

Maria Costanza

Terzo settore in frammenti

Considerazioni di diritto privato



Giappichelli

Terzo settore in frammenti

Considerazioni di diritto privato



Maria Costanza

Terzo settore in frammenti

Considerazioni di diritto privato



Giappichelli

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2412-7

ISBN/EAN 978-88-921-7425-2 (ebook - pdf)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*In memoria di mio padre
a vent'anni dalla sua scomparsa*

Indice

	<i>pag.</i>
Introduzione al Terzo settore	1
Capitolo 1	
Codice civile e codice del Terzo settore	
1.1. Preambolo	11
1.2. Il senso del codice del Terzo settore	13
1.3. Rapporti del Terzo settore con la disciplina degli enti del codice civile	14
1.4. Scopo e attività: autonomia e limiti	16
Capitolo 2	
Enti del Terzo settore. Attività e scopo	
2.1. I soggetti del Terzo settore	21
2.2. Interesse generale e scopi degli enti del Terzo settore	24
2.3. L'impresa sociale	26
2.4. Attività principali e secondarie negli enti del Terzo settore	30
2.5. Raccolta fondi	35
2.6. Gli enti religiosi, confessionali	39

Capitolo 3

Autonomia e utopia

3.1. Autonomia privata e espressione di libertà	43
3.2. Atto costitutivo e modalità di formazione	48
3.3. Contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto negli enti del Terzo settore	50
3.4. Il ruolo del notaio che riceve l'atto costitutivo	53
3.5. Tipicità e atipicità degli enti del Terzo settore	54

Capitolo 4

Risorse, rischio e destinazione

4.1. La sollecitazione per la raccolta fondi	61
4.2. La lucratività negli enti del Terzo settore	64
4.3. Liquidazione e devoluzione	66
4.4. Scioglimento e crisi	69
4.5. Patrimonio destinato	73

Capitolo 5

Il Registro unico del Terzo settore

5.1. L'iscrizione nel Runt: un luogo e uno <i>status</i>	81
5.2. Iscrizione nel Registro unico e sua finalità	85
5.3. La pubblicità nel Runt	88
5.4. Persone giuridiche e Runt	91
5.5. Gli enti religiosi nel Runt	93

pag.

Capitolo 6**Gli oneri degli Ets**

6.1. Indici esteriori ed effettività operative	99
6.2. Il bilancio di esercizio	101
6.3. La rappresentazione contabile delle attività diverse	105
6.4. Il bilancio sociale	107
6.5. L'accesso ai libri sociali	109

Capitolo 7**Associazioni e altri enti**

7.1. Associazioni, modello prioritario	113
7.2. L'art. 20 Cts	115
7.3. Libertà di associazione e requisiti minimi	117
7.4. Il requisito dell'età dell'aderente	122
7.5. Il genere degli associati	124
7.6. L'organo assembleare	126
7.7. Competenza dell'assemblea	131

Capitolo 8**Gestione e responsabilità**

8.1. Nomina e requisiti	137
8.2. (<i>Segue</i>): ancora sui requisiti e il conflitto di interessi	140
8.3. Dimissioni e revoca degli amministratori	147
8.4. Il regime della responsabilità	148
8.5. Intervento dell'autorità giudiziaria e organo di controllo	153
8.6. Organo di controllo e Revisore legale dei conti	155
8.7. Vigilanza e garanzie	159

Capitolo 9

Atti e contratti degli enti del Terzo settore

9.1. Gli enti del Terzo settore come parte contrattuale	163
9.2. Il volontariato	167
9.3. Convenzioni e sovvenzioni. Gratuità solidale?	173
9.4. Dal fedecommesso al dopo di noi	180

Capitolo 10

Quarto settore?

10.1. Le migliori intenzioni	189
10.2. Solidarietà e funzione pubblica: coesistenza o commistione?	192

Introduzione al Terzo settore

I co. 2 e 3 dell'art. 4 Cts contengono l'elenco degli enti esclusi dal Terzo settore. È questa disposizione la espressione del significato che nell'ordinamento riveste la riforma o, meglio, la disciplina di riordino alla quale si è atteso a partire dal 2017. La delega del maggio 2016 (L. 6 giugno 2016, n. 106) prevede altri interventi anche più complicati, perché incidenti pure sul codice civile. Per ora ci si è appuntati sul Terzo settore. In contestualità con il codice del Terzo settore si è varata nuova regolamentazione dell'impresa sociale e normativa in tema di accesso e distribuzione delle risorse rinvenienti dal 5 per mille (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 111).

Il Terzo settore, ovvero quel territorio nel quale si muovono le esigenze della collettività che, pur potendo o dovendo ricevere risposta dallo Stato o dalle amministrazioni pubbliche, trovano soddisfazione da iniziative private non speculative¹.

Nel Terzo settore prendono perciò corpo istituzioni che pur se di natura non pubblica provvedono ad assolvere compiti di pertinenza dello Stato e dei suoi organismi se improntati alla cura dei cittadini.

Nel disegno della nostra carta costituzionale, il principio di solidarietà e l'impegno di rimuovere gli ostacoli alla effettiva realizzazione della dignità della persona e singolarmente e nell'appartenenza a formazioni sociali e familiari variamente articolate

¹ G. Ponzanelli, *Quali regole giuridiche per il terzo settore? (Per una disciplina degli enti "non profit")*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 313-323; Id., *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, fasc. 5, pt. 2, pp. 726-728.

vincolano lo Stato alla tutela dei diritti, non solo inviolabili, ma pure meritevoli di salvaguardia. Nel contempo ed anche per dare senso al canone di libertà si dà spazio, e non solo in ragione del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), ai privati di affiancarsi allo Stato. Le logiche pubblicistiche si traducono per le iniziative dei privati nella regola del no-profit. La formula, non autotona, è stata adottata nel linguaggio corrente, che ancora ne fa uso, ma pure nella terminologia più tecnica per identificare modalità operative di esercizio di attività, che, pur se compatibili con il fine lucrativo, si svolgono con diversa finalità.

Il Terzo settore si collocherebbe infatti in una zona intermedia fra Stato e mercato con una propria autonomia di regole e principi. Il codice del Terzo settore ne sarebbe il contenitore più che lo scrigno. Dal contenuto del co. 2 dell'art. 4 si trae la cesura fra enti del Terzo settore ed enti pubblici, ma pure la separazione da altre istituzioni di diritto privato. Sono lì menzionate le figure attorno alle quali si snoda larga parte delle riflessioni dei giuristi ora sollecitate da interventi legislativi ora legate alla disciplina del codice civile in sé o a cospetto delle norme costituzionali. Fra le note dello spartito costituzionale, quella dei gruppi intermedi rappresentò, soprattutto presso chi aveva sensibilmente percepito la svolta radicale attuata nella assunzione della rappresentatività di sindacati e partiti politici, il superamento del dualismo Stato/cittadino, risolto nel totalitarismo degli interessi individuali e collettivi. Certamente il rango costituzionale dato alle associazioni categoriali e di opinione politica ha influito sulla prospettiva nella quale si è letta la disciplina del codice civile. La libertà di associazione, nella sua manifestazione più tipica, le associazioni di tendenza, e nella sua funzione aggregativa di soggetti portatori di interessi omogenei è stato fattore catalizzatore di un ripensamento della figura della associazione. In particolare la distinzione fra associazioni riconosciute e non riconosciute non solo perdeva di senso, ma non poteva reggere il confronto con gli artt. 3 e 18 Cost.

L'appannarsi del requisito della personalità giuridica a favore della soggettività giuridica indipendente dal riconoscimento, con

la correlata attribuzione della non incompleta capacità giuridica, ha fatto decadere il profilo del modello organizzativo tratteggiato dal codice civile a vantaggio della autonomia statutaria, quale prima fonte di definizione dell'assetto organizzativo delle associazioni. La associazione, in particolare come riferimento per comprendere fenomeni aggregativi anche al di là della sede in cui è collocata nel sistema del codice civile, segna una sorta di evoluzione del modello associativo, in quanto forma di rapporti diversa se non contrapposta a quella delle relazioni di scambio.

Con l'elenco contenuto del co. 2 dell'art. 4 Cts si dà specifica indicazione circa la esclusione da una eventuale qualifica come Ente del Terzo settore (Ets) dei partiti politici, dei sindacati delle associazioni rappresentative dei consumatori come delle categorie professionali.

La esplicita indicazione sugli enti esclusi dal Terzo settore è stata suggerita dall'opportunità di evitare che il confine che delimita il Terzo settore possa essere violato da tentativi registrati, allorché, regolato il regime tributario riservato alle onlus, non si mancò da parte di associazioni di categoria di ambire all'inserimento fra i beneficiari di un utile trattamento fiscale.

In assenza della esplicitezza normativa, poteva restare una zona grigia che il combinato disposto del co. 1 dell'art. 4 e dell'art. 5 Cts non avrebbe illuminato.

L'elencazione delle attività alle quali possono attendere gli enti del Terzo settore è tassativa, pur se se ne esclude la cristallizzazione legislativa. Le definizioni che descrivono quelle attività risultano tuttavia poco identitarie, almeno nei casi in cui manca un appoggio in altre norme legislative (vedi, in particolare, art. 5 co. 1 lett. a) e c) Cts), sicché anche al di fuori del Terzo settore quelle attività potrebbero avere un gestore.

Altri enti non immediatamente né inclusi né esclusi sono gli enti di matrice religiosa.

La soluzione adottata nella disposizione del co. 3 dell'art. 4 Cts vuole che gli enti religiosi possano entrare nel Terzo settore se adeguano alcuni elementi della loro struttura e quindi del loro assetto statutario a quanto quella disposizione richiede. Il pre-

supposto di base per la qualifica di ente religioso è la esistenza di rapporti già canonizzati fra lo Stato e la realtà di culto alla quale gli enti religiosi afferiscono. Solo per i cattolici vi è una entità statale di appartenenza. Questa peculiarità determina una differenziazione di posizione fra gli enti ecclesiastici e gli altri enti religiosi. Rispetto al Terzo settore questi ultimi potrebbero recuperare qualche elemento in più per la loro identità. Gli enti ecclesiastici al contrario sembrerebbero perderla.

Non è chiaro se il Terzo settore imponga almeno nel disegno del Cts una neutralità sulla matrice degli enti che ne facciano parte. L'atteggiamento di neutralità non sarebbe espressione di una laicità necessitata dalle norme fondamentali, non solo nazionali. Piuttosto sono gli scopi civici e solidaristici e di utilità sociale a declinare già un culto che non implica una fede, ma che non potrebbe definirsi solo per questo laico. Del resto i valori di cui il Cts sarebbe vessillifero provengono da dottrine che hanno radici cristiane e che sono *humus* della società occidentale.

Dal Cts – banale considerazione – si è compiuta una scelta pratica. Il Terzo settore non esclude gli enti religiosi, ma cerca di renderli omologhi agli enti non religiosi mediante una valutazione selettiva che è un *leitmotiv* della materia.

L'attributo della personalità giuridica ha già vissuto la stagione del tramonto. Nel Terzo settore essa anche se modificata ricompare nella previsione della iscrizione nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore (Runts) che con qualche allungamento di gestazione sta divenendo operativo. La storia dei registri nel nostro ordinamento non è breve.

Il territorio nel quale la iscrizione in un Registro è richiesta si estende al di là delle aree in cui agiscono soggetti diversi dalle persone fisiche. Albi e registri sono strumenti di qualificazione e di identificazione. La presenza di un Registro ha quale inevitabile ricaduta la partizione della realtà in ciò che è e in ciò che non è iscritto. Le restrizioni operative determinate dalla previsione di un Registro è questione che si propone là dove la iscrizione in Registro è posta dalla legge come indefettibile condizione per

l'esercizio di attività o comunque per l'attuazione di propri interessi o di proprie esigenze.

Non è questo il caso del Runts. L'iscrizione rimane una opzione; il mancato assolvimento della iscrizione non impedisce all'ente di mantenere la sua evidenza e di esercitare attività di interesse generale. Senza la iscrizione nel Registro non si può però fare parte del Terzo settore e divenirne componente. La funzione affidata al Runts è quella di abilitare alla qualifica di Ets.

Il regime al quale sono sottoposti gli Ets è costellato di regole di vantaggio e di oneri di controllo. Anche la personalità giuridica è attribuito che generava benefici di capacità e sottoposizione al controllo alla autorità amministrativa. Da questo punto di vista si scorgono simmetrie almeno funzionali fra le logiche originarie del riconoscimento e quelle della iscrizione nel Runts. Si può spiegare in questa chiave la determinazione normativa art. 11 Cts che vuole assorbente per gli enti del Terzo settore la iscrizione nel Runts, sospendendo anzi il rilievo della iscrizione nel Registro delle persone giuridiche. Peraltro questa iscrizione con la riforma del 2000 (d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361) si estrinseca essenzialmente nella *reductio* dell'ente a soggetto patrimonialmente autonomo. Per questo motivo l'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche svolge funzione costitutiva. L'effetto costitutivo attiene alla definizione della autonomia patrimoniale che esclude il coinvolgimento di responsabilità patrimoniali di chi abbia costituito o aderito all'ente. Il discorso sulla autonomia patrimoniale tocca i cardini della istituzionale separazione fra società di persone e società di capitali.

Il ricorso all'una o all'altra forma di struttura organizzativa in qualche misura non lieve si collega alla partecipazione più o meno stretta che si intende assumere nella gestione della società. Per gli enti diversi dalle società il ruolo di gestore e quello di associato non si sovrappongono. La responsabilità dei gestori in assenza della autonomia patrimoniale dell'ente si lega ad una certa non tracciabilità del patrimonio dell'ente non personificato, una non tracciabilità non completamente superata dalle inte-

grazioni apportate alla disciplina della trascrizione immobiliare (art. 2659 c.c.). Le contribuzioni e gli apporti che possono pervenire all'ente dai suoi associati non costituiscono capitale di rischio sicché non si danno i presupposti per inferire da un conferimento l'interesse al suo impiego e non solo l'interesse allo scopo che con esso può realizzarsi. L'autonomia patrimoniale degli enti personificati diversi dalle società non vale come scudo a protezione degli associati, ma funge da misura delle sue capacità di perseguire le finalità istituzionali. Il Cts si muove in questo senso, là dove, superata la distinzione fra enti personificati ed enti non personificati, stabilisce i valori minimi del patrimonio indisponibile (art. 22 Cts).

Nel Cts si ritrovano alcune logiche originarie dell'autonomia patrimoniale quale cifra della personalità giuridica, ancorché mantenendo fermo il principio che essa non dà luogo né a privilegi né a discriminazioni relativamente alla loro inclusione nel Terzo settore.

La prima regolamentazione delle organizzazioni di volontariato aveva del resto in un contesto normativo ancora fratto dalle differenze fra enti riconosciuti e no mostrato la propensione ad attribuire pari capacità ad ogni tipo di ente basato sull'apporto di volontari.

Anche per le Aps e per le Onlus sono stati istituiti registri. L'iscrizione nei relativi registri implicava una valutazione di idoneità, di adeguatezza della struttura e dell'organizzazione dell'ente all'appartenenza alla categoria dei soggetti ai quali i relativi registri erano dedicati.

La comparsa di questi registri di settore segnava da un canto il ritorno ad un sistema selettivo degli enti non commerciali e dall'altro l'ingresso di un criterio di qualificazione legato alla attività perseguita, una attività di rilievo e di utilità sociali. Il criterio è ora espresso nel Runtis nel quale del resto sono migrati preesistenti registri. Per gli enti del Terzo settore la iscrizione nel Registro costituisce adempimento ineludibile. Parimenti il mantenimento dell'iscrizione è condizione per la applicazione della disciplina del Cts e della disciplina di beneficio. Non può

dirsi che il Registro unico si ponga in concorrenza con quello delle persone giuridiche. La regola della sospensione degli effetti della iscrizione in quest'ultimo finché vi sia iscrizione nel Registro unico così come la regola che abilita il Registro unico a realizzare pure la attribuzione della personalità giuridica non valgono ad assegnare al Runts una esclusiva per gli enti del Terzo settore. Non è così rispetto al Registro Imprese. Questo nella sua articolazione può considerarsi una sorta di modello al quale il Registro unico sembra essersi ispirato.

Nel Registro Imprese trovano collocazione in sezione dedicata anche enti che si ascrivono al Terzo settore e che non debbono quindi iscriversi nel Runts. La previsione di un doppio sito rompe la prospettiva di un Terzo settore come realtà compatta perimetrata dal Runts. La schisi non è solo formale. Il Registro del Terzo settore perde in qualche misura forza identitaria. O meglio perde ruolo di regime esclusivo di riferimento per il Cts. I due corpi normativi contenuti rispettivamente nel d.lgs. n. 117/2017 e d.lgs. n. 112/2017 già propongono un doppio binario. Peraltro i binari non corrono senza intersezioni. Le cooperative sociali come entità che si inseriscono nell'area delle imprese sociali partecipano di norme del Cts e di regole attinenti all'impresa sociale. Su questo punto di vista si può dubitare che nel Terzo settore la forma organizzativa abbia scarso rilievo, perché sopravanzata dal tipo di attività svolta dall'ente. L'attività di interesse generale rappresenta tratto comune degli enti del Terzo settore, ma il soggetto che la esercita può assumere forme differenti, pur avendo esplicitamente il Cts stabilito alcuni canoni uniformi.

Il piano di riordino del Terzo settore lasciava intendere la intenzione di pervenire ad un disegno normativo coagulato proprio nel Runts. In effetti non si è mancato dal legislatore di prescrivere norme generali che debbano trovare applicazione per ogni specie di ente del Terzo settore. A queste disposizioni altre e numerose si accompagnano riferite a singoli tipi di enti inglobati nel Terzo settore con le loro peculiarità e con il loro regime.

Come accennato il rapporto soggetto-oggetto che nel Terzo settore sembrerebbe risolversi nel polimorfismo del primo, non si perde nel suo significato istituzionale affiorando o riaffiorando in più luoghi e nella stessa ossatura del Runtis e per quanto contemplato nel Registro Imprese. Se i profili della soggettività nella sua latitudine bastano a dare materialità agli enti, la loro forma organizzativa non è indifferente né sul piano della disciplina né sul piano funzionale. Anzi, è possibile riscontrare che la forma organizzativa ha una sua importanza particolare, perché si pone a servizio del modo in cui si attende all'esercizio delle attività di interesse generale.

Struttura e scopo sono elementi ai quali si dà senso in certe chiavi di lettura, postulandone almeno alcune idoneità funzionali. Nel Terzo settore questo schema si perde o forse non si riesce ad afferrare nel pluralismo degli enti che vi operano o che vi entrano a fare parte.

La ricerca di un ordine ricostruttivo probabilmente tradisce la natura stessa di questa realtà composita alla quale è stato dato certamente un assetto che tende a galvanizzarsi principalmente nel trattamento fiscale anziché attraverso modelli istituzionali da osservare con occhio ordinamentale.

Se si volesse utilizzare a rappresentazione della normativa che dal 2017 governa con le successive integrazioni il Terzo settore forse quella più appropriata è il poliedro. Ciò non vuole esprimere nota di censura per appuntare che il suo riordino non è sfociato in modulo sistematico. Questo esito sarebbe stato inevitabilmente in contrasto con la realtà di una materia poco ridicibile in sinossi e non priva di qualche disarmonia ed anche ambiguità. L'istanza del riconoscimento del bene lo rende prodotto al quale deve darsi un valore se non un prezzo. Sul piano dell'osservatore giuridico questa realtà può apparire di non facile analisi per quanto essa sfugga alla grammatica della sussunzione, peraltro un canone al quale ci si dovrebbe rivolgere con cautela quando l'interpretazione si riduce alla verifica dell'incontro fra fatto e norma.

La disciplina data al Terzo settore è accettata come norma

che fissa regole di organizzazione, espandendo significativamente un modulo precedentemente seguito in materia di Onlus.

In quella occasione, però, si voleva definire essenzialmente un regime tributario.

Il discorso normativo del 2016-2017 ha più ampi orizzonti che contemplano pure non pochi profili privatistici. La considerazione di questi soli profili è dunque sguardo limitato e parziale che dal conglomerato normativo estrae alcuni frammenti, che con le loro sporgenze si cercherà di rendere figure.

Capitolo 1

Codice civile e codice del Terzo settore

SOMMARIO: 1.1. Preambolo. – 1.2. Il senso del codice del Terzo settore. – 1.3. Rapporti del Terzo settore con la disciplina degli enti del codice civile. – 1.4. Scopo e attività: autonomia e limiti.

1.1. Preambolo

Nel 2016 è stata approvata la legge di delega al governo per la riforma del Terzo settore¹, ma non solo. Nel 2017 sono stati emanati il codice del Terzo settore², la nuova legge in tema di impresa sociale³ e già nel 2016 le modifiche alla normativa relativa alla redistribuzione del 5 per 1.000⁴.

Nel programma della legge delega è contemplata pure la novellazione del titolo II del libro I del codice civile per un suo adeguamento alle disposizioni del codice del Terzo settore. Fin qui non vi si è atteso. Nel 2020 è stato emanato il decreto di attuazione, uno dei molti previsti dal Cts, relativo alla istituzione del Registro unico nazionale degli enti del Terzo settore (Runts)⁵.

Nella prospettiva della legge delega, al codice civile si sa-

¹ L. 6 giugno 2016, n. 106.

² D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

³ D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112.

⁴ D.p.c.m. 7 luglio 2016 ora sostituito dal d.p.c.m. 23 luglio 2020.

⁵ D.m. 15 settembre 2020, n. 106.

rebbero dovute apportare modifiche per rendere i due codici fra loro euritmici.

Art. 3 L. 6 giugno 2016, n. 106

1. Il decreto legislativo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera a), è adottato nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) rivedere e semplificare il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica; definire le informazioni obbligatorie da inserire negli statuti e negli atti costitutivi; prevedere obblighi di trasparenza e di informazione, anche verso i terzi, attraverso forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell'ente anche mediante la pubblicazione nel suo sito internet istituzionale; prevedere una disciplina per la conservazione del patrimonio degli enti; b) disciplinare, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori, il regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti come persone giuridiche e la responsabilità degli amministratori, tenendo anche conto del rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento degli enti medesimi; c) assicurare il rispetto dei diritti degli associati, con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi, e il rispetto delle prerogative dell'assemblea, prevedendo limiti alla raccolta delle deleghe; d) prevedere che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili, e in coerenza con quanto disposto all'articolo 9, comma 1, lettera e); e) disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6.

Anche senza variazioni del codice civile, il cui titolo II ha peraltro già subito nel corso degli anni numerosi tagli, la coesistenza dei due codici non appare complicata. La condizione è che ai due corpi normativi non si assegnino posizioni o ruoli di antagonismo, ma ad essi si riconosca il diverso ruolo rivestito nell'ordinamento.

1.2. Il senso del codice del Terzo settore

L'aver da parte del legislatore utilizzato per il d.lgs. n. 117/2017 la denominazione di "codice" forse è stato un errore di lessico e di senso.

La qualifica di codice si rinviene sempre più spesso attribuita nella produzione legislativa a testi normativi articolati e di ampio contenuto, ancorché rivolto ad un tema unitario e specifico.

Il recupero del codice come forma di confezione della legge è stato considerato un indice della sua validità anche sul piano pratico. Non si omette di osservare che la codificazione è questione che va ben al di là di uno stile di presentazione di precetti normativi. La codificazione nella età dei Lumi ed anche successivamente ad essa fu emblema della ragione nella legge e della sua ostensione ai cittadini e chiasma pure della separazione dei poteri. Le basi culturali sulle quali si è costruita la idea della codificazione si sono sedimentate e non si riscoprono nella scelta di nominare codice una legge. Il moltiplicarsi in un ordinamento dei codici è una sorta di tradimento della polarizzazione delle leggi in un codice che tutte le contenga almeno rispetto a certi ambiti le cui dimensioni vanno oltre quelle di un segmento dei rapporti o delle situazioni giuridicamente rilevanti.

La complessità della realtà sociale ed economica non può trovare nell'epoca attuale risposte e soluzioni in regole che non le siano sufficientemente aderenti, se non attraverso una attività ermeneutica spinta sino alla manipolazione. La propensione a predisporre norme che soddisfino le esigenze del particolare non è indotta soltanto dalla valutazione di opportunità di un ordinamento adeguato alla realtà, ma pure dalla necessità di fissare un ordine delle cose quando si teme una deriva. Ciò è accaduto proprio nel caso del Terzo settore.

La materia non era sprovvista di normativa. Tuttavia si sarebbe avvertito il bisogno di stabilire un regime non disarticolato. Il codice del Terzo settore avrebbe perciò la funzione di raccogliere in un organico testo normativo la regolamentazione del

Terzo settore, innovando in parte il preesistente, senza rinnegarlo. Meno elegantemente, ma più adeguatamente, il corpo normativo dedicato al Terzo settore è un testo unico.

La decodificazione è termine che ha inteso rappresentare il processo di allontanamento dagli impianti del codice civile per derubricarne i principi a favore di regole finalizzate a soddisfare interessi comunque ritenuti non trascurabili e da salvaguardare almeno in un certo tempo affatto indefinito. Alla decodificazione non è estranea una certa dimensione temporale con la specificità del tema normato. L'allontanamento dai concetti del codice civile come dalle sottostanti concezioni è effetto consequenziale.

Diverso appare il caso in cui si predispona un corpo normativo che pur dedicato ad una materia particolare continua a guardare al codice civile per trarne supporti anche se con angolazioni asimmetriche come appunto si constata nella analisi dei contenuti del codice del Terzo settore, per lo meno relativamente ai temi che già hanno trovato norma al di fuori del codice civile anche anticipandone la novellazione.

Il codice del Terzo settore del resto non si è proposto come testo normativo autonomo rispetto al codice civile. Se mai il codice del Terzo settore ha rivisitato alcune delle figure contemplate nel titolo II del libro I del codice civile, che sono rimaste il suo puntello, un referente anche nella adottata profilazione.

Art. 3 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione.

1.3. Rapporti del Terzo settore con la disciplina degli enti del codice civile

Nel codice del Terzo settore non si è compiuta una reale ridefinizione delle figure della associazione né tanto meno della fondazione.

La essenza della figura della associazione non solo si ritrova nella declinazione degli enti del Terzo settore, ma la struttura organizzativa della associazione emerge come prediletta. Anzi, là dove norme previgenti avevano adottato scelte più aperte⁶, il codice del Terzo settore ha preferito orientarsi espressamente verso il modello associativo.

Art. 32 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Le organizzazioni di volontariato sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre organizzazioni di volontariato, per lo svolgimento prevalentemente in favore di terzi di una o più attività di cui all'articolo 5, avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati.

La propensione verso il modello associativo o, per meglio dire, gli interventi più direttamente rivolti dal codice del Terzo settore agli assetti delle associazioni del Terzo settore tipiche e non può essere dipeso dal fatto che nel codice civile il discorso sulle fondazioni già pone accenti sugli interessi di rilievo pubblico o generale, un fattore consustanziale al Terzo settore (artt. 25 e 28 c.c.).

Anche lo scopo di lucro per lo stesso codice civile non troverebbe nelle fondazioni luogo di realizzazione. La stessa fondazione di famiglia per quanto ritenuta ammissibile (art. 28 co. 3 c.c.) non premia un fine di lucro segnatamente soggettivo.

Gli enti filantropici che potrebbero trovare nella fondazione una struttura organizzativa consona non hanno in essa, secondo il codice del Terzo settore, tipologia strutturale primaria.

Art. 37 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. Gli enti filantropici sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione al fine di erogare de-

⁶L. 11 agosto 1991, n. 266.

naro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale.

2. La denominazione sociale deve contenere l'indicazione di ente filantropico. L'indicazione di ente filantropico, ovvero di parole o locuzioni equivalenti o ingannevoli, non può essere usata da soggetti diversi dagli enti filantropici.

Associazione e fondazione mantengono nel codice del Terzo settore morfologia soggettiva speculare a quella proveniente dal codice civile. La appartenenza o meno al Terzo settore di realtà diverse dalla persona fisica dipende da requisiti che lasciano relativamente ai margini la struttura organizzativa.

Non è rispettoso dei due codici delineare gli enti del Terzo settore o, meglio, i più fra loro come *species* di un *genus* normato nel titolo II del libro I del codice civile, muovendo dal postulato che nel codice civile vi siano tassonomie in qualche misura infrante dagli enti del Terzo settore. Nel codice civile risiede già il corpo sul quale si innestano gli enti del Terzo settore, il cui regime ha soltanto margini di elasticità ristretti, secondo una logica propria degli interventi legislativi che affidano alla inderogabilità della norma la salvaguardia delle esigenze ritenute rilevanti.

1.4. Scopo e attività: autonomia e limiti

Il codice del Terzo settore ha nelle sue quinte il sociale e l'associazionismo sociale con le sue tradizioni anche di matrice cristiana.

Art. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

È riconosciuto il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per

il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali.

Il codice civile nella separazione delle persone giuridiche private dalle società commerciali e non avrebbe creato una cesura fra i soggetti diversi dalla persona fisica che perseguono scopi morali o ideali e soggetti che gestiscono attività economiche. Il disegno ha validità relative e negli anni ha perduto nitore e geometrie a favore del principio di non incompatibilità a priori fra struttura associativa e fondativa ed esercizio di attività di impresa⁷.

Nell'impianto originario del codice civile peraltro la verifica dello scopo istituzionale era, per i soggetti con pienezza di capacità giuridica, rimessa ad un vaglio preventivo della Amministrazione. Venuto meno questo impianto⁸ il profilo dello scopo istituzionale ha perduto il peso di fattore qualificante. Lo scopo o meglio la sua rilevanza ha subito solo una eclissi, perché al di fuori del codice civile lo scopo istituzionale ha recuperato significato, elemento al quale rimanda la normativa che si può definire di categoria, di disciplina che non di rado prevede la osservanza di regole ineludibili soprattutto quando la aderenza a quelle prescrizioni è condizione per accedere a regimi di beneficio⁹.

Mentre il codice civile si svuotava nel titolo II del libro I di contenuti non esigui, la legislazione si incrementava di norme

⁷ Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3503: Ai fini dell'attribuzione ad un'associazione dello status di imprenditore commerciale con la conseguente applicazione del relativo regime, rileva soltanto che l'ente abbia svolto un'attività da imprenditore commerciale, e che l'esercizio di questa impresa esaurisca l'attività dell'ente, ovvero risulti prevalente rispetto ad altre attività, sì da costituire l'oggetto esclusivo o principale dell'associazione.

⁸ L'art. 11 d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 ha abrogato l'art. 12 c.c.

⁹ Art. 10 L. 4 dicembre 1997, n. 460, in materia di Onlus; L. 7 dicembre 2000, n. 383, in materia di associazioni di promozione sociale; e ancora L. 11 agosto 1991, n. 266, in materia di organizzazioni di volontariato.

che hanno creato un variegato arcipelago di enti connotati principalmente dalle proprie attività e operatività. Nel codice civile forse soprattutto nel suo stato attuale la autonomia collettiva soffre meno intense compressioni di quelle che le leggi esterne al codice civile pongono. Il momento in cui la autonomia si esprime – e ciò vale per tutti i soggetti collettivi – è quello della costituzione e della definizione dello statuto.

L'art. 16 c.c. declina i contenuti minimi di tali atti. il confronto fra la norma del codice civile e quella del Terzo settore in argomento mostra che per il Terzo settore si richiede che gli statuti come gli atti costitutivi regolino aspetti che la disposizione del codice civile non richiede.

Art. 21 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista.

2. Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento dell'ente, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.

Le differenze più significative si colgono in riferimento alla esplicitazione della qualifica dell'ente come afferente al Terzo settore, alla necessità della presenza di organi di garanzia e di indicazioni relative alla devoluzione del patrimonio.

La fisionomia degli enti del Terzo settore da questo punto di vista ha tratti più marcati di quelli degli enti c.d. del libro I del codice civile. Per essere ente del Terzo settore anche se tipizzato occorre seguire le prescrizioni normative sia se si costituiscono nuovi enti che intendono operare come enti del Terzo settore sia per gli enti che riconoscendosi in quelli che propone il codice del Terzo settore intendono farne formalmente parte.

La legge richiede l'adeguamento degli statuti ed ha anche stabilito transitoriamente percorsi agevolati¹⁰.

Quando si varò la riforma del diritto societario allo stesso modo si ebbe fase nella quale con maggioranze non qualificate si poté dalla assemblea ordinaria dei soci deliberare sui necessari adeguamenti. Il mancato adeguamento non avrebbe comportato una dequalificazione della società. Per quanto non compatibile con le prescrizioni normative delle regole statutarie, la conseguenza della incompatibilità sarebbe stata la non applicazione della previsione convenzionale. Il valore delle determinazioni convenzionali tuttavia non si sarebbe completamente azzerato, nella misura in cui la volontà li espressa potesse conservare significato¹¹.

Per la disciplina statutaria stabilita nel codice del Terzo settore le determinazioni legislative sono state più radicali perché la deviazione dal dettato normativo vale preclusione all'accesso al Terzo settore.

¹⁰ Da ultimo d.l. 31 maggio 2021, n. 77 col quale il termine per l'adeguamento degli statuti degli enti esistenti ai fini dell'inserimento fra quelli del Terzo settore mediante procedura semplificata è stato prorogato al 31 maggio 2022.

¹¹ Cass., S.U., 30 agosto 2019, n. 21873, in *Corr. giur.*, 2019, 10, p. 1288: In tema di interpretazione del contratto, l'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali disposta dall'art. 1363 c.c. non postula necessariamente la validità delle clausole utilizzate come strumento di ricostruzione della volontà dei contraenti, in quanto le clausole contrattuali valgono, nell'indagine ermeneutica, per il loro rilievo di mero fatto, significante un dato contenuto negoziale e non già per la loro idoneità a produrre effetti giuridici, che può anche mancare.

La inflessibilità della disciplina relativa agli enti del Terzo settore si spiega in ragione della compresenza nel Terzo settore di posizioni private o privatistiche e di rilievo pubblicistico. Sebbene il Terzo settore definirebbe uno spazio intermedio fra il libero mercato e lo Stato, esso non rimane pienamente indipendente da quest'ultimo.

Capitolo 2

Enti del Terzo settore. Attività e scopo

SOMMARIO: 2.1. I soggetti del Terzo settore. – 2.2. Interesse generale e scopi degli enti del Terzo settore. – 2.3. L'impresa sociale. – 2.4. Attività principali e secondarie negli enti del Terzo settore. – 2.5. Raccolta fondi. – 2.6. Gli enti religiosi, confessionali.

2.1. I soggetti del Terzo settore

Questo è il testo della disposizione che definisce i soggetti ai quali viene attribuita la qualifica di enti del Terzo settore:

Art. 4 D.lgs. 11 agosto 2017, n. 117

Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

La lettura del testo normativo induce ad alcune riflessioni prima che sul catalogo dei soggetti sul senso degli elementi che

possiamo indicare seguendo stilemi di comodità. Il campo nel quale gli enti del Terzo settore agiscono è stato identificato con rimando alle attività di interesse generale elencate nel successivo art. 5 Cts. L'elenco non è esemplificativo, ma tassativo, sebbene non ne sia stata preclusa variazione, se di fonte legale¹.

Il sintagma interesse generale varrebbe quale formula che distingue le esigenze riscontrabili presso la collettività, la assistenza, i servizi alla persona, la formazione e la ricerca, per menzionare ellitticamente attività che giovano alla comunità dei consociati. Le attività socio assistenziali e culturali appartengono storicamente a compiti ai quali lo Stato non può sottrarsi ma ai quali possono assolvere anche i privati nell'esercizio di loro libertà pure sulla base del principio di sussidiarietà anziché di supplenza.

Con l'art. 5 Cts le attività di interesse generale hanno assunto dimensioni non più estese nella sostanza di quelle della tradizione, ma assai più dettagliate nella loro specificazione minuziosa sino alla ridondanza. Dal legislatore si è inteso offrire un ventaglio ampio nel quale ritrovare ragionevolmente quella attività alla quale un ente del Terzo settore attende o voglia attendere. Questo però deve svolgere la sua attività senza scopo di lucro.

È nozione acquisita quello di lucro soggettivo quale fine perseguito nello svolgimento di attività economiche imprenditoriali o comunque professionali in forma collettiva². Il dispo-

¹ Con l'art. 3, co. 1, d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105, a decorrere dall'11 settembre 2018, ai sensi di quanto disposto dall'art. 35, co. 1, del medesimo d.lgs. n. 105/2018, è stata inserita nell'elenco delle attività quella degli "interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi della legge 14 agosto 1991, n. 281".

² T. Roma, 30 maggio 2011, in *deapprofessionale.it*. Lo scopo di lucro soggettivo è essenziale al contratto di società, non essendo sufficiente il mero esercizio in forma collettiva di un'attività economica produttiva: come tale,

sto dell'art. 2247 c.c. sottolinea l'elemento del lucro quale finalità del contratto di società. Le società non sono state estromesse dall'area del Terzo settore quando gestiscono una impresa sociale. In questo caso la componente lucrativa non è stata azzerata.

Art. 3 co. 3 lett. a) D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

L'impresa sociale può destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti:

a) se costituita nelle forme di cui al libro V del codice civile, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

Si tratta di una regola di eccezione non suscettibile di estensioni. Al di fuori di questo caso dagli enti del Terzo settore con scopo di lucro non potrebbe svolgersi alcuna attività, secondo il disposto dell'art. 5 Cts, con finalità di lucro soggettivo anche indiretto (art. 3 co. 2 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112).

L'esclusione del fine lucrativo deve essere, fatte salve le ammesse eccezioni, esplicitato negli statuti e nell'atto costitutivo. Il silenzio sul punto è ragione per escludere la inclusione fra gli enti del Terzo settore.

Non solo è il lucro oggettivo compatibile con la qualifica di ente del Terzo settore, ma la realizzazione di margini è auspi-

esso non può essere escluso nella società per azioni, quale disciplinata nel codice civile.

cata per il consolidarsi e il miglioramento della attività svolta. Lo stesso legislatore nel considerare l'evenienza di una crisi dell'ente del Terzo settore ovvero di una sua condizione di insolvenza fa ritenere che anche per gli enti del Terzo settore valgano i principi dell'equilibrio della gestione, che non si riduce al mero pareggio costi/ricavi. Non bastano però lo svolgimento di attività di interesse generale senza scopo di lucro per soddisfare le finalità istituzionali richieste ad un ente del Terzo settore.

2.2. Interesse generale e scopi degli enti del Terzo settore

Agli enti del Terzo settore spetta di perseguire nello svolgimento della propria attività scopi civici di utilità sociale o solidaristici. In quale rapporto si pongono l'interesse generale delle attività svolte con questi scopi è questione che a prima lettura non si percepisce. Anzi, la prima osservazione suscitata dal testo normativo è quella di una duplicazione di condizioni imposte agli enti del Terzo settore, perché una attività di interesse generale reca in sé utilità sociale, esigenze civiche e solidaristiche. Per meglio dire, una volta escluso lo scopo di lucro, diviene conseguenziale che, nella assenza di ragioni centripete da soddisfare, gli scopi ai quali deve orientarsi l'ente del Terzo settore siano quelli altruistici.

Nel vocabolario del Cts non si ha una novità nell'aggettivo "civico"³ e l'aggettivo "sociale" e pure il termine solidaristico

³Nella L. 13 maggio 1999, n. 133, art. 6 co. 15, si legge che godono di agevolazioni le cessioni di prodotti alimentari e farmaceutici destinati a soggetti, fra gli altri, che perseguono finalità civiche. Nell'art. 13 co. 1 della L. 19 agosto 2016, n. 166, in materia di donazione e distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi, sono stabilite modalità di favore (alla stregua di consumatori finali)

sembrano nel loro complesso evocare il principio di solidarietà costituzionalmente affermato e al quale si ricorre quale canone ermeneutico delle leggi e come guida anche degli atti e delle relazioni private⁴. La solidarietà come fine istituzionale anche per la sua latitudine era forse da sola poco pregnante.

Il fine solidaristico accostato alle finalità civiche e di utilità sociale può acquistare coloriture che accentuano ora la rilevanza civile dell'ente ora la sua vocazione a contribuire al miglioramento delle condizioni della società o di alcune sue componenti. Questo miglioramento può conseguirsi anche nell'assetto dell'ente e non solo per effetto delle sue attività. L'ente può essere luogo nel quale si allocano persone che diversamente non avrebbero modo di svolgere attività lavorative o ottenere risultati anche economici non altrimenti ottenibili.

Art. 2 co. 4 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

Ai fini del presente decreto, si considera comunque di interesse generale, indipendentemente dal suo oggetto, l'attività d'impresa nella quale, per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, sono occupati: a) lavoratori molto svantaggiati ai sensi dell'articolo 2, numero 99), del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, e successive modificazioni; b) persone svantaggiate o con disabilità ai sensi dell'articolo 112, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive modificazioni, nonché persone beneficiarie di protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni, e persone senza fissa dimora iscritte nel registro di cui all'articolo 2, quarto comma, della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, le quali versino in una condizione di povertà tale da non poter reperire e mantenere un'abitazione in autonomia.

per gli enti che perseguono finalità civiche in ordine alla distribuzione e conservazione di suddetti beni.

⁴La Cassazione accosta il principio di solidarietà a quello di buona fede quale regola di valutazione delle convenzioni private e della loro validità: Cass., 1° marzo 2021, n. 5540.

La precisazione dello scopo in questa ottica si pone come un dato affatto insignificante per inquadrare e connotare l'ente.

La disposizione dell'art. 4 D.lgs. n. 117/2017 non pare escludere il cumulo degli scopi anche perché non si scorgono ragioni che escludano il contemporaneo perseguimento di più degli scopi normativamente indicati. Non si ritiene invece adeguata al disposto normativo una dichiarazione statutaria sullo scopo che non si armonizzi con il tipo di attività alla quale l'ente viene dedicato in modo esclusivo o prevalente.

2.3. L'impresa sociale

Per espressa previsione normativa fra gli enti del Terzo settore sono comprese anche le imprese sociali.

Anzi cronologicamente la nuova disciplina della impresa sociale risulta antecedente al codice del Terzo settore. Fra i due corpi normativi vi sono delle specularità affatto deboli, sebbene la figura della impresa sociale costituisca un soggetto distinto.

Le attività che una impresa sociale può svolgere debbono anch'esse rientrare fra quelle di interesse generale come elencate nell'art. 2 del D.lgs. n. 112/2017. Negli stessi termini di quanto stabilito per gli enti del Terzo settore a termini dell'art. 4 Cts pure la impresa sociale è richiesta di perseguire scopi solidaristici, civici e di utilità sociale. Anche la impresa sociale se non costituita in forma societaria non ammette lo scopo di lucro, come già osservato.

Alla schiera delle imprese sociali appartengono di diritto le cooperative sociali di cui alla L. n. 381/1991. Queste sono inserite pure fra gli enti del Terzo settore. Lo statuto giuridico delle cooperative sociali, alle quali si affiancano i loro consorzi, è relativamente circoscritto e in ordine al tipo di attività e in ordine alla morfologia del rapporto con i propri componenti ed alla tipologia delle relazioni lavorative.

Art. 1 co. 1 L. 8 novembre 1991, n. 381

Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e 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.

A questo articolo rimanda l'art. 40 co. 2 Cts.

Le cooperative sono un universo che ha anche nel codice civile (artt. 2511-2513 c.c.) ottenuto profilo non unitario. Lo scopo mutualistico che ne rappresenterebbe il cuore può comparire come prevalente o non prevalente. La diversa intensità dello scopo mutualistico comporta la sottoposizione a regimi differenziati. In particolare, quando la mutualità non è prevalente valgono le norme delle s.p.a., ma gli statuti possono, per quanto compatibili, inserire disposizioni ricavate dalla disciplina delle s.r.l.

Mutualità e lucro sono modalità entrambe aderenti allo svolgimento di attività di impresa. Lo scopo di lucro è però eccezionalmente consentito dal regime della impresa sociale, come già accennato. La mutualità anche oltre il caso delle cooperative sociali si profila scopo non distonico rispetto alla impresa sociale.

Nella impresa sociale come per gli enti del Terzo settore lo scopo lucrativo non è ammesso; tuttavia per le imprese sociali costituite nelle forme previste nel libro V del codice civile si hanno flessioni rispetto al rigoroso interdetto alla distribuzione di utili o di avanzi di gestione. L'interdetto si estende anche alle forme di assegnazione di vantaggi economici, non allineate agli equilibrati rapporti di scambio o ai parametri remunerativi di mercato o definiti dalla contrattazione collettiva del settore economico di riferimento.

Non vi è ragione alcuna che possa far ritenere la mutualità come un veicolo per aprire a lucri indirettamente attribuiti, ad esempio a soci lavoratori. La impresa sociale peraltro risulta con-

figurata come una realtà organizzata secondo strutture che rimandano sia alle associazioni sia alle società. Lo stesso testo normativo è in tal senso univoco.

Art. 1 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile (...).

La figura del soggetto gestore di una impresa sociale come nella impostazione generale del Terzo settore riveste un significato relativo per la sua qualifica. Questa dipende da fattori, come emerge dal tenore degli artt. 1 e 2 D.lgs. n. 112/2017, tendenzialmente impermeabili di fronte alle connotazioni del soggetto al quale faccia capo.

La forma organizzativa della impresa sociale come per ogni ente del Terzo settore si pone come questione di secondo livello, nel senso che gli elementi che la identificano non dipendono dal tipo di soggetto preposto alla sua titolarità. Questo se mai piega alcune delle sue specificità ove necessario alle peculiarità della impresa sociale.

Ci si può legittimamente domandare se vi siano o meno delle strutture organizzative – diverse dalle cooperative sociali – che si mostrano più aderenti alle funzionalità di questa impresa. Il dettato normativo propone accanto ai soggetti del libro V del codice civile le associazioni e le fondazioni. La inclusione delle associazioni nell'area della impresa è nelle corde della normativa in materia di Terzo settore. Una volta escluso il fine lucrativo, il modulo associativo risulta più che idoneo a rispondere alle ragioni della impresa sociale. Anzi, nelle associazioni, pure in quelle non riconosciute, si attua una delimitazione del rischio che si circoscrive nella quota associativa. La responsabilità⁵ della gestione grava soltanto su chi la svolge, secondo il principio che si ritrova nel regime societario quando manchi la auto-

⁵ Cass., 24 marzo 2011, n. 6734.

nomia patrimoniale. Da questo punto di vista associazione e società mostrano delle equivalenze. Tuttavia impresa e società sembrano meglio coniugarsi e non solo perché è nella tradizione questo accoppiamento. Una volta caduto, secondo il regime emergente dal codice del Terzo settore, l'ostacolo all'esercizio di attività economiche organizzate da parte delle associazioni, la costituzione di una associazione per lo svolgimento di una attività di impresa sociale può risultare poco consona, a meno di porre l'accento sulla intensità delle redditività che l'attività istituzionale deve produrre. Alla impresa sociale spetta lo svolgimento di una attività nei termini declinati dall'art. 2082 c.c.

Non sarebbe naturale per la impresa anche sociale il paradigma della economicità. Nel codice del Terzo settore non si tace, segnatamente a fini fiscali, di enti che esercitano in forma imprenditoriale le loro attività⁶.

Art. 79 co. 5 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

(...) Indipendentemente dalle previsioni statutarie gli enti del Terzo settore assumono fiscalmente la qualifica di enti commerciali qualora i proventi delle attività di cui all'articolo 5, svolte in forma d'impresa non in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3 del presente articolo, nonché le attività di cui all'articolo 6, fatta eccezione per le attività di sponsorizzazione svolte nel rispetto dei criteri di cui al decreto previsto all'articolo 6, superano, nel medesimo periodo d'imposta, le entrate derivanti da attività non commerciali.

Più esattamente la norma fiscale segue il principio secondo il quale sono considerati redditi rinvenienti da attività commerciali quelli derivati da trasferimento di beni o prestazioni di servizi, la cui remunerazione supera i costi di realizzazione. La normati-

⁶ Con l'emendamento approvato in Senato il 3 dicembre 2021 è stata proposta la abrogazione dell'art. 4 co. 4 e 8, del d.p.r. n. 633/1972. Il regime Iva rimarrebbe agevolato esclusivamente per Aps ed OdV, anche là dove queste erogano prestazioni non tipicamente istituzionali. L'erogazione di prestazioni di sostegno alimentare offerte agli assistiti, in particolare da questi enti, mantiene il regime di esenzione.

va tributaria attiene al profilo del trattamento fiscale. Ciò nondimeno, se il risultato dell'esercizio dell'ente del Terzo settore fosse tale da rivelare lo svolgimento di attività di tipo commerciale, si potrebbe dubitare della sua natura non imprenditoriale, accomunandosi questa all'attributo commerciale.

La assenza di lucro anche oggettivo segnerebbe allora la cesura fra impresa sociale e altri enti del Terzo settore che con la impresa sociale condividono tipologia di attività, in ogni caso di interesse generale, e struttura organizzativa.

L'utilizzo della struttura associativa per l'esercizio di una impresa sociale resta per indicazione normativa una possibilità, ma il ricorso alla forma societaria riserva minori ambiguità di lettura.

2.4. Attività principali e secondarie negli enti del Terzo settore

Le attività assegnate agli enti del Terzo settore possono svolgersi in modo esclusivo o principale.

Art. 5 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale Il termine prevalente non si decodifica in un mero criterio quantitativo (...).

Lo svolgimento di una o più delle attività di interesse generale è condizione imprescindibile per un ente del Terzo settore. Lo statuto con l'atto costitutivo può prevedere tuttavia che l'ente svolga anche altre attività, estranee all'elenco contenuto nell'art. 5 Cts. È sempre necessario che tali attività diverse non siano primarie.

Dalla norma si indicano anche i criteri per verificare la effettiva compatibilità dell' esercente con la qualifica di ente del Terzo settore.

Art. 6 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli enti del Terzo settore possono esercitare attività diverse da quelle di cui all' articolo 5, a condizione che l' atto costitutivo o lo statuto lo consentano e siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale, secondo criteri e limiti definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell' economia e delle finanze, da adottarsi ai sensi dell' articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita la Cabina di regia di cui all' articolo 97, tenendo conto dell' insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all' insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale.

Nella economia delle operatività dell' ente le altre attività debbono assorbire una non importante quantità delle risorse, anche di personale, impiegate dall' ente per realizzare le attività di interesse generale al quale l' ente è dedicato.

La coesistenza di attività qualificanti e no non è una anomalia nel nostro ordinamento. Se ne ha esempio nella disciplina della impresa dove non si esclude che la impresa agricola possa svolgere attività commerciali (art. 2135 co. 3 c.c.). Il limite è quello della accessorietà; ciò che è accessorio non è sprovvisto di autonomia economico-giuridica. L' accessorio implica la presenza di una relazione con un principale. Questa relazione si gioca su dati quantitativi, ma non solo⁷. In particolare una attività accessoria deve portare delle utilità per quella principale. La strumentalità non si rinviene soltanto là dove una attività è mezzo per la realizzazione della attività principale.

Per il Terzo settore le attività di interesse non generale, fermo il requisito della secondarietà, sembrano circoscritte a quelle

⁷Cass., 12 giugno 1982, n. 3558, in materia di allevamento di bestiame funzionale allo svolgimento dell' attività di coltivazione.

teleologicamente funzionali all'espletamento delle attività che ne costituiscono l'oggetto qualificante, secondo il combinato disposto degli artt. 4 e 5 Cts.

In questo senso vi è una prassi collaudata in materia di statuti societari. Le ragioni per le quali in ambito societario si inserisce elenco più o meno articolato di attività funzionali alla attuazione dello scopo sociale ora da definirsi non genericamente (art. 2328 c.c.) è corollario di una regola di certezza rispetto ai terzi (art. 2384 c.c.) in ordine alle legittime operatività della società.

Nel caso degli enti del Terzo settore, l'argomento delle altre attività rispetto a quelle di interesse generale si pone in correlazione con la identità di categoria, sicché lo spazio per lo svolgimento di attività di interesse non generale deve essere esiguo sia che si tratti di attività funzionali sia che si tratti di attività accessorie. Si torna così al criterio quantitativo in base al quale perciò si dovrebbe intendere il significato dell'art. 6 Cts. L'articolo si pone in continuità di senso con il contenuto del co. 1 dell'art. 4 Cts., secondo il quale è lo svolgimento di un'attività di interesse generale in modo primario requisito essenziale degli enti del Terzo settore per essere riconosciuti come tali.

Difatti là dove si devia, seppure solo in parte, dalle regole del Cts a favore di quelle della impresa, si riproporrebbe il criterio della principalità come modalità di esercizio delle attività di interesse generale, alle quali perciò possono aggiungersi soltanto attività diverse, accessorie e strumentali come pure sottointese nel testo dell'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 112/2017.

Con il Decreto 19 maggio 2021, n. 107 dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali si è provveduto a specificare il senso degli attributi "strumentali e secondarie" che connotano le attività diverse da quelle di interesse generale consentite agli Ets.

Le delucidazioni provenienti dal d.m. non si mostrano particolarmente illuminanti segnatamente rispetto alla definizione in concreto delle attività diverse, ma strumentali rispetto a quelle istituzionali esercitate in modo esclusivo o prevalente. La strumentalità infatti può rinvenirsi sia nell'ipotesi di una materiale funzionalità sia là dove si abbia una indiretta utilità per la attivi-

tà istituzionale. Mentre nella prima delle due evenienze il giudizio si risolve in un'analisi di fatto relativa alla effettiva convergenza dell'attività diversa sulla attività, a questo punto non unica, per l'ente, nel secondo caso occorre una verifica circa l'impiego dei risultati della attività diversa. Il noleggio di dispositivi che rendono meno complicata la mobilità di persone portatrici di deficit incidenti sulla deambulazione, ad esempio, risulta in linea con il perseguimento della assistenza ai diversamente abili e dunque all'attuazione di uno scopo quantomeno socialmente utile. La locazione a terzi per usi abitativi o commerciali di immobili di cui l'ente sia divenuto titolare per lascito o donazione potrebbe considerarsi come non strumentale, sebbene i canoni percepiti vengano utilizzati per l'espletamento delle attività istituzionali anche indipendentemente dalle determinazioni espresse dal testatore o dal donante. La strumentalità indiretta non integrerebbe il requisito richiesto dall'art. 2 del d.m. n. 107/2021, si ha tuttavia egualmente spazio per includere questo tipo di attività fra quelle secondarie. Qui il discorso si svolge attraverso verifiche di indole quantitativa, anzi numerica, come si deduce dal co. 1 dell'art. 3 del d.m. in parola.

Le attività diverse di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si considerano secondarie rispetto alle attività di interesse generale qualora, in ciascun esercizio, ricorra una delle seguenti condizioni:

- a) i relativi ricavi non siano superiori al 30% delle entrate complessive dell'ente del Terzo settore;
- b) i relativi ricavi non siano superiori al 66% dei costi complessivi dell'ente del Terzo settore.

La modalità con cui stabilire i parametri di calcolo per la qualifica come secondaria di una attività diversa è duplice, ma alternativa. L'opzione per l'uno o per l'altro metodo di calcolo deve compiersi *ex ante*. L'organo di gestione dell'ente è onerato dell'incombente. Il risultato di esercizio conseguito deve essere partecipato all'Ufficio del Runt. L'obbligo è indefettibile e la sua violazione è sanzionata (art. 4 d.m. n. 107/2021).

La prescrizione contenuta nell'art. 6 Cts con quelle contenute nel d.m. n. 107/2021 è il fulcro sul quale poggiano le linee di demarcazione fra soggetti appartenenti al Terzo settore e quelli che non possono rientrarvi, perché la loro attività si rivela nei fatti disallineata da quanto richiesto dal co. 1 dell'art. 4 Cts.

Si ripropone il discorso fin qui compiuto nelle riflessioni sulla natura di imprenditore di soggetti collettivi diversi dalle società. La metamorfosi da ente non commerciale ad imprenditore aveva quale effetto la applicazione dello statuto della impresa, per usare formula corrente e corriva, ma non inespressiva.

Nel disegno del Cts il dualismo non si stabilisce fra soggetti imprenditori e non imprenditori, bensì fra enti del Terzo settore e enti che ne debbono restare estranei. La categoria dell'imprenditore non costituisce un opposto o un contrapposto. Del resto fra gli Ets sono comprese imprese anche se particolari. Per certi versi gli Ets sono trasversali rispetto e agli enti del libro I e a quelli del libro V del codice civile. Essi debbono possedere requisiti della cui esistenza ci si deve occupare all'atto della iscrizione nel Registro e della verifica della idoneità a permanervi (art. 93 Cts), una verifica di stampo burocratico amministrativo, con margini di discrezionalità ridotti. Ne è segno lo stesso d.m. n. 107/2021, con i suoi dettagli anche a precisazione dei costi rilevanti per computare il peso delle attività diverse nei risultati di esercizio.

Art. 3 co. 3 D.m. 19 maggio 2021, 107

Ai fini del computo della percentuale di cui al comma 1, lettera b), rientrano tra i costi complessivi dell'ente del Terzo settore anche:

- a) i costi figurativi relativi all'impiego di volontari iscritti nel registro di cui all'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, calcolati attraverso l'applicazione, alle ore di attività di volontariato effettivamente prestate, della retribuzione oraria lorda prevista per la corrispondente qualifica dai contratti collettivi, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81;
- b) le erogazioni gratuite di denaro e le cessioni o erogazioni gratuite di beni o servizi, per il loro valore normale;

c) la differenza tra il valore normale dei beni o servizi acquistati ai fini dello svolgimento dell'attività statutaria e il loro costo effettivo di acquisto.

2.5. Raccolta fondi

Fra le attività consentite agli enti del Terzo settore vi è quella di raccolta di fondi per sostenere le iniziative istituzionali.

È nella storia e nella tradizione dei soggetti che agiscono per la cura e l'assistenza ai più deboli di trarre risorse da lasciti e donazioni. Nel primo impianto del codice civile a queste fonti di supporto economico patrimoniale potevano accedere soltanto gli enti muniti di personalità giuridica perché riconosciuti. Per le associazioni non riconosciute l'acquisto di lasciti o attribuzioni donative non era permesso se non fosse stato richiesto e ottenuto il riconoscimento. In più gli acquisti di donazioni e lasciti dovevano essere espressamente autorizzati dalla competente Amministrazione dello Stato o Regionale. Lo spettro della mano morta ancora aleggiava. Le esigenze del controllo sulle consistenze patrimoniali delle associazioni e delle fondazioni richiedeva comunque un filtro di ingresso.

Il percorso dell'affrancazione dalla vigilanza dell'autorità non è stato rapido. Per certi versi quel percorso è stato anche timido e sotterraneo nelle riforme della attività amministrativa e delle sue semplificazioni⁸.

Per vero nel quadro del codice civile attraverso la figura dei comitati (art. 39 c.c.) già si era ammessa la promozione della raccolta di fondi per la realizzazione di scopi considerati lodevoli.

Di comitati non si legge nel Cts, sebbene i comitati siano di per sé esempio di realtà approvata dall'ordinamento proprio in ragione delle finalità perseguite e già vagliate positivamente dal-

⁸L'art. 13 co. 1 L. 15 maggio 1997, n. 127 ha abrogato l'art. 17 c.c. (Acquisto di immobili e accettazione di donazioni, eredità e legati).

la legge. Ai comitati manca una proiezione temporale oltre la contingenza per cui si formano.

Agli enti del Terzo settore pertiene invece la durata. E una permanenza non illimitata, ma prolungata come si addice alle istituzioni, che si pongono come una componente della realtà sociale e del suo sistema. In questa ottica il momento della raccolta dei fondi non è solo un fatto occasionale.

Al riguardo senza infingimenti si è data agli enti del Terzo settore facoltà di promuovere attività di sostegno da compiersi attraverso elargizioni che possono intervenire mediante disposizioni testamentarie o donazioni.

La libertà di disporre del proprio patrimonio con atto testamentario è cosa certa. Non inficia questa libertà la divulgazione di notizie sulle realizzazioni compiute o sugli obiettivi che si intendono perseguire da parte di un ente. Altro è la sollecitazione alla destinazione di consistenze patrimoniali e quindi il porre in essere azioni di orientamento dei terzi che tuttavia restano liberi nel manifestare le proprie determinazioni sia testamentarie che liberali. La sollecitazione proveniente da un ente del Terzo settore a sostenerlo si disegna sulla falsa riga di una operazione pubblicitaria: nel co. 2 dell'art. 7 Cts.

Gli enti del Terzo settore, possono realizzare attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa, anche mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi, inclusi volontari e dipendenti, nel rispetto dei principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico (...).

si leggono parole che valgono a connotare la legittimità della comunicazione reclamistica. Anche il rimando alle linee guida (non ancora disponibili) evoca il regime di questa comunicazione. La pratica pubblicitaria deve essere non ingannevole e quindi occorre che la stessa sia percepibile come tale, correttamente comparativa e non falsante la realtà delle cose (D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145).

Le forme con le quali si possono compiere le elargizioni sono con le disposizioni testamentarie donazioni e contributi non corrispettivi. La donazione secondo i principi generali dell'ordinamento (art. 769 c.c.) è contratto che ha nella munificenza verso il beneficiario il suo elemento causale. Le attribuzioni al donatario se non possono trovare giustificazioni diverse dalla liberalità d'uso debbono compiersi con atto solenne (art. 782 c.c.).

Lo spirito di solidarietà che animerebbe le elargizioni a favore di un ente del Terzo settore non basterebbe da solo a svincolare la elargizione dalla forma solenne. Tale svincolo si avrebbe con certezza soltanto in concomitanza con la modicità del valore della munificenza (art. 783 c.c.). Del resto l'elemento della adeguatezza del valore si ritrova anche nella disciplina delle prestazioni che si adempiono per ottemperare a doveri morali o sociali (art. 2034 c.c.). A cospetto della sollecitazione potrebbe forse dubitarsi della ricorrenza della condizione della spontaneità. Questa non verrebbe però meno quando si abbia una sollecitazione non mirata verso un soggetto determinato ma verso un gruppo ampio ed aperto.

Come modalità per sostenere gli enti del Terzo settore vi sono pure i contributi non corrispettivi. A quale strumento si sia inteso fare riferimento non risulta semanticamente di immediata comprensione. Il termine corrispettivo ancorché in forma negativa rimanda ad un rapporto di scambio. La negazione della corrispettività vale a ben vedere a dare carattere al termine contributo. Questo deve essere elargito al di fuori di un rapporto sinalagmatico del *dans* con l'ente beneficiario. Il contributo sarebbe versato per supportare iniziative o attività alle quali si rimane estranei; tuttavia un contributo non corrispettivo potrebbe ravvisarsi come dazione di somme eccedenti il valore di un bene o di un servizio offerti dall'ente anche attraverso terzi, pure volontari, e per il quale si versi più del suo effettivo valore commerciale o comunque si elargiscano somme che non rivestono funzione remunerativa e che non si ascriverebbero di conseguenza fra i ricavi.

Nella disciplina dedicata specificamente alla impresa sociale

non si ritrova una norma analoga a quella che nel Cts regola il tema della raccolta dei fondi. Pur appartenendo alla categoria degli enti del Terzo settore la impresa sociale resta una impresa. Come tale la sua gestione segue le modalità operative di un soggetto che svolge attività economiche organizzate, cosicché i mezzi occorrenti dovrebbero pervenire essenzialmente dalla produzione e dallo scambio di beni e servizi. È previsto dal regime delle società di capitali il ricorso al finanziamento anche da parte di terzi quando previsto dall'atto costitutivo e dallo statuto (art. 2483 c.c.) attraverso la emissione di titoli obbligazionari (art. 2412 c.c.). La remunerazione per gli eventuali sottoscrittori potrebbe proporsi con valori anche modesti perché l'emittente si adopera per fini che giovano alla collettività e che si vogliono sostenere per solidarietà. I titoli etici, ancorché in via mediata o intermediata⁹ già manifestano la non incompatibilità fra investimento e solidarietà¹⁰.

Se la disciplina delle società di capitali prevede tali strumenti, quella delle associazioni ne sembra sprovvista così come questi sono assenti dalla normativa rivolta alle società di persone. Le differenze di regime delle diverse strutture organizzative, a cui può far capo una impresa sociale, permangono nelle loro tipizzazioni che l'esercizio di una impresa sociale non fa decadere.

⁹ Art. 14, co. 1, lett. i) L. 28 dicembre 2005, n. 262, che ha introdotto l'art. 117 *ter* nel T.u.f. e nel quale si legge: "La Consob, previa consultazione con tutti i soggetti interessati e sentite le Autorità di vigilanza competenti, determina con proprio regolamento gli specifici obblighi di informazione e di rendicontazione cui sono tenuti i soggetti abilitati e le imprese di assicurazione che promuovono prodotti e servizi qualificati come etici o socialmente responsabili".

¹⁰ L. 28 dicembre 2015, n. 208, co. 376-384, ha introdotto la figura delle società benefit. Queste non rientrano fra gli enti del Terzo settore; l'elemento che le caratterizza è la destinazione di parte dei proventi della attività imprenditoriale ad una finalità di rilievo socialmente utile, come si trae dal co. 376 della L. n. 208/2015: sono «società benefit» sono quelle che "nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse".

2.6. Gli enti religiosi, confessionali

Nel Terzo settore possono confluire anche enti religiosi civilmente riconosciuti.

Art. 4 co. 3 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Agli enti religiosi civilmente riconosciuti le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Per lo svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 13.

Gli enti religiosi non sarebbero soltanto quelli ecclesiastici di matrice cattolica. Una previsione normativa circoscritta ai soli enti religiosi cattolici sarebbe stata esposta a censure di illegittimità costituzionale. Il riconoscimento civile di un ente religioso presuppone che lo Stato abbia concluso delle intese con le autorità religiose che ne abbiano rappresentanza. La Santa Sede in quanto realtà territoriale e statale regola con lo Stato italiano i propri rapporti in forma di convenzione¹¹. Questa mantiene, rispetto alle altre intese fin qui raggiunte dallo Stato con altre autorità religiose, delle specificità legate peraltro a ragioni di coesistenza con lo Stato del Vaticano dopo la perdita consistenza dello Stato Pontificio. Il riconoscimento civile degli enti ecclesiastici è fra le mo-

¹¹ L. 25 marzo 1985, n. 121, art. 18: “Ferma restando la personalità giuridica degli enti ecclesiastici che ne sono attualmente provvisti, la Repubblica italiana, su domanda dell'autorità ecclesiastica o con il suo assenso, continuerà a riconoscere la personalità giuridica degli enti ecclesiastici aventi sede in Italia, eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico, i quali abbiano finalità di religione o di culto. Analogamente si procederà per il riconoscimento agli effetti civili di ogni mutamento sostanziale degli enti medesimi”.

dalità adottate per dare posto ad istituzioni cattoliche presenti e attive nel Paese anche al di fuori della cura del culto.

Lo scopo di culto cattolico e non è finalità più ristretta di quella religiosa che può informare attività di vario tipo, dalla educazione alla assistenza, alla protezione dei disagiati. Solo il culto, quale momento nel quale si compie esercizio di una libertà fondamentale gode di un regime orientato alle esenzioni ed ai vantaggi riservati alle attività di pubblico interesse¹².

Gli enti religiosi non sono sempre anche enti preposti al culto. Le loro attività possono spiegarsi in settori nei quali si realizzano attività di interesse generale, quelle occupate dal Terzo settore. In tal caso anche gli enti religiosi, se civilmente riconosciuti possono rientrare fra quelli del Terzo settore. Il prerequisite è il riconoscimento civile. La formula evoca un regime risalente a temperie in cui lo *status* degli enti era subordinato al riconoscimento e non soltanto come provvedimento di legittimazione di un soggetto straniero.

Le finalità religiose non rientrano neppure indirettamente fra quelle di interesse generale anche se la conoscenza delle religioni non può, pur in una laica concezione, essere estromessa dalla cultura e dai saperi delle collettività aperte e civili. Gli enti religiosi ai quali fa riferimento il Cts sono quelli che dalle istituzioni religiose traggono i presupposti della loro esistenza. Di fronte all'ordinamento dello Stato essi potrebbero rimanere indifferenti o collocarsi fra le realtà che la vocazione pluralista dell'ordinamento contempla. La storia legislativa nazionale mostra invece che agli enti religiosi anche non di culto è stato dato albergo po-

¹²In materia di IVA la Cassazione (Cass., 17 giugno 2008, n. 16345) ha precisato che ai fini dell'esenzione da IVA (art. 4, d.p.r. n. 633/1972), la natura religiosa di un'associazione non vale di per sé ad escludere che la stessa svolga anche attività di tipo commerciale, ricomprese nel campo di applicazione dell'imposta. È a tal fine necessario accertare in concreto le attività svolte dall'associazione nonché la corrispondenza di tali attività alle finalità statutarie della stessa e, quindi, la strumentalità delle prime rispetto alle seconde. Ancora il S.C. (Cass., 20 maggio 2005, n. 10646) è intervenuto in materia di imposta sugli immobili, limitando le esenzioni allo svolgimento dell'attività di culto e non ad ogni attività di tipo religioso.

nendoli, sebbene con dei percorsi agevolati, alla pari delle persone giuridiche private secondo l'ordinamento civile.

La impostazione regge finché l'ordinamento civile mantenga la condizione del riconoscimento come indispensabile per la assunzione da parte di un ente collettivo della piena capacità giuridica. Una volta superato questo sistema, il riconoscimento diviene un limite più che una prerogativa.

Ad una formazione sociale ispirata da ragioni religiose non si dovrebbe poter negare la qualità di soggetto giuridico, di punto di riferimento di situazioni e rapporti giuridicamente salvaguardati.

La strada imboccata dal Cts ha con evidenza alle spalle la realtà concordataria dei rapporti con la Santa Sede dalla quale ci si allontanati con il nominalismo di una religiosità non cattolica, alla quale però rimanda la menzione del riconoscimento civile di enti già legittimati da altro ordinamento¹³.

In una certa linea di continuità con il trattamento riservato agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti si è ammesso l'accesso al Terzo settore, ma subordinatamente alla predisposizione di un regolamento, alla separazione del patrimonio che viene allocato per gli scopi occorrenti per rientrare nel Terzo settore ed alla relativa gestione anche contabile. Si tratta di condizioni minime a fronte del regime generale, non rinunciabili se si considera che, anche per il riconoscimento civile, l'ostensione dello statuto¹⁴ è sincopata e non consentirebbe le verifiche imposte dalla normativa che si impone per il Terzo settore.

¹³ Negli accordi con la Chiesa Evangelica non è stata inserita norma in materia di riconoscimento civile degli enti di quella Chiesa, alla quale è stata riconosciuta autonomia per la non ingerenza dello Stato. Nelle Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (L. 8 marzo 1989, n. 101), agli enti ed alle associazioni ebraiche è stata riconosciuta pari dignità di quelli civili che svolgono attività simmetriche.

¹⁴ Regolamento di esecuzione della L. 20 maggio 1985, n. 222, art. 15.

Capitolo 3

Autonomia e utopia

SOMMARIO: 3.1. Autonomia privata e espressione di libertà. – 3.2. Atto costitutivo e modalità di formazione. – 3.3. Contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto negli enti del Terzo settore. – 3.4. Il ruolo del notaio che riceve l'atto costitutivo. – 3.5. Tipicità e atipicità degli enti del Terzo settore.

3.1. Autonomia privata e espressione di libertà

Si insegna ancora che la autonomia concessa ai privati sia un principio fondamentale del nostro ordinamento. Di esso non si ha invero esplicita nella carta costituzionale. Altre norme fondamentali ebbero a consacrarlo apertamente¹. Egualmente nel testo della carta costituzionale si ritiene di cogliere il riconoscimento del principio di autonomia nella tutela della libertà di iniziativa economica, che nella autonomia troverebbe il proprio *humus* (art. 41 Cost.). Non si nega che la libertà di iniziativa economica si serva nel suo compiersi anche dell'autonomia privata; tuttavia nella sua accezione essenziale l'autonomia privata indicherebbe la facoltà dei privati non solo di decidere delle proprie relazioni economico giuridiche. Il contratto per espressa disposizione è il luogo nel quale la determinazione convenzionale si muove agilmente (artt. 1322 e 1323 c.c.) su più piani grazie

¹ Costituzione di Weimar (art. 152), e implicitamente nella Costituzione di Bonn (art. 2, Abs. 1).

alle norme dispositive e alla non tassatività del catalogo dei singoli contratti. Al di fuori dell'area del contratto il discorso normativo sulla autonomia privata si fa meno disteso, sul presupposto che la regolamentazione non possa provenire da soggetti privati perché questi potrebbero schiacciare interessi che l'ordinamento non intende lasciare in discussione. Anche il contratto quando incrocia questi ambiti vede una autonomia più ristretta.

Il codice civile, come già osservato, ha compiuto, occupandosi dei soggetti diversi dalla persona fisica, delle scelte non liberali. In materia di società di capitali e soprattutto in tema di società a responsabilità limitata si è assistito all'incremento delle regole dalle quali non è consentito allontanarsi, in quanto più la società perde il suo carattere di affare privato tanto più le regole si affollano, regole che hanno provenienza non soltanto legislativa².

Insofferenza si è avvertita al varo del codice del Terzo settore, guardato come corpo normativo che avrebbe sacrificato la autonomia che nella costituzione di una associazione o nella istituzione di una fondazione si sarebbero esercitate. Esistono delle resistenze ad accogliere con positività le norme nuove soprattutto quando queste toccano luoghi sui quali sono stati costruiti simboli di assetti istituzionali dell'ordinamento. Il culto dei gruppi e delle formazioni sociali fondato su indicazioni provenienti dalla stessa carta costituzionale con riferimento ai sindacati ed ai partiti politici (artt. 39 e 49 Cost.), peculiare espressione della libertà di associazione e soprattutto del superamento della esclusiva assegnata allo Stato nell'interpretazione delle esigenze dei cittadini, non subisce violazione dalla regolamentazione del Terzo settore. L'argomento espressamente non tocca gli enti rappresentativi né quelli di tendenza. La libertà e la autonomia che si manifestano nelle formazioni sociali esponenziali e di opinione non vengono intaccate dalla disciplina del Cts (art. 4 co. 2). Se il

² Così, ad es., art. 2477 c.c. sugli organi di controllo e gli obblighi concernenti le modalità di tenuta delle scritture e dei libri sociali; art. 2325 *bis* co. 2 c.c., relativo alla disciplina delle società per azioni quotate.

nodo è la restrizione della autonomia negli enti del Terzo settore non può che constatarsene la esistenza.

Nella grammatica della autonomia si declinano tuttavia i momenti della sua realizzazione. Già la determinazione di pervenire o meno alla costituzione di in ente del Terzo settore varrebbe perciò a dare spazio alla facoltà di dare corso alle facoltà incidenti sulle modalità prescelte relativamente alle relazioni giuridicamente rilevanti. Nell'esordio del testo dell'art. 4 co. 1 Cts si legge perentoriamente: "sono enti del terzo settore...". Letteralmente non sono contemplate alternative, qualsiasi ente diverso dalle società che in aderenza agli scopi stabiliti e senza scopo di lucro svolge attività di interesse generale è ente del Terzo settore unitamente a quelli tipici o tipizzati nel Cts. Non vi sarebbe possibilità di sfuggire alla qualifica quando ricorrano le circostanze richieste. La assenza di verbi servili della possibilità non è argomento decisivo. Del resto dalla normativa si richiede che nel momento della costituzione si deve con la denominazione specificare la qualifica di afferenza al Terzo settore, con il relativo acronimo. In questa regola si è sottinteso che occorre volontà di accedere formalmente al Terzo settore.

Questo gesto indispensabile e nel quale si compie manifestazione di autonomia – non potendosi ritenere preclusa la facoltà di restare al di fuori del canonizzato Terzo settore, pur se in possesso dei requisiti – viene opacizzato là dove si inseriscono nell'ambito del Terzo settore soggetti già appartenenti a categorie di enti che precedentemente alla entrata in vigore del Cts si erano qualificati ed hanno pure adempiuto a formale iscrizione nel Registro di riferimento. Si allude in particolare alle Organizzazioni di volontariato, alle Associazioni di promozione sociale ed alle Onlus.

Art. 101 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Fino all'operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, continuano ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei Registri Onlus, Organizza-

zioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale che si adeguano alle disposizioni inderogabili del presente decreto ((entro il 31 ottobre 2020)). Entro il medesimo termine, esse possono modificare i propri statuti con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria al fine di adeguarli alle nuove disposizioni inderogabili o di introdurre clausole che escludono l'applicazione di nuove disposizioni derogabili mediante specifica clausola statutaria.

Anche questo automatismo può essere evitato abdicando alla qualifica in modo esplicito o omettendo di eseguire gli adempimenti che la normativa richiede.

Se l'ingresso o meno fra gli enti del Terzo settore è e resta quanto meno un atto volontario, è egualmente legittimo domandarsi in quale condizione versi l'ente profilato come ente del Terzo settore, ma in assenza della relativa formalizzazione. Fino a quando non entrerà a pieno regime il Runts tale condizione di sospensione vale per tutti gli enti che pur muniti dei requisiti di enti del Terzo settore manchino di un Registro di riferimento.

A questi enti è consentito di attendere il momento in cui poter accedere al Runts, avendo già predisposto ciò che è necessario e in particolare avendo conformato lo statuto alle prescrizioni normative, ma subordinandone la efficacia, mediante apposita clausola condizionale. L'evento dedotto in condizione è l'entrata in operatività del Registro.

Anche quando il Registro sia operativo non potrà ritenersi interdetta la permanenza dell'ente al di fuori dell'ambito di applicazione del Cts. L'ente avrà normativa di riferimento nella disciplina di diritto comune e dunque nel codice civile. La conclusione vale o meglio dovrebbe valere pure per gli enti che avessero disciplina specifica in leggi dedicate. Il Cts ha abrogato

1. Sono abrogate le seguenti disposizioni salvo quanto previsto ai commi 2, 3 e 4:

a) la legge 11 agosto 1991, n. 266, e la legge 7 dicembre 2000, n. 383;

a-bis) l'articolo 1, comma 1, lettera b) e comma 2, e gli articoli 2 e 3 della legge 19 novembre 1987, n. 476; ⁽²⁾

b) gli articoli 2, 3, 4 e 5, della legge 15 dicembre 1998, n. 438;

c) il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 14 settembre 2010, n. 177;

d) il decreto del Ministro del tesoro 8 ottobre 1997, recante «Modalità per la costituzione dei fondi speciali per il volontariato presso le regioni»;

e) l'articolo 100, comma 2, lettera l), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;

f) l'articolo 15, comma 1, lettera i-quater), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;

g) l'articolo 15, comma 1, lettera i-bis) del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. ⁽¹⁾

2. Sono altresì abrogate le seguenti disposizioni a decorrere dal termine di cui all'articolo 104, comma 2:

a) gli articoli da 10 a 29 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, fatto salvo l'articolo 13, commi 2, 3 e 4;

b) l'articolo 20-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600;

c) l'articolo 150 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;

d) l'articolo 8, comma 2, primo periodo e comma 4 della legge 11 agosto 1991, n. 266;

e) l'articolo 9-bis del decreto-legge 30 dicembre 1991, n. 417, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1992, n. 66;

f) l'articolo 2, comma 31, della legge 24 dicembre 2003, n. 350;

g) gli articoli 20 e 21 della legge n. 383 del 7 dicembre 2000;

h) l'articolo 14, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 6 del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

3. Le disposizioni di cui all'articolo 12, comma 2, della legge 11 agosto 1991, n. 266, all'articolo 13 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, e all'articolo 96, comma 1, della legge 21 novembre 2000, n. 342, sono abrogate a decorrere dalla data di efficacia del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'articolo 103, comma 2, finalizzato a dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 73, comma 1.

4. Le disposizioni di cui all'articolo 6, della legge 11 agosto 1991, n. 266, agli articoli 7, 8, 9 e 10 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, nonché il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 14 novembre 2001, n. 471, sono abrogate a decorrere dalla data di operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, ai sensi dell'articolo 53.

Il vuoto normativo viene colmato dal Cts, il quale però non preclude che nell'ordinamento vi sia spazio per enti del "Terzo settore" non qualificati come tali e che perciò non sono assoggettati al trattamento declinato nel Cts.

Ogni scelta di autonomia comporta conseguenze in conformità con la misura segnata dall'ordinamento alla determinazione manifestata proprio nell'esercizio della prerogativa.

Sebbene il Cts abbia vocazione attrattiva, esso non cancella realtà parallele, consimili, ma non omologate.

3.2. Atto costitutivo e modalità di formazione

Per gli enti del Terzo settore è stabilito un regime che procede dalla presenza di soggetti diversi dalla persona fisica e perciò dalle strutture che secondo nozione istituzionale hanno consistenza in quanto conferita dall'ordinamento. Nell'antropomorfismo che permea i soggetti diversi dalla persona fisica, la loro esistenza promana da un atto costitutivo o istitutivo.

La costituzione di formazione con base personale rimanda agli atti collettivi ai quali aderisce pure la definizione del contratto (art. 1321 c.c.). La autonomia privata qui ha il suo spazio di elezione, non sempre nella sua più ampia espressione. A partire dalla forma, l'atto costitutivo di un ente del Terzo settore non è libera dall'onere della scrittura, e in più l'atto richiede la garanzia data dal ricevimento da parte di notaio. La regola segue il criterio della idoneità del titolo alla iscrizione in un pubblico registro quale è pure quello dedicato al Terzo settore.

Il discorso sulla libertà della forma come attestazione della autonomia privata ha da tempo perso spessore almeno per l'imporci sempre più frequentemente nella legislazione dell'uso della forma della scrittura privata. Le certezze offerte dall'atto scritto con l'intervento di notaio aumentano, conferendosi all'atto stabilità (art. 2700 c.c.) anche di fronte alla Amministrazione che sovrintende al Runt. Al notaio in più si affida anche funzione di controllo sul contenuto dell'atto e dello statuto che lo accompagni.

La istituzione di una fondazione per atto fra vivi non si disallinea dalla prescrizione dell'atto pubblico. La fondazione però può trovare fonte anche in un testamento pure se olografo (successivamente pubblicato *ex art. 620 c.c.*). La pubblicazione conferirebbe al testamento valenza di atto pubblico³. Seguendo questa impostazione il tema della forma anche per la istituzione di una fondazione risulta omogeneo.

Se mai la istituzione di una fondazione per atto testamentario mette in campo la questione del contenuto della disposizione testamentari istitutiva di fondazione del Terzo settore. Per la valida ed efficace istituzione per testamento di una fondazione si ritiene che non occorra la definizione del suo statuto da parte del fondatore⁴. Qualora si volesse da arte del fondatore che l'ente agisca come ente del Terzo settore la indicazione dovrà essere espressa. Questa volontà dovrà completarsi con la esplicitazione dello scopo e delle attività da svolgere, nel rispetto delle prescrizioni degli artt. 4 e 5 Cts.

La disposizione testamentaria istitutiva di una fondazione del Terzo settore rapportata al contenuto dell'art. 21 Cts dovrebbe essere più articolata e contemplare anche l'elenco dei nominativi di coloro che rivestiranno la posizione gestoria dell'ente.

³ Così Cass., 24 maggio 2012, n. 8272, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 12, p. 1100, ma la giurisprudenza non è costante.

⁴ Cass. 13 giugno 1976, n. 89.

Art. 21 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2021, n. 117

L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista.

Le disposizioni del capo II del titolo IV del Cts si applicano a tutti gli atti costitutivi di enti del Terzo settore eretti in forma di associazione o di fondazione. Il tenore dell'art. 21 Cts non appare conferente con le modalità spesso stringate con cui si esprimono le ultime volontà in forma olografa. La forma olografa è peraltro quella adottata da chi vuole preservare, nella sua piena e legittima libertà, la privatezza delle proprie ultime determinazioni, pur non essendo esperto di leggi. A cospetto dell'art. 22 Cts, qualora la disposizione testamentaria istitutiva di una fondazione risultasse elittica al momento della pubblicazione del testamento si potrebbe ragionare nel senso di considerare l'ente come ente potenzialmente destinato a qualificarsi, venendo così rimessa ai suoi primi amministratori la attivazione di ogni occorrente procedura e così rispettando la volontà del testatore fondatore.

3.3. Contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto negli enti del Terzo settore

Il raffronto fra l'art. 16 c.c. e l'art. 21 Cts – lo si è già notato – mostra immediatamente come le richieste del Cts in ordine ai

contenuti dell'atto costitutivo sopravanzino, e non di poco, quelle del codice civile comunque ribaditi.

La griglia più fitta emergente dal Cts potrebbe leggersi come una riduzione della autonomia privata. L'articolazione della disposizione dell'art. 21 Cts invero consente scelte di autonomia.

La declinazione dei dati che l'atto costitutivo deve indicare vale come una sorta di menù più ricco di quello dell'art. 16 cc., ma in linea con esso. I dati da inserire nell'atto costitutivo e nello statuto che ne sia traduzione si infoltiscono, se l'ente sia vocato alla personalità giuridica.

Qui la normativa richiede anche un patrimonio minimo diversificato per associazioni e fondazioni.

Art. 22 co. 4 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Si considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni. Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro.

Come per ogni soggetto collettivo, anche associazioni e fondazioni del Terzo settore non mancano del lato istituzionale, retto dalle norme statutarie che nel tempo possono mutare, ma con il limite segnata dalla conservazione della sua essenza. Superato questo limite si trascorre infatti nei fenomeni di trasformazione (art. 98 co. 1 Cts). La norma riprende quanto già presente nel codice civile (art. 2500 *octies* c.c.).

Quando l'ente sia eretto in forma di associazione esso è aperto di regola all'ingresso di nuovi associati diversi dai costituenti.

Art. 23 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, in un'associazione, riconosciuta o non riconosciuta, del Terzo settore l'ammissione di un nuovo associato è fatta con deliberazio-

ne dell'organo di amministrazione su domanda dell'interessato. La deliberazione è comunicata all'interessato ed annotata nel libro degli associati.

2. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, l'organo competente ai sensi del comma 1 deve entro sessanta giorni motivare la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione e comunicarla agli interessati.

3. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, chi ha proposto la domanda può entro sessanta giorni dalla comunicazione della deliberazione di rigetto chiedere che sull'istanza si pronunci, l'assemblea o un altro organo eletto dalla medesima, che deliberano sulle domande non accolte, se non appositamente convocati, in occasione della loro successiva convocazione.

4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto.

Lo statuto allora deve già prevedere i requisiti e il procedimento di ammissione. Non sono ammesse preclusioni discriminatorie e l'argomento è improntato normativamente alla trasparenza e alla inclusione. Le prescrizioni statutarie debbono perciò essere accessibili dagli eventuali interessati, pure per controllarne la effettiva applicazione ed il rispetto necessario per la legittimità degli atti correlati.

La adesione ad una associazione è manifestazione di libertà ed espressione del suo esercizio, con il quale si ritiene compatibile la rinuncia all'esercizio di altre libertà anche fondamentali, perché la libertà di associazione le assorbirebbe. La questione rilevante soprattutto là dove si aderisca ad una associazione di tendenza, per gli enti del Terzo settore non sembra essere stata avvertita almeno in questi termini. Si postula che gli scopi che essi perseguono non implicherebbero scelte di campo ideologico cosicché il valore da salvaguardare sarebbe soltanto il principio del *go-in*, rispetto al quale rimarrebbe sempre intatta la libertà individuale di partecipazione. L'autonomia statutaria quindi viene orientata in questa direzione.

3.4. Il ruolo del notaio che riceve l'atto costitutivo

Al notaio è affidato il controllo sulla conformità dei contenuti dell'atto costitutivo ricevuto con le prescrizioni normative. Il ruolo assegnato al notaio è prossimo a quello che gli compete in ordine agli atti costitutivi e statutari delle società⁵.

Il notaio che riceve o pubblica un atto costitutivo o istitutivo rispettivamente di una associazione o di una fondazione del Terzo settore provvede, se ne riscontra i requisiti alla presentazione della richiesta di iscrizione nel Registro del Terzo settore.

Se la sua verifica non fosse positiva

ne dà comunicazione motivata, tempestivamente e comunque non oltre il termine di trenta giorni, ai fondatori, o agli amministratori dell'ente. I fondatori, o gli amministratori o, in mancanza ciascun associato, nei trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione del notaio, possono domandare all'ufficio del registro competente di disporre l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore. Se nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda l'ufficio del registro non comunica ai richiedenti il motivato diniego, ovvero non chiede di integrare la documentazione o non provvede all'iscrizione, questa si intende negata (art. 22 co. 3 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

Il giudizio del notaio non è determinante per la eventuale iscrizione dell'ente nel Runt. L'alternativa al superamento della valutazione negativa proveniente dal notaio con il diretto accesso degli interessati alla iscrizione al Registro poteva stabilirsi

⁵C. App. Roma, 11 febbraio 1997, in *Riv. Notar.*, 1997, p. 558: Ai sensi del comma ultimo dell'art. 2328 c.c., lo statuto deve considerarsi come parte integrante e sostanziale dell'atto costitutivo al quale va allegato. Pertanto, gli elementi essenziali per la costituzione di una società possono rilevare dal complesso dei due atti, ne deriva che l'allegazione dello statuto all'atto costitutivo e la conseguente lettura alle parti, consente al notaio rogante d'indagare sulla loro volontà nonché di controllare la legittimità delle clausole in questo contenute.

prevedendo una fase di correzione dell'atto con una nuova verifica da parte del notaio. Questo tuttavia non è di norma professionista deputato alla attività di consulenza, che non gli è però preclusa⁶. Anzi non vi sarebbero interdetti ad un intervento del notaio volto alla rappresentazione delle prescrizioni del Cts, onde porle a guida delle determinazioni degli stipulanti. Ciò può accadere, ma la norma non lo esplicita.

Nel caso di pubblicazione di testamento nel quale si istituisca una fondazione il possibile contributo proveniente dal notaio avrebbe come destinatari gli amministratori o i soggetti equivalenti.

Al di là delle considerazioni che si possono svolgere sulla estensione degli interventi del notaio, dalla disposizione (art. 22 Cts) si deduce che la non conformità di un atto costitutivo o di uno statuto alle richieste del Cts non è motivo della loro invalidità. Le determinazioni di autonomia non conformi alle disposizioni contenute nel Cts in materia di atto costitutivo e di statuto possono precludere la inclusione dell'ente fra quelli del Terzo settore, mentre non impediscono a quelle determinazioni di risultare idonee affinché l'ente legittimamente operi al di fuori del Terzo settore. Per il principio di conservazione (art. 1367 c.c.) gli atti giuridici debbono intendersi in modo da consentire effetti giuridici. Determinante pare la constatazione che sia il Cts sia il regime del Runtts pongono la afferenza al Terzo settore come uno *status* dei soggetti collettivi e non come una condizione di esistenza.

3.5. Tipicità e atipicità degli enti del Terzo settore

Si legge nell'art. 21 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utili-

⁶ Cass., 16 dicembre 2014, n. 26369, in *Vita Notar.*, 2015, 1, p. 436; T. Trento, 17 giugno 2016, in *Notariato*, 2017, 1, p. 35.

tà sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove Copyright © – Riproduzione riservata Pagina 18 di 122 presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista.

2. Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento dell'ente, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.

Se le disposizioni del capo 1 del Cts fanno riferimento alle associazioni ed alle fondazioni quali strutture organizzative alle quali si applicano le norme di quel capo, il ventaglio delle strutture organizzative degli enti del Terzo settore è concepito come più esteso. In questa direzione muove già il co. 1 dell'art. 4 Cts.

Il catalogo si allarga in quella disposizione a forme organizzative tipizzate e pure ai soggetti del libro V del codice civile quando l'ente sia una impresa sociale. Se ne è già fatta menzione.

L'argomento della struttura organizzativa degli enti del Terzo settore però va oltre il testo dell'art. 4 o meglio può andare oltre, se si conviene che in forza della autonomia è dato di creare forme organizzative che non si ritrovano nei modelli codificati.

Il codice civile, con norma non più in vigore (art. 12 c.c.), già aveva fatto riflettere sull'argomento. Il riferimento ad altre istituzioni non specificate apriva a soggetti diversi dalle fondazioni e dalle associazioni. L'apertura però incontrava ostacolo nella difficoltà di dare forma a realtà diverse dai gruppi e quindi dalle associazioni o dai patrimoni vincolati ad uno scopo.

Nel sistema del Cts si hanno norme espressamente rivolte a tutti gli enti del Terzo settore. Gli artt. 8-15 Cts restano piuttosto neutri rispetto alla forma della organizzazione dell'ente.

Queste disposizioni di indole generale attengono essenzialmente al regime dei profili patrimoniali e in particolare alla destinazione del patrimonio anche in ordine alla sua devoluzione.

Al tema del patrimonio si collega la disciplina del bilancio dei libri che l'ente deve tenere e al controllo.

Si è già ripreso il testo della norma dell'art. 4 dove sono elencati soggettivamente gli enti del Terzo settore. La sua lettera fa ritenere che dal Cts si sia voluta lasciare aperta la modalità della forma organizzativa della struttura soggettiva.

Quelli della associazione e della fondazione secondo il dettato del titolo II del libro I del codice civile non sarebbero modelli esclusivi di riferimento, per la forma in cui costituire enti del Terzo settore diversi da quelli tipizzati nello stesso Cts.

È ormai stato acquisito, in particolare rispetto alla figura della fondazione, il paradigma definito nel codice civile, il quale tuttavia non è rigido né assoluto. Le fondazioni di partecipazione hanno eliminato la separazione fra chi dota e chi ne abbia la gestione. Se in qualche misura la fondazione di partecipazione abbia ragioni funzionali alla conservazione di presenza nell'organo gestorio di rappresentanti di istituzioni e soggetti pubblici che non possono non influire sulle azioni della fondazione affidataria di un patrimonio pubblico, non mancano anche in aree private situazioni in cui si debbono assicurare continuità di sostegno e di indirizzo che la partecipazione preserva.

Nell'ipotesi della fondazione di partecipazione la autonomia si manifesta al di là dei modi in cui la regolamentazione convenzionale occupa i soli spazi che una struttura legislativamente definita lascia in bianco⁷.

⁷ In argomento: M. Romano, *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, pp. 345-373; G. Sicchiero, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. e impr.*, 2020, pp. 19-63; M. Cavanna, *La fondazione di par-*

Le fondazioni di partecipazione si delineano come una sorta di struttura soggettiva nella quale confluiscono aspetti della fondazione e elementi dei gruppi associativi. L'ipotesi di strutture soggettive di tipo misto, pur considerata rara, non era negata proprio a cospetto del menzionato art. 12 c.c. Il presupposto restava la assenza di moduli organizzativi diversi dalle aggregazioni personali e dalla metafora del soggetto realizzata attraverso la gestione di un patrimonio dedicato ad uno scopo. In effetti è proprio questa metafora la figura che nel tempo ha ricevuto più volte. Talvolta è stata la funzione a connotarlo; talvolta la soggettività si è appannata, prevalendo il rilievo dello scopo senza imputazione di titolarità come nel *trust*. Nelle fondazioni di partecipazione il punto di avvio è la allocazione di un patrimonio e lo svolgimento di una attività a cui i partecipanti sono interessati. Questi, in funzione del loro interesse non possono esimersi dall'impegno di sostenere l'ente.

In particolare nell'ambito delle fondazioni di partecipazioni si inserirebbe un organismo assembleare che si aggiungerebbe agli organi necessari, quello gestorio e quello rappresentativo. Se la morfologia della fondazione si arricchisce con un organo al quale sono di regola affidate manifestazioni incidenti sull'indirizzo e sulle funzionalità dell'ente, si realizza però una situazione che allontana il connotato del patrimonio al quale è impressa finalità. Il fondatore, una volta istituita la fondazione, perde rapporti con il patrimonio del quale ha disposto. Nelle associazioni, la partecipazione degli associati contempla pure la necessaria alimentazione del patrimonio dell'ente, con un conseguente collegamento fra partecipante e attuazione degli scopi istituzionali. Nell'ambito degli enti del Terzo settore, gli scopi istituzionali sono necessariamente quelli predefiniti, sicché lo schema delle fondazioni di partecipazione si viene a confrontare con una realtà nella quale il senso che la sua fisionomia assume, là dove ne venga adottata la struttura, perde colore. La presenza

tecipazione: "modello" atipico a struttura tipica, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, pp. 287-332.

d'un organo assembleare in un ente eretto a fondazione, quindi, si proporrebbe esclusivamente come un addendo organizzativo che non richiede valutazioni di ammissibilità, restando il vaglio limitato esclusivamente ai profili di compatibilità con la disciplina prevista dal Cts.

Nella analisi delle forme organizzative, rispetto allo schema che possiamo intendere come tipico, la fondazione di partecipazione presenta delle peculiarità che ne farebbero una realtà atipica. Il termine atipico agganciato al tema dell'autonomia si attribuisce, secondo l'idioletto, a figure che non si recuperano nella loro morfologia in altrettante norme di legge. Per le fondazioni il governo della materia è rimesso alle determinazioni espresse nell'atto costitutivo o nello statuto.

Il Cts a sua volta nell'ambito delle norme dedicate alle associazioni e segnatamente alle procedure di ammissione degli associati e del consesso assembleare stabilisce

Art. 24 co. 6 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto.

Si dà atto che secondo regola di autonomia non si hanno impedimenti all'inserimento in seno ad una fondazione di organi ulteriori rispetto a quelli di rappresentanza, gestione e controllo. Il Cts rende in questo caso ossequio alle manifestazioni di autonomia, anche se su di esse rimette perimetri.

Se si potesse pesare lo spazio riservato alla autonomia dal regime dato agli enti del Terzo settore si constaterrebbe che esso si assottiglia in ogni luogo in cui la funzione dell'ente è l'aspetto di cui la norma si occupa. La ragione risiede non già nella consueta funzionalizzazione dei modelli legali rispetto agli interessi considerati, bensì nel fatto che con il Cts si è inteso organizzare un segmento della *societas* come un sistema operativo che non ammette troppi scarti. Gli stilemi del soggetto e del suo agire

non scompaiono, ma le logiche con le quali i soggetti sono osservati e trattati non sono esattamente quelle con le quali sono considerati i soggetti privati e le loro relazioni. Nel Terzo settore gli interessi sono prestabiliti. La premessa della autonomia manca. Mettere a tema per il Terzo settore l'autonomia privata è un esercizio che mostra degli interstizi in cui essa può trovare manifestazione, ma solo là dove si coinvolgono strumenti negoziali. Questi però non sono la cifra del Terzo settore, dove essenziale è l'azione, non l'atto con cui essa si compie.

Capitolo 4

Risorse, rischio e destinazione

SOMMARIO: 4.1. La sollecitazione per la raccolta fondi. – 4.2. La lucratività negli enti del Terzo settore. – 4.3. Liquidazione e devoluzione. – 4.4. Scioglimento e crisi. – 4.5. Patrimonio destinato.

4.1. La sollecitazione per la raccolta fondi

Si ritorna (vedi già paragrafo 2.5) sul tema della raccolta fondi. Al sostegno finanziario degli enti del Terzo settore è dato di provvedere non soltanto attraverso l'accesso a contribuzioni pubbliche e private, ma pure mediante lo svolgimento di attività organizzate di sollecitazione presso il pubblico o la cessione di beni o la prestazione di servizi. Il valore di queste operazioni deve mantenersi modico. Evidentemente con questa prescrizione si è inteso riprendere norma (art. 783 c.c.) che sottrae all'area delle attribuzioni donative quelle contenute in un importo poco significativo in termini assoluti, ma che assumono un peso nella loro sommatoria.

La norma dell'art. 7 co. 2 Cts eleva a forma giuridica un fenomeno diffuso e che non trova una immediata corrispondenza nella disciplina delle liberalità.

Lo spirito di liberalità in particolare non si potrebbe coniugare con la sollecitazione che mette in ombra il requisito della spontaneità¹. Questa per vero compare fra i requisiti dell'adem-

¹D. Carusi, *Davanti allo specchio. La persona, il diritto, la fine della vita*, Torino, 2013, p. 79 ss.

pimento delle obbligazioni naturali (art. 2034 c.c.) dove prima circostanza è la presenza di un dovere morale o sociale che di per sé rimanda ad uno spettro di impegni che pur non sufficienti per imporre l'esigibilità sono comunque luogo dal quale sorgono modalità comportamentali che lo stesso ordinamento approva.

In sostanza con l'art. 7 si è stabilita regola utile, ma non indispensabile a cospetto di norme codicistiche che già garantiscono la irripetibilità di dazioni d'uso o avvertite socialmente come lodevoli.

Il testo della disposizione dell'art. 7 Cts suscita qualche interrogativo circa il significato di alcune delle espressioni lì contenute. Il termine sollecitazione nel vocabolario giuridico definisce in genere una attività di richiamo e promozione (art. 40 c.c.) che comporta per i sollecitatori la assunzione di responsabilità relative allo stesso oggetto della sollecitazione. La norma dell'art. 7 Cts sul punto non ha esplicitanze. Di fronte ai sovventori, la raccolta fondi deve compiersi nel rispetto dei canoni della verità, della trasparenza e della correttezza², lo si è già ricordato. La comunicazione che dovrà essere fornita comprenderà perciò esplicite e specifiche indicazioni circa l'obiettivo dei fondi da raccogliere, la destinazione delle risorse raccolte e l'impiego delle eventuali eccedenze. Anche i beneficiari per i quali è intervenuta la raccolta, potranno così essere messi a parte della iniziativa e delle sue ragioni. Sono queste le parole a cui si affida la valutazione della pubblicità, dei messaggi reclamistici e di ogni forma di orientamento delle determinazioni del pubblico.

La pubblicità sebbene fattore di persuasione deve compiersi secondo canoni comportamentali che mirano a tutelare più che un singolo, la pluralità di quanti ne sono destinatari. Non è escluso che anche interessi individuali vengano direttamente lesi. Il primo beneficiario del rispetto delle regole a cui la pubblicità

² Con il d.m. 13 giugno 2022, sono state dettate le Linee guida in materia di raccolta fondi degli enti del Terzo settore ai sensi dell'art. 7, co. 2, del codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

deve adeguarsi è il pubblico, la collettività dei consumatori e degli operatori economici.

La raccolta di fondi secondo la disciplina dei comitati è assistita da regole di responsabilità che debbono garantire il finale utilizzo delle risorse percepite³.

La assenza di chiare indicazioni al riguardo non esclude che ipotesi di responsabilità si possano costruire sulla base di altre norme dello stesso codice del Terzo settore. A fronte dell'art. 7 Cts, però, il piano dei canoni lì prescritti parrebbe collocarsi nell'ambito delle regole di comunicazione e dei modi di attuazione della raccolta. La violazione di quei canoni dovrebbe generare reazioni di tipo sanzionatorio volte a stigmatizzare la credibilità dell'ente e la sua dignità di permanere nel Terzo settore. In una sorta di *pendant* con il regime delle pratiche commerciali sleali⁴, questo argomento peraltro non rimane completamente inapplicabile se, al di là della natura del soggetto, l'attività ha connotati commerciali.

Agli enti del Terzo settore non compete la qualità di consumatore⁵. Non può invece escludersi che essi nello svolgimento delle loro attività agiscano quali professionisti e in tale veste divengano destinatari di regole riferite a tale categoria di soggetti. Ciò non significa che essi divengano imprese in senso proprio. Fra gli enti del Terzo settore si collocano anche imprese, secondo lo schema qualificatorio che esita nell'applicazione del c.d. statuto dell'impresa. Si vuole soltanto osservare che anche per gli enti del Terzo settore si pongono, là dove essi si imbattono in aree commerciali, regole che hanno quale presupposto una posizione da professionista, in particolare quando la controparte o l'interlocutore abbia modo di invocare a suo ombrello la condizione di consumatore.

³ Per una più ampia analisi: F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, art. 36-42 c.c., in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1967.

⁴ Codice del consumo, artt. 18-27.

⁵ Vedi anche *infra* cap. 9 § 1.

Art. 18 D.lgs. 6 settembre 2006, n. 206

a) “consumatore”: qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

4.2. La lucratività negli enti del Terzo settore

Si è già fatto cenno (cap. 2 § 4) al significato che nell'economia del Cts ha l'assenza del fine lucrativo. In concreto tutte le risorse economiche dell'ente non possono essere deviate dal fine istituzionale, quale ne sia la provenienza. La compatibilità stabilita nella disciplina della impresa sociale, se costituita in forma di società, fra non lucratività e possibile distribuzione di utili sembra essere stata affidata al tetto ad essa imposto (art. 3 co. 3 e art. 16 d.lgs. n. 112/2017).

Il fine non lucrativo non esclude la produzione di utili. Al fine lucrativo si accosta la assunzione del rischio che l'attività svolta può comportare. Questo compete di norma a colui che gestisce attività imprenditoriale. Gli enti del Terzo settore per come ora concepiti non si pongono a distanza e tanto meno in contrapposizione con l'impresa. Non si vuole riprendere il tema della attitudine o meno degli enti non societari di svolgere attività di impresa. Non si intende ritornare sulla non nuova questione della verifica in concreto della individuazione dei fattori che connotano come imprenditoriale-commerciale l'attività esercitata dall'ente.

La riflessione sollecitata dalle sfumature che il fine non lucrativo mostra nel regime del Terzo settore rimette in campo la configurabilità di una impresa civile⁶. Al di là di assonanze fra

⁶ Già F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980, p. 38 si era interrogato sulla presenza d'una impresa civile diversa da quella commercia-

finalità civiche e l'attributo civile, si ricorda che con la unificazione del codice di commercio con quello civile si è posta una difficile scindibilità fra impresa e attività commerciale comprensiva di quella industriale e di prestazione di servizi, tipologie di prestazioni alle quali gli enti del Terzo settore hanno vocazione, come si desume dal contenuto dell'art. 5 Cts.

L'impresa commerciale che eroga servizi richiede remunerazione e di ottenere un ricavo. Agli enti del Terzo settore non è interdetto di prestare la loro attività a titolo oneroso, ma è indispensabile che la remunerazione richiesta e ottenuta non consenta delle marginalità, per non essere definita come commerciale, segnatamente ai fini fiscali. Anche là dove non sia il beneficiario della prestazione a retribuirla, il corrispettivo percepito non potrebbe essere determinato sulla scorta di un criterio di economicità. Se ciò accadesse si scompaginerebbe la regola della concorrenza fra enti del Terzo settore ed enti di natura diversa⁷. Difatti la stessa Corte di Giustizia UE⁸ ha profilato uno spazio riservato ai soli enti del Terzo settore, in ragione del fine non lucrativo per i bandi indetti al fine di stipulare convenzioni da stipulare con gli enti pubblici.

La raccolta fondi consentita agli enti del Terzo settore per incrementare le disponibilità economiche occorrenti per la realizzazione del fine istituzionale è dunque soltanto uno fra i veicoli da cui possono pervenire mezzi finanziari. Ciò che connota queste operazioni è la assenza di qualsiasi profilo e di investimento e di rischio.

La estraneità alla materia del Terzo settore del fattore rischio è conclusione alla quale si è pervenuti leggendo la disposizione dell'art. 7 Cts.

le, in ragione delle attività elencate nell'art. 2195 c.c. e altresì non coincidente con la impresa agricola.

⁷ L'Anac nelle Linee Guida n. 17 del 27 luglio 2022 ha però ritenuto di ribadire che per il Terzo settore si possano avere deroghe rispetto alla disciplina dei contratti pubblici.

⁸ Corte Giustizia UE, sez. VIII, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21.

Art. 7 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli enti del Terzo settore, possono realizzare attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa, anche mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi, inclusi volontari e dipendenti, nel rispetto dei principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico, in conformità a linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore.

Qui affiora un tema specifico per gli enti del Terzo settore che accolgono pure realtà non avulse dal territorio occupato dalle imprese che, quali Ets, debbono comunque possedere connotazioni che ne marcano la distinzione.

4.3. Liquidazione e devoluzione

Il patrimonio dell'ente che si ascrive al Terzo settore resta vincolato ad un utilizzo coerente con le finalità per le quali si è formato, indipendentemente dalla fonte di provenienza. Il venir meno dell'ente suo titolare non ne cancella la proiettata destinazione. L'art. 9 Cts disciplina il fenomeno della devoluzione, senza sottrarlo alle determinazioni statutarie, che, lo si ricorda, non possono restare silenti sull'argomento.

Art. 9 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. In caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo è devoluto, previo parere positivo dell'Ufficio di cui all'articolo 45, comma 1, e salva diversa destinazione imposta dalla legge, ad altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statutarie o dell'organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale. Il parere è reso entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta che l'ente interessato è tenuto a inoltrare al predetto Ufficio con racco-

mandata a/r o secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, decorsi i quali il parere si intende reso positivamente. Gli atti di devoluzione del patrimonio residuo compiuti in assenza o in difformità dal parere sono nulli.

Art. 45 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito il Registro unico nazionale del Terzo settore, operativamente gestito su base territoriale e con modalità informatiche in collaborazione con ciascuna Regione e Provincia autonoma, che, a tal fine, individua, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la struttura competente. Presso le Regioni, la struttura di cui al periodo precedente è indicata come «Ufficio regionale del Registro unico nazionale del Terzo settore» (...).

La devoluzione non integra una successione dell'ente destinatario all'ente estinto o sciolto⁹. Il tenore dell'art. 9 Cts mostra che il momento della devoluzione non è sottratto al controllo dell'organismo preposto.

Il controllo si manifesta nel parere, che se positivo vale ad autorizzare l'assegnazione.

Nello statuto può essere già individuato l'ente al quale debba devolversi il patrimonio che residuasse dalla liquidazione del suo titolare. La liquidazione resta fase prodromica alla devoluzione. La liquidazione tuttavia può risolversi pure in un disavanzo. Affinché si possa procedere alla devoluzione occorre infatti che tutti i rapporti dell'ente disciolto abbiano trovato definizione. Le precisazioni contenute nel Cts circa la devoluzione echeggiano modalità che soprattutto per le fondazioni assegnavano all'Autorità controlli pure sul momento liquidatorio. Il regime di sorveglianza introdotto per il Terzo settore dà senso alla

⁹P. Rescigno, *Nozioni generali*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 564; A. Busani, D. Corsico, *Atto costitutivo e stati degli enti del terzo settore*, Milano, 2020, p. 165, con specifico riferimento agli enti del Terzo settore.

regolamentazione stabilita in ordine alla devoluzione. Secondo il codice civile però gli enti non riconosciuti mantenevano anche nella fase finale della loro esistenza libertà riposte nelle determinazioni convenzionali, libertà che l'appartenenza al Terzo settore non consente.

Il tema della devoluzione si affronta unitariamente nel senso che ogni attivo patrimoniale non più riferibile ad un ente operativo deve allocarsi sempre nel suo ambito di attività. Questo principio trova espressione anche nella soluzione residuale, quella della assegnazione alla Fondazione Italia Sociale¹⁰.

Non si ravvisano punti di contatto fra la successione dello Stato e la devoluzione al fondo. Questa si dà perché non si è identificato un ente al quale assegnare in devoluzione quanto sia appartenuto ad un Ets estinto o sciolto, non già per assenza di legittimati ad assumere la titolarità del suo patrimonio attivo residuo. La previsione normativa colma una possibile lacuna nel percorso di designazione dell'assetto organizzativo dell'ente. È vero che anche la successione dello Stato è regola che supplisce all'assenza di disposizioni testamentarie idonee alla delazione. Lo Stato però interviene anche là dove dai chiamati sia respinta la istituzione.

Non si omette di precisare che la successione dello Stato costituisce comunque un capitolo a sé nella materia delle successioni per causa di morte¹¹. Parimenti quand'anche si escluda allo Stato il titolo di erede¹², il suo ingresso nel fenomeno successorio per causa di morte non è scisso dalla regola secondo la quale il patrimonio del defunto si devolve per legge o per testamento. Nella devoluzione l'ente assegnatario non si pone in alcuna posizione di continuità con l'ente estinto. L'unico elemento

¹⁰ L'Ente è stato istituito dall'art. 10 della L. 6 giugno 2016, n. 106; il suo statuto è stato approvato con d.p.r. 28 luglio 2017.

¹¹ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1999, p. 212; G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. 3, Milano, 2009, p. 890.

¹² Cass., 24 luglio 2000, n. 9648.

che ne giustifica la assegnazione a suo favore è la capacità di salvaguardare la destinazione impressa ai valori patrimoniali che riceve, nella logica della, accentuata nel Terzo settore, presenza di un vincolo di destinazione insito in ogni valore patrimoniale riferibile ad ente che vi afferisca.

4.4. Scioglimento e crisi

Nella disciplina dell'impresa sociale è stata contemplata la eventualità della sua condizione di crisi. Seguendosi scelte normative già adottate in materia di cooperative connotate da una gestione non commerciale è stato stabilito che la procedura concorsuale fosse quella della liquidazione coatta amministrativa,

Art. 14 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

In caso di insolvenza, le imprese sociali sono assoggettate alla liquidazione coatta amministrativa, di cui all'RD 267/43 e successive modificazioni.

la procedura liquidatoria successivamente aggiornata in correlazione con la disciplina del codice della crisi di impresa¹³.

Anche in questo caso per l'ipotesi di un residuo patrimoniale all'esito della liquidazione si darebbe luogo a fenomeno devolutivo.

¹³ 1. Le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono soggette a liquidazione giudiziale, salvo che la legge diversamente disponga.

2. Quando la legge ammette la procedura di liquidazione coatta amministrativa e quella di liquidazione giudiziale, la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale preclude la liquidazione coatta amministrativa e il provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa preclude l'apertura della liquidazione giudiziale (d.lgs. 12 settembre 2019, n. 14, art. 295).

Art. 14 co. 5 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

Il patrimonio residuo al termine della procedura concorsuale è devoluto ai sensi dell'articolo 15, comma 8.

Art. 15 co. 8 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

Nel caso di irregolarità non sanabili o non sanate il Ministro vigilante dispone la perdita della qualifica di impresa sociale. Tale provvedimento dispone altresì che il patrimonio residuo dell'impresa sociale, dedotto, nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile, il capitale effettivamente versato dai soci, eventualmente rivalutato o aumentato, e i dividendi deliberati e non distribuiti nei limiti di cui all'articolo 3, comma 3, lettera a), è devoluto al fondo istituito ai sensi dell'articolo 16 dall'ente o dall'associazione cui l'impresa sociale aderisce o, in mancanza, dalla Fondazione Italia Sociale, salvo quanto specificamente previsto in tema di società cooperative. Il provvedimento è trasmesso ai fini della cancellazione dell'impresa sociale dall'apposita sezione del registro delle imprese.

Per gli altri enti del Terzo settore la condizione di incapienza patrimoniale è rimasta al di fuori degli orizzonti normativi quasi che lo squilibrio economico finanziario non appartenesse al mondo del Terzo settore. L'incapienza o l'esaurimento del patrimonio varrebbero soltanto come causa di scioglimento (art. 27 c.c.). La devoluzione quale modalità di allocazione di attivi patrimoniali presuppone che l'ente non possa versare in stato di crisi anche quando si sciogla. Nella realtà delle cose invece l'ipotesi potrebbe darsi anche qualora non si riscontrino deviazioni¹⁴ dalle sue corrette funzionalità e dunque non si determinino le condizioni per assegnare all'ente qualifica di impresa.

A fronte di norme che già prima del 2017 hanno regolato forme di soluzione delle esposizioni debitorie di non imprendi-

¹⁴G. Sancetta, A.I. Baratta, C. Ravazzin, *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022.

tori¹⁵, è da chiedersi se pure gli enti del Terzo settore vi possano fare ricorso. Il sovraindebitamento del consumatore è figura tagliata sulla persona fisica tanto da includere supporti provenienti da familiari del debitore (art. 7 *bis* L. 27 gennaio 2012, n. 3), per comporre *assets* da distribuire ai creditori o da destinare al loro pagamento. Finché la ristrutturazione negoziata dei debiti è stato strumento offerto alle sole persone fisiche non era anomalia che soggetti collettivi non imprenditori potessero risolvere la definizione dei loro debiti soltanto nella fase liquidatoria successiva al loro scioglimento. Introdotto un non dissimile percorso anche per il debitore imprenditore (d.lgs. 24 agosto 2021, n. 118), vi è motivo per una riflessione. Il percorso negoziale è utile per il debitore ma pure per i suoi creditori che più speditamente di quanto accadrebbe nelle procedure espropriative otterrebbero qualche soddisfazione per i loro diritti. Per certi versi anche la procedura negoziata a cui può accedere l'imprenditore debitore presenta le stesse utilità. Nel caso di debitore imprenditore entrano in gioco pure le ragioni dell'impresa e del suo valore. La conservazione dell'impresa ovvero di un'entità attiva eventualmente affidata a imprenditore più virtuoso è percorso che si pone negli scenari delle vicende di decozione, nelle quali possono incorrere anche le imprese sociali che non sarebbe razionale estromettere da procedure negoziali pure se normativamente si è previsto un percorso specifico.

Diverso può sembrare il contesto della crisi di un ente del Terzo settore non imprenditore ed al quale non fa capo una impresa (art. 14 d.lgs. n. 112/2017). Anche un ente del Terzo settore non imprenditore può risultare, ed anzi in questa direzione muove la stessa disciplina del Cts, là dove contempla le figure della scissione e della fusione (art. 98 Cts¹⁶; art. 12 d.lgs. n.

¹⁵ F. Accettella, *La liquidazione controllata del sovraindebitato: un primo commento. Commento a dec. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 657-697.

¹⁶ Dopo l'art. 42 c.c., è inserito il seguente: «Art. 42-bis (Trasformazione,

112/2017¹⁷), un riferimento di una struttura organizzativa e di competenze che è inopportuno perdere come inevitabilmente accade nelle procedure liquidatorie.

fusione e scissione). – Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni.

La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498.

L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500-sexies, secondo comma. Si applicano inoltre gli articoli 2499, 2500, 2500-bis, 2500-ter, secondo comma, 2500-quinquies e 2500-nonies, in quanto compatibili.

Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili.

Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore».

¹⁷ 1. Salvo quanto specificamente previsto dal codice civile per le società cooperative, la trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere; la cessione d'azienda o di un ramo d'azienda relativo allo svolgimento dell'attività d'impresa di interesse generale deve essere realizzata, previa relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede l'impresa sociale, attestante il valore effettivo del patrimonio dell'impresa, in modo da preservare il perseguimento delle attività e delle finalità da parte del cessionario. Per gli enti di cui all'art. 1, co. 3, la disposizione di cui al presente comma si applica limitatamente alle attività indicate nel regolamento.

2. Gli atti di cui al co. 1 devono essere posti in essere in conformità alle disposizioni dell'apposito decreto adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore.

3. L'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui al co. 1, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al decreto di cui al co. 2, ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio.

4. L'efficacia degli atti di cui al co. 1 è subordinata all'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che si intende concessa decorsi

Il ricorso alla ristrutturazione del debito, più che ad altre modalità non dovrebbe escludersi a priori facendo perno sulla non qualificabilità dell'ente come consumatore, ma intendendo questo come non professionista più che come persona fisica.

La devoluzione come atto finale di conclusione della vita dell'ente in caso di scioglimento garantisce, come detto, il rispetto delle destinazioni del patrimonio dell'ente nell'esaurimento della sua stessa funzione. Se il discorso del Terzo settore ha una grammatica comprensiva anche della struttura organizzativa, la attenzione verso quella struttura organizzativa, in caso di squilibrio economico-finanziario, si propone come un elemento non irrilevante da valutare nelle soluzioni adottabili, pur se non necessariamente da percorrere.

4.5. Patrimonio destinato

Nel Cts (art. 10) vi è norma che dà facoltà agli Ets di costituire un patrimonio destinato secondo il disposto degli artt. 2447 *bis* ss. c.c. La facoltà è riservata ai soli enti dotati di autonomia patrimoniale.

Alla sua introduzione nel regime delle società l'istituto suscitò qualche interesse¹⁸.

novanta giorni dalla ricezione della notificazione. Avverso il provvedimento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che nega l'autorizzazione è ammesso ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

5. In caso di scioglimento volontario dell'ente o di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, il patrimonio residuo, dedotto, nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile, il capitale effettivamente versato dai soci, eventualmente rivalutato o aumentato, e i dividendi deliberati e non distribuiti nei limiti di cui all'art. 3, co. 3, lett. a), è devoluto, salvo quanto specificamente previsto in tema di società cooperative, ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'art. 16, co. 1, secondo le disposizioni statutarie. La disposizione di cui al presente comma non si applica agli enti di cui all'art. 1, co. 3.

¹⁸ In argomento, C. Giusti, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*:

Nella realtà dei fatti non si hanno evidenze della sua frequente utilizzazione.

La funzione del patrimonio destinato sarebbe quella di allocare o beni destinandoli alla realizzazione di un affare specifico o di convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare siano destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi. Per certi versi il patrimonio destinato è una sorta di monade che si inserisce all'interno di una realtà organizzata in modo da creare una separata struttura, che, pur all'interno dell'oggetto sociale, si propone rispetto ai terzi con una sua propria identità funzionale¹⁹.

La previsione della costituzione di un patrimonio destinato nella struttura organizzativa almeno di alcune specie di enti del Terzo settore lascia perplessi²⁰.

Rispetto agli enti del Terzo settore non si pone questione di responsabilità patrimoniale assimilabile a quella che si declina in materia di società. Anche la mancanza di personalità giuridica in capo all'ente non si traduce in estensione di responsabilità al di là dei soggetti che ne siano gestori²¹. Il riferimento normativo è l'art. 38 c.c. Si attinge alla disciplina delle associazioni non riconosciute, perché paradigmatica della correlazione gestione/responsabilità alla quale è estranea la situazione di partecipazione.

La norma dell'art. 10 Cts

problemi applicativi e reale agibilità dell'istituto, in *Riv. dir. impresa*, 2017, pp. 521-537.

¹⁹ M. Lamandini, *Patrimoni separati, tutela dei creditori e fallimento*, in *Rivista di diritto societario* (<https://www.rivistadirittosocietario.com/patrimoni-separati-tutela-dei-creditori-e-fallimento>).

²⁰ Per considerazioni critiche sull'esercizio di attività d'impresa da parte di associazioni e fondazioni M.V. De Giorgi, *Enti del libro primo e del terzo settore*, Pisa, 2021, p. 193 ss.

²¹ A. Barba, *Associazione, fondazione e titolarità d'impresa*, Napoli, 1995, p. 75 ss.

Art. 10 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica ed iscritti nel registro delle imprese possono costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli articoli 2447-bis e seguenti del codice civile.

invero circoscrive l'ambito della sua applicazione agli Ets iscritti nel Registro delle imprese. Qui vi è certamente spazio per le associazioni a cui faccia capo una impresa sociale. Non è automatico il passaggio della associazione imprenditoriale a società di persone, sicché il patrimonio destinato, ove fosse stato ammesso senza il limite della personalità giuridica, avrebbe potuto offrire un mezzo per superare il regime della corresponsabilità fra ente e gestore.

La regola legislativa in materia di patrimonio destinato non esclude in modo assoluto responsabilità patrimoniali estese oltre il patrimonio destinato.

Art. 2447 quinquies co. 3 e 4

(...) Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo.

Più probabile è che la limitazione contenuta nell'art. 10 Cts sia stata suggerita dalla volontà di attribuire al patrimonio destinato un contesto non distante da quello che lo prevede nel codice civile.

Non era necessario invero riprendere nella disciplina del Terzo settore l'istituto del patrimonio destinato quale strumento di allocazione dei rischi concernenti un determinato affare, in particolare di fronte ai terzi creditori con conseguenze che si allontanerebbero dalle prescrizioni degli artt. 2740-2741 c.c. Peraltro, ogniqualevolta un soggetto si espone limitatamente, come per le s.p.a con un socio unico, le prospettive dell'art. 2740 c.c.

si perimetrano più marcatamente di quanto accada nel caso di debitore persona fisica.

Il presupposto della personalità giuridica richiesto per l'accesso allo strumento del patrimonio destinato può comunque trovare spiegazione nella circostanza che alla sua costituzione possono reagire soltanto coloro ai quali ne potrebbe derivare un danno. Il pregiudizio pertiene a chi possa tutelare i propri diritti rivolgendosi ai responsabili, pur sussidiari, del loro debitore.

La concessione, una delle molte, fatta dal Cts al diritto societario mediante la previsione del patrimonio destinato reca l'inserimento nel lessico del Cts del termine "affare", proprio della materia della impresa. Gli enti del Terzo settore che sono ammessi alla costituzione di patrimonio destinato non a caso sono soltanto quelli che si iscrivono nel Registro delle imprese. Gli enti del Terzo settore qui iscritti conservano il connotato del fine non lucrativo.

L'impresa sociale, più delle cooperative sociali, mantiene connotati propri dell'esercizio di attività economiche organizzate. Ciò che non è situazione adatta alla figura è la formazione di una realtà a capitale di rischio limitato proveniente da un unico socio, ovvero uno dei presupposti sui quali poggia il disposto dell'art. 2447 *bis* c.c.²².

Nella disciplina della impresa sociale risulta chiaramente scandito il principio secondo cui la responsabilità limitata non può tradursi in strumento per limitare rischi patrimoniali a vantaggio di interessi non compatibili con l'utilità sociale.

Art. 3 co. 2 bis e 3 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

2-bis. Ai fini di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai

²²C. Giusti, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare: problemi applicativi e reale agibilità dell'istituto*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, pp. 521-537; G. Strampelli, P. Balzarini, *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. società*, 2012, pp. 78-128; A. Morello, *La cessione dei patrimoni destinati*, in *Riv. diritto commerciale e diritto generale delle obbligazioni*, 2010, pp. 377-407.

soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-sexies del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica.

3. L'impresa sociale può destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti: a) se costituita nelle forme di cui al libro V del codice civile, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) a erogazioni gratuite in favore di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, che non siano fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società da questa controllate, finalizzate alla promozione di specifici progetti di utilità sociale.

Art. 16 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

Le imprese sociali possono destinare una quota non superiore al tre per cento degli utili netti annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti, a fondi istituiti dagli enti e dalle associazioni di cui all'articolo 15, comma 3, nonché dalla Fondazione Italia Sociale (...).

L'interdetto al fine lucrativo anche indiretto incrocia il profilo del rischio, nel senso che pur potendosi nelle imprese sociali avere qualche spazio per la distribuzione di utili (art. 16, d.lgs. 3

luglio 2017, n. 112), ciò che non si permette e risulta esclusa è la delimitazione del rischio attraverso una destinazione patrimoniale che solleva il socio dal rischio della perdita del conferimento nella realizzazione di un dato affare. In questa prospettiva anche il perimetro normativo nel quale è ammesso il ricorso all'istituto del patrimonio destinato appare cautela inadeguata rispetto al contesto del Terzo settore.

I dati normativi indicano univocamente che agli enti del Terzo settore non può appartenere il fine lucrativo. Ciò nondimeno non si nega la possibilità che in alcune specie di enti del Terzo settore eventuali utili non trovino esclusivo reimpiego nello svolgimento delle attività istituzionali. Questa evenienza si allinea alla fisionomia tipica dell'impresa condotta da società. Il patrimonio destinato in questo quadro inserisce un elemento non solo non indispensabile, ma posto a protezione d'interessi che esorbitano da qualsiasi realtà del Terzo settore.

Il rilievo non si supera con la considerazione che il patrimonio destinato deve comunque essere finalizzato ad un affare che rientra nell'ambito delle attività dell'ente. Questo è un punto fermo, oggettivo. Altro è il lato soggettivo della norma dell'art. 2447 *bis* c.c. Rispetto al patrimonio destinato i primi soggetti che possono riceverne documento sono i creditori. Per converso chi si avvale della segregazione è il socio che attenua ulteriormente i suoi rischi ottenendo anche se non direttamente un effetto profittevole, che non si armonizza né con il regime del Cts né con quello stabilito dal d.lgs. n. 112/2017.

È perciò da chiedersi, e non retoricamente, se nel dialogo con la disciplina delle società la inclusione del patrimonio destinato sia stato un omaggio formale oppure si sia inteso aprire ad uno strumento ritenuto praticabile. In questo secondo caso occorrerebbe riflettere sulla sua compatibilità con le logiche del Terzo settore e in particolare con il significato che nel Terzo settore rivestono l'impresa, il rischio e il fine al quale debbono vincolarsi le risorse patrimoniali. In definitiva il patrimonio destinato potrebbe in concreto essere costituito nei limiti in cui da esso possano scaturire effetti che non devino dall'interesse dell'ente

a favore dell'interesse dei soci, segnatamente di società titolare di impresa sociale, dove risulta chiaramente sancito il principio secondo cui la responsabilità limitata non può tradursi in strumento per limitare rischi patrimoniali a vantaggio di interessi non compatibili con l'utilità sociale.

Capitolo 5

Il Registro unico del Terzo settore

SOMMARIO: 5.1. L'iscrizione nel Runts: un luogo e uno *status*. – 5.2. Iscrizione nel Registro unico e sua finalità. – 5.3. La pubblicità nel Runts. – 5.4. Persone giuridiche e Runts. – 5.5. Gli enti religiosi nel Runts.

5.1. L'iscrizione nel Runts: un luogo e uno *status*

Al Registro unico del Terzo settore si affiderebbe il ruolo di marcare il territorio del Terzo settore. Invero gli Ets eretti in forma di impresa si iscrivono nel Registro delle imprese.

Fra il Registro unico e quello delle imprese vi sono notevoli differenze funzionali anche se non mancano alcune similitudini.

L'iscrizione nel Registro unico abilita all'uso obbligatorio dell'acronimo Ets, ma non solo¹. Per la identità Ets la iscrizione nel Registro è costitutiva (art. 7 co. 1 d.m. n. 106/2020). La qualifica di Ets non sembra assumere senso di semplice predicato di realtà preesistente sulla base d'un atto formale di costituzione. Dalla lett. a) co. 5 dell'art. 8 d.m. n. 106/2020 relativo alle modalità di presentazione della domanda di iscrizione al Runts si trae che gli enti che non posseggono la personalità giuridica e che non vi ambiscono possono procedervi anche se non siano in

¹ Per le Aps e le OdV si preserva l'acronimo (art. 7 co. 3 d.m. 15 settembre 2020).

grado di produrre l'atto costitutivo ricorrendo ad un atto sostitutivo di notorietà.

Art. 8 co. 5 lett. a) D.M. 15 settembre 2020, n. 106

(...) Qualora gli enti non siano in grado di depositare l'atto costitutivo in ragione della sua insussistenza o di particolari motivi idonei a giustificare l'irrecuperabilità, gli stessi possono depositare apposita documentazione, anche in forma di dichiarazione di insussistenza o di irrecuperabilità effettuata ai sensi degli articoli 46, 47 e 76 del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

L'ipotesi a cui si allude è quella degli enti costituiti senza atto scritto. La forma scritta dell'atto costitutivo non è requisito dovuto secondo il codice civile (art. 36)² per gli enti associativi che non ambiscono al riconoscimento secondo il codice civile. Nella legislazione speciale che nel tempo lo ha affiancato la forma dell'atto costitutivo munita di certezze conferite dalla autenticazione o ancor più dall'atto pubblico si è invece imposta quale elemento necessario per la iscrizione nei relativi registri di riferimento (es.: art. 3 L. 7 dicembre 2000, n. 383). Il Cts ha per gli enti costituiti a seguito della sua entrata in vigore stabilito, non esplicitamente, ma sulla base d'una semplice lettura dell'art. 8 d.m. n. 106/2020 la regola dell'adozione della forma scritta.

Per il passato ovvero per gli enti preesistenti al 2017 si è data comunque possibilità di accedere all'iscrizione mediante formalità supplente, come riportato.

Con l'iscrizione nel Registro anche i c.d. enti di fatto acquisiscono una sorta di *status*.

Il termine *status* può risultare enfatico e indotto da suggestione nel considerare enti con opacità di origine. Non si può trascurare che l'approdo al Registro unico vale comunque a conferire una consistenza precedentemente non posseduta. Nel Registro vi è sezione dedicata ad altri enti.

²T. Palermo, 1 febbraio 1985, in *onelegale.it*.

Art. 3 co. 1 lett. g) D.M. 15 settembre 2020

Altri enti del Terzo settore, a cui sono iscritti tutti gli enti del Terzo settore diversi da quelli di cui alle lettere a), b), c), d) ed f) del presente comma.

Non si tratta di categoria residuale se fra questi possono allocarsi enti già afferenti alle Onlus³. Fra gli altri enti trovano posto tutte quelle realtà che pur attive nel sociale non si ascrivevano o potevano ascrivere a categorie specifiche, Aps e OdV.

L'iscrizione al RuntS presuppone in ogni caso la presenza di uno statuto che regoli l'organizzazione dell'ente in conformità con quanto previsto dal Cts.

Fra gli enti del Terzo settore che, in particolare rispetto al momento della iscrizione nel Registro unico vedono identità in qualche modo surrogate, vi sono gli enti che aderiscono alle reti associative.

Art. 41 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. Le reti associative sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, che:

a) associano, anche indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero non inferiore a 100 enti del Terzo settore, o, in alternativa, almeno 20 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno cinque regioni o province autonome; b) svolgono, anche attraverso l'utilizzo di strumenti informativi idonei a garantire conoscibilità e trasparenza in favore del pubblico e dei propri associati, attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali.

Per certi versi nel caso delle reti associative si attua una sorta di accrescimento di identità, perché l'ente assume fisionomia in

³ Art. 34 d.m. n. 106/2020.

sé e quale aderente alla rete. consentendosi eccezionalmente la presenza contemporanea in più sezioni del Registro.

Le reti associative ricevono sia nel Cts che nel d.m. n. 106/2020 la canonizzazione di fenomeni che anche al di fuori del Terzo settore si sono compiuti nell'aggregazione strutturale di realtà accomunate da finalità omogenee, ma che hanno un ambito operativo territorialmente circoscritto. Sicché la efficacia della loro azione a livello nazionale necessita di compartecipazione e collaborazione con altre omologhe entità. La individualità di ciascun ente aderente alla rete non viene perduta, ma la adesione alla rete aggiunge una qualificazione ulteriore di cui si avverte il peso proprio nelle indicazioni emergenti dal regime dell'iscrizione nel Registro unico.

Art. 41 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

È condizione per l'iscrizione delle reti associative nel Registro unico nazionale del Terzo settore che i rappresentanti legali ed amministratori non abbiano riportato condanne penali, passate in giudicato, per reati che comportano l'interdizione dai pubblici uffici. L'iscrizione, nonché la costituzione e l'operatività da almeno un anno, sono condizioni necessarie per accedere alle risorse del Fondo di cui all'articolo 72 che, in ogni caso, non possono essere destinate, direttamente o indirettamente, ad enti diversi dalle organizzazioni di volontariato, dalle associazioni di promozione sociale e dalle fondazioni del Terzo settore.

Si avverte preoccupazione per possibili distorsioni della formazione di una rete associativa, alla quale si dà idoneità di riferimento per gli enti aderenti, a condizione che l'associazionismo non diventi un luogo di abuso.

Sul piano strutturale la rete associativa richiama la figura del consorzio la cui fisionomia peraltro è stata accostata a quella delle associazioni non riconosciute⁴, facendo pure leva sul momento della costituzione e quindi dell'atto negoziale di tipo as-

⁴ Cass., 16 dicembre 2020, n. 28715; Cass., 2 luglio 2021, n. 18792.

sociativo per la assenza di rapporti di scambio. Con la figura del consorzio la rete associativa condivide la duplicità di posizione, quale ente in sé e quale ente di servizio per gli associati, i quali a loro volta nella partecipazione conservano un loro carattere, reso percepibile ai terzi mediante il sistema di iscrizione nel Registro unico.

5.2. Iscrizione nel Registro unico e sua finalità

Si è già fatto cenno all'incontrovertibile dato che il Registro unico mette in campo un sistema di organizzazione del Terzo settore dal quale prende forma la realtà magmatica degli enti che ne sono i soggetti. Il Registro unico, come pure rilevato, non esclude che nel Registro delle imprese si collochino le imprese e le cooperative sociali e alcune società di mutuo soccorso.

Art. 12 D.M. 15 settembre 2020, n. 106

1. Possono essere iscritti nella sezione di cui all'art. 46, comma 1, lettera f) del Codice gli enti costituiti ai sensi della legge 15 aprile 1886, n. 3818, e iscritti nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese ai sensi dell'art. 23, comma 1 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che abbiano un versamento annuo di contributi associativi non superiore a 50.000,00 euro e non gestiscano fondi sanitari integrativi. L'istanza telematica è formata ed inviata, secondo le specifiche tecniche contenute nell'allegato tecnico A, all'Ufficio del Registro imprese territorialmente competente che, dopo aver provveduto alla cancellazione dalla sezione delle imprese sociali, dà comunicazione dell'avvenuta modifica all'Ufficio regionale o provinciale del RUNTS nella cui circoscrizione territoriale l'impresa ha la sede legale. L'Ufficio competente del RUNTS, ricevuta la comunicazione dal Registro imprese tramite il sistema informatico, iscrive l'ente nella sezione di cui alla lettera f) con la medesima decorrenza della cancellazione dal registro delle imprese. Il procedimento di cui al presente comma è applicabile senza

l'intervento del notaio nel caso in cui non vengano effettuate modifiche allo statuto dell'ente.

2. Gli enti di cui al comma 1 che non abbiano adempiuto all'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi del citato art. 23, comma 1, del decreto-legge n. 179 del 2012, presentano la domanda di iscrizione ai sensi del capo II del presente decreto.

3. Gli enti costituiti ai sensi della legge 15 aprile 1886, n. 3818, che, esistenti alla data di entrata in vigore del Codice si trasformino entro il termine di cui all'art. 43 del Codice in associazioni e che entro il medesimo termine richiedano l'iscrizione al RUNTS, non sono tenuti alla devoluzione del patrimonio qualora la richiesta di iscrizione delle associazioni risultanti sia accolta. Le disposizioni di cui al presente comma sono applicabili anche nel caso in cui gli enti originari non abbiano adempiuto all'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179⁵.

La concorrenza con il Registro delle imprese non toglie centralità al Registro unico. Il Cts vi dedica con l'art. 11 alcune disposizioni che lo definiscono come struttura e nelle sue funzioni. Con il d.m. n. 106/2020 si è definita la articolazione dell'organismo unico, ma non per questo accentrato (art. 46 Cts).

L'iscrizione nel Registro segna l'ingresso dell'ente nel Terzo settore. Questo momento assume significato soprattutto per gli enti che non erano già assistiti da un proprio registro. Peraltro, anche a questi enti è richiesto di provvedere all'adeguamento

⁵La nuova normativa sulle società di mutuo soccorso (L. 15 aprile 1886, n. 3818, modificata dall'art. 23 della L. n. 221/2012) impone a tali società di essere iscritte nella sezione speciale delle imprese sociali e nell'Albo delle cooperative.

La regola si applica sia alle società che il 19 maggio 2013 erano già iscritte nel Registro delle imprese (o solo nel REA) sia alle società già costituite a quella data ma non iscritte.

L'obbligo di iscrizione si estende anche alle società di mutuo soccorso costituite dopo il 19 maggio 2013. Il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 6 marzo 2013, entrato in vigore il 19 maggio 2013, all'art. 4 da indicazioni circa le modalità con cui tali iscrizioni obbligatorie devono essere compiute.

dei rispettivi statuti, secondo le prescrizioni ineludibili del Cts. L'iscrizione nel Registro si compie sulla base di una richiesta, i cui contenuti sono dettagliati nel d.m. n. 106/2020. Al di là della documentazione che deve sottoporsi all'ufficio e quindi della loro conformità alla normativa è stabilito che l'istanza provenga da ente che abbia già maturato un tempo di esistenza giuridica oppure sia di nuova costituzione.

Per esplicita indicazione normativa la iscrizione nel Registro interviene all'esito positivo del procedimento di valutazione (art. 9 d.m. n. 106/2020), che non pare arrestarsi ad un mero controllo di legalità formale dal momento che rientrano nell'oggetto della valutazione aspetti che coinvolgono lo scopo dell'ente il suo patrimonio e l'osservanza della presenza nella struttura organizzativa dell'ente dei necessari organi di controllo.

Che il procedimento al quale l'ente che ne formula richiesta dia luogo a valutazioni che vanno oltre il controllo formale è aspetto che si percepisce nella scelta del legislatore di affidare al giudice amministrativo la cognizione delle contestazioni che si possano muovere avverso i provvedimenti dell'ufficio del Registro unico (art. 47 co. 6 Cts).

In questa scelta si⁶ è ravvisata manifestazione dell'intento di accentuare profili pubblicistici della materia del Terzo settore. In effetti nella disciplina del Registro delle imprese, da cui si è allontanata la connotazione di strumento preposto all'esercizio di attività di controllo da parte dell'amministrazione dello Stato delle attività economiche⁷, si è demandato al giudice ordinario il giudizio contro gli atti di quell'ufficio.

La scelta del legislatore a favore del giudice amministrativo, se si mantiene il criterio della ripartizione della giurisdizione basato sulla natura delle posizioni giuridiche protette – diritto sog-

⁶ G.P. Tosoni, F. Colombo, *Terzo settore*, Milano 2021, p. 49.

⁷ V. Buonocore, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, sez. I, t. 2, pt. I, Torino, 2002, p. 538; A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 1999, p. 181.

gettivo o interesse legittimo – sta a significare che la iscrizione nel Registro unico non integra un diritto soggettivo. La mappa della giurisdizione mostra però che nei rapporti del cittadino con la pubblica amministrazione le tutele assicurate non seguono rigidamente la tassonomia delle posizioni giuridiche soggettive⁸. Il Terzo settore del resto si propone come territorio intermedio che non potrebbe perciò connotarsi come pubblicistico, in più in un aspetto basilare quale è il Registro unico e in ciò che vi si accompagna. La competenza del giudice amministrativo può considerarsi come attribuzione in via esclusiva, senza il presupposto della natura giuridica della posizione soggettiva controversa.

Più che di versione pubblicistica degli enti del Terzo settore sembra preferibile considerare che la iscrizione nel Registro è condizione di acquisizione di una situazione giuridica che non preesiste nell'ente, sicché questo non può assumere tale qualifica senza il provvedimento dell'ufficio del Registro munito di potere di pubblica autorità. La natura degli atti provenienti in tale veste dall'ufficio del Registro unico, perciò, ne rimette il controllo di legittimità da parte del giudice amministrativo.

5.3. La pubblicità nel Runtis

Il passaggio da ente ad ente del Terzo settore implica che l'attività dell'ente trovi rappresentazione nell'inserimento dei correlativi atti nel Registro unico.

Art. 20 co. 1 D.M. 15 settembre 2020, n. 106

Successivamente all'iscrizione, ciascun ETS è tenuto, esclusivamente in via telematica, secondo le modalità previste nell'allegato tecnico A, a tenere aggiornate le informazioni di cui all'articolo 8, comma 6 (...).

⁸ Art. 7 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo).

La pubblicità conferita agli atti inseriti nel Registro unico peraltro non dà luogo ad una presunzione assoluta di conoscenza o di conoscibilità degli stessi da parte dei terzi.

Art. 26 co. 7 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

(...) Le limitazioni del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi se non sono iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore o se non si prova che i terzi ne erano a conoscenza.

Per gli enti del Terzo settore si è adottato dunque regime diverso da quello ora vigente in materia di società e in particolare di società di capitali (artt. 2384, 2475 *bis* c.c.) Qui si è stabilita la regola secondo cui il potere rappresentativo spettante al rappresentante legale è generale. Le eventuali limitazioni imposte al legale rappresentante di società di capitali, anche se previste nello statuto o già nell'atto costitutivo, non sono opponibili ai terzi anche se a questi, note o conoscibili. Perché un atto compiuto dal legale rappresentante al di fuori del perimetro dei suoi poteri possa perdere efficacia di fronte al terzo che ne sia parte, occorre un suo *animus* intenzionalmente rivolto a cagionare danno alla società⁹. Gli atti posti in essere dal legale rappresentante di Ets in linea divergente dal potere attribuitogli possono contestarsi con effetto anche di fronte al terzo, salvo che questo non dimostri di non averne avuto cognizione per ragioni non a sé ascrivibili. Il profilo del danno non è stato contemplato. Anzi, al terzo è rimessa possibilità di invocare a proprio favore la inopponibilità delle eventuali limitazioni imposte all'organo rappresentativo, se derivate da atto al quale deve darsi pubblicità, riportandolo nel Registro unico, provando di non avere avuto possibilità di apprenderle. Ciò che occorre provare non è soltanto una scusabile ignoranza. Tuttavia, il rimando alla circostanza della impossibilità può intendersi soltanto nel senso che l'ignoranza da cui il terzo può ricevere protezione deve trovare causa in

⁹ Cass., 8 luglio 2020, n. 14254; T. Roma, 10 settembre 2020, n. 12160.

evento oggettivo e non controllabile e superabile, prossimo alla forza maggiore.

Il regime della pubblicità degli atti degli enti del Terzo settore realizzato attraverso il Registro unico è espresso con portata ampia, in linea con le finalità demandate alle formalità che rendono accessibili ai terzi le informazioni. Nello schema pubblicazione/conoscibilità si interpone il tempo, ritenuto occorrente per apprendere quanto viene reso pubblico. Anche su tale aspetto il dm 106 del 2020 dà prescrizione (art. 20 co. 5 d.m. n. 106/2020).

Questo tempo non costituisce barriera alla conoscibilità *aliunde* e quindi ad una conoscenza precoce da parte del terzo di quanto pubblicato. La circostanza della precoce conoscenza, ove verificatasi, è onere dell'ente di dimostrare, se vuole opporre al terzo l'atto ed i suoi effetti. La prova di tale eventuale circostanza, riferendosi ad un fatto non dovrebbe soffrire limitazioni relativamente ai mezzi di prova utilizzabili. Egualmente si verserebbe di fronte ad una situazione particolare, legata alla ricorrenza di circostanze riferibili a terzi vicini all'ente.

Nella disciplina data nel Cts e d.m. n. 106/2020 al tema dell'opponibilità ai terzi dei loro atti e pure degli atti soggetti ad iscrizione nel Registro unico, si rende manifesto l'intento di non dare aperture ad asimmetrie fra la realtà interna dell'ente del Terzo settore e la percezione che di essa possono avere i terzi, secondo la logica della trasparenza, di cui i terzi potrebbero non profittare.

In materia societaria, come accennato, almeno in alcuni casi il terzo può restare indifferente alle relazioni interne anche se queste gli siano note o conoscibili.

La considerazione che può legarsi alla non estraneità al Terzo settore di enti eretti con struttura societaria si innesta nel più esteso argomento della ripresa, per la disciplina del Terzo settore, di disposizioni contenute nella disciplina delle società che, fermo il limite della compatibilità dovrebbero applicarsi a strutture organizzative, quelle dei soggetti del Terzo settore, che al di là del loro fine non lucrativo debbono rispondere ad esigenze non omologhe a quelle delle società sia verso i terzi che in ordine alla *governance*.

5.4. Persone giuridiche e Runts

Il Registro unico del Terzo settore non ha cancellato la personalità giuridica quale situazione di distinzione fra gli enti del Terzo settore, pur se non di differenziata dignità giuridica.

La conservazione della distinzione o forse meglio della nomenclatura enti con personalità giuridica e enti sprovvisti di tale attributo è esplicitata nell'art. 22 Cts. Nel d.m. n. 106/2020 se ne ha ripresa nel capo III del titolo II. Dell'argomento si fa menzione con riferimento alle associazioni ed alle fondazioni. Si tratta del ricalco del disegno del codice civile. Dalla disposizione dell'art. 4 Cts si trae che questi tipi di enti non esauriscono il catalogo degli enti del Terzo settore. Si è già fatto richiamo alla questione dell'apertura della legislazione alla costituzione di strutture organizzate secondo schemi che non seguono quei modelli organizzativi. Il loro ingresso nel Terzo settore non è da ritenersi precluso se sono rispettati tutti i requisiti richiesti dal Cts. Ai fini della iscrizione nel Registro unico sembra però essere stato sposato un duopolio più rigido almeno per alcuni profili. Il regime della iscrizione e in particolare la disposizione dell'

Art. 7 co. 2 d.m. n. 15 settembre 2020 n. 106

(...) Le qualifiche di impresa sociale, di Società di Mutuo Soccorso tenuta all'iscrizione nel Registro imprese, nonché i relativi benefici sono collegati all'iscrizione nella sezione "Imprese sociali" del Registro imprese.

contiene regole che valgono, per quanto non diversamente specificato nello stesso decreto per tutti gli enti che ambiscono ad appartenere al Terzo settore e non ascrivibili alle imprese. Nella declinazione del decreto, là dove si dispone sulle associazioni e sulle fondazioni si ritorna sul paradigma codicistico.

A ben vedere rispetto al Registro unico l'iscrizione di associazioni o fondazioni si propone o come formalità esclusiva, scelta dall'ente anche per acquisire la personalità giuridica o qua-

le qualificazione ulteriore, perché l'ente è già dotato di personalità giuridica essendosi iscritto nel Registro delle persone giuridiche a termini del d.p.r. n. 361/2000. Nella prima ipotesi è richiesto il requisito del patrimonio minimo indisponibile.

Art. 22 co. 4 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Si considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni. Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro.

La misura del patrimonio minimo indisponibile è indicata in termini che implicano una fisionomia dell'ente che alternativamente riporti o al modello della associazione o al modello della fondazione. Spazi per forme organizzative intermedie non sembrano concessi. Se non vi fosse possibilità di una rappresentazione della struttura organizzativa dell'ente nell'uno o nell'altro dei due tipi di ente, questo potrebbe solo iscriversi nel Registro unico come ente non personificato.

La iscrizione nel Registro delle persone giuridiche, ove intervenuta, conserverà i suoi effetti. L'ente non potrà non considerarsi persona giuridica. Per le associazioni e per le fondazioni che siano già in possesso della personalità giuridica, l'art. 22 co. 1 *bis* Cts ribadisce che fintanto che è mantenuta la iscrizione nel Registro unico, l'efficacia dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche di cui al d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 è sospesa.

Dunque, dalla disciplina dedicata al Terzo settore è stabilita la sospensione della iscrizione nel registro delle persone giuridiche per il tempo nel quale l'ente è iscritto nel Registro unico. La regola ha quale premessa che l'ente personificato risulti con questo stato in entrambi i registri implicati. Per le considerazioni che precedono non possono escludersi asimmetrie. In questa evenienza, e qualora l'ente non si inquadri nel Registro unico fra le persone giuridiche, pur avendo già acquisito secondo il percorso

tracciato dal d.p.r. n. 361/2000 il riconoscimento, l'effetto della autonomia patrimoniale non potrebbe essergli negato, se si legge il procedimento delineato nella disciplina speciale come *favor* offerto agli enti del Terzo settore e non come regola che sopravanza il regime generale. Per altro verso, nel Terzo settore la autonomia patrimoniale dell'ente richiede il patrimonio minimo indisponibile. In sua mancanza potrebbe ritenersi ammissibile la applicazione di una corresponsabilità fra ente e gestori. La conclusione tiene nel dovuto conto che l'elemento del patrimonio minimo indisponibile è rilevante soltanto per la iscrizione nel Registro unico come persona giuridica, non già quale punto di garanzia per i terzi creditori dell'ente che hanno ormai modo di conoscere se e in che misura l'ente sia dotato di capienze patrimoniali proporzionate per gli impegni assunti. Gli enti filantropici, che debbono essere persone giuridiche (art. 37 Cts), ripongono la solidità patrimoniale al di là del patrimonio di dotazione. Inoltre poiché la personalità giuridica resta attribuito spettante ad ogni ente che possa acquisirla al di fuori del Terzo settore, quanto stabilito dalle norme speciali non dovrebbe condizionare il regime dei soggetti che giuridicamente gli preesistono o sopravvivono pur se cessano di appartenervi.

5.5. Gli enti religiosi nel Runts

Gli enti religiosi ricevono anche nella regolamentazione del Registro unico disposizione separata, pur nel loro inserimento nel Terzo settore.

Dal regime delle formalità stabilite per la iscrizione nel Registro unico degli enti religiosi si coglie nitida la differenza posta fra questi e gli altri enti che hanno accesso al Terzo settore.

Innanzitutto l'ingresso nel Terzo settore di ente religioso non dà luogo ad alcun mutamento di stato dell'ente: l'ente religioso rimane tale e nel contempo esso può collocarsi nel Terzo settore. Anzi, la natura di ente religioso è condizione ineludibile per fruire del trattamento riservato. L'attributo religioso vuole che

l'ente mantenga i suoi legami con la confessione di appartenenza. Quale ente religioso il suo fine non può che essere quello del culto e della religione, finalità che a loro volta assumono rilievo nella misura in cui lo Stato italiano abbia regolato i rapporti con le istituzioni religiose rappresentanti la confessione.

L'ente religioso del Terzo settore a differenza di quanto avviene in ogni altro caso è un soggetto "doppio". Esso persegue due finalità, quella confessionale e quella solidaristico-sociale, esercitando per tale fine una o più delle attività elencate nell'art. 5 Cts.

La continuità con precedenti determinazioni normative non è certa¹⁰. Sia nella disciplina delle Onlus (art. 10 co. 9 d.lgs. n. 460/1997) che in quella del 2006 (art. 1 co. 3 d.lgs. n. 155/2006) in materia di impresa sociale era stato previsto uno spazio per gli enti religiosi attraverso il sistema del ramo. La riforma del Terzo settore sembra avere adottato più marcato indirizzo verso la definizione di una categoria, quella degli enti del Terzo settore, improntata all'esclusività, intesa come fattore che non permette altre afferenze. Di fronte all'ordinamento l'ente del Terzo settore qui trova la sua identità. L'identità degli enti religiosi ha invece la sua fonte al di fuori del Cts. La operatività dell'ente religioso nell'abito del Terzo settore deve essere prevista e compatibile con le regole che la governano.

Art. 14 D.M. 15 settembre 2020, n. 106

1. Ai fini di cui all'articolo 4, comma 3, del Codice, gli enti religiosi civilmente riconosciuti possono chiedere l'iscrizione al RUNTS mediante il deposito di un regolamento redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata. 2. Il regolamento deve: a) individuare le attività di interesse generale ed eventualmente prevedere lo svolgimento di attività diverse ai sensi, rispettivamente, degli articoli 5 e 6 del Codice; b) vietare la distribuzione di utili a norma dell'articolo 8, commi 2 e 3, del Codice; c) individuare il patrimonio de-

¹⁰L. Simonelli, *Gli enti religiosi civilmente riconosciuti e la riforma del terzo settore*, in A. Fici (a cura di), *La Riforma del Terzo Settore e della Impresa Sociale*, Napoli, 2018, p. 307 ss.

stinato per lo svolgimento delle attività di cui alla lettera a), che può essere individuato con un atto distinto, da allegare al regolamento;

d) prevedere la devoluzione ad altri enti del Terzo settore dell'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel RUNTS, a norma degli articoli 9 e 50, comma 2, del Codice; e) prevedere l'obbligo di tenere separate le scritture contabili relative allo svolgimento delle attività di cui alla lettera a) dalle scritture contabili relative ad ogni altra attività dell'ente; f) disciplinare con riferimento alle attività di cui alla lettera a) la tenuta delle scritture contabili, prevedere e disciplinare la redazione del bilancio di esercizio, la predisposizione del bilancio sociale ove prevista, la tenuta dei libri sociali obbligatori in conformità con la struttura dell'ente, nonché il trattamento economico e normativo dei lavoratori a norma, rispettivamente, degli articoli 13, 14 comma 1, 15 e 16 del Codice; g) disciplinare, per lo svolgimento delle attività di cui alla lettera a), i poteri di rappresentanza e di gestione, con specifica indicazione delle eventuali limitazioni e dei relativi controlli interni, se previsti dall'ordinamento confessionale, in conformità alle risultanze del Registro delle persone giuridiche nel quale gli enti religiosi civilmente riconosciuti sono iscritti; h) prevedere espressamente, con riferimento alle attività di cui alla lettera a), le condizioni di validità o di efficacia degli atti giuridici prescritte per gli enti religiosi civilmente riconosciuti dai relativi ordinamenti confessionali, ove tali condizioni abbiano rilevanza ai sensi di legge. 3. Alla domanda di iscrizione al RUNTS dell'ente religioso civilmente riconosciuto, presentata dal soggetto cui è attribuita, ai fini di cui alla lettera a) del comma 2, la rappresentanza, o, su mandato di quest'ultimo, dal rappresentante legale della rete associativa cui l'ente aderisce, oltre al regolamento di cui al comma 1 ed eventualmente al mandato e all'attestazione di adesione alla rete associativa, deve essere allegato l'atto con il quale la competente autorità religiosa autorizza l'iscrizione al RUNTS o dichiara che tale autorizzazione non è necessaria. L'atto di autorizzazione può essere depositato anche in copia. Dalla domanda di iscrizione devono altresì risultare: a) l'indicazione della sezione del RUNTS nella quale si richiede l'iscrizione; b) la denominazione; c) il codice fiscale; d) l'eventuale partita IVA; e) gli estremi del provvedimento con il quale è stato disposto il riconoscimento dell'ente agli effetti civili; f) la sede legale; g) un indirizzo di posta elettronica certificata; h) almeno un contatto telefonico; i) le eventuali sedi se-

condarie. Non costituiscono sedi secondarie dell'ente le sedi legali di eventuali enti affiliati dotati di diverso codice fiscale; j) la data di costituzione dell'ente o, in alternativa, quella del patrimonio destinato; k) la o le attività di interesse generale effettivamente svolte, da individuarsi tra quelle di cui all'articolo 5 del Codice; l) la previsione dell'esercizio di eventuali attività diverse ai sensi dell'articolo 6 del Codice; m) il soggetto o i soggetti cui l'ente eventualmente aderisce con relativo codice fiscale; n) le generalità delle persone fisiche titolari del potere di rappresentanza e di gestione per lo svolgimento delle attività di cui al comma 2, lettera a), l'indicazione del potere conferito e delle eventuali limitazioni, nonché la data di nomina; o) l'eventuale dichiarazione di accreditamento ai fini dell'accesso al contributo del 5 per mille di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 111. 4. La domanda di iscrizione è presentata all'Ufficio competente del RUNTS di cui all'articolo 8 del presente decreto, cui si fa riferimento per quanto non previsto dal presente articolo. Si applica il procedimento di cui all'articolo 9.

Dunque, la iscrizione nel Registro unico si compie presentando con la domanda un regolamento.

Il contenuto del regolamento contempla indicazioni – scopo, patrimonio rappresentanza – sufficienti per individuare un soggetto giuridico. Tuttavia nel Registro unico viene iscritto l'ente religioso. La prescrizione di una contabilità separata e di una sua specifica rappresentazione rimanda soltanto a formalità che vengono richieste quando si debbano verificare risultati e modalità gestionali delle attività di un soggetto per ragioni di indole principalmente fiscale. Nel caso degli enti religiosi del Terzo settore si va oltre. Se si individuano risorse patrimoniali dedicate e separate, con rilevanza in caso di devoluzione, si osserva un fenomeno di segregazione patrimoniale anche rafforzata dalla presenza di soggetto munito di rappresentanza. Il che non costituisce ormai un'anomalia nel nostro ordinamento. Una distonia invece può rilevarsi proprio nel contesto del Terzo settore, se questo viene concepito come luogo nel quale lo scopo istituzionale deve allinearsi al paradigma declinato nel co. 1 dell'art. 4 Cts. Se gli enti religiosi hanno fini confessionali gli scopi civici solidaristici e di utilità sociale dovrebbero riportarsi nell'alveo

confessionale. Un orientamento confessionale però non potrebbe permeare delle finalità che per definizione debbono perseguirsi in modo indipendente da connotati religiosi. Gli enti religiosi hanno tradizioni prossime alla solidarietà, pur se con più o meno marcate matrici caritatevoli. Anche là dove manchino attività di proselitismo o di fidelizzazione, la dottrina di appartenenza non potrebbe essere sconfessata o anche solo trascurata. Diverso senso assume invece il connotato della solidarietà come della utilità sociale riferibile alle attività alle quali possono dedicarsi gli enti del Terzo settore. Alcune di queste attività intrinsecamente hanno una utilità sociale; altre sono neutre ma acquistano specificità attraverso lo scopo che l'ente deve perseguire quale soggetto del Terzo settore. Nel caso degli enti religiosi, solidaristiche civiche e socialmente utili possono certamente essere le loro attività, ma la confessionalità, che è il loro irrinunciabile fine istituzionale, può aderire o divergere rispetto agli scopi richiesti per gli enti del Terzo settore: la confessionalità ha valenze sociali, ma anche settarie, circoscritte solo ad alcuni ambiti sociali.

Gli enti religiosi nel quadro del Terzo settore occupano un posto a sé, come emerge dalla stessa morfologia del Registro unico dovuta allo spostamento che per essi subiscono gli elementi che definiscono i requisiti degli Ets, per una scelta dello stesso legislatore la cui portata sul piano ricostruttivo forse non si è pienamente avvertita o forse è stata considerata poco importante rispetto all'esigenza di non estromettere dal Terzo settore realtà che diversamente si sarebbero poste in parallelo se non in concorrenza.

Capitolo 6

Gli oneri degli Ets

SOMMARIO: 6.1. Indici esteriori ed effettività operative. – 6.2. Il bilancio di esercizio. – 6.3. La rappresentazione contabile delle attività diverse. – 6.4. Il bilancio sociale. – 6.5. L'accesso ai libri sociali.

6.1. Indici esteriori ed effettività operative

Il codice civile non si astiene, pur avendo rimesso alla autonomia spazi non esigui, dal delineare la struttura organizzativa in particolare delle associazioni e delle fondazioni riconosciute. Sono questi i soggetti che anche in ragione della loro organizzazione funzionale accedono al riconoscimento e alla piena capacità giuridica solo nel tempo attribuita anche agli enti non personificati.

Per gli enti del Terzo settore l'argomento del loro funzionamento e della loro funzionalità è stato normativamente affrontato ancora nella prospettiva di un loro specifico ruolo e soprattutto di una loro peculiare posizione di fronte all'ordinamento. Quella posizione che deve rendersi palese e percepibile già nella denominazione secondo la previsione dell'art. 12 Cts.

Art. 12 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

La denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di ente del Terzo settore o l'acronimo ETS. Di tale indicazione deve farsi uso negli atti, nella corrispondenza e nelle comunicazioni al pubblico.

Il giudizio che può esprimersi sull'eleganza o ineleganza degli acronimi che accompagnano la denominazione dell'ente ha scarsa importanza a fronte del dato che gli acronimi sono necessari strumenti di identificazione del tipo di ente al quale si riferiscono. Esiste una tradizione anche per gli enti che ora si collocano nel Terzo settore di acronimi identificativi: OdV, Aps, Ong, Onlus. In questo solco si pone anche quello di Ets. Se mai Ets, più dei suoi precedenti, è titolo dal quale promanano alcune doverosità che si riferiscono primariamente a modalità di indole gestionale contabile che propongono tipologie differenziate sia in collegamento con elementi dipendenti dalla misura delle entrate o con la modalità di esercizio della attività.

Il testo dell'art. 13 Cts è stato integrato dal d.lgs. n. 105/2018.

Le regole che governano la materia del bilancio pongono una cesura fra gli enti che svolgono la loro attività in forma di impresa e gli altri Ets. Per la prima categoria la redazione del bilancio annuale di esercizio deve seguire le prescrizioni codicistiche. Gli stessi debbono anche tenere le scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c. Nel co. 4 dell'art. 13 Cts si legge

Gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale devono tenere le scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile.

La figura dell'impresa commerciale per l'art. 2195 c.c. è deputata allo svolgimento delle attività lì elencate e quindi separate in primo luogo da quelle agricole (art. 2135 c.c.). Gli enti del Terzo settore a norma dell'art. 4 Cts non includono le imprese commerciali e le loro attività sono declinate nell'art. 5 Cts. Gli Ets impresa sono quelli che si ascrivono fra le imprese sociali. Se le imprese sociali vivono un regime strettamente legato alla loro natura di imprese, ma diverse da quelle commerciali, il loro bilancio dovrà essere redatto in conformità con quanto stabilito per le imprese, avendo riguardo pure alla struttura organizzativa adottata dal titolare.

La estensione agli enti del Terzo settore impresa delle regole

che disciplinano il bilancio delle società risponde alle esigenze della rappresentazione dei risultati di esercizio dei soggetti che svolgono comunque una attività economica organizzata. Questa esigenza non viene meno se è una associazione ad esserne preposta. Del resto prima della riforma del 2017 per le associazioni gerenti impresa era richiesta la adozione di formalità di scritturazione contabile e di redazione del bilancio simmetriche a quelle stabilite per le imprese¹. Gli obblighi o almeno gli oneri ai quali erano sottoposte le realtà imprenditoriali di titolarità di una associazione come di una fondazione comportavano però un mutamento di qualificazione economico giuridica con vari riflessi anche sul regime fiscale. Queste variazioni non si verificano per le imprese del Terzo settore, almeno finché permane la loro effettiva coerenza con tale qualifica. La verifica su tale coerenza in concreto resterebbe comunque aperta al fine di stabilire se di fatto l'impresa sociale sia una impresa commerciale. Il controllo a posteriori delle modalità colle quali una cooperativa sociale opera resterebbe una fase necessaria per stabilire se al di là della denominazione e della forma organizzativa formalmente assunta in concreto si siano generate situazioni divergenti dai presupposti legislativamente richiesti per la applicazione d'un corpo normativo o d'un altro. Così, soprattutto nel momento della crisi, per giudicare se si possa o meno sottoporre l'ente alle procedure speciali, liquidazione coatta anziché fallimento (per quanto ancora utilizzabile il termine) o liquidazione giudiziale, seguendo la nomenclatura del Codice della Crisi, la valutazione permarrebbe in capo al giudice².

6.2. Il bilancio di esercizio

Per gli enti del Terzo settore diversi da quelli ascritti all'area

¹ Cass., 27 aprile 2020, n. 8182.

² Cass., 20 ottobre 2021, n. 29245.

delle imprese sociali l'obbligo di redazione del bilancio di esercizio trova regola nei primi due commi dell'art. 13 Cts.

Art. 13 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. Gli enti del Terzo settore devono redigere il bilancio di esercizio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto gestionale, con l'indicazione, dei proventi e degli oneri, dell'ente, e dalla relazione di missione che illustra le poste di bilancio, l'andamento economico e gestionale dell'ente e le modalità di perseguimento delle finalità statutarie.

2. Il bilancio degli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000,00 euro può essere redatto nella forma del rendiconto per cassa.

Lo schema profilato prevede la rappresentazione dello stato patrimoniale con le relative voci attive e passive e il rendiconto della gestione periodica, ovvero il conto economico. Qui debbono inserirsi i dati relativi ai proventi e agli oneri sopportati dall'ente. I proventi comprendono i rendimenti generati dalle obbligazioni anche finanziarie inserite nell'attivo patrimoniale dell'ente ed i contributi percepiti dall'ente nel corso dell'esercizio anche di provenienza pubblica, mentre le attribuzioni da elargizioni donative, se non costituite da danaro liquido, dovrebbero confluire nell'attivo patrimoniale. Nel testo della norma del primo comma non compare riferimento ai ricavi ovvero a quanto possa essere pervenuto all'ente dallo svolgimento di prestazioni remunerate per quanto ammesse e dal fine istituzionale e dalla loro qualifica non commerciale.

Fra le voci da includere nella relativa voce non potranno che includersi tutte le spese affrontate dall'ente nell'esercizio. Nel co. 2 il tema dei costi non compare.

Ai fini della verifica dei presupposti occorrenti per stabilire se l'ente possa o meno accedere alla modalità di redazione semplificata, è stato assunto il criterio del tetto, calcolato sulla base delle risorse percepite nel periodo anche se straordinarie o eccezionali. I dati a cui si dovrebbe avere riguardo potrebbero

comprendere pure quelle in natura, se fra i proventi rientra questa specie di introito. Il testo normativo rinvia invero ad un parametro monetario, sicché il calcolo richiesto supporrebbe valori liquidi.

La ampiezza delle entrate rilevanti, tuttavia, non induce ad una interpretazione restrittiva o limitativa. Qualora si seguisse una soluzione estensiva, si porrà la necessità di una valorizzazione sulla base di elementi oggettivi o, residualmente, in loro mancanza, si ricorrerà al criterio del giusto prezzo³. Il criterio adottato dovrebbe comunque essere esplicitato, per consentire il controllo sulla correttezza della modalità adottata per la redazione del bilancio di esercizio.

Il bilancio di esercizio deve essere accompagnato dalla relazione di missione. Non si tratta soltanto di una nota integrativa⁴, sebbene i suoi contenuti contemplino pure l'indicazione circa il significato dei dati numerici. La nota deve contenere anche resoconto sull'andamento dell'esercizio e quindi sulle scelte o le strategie adottate, non diversamente da quanto si espone nella relazione al bilancio di esercizio degli enti commerciali.

La assenza di fine lucrativo non soltanto non esclude che la gestione registri avanzi, ma lascia intatta l'esigenza di una gestione virtuosa e capace di dare garanzie di efficiente operatività dell'ente e così dell'attuazione degli scopi istituzionali. Anzi, è

³ Il criterio del giusto prezzo è posto, in particolare nella disciplina della compravendita, come criterio applicabile anche dal giudice, in mancanza di determinazioni convenzionali espresse o implicite; in concreto, alla determinazione del giusto prezzo si può pervenire sulla base del "prezzo corrente di mercato (accertabile in base a quello medio ricavabile dai listini ufficiali del luogo e del tempo in cui deve essere eseguita la consegna o da quelli della piazza più vicina)": T. Rovigo, 21 giugno 2018.

⁴ La nota integrativa, come richiesta per le società (art. 2427 c.c.), è documento che integra le informazioni desumibili dai bilanci e può assumere significati anche alla luce della relazione sulla gestione: T. Milano, 9 ottobre 2017, in *Le Società*, 2018, p. 866. La relazione di missione può essere quindi intesa come un documento che assomma gli elementi contenutistici della nota integrativa e della nota di gestione.

doveroso per gli enti del Terzo settore assicurare una gestione equilibrata di risorse ed oneri anche in considerazione del fatto che, fatta eccezione per gli enti eretti in forma societaria, a fronte di squilibri di gestione non si possono attivare interventi simmetrici a quelli incidenti sul capitale. Certamente si possono intraprendere iniziative che, almeno nelle associazioni, portino ad un incremento della quota associativa. Questa però non ha corrispondenze con il conferimento di capitale e non già per la irripetibilità⁵, bensì perché ad essa resta estranea ogni connotazione di capitale di rischio. La maggiorazione della quota associativa per rafforzare le disponibilità dell'ente potrebbe costituire un mezzo per correggere marginali deficit di esercizio, se affiancata ad una verifica adeguata sulle ragioni del registrato squilibrio e dunque all'adozione di altri correttivi.

La regola dell'equilibrio della gestione dell'esercizio dovrebbe essere una costante per gli enti del Terzo settore in ragione della necessità che essi siano in grado di provvedere effettivamente alla funzione cui sono deputati, nell'interesse generale della collettività.

Nel codice civile (art. 16 c.c.) ripreso sul punto anche dal Cts (artt. 8 e 21 Cts) si coglie già la rilevanza attribuita alla sufficienza delle disponibilità patrimoniali dell'ente rispetto al suo scopo; e ciò non soltanto in riferimento alla dotazione delle fondazioni lì concepite senza spazi per attribuzioni provenienti da sovventori non estranei all'ente e alla sua gestione.

La mancanza del fine lucrativo, soggettivo, ovvero di un risultato, che può anche non essere raggiunto, per certi versi rende più stringente l'esigenza di una gestione dell'ente in linea con i canoni della prudenza e dell'equilibrio che proprio una adeguata redazione del bilancio di esercizio consente di accertarne il rispetto.

La stessa previsione della pubblicità che deve darsi al bilancio di esercizio degli enti del Terzo settore.

⁵La norma del codice (art. 24 co. 4 c.c.) è applicata anche in caso di scissione: Pretura Roma, 28 dicembre 1991.

Art. 13 co. 7 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli enti del Terzo settore non iscritti nel registro delle imprese devono depositare il bilancio presso il registro unico nazionale del Terzo settore.

lascia intendere che non è solo per trasparenza l'adempimento della formalità. Il tema del bilancio e della sua messa a disposizione ai terzi è il presupposto per la formazione di un giudizio di affidabilità degli enti sia per quanti ricevono le loro prestazioni sia per coloro che volessero sostenerli.

6.3. La rappresentazione contabile delle attività diverse

Gli enti del Terzo settore possono svolgere anche attività diverse da quelle di interesse generale elencate nell'art. 5 Cts. La deroga prevista dall'art. 6 è nei limiti della secondarietà o della strumentalità delle attività diverse rispetto alle attività di interesse generale. I dati relativi a queste attività trovano rappresentazione nel bilancio di esercizio.

Art. 13 co. D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

L'organo di amministrazione documenta il carattere secondario e strumentale delle attività di cui all'articolo 6 a seconda dei casi, nella relazione di missione o in una annotazione in calce al rendiconto per cassa o nella nota integrativa al bilancio.

Torna nell'ambito della disciplina del bilancio la caduta delle cesure, ovvero della separazione fra le attività istituzionali necessarie e quelle anche di tipo commerciale svolte dall'ente, in conformità con le disposizioni statutarie.

Il paradigma seguito nel racconto delle attività svolte da parte di soggetti collettivi istituzionalmente non commerciali è costrui-

to, come già rilevato (vedi *retro*, § 2.4), secondo lo schema della contabilità separata, basato peraltro sul presupposto che la contabilità sia richiesta in relazione alle attività di natura economica, dove l'attributo si dispone come sinonimo di commerciale in senso privatistico. Per gli enti del Terzo settore, lo svolgimento di una attività economica, patrimonialmente apprezzabile secondo il requisito stabilito già nell'art. 1174 c.c. è condizione tipica o tipizzata.

Per gli enti del Terzo settore, l'ipotesi dell'esercizio di una attività qualificabile come imprenditoriale o forse meglio commerciale non si pone al di là del perimetro fissato nell'art. 6 Cts. Nella logica della secondarietà e della strumentalità, le attività diverse non assumono rilievo determinante sul piano qualitativo. Non si dà una variazione della tipologia dell'ente con conseguente adozione di un regime differente da quello tipico del soggetto esercente. Le attività diverse sono consunzionali all'azione dell'ente. Anche il secondo comma dell'art. 13 Cts conforta questa lettura in senso unitario dell'attività dell'ente e della sua rappresentazione contabile. Le entrate di cui deve aversi considerazione per stabilire con quale modalità deve redigersi il bilancio, se definiscono omnnicomprensivamente gli introiti percepiti dall'ente nel corso dell'esercizio, possono derivare anche dalle attività diverse. La prescrizione della annotazione o della scritturazione in apposito documento è finalizzata a rendere agile il controllo sull'effettivo contenimento delle attività diverse, nei limiti quantitativi ai quali è stata affidata la valutazione sull'ammissibilità del loro svolgimento.

Dunque, con la disciplina dettata dal Cts in materia di bilancio e di scritture contabili si attesta una identità degli Ets, diversi dalle imprese sociali, non completamente allineata a fisionomie già note, ma intermedia ad esse, perché polarizzata su elementi che ricalcano quelli dei soggetti collettivi economici, ma nei termini in cui questi offrono un modello di rappresentazione delle loro operatività, senza, però, riprenderne le ragioni funzionali di cui gli enti del Terzo settore non possono essere partecipi in ragione del dettato del co. 1 dell'art. 4 Cts, se effettivamente questa disposizione avesse definito una categoria.

6.4. Il bilancio sociale

Gli adempimenti degli enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali comprendono anche la redazione annuale del bilancio sociale. Lo prevedeva la legge delega (art. 7 co. 3 d.l. n. 106/2016). L'art. 14 Cts indica gli enti tenuti all'adempimento.

Art. 14 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. Gli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori ad 1 milione di euro devono depositare presso il registro unico nazionale del Terzo settore, e pubblicare nel proprio sito internet, il bilancio sociale redatto secondo linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore, e tenendo conto, tra gli altri elementi, della natura dell'attività esercitata e delle dimensioni dell'ente, anche ai fini della valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte.

2. Gli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a centomila euro annui devono in ogni caso pubblicare annualmente e tenere aggiornati nel proprio sito internet, o nel sito internet della rete associativa di cui all'articolo 41 cui aderiscano, gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati.

Esso rimanda per le modalità di redazione a fonti secondarie e stabilisce le forme di pubblicità.

Si è assegnato al bilancio sociale la finalità di rappresentare l'impatto sociale dell'ente ovvero il peso delle sue attività rispetto agli scopi civici, solidaristici e di utilità sociale che si è prefissato e per gli enti filantropici anche con riferimento ai loro interventi verso altri Ets (art. 39 Cts).

È evidente che il bilancio sociale non duplica il bilancio di esercizio, ma con questo deve essere congruente. Dal bilancio sociale devono emergere i dati in base ai quali compiere analisi costi benefici, quelle che consentono di valutare il grado di effi-

cienza dell'ente. Il tema del rapporto costi/benefici importa considerazione di fattori che non si riducono ad una rendicontazione di spese e ricavi, perché i benefici coinvolgono necessariamente l'apprezzamento dei vantaggi offerti ai destinatari delle loro attività anche in relazione ad omologhi vantaggi offerti nel medesimo ambito da soggetti diversi e fra questi quelli pubblici.

Un aspetto che in questi primi tempi del rodaggio del Terzo settore non risulta ancora perspicuo è la funzione demandata al bilancio sociale e in particolare se esso si porrà come strumento di monitoraggio o di controllo. È legittimo che il Terzo settore e quindi gli enti che vi afferiscono siano oggetto di osservazione. Anzi, è lo stesso Cts a pretenderla. L'argomento del controllo pone invece più di un interrogativo. Non si dubita, e lo si è già notato, che gli enti del Terzo settore siano soggetti sorvegliati. La compatibilità fra sorveglianza e libertà non solo è legata alla libertà di associazione, ma anche al determinarsi allo svolgimento di un'attività, che può risolversi facendo perno sull'assunto che proprio l'esercizio di un diritto di libertà può implicare qualche rinuncia di altre libertà. Diversa questione è però quella nella quale si mette a tema un giudizio di adeguatezza in dipendenza di un impatto sociale, letto con la lente dell'efficienza se questo è l'approdo dell'analisi costi-benefici. Soprattutto se la nozione di costi non equivale a spesa. I costi in materia di Terzo settore attengono agli impegni legati in particolare con l'impiego di prestatori volontari di attività, non remunerati, ma formati per lo svolgimento dei compiti loro affidati. Anche la raccolta fondi può tradursi in un costo se il risultato si rivela inferiore allo sforzo dell'organizzazione. Per converso, il beneficio può rinvenirsi nel pregio di azioni rare, perché rivolte a soddisfare bisogni non diffusi, concretamente esistenti e che non possono essere trascurati solo perché numericamente poco apprezzabili.

Sono, queste notazioni, solo esemplificativamente espresse, in ragione del dubbio circa la stessa ammissibilità di una funzione di controllo sugli enti del Terzo settore correlata a valutazioni di efficienza, spostata su elementi ulteriori rispetto a quelli

desumibili dalla rendicontazione e quindi dall'equilibrio della gestione, dal quale possono ricavarsi indicazioni in ultima analisi di meritevolezza, che, ove riconoscibile, ammette l'ente alla reputazione, requisito che si sta peraltro affermando nel ventaglio delle qualità che garantiscono i soggetti di fronte ai terzi e di fronte a coloro che ne sono parte.

Se le prescrizioni sul bilancio di esercizio diversamente articolate per gli Ets-impresa e per gli Ets puri rivelano un semplice intento del legislatore di evitare che nel Terzo settore si allochino realtà deboli sul piano economico finanziario, con la prescrizione del bilancio sociale si profilano per gli enti del Terzo settore prospettive di giudizio valoriale che non potrebbe porsi come veicolo di controllo. I controlli infatti nel quadro normativo complessivo, avuto riguardo anche alla norma fondamentale (artt. 2 e 18 Cost.) richiedono uno scrutinio basato su criteri verificabili e perciò non discrezionalmente relativi.

6.5. L'accesso ai libri sociali

Scorrendo le ulteriori disposizioni dedicate agli adempimenti di scritturazione richiesti agli enti del Terzo settore si percepisce che la tentazione di riportare nel Terzo settore regole tratte dal regime dell'impresa è stata assecondata, e non solo perché si è stabilito che gli enti del Terzo settore-impresa sono richiesti della tenuta dei libri sociali e della redazione del bilancio d'esercizio, secondo le disposizioni del codice civile (artt. 2423 ss., 2435 *bis* o 2435 *ter* c.c.), bensì perché, per l'art. 15 co. 1 Cts, tutti gli enti del Terzo settore debbono tenere:

Art. 15 co. D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

- a) il libro degli associati o aderenti;
- b) il libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee, in cui devono essere trascritti anche i verbali redatti per atto pubblico;

c) il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di amministrazione, dell'organo di controllo, e di eventuali altri organi sociali.

Oltre a precisazione sull'organo che deve tenere tali documenti, per l'art. 15 co. 3 Cts

Art. 15 co. 3 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli associati o gli aderenti hanno diritto di esaminare i libri sociali, secondo le modalità previste dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Rispetto ai terzi, la pubblicità è riferita ai soli bilanci, in ragione del loro deposito o della loro pubblicazione nel "sito" dell'Ente. Agli aderenti o agli associati è riservato diritto di accesso. Le modalità di esercizio di questo diritto sono state rimesse a determinazione statutaria. L'autonomia statutaria incontra qui un limite relativo, nel senso che non potrebbe mancare nel contenuto dello statuto clausola sull'accesso, restando tuttavia aperta la definizione delle modalità di esercizio di quel diritto.

L'esercizio del diritto deve essere garantito, sicché percorsi non semplici e non rapidi potrebbero risultare pari alla negazione del diritto, pur formalmente contemplato. L'evenienza tuttavia non potrebbe risolversi immediatamente con una censura di invalidità della clausola.

L'imperativo normativo non sarebbe violato, perché nello statuto è presente comunque clausola di accesso. Il caso potrebbe tuttavia ancora risolversi invocando la inderogabilità del principio di buona fede⁶. Il risultato della invalidità però sarebbe la cancellazione della clausola che il giudice non potrebbe sostituire, non potendo la sua decisione sovrapporsi all'autonomia concessa dalla legge.

⁶ Cass., 28 aprile 2022, n. 13346. In dottrina, C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 106.

La questione è con ogni probabilità solo teorica, perché tendenzialmente il contenuto degli statuti degli enti del Terzo settore, almeno per gli enti personificati, viene preventivamente vagliato da tecnico, da notaio che segue direttive ortodosse, ed anche per la standardizzazione delle regole statutarie, che è fenomeno affatto raro. Non deve tuttavia omettersi di ricordare che il deposito dello statuto nel Registro unico può compiersi dall'organo preposto dall'ente, con iniziativa disallineata dalla posizione espressa dal notaio, una facoltà che apre all'adozione di regole statutarie non corrette (art. 22 co. 3 Cts).

Tuttavia, se l'accesso è diritto inderogabilmente attribuito all'associato, non potrebbe non ricorrersi all'applicazione delle norme (art. 2261 c.c.)⁷, che, pur al di fuori del Cts, garantiscono (art. 263 c.p.c.) all'interessato l'esercizio del diritto di accesso, in supplenza dell'inadeguata regola statutaria, così valutata anche solo incidentalmente. La soluzione deriva dalla considerazione delle osmosi che nel Cts si stabiliscono con la disciplina degli enti collettivi c.d. economici, una scelta che, pur se opinabile, non può trascurarsi nel momento in cui, secondo il disposto dell'art. 1374 c.c., sorga un problema che rechi un intervento di integrazione di un atto negoziale, quale è uno statuto.

Una considerazione merita il disposto del co. 4 dell'art. 15 Cts. Qui è stabilita deroga in ordine al diritto di accesso nel caso degli enti religiosi. Questi, lo si è già osservato (par. 5.5), entrano nel Terzo settore per quanto la loro attività si possa inserire

⁷La norma ha il suo fondamento nel rapporto di mandato, sotteso al compito affidato all'organo di gestione. L'art. 1713 c.c. consente la dispensa nei limiti in cui il mandatario non debba rispondere per dolo o colpa grave. Nella applicazione dell'art. 2261 c.c. si è ripresa la possibilità di deroga, vertendosi in materia di diritti disponibili, tanto in un accordo preventivo con gli aventi diritto al conto, che ne autorizzi la redazione incompleta, quanto in un successivo atto con cui essi approvino l'operato dell'obbligato, ferma restando la possibilità d'impugnare questa approvazione, in considerazione del suo contenuto negoziale, per eventuali vizi del consenso (Cass., 5 giugno 1985, n. 3356). Rispetto alla disciplina del Cts, però, le derogabilità consentite civilisticamente non dovrebbero permettersi.

in tale ambito. Le fisionomie dell'ente religioso, quale soggetto giuridico, non subiscono metamorfosi anche rispetto a coloro che vi appartengono e sui quali il Terzo settore non ha riflessi, quasi che regola superiore, quella monastica o dell'obbedienza, non debba incrinarsi.

Capitolo 7

Associazioni e altri enti

SOMMARIO: 7.1. Associazioni, modello prioritario. – 7.2. L'art. 20 Cts. – 7.3. Libertà di associazione e requisiti minimi. – 7.4. Il requisito dell'età dell'adrente. – 7.5. Il genere degli associati. – 7.6. L'organo assembleare. – 7.7. Competenza dell'assemblea.

7.1. Associazioni, modello prioritario

Si è già osservato che dalle norme contenute nel Cts emerge predilezione per le formazioni erette nella forma associativa. L'elenco contenuto nell'art. 4 Cts pone le associazioni riconosciute e no e le fondazioni come possibili istituzioni del Terzo settore unitamente agli altri enti tipizzati e a loro volta strutturati secondo il modello associativo, sebbene in via non esclusiva. Una pagina a sé è quella degli Ets organizzati per gestire attività di impresa. Anche in questi casi la base personale o aggregativa trova presenza.

Nel disciplinare il Terzo settore si è inteso certamente premiare la tradizione dell'associazionismo sociale e dare segno di convergenze con le norme della Carta fondamentale. Singolo o gruppo rappresentano declinazioni del soggetto giuridico con una corporeità non sfuggente. Normativamente, invece, sono plasmati i patrimoni identificati per le finalità a cui sono proiettati e che così possono proporsi come soggetti.

Le associazioni e al loro seguito le fondazioni trovano nel Ter-

zo settore da un lato un ruolo di enti paradigmatici e dall'altro, però, una sorta di neutralità, perché non diversamente o ulteriormente qualificate. Prima del 2016-2017 il territorio del No Profit aveva individuato i suoi attori nelle organizzazioni di volontariato, nelle associazioni di promozione sociale e soprattutto nelle Onlus, figure tutte alle quali si era assicurato apparato di pubblicità¹. In continuità con le scelte normative già adottate, nel regolare articolatamente il Terzo settore il criterio della iscrizione in registro è stato consolidato (art. 45 ss. Cts), ma le condizioni di iscrizione sono state stabilite solo in un'ottica di prosecuzione di quanto già definito.

Art. 101 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Fino all'operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, continuano ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei Registri Onlus, Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale che si adeguano alle disposizioni inderogabili del presente decreto entro il 31 maggio 2022.

Anzi, rispetto alle Onlus l'ingresso nel Terzo settore e la iscrizione nel Registro unico non fruiscono di automatismi, sebbene proprio quell'acronimo fosse stato stabilito come un elemento di identificazione e di riferimento per l'applicazione del regime loro dedicato (art. 34 d.m. n. 106/2020).

In effetti la non lucratività della finalità dell'ente anche se in unione con altri requisiti può non bastare per connotare adeguatamente l'ente ed abilitarlo quale ente del Terzo settore, sulla base del disposto dallo stesso art. 4 Cts. In questa disposizione, come altrove già osservato (par. 2.2), i requisiti rilevanti rimandano agli scopi e alle attività che l'ente deve perseguire, sia esso

¹D.lgs. n. 460/1997, art. 11 (Anagrafe Onlus); L. n. 383/2000, art. 7 e d.m. n. 471/2001, art. 2 (Anagrafe Aps); L. n. 266/1991, art. 6 e Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 novembre 2012 (Anagrafe OdV).

un'associazione o altra specie di soggetto. A fronte dell'art. 4 Cts la fisionomia organizzativa dell'ente sarebbe un presupposto avente disciplina anche al di fuori del Cts. Invece nel Cts con apposita normativa si è definito il modello di associazioni del Terzo settore, un modello non del tutto privo di flessibilità, ma diverso da quello civilistico, anche considerando le sole associazioni riconosciute. Nel piano della delega si prevedeva una riforma del titolo II del libro I del codice civile, nell'ottica di un coordinamento di quest'ultimo con il Cts. La riforma del codice civile non si è fin qui compiuta. Resta aperta la possibilità che per gli spazi non esigui lasciati dal codice civile alle determinazioni convenzionali, si attinga o si tragga ispirazione dalle norme del Cts. La sua idoneità a costituire fonte dalla quale trarre regole esportabili al di fuori del Terzo settore resta subordinata alla valutazione sul grado di funzionalità della disciplina delle associazioni del Terzo settore. Se questo grado si mostra come non elevato, allora si potrebbe leggere nella disciplina delle associazioni del Terzo settore uno schema riproducibile anche in altri territori. Diversamente per le associazioni del Terzo settore rimarrebbe un solo luogo.

7.2. L'art. 20 Cts

L'art. 20 Cts stabilisce che:

Le disposizioni del presente titolo si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione.

Ogni ente del Terzo settore che si sia costituito secondo la forma associativa deve adeguarsi alle disposizioni lì previste. Ciò significa che la formula associativa ha carattere trasversale. Anche enti provvisti di ulteriori connotazioni, qualora adottino la struttura associativa non sfuggono al regime delineato

nel titolo IV Cts. A tale regime si aggiungono le disposizioni riferite sempre nel Cts agli enti specificamente nominati e qualificati.

Le prescrizioni caratteristiche ovvero quelle che esprimono connotati indefettibili dell'ente restano prevalenti. Le fisionomie delle associazioni del Terzo settore si moltiplicano nelle determinazioni normative che si pongono altresì come norme più rigide e non derogabili, con l'effetto che il quadro delle associazioni del Terzo settore si compone di più figure che pur afferendo al medesimo *genus* se ne distinguono.

La valenza del disposto dell'art. 20 Cts di enunciato sull'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel titolo IV Cts si ridimensiona parzialmente nelle previsioni relative a quegli enti del Terzo settore che si qualificano oltre la loro forma associativa e l'attributo della personalità giuridica.

Si ripropone allora la riflessione sullo spazio che le associazioni non ulteriormente qualificate possano occupare nel Terzo settore. Dallo stesso tenore dell'art. 20 Cts si potrebbe intendere che le norme del titolo IV Cts si riferiscono agli enti nominati e disciplinati nel Codice, eretti in forma associativa, mentre non esisterebbero spazi per associazioni che rispondano soltanto alle prescrizioni dell'art. 4 Cts. Una soluzione interpretativa in questo senso farebbe però torto alla stessa articolazione del Registro unico (art. 3 co. 1 lett. g) d.m. 106/2020), dove enti preesistenti o costituiti successivamente al 2017 e sprovvisti di ulteriore connotazione possono comunque trovare iscrizione. La lettera dell'art. 20 Cts non è ambigua là dove assegna alle norme che introduce un ambito applicativo esteso ad ogni ente del Terzo settore costituito in forma di associazione o di fondazione, anche non catalogato. Se mai le norme del titolo IV Cts possono non ritenersi esaustive, perché ad esse si aggiungono le disposizioni contenute nel titolo II Cts e segnatamente gli artt. 6-16, per quanto non dedicate agli enti del Terzo settore che si ascrivono fra le imprese.

7.3. Libertà di associazione e requisiti minimi

Il riconoscimento della associazione, come della fondazione, ed il conseguente acquisto della personalità giuridica hanno rilevanza essenzialmente come condizioni per conseguire da parte delle associazioni del Terzo settore e ormai per ogni tipo di associazione l'autonomia patrimoniale.

Art. 22 co. 7 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Nelle fondazioni e nelle associazioni riconosciute come persone giuridiche, per le obbligazioni dell'ente risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio.

Le stesse prescrizioni concernenti il contenuto dell'atto costitutivo si proiettano come funzionali all'autonomia patrimoniale. Analogamente, le disposizioni inerenti il patrimonio minimo indisponibile sono ad essa connesse (art. 22 co. 4 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

Nel regime delle associazioni del Terzo settore, la distinzione fra enti riconosciuti e no non si spinge oltre il riferimento alla forma associativa². Quando questa viene indicata come modalità esclusiva di organizzazione, è messa in luce l'alternativa fra associazione riconosciuta e non riconosciuta sulla premessa della loro equivalenza.

Come per la costituzione di ogni associazione anche la costituzione di una associazione del Terzo settore necessita di almeno due costituenti, restando la adesione all'associazione aperta e anzi promossa ed incentivata, secondo il principio delle "porte aperte". Per coerenza con il principio della libertà di associazio-

²Sulla ammissibilità delle fondazioni non riconosciute, si vedano: A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 98 ss.; P. Rescigno, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 790-792. In giurisprudenza: Tar Friuli Venezia-Giulia, 25 marzo 1994, n. 143, inedita; T. Napoli, 26 giugno 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 347.

ne i costituenti non sono vincolati ad un loro numero né al possesso di specifici requisiti.

Per le organizzazioni di volontariato invece si richiede un numero minimo di costituenti.

Art. 32 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Le organizzazioni di volontariato sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre organizzazioni di volontariato (...).

Analoga disposizione è stabilita per le associazioni di promozione sociale.

Art. 35 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Le associazioni di promozione sociale sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre associazioni di promozione sociale (...).

È la libertà di associazione il diritto riconosciuto non soltanto alla persona fisica, ma pure ai soggetti collettivi³. In questa linea anche la formazione di una associazione del Terzo settore può costituirsi da parte di altri enti. Di nuovo nella disciplina delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale si trova conferma di questo principio. Anzi, il numero minimo dei costituenti, se enti, si abbassa. Dalle disposizioni del Cts si trae però che in questi casi la natura degli enti costituenti e quella dell'ente costituendo debbono essere omologhe. Questa condizione non è richiesta per gli aderenti successivi, rispetto ai quali basterebbe la natura di ente non lucrativo e si fissa il numero massimo in proporzione del numero degli associati omologhi.

³M. Basile, A. Falzea, voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 246.

L'assenza di fine lucrativo non costituisce elemento al quale possono riferirsi solo gli enti del Terzo settore. Se il requisito è sufficiente almeno per aderire ad un ente di volontariato o di promozione sociale non si comprende per quale ragione siano stati fissati in particolare dagli artt. 32 e 35 limitazioni soggettive qualitative e non solo quantitative per i soggetti costituenti. Secondo i principi che governano l'attuazione della libertà di associazione vi è compatibilità fra tale diritto ed il possesso di specifiche qualità, per salvaguardare la coerenza e l'armonia fra l'associazione ed i suoi componenti. Il circoscrivere ad alcuni tipi soltanto di soggetti la facoltà di costituire una organizzazione di volontariato o una associazione di promozione sociale può ritenersi un eccesso disallineato rispetto al disposto dell'art. 18 e allo stesso art. 3 Cost. Per i soggetti diversi dalle persone fisiche si porrebbero dei perimetri che non mostrano giustificazioni funzionali alla natura dell'ente. O, meglio, se si deve stabilire se un soggetto diverso dalla persona fisica possa o non possa determinarsi alla formazione con altri di un ente associativo, occorrerebbe avere riguardo alle sue finalità e dunque al suo oggetto, non già alla tipologia in sé del costituendo ente. La materia della costituzione e della composizione delle OdV e delle Aps è stata ritoccata in chiave conservativa.

Art. 35 co. 1 bis D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Se successivamente alla costituzione il numero degli associati diviene inferiore a quello stabilito nel comma 1, esso deve essere integrato entro un anno, trascorso il quale l'associazione di promozione sociale è cancellata dal Registro unico nazionale del Terzo settore se non formula richiesta di iscrizione in un'altra sezione del medesimo.

L'art. 35 co. 1 Cts indica le specificità delle associazioni di promozione sociale segnando come le prestazioni erogate debbano provenire essenzialmente o da volontari o dagli stessi componenti, sia se destinate a terzi che agli stessi aderenti. La condizione degli associati dunque trova la sua dimensione nella par-

tecipazione che di per sé basterebbe a definire anche la situazione nella quale si pongono i costituenti. Per gli associati ad una associazione di promozione sociale costituente altra associazione di promozione sociale si dovrebbe determinare una doppia simmetrica condizione che potrebbe rivelarsi, e non troppo paradossalmente, fonte di indebolimento dell'azione degli enti implicati. La previsione normativa si arresta alla sola rappresentazione di una omogeneità deputata a porre al sicuro le associazioni di promozione sociale da fenomeni di utilizzo strumentale dell'ente. Questa evenienza però sarebbe esclusa dalla definizione di lucro di cui all'art. 8 co. 3 Cts.

La figura delle associazioni di promozione sociale – la considerazione può esprimersi anche relativamente alle OdV – una volta inserite nel Terzo settore e sottoposte al relativo regime potevano ricevere disciplina in particolare inerente la loro costituzione depurata da occhiuta prudenza a fronte di un sistema, quello del Cts e delle fonti normative secondarie, sorvegliato e controllato.

L'art. 23 Cts definisce un iter di ammissione alle associazioni del Terzo settore, ma per l'ipotesi in cui atto costitutivo o statuto siano al riguardo silenti. In questo iter è contemplata l'investitura dell'assemblea o di altro organo nominato,

Art. 23 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, in un'associazione, riconosciuta o non riconosciuta, del Terzo settore l'ammissione di un nuovo associato è fatta con deliberazione dell'organo di amministrazione su domanda dell'interessato. La deliberazione è comunicata all'interessato ed annotata nel libro degli associati.

per decidere del rigetto da parte dell'organo preposto della richiesta di adesione. L'organo amministrativo è quello al quale nella norma è demandata la competenza a decidere sulle domande di adesione. La disposizione dell'art. 23 Cts nella sua formulazione sembra doversi iscrivere fra quelle suppletive,

sicché quanto lì stabilito resta convenzionalmente disponibile. La funzione suppletiva potrebbe intendersi anche come limitata agli aspetti assenti dalla determinazione convenzionale. Se così può intendersi il dettato normativo, allora nell'evenienza in cui non fosse stato previsto nell'esercizio della autonomia l'intervento dell'assemblea relativamente alla decisione di diniego emessa dal preposto diverso organo, l'intervento della assemblea potrebbe sempre essere richiesto dall'interessato.

Art. 23 co. 3 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, chi ha proposto la domanda può entro sessanta giorni dalla comunicazione della deliberazione di rigetto chiedere che sull'istanza si pronunci, l'assemblea o un altro organo eletto dalla medesima, che deliberano sulle domande non accolte, se non appositamente convocati, in occasione della loro successiva convocazione.

L'intervento della assemblea riporta nell'area del regime delle delibere assembleari e quindi alla loro eventuale impugnabilità anche in via cautelare *ex art. 23 c.c.*

Le considerazioni fin qui espresse suggeriscono di adeguare il contenuto degli statuti al dettato normativo.

L'organo che si pronuncia negativamente sulla richiesta di adesione all'associazione dovrebbe sempre motivare la sua determinazione sia per consentire lo scrutinio della eventuale contestazione sia per soddisfare il diritto dell'interessato a conoscere le ragioni del diniego. L'interessato infatti potrebbe sulla scorta della motivazione espressa condividerla o comprendere se si abbiano da parte sua condizioni per una eventuale presentazione di una nuova richiesta di adesione. Il rifiuto non può costituire preclusione alla riproposizione della richiesta di adesione all'associazione. Una eventuale clausola statutaria che stabilisse carattere interdittivo al diniego è esposta a censura di invalidità in quanto lesiva dell'esercizio della libertà di associazione che deve mantenere aperta ogni sua potenzialità.

7.4. Il requisito dell'età dell'aderente

Le associazioni del Terzo settore sono concepite come enti aperti. Su questa premessa l'adesione degli associati non può essere discriminatoria.

Art. 21 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta (...).

Per evitare di incorrere in censura di discriminazione anche l'età non può essere ragione preclusiva dell'adesione⁴. I minori possono associarsi comunque esprimendo tale loro volontà per il tramite di chi ne abbia la rappresentanza. Gli associati minorenni non eserciterebbero però i diritti correlati. I diritti dei minori aderenti non comprenderebbero quello di esprimere il voto in seno all'assemblea. A questa, ma senza diritto di voto parteciperebbero i loro rappresentanti. Resta fermo il diritto all'informazione⁵.

La adesione di non maggiorenni alle realtà associative non è una singolarità. Lo stesso art. 2 Cost. considera le formazioni sociali luogo nel quale si sviluppa la personalità dell'individuo.

⁴L'art. 18 Cost non pone limiti all'esercizio della libertà di associazione. Il principio si trae anche dalla Convenzione di New York 20 novembre 1989, ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176, art. 15.

⁵M. Longoni, *La riforma del no profit: Il terzo settore dopo il RUNTS*, Milano, 2020, p. 72 ss.

Nella fase della formazione anche l'adesione ad una associazione costituisce un momento che può essere importante. E se alla adesione si accompagna anche quello della diretta partecipazione, la minore età al di là dello spartiacque segnato dall'art. 2 c.c. è un periodo nel quale la maturità e la consapevolezza si acquisiscono con gradualità e si possono manifestare pure nel compimento di atti giuridicamente rilevanti e di natura negoziale. Nella disciplina della rappresentanza volontaria il conferimento del potere rappresentativo può avere quale destinatario un minore, purché dotato di capacità positivamente valutata dal delegante (art. 1389 c.c.). In base alla disposizione del codice civile che viene richiamata anche per ricorrere alla finzione di considerare il minore autore di atti negoziali come legittimato da un adulto, si attribuisce piena validità agli atti posti in essere da un minore, se vi è proporzione fra l'atto e il livello delle consapevolezze del minore, valutate anche in ragione della pertinenza dell'atto ai suoi interessi⁶. In questa prospettiva l'ammissione di minorenni ad una compagine associativa anche con diritto di voto mediante una specifica disposizione dell'atto costitutivo e dello statuto, può rientrare fra le determinazioni convenzionali da giudicarsi come ammissibili.

Nell'art. 19 co. 1 Cts con riguardo alla promozione della cultura del volontariato esplicitamente si prevede

Art. 19 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nei limiti delle risorse disponibili, promuovono la cultura del volontariato, in particolare tra i giovani (...).

Il termine "giovani" abbraccia una fascia di età che non esclude minori degli anni diciotto. Il volontario per sua libera scelta mette a disposizione proprio tempo e proprie prestazioni per il

⁶U. Natoli, *La rappresentanza*, Milano, 1977, pp. 69 ss. e 85 ss.

bene della comunità. La definizione della figura del volontario mantiene, ancorché per differenziarsene, echi della prestazione di una attività, di un lavoro anche per quel requisito di continuità che risponde all'esigenza di organizzazione dell'attività che non può comporsi sulla base di sostegni sporadici o occasionali. L'attività di volontariato sempre per l'art. 17 co. 6 Cts prevede che il volontario se lavoratore ha diritto di fruire di flessibilità di orario per potersi dedicare alle attività di volontariato. Lavoratore può essere anche un minore⁷. Vari sono gli indici che rivelano come, rispetto al Terzo settore, il tema dell'età segue criteri di idoneità, che non riportano solo al disposto dell'art. 2 c.c.

Se la posizione di associato non è incompatibile con la minore età e a maggior ragione se volontario può essere anche un non maggiorenne, ferma la sua adeguata consapevolezza, non sembra soluzione ottimale quella di frapporre fra la associazione e l'associato non maggiorenne la figura del suo sostituto rappresentante, con limitazioni pure all'esercizio dei suoi diritti di partecipazione. In definitiva uno statuto che apra all'adesione da parte di non maggiorenni è da giudicare come non passibile di censura. Anzi, in questo senso si è già espressa la Cassazione, che con riferimento ad una associazione dedicata a promuovere la attività sportiva dilettantistica ha ritenuto non valida la preclusione statutaria all'adesione e alla partecipazione di associati minori⁸.

7.5. Il genere degli associati

Altra questione sulla quale è opportuno fermarsi attiene al genere degli associati. La discriminazione di genere è certamen-

⁷ Art. 3 L. n. 977/1967.

⁸ Cass., 4 ottobre 2017, n. 23228: va salvaguardato "l'esercizio dei diritti partecipativi degli associati, non essendo giuridicamente corretto ravvisarne un'eccezione nella circostanza che si trattasse di persone minori, posto che essi sono rappresentati ex lege dai genitori ovvero dal responsabile genitoriale".

te evenienza che anche sul piano strettamente giuridico espone qualsiasi atto che la determini a valutazione di segno negativo, di invalidità o di non applicabilità. Tuttavia la previsione di requisito di appartenenza a genere quale condizione di ammissione ad una associazione anche del Terzo settore potrebbe risultare non discriminatoria se collegata e funzionale agli scopi dell'ente. La discriminazione sussiste là dove la appartenenza a un genere sia posta come presupposto privo di giustificazioni a cospetto dello scopo istituzionale dell'ente, mentre non avrebbe finalità discriminatorie la selezione anche di genere prevista in ragione del fine perseguito dall'associazione⁹. L'appartenenza dell'ente al Terzo settore non permette di deflettere da queste linee. L'interrogativo che si pone se mai potrebbe impostarsi sulla compatibilità fra queste tipologie teleologiche dell'esercizio di attività di interesse generale e differenziazioni di genere. L'argomento del genere si affronta solitamente in chiave di inclusione, movendo dalla premessa che il sesso non possa costituire situazione per la quale venga differenziato il trattamento giuridico degli individui. Qualsiasi norma o regola che si rivolga in modo diverso ai loro destinatari a seconda del loro sesso ne sarebbe violazione. Il rispetto del principio di non discriminazione fra donne e uomini non vale soltanto per il legislatore¹⁰. Anche gli atti privati di contenuto discriminatorio non possono essere ammessi dall'ordinamento¹¹. Da questo punto di vista,

⁹ *Roberts vs. United States Jaycees*, 104 S.Ct., 3244, del 1984, in cui si affronta la questione della imposizione del rispetto della eguaglianza all'interno di una associazione privata. Per cui vedi D. Vincenzi Amato, *Tutela dei singoli, eguaglianza e libertà associativa in una recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1989, II, p. 681. Nell'ambito della giurisprudenza federale statunitense le associazioni private non dovrebbero sottostare al principio di non discriminazione anche in ordine alla appartenenza di genere, mentre nessuna discriminazione potrebbe intervenire là dove la associazione abbia valenze pubblicistiche. Cfr. in generale, P. Rescigno, *Sul c.d. principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 664.

¹⁰ D.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, artt. 2 e 3.

¹¹ Convenzione di New York del 7 marzo 1966, ratificata in Italia con L. 13 ottobre 1975, n. 654.

l'esercizio della libertà di associazione non potrebbe essere subordinato a requisiti di genere. Vi è peraltro il preconconcetto che la discriminazione di genere si esprima nella penalizzazione delle donne, nell'idea che a loro favore si vi sia un credito di recupero che renderebbe legittime situazioni o determinazioni che a quel credito diano attuazione.

Nel caso degli enti del Terzo settore il nodo è meno banale, perché il fattore sesso non si confronta con la promulgazione di spazi connotati da presenze di uno stesso genere, ad esempio quello femminile, per bilanciare gli spazi occupati, almeno in prevalenza, da appartenenti all'altro genere, quello maschile. I termini di raffronto nel Terzo settore sono fra il genere, da un lato, e la solidarietà e l'utilità della comunità dall'altro, ovvero mete che implicano il superamento delle questioni di genere. Sarebbe contraddittorio far emergere presso i soggetti che debbano raggiungere queste mete ipotesi in cui il genere si ponga come un connotato necessario per gli aderenti. Associazioni orientate statutariamente nel genere avrebbero per definizione una direzione che non si addice a chi lavori per una collettività in cui debolezze e disagi debbono alleviarsi anche in modo mirato, ma ad opera di chiunque ne sia interessato. D'altra parte il Terzo settore, pur rimanendo realtà privata, non è alieno da profili di interesse generale ed anche pubblico. Poiché sul versante degli enti pubblici il tema delle discriminazioni assume dei rilievi più marcati anche di quanto non avvenga nelle relazioni private, si avvalorà la conclusione circa una non compatibilità con le logiche del Terzo settore di enti non ecumenici.

7.6. L'organo assembleare

In merito all'organo assembleare, elemento consunstanziale ad ogni entità associativa, la disciplina del Cts stabilisce alcune regole senza escludere la regolamentazione convenzionale che tuttavia sembra soffrire varie limitazioni. Il rapporto fra regola-

mentazione convenzionale e regole di legge non si propone in modo esclusivamente suppletivo, se la formulazione del disposto normativo deve intendersi significativamente e non come semplice scelta stilistica.

Ai fini della partecipazione con diritto di voto all'assemblea degli associati il co. 1 dell'art. 24 Cts richiede che

Art. 24 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Nell'assemblea delle associazioni, riconosciute o non riconosciute, del Terzo settore hanno diritto di voto tutti coloro che sono iscritti da almeno tre mesi nel libro degli associati, salvo che l'atto costitutivo o lo statuto non dispongano diversamente.

Il testo della disposizione può intendersi nel senso sia che lo statuto con l'atto costitutivo fissino termini diversi di iscrizione sia che la regola convenzionale possa solo dilatare quel termine sia ancora in modo da ammettere l'immediata abilitazione al voto dell'associato una volta iscritto nel relativo libro.

La previsione di un termine decorrente dalla iscrizione prima dell'ammissione al voto dell'associato in seno all'assemblea risponde all'esigenza di evitare che l'ingresso nella compagine associativa venga finalizzato alla formazione di maggioranze surrettizie nelle deliberazioni. Se questa è la *ratio*, non contemplare un intervallo di tempo fra l'acquisizione della posizione di associato e la partecipazione al voto nell'assemblea non è opportuno, ma la inopportunità, non involvendo interessi non negoziabili, non dà adito ad ipotesi di invalidità. Anche la previsione convenzionale di un termine più lungo di quello indicato normativamente per abilitare il neo-associato a votare nell'assemblea può ritenersi inopportuno. Anzi, la valutazione di tale specie di determinazione convenzionale non dovrebbe trascurare la considerazione sulla accettabilità di una condizione di associato privo per un tempo non ragionevolmente giustificabile dell'esercizio dei diritti correlati ed in particolare di quello del voto. Di nuovo si dubita che possa invocarsi una causa di nullità non intaccandosi

interessi indisponibili e delle cui modalità di gestione l'interessato ovvero l'aspirante aderente è preventivamente reso edotto.

Infine la previsione statutaria d'una contestuale abilitazione al diritto di voto in assemblea, con la iscrizione nel libro degli associati, può essere una scelta che supera le prudenze dalle quali deriva lo *spatium* normativamente stabilito.

Dal disposto dell'art. 24 Cts si trae ancora che la partecipazione all'assemblea con diritto di voto da parte dell'associato viene garantita attraverso la assegnazione di un peso identico del voto di ciascun associato. Solo nel caso in cui associato sia un ente del Terzo settore lo schema cambia.

Art. 24 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Ci ciascun associato ha un voto. Agli associati che siano enti del Terzo settore l'atto costitutivo o lo statuto possono attribuire più voti, sino ad un massimo di cinque, in proporzione al numero dei loro associati o aderenti. Si applica l'articolo 2373 del codice civile, in quanto compatibile.

La previsione normativa sembra mantenere coerenza con l'impostazione complessiva data all'organo assembleare quale luogo in cui si esercitano posizioni di diritto alla pari di tutti gli associati.

Nelle associazioni, a differenza di quanto accade nelle società, la partecipazione non segue alcuna logica legata a regole di maggioranza. Anche la possibile differenziazione di categorie di associati esige l'esercizio di pari diritti anche se nell'ambito di assemblee differenziate.

Art. 24 co. 5 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

L'atto costitutivo o lo statuto delle associazioni che hanno un numero di associati non inferiore a cinquecento possono prevedere e disciplinare la costituzione e lo svolgimento di assemblee separate, comunque denominate, anche rispetto a specifiche materie ovvero in presenza di particolari categorie di associati o di svolgimento dell'attività in più ambiti territoriali. A tali assemblee si applicano

le disposizioni di cui ai commi terzo, quarto, quinto e sesto dell'articolo 2540 del codice civile, in quanto compatibili.

Pure per scongiurare la formazione di posizioni prevalenti, dall'art. 24 co. 3 Cts si stabiliscono disposizioni limitative del numero di deleghe che ciascuno dei partecipanti può ricevere da altri associati

La disposizione sembra sensibile alla funzione pratica a cui risponde lo strumento della delega, ovvero evitare che non si raggiunga, per l'assenza degli aventi diritto, la valida costituzione dell'adunanza. La partecipazione all'assemblea è un diritto dell'associato anche per consentirgli di manifestare il voto. La assenza ripetuta e non giustificata dal consenso assembleare viene convenzionalmente inserita fra le cause di decadenza. La finalità incentivante di tale specie di previsione statutaria non basta tuttavia a spigare il numero ristretto delle deleghe consentito. La norma è univocamente dispositiva e lascia pieno spazio alle determinazioni convenzionali nelle quali le regole possono variare in correlazione con le peculiarità delle dimensioni dell'ente e quindi del realistico numero degli associati, pur in una visione prospettica e di larga apertura.

Nell'art. 24 Cts compare anche espresso richiamo all'art. 2373 c.c.

Il conflitto di interessi è causa di invalidità delle delibere assembleari che siano assunte con il voto rilevante del socio portatore dell'interesse confliggente¹².

In materia societaria stante il rilievo delle posizioni maggioritarie, il punto di caduta della deliberazione assembleare è quindi segnato dalla incidenza del voto espresso dal socio per la deliberazione conflittuale.

Il testo del co. 2 dell'art. 24 Cts contiene la chiosa di compatibilità. La disposizione dell'art. 2373 c.c. si applicherebbe in via estensiva e non analogica subordinatamente al presupposto

¹² Cass., 29 settembre 2020, n. 20625.

di compatibilità. In materia societaria il conflitto di interesse contiene un rimando all'effetto pregiudizievole dell'atto per l'interesse sociale a vantaggio dell'interesse del socio o di un terzo al medesimo collegato. La cornice dell'argomento è il fine lucrativo, per definizione estraneo agli Ets che debbono perseguire finalità sociali e solidaristiche, svolgendo attività di interesse generale.

Nella disciplina della rappresentanza volontaria è contemplata l'ipotesi del conflitto di interessi (art. 1394 c.c.), riferita alla posizione del rappresentante come soggetto non indipendente rispetto agli interessi del rappresentato, che perciò potrebbe subire nocumento. Fra il conflitto di interessi previsto in tema di rappresentanza volontaria e il conflitto di interessi considerato in materia societaria non vi è sovrapposibilità. Nella rappresentanza volontaria ciò che rileva è la anche solo potenziale situazione di una gestione degli interessi del rappresentato deviata per soddisfare esigenze del rappresentante in via immediata o mediata. Per il conflitto di interessi fra il socio e la società il fattore rilevante è il pregiudizio per l'interesse sociale, mentre il possibile parallelismo fra l'interesse del socio e quello della società non dà luogo a conflitto. Si ricorda che nelle Aps le attività dell'ente possono giovare agli stessi associati ed ai loro familiari. Questa situazione non è di per sé conflittuale. Anzi, essa costituisce un connotato istituzionale¹³. Il richiamo alla normativa societaria contenuto nell'art. 24 Cts induce a verificare in qual misura il regime societario e quello delle associazioni del Terzo settore abbiano contatti tali da dare adito a situazioni di conflitto fra le ragioni dell'ente e quelle dei suoi associati, occorrenti per invalidare le determinazioni assembleari che si assumono però con regole dalle quali è assente la logica della maggioranza. Se la preconstituzione di posizioni prevalenti viene tendenzialmente prevenuta e se la fisionomia dell'associazione del Terzo set-

¹³ In argomento vedi pure M. Renna, *Associazioni di promozione sociale ed enti filantropici nello sviluppo del Terzo settore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, p. 503.

tore è quella di un gruppo a non ristretta base associativa, le ipotesi di condizioni per applicare il disposto dell'art. 2373 c.c. si fanno remote. Tuttavia non può a priori escludersi che si possano profilare casi in cui si abbiano confliggenti interessi fra associato e associazione, perché la deliberazione ne tocca la condizione giuridica o anche solo di fatto ed il suo voto possa risultare decisivo. Un esempio semplice è dato dal caso di decisione assembleare sull'esclusione dall'associazione. La eventuale situazione di conflitto non vale ad escludere l'associato né dalla partecipazione all'assemblea né dal voto, se per darsi luogo a una invalidità della determinazione assembleare occorre pure la verifica *ex post* del peso del voto dell'associato in conflitto di interesse nella manifestazione della volontà collettiva¹⁴.

7.7. Competenza dell'assemblea

È l'art. 25 Cts a declinare le materie sulle quali l'assemblea delle associazioni del Terzo settore è deputata a deliberare.

Art. 25 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. L'assemblea delle associazioni, riconosciute o non riconosciute, del Terzo settore:
- a) nomina e revoca i componenti degli organi sociali;
 - b) nomina e revoca, quando previsto, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti;
 - c) approva il bilancio;

¹⁴T. Roma, 22 aprile 2018, in onelegale.it. La norma di cui all'art. 2373 c.c. costituisce il contemperamento tra la tutela dell'interesse meta individuale al buon andamento della società e quello soggettivo del socio in conflitto: tale contemperamento è raggiunto attraverso un sistema che non priva il soggetto in conflitto del suo potere di intervenire in assemblea e di esercitare il diritto di voto, ma che istituisce un sindacato, successivo e costruito su parametri ulteriori rispetto al solo conflitto, sul corretto esercizio di tale diritto.

- d) delibera sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali e promuove azione di responsabilità nei loro confronti;
- e) delibera sull'esclusione degli associati, se l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza ad altro organo eletto dalla medesima;
- f) delibera sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto;
- g) approva l'eventuale regolamento dei lavori assembleari;
- h) delibera lo scioglimento, la trasformazione, la fusione o la scissione dell'associazione;
- i) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto alla sua competenza.

La disciplina del codice civile già contiene norma analoga (art. 20 c.c.), ma l'attività deliberativa dell'assemblea è limitata ad una adunanza obbligatoria annuale. Non si ritrova nel Cts eguale previsione. Peraltro l'obbligo annuale della convocazione e dello svolgimento dell'adunanza già nella prassi statutaria convenzionale trova indicazioni di frequenze superiori, quanto meno in dipendenza di necessità insorgenti nel corso dell'esercizio o in ragione di richieste provenienti da un certo numero di associati pervenute all'organo di amministrazione.

Alla disciplina convenzionale è rimessa pure la determinazione di modalità di convocazione e di funzionamento dell'organo assembleare ivi compreso l'inserimento di regole che permettano, con le dovute garanzie di identificazione e di collegamento, la partecipazione a distanza e la manifestazione del voto a distanza.

L'assemblea delle associazioni del Terzo settore è, come per ogni ente collettivo, il momento in cui si attua la partecipazione della base degli associati alla vita dell'ente. Sebbene questo momento rivesta un significato ineludibile, soprattutto là dove il numero degli associati sia ampio, è necessario fissare delle regole idonee ad assicurare che l'adunanza assembleare si costituisca e sia in grado di deliberare. Il meccanismo della doppia convocazione con *quorum* diversi – inferiore per la seconda convocazione – è inteso al fine di dare più agevole modo di funzionamento. Nel contempo la sequenza delle convocazioni può favo-

rire un qualche assenteismo, che è opportuno disincentivare ponendo comunque dei *quorum* minimi di valida costituzione dell'adunanza. Il tema richiama quello della determinazione delle maggioranze minime occorrenti per la formazione della volontà deliberativa. Anche in questo caso occorre temperare le esigenze di rimettere ad un numero non esiguo di votanti la decisione e quella di evitare lo stallo dell'organo e la disfunzione dell'ente. La previsione di maggioranze qualificate, là dove la delibera, proveniente da una maggioranza qualificata, tocchi questioni che incidono su argomenti relativi all'organizzazione dell'associazione o alla sua stessa permanenza in vita, si allinea all'implicazione di posizioni soggettive dei singoli associati, esclusa la soluzione della unanimità, i quali reclamano che la loro condizione venga definita, almeno da molti degli associati¹⁵.

Una riflessione merita anche la previsione della maggioranza occorrente per decidere di eventuali azioni di responsabilità rivolte nei confronti dei componenti degli organi di gestione e di controllo. Il criterio emergente dalla disciplina delle società è di equilibrio.

La diversificazione degli associati (art. 24 co. 5 Cts) non potrebbe comportare una diversificazione dei loro diritti e fra questi di quelli di partecipazione e dunque di accedere al luogo, l'assemblea, nel quale istituzionalmente la partecipazione si realizza. Non si esclude che possano statutariamente prevedersi più consessi assembleari. La loro competenza deliberativa dovrebbe essere simmetrica, anche se non si dovrebbe escludere che, relativamente alla elezione dei componenti degli organi della associazione, diversi dall'assemblea, si esprimano deliberazioni da sommarsi le une con le altre, per la finale e completa determinazione di tutti gli associati.

Ciò che invece può ritenersi di dubbia compatibilità con il regime declinato nel Cts è la attribuzione ad alcune categorie di

¹⁵D. Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 113 ss.; F. Prenestini, *Principio di maggioranza e autonomia negoziale nell'assemblea degli obbligazionisti*, Milano, 2020, p. 40.

associati di diritto di voto aumentato o al contrario interdetto. In particolare si disallinea dalla *ratio* che ispira la disciplina del Terzo settore ogni previsione che possa compromettere il canone di democraticità. Peraltro la democraticità non è principio che potrebbe ostacolare l'appartenenza all'associazione di associati onorari, così qualificati per tributo di riconoscenza o anche per interesse dello stesso ente associativo. Ai soci onorari può anche non attribuirsi la serie di obblighi o di diritti stabiliti per gli associati ordinari. Per le associazioni del Terzo settore le regole consone alle realtà associative sembrano destinate ad irrigidirsi nell'ottica della loro funzionalizzazione alle esigenze, così interpretate¹⁶, del Terzo settore.

Le materie sulle quali la assemblea è deputata a deliberare debbono perciò provenire, con la garanzia che si vuole assicurata, dalla paritetica posizione di tutti gli associati e della loro volontà.

A questo proposito si inserisce anche il problema delle modalità nelle quali in seno all'assemblea si manifesta in particolare il voto. La segretezza del voto è la forma più sicura per assicurare che la determinazione espressa è libera da condizionamenti¹⁷. Le modalità con cui le votazioni si debbono compiere è materia sulla quale statutariamente l'assemblea viene deputata a deliberare. L'argomento può essere inserito nel regolamento che la stessa assemblea può definire ad approvare. La scelta della modalità di voto potrebbe anche essere oggetto di deliberazione

¹⁶ E. Tuccari, *Note ministeriali e notazioni critiche sulla disciplina "democratica" delle associazioni del Terzo Settore*, in *Archivio giuridico online*, 1, 2022, il quale si ferma sulle Note ministeriali (Nota Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 6 febbraio 2019, n. 1309, e Nota Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 30 novembre 2021, n. 1844) nelle quali, con una determinazione che non ha posto specifico nell'ambito delle fonti del diritto, si vogliono esplicitare i criteri coi quali dare contenuto al principio di democraticità.

¹⁷ R. Lener, A. Tucci, *Trattato di diritto commerciale*, sez. IV, vol. 4, Torino, 2012, p. 182 ss.

assunta di volta in volta. Anche in ordine a questa opzione, ovvero quella della decisione caso per caso, opportuna si mostra la indicazione statutaria o regolamentare.

All'assemblea è assegnata competenza pure in ordine alla costituzione di organismi ai quali affidare la decisione su materie di propria competenza, ma delle quali si rende abile a deliberare una entità più ristretta. L'ipotesi involve questione di organizzazione dell'ente e perciò argomenti che già nello statuto o nei regolamenti debbono essere presenti. La precisazione non è di maniera, perché il funzionamento come le competenze dell'assemblea, se trovano già regola nell'atto costitutivo o nello statuto, l'assemblea dovrà operare nel rispetto di quelle statuizioni. Qualora le modalità di funzionamento o le materia di competenza assembleare non fossero congrue, all'assemblea spetterà di modificarle con la maggioranza qualificata.

L'ampliamento delle competenze dell'assemblea non può oltrepassare i limiti della funzione dell'organo. In particolare non sono demandabili all'assemblea compiti di natura gestionale. Nella disciplina delle società, almeno sul piano dei rapporti interni, alla assemblea dei soci possono attribuirsi compiti che si riferiscono alla gestione della società¹⁸. Per le associazioni ed in particolare per quelle non riconosciute la gestione e la responsabilità sono congiunte. Coinvolgere l'assemblea degli associati nella gestione comporterebbe un coinvolgimento degli associati nella responsabilità patrimoniale dell'ente, una strada che non pare percorribile soprattutto per le associazioni del Terzo settore dove la autonomia patrimoniale stabilita per le associazioni munite di personalità giuridica si profila come una condizione secondaria a fronte delle regole adottate sulla responsabilità degli amministratori riferibili a tutte le associazioni del Terzo settore, riconosciute e non¹⁹.

¹⁸ In questo senso, da ultimo, T. Firenze, 26 gennaio 2022, n. 206; *contra* C.A. Roma, 2 settembre 1999.

¹⁹ In argomento e per un esame complessivo: G. Guzzardi, *Regole di responsabilità e associazioni non riconosciute*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 900.

Capitolo 8

Gestione e responsabilità

SOMMARIO: 8.1. Nomina e requisiti. – 8.2. (*Segue*): ancora sui requisiti e il conflitto di interessi. – 8.3. Dimissioni e revoca degli amministratori. – 8.4. Il regime della responsabilità. – 8.5. Intervento dell'autorità giudiziaria e organo di controllo. – 8.6. Organo di controllo e Revisore legale dei conti. – 8.7. Vigilanza e garanzie.

8.1. Nomina e requisiti

L'organo amministrativo appartiene sia alle associazioni che alle fondazioni. Mentre la disciplina dell'assemblea delle associazioni del Terzo settore può trovare spazi di applicazione (art. 24 co. 6 Cts) anche presso le fondazioni che contemplino nella loro struttura organizzativa un organo assembleare, il discorso normativo in tema di organo di amministrazione deve ritenersi esteso pure alle fondazioni, fatta eccezione per il momento della nomina, fatta salva la nomina dei primi componenti. Questi debbono essere nominati nell'atto costitutivo. L'atto istitutivo della fondazione – lo si ricorda ancora – deve almeno contenere la indicazione del soggetto demandato alla nomina, in linea pure con le modalità con cui si manifesta la determinazione del fondatore, il quale può disporre la istituzione di una fondazione anche testamentariamente. Le determinazioni convenzionali non possono porsi in contrasto con le prescrizioni normative che non permettono deroghe. Le disposizioni statutarie hanno modo di per-

mettere che alcune categorie di associati abbiano espressione in seno all'organo amministrativo.

Art. 26 co. 4 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

L'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere che uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie di associati.

Per mantenere coerenza con la disciplina dell'organo assembleare, il senso della disposizione dovrebbe intendersi in modo da non alterare il principio di pariteticità dei diritti degli associati, precludendo cioè che per alcune categorie di aderenti all'associazione non vi sia voce nell'organo di amministrazione. Per certi versi la disposizione sembra adatta a soddisfare esigenze che si riscontrano anche al di fuori degli enti associativi di legare ruoli non irrilevanti dei partecipanti all'ente all'incidenza sulla sua gestione¹. La facoltà concessa all'autonomia statutaria non consente di stabilire quale criterio unico di eleggibilità a componente dell'organo amministrativo soltanto appartenenti ad una o ad alcune categorie di associati. Il testo normativo non fissa un limite preciso alle determinazioni convenzionali.

La regola secondo cui

Art. 26 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

La maggioranza degli amministratori è scelta tra le persone fisiche associate ovvero indicate dagli enti giuridici associati. Si applica l'articolo 2382 del codice civile.

non richiede che i componenti dell'organo amministrativo siano soltanto associati. Il rispetto della *ratio* della disciplina contenuta nel Cts resta affidata a valutazioni complessive che tengano conto della fisionomia dell'ente, delle sue dimensioni, del profi-

¹ Maurizio Cavanna, Elena Fregonara, Marina Spiotta, *Diritto del governo delle imprese*, Torino, 2016, p. 46 ss.; in giurisprudenza: Cass., 24 maggio 2012, n. 822.

lo degli associati, del numero dei membri dell'organo amministrativo. Tutti questi aspetti convergono verso un giudizio ispirato alla ragionevolezza². Il canone del *reasonable* è metro di valutazione che dovrebbe guidare ogni giudizio che si proponesse, senza disconoscere le componenti di relatività del caso concreto, di individuare delle soluzioni moderate e condivisibili dall'uomo medio o accettabili secondo il senso comune³.

Il criterio di ragionevolezza nelle relazioni economico giuridiche può agire come metodo interpretativo integrativo riposto nelle mani di un terzo munito del potere di stabilire ciò che è ragionevole e ciò che non è ragionevole. Questa prerogativa appartiene alle corti più che all'Amministrazione. La regola statutaria è però per il Cts sottoposta in primo scrutinio all'ufficio del Registro unico che si conformerà a linee di indirizzo (artt. 4-8 d.m. n. 106/2020).

Una griglia a maglie troppo strette potrebbe generare contenziosi sui provvedimenti che bloccassero l'iscrizione dell'ente basata su inadeguatezze della regola statutaria alle logiche della democraticità delle previsioni convenzionali, pur se stilate nei limiti concessi dalla regola normativa di fonte primaria. Si ritiene che non sia però rispettoso della normativa introdurre *extra ordinem* delle fonti del diritto regole che imprimano strettoie ulteriori rispetto a quelle fissate nel Cts e non particolarmente generose con la regola convenzionale.

Osservando il contenuto della norma dell'art. 26 Cts si coglie peraltro che relativamente alla composizione dell'organo di gestione è indefettibile il principio della sua elezione da parte di organo assembleare (per le fondazioni si ha spazio per la designazione), le cui scelte possono cadere, secondo statuto, su chi è eleggibile anche non necessariamente associato o eventualmente

² S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, p. 15 ss.; G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 37 ss.

³ *Orientamenti della corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di responsabilità civile*, a cura di G. Alpa, G. Conte, Torino, 2018, p. 140.

appartenente a una categoria di associati. Il corretto funzionamento dell'assemblea e la verifica dei requisiti sono fattori di garanzia non debole del principio anche di democraticità dal quale le associazioni del Terzo settore debbono essere informate.

Se mai il punto di criticità potrebbe rivelarsi nel momento in cui la presenza fra i componenti dell'organo amministrativo venga determinata con percorsi diversi dal voto assembleare. La clausola *simul stabunt simul cadent* può assicurare la esclusione di procedure di cooptazione, che possono opacizzare il ruolo del consesso assembleare se la cooptazione non sia circoscritta a coloro che non siano stati eletti, ma abbiano ottenuto un posto in "graduatoria". Il disposto dell'art. 2386 co. 2 c.c. del resto non sacrifica il valore della elezione in assemblea, stabilendo: "Se viene meno la maggioranza degli amministratori nominati dall'assemblea, quelli rimasti in carica devono convocare l'assemblea perché provveda alla sostituzione dei mancanti".

La norma può essere considerata un buon modello di riferimento soprattutto se si valuta che le imprese sociali vi attingono in via primaria.

8.2. (Segue): ancora sui requisiti e il conflitto di interessi

L'art. 2382 c.c., richiamato nell'art. 26 co. 2, 3 e 8 Cts, stabilisce una regola di compendio dei casi di incapacità a rivestire la carica di componente dell'organo di amministrazione delle società di capitali. La prescrizione non esprime alcuna ulteriore restrizione rispetto alla disciplina generale della incapacità della persona fisica. In dipendenza non solo di sue carenze intellettive. Il sistema della incapacità è stato orientato legislativamente alla protezione di chi si qualifichi così. Le ragioni dei terzi sono comunque coinvolte e tutelate. Al di là del risvolto sanzionatorio risponde poi a esigenze di regolarità dei rapporti economici e giuridici il regime interdittivo dallo svolgimento di uffici, legato

alla applicazione di sanzioni che reprimono condotte ritenute non compatibili con lo svolgimento di cariche gestorie.

È un esercizio poco utile interrogarsi sulla idoneità o meno del minore non emancipato ad essere eleggibile, perché a differenza dell'apertura data al minore di assumere la posizione di aderente ad associazione del Terzo settore, la posizione di gestore dell'ente implica una professionalità che non può per definizione essere stata acquisita da un minorenne, anche se pienamente maturo e consapevole dei propri atti e delle loro conseguenze. Anzi, non si ritiene inammissibile prevedere dei limiti di età fra i requisiti che convenzionalmente si possano fissare quali condizioni di eleggibilità, seguendo regole applicate in materia di elettorato passivo⁴. L'età avanzata in questo caso non costituisce una preclusione. Tuttavia anche per ragioni pratiche e di probabilità di portare a termine il mandato non sembra sconveniente l'inserimento fra i requisiti di eleggibilità anche quello del limite dell'età.

La legislazione nazionale prevede del resto limiti alla nomina di amministratori che abbiano cessato l'attività lavorativa per il raggiungimento dell'età pensionabile⁵. Si può invero osservare che questa normativa mira prevalentemente ad evitare che venga aggirata la regola per la quale la cessazione dal servizio segna la interruzione di rapporti con la Amministrazione pubblica. Parimenti la regola assolve alla finalità di assicurare l'avvicendamento nelle cariche.

Onorabilità e professionalità sono i termini che sottendono le qualità necessarie per attribuire al candidato alla carica di componente dell'organo di amministrazione la condizione di eleggibilità. Il requisito della onorabilità ricomprende anche la posizione che il soggetto rivesta in ordine ai suoi comportamenti co-

⁴ Per l'appartenenza alla Camera dei deputati l'età non può essere inferiore a 25 anni, per il Senato della Repubblica il requisito sale a 40 anni (artt. 56-58 Cost.). Il Presidente della Repubblica ha un requisito di elettorato passivo non inferiore a 50 anni (art. 84 Cost.).

⁵ D.l. n. 90/2014, contenente misure urgenti per l'efficienza della P.A., convertito con la L. n. 114/2004.

me emersi e nel contesto sociale e di fronte alla stessa giustizia⁶, restando fermo che il principio della presunzione d'innocenza non viene intaccato se si creano dei limiti all'eleggibilità a cariche sociali, posto che le ragioni della onorabilità vanno oltre quelle delle verità processuali.

La professionalità non dovrebbe comportare anche il possesso di uno specifico titolo di studio.

La *governance* riceve disciplina pure da norme deontologiche o equipollenti⁷ che per quanto dichiaratamente applicate contribuiscono alla costruzione della reputazione un attributo valoriale ambito e appropriato per il Terzo settore.

In questa prospettiva non sarebbero coerenti con le necessità di assicurare una non cristallizzata gestione degli enti non solo del Terzo settore, né la previsione convenzionale di un imprecisato numero di mandati consecutivo né quella di cariche perduranti fino alla permanenza in vita dell'incaricato. La esclusione di questa ipotesi deve riguardare pure coloro che rivestano in base alla designazione contenuta nell'atto costitutivo la carica. Clausole convenzionali che esautorino le competenze dell'assemblea degli associati non soltanto sono disallineate dal principio di democraticità, come già osservato, ma soprattutto si pongono in contrasto con il disposto dell'art. 25 Cts, norma non derogabile per quanto lì stabilito.

I requisiti di eleggibilità debbono sussistere al momento della elezione e permanere per l'intera durata del mandato. Qualora i requisiti di eleggibilità vengano successivamente a mancare si determinerà una causa di decadenza⁸. Le condizioni di eleggibi-

⁶L. 6 novembre 2012, n. 190.

⁷G. Alpa, *Il nuovo codice della corporate governance delle società quotate*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 567 ss. Per gli amministratori indipendenti che negli Ets si identificano negli amministratori non associati, possono aversi relativamente alle società specifiche regole di autodisciplina: A. Mirone, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2022, p. 183.

⁸Vedi anche Nota Ministero del lavoro 16 settembre 2020, n. 9313, dove

lità e quelle di decadenza non si sovrappongono, se non parzialmente, nel senso che tutte le cause di decadenza possono non solo mancare all'atto dell'elezione ma risultare più ampie in funzione del modo col quale si è assolta la carica. Il disinteresse e l'assenza ripetuta sono sintomatici di una inadeguatezza del soggetto rispetto al mantenimento della carica.

Qualora convenzionalmente si stabiliscano regole di ineleggibilità o di decadenza che contrastino col principio di democraticità, si porrebbe una possibile causa di nullità della previsione convenzionale.

L'aver qui proposto una ipotesi di nullità che salvaguarda il principio di democraticità vuole sottolineare come lo stesso apparato normativo ponga regole invalicabili e nel contempo principi non assistiti da strumenti di indole repressiva. Questi principi tuttavia definiscono degli orientamenti che sebbene non obbligati propongono dei percorsi e delle soluzioni opportune, almeno dal punto di vista del legislatore, ma rispetto alle quali l'Amministrazione ovvero l'Ufficio del Registro non sono titolati all'imposizione, respingendo la domanda d'iscrizione sulla base d'una valutazione del contenuto delle regole statutarie e/o presenti nell'atto costitutivo. La declaratoria di nullità dovrebbe sempre essere rimessa ad un giudice, se si vuole preservare il più lato principio di libertà, garantito dagli artt. 2 e 18 Cost.

Il tema dei requisiti dei componenti dell'organo di gestione è aspetto sul quale, lo si è già accennato, il Cts ha inciso non marginalmente, innanzi tutto come filosofia. Se ne ha immediata percezione nella scelta di riprendere norme del codice civile contenute nella disciplina delle società di capitali. Qui l'argomento trova disposizioni più numerose ed incisive di quelle che in materia si leggono nel titolo II del libro I del codice civile.

La scelta del Cts di rifarsi al modello societario ha vari risvolti. In primo luogo, sebbene le associazioni del Terzo settore

si ribadisce che il modello normativo tracciato in materia societaria costituisce un riferimento non necessariamente esaustivo, dato che per il Terzo settore regole anche più stringenti di eleggibilità e di decadenza dei componenti dell'organo di gestione sono appropriate.

abbiano nella personalità giuridica un predicato che richiama qualche differenziazione di regime, le norme richiamate nell'art. 28 Cts riportano alla disciplina delle società di capitali, dove il discorso della responsabilità sia verso la società che verso i soci ed i terzi non dà luogo ad alcuna corresponsabilità neppure sussidiaria dell'amministratore per le obbligazioni assunte o fatte assumere alla società. Quando manca la personalità giuridica la regola prevista dall'art. 38 c.c. mantiene la sua applicabilità. Per l'art. 28 Cts.

Art. 28 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Gli amministratori, i direttori generali, i componenti dell'organo di controllo e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti rispondono nei confronti dell'ente, dei creditori sociali, del fondatore, degli associati e dei terzi, ai sensi degli articoli 2392, 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis, 2395, 2396 e 2407 del codice civile e dell'articolo 15 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, in quanto compatibili.

La responsabilità degli amministratori è anche nei confronti dei creditori dell'ente. Per l'art. 2394 c.c. verso i creditori sociali la responsabilità degli amministratori si fonda sulla premessa che i gestori non abbiano serbato la integrità patrimoniale della società, così esponendo il creditore alla insoddisfazione dei propri diritti. La corresponsabilità stabilita nell'art. 38 c.c. consente al creditore di attuare i propri diritti e così di non subire il pregiudizio presidiato dall'art. 2394 c.c. I risultati ai quali conducono l'adempimento e il risarcimento del danno generato dall'inadempimento non sono equipollenti. A distinguerli non vi sono soltanto i tempi concessi per l'esercizio dei correlati diritti e il regime probatorio, ma soprattutto il bene protetto. In astratto le tutele previste per l'uno e per l'altro caso sarebbero anche cumulabili. Tuttavia l'adempimento, come osservato, può escludere la responsabilità. Una soluzione interpretativa del disposto dell'art. 28 Cts può individuarsi nella possibile coesistenza dell'art. 38 c.c. e dell'art. 2394 c.c., e quindi nella loro applicabilità

concorrente, quando la associazione del Terzo settore sia sfornita della personalità giuridica. La proposta interpretativa è indulgente verso il tenore della norma e vuole essere un tentativo per coordinare il disposto degli artt. 21, 22 e 28 Cts.

Rispetto agli amministratori delle associazioni del Terzo settore il tema della responsabilità abbraccia pure il caso del conflitto di interesse regolato di nuovo attraverso il richiamo alla disciplina delle società.

Art. 27 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Al conflitto di interessi degli amministratori si applica l'articolo 2475-ter del codice civile.

Il modello societario è quello delle s.r.l. L'art. 2391 c.c. non compare fra le disposizioni riprese nell'art. 28 Cts. Si è voluto, ma limitatamente all'eventuale conflitto di interesse, avvalersi di un richiamo a struttura organizzativa più semplice o così ritenuta, e dove la figura dell'amministratore non è disgiunta da quella di socio⁹. Questo elemento può ritenersi un possibile anello di raccordo fra società a responsabilità limitata e associazioni del Terzo settore, se prevalentemente gli amministratori debbono essere anche associati.

Nell'art. 2475 *ter* c.c. il conflitto di interesse assume rilevanza più che come situazione da controllare preventivamente quale circostanza dalla quale può derivare l'annullamento di stipulato contratto, ma subordinatamente alla consapevolezza da parte del terzo della situazione di conflitto. Più precisamente, il co. 1 dell'art. 2475 *ter* c.c. stabilisce che: "I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo". Al comma successivo

⁹G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, vol. 1, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2010, p. 1114 ss.

si prevede l'annullamento delle delibere assunte dal C.D.A. col voto preponderante dell'amministratore in conflitto d'interessi; l'annullamento di tali delibere non intacca i diritti acquisiti dai terzi di buona fede. Il conflitto di interesse può riguardare direttamente un componente dell'organo gestorio oppure il conflitto di interesse di quest'ultimo può dipendere da sue relazioni con soggetti terzi. In questi termini si ha rilievo del conflitto fra amministratore ed ente del Terzo settore.

In pratica il disposto dell'art. 27 Cts dovrebbe bastare per mettere al riparo l'ente dai pregiudizi che gli potessero pervenire da operazioni negoziali le cui condizioni si rivelino, in conseguenza del conflitto, difformi da quelle che avrebbe concordato con diverso *partner* contrattuale. La disponibilità offerta dalla stessa azione di annullamento permette di valutare la effettiva necessità in concreto di far valere la situazione di conflitto.

La applicazione del disposto del co. 2 dell'art. 2475 *ter* c.c., come detto, non conduce ad una azione risarcitoria. Anche in questa disposizione si coglie il peso attribuito alla conservazione delle determinazioni dell'organo amministrativo delle società unitamente alla protezione degli affidamenti dei terzi¹⁰. La trama di queste regole ha finalità legate alla accentuazione della conservazione degli atti e delle attività societarie anche se imperfette nella loro genesi. Essa non trova corrispondenze nel ruolo del Terzo settore. La impermeabilità dei diritti acquisiti dai terzi in attuazione di deliberazioni dell'organo amministrativo, poi annullate, è giustificata dalle esigenze del traffico economico giuridico del quale le società sono attori naturali. Il Terzo settore per definizione non è inglobato nel mercato. Esso non ne rimarrebbe tuttavia nei fatti ed anche per le sue funzioni completamente esterno. Per questo secondo le indicazioni normative

¹⁰ V. De Lorenzi, *La rappresentanza*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, pp. 182-183, la quale sottolinea fra l'altro le differenze fra la disciplina societaria e quella della rappresentanza volontaria di cui all'art. 1394 c.c.

ne potrebbe recepire regole, in particolare quando gli enti del Terzo settore si confrontassero alla pari con soggetti terzi e non afferenti ad esso.

8.3. Dimissioni e revoca degli amministratori

Le condizioni di ineleggibilità e quelle di decadenza non sono pienamente sovrapposte, come detto. La decadenza può dipendere da manifestazione di disinteresse per la carica e quindi da assenteismo ripetuto e non giustificato dalle riunioni consiliari. Le cause di decadenza debbono essere stabilite statutariamente così come lo debbono essere le cause di ineleggibilità.

Resta intatto il diritto alle dimissioni anche immotivate da parte dell'amministratore, nel corso del mandato. Non si ritiene che la presentazione delle dimissioni sia subordinata alla decorrenza di un periodo dalla assunzione dell'incarico, fermo restando che l'eletto deve avere accettato la nomina. Se mai le dimissioni potrebbero intervenire prima del compimento delle formalità stabilite anche relativamente alla pubblicità nel Registro unico. L'efficacia delle dimissioni può essere subordinata alla accettazione o al trascorrere di qualche tempo, per evitare disfunzioni dell'organo di amministrazione e nell'interesse dell'ente, mai potendosi oltrepassare il principio di libero esercizio della facoltà di dimissione, considerato pure che eventuali dimissioni non sollevano l'amministratore da sue eventuali responsabilità per azioni poste in essere nel corso del periodo in cui egli abbia rivestito carica gestoria¹¹. Prima del compimento del mandato la cessazione dalla carica di amministratore può intervenire anche per revoca. La disposizione dell'art. 2393 c.c., richiamato espressamente nell'art. 28 Cts, pone la revoca come

¹¹ Il principio è stato enunciato in materia societaria: T. Ancona, Sez. spec. in materia di imprese, 1 giugno 2022, n. 718. Il principio tuttavia è riferibile a qualsiasi ente collettivo.

conseguenza automatica della deliberazione assembleare di azione di responsabilità. La revoca può essere deliberata anche indipendentemente dalla determinazione sulla azione di responsabilità. Occorre in ogni caso una giusta causa¹². La mancanza di giusta causa legittima la impugnazione della deliberazione e il diritto al risarcimento del danno. La regola segue quella del mandato in *rem propriam*. Questo elemento si ravvisa non solo nel corrispettivo attribuito al mandatario¹³. Mentre la remunerazione dell'amministratore è connaturata all'incarico, nel caso di Ets la remunerazione dei gestori è una eventualità eccezionale. La fisionomia del rapporto di mandato non viene per questo a mancare.

Per definizione la elezione dell'amministratore è a tempo determinato. La revoca che intervenga prima della maturazione della scadenza naturale dell'incarico, incidendo sulle attese del nominato, secondo il consueto canone di correttezza, deve comunque possedere una giustificazione che ne escluda la illegittimità o la abusività.

8.4. Il regime della responsabilità

L'art. 28 Cts, con gli amministratori, prevede quali soggetti passibili di responsabilità verso l'ente, ma non solo, i direttori generali, i componenti dell'organo di controllo e gli affidatari della revisione legale dei conti in quanto nominati dall'assem-

¹²T. Milano, sez. spec. impresa, 20 maggio 2021, in *ilcaso.it*. In tema di revoca dell'amministratore di società di capitali, le ragioni che integrano la giusta causa, ai sensi dell'art. 2383, co. 3, c.c. devono essere specificamente enunciate nella delibera assembleare senza che sia possibile una successiva deduzione in sede giudiziaria di ragioni ulteriori.

¹³Cass., 15 maggio 1998, n. 4912: Il diritto al compenso non è sufficiente a rendere irrevocabile il mandato che l'art. 1079 c.c. presume di per sé oneroso, ma occorre che l'esecuzione del mandato per effetto di una obbligazione assunta dal mandante assicuri al mandatario un vantaggio diverso.

blea o dall'atto costitutivo. La loro responsabilità è riferita ai soli compiti affidati. Restano applicabili le responsabilità rinvenienti dalla esecuzione di prestazione lavorative (art. 2396 c.c.).

La regola della corresponsabilità vale simmetricamente per gli Ets. Essa rappresenta la regola nel regime della responsabilità degli amministratori, quando l'organo sia collegiale. Parimenti la corresponsabilità si applica a tutti gli organi gestori e di controllo, aventi composizione collegiale. Relativamente alla figura del direttore generale, la corresponsabilità è ipotesi che rimane circoscritta al caso in cui più siano direttori agenti con compiti fra loro concorrenti. La conclusione troverebbe sostegno nella disciplina della solidarietà nei rapporti di obbligazione (art. 1294 c.c.), anziché nella disciplina specifica in materia societaria. Il codice civile, pur sottoponendo i direttori generali al medesimo regime stabilito per la responsabilità degli amministratori e con i distinguo di cui si è detto, mantiene una opportuna cesura che si perde nell'art. 28 Cts, dove si fa rinvio all'art. 2396 c.c., avendo già inserito i direttori generali fra i destinatari del regime della responsabilità degli amministratori, rispetto alla quale, nell'economia del testo dell'art. 28 Cts, il disposto dell'art. 2396 c.c. funge da norma di delimitazione della responsabilità più che di sua espansione.

Pure per i componenti dell'organo di controllo si è adottato dall'art. 28 Cts un apparentamento con gli amministratori, sul piano della responsabilità, richiamando pure il disposto dell'art. 2407 c.c. Sindaci e amministratori non sono sul fronte della responsabilità figure distanti. Tuttavia il loro ruolo può vederli anche contrapposti (art. 2393 co. 3 c.c.).

Negli Ets possono coesistere organo di controllo e revisore legale dei conti. Quest'ultimo è presenza non costante. Nelle sue funzioni vi è quella di sorveglianza sulla gestione e sull'attuazione dello statuto. In tale posizione al revisore legale dovrebbe spettare legittimazione a promuovere l'azione di responsabilità nei riguardi dell'amministratore, specularmente a quanto è stabilito spetti al collegio sindacale. Per l'art. 28 Cts anche il revisore legale dei conti è tendenzialmente un corresponsabile dei gestori.

Il revisore legale dei conti quale tutore del corretto andamento dell'attività dell'ente e quindi della sua gestione sarebbe apparso l'organo al quale affidare quanto meno in seconda linea l'esercizio della azione di responsabilità contro gli amministratori. Con il richiamo contenuto nell'art. 28 Cts all'art. 2407 co. 2 c.c. si stabiliscono i presupposti per attribuire responsabilità solidale fra sindaci e amministratori, richiedendo che il danno cagionato dagli atti di questi ultimi possa ascriversi ad inadempienze degli obblighi di vigilanza e di controllo. Si tratta di una corresponsabilità per concorso nella causazione del pregiudizio arrecato alla società, ai soci o ai terzi anche creditori. Il co. 3 dell'art. 2407 c.c. prevede pure la applicabilità per le azioni di responsabilità rivolte ai sindaci delle norme che regolano la responsabilità degli amministratori, ma in quanto compatibili. Il limite della compatibilità di cui si legge nell'art. 2407 c.c. potrebbe ritenersi per l'art. 28 Cts accolto nel richiamo di cui si è detto. Tuttavia la formulazione dell'art. 28 Cts non soltanto lascia implicito il riferimento al criterio di compatibilità, ma soprattutto declina l'elenco dei possibili responsabili, senza distinzione dei rispettivi ruoli, distinzione che si può recuperare in via ermeneutica attraverso le disposizioni richiamate.

Per certi versi l'art. 28 Cts si accosta all'art. 146 r.d. n. 267/1942, norma che nel Codice della crisi d'impresa ha ricevuto riformulazione nell'art. 255, dove si menzionano separatamente l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori; rispetto al disposto dell'art. 146 r.d. n. 267/1942 si era invece formato convincimento che l'azione del curatore assommasse sia quella sociale che quella dei creditori¹⁴. La norma dell'art. 146 r.d. n. 267/1942 era stata però concepita per un contesto diverso da quello di una società *in bonis*, come presuppongono gli art. 2393 ss. c.c. L'argomento della responsabilità degli organi di gestione e di controllo avrebbe meritato una regolamentazione autonoma rispetto a quella delle società, pur se diversa da quella di cui si legge nel titolo II del libro I del codice civile.

¹⁴ Cass., 20 settembre 2012, n. 15955.

Gli scopi ai quali sono deputati gli Ets non riportano almeno immediatamente ad interessi economici la cui lesione si traduca in un danno patrimoniale diretto. Il depauperamento del patrimonio dell'ente si concreta invece in un pregiudizio che incide sulle capacità dell'ente di attuare i suoi scopi. Negli Ets non vi è versamento di capitale da parte degli associati; né a loro carico potrebbe determinarsi una perdita economica sull'investimento compiuto.

Nell'art. 28 Cts si legge che la responsabilità dei soggetti li menzionati si ha anche nei confronti del fondatore. Questo non si colloca in una posizione confrontabile con quella dei soci. La istituzione di una fondazione e la sua dotazione sono funzionali alla realizzazione di interessi che si separano da quelli del fondatore, nel momento della costituzione dell'ente. I gestori come gli altri soggetti ai quali possono addebitarsi responsabilità violano questi interessi più che gli interessi del fondatore. La responsabilità verso il fondatore è destinata ad esaurirsi nella proiezione dell'ente al di là e al di fuori della figura del fondatore, non solo se la istituzione della fondazione si compia per testamento. Nella disciplina dei comitati (artt. 40-41 c.c.), i promotori e i gestori dei fondi raccolti sono responsabili illimitatamente e solidalmente (se non vi è stato acquisto della personalità giuridica per il patrimonio raccolto). Il modello dei comitati che pure è stato richiamato per dare argomento alle fondazioni sprovviste di personalità giuridica ha nella temporaneità del comitato la cifra del soggetto giuridico, una cifra che tendenzialmente non appartiene alle fondazioni. Solo nella misura in cui si volesse individuare nelle responsabilità *ex art. 28 Cts* una ipotesi di responsabilità per tradimento degli intendimenti del fondatore, si potrebbe profilare una situazione di pregiudizio da risarcire, ma tale pregiudizio potrebbe essere più che di natura patrimoniale, tradursi in una lesione di interessi non patrimoniali.

L'impianto della responsabilità degli amministratori corre su due ipotesi di pregiudizio, quello subito dalla società e quello patito dal socio o dal terzo, non di mero riflesso. Il fondatore non trova collocazione né nella prima né nella seconda specie di

danneggiato. Qualora il fondatore potesse lamentare un danno rilevante sul piano giuridico, non sarebbe mancata possibilità di tutela attraverso il disposto dell'art. 2043 c.c. Di questa disposizione l'art. 2395 c.c. non è un *pendant*, anche se ne segue il regime¹⁵.

Non sembra poi da trascurare che in ambito societario nell'azione sociale di responsabilità si dà spessore ai rapporti maggioranza minoranza, in modo da consentire che la seconda possa contestare l'operato dei gestori, espressione dell'altra. Nell'ambito degli Ets si formano maggioranze e minoranze, ma non sulla base del peso partecipativo. Vale la pena di ricordare che nell'ambito dei rimedi contro atti di *mala gestio* nel diritto societario si dà spazio anche alla azione individuale del socio o del terzo pel caso in cui si determini un danno diretto nel patrimonio del terzo o del socio, come già notato¹⁶.

Non è poi circostanza a cui non dare peso la peculiarità di alcune associazioni del Terzo settore quali le Aps. Gli aderenti rivestono qui duplice posizione, associato e destinatario di prestazioni. La loro protezione di fronte ad atti di *mala gestio* si approssima a quella del creditore insoddisfatto, non in conseguenza soltanto di decrementi delle capienze patrimoniali dell'ente.

Sono questi rilievi non esaustivi a far dubitare dell'efficienza del disposto dell'art. 28 Cts a fornire risposta ai problemi che la responsabilità dei gestori e degli organi di controllo dovrebbero risolvere. Le norme della disciplina societaria d'altra parte sono state articolate per strutture organizzative che, pur non incompatibili con le finalità del Terzo settore, mostrano proprio nei momenti disfunzionali scollamenti col Terzo settore che non avrebbero sorretto forse neppure una applicazione analogica.

¹⁵ C. App. Milano, 23 giugno 2004, in *Giur. comm.*, 2006, p. 1049.

¹⁶ T. Catanzaro, sez. spec. imprese, 28 marzo 2018, che richiama Cass., 23 giugno 2010, n. 15220.

8.5. Intervento dell'autorità giudiziaria e organo di controllo

Nella disciplina delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore è stata prevista l'applicazione dell'art. 2409 c.c.

La Riforma del diritto societario aveva stabilito che l'intervento del tribunale in caso di denuncia di gravi irregolarità compiute dagli amministratori avesse luogo soltanto per le società per azioni¹⁷. La giurisprudenza però non aveva mancato di interpretare l'assenza di un espresso richiamo al disposto dell'art. 2409 c.c. all'interno della normativa dedicata alle s.r.l. come non ostativa all'utilizzo del rimedio anche in questo tipo di società¹⁸. La conclusione a cui era pervenuta la giurisprudenza ha ricevuto il sigillo legislativo nel corso della prima entrata in vigore del codice della crisi di impresa¹⁹.

Nella propensione a recepire norme del diritto societario il Cts ha incluso, attraverso espresso rinvio contenuto nell'art. 29 Cts, la applicabilità della disposizione per gli Ets.

Nel codice civile (art. 25 c.c.)²⁰ con specifico riferimento alle fondazioni già si dava luogo a interventi dell'autorità, anche giudiziaria, in caso di disfunzioni dell'organo amministrativo. Questi controlli si inserivano nel quadro delle sorveglianze alle quali le persone giuridiche erano sottoposte, nell'esercizio dei controlli

¹⁷D.lgs.17 gennaio 2003, n. 6.

¹⁸T. Treviso, 27 settembre 2004; T. Roma, 6 luglio 2004; T. Modena, 29 novembre 2002, dandosi, però, rilevanza nella società del collegio sindacale.

¹⁹D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 379.2, che ha inserito il co. 7 dell'art. 2477 c.c., norma che unitamente all'art. 2086 c.c. è entrato in vigore a decorrere dal 12 febbraio 2029.

²⁰L'art. 5 del d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 dispone che "Le funzioni amministrative già attribuite all'autorità governativa dalle norme del capo II, titolo II, libro I del codice civile, sono esercitate dalle prefetture ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti". Le prefetture sono trasformate in prefetture-uffici territoriali del Governo ex art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 e relativo regolamento di attuazione emanato con d.p.r. 17 marzo 2001, n. 287.

che lo Stato si era riservato, sul presupposto dell'interesse pubblico al quale gli enti riconosciuti dovevano conformarsi.

Rispetto alle società, le valenze pubblicistiche si sono assottigliate e la riforma del 2003 aveva accentuato la vocazione privata degli enti commerciali in misura proporzionale alla intensità dell'operatività delle società sul mercato e soprattutto del ricorso al mercato di rischio²¹.

Rispetto agli enti del Terzo settore e in particolare rispetto alle associazioni e alle fondazioni, il momento del controllo si è ripresentato con connotati non deboli, come già osservato. Nella ripresa nel Cts della disciplina societaria, pubblicisticamente affievolita, più che mutare parzialmente rotta si è inserito un modulo ritenuto sufficientemente lontano dal controllo amministrativo sulla gestione dell'ente, ma idoneo alla sua salvaguardia di fronte a gestioni non consone. Tuttavia diversamente da quanto si verifica nelle società, le gravi irregolarità si riverberano sul funzionamento di un ente che, appartenendo al Terzo settore, deve soddisfare finalità che la collettività attende e che possono richiedere rimedi più rapidi dell'*iter* stabilito nell'art. 2409 co. 3 e 4 c.c.:

Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti

²¹ Fin dalle prime letture della Riforma del diritto societario del 2003, con riferimento, in particolare, all'art. 2409 c.c. ed alle modifiche lì apportate, non si era mancato di ricordare la origine della norma, nel quadro istituzionalista, della disciplina delle società, secondo il disegno codicistico, che la Novella ha variato, accentuandone i profili contrattualistici. F. Mainetti, *Art. 2409 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2008, p. 926.

alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

Torna anche in questo caso l'interrogativo sulla adeguatezza della normativa mutuata rispetto alla tipologia degli enti del Terzo settore ovvero sulla opportunità di regole autonome pure considerando utile il mantenere la sponda dell'intervento del giudice ordinario.

Vi è tuttavia da osservare che i passaggi previsti nell'art. 2409 c.c. ed in particolare le iniziative rimediali che l'assemblea può assumere in un contesto, quello degli Ets, dove tale consenso non è spesso di agile composizione, sono per lo stesso art. 2409 c.c. eventuali e correlate con la autonomia che si vuole assicurata alle società più di quanto accade nel Terzo settore.

8.6. Organo di controllo e Revisore legale dei conti

La riflessione sull'adeguatezza delle norme mutate dal Cts dalla disciplina delle società si ripropone rispetto alle norme degli artt. 30 e 31 Cts. Sono queste le disposizioni dedicate agli organi di controllo. Le figure a cui è demandata questa attività sono l'organo di controllo ed il revisore legale dei conti: due organi che possono coesistere se si danno le condizioni che ne impongono la nomina.

Art. 30 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Nelle associazioni, riconosciute o non riconosciute, del Terzo settore, la nomina di un organo di controllo, anche monocratico, è obbligatoria quando siano superati per due esercizi consecutivi due dei seguenti limiti:

a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 110.000,00 euro;

- b) ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate: 220.000,00 euro;
- c) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità.

Anche in materia societaria la presenza del collegio sindacale fra gli organi della società non è una costante (2477 co. 3 c.c.). Il parametro quantitativo adottato in tale ambito per stabilire i presupposti della relativa nomina si ritrova nel Cts, con gli adeguamenti resi necessari dalle specificità degli Ets. Il criterio quantitativo si accompagna ad altra condizione.

Art. 30 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Nelle fondazioni del Terzo settore deve essere nominato un organo di controllo, anche monocratico.

È questa una delle poche disposizioni del Cts in cui l'istituto delle fondazioni riceve regola espressa, non come estensione della disciplina delle associazioni del Terzo settore. La mancanza dell'organo assembleare viene colmata, accentuando gli organi di controllo, secondo la logica del contrappeso all'organo amministrativo.

La cifra dell'organo di controllo è essenzialmente la professionalità, ovvero una qualificata conoscenza tecnica anche affinata dall'esperienza, che dovrebbe consentire di comprendere se ed in quale misura la gestione dell'ente non sia coerente con i canoni della diligenza e della competenza richiesti agli amministratori dall'art. 2392 c.c. I requisiti richiesti per i componenti dell'organo di controllo si traggono da quelli elencati nell'art. 2397 co. 2 c.c. Peraltro, nell'ambito della disciplina dell'organo di controllo solo alcune delle norme dedicate al collegio sindacale nelle società di capitali sono esplicitamente richiamate. La mancanza del richiamo e una qualche lacuna in ordine al funzionamento dell'organo di controllo, vale a dire le sue sessioni, la redazione di relazioni, hanno fatto rivolgere qualche appunto ai redattori del Cts²².

²²L. Bagnoli, *La rendicontazione economica e sociale negli enti del terzo settore*, in *La riforma del terzo settore e della impresa sociale*, cit., pp. 208-209.

L'organo di controllo è depositario di un potere anche correttivo e di prevenzione dalla *mala gestio*. La sua corresponsabilità con gli amministratori infatti deriva dall'omesso compimento di quegli interventi che ove posti in essere sarebbero stati in grado di evitare atti o azioni dei gestori, pregiudizievoli per la società (art. 2407 co. 2 c.c.)²³.

Da questo punto di vista si comprende il significato della presenza dell'organo di controllo nelle fondazioni del Terzo settore, stabilita come necessaria dove non è dato di altrimenti contrastare le modalità di gestione dell'ente.

La presenza dell'organo di controllo in concomitanza con l'istituzione di un patrimonio destinato si pone in linea con le descritte funzioni. Il patrimonio destinato (art. 10 Cts) peraltro determina la segregazione che si rileva nelle fondazioni anche se si esclude la sua soggettività. La intensificazione della vigilanza si comprende emergere come esigenza a cui offrire riscontro.

Secondo l'art. 31 Cts le associazioni e le fondazioni del Terzo settore hanno l'obbligo di nominare un revisore legale dei conti, quando si verificano le seguenti condizioni.

Art. 31 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Salvo quanto previsto dall'articolo 30, comma 6, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, e le fondazioni del Terzo settore devono nominare un revisore legale dei conti o una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro quando superino per due esercizi consecutivi due dei seguenti limiti:

- a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 1.100.000,00 euro;
- b) ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate: 2.200.000,00 euro;
- c) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 12 unità

²³ Cass., 11 dicembre 2020, n. 28357: Il sindaco non risponde in modo automatico per ogni fatto dannoso che si sia determinato *pendente societate*, quasi avesse rispetto a questo una posizione generale di garanzia. Egli risponde ove sia possibile dire che, se si fosse attivato utilmente (come suo dovere) in base ai poteri di vigilanza che l'ordinamento gli conferisce ed alla diligenza che l'ordinamento pretende, il danno sarebbe stato evitato.

L'obbligo decade qualora

Art. 31 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

L'obbligo di cui al comma 1 cessa se, per due esercizi consecutivi, i predetti limiti non vengono superati.

La disposizione dell'art. 31 Cts fa salvo il disposto del co. 6 dell'art. 30 Cts.

La formulazione delle disposizioni relative agli organi di controllo richiede una interpretazione coordinata. L'obbligo di nominare entrambi gli organi di controllo si propone se l'ente abbia costituito, nei limiti in cui ciò è ammesso dall'art. 10 Cts, un patrimonio destinato. Per le fondazioni del Terzo settore la nomina dell'organo di controllo non è eludibile, come detto. La nomina del revisore legale diverrebbe obbligatoria soltanto al verificarsi delle condizioni stabilite nel co. 1 dell'art. 31 Cts, ma secondo il co. 6 dell'art. 30 Cts il verificarsi delle predette condizioni consente all'organo di controllo,

Art. 30 co. 6 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

al superamento dei limiti di cui all'articolo 31, comma 1, la revisione legale dei conti. In tal caso l'organo di controllo è costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro.

Il revisore legale dei conti sarebbe perciò, alla fine, un organo eventuale, fatta eccezione per i casi in cui l'ente abbia costituito un patrimonio destinato.

Il regime emergente dalle disposizioni degli artt. 30 e 31 Cts non preclude che statutariamente si preveda il ricorso ad un revisore esterno qualificato che provveda alla certificazione del bilancio di esercizio ed eventualmente anche del bilancio sociale. Questo tipo di determinazione non era estranea alla prassi delle associazioni e delle fondazioni di diritto comune. Se mai è la presenza più significativa dell'organo di controllo a porre in luce l'importanza data negli Ets ad una corretta, veritiera e trasparente tenuta della contabilità e della redazione dei bilanci.

La previsione della nomina dell'organo di controllo e del revisore legale, ancorché subordinata al verificarsi dei presupposti di legge, rientra nei contenuti degli atti statutari, anche in ragione delle competenze assegnate e all'organo assembleare, di cui si già fatto cenno, e all'organo amministrativo.

L'organo deputato al controllo come il revisore legale dei conti possono essere anche presenze intermittenti, ma del loro eventuale ingresso nell'ente non potrebbe tacersi nello statuto ovvero nelle tavole che comunque delineano l'assetto dell'ente, in doppia veste prescrittiva e programmatica. Infatti, se la legge fissa, non derogabilmente, i presupposti della nomina dell'organo di controllo e/o del revisore legale dei conti, al verificarsi delle condizioni normativamente stabilite, la struttura organizzativa dell'Ente deve essere pronta ad attuare la nomina di questi organi, definendone le modalità di designazione, le qualificazioni, con eventuale specificazione dei relativi compiti, considerando altresì l'ipotesi in cui l'organo di controllo debba essere più qualificato in ordine ai requisiti dei suoi componenti. Alle norme statutarie è affidata la determinazione degli assetti organizzativi dell'Ente, non necessariamente tutti attuali al momento della sua predisposizione. Anzi, per certi versi una qualche elasticità dello statuto è consigliabile, per permettere una sua resistenza nel tempo, senza ricorso a sue modifiche.

8.7. Vigilanza e garanzie

All'organo di controllo sono demandati compiti e ruoli non diversi da quelli assegnati al collegio sindacale delle società, come accennato, pure nei confronti degli associati, mediante l'estensione dell'applicazione del co. 2 dell'art. 2408 c.c. Dal tenore dell'art. 30 co. 6 e 7 Cts emerge che nella disciplina del Terzo settore il controllo ha un raggio molto ampio, che non si esaurisce nell'area contabile-gestionale di indole formale. Anche rispetto ai sindaci delle società, la normativa e la sua applicazione

si sono orientate nella direzione di richiedere al collegio sindacale gli adempimenti che implicano valutazioni di merito. La cesura fra gestione e controllo resterebbe però un punto fermo. La esclusiva sulla gestione degli amministratori non sarebbe stata incrinata neppure nel modello duale (art. 2409 *octies* c.c.)²⁴. Nella disciplina dell'organo di controllo negli enti del Terzo settore si avverte qualche connotato ibrido. Al di là del richiamo al disposto dell'art. 2390 c.c., norma riferita agli amministratori delle società, ad indurre la percezione sono i riferimenti alla corretta amministrazione e all'adeguatezza organizzativa pure in correlazione con il modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001²⁵. Questa normativa invero già prescrive un apparato di controllo che però si interfaccia direttamente con l'organo amministrativo (art. 6 d.lgs. 231/2001).

L'applicazione ed il rispetto del modello organizzativo previsto dal d.lgs. n. 231/2001 implica la definizione di strutture che siano all'interno dell'Ente capaci di realizzare modalità operative con maglie e filtri che non lascino margini alla commissione dei reati che generano responsabilità dell'ente. L'argomento non può non considerarsi di natura gestionale e perciò di competenza dell'organo amministrativo, se non in modo esclusivo, almeno prevalente.

I compiti dell'organo di controllo secondo la disposizione del co. 7 dell'art. 30 Cts si estendono alla verifica sull'attuazione degli scopi istituzionali, come indicati nell'art. 4 Cts. Ciò che si

²⁴ Il Consiglio di sorveglianza infatti è deputato a funzioni di vigilanza, tanto ch'esso non può coesistere, segnatamente in una s.r.l. con l'organo sindacale: T. Roma, 10 dicembre 2010.

²⁵ Col d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 è stata prevista la c.d. responsabilità diretta delle società in caso dei reati espressamente elencati nel catalogo normativo. La prevenzione di tali reati è rimessa all'adozione di un modello organizzativo. Si tratta d'un adempimento non obbligatorio, la cui adozione consente, però, di alleggerire la distribuzione dell'onere della prova per la società imputata. L'Anac con delibera n. 32/2016 ha disposto Linee Guida dedicate agli Ets ed alle cooperative sociali, in correlazione con la loro possibile partecipazione a gare d'evidenza pubblica.

richiederebbe all'organo di controllo è uno scrutinio non solo di tipo contabile sull'effettiva coerenza fra le operatività dell'ente e i suoi fini. Con l'espresso richiamo agli artt. 6, 7 e 8 Cts si dà risalto a quegli aspetti della gestione dell'ente che possono tradursi in attività di tipo commerciale, la cui ammissibilità è legata alla sua accessorietà, valutata attraverso indici quantitativi calcolati con riferimento al complessivo volume delle risorse dell'ente. L'attenzione si focalizzerebbe su quel crinale che, ove oltrepassato, determinerebbe la versione dell'ente su attività commerciali che possono comportare la non applicazione di norme, in particolare di natura fiscale (art. 79 Cts), di beneficio o agevolate di cui fruiscono gli enti del Terzo settore.

Si recuperano in questo momento dell'attività di controllo connotati propri delle funzioni di controllo consuete per il collegio sindacale nelle società, ma con qualche peculiarità dipendente dalle specificità degli enti del Terzo settore, enti non commerciali, ma esercenti attività qualificabili come economiche, eventualmente commerciali, ma non secondo la definizione contenuta nell'art. 2195 c.c. È forse scontato che la pagina del Cts dedicata agli organi di controllo dia occasione per rimeditare sul senso degli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali.

Il dialogo intessuto dal Cts con la disciplina delle società ha una sua ragione nella esistenza di un elemento comune fra le due specie di enti, la capacità di esercitare attività economicamente apprezzabili mediante una organizzazione. Su questo asse si innestano regole comuni o fra loro simili. Anche il discorso fiscale che corre intorno agli enti del Terzo settore potrebbe leggersi come declinazione di regole che esprimono un *favor* di per sé non bastevole a definire una categoria di soggetti in senso civilistico. Se mai nella normativa fiscale ciò che viene delineata è una categoria di contribuenti. Se, però, il Terzo settore deve rappresentare un segmento della comunità dei consociati, allora i soggetti che ne sono componente avrebbero meritato qualche regola più identitaria di quelle offerte attraverso la commistione fra fisionomie del libro I e fisionomie del libro V del codice ci-

vile. Tuttavia a cospetto delle disposizioni del Cts e in particolare delle disposizioni dedicate alle associazioni ed alle fondazioni non ulteriormente connotate si può anche valutare il significato di tale normativa come sintomatico di una realtà per così dire instabile, resa ferma attraverso il Registro unico, una allocazione di cui deve essere vigilata la appropriatezza non soltanto dall'esterno.

In questo contesto all'organo di controllo si richiede l'espletamento di attività più incisive o, meglio, funzionali alle esigenze che mancano in ambito societario.

Un organo di controllo sembrerebbe da questo lato una presenza più necessaria che eventuale, in ragione degli stessi compiti che espressamente il Cts ha elencato.

Capitolo 9

Atti e contratti degli enti del Terzo settore

SOMMARIO: 9.1. Gli enti del Terzo settore come parte contrattuale. – 9.2. Il volontariato. – 9.3. Convenzioni e sovvenzioni. Gratuità solidale? – 9.4. Dal fedecommesso al dopo di noi.

9.1. Gli enti del Terzo settore come parte contrattuale

Nell'ordinamento giuridico la qualità soggettiva del contraente non è irrilevante. Si è già accennato (vedi Introduzione) alla tendenziale esclusione dell'ente del Terzo settore dal novero dei contraenti deboli e segnatamente dei consumatori. La posizione dell'ente del Terzo settore non potrebbe per le sue connotazioni accedere a beni o a servizi per soddisfare esigenze personali avulse dallo svolgimento di attività non lavorative.

Gli enti del Terzo settore sono soggetti per definizione non identificabili come persone fisiche. Questo elemento è decisivo per ulteriormente escluderli dal novero anche di quelle entità rispetto alle quali si considera possibile l'estensione dei principi che governano i rapporti contrattuali in cui è parte un consumatore¹. La ragione della eventuale estensione viene infatti indicata sulla base di una congiunzione rinvenibile fra l'entità complessa, munita di legittimazioni ma non di soggettività, e le persone fisiche che ne fanno parte. Se agli enti del Terzo settore

¹ Vedi nota 2 § 8.1

non è dato di assegnare la posizione di consumatore, ciò non vale a collocarli automaticamente fra i professionisti, per rimanere nella nomenclatura della legislazione consumerista. Peraltro il professionista a differenza del consumatore acquista corpo, in quanto soggetto che da non consumatore entra in relazione con un consumatore. Il dualismo consumatore/professionista appartiene ad un'area dell'ordinamento che non soltanto copre una porzione del territorio dei rapporti contrattuali, ma soprattutto non è esaustiva di tutti i problemi concernenti la figura del contraente debole. Codicisticamente conta la condizione di contraente giuridicamente debole nelle relazioni contrattuali, perché contraente limitato nella definizione della regolamentazione del rapporto contrattuale². Questa forma di debolezza non involge o per lo meno non in via principale la situazione economica del contraente né la sua qualifica come imprenditore o come privato non altrimenti qualificato. La debolezza giuridica certamente può rinvenirsi anche in capo agli Ets, quali eventuali aderenti a condizioni negoziali unilateralmente predisposte dalla controparte o da questa riprese da un contratto tipo. Nella posizione di contraente predisponente peraltro può porsi anche un ente del Terzo settore. Le stesse attività di interesse generale elencate nell'art. 5 Cts pongono gli Ets quali autori di prestazioni non prive del connotato della patrimonialità (art. 1174 c.c.), con fonte contrattuale. Il destinatario di queste prestazioni potrebbe anche identificarsi come consumatore. La fruizione di prestazioni eseguite, ovviamente attraverso la propria organizzazione, da un ente del Terzo settore, però, non è necessariamente collegata alla posizione di contraente da parte del beneficiario. Rispetto alla materia del contratto, per gli Ets non si profila una *lex specialis*. Anzi, quanto più non si vuole che soggetti afferenti al Terzo settore partecipino alle dinamiche del mercato, tanto più essi non

²M.C. Cherubini, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005; F. Addis, "Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole, in F. Ruscello (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, Roma, 2012, p. 42 ss.

potranno agire in condizione di contraente favorito in senso privatistico.

Movendo da questa premessa si può tentare di analizzare in chiave civilistica almeno qualche specificità degli enti del Terzo settore che si riverberano sulle loro relazioni con i terzi.

Il Cts per vero non è in argomento silenzioso, sebbene le sue attenzioni si siano concentrate principalmente sui rapporti di lavoro e di collaborazione.

La prescrizione normativa al riguardo segue il paradigma tipico del rapporto di lavoro, con indicazioni sul trattamento economico di coloro che prestino attività non volontaria a favore di un ente del Terzo settore.

Art. 16 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

I lavoratori degli enti del Terzo settore hanno diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. In ogni caso, in ciascun ente del Terzo settore, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda. Gli enti del Terzo settore danno conto del rispetto di tale parametro nel proprio bilancio sociale o, in mancanza, nella relazione di cui all'articolo 13, comma 1.

Art. 13 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112

1. I lavoratori dell'impresa sociale hanno diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. In ogni caso, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti dell'impresa sociale non può essere superiore al rapporto uno ad otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda. Le imprese sociali danno conto del rispetto di tale parametro nel proprio bilancio sociale.

2. Salva la specifica disciplina per gli enti di cui all'articolo 1, comma 3, nelle imprese sociali è ammessa la prestazione di attività di volontariato, ma il numero dei volontari impiegati nell'attività d'impresa, dei quali l'impresa sociale deve tenere un apposito registro, non può essere superiore a quello dei lavoratori. L'impresa sociale deve assicurare i volontari che prestano attività di volontariato nell'impresa medesima contro gli in-

fortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi.

La previsione normativa si lega alla regola più generale del divieto di lucri indiretti.

La chiara presa di posizione del legislatore del Terzo settore in tema di trattamento retributivo sollecita riflessione sulla necessità che ogni rapporto contrattuale di cui sia parte ente del Terzo settore debba conformarsi a dei valori di scambio tali da non dare luogo a violazioni del cardine dell'interdetto al lucro soggettivo, anche indiretto.

Sul piano delle conseguenze della trasgressione del divieto, attuata con la stipulazione di un contratto di lavoro, queste potrebbero trovarsi nella invalidità per violazione di norma imperativa. La violazione di una prescrizione inderogabile non è di per sé sufficiente per decretare la nullità dell'atto che ne sia stato lo strumento³. Il regime della causa e dei motivi illeciti nell'evidenza della violazione offrono spazi di soluzione. In materia di rapporti di lavoro, tuttavia, il mancato rispetto della normativa, da un lato potrebbe non essere connesso con un fenomeno di aggiramento del divieto dell'attribuzione di lucratività vietate e dall'altro dovrebbe misurarsi con il disposto dell'art. 2126 c.c. Il contratto di lavoro, se dipendente da accordo nullo, non priva il prestatore della attività, per quanto eseguita, del diritto alla remunerazione. Questa però dovrebbe essere parametrata sulle condizioni del contratto collettivo di riferimento.

Le regole che il Cts ha posto per il contratto di lavoro dal punto di vista del diritto privato nella sua portata generale mette a tema la questione di una penetrazione della normativa nel contenuto economico dei rapporti contrattuali. Diversamente dall'ipotesi in cui il lucro indiretto si pone come un limite relativo alla determinazione dei corrispettivi di scambio, come nel caso

³ A. Albanese, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2008, p. 165.

in cui per ragioni di conflitto di interessi viene a mancare l'equilibrio fra i vantaggi ed i sacrifici per le parti contrattuali, la fissazione di misure retributive, in assenza di circostanze anomale se non di patologie non è un correttivo, ma una restrizione degli spazi di autonomia.

La scelta normativa non è incomprensibile. Si vogliono evitare distorsioni delle relazioni lavorative sia nel senso di abusi della disponibilità offerta dai collaboratori sia, all'opposto, propensioni a creare zone di privilegio.

Alle disposizioni dedicate al rapporto di lavoro retribuito si accompagnano, se non in contrapposizione, quelle concernenti i volontari, ovvero coloro che prestano collaborazione presso gli enti del Terzo settore senza ricevere corrispettivo.

9.2. Il volontariato

Il Cts promuove il volontariato (art. 19 Cts e

Art. 61 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Possono essere accreditati come centri di servizio per il volontariato, di seguito CSV, gli enti costituiti in forma di associazione riconosciuta del Terzo settore da organizzazioni di volontariato e da altri enti del Terzo settore, esclusi quelli costituiti in una delle forme del libro V del codice civile).

e non soltanto negli enti che si qualificano per l'apporto proveniente dai volontari (art. 32 Cts). Volontariato e Terzo settore hanno storie contigue e intrecciate, nello svolgersi di iniziative ed attività di prestazioni che lo Stato o in generale le Amministrazioni pubbliche non sono in grado di eseguire o di eseguire in misura adeguata rispetto alle esigenze della collettività. Il volontario è emblema dello spirito civico solidaristico e di utilità sociale, esattamente gli scopi ai quali debbono essere finalizzati gli enti del Terzo settore. Il volontariato geneticamente si collo-

ca lateralmente alle istituzioni e in qualche misura si sottrae al sistema regolatorio canonico, per seguire regole proprie di autogoverno in armonia, ma non necessariamente allineandosi al sistema ordinamentale. In qualche misura il volontariato occupa degli spazi lasciati vuoti dall'assetto istituzionale. Questa forma di occupazione può essere preservata, tollerata o anche osteggiata.

Le organizzazioni di volontariato segnano una presa d'atto da parte dell'ordinamento nazionale di un fenomeno socialmente ormai radicatosi e di fronte al quale si ritenne di manifestare assenso aprendo a soluzioni normative che la disciplina non conteneva. Si richiama significativamente il disposto dell'art. 2 della L. n. 266/1991 e quindi l'alleggerimento dei controlli della Amministrazione sulle organizzazioni di volontariato. La denominazione "organizzazioni" manifestava opportunamente lo svincolo dal duopolio associazione/fondazione, segnalando così un certo disallineamento della figura rispetto all'ordito del codice civile. Ora, pur nella conservazione della nomenclatura, si è compiuta versione verso il modello associativo. Con il Cts il volontariato ha ulteriormente perduto quel connotato di entità non normata o almeno poco normata, divenendo componente naturale degli enti del Terzo settore. La disciplina introdotta con il Cts pone degli interrogativi sull'inquadramento dei rapporti nei quali è parte, anche mediata, un volontario.

Anche nelle OdV la posizione del volontario può essere indipendente dall'adesione all'ente (art. 32 co. 1 Cts). Infatti se le associazioni di volontariato, per iscriversi alla categoria, debbono contemplare fra gli associati un numero prevalente di volontari, la presenza di volontari non associati non è una anomalia, sia per lo svolgimento delle prestazioni con le quali l'ente espleta le proprie attività sia per il compimento di prestazioni occasionali, correlate con lo svolgimento delle attività secondarie. Presso gli enti del Terzo settore diversi dalle OdV, il volontario non ha condizione tipica di associato, anche perché la struttura organizzativa non ne contempla la partecipazione qualificata. L'art. 17 co. 2 Cts così definisce il volontario:

Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà.

Il ritratto proposto indica una persona fisica – l'attributo è sottointeso – che liberamente e spontaneamente si dedica agli altri anche per il tramite di un ente del Terzo settore. Nel co. 1 della stessa disposizione si enuncia la facoltà attribuita agli enti del Terzo settore di avvalersi di volontari.

Il volontario che non agisca in solitario, se, per realizzare i suoi intendimenti, si inserisce nell'organizzazione di un ente, dovrà accettare delle regole ovvero le linee comportamentali che l'ente abbia adottato e le modalità con cui espleta le proprie prestazioni. Libertà e spontaneità connotano la determinazione di agire come volontario. La posizione di volontario non esonera dall'osservanza di una disciplina, dal rispetto di un mansionario conforme anche con le proprie competenze, altresì acquisite con la formazione che lo stesso ente di riferimento può richiedere. Insomma il volontario svolge la propria attività senza vincolo di subordinazione, ma non in autonomia. La sua collaborazione è libera e spontanea. Conseguentemente ad essa può porsi fine senza fornire motivazione alcuna, ma il recesso del volontario non senza un preavviso può creare disagi all'organizzazione operativa dell'ente, cosicché non appare incompatibile con la condizione di volontario la adozione di un protocollo nel quale siano stabiliti pure gli impegni del volontario a protezione delle funzionalità dell'ente. Del resto la stessa prescrizione della tenuta del Registro dei volontari presuppone una qualche stabilità del volontario presso l'ente (art. 17 co. 1 Cts).

Il co. 1 dell'art. 17 Cts proietta immagine dei volontari come componente dell'organizzazione dell'ente. L'oggetto della collaborazione prestata dal volontario a parità di competenze può essere simmetrico a quello dei rapporti di collaborazione retribuiti. La assenza di una remunerazione del lavoro volontario,

fatto salvo il rimborso delle spese nei limiti inderogabili fissati legislativamente (art. 17 co. 4 Cts), costituisce un caso eccezionale nel contesto dell'ordinamento. La protezione che la garanzia assicurativa offre al volontario rispetto ai rischi ai quali il volontario si espone nello svolgimento delle sue prestazioni è strumento di salvaguardia

Art. 18 D.lgs. 3 luglio 2017 n. 117

1. Gli enti del Terzo settore che si avvalgono di volontari devono assicurarli contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi.
2. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, da emanarsi di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente Codice, sono individuati meccanismi assicurativi semplificati, con polizze anche numeriche, e sono disciplinati i relativi controlli.
3. La copertura assicurativa è elemento essenziale delle convenzioni tra gli enti del Terzo settore e le amministrazioni pubbliche, e i relativi oneri sono a carico dell'amministrazione pubblica con la quale viene stipulata la convenzione.

di fronte a infortuni e malattie dipendenti dalle prestazioni svolte dal volontario in tale posizione. L'infortunio che il volontario può subire deve trovare luogo nell'ambito dell'attività prestata e nel suo perimetro. Questo perimetro non coincide con il luogo di lavoro. Il tragitto necessariamente compiuto dal volontario potrebbe essere ricompreso⁴. Più complicata è la inclusione nella nozione di luogo di lavoro di spazi riferibili a terzi, ma nei quali un ente del Terzo settore possa svolgere, avvalendosi pure di personale volontario, le attività istituzionali. Il luogo in cui si verifica l'infortunio potrebbe anche rientrare fra quelli ricompresi nell'oggetto di altra copertura assicurativa accesa dal terzo. Questo può accadere, come può accadere che il volontario svolga sue prestazioni presso privati, nel loro domicilio, le cui

⁴ Cass., 18 maggio 2012, n. 7970.

insidie (prive di protezioni assicurative) siano la causa dell'infortunio.

Sono queste ipotesi esemplificative di una casistica che potrebbe essere ampia e varia. La copertura assicurativa dovuta per il volontario non potrebbe essere disattenta alle specifiche realtà, sulla scorta di standardizzazioni appiattite su rischi non personalizzati.

Le polizze infortuni indennizzano l'assicurato rispetto al danno emergente⁵, una riparazione che potrebbe rivelarsi inidonea alla effettiva reintegrazione del danneggiato.

La copertura assicurativa deve contemplare anche il danno per fatto di responsabilità civile. La prescrizione si spiega in considerazione del fatto che gli enti del Terzo settore non sono obbligati, se non nel caso in cui l'ente sia esercente attività sanitaria⁶, a stipulare polizza r.c.

Il volontario che cagionasse danni a terzi sarebbe tutelato dall'ombrello assicurativo per lo meno nei termini consentiti dal disposto dell'art. 1229 c.c.

La precisazione normativa avrebbe il senso di non ritenere scontato che l'ente risponda verso i terzi, alternativamente sulla base degli artt. 1228 o 2049 c.c.

Sia che l'ente si ponga verso i terzi come prestatore di un dare o di un fare sia che eventuali sue responsabilità non trovino fonte diversa dall'illecito extra-contrattuale, il volontario non sarebbe qualificabile come un sottoposto dell'ente, ancorché suo ausiliario, sicché i danni cagionati a terzi da fatto ascrivibile al volontario non potrebbero ricadere sull'ente per mancanza di una relazione giuridica fra il volontario e l'ente. La copertura assicurativa di responsabilità civile darebbe modo di consentire che il terzo ottenga ristoro.

Le operatività dell'ente del Terzo settore mediante l'apporto dei volontari è situazione tipica ed anzi favorita, come detto, dallo stesso legislatore. La figura del rapporto di fatto non offre

⁵ Cass., 7 dicembre 2020, n. 27954.

⁶ Art. 12 Legge n. 24/2017.

ausili, perché fra il volontario e l'ente non si instaurerebbe una relazione in assenza di titolo o fondata su di un titolo invalido. Descrittivamente il volontario, seguendo la definizione data dal Cts, non si adopererebbe per soddisfare interessi dell'ente, bensì proprie propensioni altruistiche. Né queste propensioni implicherebbero la assunzione di obbligazioni verso i beneficiari delle attività dell'ente. Il beneficiario delle prestazioni eseguite dal volontario non è suo creditore. Gli adempimenti del volontario avrebbero il loro fondamento giuridico nell'assolvimento di un dovere morale. Sebbene le obbligazioni naturali possano tradursi in obbligazioni civili⁷, la decontrattualità dei rapporti in cui agisce il volontario fa escludere l'ipotesi.

L'obbligo assicurativo stabilito nell'art. 18 Cts è soluzione pratica; l'obbligo grava sull'ente che riveste la posizione di contraente. Il volontario è l'assicurato. La stipulazione del contratto assicurativo è adempimento di un obbligo di legge. Lo sfondo di questo disegno dovrebbe essere comunque decriptato, perché non è da escludere che sorgano situazioni per le quali lo strumento assicurativo si riveli insufficiente a fornire rimedi, e non solo per le condizioni di polizza. Non si può dubitare che il disposto dell'art. 2043 c.c. sia norma capiente a cospetto di un danno ingiusto. La clausola generale della responsabilità civile tuttavia può apparire opaca rispetto al peso assegnato al volontariato nel Terzo settore. Contatto sociale ed obblighi di protezione, che dal principio di solidarietà traggono pure supporti⁸, potrebbero ritenersi figure alle quali rivolgersi là dove le relazioni sono permeate da quel principio. Il terzo che subisse un danno per attività eseguite dal volontario inserito in un Ets troverebbe tendenzialmente protezione. Sul versante della relazione dell'ente col volontario si potrebbero profilare questioni legate all'utilizzo del volontario. Questa situazione non muterebbe gl'interessi dei terzi e la loro protezione, anche perché per l'Ente si

⁷ Cass., 5 maggio 1962, n. 888.

⁸ C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Ius*, 1976, p. 143.

dovrebbe comunque dare rilievo al principio di autoresponsabilità. Più complessa è la questione di eventuali pregiudizi che l'ente potrebbe lamentare nei confronti del volontario. I casi più estremi troverebbero comunque un riferimento nella norma generale dell'art. 2043 c.c. Al di fuori di queste ipotesi tornerebbe il concetto di rischio in capo all'ente, quale responsabile finale.

9.3. Convenzioni e sovvenzioni. Gratuità solidale?

Agli enti del Terzo settore è riservata una specifica interlocuzione con lo Stato e altri enti pubblici in ragione della loro cooperazione nello svolgimento di servizi e prestazioni che sono erogate in particolare nell'assistenza e nella cura delle persone soprattutto più fragili e/o con scarse disponibilità economiche. È questo un settore nel quale le vocazioni filantropiche dei privati si sono manifestate al di là dello spirito caritatevole cristiano come presenze laiche egualmente animate da intenti altruistici secondo un'etica sociale venutasi a consolidare dall'età dei lumi con alterne considerazioni da parte dello Stato, ora assecondante ora preoccupato di apparire come incapace di soddisfare i bisogni dei cittadini.

Con il varo del Cts peraltro in un solco già esistente e non flebile si è ulteriormente voluta sottolineare non solo una sicura apertura alla collaborazione fra Stato, Amministrazione pubblica e realtà private, ma pure la indispensabilità di questa cooperazione per l'efficienza del sistema dell'assistenza nelle prospettive delineate nel 2000⁹.

In questa cornice si collocano le forme con cui la cooperazione si realizza. Un primo strumento è fornito dall'accreditamento (art. 11 L. n. 328/2000). Poiché l'erogazione delle prestazioni socio-assistenziali deve soddisfare requisiti di adeguatezza per stabilirne l'omogeneità, lo Stato o gli altri enti competenti

⁹L. 8 novembre 2000, n. 328.

debbono valutare la idoneità dei soggetti che svolgono attività simmetriche a quelle delle realtà pubbliche. Occorre una verifica di adeguatezza che, se positiva, consenta l'inserimento del soggetto privato fra quelli che integrano il sistema pubblico. L'accreditamento è una forma di garanzia per il destinatario della prestazione.

L'accreditamento può costituire presupposto necessario per pervenire alla definizione dei rapporti fra il soggetto privato e le istituzioni pubbliche, ovvero al convenzionamento del soggetto privato con lo Stato, le regioni e altri enti pubblici. Il convenzionamento riporta a rapporti di indole negoziale che si possono instaurare fra due o più soggetti giuridici. La natura pubblica di una delle parti della convenzione rileva sulle modalità di scelta della controparte.

Art. 55 co. 1 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

Lo stesso contenuto della convenzione, ove conclusa, deve conformarsi a condizioni che attuano il canone dell'equivalenza fra gli oneri che l'ente pubblico sopporterebbe se svolgesse in proprio, direttamente l'attività affidata in convenzione, e quelli da cui è gravato di fronte al convenzionato.

Che l'adozione di un sistema convenzionato per lo svolgimento di prestazioni o di attività socialmente utili non debba generare a carico dell'Amministrazione carichi di spesa superiori a

quelli che si affronterebbero con gestione diretta, è conseguenziale alle regole di corretta gestione della cosa pubblica. Inoltre la materia si deve conservare al di fuori delle logiche della lucratività. O meglio della commercialità, intesa come sinonimo di remunerazioni corrispettive eccedenti i costi di produzione o di esecuzione.

Si coglie peraltro nelle stesse norme del titolo VII Cts che le organizzazioni di volontariato o lo stesso svolgimento delle prestazioni convenzionate con il supporto di personale volontario costituiscono una economia dei costi delle erogazioni. Il volontariato è incentivato anche con sostegni economici ed agevolazioni nell'accesso al credito e ai piani di politiche sociali non soltanto sul versante nazionale, ma pure dell'Unione Europea.

Art. 69 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Lo Stato, le Regioni e le Province autonome promuovono le opportune iniziative per favorire l'accesso degli enti del Terzo settore ai finanziamenti del Fondo sociale europeo e ad altri finanziamenti europei per progetti finalizzati al raggiungimento degli obiettivi istituzionali.

Per tutti gli enti del Terzo settore sono poi previsti interventi che ne facilitino una gestione equilibrata se non addirittura profittevole ed espansiva. Il capo III del titolo VIII Cts elenca varie misure di facilitazione: dall'attribuzione del titolo di privilegio ai crediti maturati dagli enti convenzionati alla fruizione di immobili adibiti allo svolgimento delle attività istituzionali. L'art. 68 Cts ha stabilito:

Art. 68 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

1. I crediti delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale, inerenti allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, hanno privilegio generale sui beni mobili del debitore ai sensi dell'articolo 2751-bis del codice civile.

2. I crediti di cui al comma 1 sono collocati, nell'ordine dei privilegi, subito dopo i crediti di cui alla lettera c) del secondo comma dell'articolo 2777 del codice civile.

La natura privilegiata del credito ha base o nella volontà del legislatore di offrire al creditore una posizione più tutelata nel concorso con altri creditori o nella esigenza di salvaguardia, collegata alla stessa fonte del diritto, di ragioni pure di indole pubblicistica¹⁰, di cui si ha eco proprio nei rapporti convenzionati.

Inoltre agli enti del Terzo settore si vuole dare agevolazione all'accesso nei luoghi nei quali essi hanno sede o svolgono le loro attività istituzionali. Con l'eccezione dei locali con destinazione produttiva, da un lato questi locali sono fruibili dall'ente senza vincolo di corrispondenza con la loro destinazione, dall'altro lo Stato ed altri enti pubblici territoriali possono concedere in comodato gli immobili di loro proprietà.

Art. 71 co. 2 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

Lo Stato, le Regioni e Province autonome e gli Enti locali possono concedere in comodato beni mobili ed immobili di loro proprietà, non utilizzati per fini istituzionali, agli enti del Terzo settore, ad eccezione delle imprese sociali, per lo svolgimento delle loro attività istituzionali. La cessione in comodato ha una durata massima di trent'anni, nel corso dei quali l'ente concessionario ha l'onere di effettuare sull'immobile, a proprie cura e spese, gli interventi di manutenzione e gli altri interventi necessari a mantenere la funzionalità dell'immobile.

La durata trentennale evoca quella massima stabilita per la durata del diritto di usufrutto costituito a favore di persone giuridiche (art. 979 co. 2 c.c.). Il godimento spettante al comodatario resta situazione soggettiva di natura personale e non reale, con la conservazione della titolarità pubblica e al tempo stesso l'utilizzo per finalità socialmente utili. L'ente comodatario è onerato dei costi di manutenzione ordinaria e comunque necessari per mantenere la funzionalità d'uso del bene. Il comodato è compatibile con l'assunzione da parte del comodatario di oneri

¹⁰R. Perchinunno, *Funzione creditizia e fine convenzionale*, Napoli-Roma, 2008.

di manutenzione¹¹. La formula utilizzata può intendersi nel senso che le migliorie sono opere non escluse¹². Il riferimento alle funzionalità del bene non potrebbe non ricomprendere gli interventi che si richiedono agli immobili ai quali deve accedere il pubblico¹³. Il senso sostanziale della norma resta quello della necessità degli eventuali interventi per l'uso al quale viene destinato il bene e dunque per gli interessi dell'ente comodatario, anziché per il comodante che dalla concessione in comodato non dovrebbe trarre vantaggi. Anche questo criterio ermeneutico dovrebbe valere con riferimento ai beni di interesse culturale.

Art. 71 co. 3 D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117

I beni culturali immobili di proprietà dello Stato, delle regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici, per l'uso dei quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro, possono essere dati in concessione a enti del terzo settore, che svolgono le attività indicate all'articolo 5, comma 1, lettere f), i), k), o z) con pagamento di un canone agevolato, determinato dalle amministrazioni interessate, ai fini della riqualificazione e riconversione dei medesimi beni tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione a spese del concessionario, anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso finalizzate allo svolgimento delle attività indicate, ferme restando le disposizioni contenute nel decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. La concessione d'uso è finalizzata alla realizzazione di un progetto di gestione del bene che ne assicuri la corretta conservazione, nonché l'apertura alla pubblica fruizione e la migliore valorizzazione. Dal canone di concessione vengono detratte le spese sostenute dal concessionario per gli interventi indicati nel primo periodo entro il limite massimo del canone stesso.

L'individuazione del concessionario avviene mediante le procedure semplificate di cui all'articolo 151, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Le concessioni di cui al presente comma sono assegnate per un periodo di tempo commisurato al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e comunque non eccedente i 50 anni.

¹¹ Cass., 14 giugno 2018, n. 15699.

¹² Cass., 30 giugno 2015, n. 13339.

¹³ L. 9 gennaio 1989, n. 13.

Qui peraltro non si ricorre al comodato, ma allo strumento della concessione che sposta il fattore dell'interesse sul concessionario che ottiene un bene strumentale all'espletamento delle sue attività naturalmente ricomprese fra quelle di interesse generale.

Il disegno dei rapporti degli enti del Terzo settore con gli enti pubblici e del quale si sono ripresi alcuni tratti è rappresentativo non soltanto di un *favor* per le attività alle quali attendono gli enti del Terzo settore, ma pure di forme di sostituzione dell'azione pubblica. Si compie cioè una sorta di trasferimento o forse di trasposizione di funzioni che non si esaurisce nelle relazioni enti del Terzo settore/istituzioni pubbliche. Questi rapporti risultano improntati, come osservato, ad un certo equilibrio dello scambio, perché la Amministrazione pubblica non può sopportare per l'intervento degli enti del Terzo settore esborsi o oneri maggiori di quelli che affronterebbe agendo direttamente. Dal lato degli enti del Terzo settore porsi a supporto delle pubbliche istituzioni vale non soltanto ad una loro qualifica, ma pure a collocarli fra gli erogatori di prestazioni che non soffrono del rischio della non remunerazione.

Almeno per la misura del costo, gli utenti delle prestazioni erogate dagli enti del Terzo settore sono tendenzialmente esentati da obblighi di corrispettivi. Qualora si avesse un sinallagma secondo valori remunerativi, si valicherebbe l'area del Terzo settore per un ingresso nel mercato. Più che rispetto all'elemento del lucro – che afferisce nel disposto dell'art. 4 Cts al solo lucro soggettivo – sono gli scopi solidaristici civici e sociali che non permetterebbero agli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali, di seguire i modelli mercantili. La gratuità delle prestazioni svolte a favore dei relativi beneficiari non fa scalare quelle prestazioni ad atti gratuiti, se altri e in particolare l'istituzione pubblica ne sostiene il costo. Qualora manchi questo supporto, si agisce al di fuori delle doverosità impegnative, perché mancherebbe il titolare di un diritto che ne possa pretendere soddisfazione. Diversa è la situazione se la prestazione sia dovuta in forza di obblighi assunti nei riguardi non del destinatario,

ma di una istituzione pubblica. Che sia consentito svolgere prestazioni a favore di soggetti terzi diversi dal *partner* negoziale è evenienza riposta nella disciplina del contratto a favore di terzi. La figura considerata speciale a cospetto del principio di relatività degli effetti del contratto, non costituisce una eccezione isolata nel quadro normativo. Gli elementi necessari per riportare all'art. 1411 c.c. una relazione negoziale non sono singolari se rispetto alla stessa definizione generale di contratto (art. 1321 c.c.) il terzo non è parte del rapporto contrattuale. Il terzo non deve essere necessariamente individuato al momento della conclusione dell'accordo contrattuale. Si applica la regola di determinabilità (art. 1346 c.c.)¹⁴.

I beneficiari dei servizi resi in regime di convenzione da enti del Terzo settore sono soggetti determinabili proprio perché identificabili nella platea di coloro che hanno diritto a ricevere senza oneri o con oneri minimi le prestazioni che lo Stato o gli enti territoriali debbono assicurare ai consociati.

La struttura negoziale delineata dall'art. 1411 c.c. vuole che il terzo assuma soltanto posizione di titolare di diritti e possa lamentare eventuali inadempienze del promittente. Questa posizione, seguendo lo schema prospettato, compete all'ente convenzionato e sullo stesso ricadranno le responsabilità correlate. È la stessa disciplina a deporre in tal senso.

Legittimato a contestare carenze della condizione di avente diritto alla prestazione è invece l'ente convenzionante o concedente. Così, nel caso in cui il beneficiario della prestazione risultasse in tutto o in parte privo dei requisiti per fruirne. La ripetizione spetta al soggetto, ovvero l'ente convenzionante, in quanto le conseguenze negative di altrui indebiti vantaggi debbono essere appianate o mitigate a favore di chi le ha subite¹⁵.

La ricostruzione delle relazioni che si determinano nell'ambito delle operatività degli enti del Terzo settore, in particolare là dove esse si intersecano con funzioni che competono comun-

¹⁴ Cass., 9 luglio 1997, n. 6206.

¹⁵ Cass., 23 maggio 2014, n. 11489.

que alle istituzioni pubbliche di uno stato sociale, mette a tema la questione della gratuità relativa o asimmetrica. Il contratto a favore di terzo infatti prevede una gratuità solo rispetto al terzo, mentre i contraenti definiscono un rapporto oneroso, senza corrispettività diretta e perciò sottoposto ad un giudizio che può andare al di là dell'equilibrio economico. Gli interessi che si confrontano vanno oltre quelli delle singole parti coinvolte, per includere l'attuazione di vantaggi diffusi alla collettività. Alla solidarietà invero si fa ricorso per proclamare canoni di equità da cui non potrebbero andare esenti le relazioni negoziali individuali. La solidarietà è principio più ampio dell'equità degli scambi e che non si misura nella corrispondenza dei soli valori monetari e mercantili. La solidarietà fondamentale del programma costituzionale si valuta con indici di risultato utili per la collettività. I rapporti che si instaurano nel Terzo settore seguono necessariamente la realizzazione della solidarietà nel suo significato più genuino, in cui possono confluire utilità ulteriori, che si calcolano con metro più elastico di quello che misura la gratuità o l'onerosità dei rapporti di singoli individui o soggetti.

9.4. Dal fedecommesso al dopo di noi

Nella disciplina delle successioni il codice civile contempla, quale possibile contenuto delle disposizioni testamentarie, quelle a favore dei poveri (art. 630 c.c.). La volontà del testatore è assecondata anche nelle sue manifestazioni meno nitide circa la delazione successoria, nella determinazione di un lascito a chi versi in condizione di bisogno¹⁶. La decisione del legislatore di indicare nell'ente comunale di appartenenza del *de cuius* il soggetto a cui attribuire il lascito sulla base di una ricostruzione presuntiva delle intenzioni del disponente, mantenendo ferma la regola della determinatezza del chiamato, non sembra consentire

¹⁶ Cass., 21 febbraio 2007, n. 4022.

che, anziché l'ente comunale, venga chiamato a succedere un ente diverso e non individuato dal testatore¹⁷. Affinché un ente del Terzo settore possa concorrere in una successione, occorre una designazione a suo favore. L'acquisto della attribuzione, se a titolo universale, resta subordinato alla accettazione secondo le modalità di legge (art. 473 c.c.).

Con la novellazione del codice civile intervenuta in materia di diritto di famiglia e per quanto di riflesso del diritto delle successioni è stata marginalmente, ma con significato non modesto, innovato l'istituto del fedecommesso. Nella tradizione ne è rimasto l'interdetto per rispettare la libertà nelle disposizioni di ultima volontà ed escludere delazioni non direttamente riconducibili all'atto testamentario¹⁸. Il divieto viene derogato per ammettere spazio a determinazioni del testatore volte a proteggere persone incapaci e che necessitano di cure. La deroga ha un ambito di applicazione soggettivamente circoscritto.

Art. 692 c.c.

Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto [414 ss. c.c.] possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima [536 ss. c.c.], a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La nuova disposizione fu accolta come uno strumento pietoso¹⁹ che permette di offrire a chi si occupa dell'incapace chiamato a succedere un ritorno patrimoniale. Il Terzo settore nel 1975, data di nascita della disposizione, non apparteneva agli orizzonti del legislatore. Certamente non mancavano gli enti de-

¹⁷ Cass., 6 agosto 2003, n. 11844.

¹⁸ C.M. Bianca, *Diritto Civile, II*, Milano, 2004, p. 811.

¹⁹ M. Talamanca, *Aggiornamento sulla base della riforma del diritto di famiglia*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 70.

dicati alla assistenza di persone bisognose di accudimento, pur se non prive di risorse economiche. Il discorso normativo peraltro si riferisce alla impostazione codicistica secondo cui giuridicamente le disabilità sono soltanto quelle intellettive incidenti sulla capacità di intendere e di volere.

Le finalità alle quali mira il disposto dell'art. 692 c.c. sono immediatamente intellegibili. La cerchia familiare nel suo significato non troppo esteso e soprattutto determinante rispetto alla previsione di diritti di riserva è il quadro nel quale si inserisce la eventuale disposizione fedecommissaria.

Osservata dal punto di vista del Terzo settore e degli enti che lì si collocano, l'istituto che pure coinvolge, anche se in modo non esclusivo, proprio gli enti che svolgono, come più volte osservato, attività di tipo assistenziale, la presa in carico di un incapace in base ad una determinazione testamentaria *ex art. 692 c.c.* solleva qualche interrogativo. L'attribuzione di valori mobiliari o immobiliari per disposizione testamentaria rientra fra le modalità con le quali si può incrementare il patrimonio degli Ets. Non vi è dubbio che nella accezione più immediata di questo tipo d'attribuzione beneficia il destinatario. Diversa è la situazione, se l'attribuzione è in qualche modo subordinata, anche se non direttamente incidente sulla efficacia del lascito, al compimento di attività o prestazioni che vincolano il chiamato. La presenza di un onere stabilito dal disponente a carico del destinatario della attribuzione quando questa sopravanzi, per valore, il peso economico dell'onere, fa sì che il vantaggio conseguito dal beneficiario permanga²⁰. Nel caso di donazione modale si ritiene che, ove il saldo fra il valore della munificenza ed il costo dell'attuazione dell'onere sia positivo, non verrebbe meno la qualificazione come donazione dell'atto²¹. Il significato che l'onere assume nell'ambito della donazione tuttavia è stato considerato più criticamente e come segno di una determinazione

²⁰ B. Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 650 ss.; A. Torrente, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 511.

²¹ Cass., 7 aprile 2015, n. 6925.

che può perdere il connotato stesso della liberalità²². Nel caso di disposizione testamentaria modale mancano gli elementi del contratto e conseguentemente i presupposti per ragionare in termini di corrispettività o meno della dinamica attributiva, anche al di fuori dell'ipotesi regolata nell'art. 648 c.c. Anche in questa ipotesi permane una doverosità comportamentale²³ del beneficiario del lascito nei confronti di coloro che risultano interessati all'attuazione del *modus*. Dunque, al di là delle convenienze economiche di un lascito testamentario gravato da onere e della opportunità perciò di accettare o di non rifiutare l'attribuzione – argomento che si propone quale che sia il beneficiario –, quando l'acquisto per causa di morte involva un ente del Terzo settore, la necessità di adempiere prestazioni a favore di soggetti in attuazione dell'onere potrebbe rivelarsi non compatibile con gli scopi richiesti dall'art. 4 co. 1 Cts, pur risultando quell'adempimento coerente con l'attività dell'ente beneficiario.

La riflessione può considerarsi bizantina, se si faccia prevalere, nel considerare il caso, il criterio del peso dell'onere sul valore del lascito, per concludere che qualora esso risulti comunque utile, l'ente non potrebbe perdere una risorsa che rafforza il suo patrimonio.

Rispetto all'ipotesi di attribuzione modale testamentaria, quella dipendente da sostituzione fedecommissaria può configurare evenienza che non turba la posizione istituzionale dell'ente del Terzo settore che abbia provveduto proprio per le sue finalità ad occuparsi dell'incapace. Quanto gli dovesse pervenire in ragione della sostituzione non si porrebbe in contrasto con le funzioni demandate agli enti del Terzo settore che, pur partecipando al disegno solidaristico per la collettività dei consociati, non sarebbero estromessi dalle relazioni private e che pertanto non dovrebbero subire svantaggi rispetto ad omologhi enti non iscritti nel Registro unico.

²² U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 44.

²³ T. Orvieto, 11 febbraio 1998, in *onelegale.it*.

Prima che si approntasse il programma di riassetto del Terzo settore è stata promulgata la legge²⁴ con cui si è intesa offrire risposta all'esigenza di assicurare assistenza ai portatori di disabilità gravi al venire meno delle persone che se ne fanno carico. La legge si avvale di strumenti giuridici che hanno trovato ospitalità nell'ordinamento, nel processo di superamento di alcuni dogmi o forse meglio preconetti della normativa nazionale. All'art. 1 della menzionata legge si indicano le figure del *trust*, degli affidamenti fiduciari e dei vincoli di destinazione di cui si legge nell'art. 2645 *ter* c.c., quali strumenti per attuare gl'intenti contemplati dalla c.d. legge "Dopo di noi".

Si tratta di istituti che hanno in comune, con estrema semplificazione, situazioni di appartenenza patrimoniale, dove si ha una divaricazione fra titolarità e interesse rispetto alla situazione di diritto.

La legge ha premesse autonome e diverse da quelle sulle quali si basa la sostituzione fedecommissaria. Il fattore della incapacità rientra nei presupposti di applicazione della normativa in quanto dia luogo a disabilità gravi²⁵. Queste ricomprendono *deficit* pure fisici che possono anche non alterare le condizioni intellettive della persona. Nella legge non si hanno riferimenti a rapporti di coniugio o parentali, probabile riflesso del superamento del primato della famiglia fondata sul matrimonio quale luogo esclusivo di significanze giuridiche dei rapporti affettivi.

Le disponibilità dell'ordinamento verso le soluzioni profilate nella legge si manifestano nella previsione di agevolazioni fiscali (art. 6 L. n. 112/2016).

La agevolazione tributaria è subordinata a specifiche condizioni del contenuto dell'atto.

Rispetto alla regolamentazione del Terzo settore e degli enti che vi partecipano, gli strumenti negoziali contemplati nella legge non mostrano conflittualità, almeno nel riferimento ai vincoli di destinazione. Anzi, questa figura si delinea come una sor-

²⁴L. 22 giugno 2016, n. 112.

²⁵Art. 3 L. 5 febbraio 1992, n. 104.

ta di limitazione alle disponibilità ed alla fruizione dei beni vincolati ed ai quali viene impressa una segregazione senza effetti traslativi, affinché quei cespiti consentano le risorse occorrenti per sostenere i bisogni del portatore delle gravi disabilità.

Quanto al *trust*, ormai ritenuto come istituto ammesso dall'ordinamento nazionale pure nella forma del c.d. *trust* interno²⁶, le sue duttilità si pongono al servizio di plurime finalità fra le quali pure quelle benefiche o assistenziali. Molto semplificativamente i beni conferiti in *trust* sono sottoposti alla gestione demandata al *trustee*, il quale deve attenersi alle disposizioni del conferente o del *protector* se nominato. Anche nel *trust* si compie una segregazione patrimoniale con una disgiunzione fra titolarità formale e interesse sottostante²⁷. Questo appartiene o è riferibile al conferente che rimane autore diretto, segnatamente delle disposizioni che pervengono al beneficiario finale, se vale la costruzione che a osserva l'attribuzione che perviene al beneficiario finale come proveniente dal conferente²⁸. In questo schema le esigenze di garantire mezzi di sostegno a portatori di gravi invalidità si soddisfa agevolmente con l'opera del *trustee*. Il beneficiario finale può anche indicarsi in ente pure appartenente al Terzo settore e che si individui in ragione delle sue attività istituzionali come realtà contigua alle stesse necessità del portatore della disabilità. In ultima analisi il beneficiario finale non si distinguerebbe da un donatario puro e come tale abilitato a ricevere un vantaggio economico patrimoniale in linea con le capacità acquisitive consentite ai soggetti giuridici non esclusi da tale legittimazione, un limite che non si rinviene negli enti del Terzo settore.

Più incerto è lo strumento dell'affidamento fiduciario pure contemplato, come ricordato, nel co. 3 dell'art. 1 della L. n. 112/2016.

²⁶ Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614.

²⁷ M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 83 ss.

²⁸ Cass., 9 settembre 2019, n. 22457; Cass., 10 dicembre 2020, n. 28196.

Gli affidamenti fiduciari²⁹ non sono figure che hanno nell'ordinamento una regolamentazione specifica, sebbene situazioni giuridiche in cui si realizzano attività gestorie di altrui interessi o diritti trovino esplicite presenze nella normativa positiva (art. 1703 c.c.). La fiducia quale fattore causale dell'attribuzione patrimoniale ha origini antiche alle quali l'ordinamento non ha mancato di dare seguito anche attraverso le espansioni dell'autonomia riconosciuta ai privati. Dal contenuto dell'art. 6 co. 3 lett. h) della L. n. 112/2016, si percepisce che il contratto di affidamento fiduciario è stato considerato come un negozio nel quale si attua una intestazione patrimoniale funzionale all'amministrazione di valori, per assicurare mezzi occorrenti alla cura di disabili gravi. Del resto la *ratio* della disciplina dell'intero provvedimento normativo, anche là dove si fa menzione di strumenti assicurativi come del fondo sociale, è assolutamente univoca. A differenza del *trust* e del vincolo di destinazione ex art. 2643 *ter* c.c., il contratto di affidamento fiduciario non ha regolamentazione alla quale le prescrizioni contenute nella L. n. 112/2016 si aggiungerebbero come regole integrative non disponibili. La fisionomia degli affidamenti fiduciari per quanto finalizzati alla protezione dei disabili gravi riceverebbe disciplina soltanto nella legge e per quanto lì non previsto interverrebbe la convenzionale determinazione. La agevolazione fiscale sul piano pratico risolve problemi inerenti il costo dei trasferimenti patrimoniali. Sul piano sostanziale però resta aperto il problema della riferibilità diretta al disponente della attribuzione del patrimonio residuo. L'assegnazione costituirebbe l'ultimo atto della esecuzione dell'affidamento fiduciario. A questa conclusione sembra logico pervenire alla luce del complessivo tenore normativo ovvero dello scopo della normativa. Tuttavia resta da stabi-

²⁹ In argomento: A. Barba, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, pp. 1-42; F. Alcaro, *Programma e attività nell'affidamento fiduciario e nel trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2021, pp. 5-9; M.C. Andrini, *Le situazioni affidanti e la c.d. legge "Dopo di noi" (L. 112/2016). Parte Seconda: i vincoli di destinazione ed il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1020-1037.

lire se anche l'attribuzione del patrimonio residuo sia retta da una *causa fiduciae* apprezzata come meritevole dalla stessa legge o si configuri come una dazione liberale per il designato all'attribuzione del patrimonio residuo. Si propende per la prima delle due ipotizzate soluzioni, in ragione della prescrizione normativa che inserisce nel contenuto necessario degli atti elencati pure la determinazione della attribuzione del patrimonio residuo. In questa prospettiva l'inclusione di un ente del Terzo settore fra i possibili assegnatari del patrimonio residuo della gestione fiduciaria appare una evenienza naturale se tali enti si pongono ora nel medesimo ruolo delle Onlus (ancorché limitate nel testo originario della legge del 2016 ai soli enti personificati), secondo il disposto della legge. Non diversamente da quanto osservato con riferimento al *trust*, il patrimonio residuo si allocherebbe presso il soggetto che istituzionalmente sarà stato un riferimento nell'accudimento del disabile, sulla premessa che le prestazioni erogate non si svolgano con modalità qualificabili come commerciali.

Il coinvolgimento degli enti del Terzo settore negli atti e nei negozi che secondo tradizione possono apportare a questi enti risorse economiche è un dato certo, se lo spirito che permea la materia è un rafforzamento di un'area in cui la gestione e la protezione di coloro che sono privi delle capacità occorrenti per provvedere alle proprie esigenze si pone nell'assetto della collettività come momento di sviluppo e progresso sociale. I canali di alimentazione del Terzo settore sono vari e di fonti diverse, pubbliche e private. L'art. 2 Cts espressamente menziona il canone del dono per sintetizzare le funzioni che lì si compiono e dove l'equilibrio dei rapporti basato sul computo di benefici e oneri si apprezza non con il parametro della corrispettività, ma di un utile ritorno.

Capitolo 10

Quarto settore?

SOMMARIO: 10.1. Le migliori intenzioni. – 10.2. Solidarietà e funzione pubblica: coesistenza o commistione?

10.1. Le migliori intenzioni

Nel 2020 la Consulta si è espressa sulla censura di illegittimità costituzionale sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con riferimento all'art. 5 co. 1 lett. b) della L. n. 2/2019 della Regione Umbria. La decisione della Corte è stata di rigetto.

Il nodo della questione sottoposta allo scrutinio di costituzionalità sono i rapporti fra legislazione statale e regionale in materia di enti del Terzo settore. Poiché è al sistema ordinamentale della legislazione nazionale che si ascrive la disciplina del Terzo settore e dei suoi enti, la legislazione regionale non potrebbe stabilire regole diverse o ulteriori rispetto a quelle contenute in particolare nel Cts. Qui, all'art. 4 co. 1, sono stati elencati e qualificati giuridicamente, come più volte detto, i soggetti che lo stesso decreto del 2017 ammette al Terzo settore. La legge regionale umbra ha indicato le cooperative di comunità quali enti che utilmente agiscono positivamente sul territorio con vantaggio per la locale popolazione, cosicché le stesse potrebbero includersi fra i soggetti accreditati in ordine alle attività di coprogettazione con l'Amministrazione pubblica, secondo il disposto dell'art. 55 Cts. Secondo gli uffici della Presidenza del Consi-

glio la normativa regionale si porrebbe in contrasto con quella nazionale perché le cooperative di comunità non sono contemplate nell'art. 4 co. 1 Cts e di conseguenza la norma decentrata avrebbe aggiunto una figura ulteriore di ente del Terzo settore, superando il limite stabilito nell'art. 117 Cost. in assenza di ragioni per ricorrere al principio di sussidiarietà.

Per i giudici della Consulta invece l'art. 55 Cts darebbe corpo alla "profonda socialità" della persona umana e la norma costituzionale dell'art. 118 co. IV a sua volta sarebbe protesa alla affermazione del principio che non è soltanto della Amministrazione lo svolgimento di attività di interesse generale. Richiamando poi precedente propria decisione, la n. 185/2018, si ribadisce che il sistema ordinamentale per precipue esigenze di parità di trattamento degli enti del Terzo settore ha rimesso ad organismi centralizzati di sovrintendervi. Il precedente arresto della Consulta vale dunque a confermare, secondo il Giudice Costituzionale, che l'assetto del Terzo settore appartiene alla normativa statale in via esclusiva.

Questo punto fermo che sembrerebbe preludere alla censura di illegittimità costituzionale della norma adottata dalla Regione Umbria non è stata considerata invece barriera per esentarla da tale censura.

Il Cts ha delineato il perimetro del Terzo settore e dei suoi soggetti, definendone le strutture organizzative al co. 1 dell'art. 4 e le specificità degli scopi e delle attività. Questa serie di enti in base all'art. 55 Cts avrebbe ruoli precisi di funzione pubblica, che si concreterebbero nelle relazioni con le istituzioni pubbliche secondo le modalità indicate nell'art. 55 Cts.

La legge della regione Umbria prevede all'art. 5 co. 1 lett. b) che la Regione:

disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che discipli-

nano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale.

In tale prospettiva le cooperative di comunità si connoterebbero, per svolgere funzioni pubbliche, come agenti di attività di interesse generale, come descritte nell'art. 5 Cts e segnatamente alla sua lett. f) – interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio – la loro struttura organizzativa si conformerebbe o potrebbe conformarsi a termini della L. n. 381/1991 a quella delle cooperative con prevalente finalità mutualistica (art. 2512 c.c.). Per il co. 1 dell'art. 4 Cts queste realtà si collocherebbero fra le imprese sociali.

In una sorta di sillogismo, l'art. 55 Cts conferma la cooperazione fra Amministrazione pubblica e enti del Terzo settore, l'art. 5 della L. Reg. Umbria n. 2/2019 inserirebbe fra gli enti che possono partecipare a questa cooperazione soggetti riconosciuti come enti non estranei al Terzo settore, *ergo* non si determinerebbe alcun disallineamento fra la norma ordinamentale nazionale e quella regionale.

“Gli Enti del terzo settore (ETS) sono soggetti giuridici dotati di caratteri specifici, rivolti a perseguire il bene comune, a svolgere attività di interesse generale, senza perseguire finalità lucrative soggettive, sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione e a rigorosi controlli” (Corte Cost., Sentenza 131/2020 del 20 maggio 2020)¹.

I rapporti fra Ets ed enti pubblici pur se contemplati espressamente nel Cts (titolo VII), costituiscono un capitolo della materia del Terzo settore e non una regola di costante necessaria applicazione, perché non tutti gli Ets si pongono in rapporto con gli enti pubblici secondo le formule definite nel titolo VII. Solo qualora si pervenisse alla più radicale affermazione che

¹Per considerazioni che aderiscono al pensiero della Consulta, si veda M.C. Perchinunno, *Enti del terzo settore, sussidiarietà e uguaglianza*, in *Contr. e impr.*, 2021, p. 1048.

agli Ets compete una funzione pubblica e che questa ne sia cifra qualificante, si perverrebbe alla formulazione del sillogismo per il quale i) tutti gli enti del Terzo settore svolgono funzione pubblica, ii) cooperative di comunità svolgono questa funzione, *ergo* esse rientrano fra gli Ets come definiti dallo stesso art. 4 Cts.

L'*humus* delle argomentazioni della Consulta è la valorizzazione delle potenzialità della condivisione fra Ets e enti pubblici di un ruolo proteso all'interesse pubblico e sociale. Questa comunione di intendimenti, privi delle logiche del prezzo e del mercato, offrirebbe utilità alla collettività.

10.2. Solidarietà e funzione pubblica: coesistenza o commistione?

Il Terzo settore ontologicamente dovrebbe stabilizzarsi in un luogo intermedio nel quale senza aporie si attuano compiti che non sono estranei né al mercato né all'azione pubblica. Questo ci suggerisce la stessa lettura dell'elenco delle attività di interesse generale contenuto nell'art. 5 Cts. Come già osservato, è la determinazione normativa che provvede alla qualifica, non già la intrinseca natura di tali attività. La tassonomia degli enti del Terzo settore a sua volta estromette gli enti pubblici e a suo modo gli enti commerciali, ma non esclude la utilizzazione delle loro strutture organizzative, così come mutua le fisionomie soggettive degli enti non commerciali normati nel titolo II libro I del codice civile. L'elemento di coagulo ovvero il fine istituzionale è dato, come più volte osservato, dagli scopi solidaristici, civici e di utilità sociale. Nella cornice dell'art. 2 Cost. e dell'art. 2 Cts, nel Terzo settore e nei suoi enti si concentrano forze centripete e altruistiche che proprio le formazioni sociali consentono di esercitare da parte degli individui di fronte e allo Stato e agli altri individui. Non si dà nello spazio delle formazioni sociali luogo a forme di pubblicizzazione, proprio per il senso

delle realtà intermedie che non possono senza negare se stesse confondersi con l'istituzione pubblica.

Che l'istituzione pubblica possa delegare proprie funzioni a entità terze rientra nelle sue competenze. Queste permangono nel delegante ed il soggetto delegato non acquisisce altra posizione se non quella che gli viene demandata.

Le considerazioni espresse dalla Consulta nella decisione n. 131/20, al di là della specifica questione lì affrontata, agitano, nonostante l'ortodossia laicale seguita, il problema della funzionalizzazione pubblica degli enti del Terzo settore. D'altronde, lo si è anche già notato, l'interlocuzione fra Ets e istituzioni pubbliche è un momento dipendente dal parallelismo fra attività che gli enti del Terzo settore svolgono e quelle che pure l'Amministrazione pubblica pone in essere.

Guardando l'apparato normativo varato in tema di Terzo settore, annoverando con le fonti primarie quelle regolamentari, stupirebbe che tutta questa produzione di regole si fosse avuta per realizzare un interesse generale già doverosamente curato dalle istituzioni pubbliche. Né minore stupore sorgerebbe considerando il Terzo settore come il bacino al quale le istituzioni pubbliche possono far affluire le loro funzioni.

Il Terzo settore dovrebbe proseguire il cammino del pluralismo come voluto dalla norma fondamentale in contrapposizione con il dualismo Stato/cittadino. Le sorveglianze alle quali è stato sottoposto il sistema del Terzo settore nonostante l'elevato grado di pervasività – e sospeso ogni giudizio sulla opportunità e sulla loro giustificazione – non elide il connotato della alienità del Terzo settore all'ambito pubblico, come del resto sancito dallo stesso art. 4 co. 2 Cts. Pubblico e generale non sono sinonimi. Certamente fra i due attributi vi sono aspetti di coincidenza, ma essi non si sussumono reciprocamente.

Senza radicalizzare cesure fra funzione pubblica e interesse generale, in aderenza peraltro alla stessa normativa consegnataci dal Cts e allo stesso principio di sussidiarietà, allineare il Terzo settore alle funzioni pubbliche alle quali gli enti che lo compongono possono assolvere, riduce lo stesso valore riconosciutogli

pure dalla Consulta. La sussidiarietà del resto non richiede una formalizzazione.

Tornando alla questione affrontata dalla Consulta ci si può domandare se i termini del coinvolgimento di enti privati per la condivisione di progetti e piani incidenti su attività di interesse generale possano prescindere o meno dalla natura di Ets. Il quesito è se il Terzo settore con il relativo regime abbia costruito una gabbia o se, come già considerato, vi sia ancora spazio libero per attuare forme di attività solidaristiche, anche e non solo in cooperazione con enti pubblici.

La sopravvivenza di realtà non dissimili sul piano teleologico dagli enti del Terzo settore non può negarsi senza compromettere l'essenza dei principi di libertà insiti nel medesimo art. 2 Cost. Queste realtà a cospetto del Terzo settore dovrebbero mantenere una dignità non degradata, come accadeva per le associazioni non riconosciute finché penalizzate nella loro capacità. Se fossero azzerate le alternative al Terzo settore, si tradirebbe la tensione dell'ordinamento disposto a fornire strumenti capaci di rispondere alle urgenze solidaristiche come in un territorio aperto e mobile. Lo stesso ordinamento già ci indica una nuova categoria di enti² deputati all'esercizio delle azioni di classe, enti non lucrativi e non rappresentativi di esigenze consumeristiche.

² Art. 840 *bis* c.p.c., nel quale si legge: "I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tale fine, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia".

Finito di stampare nel mese di novembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

