostanzialmente » dalle sentenze della Corte Costituzionale. Di conseguenza di fronte all'interrogativo se le IPAB rientrino o meno nella disciplina del D.Lgs. 460 si ritiene che non possa essere data una risposta univoca, dovendosi valutare caso per caso, in maniera necessariamente empirica, le caratteristiche precipue dell'ente che ci si trova di fronte per superare il meccanismo presuntivo che sembra emergere dall'art. 10 c. 10.

Tale categoria appare infatti, come emerge dalla ricostruzione storico-giuridica che si è fatta, tutt'altro che unitaria ed univocamente determinabile ravvisandosi, entro l'ampio genus delle IPAB, enti con

evidenti caratteristiche pubblicistiche, attinenti soprattutto al regime dei controlli, delle nomine e responsabilità degli amministratori (31), così come organismi che ben poco si discostano, quanto a disciplina ed organizzazione interna, dalle corrispondenti associazioni o fondazioni operanti nel « mondo privatistico ».

Il tentativo di pervenire ad una schematica ricostruzione delle diverse tipologie di enti porterebbe ad articolare la disciplina delle IPAB secondo tre forme, prevedendosi quelle « non privatizzabili », che rimangono escluse dalle agevolazioni fiscali che il decreto prevede; quelle invece in astratto suscettibili di « privatizzazione », le quali saranno fortemente incentivate a richiedere il riconoscimento della natura giuridica privata ed infine quelle già privatizzate che risultano incluse nell'ambito delle ONLUS, essendosi la natura pubblicistica « diluita » nel regime privatistico (32). In particolare, il Decreto n. 460 agirebbe nei confronti degli enti di cui al secondo gruppo come un'ipotesi di « legislazione premiale », secondo la formula delineata, nella sua relazione, dal Professor Rigano nella previsione di « oneri per ottenere incentivi ».

Il quadro frammentario così delineato non appare però del tutto confortante, tenuto conto degli elementi di discrezionalità insiti nell'attribuzione della natura privatistica, laddove perlomeno si utilizzi la forma amministrativa di riconoscimento, con possibilità di dar luogo a disparità di trattamento sul piano sostanziale (33). Così come qualche dubbio

⁽³⁰⁾ Si tratta del d.d.l. n. 3194, che prevede all'art. 2 c. 1 che « gli enti diventino persone giuridiche private con piena autonomia statutaria ». Com'è noto la legge n. 218/1990, il D.lgs. n. 356/90 e le successive leggi, nell'intento di procedere alla « privatizzazione » degli istituti di credito pubblico, hanno provveduto a scorporare l'azienda dal soggetto imprenditore conferendo le azioni ad un'apposita s.p.a. ad hoc costituita, venendosi a creare da un lato gli enti conferenti (che rimangono enti pubblici) e dall'altra le società conferitarie (in forma di s.p.a.) a cui dovrebbero essere dismesse tutte le partecipazioni detenute dai primi. Agli enti conferenti che rivestono la forma giuridica di fondazione resta il vincolo di impiegare una parte degli utili conferitegli in attività non profit (« eterofissate » in 4 ambiti), rendendoli un potenziale soggetto attivo nell'ambito del terzo settore. Tali enti presentano aspetti assai particolari quanto alla loro natura giuridica perché, se è vero che essi nacquero grazie alla volontà di alcuni privati cittadini (come è testimoniato, ad esempio, dal sistema delle Casse di Risparmio), dall'altro appare altrettanto evidente come siano incorse in una progressiva « pubblicizzazione » confermata anche dalle stessa recente legislazione. Al riguardo uno degli aspetti maggiormente complessi attiene alle dismissioni delle partecipazioni bancarie. Per una ricostruzione della complessa vicenda delle fondazioni bancarie cfr. F. Merusi, Sulla natura giuridica dei c.d. enti-fondazione, in Diritto amm., 1993, p. 481 ss.; Gli enti fondazione: atto terzo, in Diritto amm., 1995, p. 155 ss.; nonché G. Ponzanelli, Nuove regole giuridiche per le fondazioni bancarie?, in Il Risparmio, 1996, p. 77 ss.

⁽³¹⁾ Tanto che recente giurisprudenza (Cass. Civ., Sez. Un., 28 ottobre 1995, n. 11298 con nota di M. De Giorgi, La responsabilità amministrativa nelle IPAB: Il caso Chiesa, in Il Giornale di diritto amministrativo, 1996, p. 57) ha ritenuto estensibile ad un amministratore di un'IPAB milanese la disciplina della responsabilità contabile prevista per gli impiegati civili dello Stato.

⁽³²⁾ Anche se una volta ottenuto il riconoscimento come ente morale privato sovente si propongono, nella prassi, problemi a livello di trattamento del personale (soprattutto in merito alla giurisdizione competente), funzionamento degli organi collegiali, modifiche statutarie. Sul punto dell'ambito oggettivo della giurisdizione « esclusiva » del giudice amministrativo in materia, v. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 1996, n. 84.

⁽³³⁾ Il riconoscimento della natura privata, in via amministrativa, avviene con Decreto del Ministero dell'Interno. Il riconoscimento per via giudiziale, che rimane comunque necessario laddove non siano operative le procedure amministrative, ha sollevato non poche perplessità in merito alla compatibilità delle decisioni della Corte di Cassazione con le indicazioni derivanti dalla sent. 396/1988. In particolare non sembra siano emersi al riguardo standards giudiziali tali da garantire l'uniformità di trattamento (cfr. P. CAVALERI, Assistenza, cit. p. 200-202).

In tempi non recenti sottolineava G. Capograssi (La questione di stato e la giurisdizione ordinaria nota a Corte di Cass., Sez. Un., 9 gennaio 1915 ripubblicata in occasione della rubrica celebrativa della Sez. IV del Cons. Stato in Foro amm., 1989, II, p. 2265) come il riconoscimento della natura pubblica di un ente compete necessariamente al giudice ordinario il quale dovrà

potrebbe forse essere avanzato, dal punto di vista della « ragionevolezza » e coerenza interna di una siffatta ricostruzione che costringerebbe le IPAB dapprima ad esperire il complesso quanto doveroso procedimento amministrativo o giurisdizionale per giungere alla « depubblicizzazione », per poi sottoporle, in seconda battuta, alla verifica delle caratteristiche oggettive necessarie ex art. 10 per ottenere la qualifica di ONLUS, riconoscendosi invece a certi soggetti, quali le organizzazioni di volontariato, purché iscritte nei registri regionali o provinciali, il titolo di « ONLUS » di diritto, senza necessità di alcun controllo ulteriore (34).

Di fronte all'apparente esclusione delle IPAB dall'ambito delle ONLUS, laddove si accolga la tesi della loro natura pubblicistica, da taluni (35) è stata ventilata la possibilità di aggirare la previsione normativa ostativa richiedendo l'iscrizione delle IPAB nel registro delle organizzazioni di volontariato ex art. 6 L. 266/1991, ma a questa soluzione osta il parere negativo reso, in sede consultiva dal Consiglio di Stato, il quale afferma che hanno titolo per l'iscrizione « quei soli Enti che, in passato, rientrando nel novero delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, continuino a sussistere come organizzazioni di diritto privato svolgenti attività di volontariato ai sensi della legge n. 266 del 1991 » (36).

Non è ancora possibile, data la novità del decreto legislativo, verificare se l'impianto del D.Lgs., che appare ancora imperniato su una concezione soggettivo-formale di ente, verrà « adeguato » dalla giurisprudenza alle nuove esigenze « sostanziali » via via emergenti, o troverà sistemazione compiuta in un successivo intervento legislativo,

anche se appare evidente che il « nodo » delle IPAB prima o poi si porrà all'attenzione degli interpreti (37).

Al riguardo una soluzione del problema, a livello categoriale, ma con le conseguenze pratiche connesse ad ogni scelta definitoria, potrebbe essere rappresentata dalla riproposizione della teoria degli « enti privati di interesse pubblico » (38). Tali enti, concepiti come soggetti intermedi tra pubblico e privato, diverrebbero « enti gestori di attività preordinate a fini pubblici e sociali » e le loro competenze sarebbero fissate alla luce del principio di sussidiarietà, soprattutto in relazione alla concorrente attività delle « Istituzioni », quali enti preposti alla gestione dei servizi sociali a livello locale dall'art. 22 c. 3, lett. 2 L. 142/1990 (39).

L'accoglimento di tale categoria, che merita degli approfondimenti, non possibili in questa sede, porterebbe con sé l'innegabile vantaggio di conferire maggiore unitarietà al settore del non profit, attribuendo un rilievo determinante, per la qualificazione delle ONLUS, all'elemento sostanziale piuttosto che a quello formale, evitando il rischio di assistere a violazioni del principio di ragionevolezza o a forme di « concorrenza sleale ». D'altro canto invece porrebbe in primo piano il problema dei controlli, ex art. 11 D.Lgs. n. 460, al fine di evitare che soggetti « formalmente e sostanzialmente pubblici » si avvalgano della normativa prevista per le ONLUS per ottenere indebite

operare un giudizio non solo formale in quanto « l'esame della natura pubblica, infatti, rimane campato in aria se non sia diretto ad accertare la *qualità specifica* di questa pubblica natura. Poiché, è vero che *prius esse quam esse tale*, ma nella realtà giuridica, come nella realtà semplicemente umana, esiste solo l'esse tale, cioè l'individuo concreto, il soggetto pubblico, ma pubblico non in una maniera generica, bensì determinato da prerogative, da caratteristiche, da note distintive, che fanno il suo essere vero (...) ».

⁽³⁴⁾ La questione è aperta, non esistendo, al momento della Comunicazione, giurisprudenza sul punto.

⁽³⁵⁾ Sul punto v. D. Corrà-A. Santuari, cit., pp. 507-508.

⁽³⁶⁾ Per cui sembra restringersi il campo alle IPAB « privatizzate » o « privatizzabili » le quali, secondo la ricostruzione accolta, avrebbero già titolo autonomo per essere considerate ONLUS.

In merito al parere cfr. Cons. Stato, Sez. I, Par. n. 739 del 25 maggio 1994 in *Il Cons. Stato*, I, 1995, pp. 1621-1623. In senso difforme cfr. T.A.R. Lombardia (Brescia), 16 maggio 1995, n. 495 (*Quad. dir. Pol. Eccl.*, 1996, p. 582) il quale afferma che la Regione dovrà valutare « volta per volta » se l'ente è in possesso dei requisiti per ottenere l'iscrizione.

⁽³⁷⁾ In realtà numerosi spunti problematici erano già emersi (e si possono ritrovare nei relativi Atti) nel corso del Convegno organizzato dall'UNEBA e dall'ANSDIPP, « L'ordinamento delle IPAB ha superato il secolo: necessità ed orientamenti per una riforma », Milano, Palazzo delle Stelline, 31 Ottobre 1996 ove appaiono di particolare interesse ai nostri fini le relazioni di Bertolini, Cammelli, Pastori, Tabet e Zamagni.

⁽³⁸⁾ Per l'analisi di tale categoria cfr. R. Perez, Gli enti privati di interesse pubblico, Milano, Giuffrè, 1984, nonché G. Rossi, Ente pubblico, in Enc. Giur. Treccani, pp. 11-12.

In senso critico rispetto all'utilizzo di una tale categoria si era precedentemente espresso lo Zanobini (Corso di diritto amministrativo, 1936, Milano, Giuffrè, pp. 139-140) il quale sosteneva che essa sarebbe stata ripresa in Italia da alcuni autori (Longo, Ferrara) dietro suggestione della dottrina francese ove però avrebbe assunto una rilevanza « in senso sociale » e non giuridico; concludendo, seppure un pó frettolosamente, che gli « istituti privati di utilità pubblica » altro non sono che « enti morali privati ». Per una ricostruzione di tale definizione nella più ampia ottica del dibattito scientifico-culturale del primo novecento attorno alla « natura » degli enti cfr. E. Ferrari, La Corte e la legge Crispi, cit. p. 1349 ss.

⁽³⁹⁾ Per tali osservazioni vd. G. Pastori (*Prospettive di riforma dell'ordinamento delle IPAB*, in *Le Regioni*, 1996, p. 1046 ss.) il quale sottolinea che la Costituzione ha rotto l'identità tra pubblico in senso soggettivo ed oggettivo e che il raccordo tra il momento privato e quello pubblico « non deve avvenire più dal punto di vista del soggetto quanto dal punto di vista dell'attività che esso svolge ».

LE ATTIVITÀ DIRETTAMENTE CONNESSE: SPUNTI PROBLEMATICI (*)

agevolazioni tributarie, in tal modo non solo violando le norme di legge, ma anche tradendo, attraverso forme più o meno striscianti di pubblicizzazione del settore, lo « spirito » che sta alla base del riconoscimento normativo di incentivi al privato sociale.

1. Premessa.

Uno dei requisiti essenziali per l'individuazione delle ONLUS è rappresentato dal criterio delle « attività svolte » in settori indicati espressamente dal legislatore: assistenza sociale e socio-sanitaria, assistenza sanitaria, beneficenza, istruzione, formazione, sport dilettantistico, tutela e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili, ricerca scientifica di particolare interesse.

Il criterio dell'attività svolta, così come previsto dalla lett. a) dell'art. 10, comma 1 del decreto legislativo n. 460/97, si completa con la previsione di cui alla lett. c) dello stesso comma. Posto che l'art. 10, comma 1 lett. c), ha individuato il divieto di « svolgere attività diverse, ad eccezione di quelle direttamente connesse », il legislatore ha cercato di puntualizzare il concetto e la nozione di attività direttamente connesse, per così chiarire ed individuare le tipologie di attività che possono legarsi ed essere compatibili con l'attività statutaria principale diretta al perseguimento di finalità di solidarietà sociale.

La previsione di cui all'art. 10, comma 5, individua due fattispecie che possono aiutare a comprendere l'intenzione del legislatore: in primo luogo si considerano *direttamente connesse* a quelle istituzionali le attività statutarie di assistenza sanitaria, istruzione, formazione, sport dilettantistico, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili, svolte in assenza delle condizioni previste ai commi 2 e 3 dell'art. 10 (1). In secondo luogo si è creata la categoria delle « attività acces-

^(*) Barbara Cacelli, Dottore in Giurisprudenza.

⁽¹⁾ Nei commi 2 e 3 viene chiarito il concetto di « finalità di solidarietà sociale », indicando i requisiti e i soggetti verso cui è rivolto il suo perseguimento.

sorie » per natura a quelle statutarie istituzionali, in quanto integrative delle stesse.

Cercando di schematizzare quanto introdotto dal legislatore, si può identificare la categoria generale delle attività direttamente connesse—così come individuata dall'art. 10, comma 1, lett. c)— la quale si specifica in due figure rappresentate dalle « attività direttamente connesse » e dalle « attività accessorie » di cui al comma 5 richiamato. Il rapporto che si verrebbe così a creare tra le previsioni del legislatore sarebbe quello di genus (le attività connesse di cui alla lett. c) a species per le attività connesse in senso stretto e le attività accessorie (infra § 2 e 3).

Per completare una prima lettura dell'art. 10, comma 5, è necessario soffermare l'attenzione sulle condizioni poste dal legislatore per l'esercizio di tali attività « secondarie » rispetto a quelle principali e statutarie: in ciascun esercizio e nell'ambito di ciascuno dei settori elencati dalla lett. a) del comma 1, queste attività non debbono essere prevalenti rispetto a quelle istituzionali; in più i relativi proventi non debbono superare la soglia del 66% delle spese complessive dell'organizzazione.

Si possono sommariamente analizzare singolarmente i requisiti che il legislatore richiede a queste attività direttamente connesse.

Innanzitutto, si attribuisce un limite temporale stretto, « ciascun esercizio », nel quale deve accertarsi la sussistenza delle condizioni che di seguito verranno analizzate (2): la condizione così come è stata prevista dal legislatore lascia posto ad alcune riflessioni preliminari. Infatti è da ritenere che l'analisi della sussistenza di detti requisiti debba avvenire in tempi ristretti, in quanto l'accertamento del loro venir meno o della loro mancanza deve avvenire nell'arco dell'esercizio finanziario dall'attività stessa. Inoltre questo tipo di accertamenti richiederà tutta una serie di mezzi « tecnici » tali affinché l'accertamento avvenga « in tempo reale » con il venir meno dei requisiti: questo per non avvantaggiare quelle « realtà » associative che si potrebbero avvalere della copertura di ONLUS per mascherare attività meramente commerciali ed imprenditoriali.

Ulteriore requisito è rappresentato dalla non prevalenza delle attività c.d. direttamente connesse su quelle istituzionali: il criterio della non prevalenza consente di individuare un rapporto di strumentalità e di subordinazione tra le attività principali e le attività direttamente connesse, in quanto si sono individuate delle attività come principali e statutarie alle quali possono essere affiancate, ma in posizione subordinata, altre attività che hanno determinate caratteristiche.

La circolare del Ministero delle Finanze — Dipartimento delle entrate, n. 168/E del 26 giugno 1998, ha ribadito quanto sottolineato nella Relazione illustrativa che accompagnava il decreto legislativo n. 460/97: il requisito della non prevalenza delle attività connesse sulle attività principali istituzionali «è di fondamentale importanza per caratterizzare in senso solidaristico la struttura operativa e funzionale delle ONLUS», evitando, in tal modo, che le organizzazioni non lucrative di utilità sociale possano svolgere in via esclusiva o principale le attività connesse. L'applicazione del criterio descritto comporta, pertanto, l'esame e l'analisi di tutta una serie di elementi determinanti per il raffronto tra attività istituzionali e attività connesse: a tale proposito la circolare richiamata elenca alcuni elementi esemplificativi quali gli investimenti, l'impiego delle risorse umane e materiali, il numero delle prestazioni effettuate (3).

C'è però da evidenziare che non sempre è agevole l'individuazione della prevalenza dell'attività principale su quelle secondarie: si pone, pertanto, un problema di scelta del criterio da adottare per individuare tale requisito.

Alcuni concordano nel ritenere che il criterio da adottare non possa essere quello che prende in considerazione esclusivamente elementi quantitativi dell'attività (4); in questo senso si sottolinea che « la principalità dell'oggetto non è legata a criteri quantitativi, bensì qualitativi » (5). La linea di raffronto tra le attività c.d. principali e le attività c.d. secondarie o connesse dovrebbe consistere in una analisi condotta sulla tipologia di attività svolta: è pertanto principale quell'attività che si orienta verso la realizzazione ed il soddisfacimento degli interessi primari che istituzionalmente l'organizzazione si è prefissa (6). Se però il criterio c.d quantitativo, basandosi su elementi meramente numerici

⁽²⁾ G. BIANCHI, Commento all'art. 10, in Il Fisco, 1998, n. 10, 3437.

⁽³⁾ Circolare Ministero delle Finanze - Dipartimento delle entrate, n. 168/E del 26 giugno 1998, 1.5. Inoltre la circolare precisa che «il criterio della prevalenza è autonomo rispetto all'ulteriore criterio indicato al punto n. 2 che prende in esame i proventi delle attività direttamente connesse in rapporto alle spese complessive dell'organizzazione ».

⁽⁴⁾ A. Fedele, Il regime fiscale delle associazioni, in Riv. dir. trib., 1995, I, 342.

⁽⁵⁾ TABET, Verso una nuova tassazione degli enti non profit, in Rassegna Tributaria, 1997, 578.

⁽⁶⁾ TABET, op. cit., 579.

e di quantità, lascia perplessi, anche il criterio c.d. qualitativo lascia spazio ad una percezione soggettiva: in questo contesto dovrebbero, pertanto, crearsi criteri oggettivi che aiutino ad individuare la linea di confine, anche qualitativa, tra attività primarie e attività secondarie.

Da escludere sarebbero anche gli elementi c.d. di « valore » in quanto può risultare difficile valutare i « valori normali » delle attività erogative di beni e dei servizi che possano essere confrontati con il volume dei ricavi delle attività connesse (7).

È del resto difficoltoso individuare il criterio della prevalenza in base al confronto tra risultati economici raggiunti dalla attività esaminate: infatti, secondo alcuni, adottando tale concetto di prevalenza, le attività connesse sarebbero, nella maggior parte dei casi, prevalenti.

Vista la varietà delle situazioni che possono presentarsi, è difficile pensare ed individuare regole generali. Si possono trarre alcune conclusioni: da una parte si può sottolineare che il raffronto tra ricavi e risultati è, di per sé, scarsamente significativo per l'individuazione di un criterio con il quale distinguere tra attività accessorie ed attività principali; dall'altra il criterio sopra ricordato risulta più interessante e, in alcuni casi, più significativo se confrontato con altri criteri di valore, talvolta adottati, quali quelli di mera quantità, come ad esempio il raffronto basato sull'impegno ore/uomo nelle diverse attività.

Il legislatore ha posto anche un'altra condizione secondo la quale i proventi delle attività direttamente connesse non debbono superare il 66% delle spese complessive dell'organizzazione: si è così posto un esplicito confronto tra valori e quantità derivanti dall'esercizio delle attività secondarie, in quanto « i relativi proventi », che non debbono superare la percentuale stabilita dal legislatore, sono i proventi relativi alle attività connesse.

Alcune puntualizzazioni dovranno essere effettuate anche in merito all'ammontare delle spese complessive dell'organizzazione: esse possono infatti essere costituite da esborsi complessivi, inclusi quelli relativi alle attività principali. Secondo alcuni dovrebbe poi aggiungersi la valorizzazione delle prestazioni ricevute in regime di volontariato: come è stato osservato « diversamente opinando verrebbero penalizzate le ONLUS con maggiore coinvolgimento del volontariato, quelle cioè ove più si realizza quella solidarietà sociale che prima di essere

condizione richiesta dalla legge di delega è principio della nostra Carta Costituzionale » (8).

2. Le attività direttamente connesse previste dall'art. 10, comma 5.

Nella prima parte dell'art. 10, comma 5, il legislatore ha indicato, come peraltro già ricordato all'inizio (retro \$1), le situazioni in cui possono indentificarsi le « attività direttamente connesse » che, ex art. 10, comma 1 lett. c), possono essere svolte da una organizzazione non lucrativa, senza incorrere nel divieto di svolgere attività diverse.

Infatti si considerano direttamente connesse (a quelle istituzionali che permangono principali) le attività statutarie di assistenza sanitaria, istruzione, formazione, sport dilettantistico, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili (9).

Le attività che si sono elencate debbono essere svolte in assenza delle condizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 10, come si è già ricordato nel § precedente quando si sono analizzate le caratteristiche principali delle attività connesse.

Alcuni, nel commentare il criterio delle attività svolte adottato per individuare le caratteristiche di una ONLUS, hanno suddiviso le attività elencate dall'art. 10, comma 1 lett. a), in due categorie: questa schematizzazione viene elaborata dal combinato disposto dei commi 1, 4 e 5. Secondo questa impostazione si potrebbero individuare due grandi raggruppamenti di attività svolte dalle ONLUS: « per attività che, mutuando un linguaggio calcistico, chiameremo di « serie A », si prescinde dalla verifica delle condizioni di vantaggio » (10) che i beneficiati ricevono; la seconda categoria comprende attività definite, continuando ad usare questa metafora, di « serie B », le quali possono essere svolte come « attività statutarie istituzionali » dirette esclusivamente a soggetti « svantaggiati » o nell'ambito di « aiuti umanitari » o come attività « direttamente connesse a quelle istituzionali », naturalmente non prevalenti su quelle statutarie, che permangono principali.

Questa impostazione è utile per commentare la scelta fatta dal legislatore al momento di indicare attività, anche secondarie, che potevano legarsi, senza incorrere nel divieto più volte ricordato, alle

⁽⁷⁾ Nella realtà di una azienda, ad esempio, risulta oltremodo difficoltoso individuare il criterio della prevalenza intesa come prevalenza di volumi di affari nel momento in cui diverse sono le attività svolte, le quali comportano diverse redditività.

⁽⁸⁾ G. BIANCHI, op. cit. 3437.

⁽⁹⁾ La norma elenca tutte queste attività già previste ai numeri 2), 4), 5), 6), 9), 10) del comma 1 lett. a).

⁽¹⁰⁾ G. BIANCHI, op. cit., 3435.

attività statutarie e istituzionali di solidarietà sociale, verso cui tendono le organizzazioni non lucrative. Tralasciando le c.d. attività di « serie A » (11) l'attenzione deve appuntarsi sulle attività che il legislatore ha elencato come attività statutarie che possono considerarsi « direttamente connesse » a quelle istituzionali (12).

Il legislatore ha elencato gli ambiti e i settori in cui si svolgono queste attività che possono definirsi direttamente connesse: secondo la Relazione governativa « il comma 5 dell'art. 10 definisce le attività connesse, destinate al reperimento di fondi necessari per finanziare le attività istituzionali. Queste ultime sono attività oggettivamente analoghe a quelle istituzionali, dalle quali tuttavia si differenziano in quanto possono indirizzarsi a beneficio di chiunque, non sussistendo per esse alcun vincolo di destinazione ». Queste stesse attività connesse sono, però, soggette ad alcune condizioni « stringenti » (come si è già visto): la non prevalenza rispetto a quelle istituzionali e il non superamento di una predeterminata percentuale di spesa, considerata e rapportata all'organizzazione dell'ente.

In pratica, questi requisiti e queste condizioni sono riferite letteralmente alle « attività direttamente connesse »: « l'esercizio della attività connesse è consentito a condizione che, (...) le stesse non siano prevalenti rispetto a quelle istituzionali e i relativi proventi non superino » una determinata percentuale indicata.

È lecito pertanto chiedersi, tenendo presente la schematizzazione proposta nel § precedente, se queste condizioni « stringenti » debbano riferirsi alle « attività direttamente connesse » in generale (e quindi comprensive anche delle attività accessorie) o se invece si riferiscono alle sole attività direttamente connesse di cui al comma 5, e pertanto intese in senso stretto, escludendo la loro applicabilità alle attività accessorie. Alla luce

della Relazione governativa (così come visto sopra) sembrerebbe che solo le attività direttamente connesse, di cui al comma 5, dovessero rispettare ed essere soggette alle « due condizioni stringenti ».

A ben vedere il tenore letterale del comma in questione, conduce ad una diversa soluzione: « si considerano direttamente connesse a quelle istituzionali le attività statutarie (si procede all'elenco) nonché le attività accessorie per natura a quelle statutarie istituzionali, in quanto integrative delle stesse » (art. 10, comma 5). Si possono da ciò ricavare alcune considerazioni: in primo luogo può tenersi valida la schematizzazione già proposta con la quale si considerano attività direttamente connesse e attività accessorie (art. 10 comma 5) come species del genus attività direttamente connesse di cui alla lett. c) art. 10, comma 1. La congiunzione nonché giustificherebbe la comune natura tra queste tipologie di attività secondarie, non prevalenti sulla attività principale e statutaria: sotto questo punto di vista le condizioni ed i limiti previsti dal legislatore sarebbero riferibili anche alle attività accessorie.

3. Le attività accessorie.

Seguendo la linea tracciata alla fine dal § precedente, le « attività accessorie per natura a quelle statutarie istituzionali, in quanto integrative delle stesse » costituiscono una specificazione, una *species* della categoria più ampia delle attività direttamente connesse: avendo e, soprattutto, mantenendo tali caratteristiche possono essere svolte dalle organizzazioni non lucrative senza incorrere nel divieto di cui all'art. 10, comma 1, lett. *c*).

Rimane, però, da analizzare più da vicino quanto il legislatore ha disposto per individuare la natura e la *ratio* della norma, così da poter identificare, nella realtà materiale, i casi e le situazioni in cui una attività, svolta da una associazione, un comitato, altri enti non profit, ha le caratteristiche indicate dal legislatore.

Se per le attività direttamente connesse il legislatore ha elencato le tipologie di settori in cui queste debbono operare, non altrettanto è avvenuto per le attività accessorie; per questo, dato il tenore della previsione normativa, non è del tutto agevole individuare le situazioni che possono rientrare in tale categoria.

Il problema interpretativo prende le mosse dalla terminologia utilizzata dalla norma: espressioni come attività accessorie « per natura » a quelle statutarie « in quanto integrative delle stesse » lasciano

⁽¹¹⁾ Vengono considerate di serie A le attività svolte dalle ONLUS nei settori dell'assistenza sociale e socio sanitaria, della beneficenza, della tutela promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico, della tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente (con esclusione della raccolta e riciclaggio dei rifiuti esercitati abitualmente), della promozione della cultura, della ricerca scientifica di particolare interesse sociale.

⁽¹²⁾ La Circolare Ministero delle Finanze - Dipartimento delle entrate, n. 168/E del 26 giugno 1998 non ha introdotto nuovi elementi rilevanti per la caratterizzazione delle attività de quo ma si è limitata solamente a puntualizzare che nei settori dell'assistenza sanitaria, istruzione, formazione, sport dilettantistico, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili, si considerano attività connesse la cessione di beni e le prestazioni di servizi « relative alla attività statutarie effettuate nei confronti di soggetti che non versano » in condizioni di svantaggio di cui all'art. 10, commi 2 e 3 (naturalmente rispettando le condizioni e i limiti stabiliti).

capire l'imbarazzo con cui l'interprete, ma soprattutto l'operatore del settore, si avvicina alla norma.

È, infatti, l'espressione « per natura » che lascia un po' perplessi sul significato e sulla portata della locuzione stessa; possono a riguardo essere formulate differenti ipotesi di significato: la norma, con questa espressione, potrebbe indicare un legame diretto tra l'attività principale e l'attività secondaria, o meglio l'attività accessoria dovrebbe « muoversi » nello stesso ambito e nello stesso settore dell'attività principale. Altra proposta di lettura potrebbe far leva su un rapporto più indiretto tra attività principale e accessoria: la liceità di questa attività accessoria affonderebbe le sue radici non nell'appartenenza allo stesso settore della attività principale, ma in un legame meno immediato e più strumentale (13).

La Relazione governativa ha evidenziato queste difficoltà affermando che « è il caso di puntualizzare che viene considerata « accessoria » ed « integrativa » l'attività strutturalmente funzionale, sotto l'aspetto materiale, a quella istituzionale, che si sostanzia cioè in operazioni a completamento o migliore fruibilità delle attività istituzionali quali ad esempio, la vendita di depliants nei botteghini dei musei o di magliette pubblicitarie ed altri oggetti di modico valore in occasione di campagne di sensibilizzazione (14).

L'invito contenuto nella Relazione illustrativa è stato parzialmente raccolto, dal momento che la circolare n. 168/E del Ministero delle Finanze sulla carta e nelle intenzioni avrebbe dovuto puntualizzare i concetti rimasti « impliciti » nel decreto, o meglio, avrebbe dovuto cercare di esemplificare in modo che, nel momento dell'applicazione, tali requisiti ed elementi risultassero di più semplice ed efficace applicazione. In realtà non si è aggiunto molto a quanto la Relazione illustrativa aveva già detto: per le « attività integrative » la circolare si è limitata a ripetere quanto detto nella Relazione che accompagnava il decreto n. 460/97 (15); per quanto concerne le attività accessorie « per

natura » si è indicato, solo a livello meramente esemplificativo, la preparazione di personale specializzato da utilizzare esclusivamente all'interno dell'organizzazione per la realizzazione delle finalità solidaristiche (16).

COMUNICAZIONI

Il rapporto tra le attività principali e le attività accessorie per natura potrebbe configurarsi come un rapporto più indiretto, in un rapporto cioè in cui l'attività accessoria si presenta come un mezzo strumentale attraverso il quale realizzare e raggiungere gli obiettivi di solidarietà sociale. Se si privilegiasse una interpretazione rigida e stretta delle locuzioni « per natura » e « integrative delle stesse » si otterrebbe, come risultato, l'illiceità di tutta una serie di attività che qualitativamente si muovono su piani diversi rispetto alle attività principali di assistenza, solidarietà, ma che materialmente sono talvolta indispensabili per la realizzazione di tali finalità.

L'esercizio di una attività commerciale potrebbe essere un esempio di attività accessoria che potrebbe risultare esclusa dalle attività direttamente connesse, se si interpretasse la norma di cui all'art. 10, comma 5 in combinato disposto con il comma 3 lett. c), in maniera rigida e stretta: si perderebbe uno strumento utile e prezioso, per la realizzazione di fini di utilità sociale. Al contrario, adottando rigidamente il criterio della non prevalenza dell'attività commerciale sull'attività statutaria, si può ottenere la compatibilità delle dette attività. Il problema é semmai un altro: un'attività commerciale strumentalmente legata ad una ONLUS può godere di determinate agevolazioni e incentivazioni, proprie dell'organizzazione a cui è subordinatamente legata. È da chiedersi se in tale situazione si verifica una distorsione della concorrenza e, pertanto, un regime sfavorevole per quelle realtà che svolgono esclusivamente attività commerciali. Secondo alcuni (17) «l'ente non lucrativo che svolge attività economica si fa imprenditore e dunque deve rimanere assoggettato allo statuto proprio dell'impresa » (infra § 5).

Naturalmente, come già sottolineato dalla Relazione governativa

⁽¹³⁾ Alcuni hanno parlato a questo proposito di « ridondanza della disposizione » sostenendo che in questo « frangente il fisco evidentemente riscopre la metafisica... » (G. Bianchi, op. cit., 3436). Non è agevole quindi cercare il significato dell'espressione « accessorietà per natura, oppure di « attività integrative a quelle statutarie ».

^{(14) «} Si pensi ai termini « strutturalmente funzionale », « aspetto materiale », « sostanziarsi », « operazioni di completamento », « miglior fruibilità », « modico valore » sono tutti tranelli , pietre di inciampo sulla via di una chiara applicabilità e comprensibilità della norma ». (G. Bianchi, op. cit., 3436).

^{(15) «} Sono attività strutturalmente funzionali, sotto l'aspetto materiale, a quelle istituzio-

nali, quali ad esempio la vendita di depliants nei botteghini dei musei o di magliette pubblicitarie di modico valore in occasione di campagne di sensibilizzazione » (Circolare n. 168/E, 1.5).

⁽¹⁶⁾ Per entrambe le tipologie di attività connesse si sottolinea ancora una volta che costituiscono fonti per il reperimento di fondi necessari per finanziare le attività principali. Naturalmente non possono costituire una attività autonoma, dovendosi altresì svolgere all'interno e nel contesto dell'attività istituzionale.

⁽¹⁷⁾ RIGANO F., Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato, in Giurisprudenza costituzionale, 1998, p. 62.

(supra), sono necessarie puntualizzazioni che esplicitino più precisamente la portata ed il significato di tali locuzioni, indicando requisiti e parametri attraverso i quali individuare queste attività che pur non essendo connaturali alle attività principali, si collegano ad esse.

4. L'attività commerciale: compatibilità e spunti problematici.

a) Premesse.

Le osservazioni contenute nella Relazione Governativa al decreto legislativo n. 460/97, cui si è fatto riferimento alla fine del paragrafo precedente, consentono di spostare l'attenzione su una problematica molto complessa, come la compatibilità di una attività commerciale o imprenditoriale e l'attività svolta da una organizzazione non lucrativa, tesa al perseguimento di finalità di solidarietà sociale.

In via preliminare si può osservare che le attività direttamente connesse (retro § 2 e 3) sono legate, come si è più volte sottolineato, da un rapporto di subordinazione e di « condizionamento » rispetto a quelle principali: questa caratteristica dà una impronta determinante e una caratterizzazione « forte » alle organizzazioni non lucrative, in quanto le ONLUS non possono svolgere, in via esclusiva o principale, quelle che di fatto debbono e possono essere solo ed esclusivamente attività « secondarie ».

È pertanto lecito chiedersi se attività di solidarietà sociale e attività c.d. lucrative possono coesistere all'interno di una medesima organizzazione: questo interrogativo è il punto di partenza di una riflessione più ampia sulle problematiche che scaturiscono dai rapporti tra il mondo dell'associazionismo e quello economico — imprenditoriale. Idealmente possiamo strutturare questa riflessione analizzando sinteticamente le posizioni della dottrina e quelle della giurisprudenza e, contemporaneamente, cercare di comprendere se queste stesse linee e soluzioni possono, a ragion veduta, essere ancora oggi, dopo l'approvazione del decreto legislativo delegato n. 460/97, valide e « applicabili » alle nuove realtà del terzo settore.

b) Indirizzi della dottrina e della giurisprudenza.

Secondo un indirizzo consolidato della giurisprudenza, per acqui-

sire lo *status* di imprenditore occorre che « l'attività oggettivamente economico-commerciale sia a lui direttamente imputabile » (18) non essendo sufficiente, a tal fine, la mera connessione o il collegamento con un altro soggetto imprenditore. Per questo « un'associazione non diventa imprenditore commerciale quando per raggiungere i propri scopi altruistici si limiti ad utilizzare i proventi dell'attività imprenditoriale di un soggetto distinto anche se collegato o collaterale » (19). Seguendo queste indicazioni della Corte di Cassazione non si può escludere la compatibilità tra un ente con fini altruistici e l'attività imprenditoriale, anche se si deve osservare che affinché possa parlarsi di una associazione, per esempio, come di un imprenditore commerciale occorre che la sua attività si svolga esclusivamente e prevalentemente come una attività oggettivamente imprenditoriale e, pertanto, imputabile ad essa anche a livello formale.

Il fatto che nel panorama economico, accanto a figure di aggregazione che esercitano l'attività commerciale — in via principale e non — con il fine di distribuire egoisticamente il risultato di tali attività, operano realtà come le associazioni (con o senza personalità giuridica) che in via principale non esercitano attività commerciali senza il fine di dividere gli utili, non è una novità.

Secondo alcuni « le associazioni quali enti che possono esercitare un'attività commerciale in via principale o non e non possono assumere forma soggettivamente lucrativa, si collocano sul mercato svolgendo un ruolo intermedio fra enti privati lucrativi ed il soggetto pubblico nell'offerta qualificata di beni e servizi della collettività (...) motivate dalla mera produzione attraverso un'attività efficiente ed innovativa pari a quella degli enti soggettivamente lucrativi esercitata anche con un evidente sbocco sociale » (20). Nel momento in cui una associazione svolge un'attività commerciale che configura il perseguimento del suo oggetto principale, tale ente diviene, necessariamente, un ente commerciale: affinché una attività si possa definire commerciale o impren-

⁽¹⁸⁾ Cass., sez. I civ., 18 settembre 1993, n. 9589, in Foro it., 1994, I, 3503.

⁽¹⁹⁾ Cass. *ibidem*. Secondo alcuni « lo status dell'imprenditore commerciale potrebbe essere riconosciuto ad un ente morale solamente a condizione che l'attività oggettivamente imprenditoriale svolta da questo ultimo risulti essere esercitata in via esclusiva o prevalente ». (Patante, in *Foro It.*, 1994, I, 3504).

⁽²⁰⁾ V. Ficari, Strumentalità dell'attività commerciale e fine non lucrativo nella tassazione delle associazioni, in Rassegna Tributaria, 1997, n. 4, p. 809.

ditoriale occorre che tale attività sia essenziale al perseguimento dello scopo sociale (21).

Emblematico è il caso delle fondazioni di impresa, le quali possono essere inquadrate seguendo un duplice criterio: una fondazione in cui l'esercizio dell'attività commerciale si rapporta in maniera strumentale al perseguimento delle finalità principali; un'altra tipologia in cui l'attività d'impresa è lo scopo principale (22).

Non si esclude quindi *a priori* la possibilità che l'attività commerciale ed economica possa costituire l'oggetto principale e l'attività dominante dell'ente, anche per il fatto che, come notano alcuni, il fenomeno di un'attività commerciale, concretamente esercitata da parte di queste organizzazioni, è ampiamente diffuso.

Proprio a questo proposito è stata introdotta la « teoria della neutralità » delle forme (23) fatta propria anche dalla giurisprudenza di merito (24), dal momento che le forme degli enti previste dal Codice civile sarebbero dei contenitori che possono ospitare i più vari contenuti. Tale criterio suscita alcune perplessità, considerando che, da un lato questa molteplicità di contenuti può costituire un modo attraverso il quale si opera una correzione dei limiti di quella prospettiva dottrinale che individuava nel tipo di attività il tratto distintivo tra le organizzazioni del Libro I e del Libro V; dall'altro però si potrebbe assistere ad un processo di « completa osmosi tra le varie forme giuridiche » (25) giungendo ad un pressoché totale appiattimento delle forme giuridiche stesse.

Anche in altre pronunce, la Corte di Cassazione ha ribadito che in presenza di altri requisiti, previsti dall'art. 2082, è imprenditoriale « l'attività economica, organizzata al fine della produzione o dello

scambio di beni e servizi esercitata in via esclusiva o prevalente » (26): si deve però escludere tale carattere imprenditoriale quando l'attività venga svolta in modo totalmente gratuito, poiché non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita di beni o servizi (27).

In altre occasioni si è sottolineato più chiaramente come il rapporto tra gli obiettivi principali e altruistici e l'attività commerciale è di tipo strumentale (infra § c): « la natura dell'attività in concreto esercitata prevale sul fine dichiarato anche se si tratta di fine non di lucro, dal momento che lo scopo di ripartire, oppure no, utili ai partecipanti all'iniziativa commerciale costituisce un momento successivo alla produzione degli interessi stessi » (28).

Anche la giurisprudenza di merito si è occupata del problema di coordinamento che sorge tra attività istituzionali ispirate alla solidarietà ed a scopi altruistici e le attività commerciali che più o meno direttamente possono collegarsi e coesistere con tali enti non commerciali. L'obiettivo e l'attenzione dei giudici si è rivolto all'accertamento della compatibilità e dell'ammissibilità di attività economiche che si relazionano con l'ente non profit (29). L'orientamento generale è quello di considerare ammissibili tutte quelle attività anche commerciali e im-

⁽²¹⁾ F. Gallo, I soggetti del libro primo del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni, in Riv. dir. trib., 1997, I, 347 e ss. R. Schiavolin, I soggetti passivi, in AA.VV., Imposta sul reddito delle persone giuridiche, Torino, 1996. Tabet, Verso una nuova tassazione degli enti non profit, in Rassegna Tributaria, 1997, 578 e ss.

⁽²²⁾ G. Ponzanelli, in Foro It., 1994, I, 3544.

⁽²³⁾ V. per tutti Ponzanelli, in Foro It., 1994, I, 3544.

⁽²⁴⁾ Trib. Napoli, sentenza 1º febbraio 1994, in Gius., 1994, n. 21, pp. 127 e ss.

⁽²⁵⁾ Ponzanelli, in Foro it., 1994, I, 3544. A tale proposito una parte della dottrina ha osservato che la qualificazione di una associazione in base alla natura commerciale o non commerciale « dell'attività principale avvenga secondo un criterio ben distinto da quello della natura soggettivamente o oggettivamente lucrativa del fine ultimo ». Ficari, op. cit., p. 815. Questi due criteri attengono a profili e aspetti diversi di una associazione e ciò che più conta possono coesistere al suo interno. (Ficari, op. cit. p. 815).

⁽²⁶⁾ Cass. Sez. lav., 14 giugno 1994, n. 5766, in Giust. Civ., 1995, 187.

⁽²⁷⁾ Cass. Sez. lav., 14 giugno 1994, n. 5766, in Giust. Civ., 1995, 187. Anche in altre pronunce la Corte ha evidenziato « che può essere attribuita la qualifica di imprenditore commerciale all'associazione alla fondazione aventi oggetto esclusivo o principale una attività economica nel senso indicato dall'art. 2082 ancorché finalizzata alla realizzazione di scopi ideali » (Cass. 9 novembre 1979, n, 5770, in Giust. Civ., 1980, 2255); « che il carattere religioso e la finalità assistenziale di una organizzazione non escludono la natura imprenditoriale dell'attività di assistenza ai bisognosi, in quanto potenzialmente produttiva di utili » (Cass. 9 febbraio 1989 n. 819, in Giust. Civ., 1989, 2643); « che deve essere attribuita la natura imprenditoriale ad una associazione che agisce per i fini di vantaggio patrimoniale dell'ente che ne ha curato la costituzione e che persegue, quindi, fini assistenziali a favore di soggetti dipendenti ed ex dipendenti » (Cass. 10 giugno 1993, n. 6463, in Giust. Civ., 1994, 157); « che deve essere considerata astrattamente assoggettabile alla disciplina dettata dalla legge fallimentare per la qualità di imprenditore commerciale, l'associazione che esercita, in modo prevalente e esclusivo, una attività obiettivamente commerciale, senza che possa assumere rilievo il fatto che siano perseguiti scopi altruistici ». (Cass. 28 settembre 1993, n. 9589, in Foro it., 1994, I, 3503).

⁽²⁸⁾ Cass. 8 marzo 1995, n. 2705, in Foro it., 1995, I, 3511.

^{(29) «}In assenza di specifici divieti dell'atto costitutivo o dello statuto è legittima la costituzione da parte di una fondazione di una società a responsabilità limitata ». (Trib. Napoli, 14 gennaio 1994, in *Gius.*, 1994, n. 13, p. 190). « Deve ritenersi legittima la costituzione, ad opera di una fondazione, di una società responsabilità limitata avente ad oggetto l'esercizio di una

prenditoriali che, in maniera indiretta e strumentale, realizzano o concorrono a concretizzare i fini e gli scopi istituzionali dell'ente.

c) Strumentalità dell'attività commerciale (30).

Come si è visto dagli indirizzi della giurisprudenza, il legame tra enti non profit e attività commerciali viene ricondotto al criterio della « strumentalità ». Una parte della dottrina (31) ha cercato di individuare il principio della strumentalità all'interno della legislazione tributaria per dare un contenuto normativo a questo requisito elaborato dalla dottrina: infatti nel D.P.R. 917/86 si fa più volte riferimento alla possibilità che una associazione possa esercitare un'attività di impresa « in conformità alle finalità istituzionali » (art. 108 e art. 111); da notare, però, che il legislatore non ha proceduto a definire che cosa si intende per *conformità*, con notevoli difficoltà di applicazione della norma richiamata.

La conformità ai fini istituzionali dell'ente e l'assenza del fine di lucro, secondo una parte della dottrina (32), costituiscono il rapporto

impresa editoriale e la conseguente assunzione, da parte della fondazione stessa, di un'attività imprenditoriale ». (Trib. Napoli, 1º febbraio 1994, in *Gius*, 1994, n. 21, pp. 190 e ss).

di strumentalità funzionale tra l'attività commerciale e le finalità di solidarietà dell'organizzazione non profit.

COMUNICAZIONI

La dottrina opera un'ulteriore suddivisione e distinzione tra una strumentalità diretta e una indiretta, in considerazione del fatto che l'attività imprenditoriale e commerciale può essere attività-mezzo oppure attività-fine. Per attività — mezzo si identifica una attività che è essenziale al perseguimento e al raggiungimento delle finalità dell'associazione: tale fine, con l'impiego di queste attività, viene così raggiunto in maniera più agevole. Con attività — fine di indica invece quell'attività che rappresenta l'unica ragione « di esistenza dell'associazione e che ne esaurisce, in sostanza, l'ambito operativo superando lo schermo programmatico » (33).

Secondo alcuni (34), a livello di organizzazione dell'ente, occorre che, in ogni caso, ci sia chiarezza sulla destinazione degli utili che derivano dall'attività commerciale, senza quindi lasciare spazio ad impieghi alternativi: sarebbe possibile una destinazione intermedia dei ricavi, nel caso in cui questi vengano utilizzati per finanziare e sostenere una attività che non è principale ma che comunque è « direttamente funzionale » con quella istituzionale (questa chiarezza di destinazione degli utili dovrebbe essere stabilita a livello statutario o in ogni caso con atto successivo).

È da segnalare come, già in altre occasioni, il legislatore aveva preso coscienza delle, talvolta inevitabili, commistioni tra questi due tipi di attività (commerciale e di solidarietà sociale). Nella legge quadro sul volontariato, all'art. 3, si prevedeva che « le organizzazioni di volontariato possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico ». In particolare si deve aggiungere che, in ogni caso, la legge n. 266/91 richiede per l'esenzione dei proventi dell'attività commerciale, « l'assenza di fini di lucro », anche indiretto, nell'attività di volontariato; la gratuità delle prestazioni fornite agli aderenti e, soprattutto, che l'associazione di volontariato tragga le risorse per il proprio funzionamento e per l'esercizio della propria attività da con-

⁽³⁰⁾ Ficari V., Attività commerciale non principale ed agevolazioni Irpeg ad enti associativi con fine non lucrativo, in Riv. dir. trib., 1996, I, 150 e ss. Prima di analizzare in maniera approfondita il nesso strumentale che lega attività commerciali non principali e attività istituzionale in un ente non profit, occorre accennare ad altre tipologie di nessi possibili che, secondo una parte della dottrina, possono essere individuati nel momento in cui si analizza il legame tra attività commerciali e attività dirette alla realizzazione del fine di solidarietà sociale. Secondo questa parte della dottrina si può individuare un « nesso finanziario » tutte le volte in cui l'attività finanziaria è tesa a procurare tutte quelle risorse necessarie per il perseguimento del fine istituzionale non lucrativo dell'ente. Altro tipo di legame è rappresentato dal nesso funzionale, il quale ha due caratteristiche precipue: l'immediata strumentalità del legame intercorrente tra le due attività; la piena armonia e conformità tra attività non principale e fine istituzionale. Nel caso in cui i proventi da tale attività venissero destinati ad altro, si spezzerebbe l'unitarietà della gestione, escludendo così il rapporto di coerenza tra le due attività. Con il nesso organizzatorio si individua quel particolare modulo organizzativo con il quale l'ente non profit si relaziona ad un ente con scopo di lucro, che ha una propria specifica ed autonoma organizzazione. Nel caso in cui non fosse possibile identificare una distinta organizzazione dell'attività lucrativa, si realizza l'unitarietà di gestione che lega entrambe le attività in un rapporto di reciproca funzionalità.

⁽³¹⁾ V. FICARI, Strumentalità dell'attività commerciale e fine non lucrativo nella tassazione delle associazioni, in Rassegna Tributaria, 1997, n. 4, p. 820 e ss.

⁽³²⁾ Ficari, ibidem. V. inoltre Zizzo, Reddito delle persone giuridiche (imposta sul), in Riv. dir. trib., 1994, I, 308; Antonini, Norma di legge, standard giuridico e risoluzione ministeriale, in Riv. dir. fin., 1979, I, 443.

⁽³³⁾ FICARI, ibidem, p. 821. Solamente il primo tipo di rapporto può godere delle agevolazioni fiscali previste dal legislatore.

⁽³⁴⁾ Ficari, op. cit., 826. Tabet, Le Ipab tra progetto Zamagni e legislazione vigente, in Rassegna Tributaria, 1995, 167.

tributi o anche « da entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali » (art. 5 comma 1) (35).

Proprio nell'intento di rendere più intelligibile e soprattutto univoca l'espressione « attività commerciali e produttive marginali ». è intervenuto il decreto ministeriale n. 3263 del 25 maggio 1995, con il quale si è provveduto a identificare i « criteri per l'individuazione delle attività commerciali e produttive marginali » svolte dalle organizzazioni di volontariato. Attività di vendita occasionale o iniziative occasionali di solidarietà le quali si svolgano in occasione di celebrazioni, campagne di sensibilizzazione verso i fini istituzionali dell'organizzazione di volontariato; attività di vendita di beni acquistati da terzi a titolo gratuito a condizione che tale vendita sia curata direttamente, senza quindi l'intervento di intermediari; cessione di beni prodotti dagli assistiti e dai volontari, sempreché la vendita sia curata direttamente e senza intermediari: attività di somministrazione di alimenti e bevande in particolari circostanze aventi carattere occasionale; attività di prestazione di servizi con particolari requisiti: sono alcuni degli esempi di come si sia cercato di consentire una individuazione univoca del concetto di « attività marginali ». Il decreto però non si limita solamente ad identificare le tipologie delle attività svolte, ma indica anche i requisiti ed i criteri con i quali queste attività debbono essere svolte, per la realizzazione del fine istituzionale dell'organizzazione, senza l'impiego di mezzi organizzati professionalmente e senza fini di concorrenza (36).

Un nesso di strumentalità tra attività commerciale e finalità di solidarietà sociale può realizzarsi e concretizzarsi anche tra attività esercitate da soggetti diversi, ognuno dei quali eserciti solamente una di queste attività. Secondo alcuni una associazione potrebbe partecipare al controllo di un ente diverso, il quale eserciti, come attività principale,

una attività commerciale o imprenditoriale: il risultato di questa attività potrebbe concretizzarsi in un modo attraverso il quale si procede alla sovvenzione e al finanziamento dell'associazione. Questo particolare tipo di legame si riscontra nella strutture delle cooperative sociali (l. n. 381/1991): infatti possono « essere ammessi come soci delle cooperative sociali persone giuridiche pubbliche o private » nei cui statuti sia stato previsto « il finanziamento e lo sviluppo delle attività di tali cooperative » (art. 11).

5. Alcune riflessioni conclusive.

Il quadro tracciato offre numerosi spunti di riflessione e suscita molteplici interrogativi in relazione alle problematiche lasciate in sospeso dal legislatore. Come si è ricordato quando si è tentato di schematizzare il contenuto di queste attività direttamente connesse, si sente il bisogno di una presa di posizione netta in merito alla compatibilità tra attività di solidarietà sociale e attività imprenditoriali.

L'attenzione deve pertanto spostarsi sulla attualità delle posizioni fino ad ora analizzate e quanto il legislatore ha introdotto con il decreto n. 460/97: l'analisi delle posizioni della giurisprudenza sulla compatibilità o meno dell'attività commerciale aiuta a focalizzare un problema fondamentale rappresentato dall'incertezza che le disposizioni previste in merito alle attività svolte — principali e connesse — da una organizzazione non lucrativa lasciano all'interprete e all'operatore del settore.

Il legislatore non ha esplicitamente previsto un divieto di svolgere attività commerciali: dal momento in cui si può ipotizzare una coesistenza tra finalità di solidarietà sociale e attività commerciali, si deve convenire che, se lecite e ammissibili, queste attività imprenditoriali debbono rientrare nelle attività direttamente connesse o accessorie, non potendo includerle, sia per esclusione normativa (non sono attività previste dall'art. 10, comma 1 lett. a), sia per ragionamento logico, tra le attività che una ONLUS deve svolgere come obiettivo principale. Pertanto, se ed in quanto ammissibili, debbono sottostare ai limiti e alle condizioni previste dall'art. 10 comma 5, già ampiamente esposti nei § precedenti.

Naturalmente, anche per le ragioni sommariamente espresse sopra, le attività commerciali e imprenditoriali non possono essere prevalenti, anche per un motivo pratico: una impresa commerciale che potesse fregiarsi della qualifica di ONLUS ed avere così accesso ai benefici e

⁽³⁵⁾ Secondo una parte della dottrina il concetto di marginalità sarebbe sinonimo di non principalità dell'attività commerciale rispetto a quello istituzionale. (Ficari, op. cit., 827). Si può ricordare anche una distinzione tra le nozioni di secondarietà, occasionalità e marginalità. Con secondarietà si indica una attività che non è essenziale né determinante per il raggiungimento dello scopo principale. L'occasionalità si riferisce non tanto all'oggetto principale dell'attività, quanto all'attività vista nella dimensione temporale, mentre il concetto di marginalità attiene all'aspetto non quantitativo, ma qualitativo.

^{(36) «} La nozione di marginalità così come definita nel decreto ministeriale risulta più ristretta rispetto a quella di non principalità e a causa della sua anelasticità rispetto alle diverse modalità di esercizio ». (Ficari, op. cit., 829). Castaldi, Brevi riflessioni in materia di trattamento tributario delle sovvenzioni pubbliche corrisposte ad enti lirici, in Rassegna Tributaria, 1995, 832 e ss.

alle agevolazioni fiscali goduti da tali organizzazioni non lucrative e previsti dal decreto n. 460/97, avrebbe una posizione sul mercato più concorrenziale rispetto alle altre imprese che non hanno e non godono degli stessi benefici. Questo porterebbe, come logica conseguenza, ripercussioni negative sul mercato economico, sul regime della concorrenza e sull'occupazione.

Come ampiamente sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il legame tra attività principale e attività commerciale potrebbe essere solo di tipo strumentale, con l'attività commerciale in una posizione subordinata e secondaria rispetto alle attività primarie di solidarietà sociale. Si è parlato di vincolo di subordinazione e di strumentalità del legame tra attività commerciale e attività principale: in ipotesi, questo stesso legame non potrebbe configurarsi in un rapporto in cui l'attività imprenditoriale - commerciale è servente rispetto all'attività principale? Il nesso di strumentalità, se inteso in maniera rigida, potrebbe essere identificato in un rapporto di « asservimento » dell'attività economico -- commerciale rispetto all'attività di solidarietà. In ogni caso, al di là delle ipotesi di definizione del tipo di rapporto intercorrente tra attività di solidarietà sociale e attività commerciale, anche se il legislatore non ha previsto esplicitamente un regime di incompatibilità tra dette attività, ha escluso che l'attività imprenditoriale possa divenire attività primaria.

Altra possibile ipotesi di lettura circa la compatibilità di una attività commerciale, seppur secondaria, con una attività di solidarietà perseguita da una organizzazione non lucrativa, può essere offerta dalla considerazione dello *spirito* con il quale si è affrontata questa innovazione fiscale, che ha portato alla creazione della qualifica di ONLUS. Partendo da queste premesse si potrebbe concludere per la incompatibilità dell'attività imprenditoriale con l'attività non profit, proprio in virtù delle *forti* agevolazioni concesse a queste organizzazioni, anche e soprattutto al fine di evitare situazioni di distorsione del panorama economico e commerciale, causate dagli incentivi e benefici concessi.

Sarebbe quindi auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore volto a puntualizzare i parametri e le modalità di esercizio dell'attività commerciale, se e in quanto legata ad attività che perseguono finalità di solidarietà sociale.

Interessanti osservazioni in merito al rapporto tra il mondo non profit e le attività commerciali emergono nel momento in cui si sottolinea la doverosità di individuare un sostegno adatto ed adeguato alle organizzazioni che svolgono attività dirette verso fini sociali (37). Lo spunto per queste riflessioni è offerto dall'analisi del legame che talvolta si instaura tra attività c.d. turistiche (38) e la associazioni non profit: la specialità del settore non profit non deve « essere il pretesto per incentivare comunque e sempre ogni iniziativa che si dichiari motivata da fini non speculativi » (39), soprattutto quando si colloca tra le iniziative economiche. Le agevolazioni e le incentivazioni concesse ad enti non profit che svolgono attività di impresa debbono essere eccezionali e motivate: « il sostegno dell'associazionismo sociale è da perseguire con rigore e senza indulgenze e soprattutto in una visione unitaria e coerente delle tematiche del non profit » (40).

Pertanto il legislatore deve equilibrare da una parte il naturale sostegno da offrire a queste realtà di solidarietà sociale (che in un certo senso e sotto alcuni aspetti suppliscono lo Stato di fronte a sue determinate carenze in termini di solidarietà sociale), dall'altra deve cercare di non creare situazioni di « protezionismo » tali da compromettere l'equilibrio economico, quando i suoi interventi avvengono nel campo delle attività commerciali ed imprenditoriali.

⁽³⁷⁾ RIGANO F., Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato, op. cit., p. 56.

⁽³⁸⁾ Le c.d. attività turistiche comprendono l'organizzazione di viaggi, l'alloggio dei turisti ecc.

⁽³⁹⁾ Rigano, op. cit., 62.

⁽⁴⁰⁾ RIGANO, op. cit., 62.

UN'ESPERIENZA DI IMPRENDITORIA SOCIALE (*)

La Fondazione Piaggio è un ente *non profit* che ha fra i suoi obiettivi quello di dar vita ad iniziative che stimolino sviluppo e opportunità di lavoro.

È nell'ambito di questo obiettivo che abbiamo iniziato a concepire iniziative di cooperazione sociale capaci di dare occupazione in aree nuove al confine tra *profit* e *non profit*: beni culturali, ambiente, e turismo cosiddetto « minore ».

Il nostro intento è quello di dar vita ad un modello toscano di valorizzazione imprenditoriale del territorio con creazione di occupazione aggiuntiva nella convinzione che tutto il « *non profit* », tutto il terzo settore è importante: volontariato e associazionismo in primo luogo.

In particolare, abbiamo puntato sulla forma « non profit », di una impresa sociale, che dà occupazione, retribuita, che operi nel settore della valorizzazione dei beni culturali.

Perché i Beni culturali?

Sul ruolo della valorizzazione dei beni culturali si è discusso a lungo nel nostro Paese. Da molti anni si afferma, infatti, che i beni culturali possono, diventare, per l'Italia nel suo complesso — e per le tante economie locali singolarmente — una delle principali risorse di sviluppo e di occupazione.

Finora, però, i risultati concreti sono stati abbastanza modesti se si eccettuano, ovviamente, i grandi circuiti turistici tradizionali.

Stime ottimistiche dell'ENEA nel 1983 prevedevano diverse centinaia di migliaia di nuovi posti di lavoro nei beni culturali e ambientali entro un decennio.

Sulla base di queste e altre previsioni sono sorti corsi di laurea e altre iniziative formative.

^(*) CARLO CORBO, Fondazione Piaggio.

I posti di lavoro, però, almeno nelle dimensioni previste, non si sono creati.

Si è certamente realizzato un positivo recupero di beni culturali, ma non si è creata occupazione stabile né valorizzazione e sviluppo economico.

Perché questi modesti risultati sul fronte occupazionale?

Perché il datore di lavoro nei beni culturali è quasi sempre « pubblico » e le ristrettezze finanziarie del settore pubblico, centrale o locale, sono note e non consentono significative nuove assunzioni. In particolare è nota da sempre la ristrettezza delle risorse nazionali destinate ai beni culturali. Né è prevedibile, di questi tempi, che la situazione si modifichi.

D'altro lato, è irrealistico pensare di « privatizzare » in termini tradizionali la gestione dei beni culturali.

Un'impresa « profit » potrebbe essere fortemente interessata a gestire un grande museo come gli Uffizi, una celebre collezione, un grande evento culturale. Difficilmente può essere interessata a gestire i moltissimi altri musei o collezioni, o i parchi culturali perché non assicurano un ritorno consistente nel breve-medio periodo. Non appaiono, cioè, allo stato attuale, un mercato ricco.

In sintesi:

— i beni culturali richiedono una valorizzazione imprenditoriale per diventare fattore di sviluppo economico e occupazionale; non appare quindi sufficiente la gestione pubblica.

— al tempo stesso sono un patrimonio che richiede di essere gestito in funzione dell'interesse generale e non soltanto in funzione di logiche di mercato. E comunque consentono una gestione che può realizzare un equilibrio economico, ma non alti guadagni.

Sono quindi, di norma, meno attraenti di altri settori di business, per l'imprenditoria tradizionale orientata al profitto.

Ma proprio oggi in tutto il mondo, di fronte alla duplice esigenza di imprenditorialità e di occupazione, si sta scoprendo il cosiddetto terzo settore: privato e « non profit ».

Verosimilmente la valorizzazione dei beni culturali passa, almeno inizialmente (naturalmente con il passare del tempo la situazione potrebbe cambiare), attraverso una imprenditorialità « non profit » che sappia collegarsi strettamente con le imprese « profit » nel turismo e con le istituzioni pubbliche garanti dell'interesse generale del bene culturale.

Tanto più che l'occupazione, nel campo dei beni culturali, deve essere, per la natura del settore, una occupazione di per sé flessibile.

È l'impresa cooperativa sociale, attualmente, in Italia, è senza ombra di dubbio una forma di impresa che consente uno dei più elevati gradi di flessibilità del lavoro.

Va inoltre aggiunto che l'impresa sociale (cooperative sociali *ex lege* 381/1991) appare in Italia in fortissima crescita.

Secondo la McKinsey quella italiana è uno dei più interessanti fenomeni europei nel campo del lavoro e dell'occupazione tant'è che in poco più di dieci anni è passata da zero a 2.200 miliardi di fatturato, da zero a più di 50.000 occupati retribuiti.

Tutto ciò premesso, resta il fatto che fino ad ora l'impresa sociale, in Italia; si è sviluppata soprattutto nel campo socio-assistenziale e in quello della produzione di beni e servizi tradizionali.

Una imprenditorialità senza scopo di profitto, ma con i conti economici in attivo non è ancora entrata nel campo dei beni culturali e in particolare della valorizzazione culturale, economica e turistica del patrimonio museale e ambientale — che pure appare uno dei più idonei e promettenti.

Allora qual'è stata l'iniziativa intrapresa dalla Fondazione Piaggio? Quella di portare avanti un progetto pilota di imprenditoria sociale nei beni culturali, un progetto, adeguatamente assistito seguito e indirizzato, perché possa avere pieno successo, e costituire un « modello » replicabile altrove.

Coniugando l'esperienza internazionale della « junior enterprise », di filiazione prevalentemente universitaria e ormai notevolmente diffusa in Francia, Germania e nei Paesi anglosassoni con l'esperienza europea continentale delle « imprese sociali », e in particolare l'esperienza vincente italiana delle imprese « cooperative sociali » si è dato vita alla Beni Culturali Toscana Management » in forma di Impresa Cooperativa Sociale.

La cooperativa ha come scopo principale quello di promuovere la valorizzazione culturale, economica e turistica del patrimonio museale e di beni culturali/ambientali, anche al fine di incrementare l'occupazione indotta.

La costituzione della Cooperativa è fra l'altro un esperimento, forse unico in Italia, di un organismo *non profit* — Fondazione Piaggio — che genera un'altro organismo *non profit*.

L'obiettivo, fra l'altro ambizioso, è quello di far nascere un modello

imprenditoriale toscano nei beni culturali. Dimostrare che è possibile, per questa via incrementare le opportunità di lavoro.

Si tratta di una sfida particolarmente difficile ma nello stesso tempo molto stimolante perché si tratta di operare in un campo nel quale il know how è tutto da inventare. L'esperimento è quello di provare a coniugare gestione manageriale, occupazione e tutela dei beni culturali per valorizzare con una mentalità dinamica e nuova il settore della gestione dei beni culturali e ambientali che in Italia per tradizione è quasi sempre volta esclusivamente al mantenimento e alla conservazione.

Per rispondere alla forma di impresa « cooperativa sociale » la Beni Culturali Toscana Management è composta da circa venti giovani, in gran parte laureati e con un ottimo *curriculum*, tra cui alcune persone « svantaggiate ». Un requisito, quest'ultimo, che aggiunge all'iniziativa *un preciso valore sociale e culturale*.

La Beni Culturali Toscana Management ha una funzione promozionale non riguarda le singole unità ma che opera ad un livello di rete sul territorio.

È un'attività che ha naturalmente bisogno di una concreta collaborazione da parte dei Musei e delle Amministrazioni ma che non interferisce né si sovrappone alla gestione corrente dei Musei.

Né interferisce con la spesa « storica » per i suddetti Musei e le loro strutture, anche cooperative, di gestione.

Noi ci auguriamo in prospettiva, che questo ruolo di « promozione » possa innescare veri e propri « Gruppi di Azione Locale » secondo la definizione U.E. e che si arrivi a creare una rete ben ramificata e capillare di strutture di servizio che valorizzino un intero territorio attraverso il suo patrimonio culturale, creando nuovo sviluppo e nuova occupazione.

Con la mia breve comunicazione intendo illustrare in un'ottica tecnico-contabile il contenuto del D.Lgs. 4 dicembre 1997 n. 460, che ha introdotto molteplici nuove norme relative alla determinazione del reddito imponibile ed ai regimi contabili, sia degli enti non commerciali in generale che delle c.d. ONLUS.

Tale aspetto potrebbe sembrare eccessivamente tecnico in un contesto come quello di questo convegno, durante il quale si sono succeduti illustri studiosi di diritto che solo marginalmente potrebbero essere interessati al problema; ma la prevista decadenza dai benefici fiscali anche nel caso di semplici irregolarità formali, congiuntamente alla complessità e varietà degli obblighi imposti alle ONLUS ed alla completa mancanza ad oggi di circolari esplicative in merito, non possono non preoccupare gli operatori del settore.

Nell'esposizione, sinteticamente illustrerò i possibili regimi contabili ai quali sono tenute le ONLUS a seconda della tipologia e delle dimensioni della loro attività, per evidenziare come, a mio avviso, in considerazione della particolare delicatezza del problema sia sempre più necessaria una crescita di professionalità amministrativo contabile all'interno delle ONLUS così come di una particolare specializzazione da parte dei consulenti per evitare l'errore di trasporre consolidati atteggiamenti tipici delle imprese che mal si adattano ad un settore particolare e variegato quale quello del non profit.

Il problema delle scritture contabili riveste una importanza fondamentale in quanto il mancato rispetto degli obblighi formali imposti dal D.Lgs. 460/97 di cui stiamo parlando ha la gravissima conseguenza di far decadere l'Organizzazione dal diritto ai particolari benefici fiscali, in tutto o in parte, con decorrenza e modalità ancora da determinare

^(*) Dott, Michele Froli, Commercialista in Pisa, Commissione Nazionale ONLUS dell'U.N.G.D.C.

attraverso la futura emanazione di apposito decreto da parte del Ministero delle Finanze, come previsto dal comma 3 dell'art. 11 del D.Lgs. 460/97.

La severità del legislatore in questo senso è dovuta al tentativo di evitare che la particolare appetibilità dei benefici tributari spinga ad un utilizzo improprio delle ONLUS; dall'altro lato sarebbe però auspicabile che al più presto vedesse la luce un decreto esplicativo che con estrema chiarezza ed oggettività individui i casi di decadenza dai benefici, in modo da evitare che l'aleatorietà che a tutt'oggi esiste scoraggi quei soggetti veramente meritevoli di ogni vantaggio, tanto da indurli a preferire un onere di gestione aggiuntivo come prezzo per la certezza del diritto.

Dalla mia esperienza diretta, ho potuto constatare infatti che alcuni Enti hanno addirittura preferito rinviare la loro iscrizione all'anagrafe delle ONLUS rimanendo così per il momento sottoposti al meno favorevole regime degli enti non commerciali.

Le disposizioni normative che introducono gli obblighi contabili a carico delle ONLUS trovano accoglienza nell'art. 25 del D.Lgs. 460/97 con il quale si inserisce un nuovo articolo, l'art. 20-bis, nella parte del D.P.R. 600/73 dedicata alle scritture contabili (il Titolo II).

In particolare, questo articolo di nuova istituzione distingue in primo luogo la gestione complessiva rispetto alle eventuali attività direttamente connesse a quelle istituzionali, che del tutto, ovviamente, rappresentano una parte; nel caso di esistenza anche di questa categoria di operazioni, essendo quelle istituzionali necessariamente sempre presenti, l'ONLUS deve tenere due distinte serie di scritture contabili.

Ciò è conseguenza della volontà del legislatore espressa anche con l'art. 111-bis di nuova istituzione del TUIR, introdotto dall'art. 12 del D.L.gs. 460, nel quale mentre per lo svolgimento di attività istituzionali nel perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale si prevede l'assoluta assenza del requisito della commerciabilità, le attività direttamente connesse a queste sono considerate a tutti gli effetti vere e proprie attività commerciali, ancorché espressamente escluse dalla base imponibile, e quindi sottoposte ai normali obblighi contabili di natura fiscale.

Infatti la lettera b) del comma 2 dell'art. 20-bis rinvia al contenuto degli articoli dal 14 al 16 e all'art. 18 del D.P.R. 600/73, salvo prevedere una possibilità concessa alle ONLUS di minori dimensioni di optare per il regime conosciuto come « supersemplificato » introdotto dall'art. 3, comma 166, della legge 662/96.

Attività direttamente connesse.

Nel caso di esistenza di attività direttamente connesse sono previsti tre possibili regimi contabili per seguire specificatamente questa categoria di operazioni:

1) regime ordinario (art. 14-16 D.P.R. 600/73) per gli enti che in un anno superano 360 milioni di ricavi nel caso di prestazione di servizi ovvero un miliardo negli altri casi.

La contabilità ordinaria è costituita dalle seguenti scritture:

- a) libro giornale e libro inventari: vedremo più avanti che questi registri sono previsti anche per le annotazioni dell'attività complessiva dell'Ente, con separata evidenziazione delle operazioni istituzionali rispetto a quelle connesse; per cui non è a mio avviso necessario duplicare tale obbligo con l'accensione di due ulteriori registri dedicati esclusivamente alle attività commerciali;
- b) registri prescritti ai fini dell'IVA (registro IVA acquisti, IVA vendite e/o corrispettivi);
 - c) scritture ausiliarie (libro mastro);
- d) scritture ausiliarie di magazzino, quando ne ricorrano i presupposti;
- e) registro dei beni ammortizzabili, anche se la semplificazione contabile introdotta con il D.P.R. 695/96 prevede la possibilità di riportare tali scritture direttamente nel libro inventari;
- f) libro matricola o libro paga, in presenza di lavoratori dipendenti.
- 2) regime semplificato (art. 18 D.P.R. 600/73) per gli enti che non superino i limiti di volume d'affari in precedenza indicati.

In questa ipotesi gli obblighi si riducono alla tenuta dei libri IVA integrati di tutti quegli elementi che pur non essendo rilevanti ai fini IVA sono necessari per la determinazione analitica del reddito (costi del personale, valore dei beni in magazzino, ...); in realtà nel regime semplificato sono previsti anche i libri relativi al personale dipendente ed il registro dei beni ammortizzabili; registro che, anche in questo caso, può essere sostituito dalle semplici annotazioni relative a tali beni nel registro IVA degli acquisti, sempre in base alle semplificazioni introdotte dal D.P.R. 695/96.

3) regime c.d. « supersemplificato » (art. 3, comma 166 L. 662/96) per enti con ricavi annui non superiori a 30 milioni, nel caso di attività di servizi, ovvero di 50 milioni negli altri casi.

A questi soggetti viene concessa la possibilità di effettuare delle registrazioni riepilogative mensili dei corrispettivi fatturati distinti per aliquota, e di quelli certificati o comunque percepiti nel periodo precedente, di annotare gli acquisti e le importazioni, con indicazione della relativa imposta, entro il termine per la liquidazione IVA trimestrale, ed infine di riportare il valore delle rimanenze entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi.

Annotazioni da effettuarsi nei registri IVA ovvero, come ulteriore semplificazione, in un apposito prospetto, conforme a quello approvato con il D.M. 11 febbraio 1997.

Risultando i regimi semplificato e supersemplificato delle opportunità concesse al contribuente, e non degli obblighi, in ogni caso vale la regola per cui un Ente può scegliere di seguire le prescrizioni di un regime superiore a quello naturale in base al volume d'affari, ma non vale il viceversa; non si può cioè utilizzare un regime contabile di livello minore.

Nel caso di ricavi inferiori a 360 milioni (o ad un miliardo) per passare alla contabilità ordinaria occorre una espressa opzione vincolante per un triennio.

Attività complessiva.

Parallelamente alle rilevazioni per le eventuali attività connesse, esiste necessariamente una contabilità che segue la complessiva gestione dell'Ente, a prescindere dalla tipologia delle operazioni realizzate: solo istituzionali oppure anche attività a queste connesse.

La lettera a) del comma 1 del nuovo art. 20-bis del D.P.R. 600/73 impone l'obbligo per le ONLUS di una contabilità particolarmente complessa e rigorosa, che manifesta ancora una volta la volontà di scoraggiare in tutti i modi un utilizzo esclusivamente antielusivo o peggio ancora evasivo della nuova figura fiscale; attraverso il rispetto dei postulati della completezza, della chiarezza, della cronologicità della sistematicità, della analiticità si vuole creare uno strumento di controllo che diventi la norma e non l'eccezione per una gestione trasparente ed efficace degli Enti non commerciali.

Il legislatore ha perciò mutuato termini e principi che sono propri della tradizione contabile aziendale parlando di scritture cronologiche e sistematiche, di periodi di gestione, di esercizio, di situazione patrimoniale, economica e finanziaria.

In concreto, tutto ciò si traduce nella necessità per le ONLUS di

impiantare un sistema informativo-contabile del tutto simile a quello esistente nelle imprese, con l'utilizzo del metodo della partita doppia applicato al sistema economico del reddito, che oltre a seguire giornalmente l'evoluzione della gestione complessiva dell'Ente, deve permettere la redazione del bilancio entro quattro mesi dalla fine del periodo amministrativo.

Bilancio che non può avere esclusivo contenuto finanziario o patrimoniale, ma che deve invece rappresentare i riflessi economici, in termini di costi e di ricavi di competenza dell'esercizio, di ogni fatto che ha caratterizzato la gestione dell'Ente nella sua globalità.

Il tutto tenendo ben distinti tra loro i valori riferiti alle operazioni che costituiscono l'attività istituzionale rispetto a quelli generati dalle eventuali attività connesse a quella principale.

Il che non vuol dire scritture contabili separate, ma l'utilizzo di un appropriato piano dei conti che ne permetta la separata individuazione.

Una ulteriore conferma della tendenza verso una certa omogeneizzazione con gli obblighi imposti alle imprese la troviamo nel successivo comma 2 dell'art. 20-bis; si afferma, con palese intento chiarificatore di quanto affermato nel primo comma, che gli obblighi di una contabilità cronologico-sistematica sono assolti con l'impianto di un libro giornale e di un libro inventari, rinviando espressamente agli articoli 2216 e 2217 del Codice Civile.

Quanto previsto vale anche nell'ipotesi di ONLUS pura, che realizzi cioè esclusivamente attività istituzionali.

Le ONLUS di minore dimensione, le quali nell'esercizio precedente non abbiano realizzato complessivamente, tra attività istituzionali e connesse, proventi per un importo superiore ai cento milioni (rivalutabili con i medesimi criteri stabiliti dalla L. 398/1991), sono soggette ad un regime contabile semplificato.

A queste sono assimilate anche le organizzazioni di volontariato di cui alla L. 266/1991 e le organizzazioni non governative (L. 49/1987).

In queste ipotesi viene riconosciuta la facoltà di redigere un semplice rendiconto delle entrate e delle spese complessivamente sostenute nell'esercizio, distinguendo sempre le attività direttamente connesse da quelle istituzionali; si perde quindi la visione economica della gestione, essendo le entrate e le spese concetti puramente finanziari, che non coincidono necessariamente con il contenuto dei ricavi e costi, dai proventi ed oneri.

Rendiconto che deve adeguarsi alle modalità ed ai termini previsti dal secondo comma del novellato art. 20 D.P.R. 600/73 che regola-

menta la raccolta pubblica di fondi; e cioè, rispettare i postulati della chiarezza e della trasparenza, prevedendo l'eventuale utilizzo di una relazione descrittiva di supporto alle cifre.

Anche in questo caso, comunque, la predisposizione di un rendiconto a fine anno, non può che rappresentare la sintesi finale di una sistematica attività di rilevazione contabile-finanziaria, che presuppone l'impianto di un sistema contabile.

Volendo sinteticamente trarre delle conclusioni da quanto illustrato, a mio avviso risulta evidente come siano sempre più necessarie competenze di tipo aziendalistico contabile per poter gestire efficacemente ed efficientemente anche una attività di tipo solidaristico; e vale la pena ricordare ancora una volta come la mancata realizzazione dell'impianto contabile prescritto ha dei riflessi non trascurabili sulla gestione della ONLUS, in quanto fa venir meno tutte le agevolazioni fiscali previste dal D.Lgs. 460, che rappresentano il motivo per il quale un organismo non commerciale opta per la facoltà di essere riconosciuto quale ONLUS.

Desidero ringraziare Francesco Busnelli per l'invito a chiudere, con brevi considerazioni, un convegno che non ho potuto seguire dal principio e che, a giudicare dalle relazioni a dagli interventi di oggi, in prevalenza si è mosso lungo strade che non mi sono familiari. Alludo al regime fiscale delle ONLUS: un profilo cui è necessario che il civilista presti attenzione per accrescere il bagaglio delle nozioni e delle idee per allargare la prospettiva attualmente adottata.

Ho soltanto due titoli, oltre all'amicizia di Francesco Busnelli, per parlare: in primo luogo il legame affettuoso con Pisa e con l'Università di Breccia, Bruscuglia, e di Busnelli, e di Lina Bigliazzi con cui si è interrotto un dialogo lungo ed intenso. L'altro titolo è costituito dall'avere studiato per oltre quarant'anni la materia degli enti non profit, attraverso vari percorsi, concentrando la mia ricerca su una nozione da rivedere ed arricchire oggi alla luce degli interventi normativi sulle ONLUS.

Nel lontano 1954 il mio primo saggio era dedicato ai sindacati professionali ed ai partiti politici, cioè a due forme organizzative che vengono escluse, per definizione, dalla possibilità di inquadramento nella categoria del regime riservato alle ONLUS. Muovendo da una ricognizione di fenomeni importanti come il movimento politico che assume la forma del partito e l'organizzazione professionale che prende la forma del sindacato, si finiva inevitabilmente per approdare ad una più ampia realtà, alle formazioni sociali ed in particolare a quelle in cui la persona sviluppa la sua individualità, per usare la dizione della norma costituzionale. Un giovane studioso pisano, Emanuele Rossi, fornito di una cultura aggiornata ed approfondita, a distanza di anni, ha apportato al tema un rilevante contributo.

^(*) Pietro Resciono, Ordinario di Diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma.

Oggi siamo chiamati ad occuparci di una categoria che interessa soprattutto (e così si spiega l'accentuazione data al *profit*) per il trattamento tributario, ma con conseguenze e ricadute di più vasto raggio sino a raggiungere le formazioni sociali esplicative della persona, di cui parlano il precetto costituzionale e la disciplina del codice civile. Quest'ultimo, tuttora legata alla contrapposizione delle organizzazioni con scopo non di profitto, associazioni e fondazioni del primo libro del codice civile, alle organizzazioni lucrative, innanzitutto società, del quinto libro.

La discriminazione, secondo una tradizione storica ereditata e mantenuta contro i principi ispiratori della Carta costituzionale, consiste nella pesante bardatura d'indole politico-amministrativa, a cominciare dal momento del riconoscimento, attorno ai fenomeni regolati dal primo libro, mentre alle società viene conservata quella sorta di immunità dell'ordine economico nell' ambito dell'ordine giuridico, che era alla base ed aveva favorito la 'fioritura del capitalismo nel mondo', in specie nella esperienza continentale.

La categoria della ONLUS, per le parziali coincidenze, obbliga ad un ripensamento e ad una riflessione sui modelli di cui ci siamo serviti e che rimangono le figure abituali del nostro discorso: il riferimento è agli enti *non profit*, qualifica spesso adoperata come equivalente di ONLUS.

La relazione illustrativa ci ricorda che le ONLUS sono disciplinate come una sottospecie degli enti non commerciali: a questi è dedicata una disciplina generale, mentre una specifica normativa di agevolazioni fiscali riguarda le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, identificate attraverso una terminologia che valorizza elementi del nostro antico discorso.

La spiegazione ricorrente del *favor* accordato a questo tipo di organizzazione riprende un principio caro alla sociologia cattolica, la sussidiarietà dell'intervento e della presenza dello Stato, nel senso che non si deve riservare per necessitá al settore pubblico tutto ciò che l'iniziativa privata collettiva, lo spontaneismo dei gruppi è in grado di realizzare. La indicata finalità non è espressamente enunciata, ma si coglie sullo sfondo del provvedimento; ad essa si accompagna la constatazione che la leva fiscale ed i meccanismi di agevolazione possono risolversi in un risparmio dello Stato, di uno Stato incline e pronto al maggior numero di interventi, che però può astenersi da contributi, sovvenzioni ed altre forme di sostegno economico alle attività proprie di queste organizzazioni.

Se la previsione di un risparmio attraverso le agevolazioni fiscali sia esatta ci dirà il futuro, con riguardo alle dimensioni che il fenomeno acquisterà e per la necessaria comparazione tra ciò che può risparmiare lo Stato sociale, che in misura esasperata ritiene suo dovere intervenire in ogni iniziativa con riflessi di vantaggio collettivo, e gli esiti della devoluzione ad enti del cosiddetto « terzo settore ». Gli enti *non profit* inducono i giuristi anche ad un'altra elementare rilevazione: l'ordinamento si piega ora a considerare realtà che non si identificano né con lo Stato, sintesi degli interessi di tutti, né col mercato dominato dalla logica del guadagno.

Sia pure con una normativa dichiaratamente ristretta al profilo tributario, l'individuazione della categoria rappresenta un evento rilevante nella vicenda dei rapporti tra Stato, gruppi sociali, individuo, dove le finalità collettive vengono assolte ora con strumenti pubblicistici, ora in virtù dello spontaneo impegno dei gruppi. Il richiamo, già operato nelle relazioni, al volontariato ed alle cooperative sociali serve a mettere in luce le tappe iniziali di un cammino che ora segna un innegabile progresso.

Gli interventi di *favor* verso organizzazioni spontanee di carattere collettivo avevano in verità suscitato perplessità e dubbi, rispecchiati puntualmente nella pregevole monografia di Rigano. Dare vita, col promuoverlo ed incoraggiarlo, ad un pluralismo assistito dalla mano pubblica, con una contaminazione tra l'origine e la natura privata degli interessi (poiché la dimensione collettiva è compatibile, e trova anzitutto nel diritto privato tutele più forti della pubblicizzazione degli interessi) e gli strumenti di sostegno rischia di conservare la discriminazione denunciata, tra i regimi del primo e del quinto libro del codice civile e di introdurre discriminazioni ulteriori nel regime degli enti *non profit*: con misure episodiche adottate fuori da un coerente disegno unitario di riforma.

Intanto, però, il civilista può interrogarsi circa il rapporto della nuova categoria con quelle a lui familiari, le formazioni sociali in cui si sviluppa la persona secondo il precetto costituzionale, e le associazioni e fondazioni del codice civile. La disciplina delle ONLUS prescinde dal preciso riferimento agli istituti menzionati, ed anzi, come era accaduto per il volontariato, considera indifferente la forma giuridica usata e lo stesso profilo della personalità o l'assenza di soggettività. Per tale via crea una categoria nuova e suscita il legittimo dubbio che essa divenga la categoria dominate, destinata a cancellare o a relegare ai margini del sistema le associazioni e fondazioni regolate dal codice.

Viene da chiedersi quale sarà lo spazio di associazioni e fondazioni che non siano ONLUS; sono state ricordate, da ultimo, attività che per il loro minor rilievo sociale o per l'appartenenza alle attività irrilevanti o addirittura futili, certamente non rientrano nell'elenco, più nutrito, di attività socialmente utili o destinate a produrre utilità sociali. Tuttavia anche settori che per abitudine teniamo distinti da quell'area possono presentare caratteri apprezzabili sul piano dell'interesse collettivo e quindi favorire, nella fenomenologia di associazioni e fondazioni, il passaggio alle ONLUS, la cui definizione risulta del resto ricca ed articolata. L'ONLUS, sostanzialmente, può finire per identificarsi con l'ente non profit, e cioè con la categoria privatistica destinata ad esercitare un ruolo e ad occupare un luogo nell'ambito della dogmatica e nella ricostruzione della realtà pratica capace di escludere ogni altra nozione.

Vi sono poi interrogativi più semplici che riguardano la lettera delle norme, e quindi problemi di elementare, umile interpretazione, si chiede come per ogni testo normativo ed ancor più per i testi della nostra epoca che raramente sono l'esito di un accurato lavoro di ricognizione dei dati e degli obbiettivi precisi da perseguire e dello studio di compatibilità tra la situazione di partenza e le mete che si vogliono raggiungere.

Al di là delle contaminazioni e delle confusioni dei due piani, dobbiamo in primo luogo avvertire l'opportunità di distinguere, senza negarne il collegamento, tra attività e finalità. Quanto alle attività, di non agevole interpretazione risulta la formula delle attività connesse con quelle proprie delle ONLUS. La nozione di connessione, sia che si pensi a criteri di ordine naturalistico ed all'indole fisica delle cose, sia che si adotti un giudizio di carattere economico, lascia spazi pericolosamente aperti all'interpretazione.

Anche la previsione, coerente con la natura delle ONLUS, relativa alla devoluzione del patrimonio, suscita giustificate preoccupazioni che il destino dei beni impegnati inizialmente e che restano vincolati sia deciso non dalla volontà originaria dei costituenti o dal volere degli associati nel momento in cui lo scopo è esaurito o è divenuto impossibile, ma dall'alto, da un organo di controllo che prende il nome di « Autorità ».

Circa l'apporto associativo, la uniformità di trattamento, che prescinde dalla durata della appartenenza, vuol significate il divieto di privilegi riservati ai fondatori, e può quindi approvarsi, anche se si traduce in una compressione dell'autonomia privata. Qualche perplessità deve esprimersi per la legittimazione al voto dei soli associati maggiori di età, perché il fenomeno delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale può coinvolgere soggetti non maggiorenni che abbiano maturità di pensiero e capacità di scelte (il discorso si è già affacciato nell'ambito dei partiti e del sindacati). Non si vede la necessità di legare al requisito della maggiore età l'esercizio di un diritto che nasce da questa sorta di « cittadinanza attiva » che è la partecipazione iniziale o successiva all'organizzazione.

Con riguardo alle finalità, l'aiuto a gruppi individuabili in ragione dell'appartenenza ad altri Stati (si parla nella norma di Stati esteri, con formula non del tutto appropriata) vuole indicare la possibilità di perseguire, accanto al sostegno di persone svantaggiate dal punto di vista economico, fisico o sociale, il fine di favorire gruppi etnici insediati nel nostro paese; deve allora ritenersi che la stessa costituzione delle ONLUS possa essere consentita a soggetti che appartengono a tali gruppi etnici, in un paese che diventa sempre più largamente multirazziale e multiculturale, come del resto accaduto nella storia di tanti paesi.

La prospettiva deve essere valutata con interesse e favore, perché utilizza e fornisce una base positiva ad una nozione di cittadinanza che prescinde dai vecchi criteri della nazionalità intesa come appartenenza ad uno Stato.

STAMPATO CON I TIPI DELLA TIPOGRAFIA «MORI & C. S.p.A.» VARESE

- Studi sulla riforma del diritto di famiglia. Ricerca a cura dell'Istituto di diritto privato dell'Università di Messina, diretto da Ennio Russo, 1973, 8°, pag. X-668.
- 2. Antonio Mastrolanni, *L'educazione sessuale in Italia* (storia, vicende e pensiero dal 1902 ai nostri giorni). Presentazione di Vincenzo Lojacono, 1979, 8°, pag. VIII-152.
- 3. Claudio Schwarzenberg, Condizioni della donna e lavoro femminile in Italia (premesse storico-giuridiche), 1982, 8°, pag. VIII-164.
- 4. Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore. A cura di Paolo Dusi, 1990, 8°, pag. VIII-376.
- 5. Elena Sormano, L'altra adozione, 1991, 8°, pag. VIII-200.
- L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali. A cura di Annamaria Dell'Antonio e Diana Vincenzi Amato, 1992, 8°, pag. XII-204.
- 7. Alberto Salzano, *La sottrazione internazionale di minori*, 1995, 8°, pag. X-160.
- 8. *Minori a rischio e istituzioni*. Studi interdisciplinari. A cura di Annamaria Dell'Antonio, 1996, 8°, pag. VI-192.
- Aids pediatrico. Problematiche giuridiche e medico-sociali. A cura di Luciano Bruscuglia, 1997, 8°, pag. VIII-118.
- ROBERTO CIPPITANI, La ricerca giuridica e il diritto di famiglia. A proposito di un saggio di Augusto Pino, 1998, 8°, pag. X-140.
- 11. Salvatore Arena, *La famiglia in tribunale*. Presentazione di Vincenzo Lojacono, 1998, 8°, pag. VIII-114.
- Alberto Salzano, La rete internazionale di protezione del fanciullo. Accordi internazionali in vigore ed in corso di ratifica a tutela della minore età. Presentazione di Giuseppe Magno, 1998, 8°, pag. X-116.
- Quale processo per la famiglia e i minori. Atti del Convegno Cagliari, 5-6 dicembre 1997. A cura di Luisella Fanni, 1999, 8°, pag. XVI-234.
- GIUSEPPE CASSANO, Le nuove frontiere del diritto di famiglia. Il diritto a nascere sani; la maternità surrogata; la fecondazione artificiale eterologa; la fecondazione artificiale post mortem, 2000, 8°, pag. X-252.
- Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Aspetti giuridici, economici e fiscali. Atti del Convegno – Pisa, 27-28 marzo 1998. A cura di Luciano Bruscuglia e Emanuele Rossi, 2000, 8°, pag. XII-322.

L. 45.000 € 23,24 I.V.A. inclusa

