zione legislativa di un elenco di requisiti prevalentemente statutari (cioè, di elementi enunciativi che devono essere formalmente presenti nello statuto dei soggetti richiedenti la concessione della qualifica). Ciò premesso, si è affermato, nella pratica corrente, come grave fattore di dubbio il problema degli effetti:

1. della riscontrata carenza formale sullo statuto, una volta ottenuta (anche di fatto) l'iscrizione anagrafica, anche di un solo requisito richiesto;
2. della riscontrata non rispondenza concreta, anche su uno solo dei requisiti predetti, tra previsione statutaria e realtà operativa relativa al soggetto.

Ci si riferisce, cioè, all'eventualità in cui la previsione statutaria qualificante, menzionata nell'art. 10, sussista formalmente ma senza che essa sia adempiuta nella realtà operativa della vita reale del soggetto. Il problema che scaturisce è dato dalla possibilità di prospettare - che in teoria appare del tutto possibile - la tesi per cui anche una sola delle distonie indicate ai punti 1 e 2 può comportare, in forma integrale per l'ente, il venir meno della qualifica di Onlus. Tale evenienza, al di là della sua onerosità concettuale, potrebbe avere effetti economici gravissimi sull'economia del soggetto perché comporterebbe, pur nel suo carattere molto specifico e talora formale, un'automatizzata qualificazione come illegittima della posizione soggettiva usata in rapporto agli adempimenti fiscalmente rilevanti. Ne scaturirebbe quindi la recuperabilità immediata, su tutti gli esercizi fiscalmente accertabili, di imposte risparmiate, di sanzioni e di interessi. Il che, per un ente a tipologia erogativa, presumibilmente privo di riserve sufficienti per fronteggiare evenienze economiche negative estranee alla sua attività etica, comporterebbe facilmente la necessità di azioni esecutive o addirittura di liquidazione necessaria conseguente. Sarebbe opportuna, quindi, l'introduzione di una graduazione legislativa delle fattispecie di non rispondenza citate, contemplando al limite, per talune di esse, forme sanzionatorie alternative ovvero parziali. Lo stesso D.Lgs. 460/97 (art. 11, comma 3) del resto, incidentalmente, sembra indicare tale ipotesi (a livello di potenzialità legislativa), in modo da rendere meno radicale il problema della suddetta rispondenza legislativa.

Esercitabilità di attività commerciali da parte di enti di volontariato e possibile decadenza dallo status di Onlus.

La nota qualità di Onlus di diritto, concessa dal D.Lgs. 460/1997 alle organizzazioni di volontariato di cui alla l. 266/1991, appare evidentemente subordinata alla pienezza giuridica di tale status, che com'è noto implica anche l'iscrizione del soggetto nell'apposito registro generale di cui all'art. 6 della Legge 266/1991. Ecco perché qualunque fattore di compromissione della predetta presenza nell'"elenco" ufficiale di questi soggetti recherebbe anche la grave conseguenza di una perdita sopravvenuta della predetta qualifica fiscale di Onlus. A questo riguardo si è registrata con frequenza, nella realtà pratica, da parte di molte delle predette organizzazioni, la tendenza alla conduzione di attività commerciali diverse da quelle marginali di cui all'art. 8 comma 4 della predetta legge, pur sottoponendo spontaneamente le stesse al pieno assolvimento dei conseguenti tributi (IVA e IRPEG), in piena discono-

scenza delle agevolazioni di legge specificamente poste per la loro specifica tipologia soggettiva. Detta fattispecie, peraltro, ad onta dell'assenza di vantaggi tributari che comporta, pone in essere con tutta probabilità un contesto estraneo alle previsioni dell'art. 5 della L. 266, con la conseguente incertezza sul fatto che ciò costituisca una sua violazione specifica invece di dar luogo ad una meno grave estraneità tipologica alla fattispecie agevolata. Apparendo, come già detto, più che fondato assumere che solo la pienezza della corretta qualifica di organizzazione di volontariato consente l'assunzione della qualifica di Onlus di diritto, anche se nel sistema della L. 266, non risulta chiaro se lo svolgimento di attività commerciali comporti, la perdita *in re ipsa* della qualifica di organizzazione di volontariato, magari per l'esclusione dal registro per sopravvenuta irregolarità di condotta, è facile concludere che la predetta situazione, posta in essere con atteggiamento prudentiale, generi invece una rischiosità fiscale sua propria. Apparendo inopportuno riverberare in sede tributaria tale sofisticata perplessità interpretativa, assumerebbe valore pratico il prevedere espressamente che la qualifica di Onlus di diritto è comunque pregiudicata dal solo fatto della conduzione di qualsivoglia attività commerciale "non marginale" da parte di taluno dei soggetti predetti, indipendentemente dal regime tributario ad essa applicato.

Delineazione del concetto di attività esclusiva per le Onlus

È noto che ognuna delle attività tipizzanti delle Onlus, quelle cioè che sono atte a giustificare l'ammissione alla qualifica stessa, in quanto conformi ad una o più delle prescrizioni di cui ai nn. da 1 a 11 della lett. a) dell'art. 1, comma 1 del D.Lgs. 460/97, deve essere svolta su base esclusiva (cfr. lett. b) della stessa norma). In altre parole l'assunzione della qualifica è pregiudicata dal fatto stesso dello svolgimento, anche collaterale, di qualunque "altra" attività, da parte del soggetto candidato a qualificarsi come Onlus. Ciò, nel comportare che l'eventuale conduzione di attività diversa designa, correttamente, la grave violazione del precetto fondamentale dell'"esclusività", impone però anche il più delicato problema, di fronte ad ogni operazione o attività specifica posta in essere, di verificare se è presente, di volta in volta, un tasso di omogeneità, di ricomprensione, di attinenza, di strumentalità accessoria e simili, con l'attività "caratteristica", tale da permettere di affermare che l'esclusività sopra menzionata non è in concreto violata. Al riguardo riuscirebbe quindi opportuna la formulazione di una disposizione generale che, nel presupposto di un'assoluta marginalità o complementarietà, attesti che tutte le iniziative di tipo strumentale poste in essere, ammesse in quanto tali su base statutaria, non violano il requisito dell'unicità esclusiva dell'oggetto istituzionale.

Miglioramento della definizione di attività connessa e di attività accessoria, in relazione all'attività istituzionale, nel regime delle Onlus

Il concetto di attività direttamente connessa alle attività istituzionali delle Onlus è indiscutibilmente equivoco rispetto al termine di designazione ("connesse"). Il comma 5 dell'art. 10 infatti designa in tal modo le attività che differiscono da quelle istituzionali unicamente per il fatto che esse non sono

svolte a favore di soggetti svantaggiati. Oltre al problema letterale citato, consegue alla formula testuale il fatto che non appare, di conseguenza, concepibile il suddetto concetto nei confronti delle diverse tipologie di Onlus qualificate tali senza il presupposto della presenza, nella loro operatività, dei predetti soggetti (e cioè quelle di cui ai nn. 7, 8, 9, 10 e 11, a parte l'ambiguità dell'enucleazione di cui alla prima parte del comma 5); inoltre, il concetto è reso più complesso dal fatto che sono sostanzialmente integrative ("nonché") delle attività predette quelle "accessorie per natura a quelle statutarie istituzionali in quanto integrative delle stesse": nozione ambigua, questa, che lo stesso Ministero delle Finanze (oggi Ministero dell'Economia e delle Finanze) ha contraddetto quando (circ. 168/E/1998) ha ravvisato essere tali alcune attività strumentali solo in senso finanziario ai fini istituzionali, ossia svolte per procurare fondi.

Si ritiene che i suddetti concetti debbano essere unificati nel quadro di una nozione unica definita come "strumentale", disciplinata con molta semplicità come attività dai contenuti oggettivi diversi da quelli delle attività caratterizzanti ma il cui scopo economico è indubbiamente segnato dalla finalizzazione unificante delle finalità caratteristiche della Onlus.

Introduzione di elementi chiari nella distinzione tra contributi corrispettivo e contributi in senso proprio ai fini dell'Iva e della commercialità delle attività remunerate

La distinzione tra finanziamenti sovventori (contributi di sostegno, di incentivo, di supporto anche meritocratico) e finanziamenti corrispettivo-contrattuali (come, tra gli altri, i compensi da convenzioni) è un fattore decisivo sia ai fini IVA che a quelli dell'imponibilità (e della rilevanza complessiva, anche sui costi) ai fini delle imposte sui redditi.

La prassi, anche ufficiale, non ha forgiato fattispecie di riferimento universalmente affidabile, richiamando sempre in modo decisivo clausole di stile contrattuale che in realtà restano comunque ambigue. Il risultato pratico è che di fronte a un patto sottostante all'erogazione di un contributo l'alternativa tra i due versanti resta sempre ampia e oscillante, con grave compromissione delle esigenze di certezza sulla fattispecie, riverberantisi spesso non solo sul regime obiettivo della partita ma anche su quello della configurazione soggettiva dell'ente. Un criterio corretto, per una distinzione radicale, sarebbe quello della piena e comprovata corrispettività civilistica, evidenziata da riscontri contrattuali e processuali precisati (es. suscettibilità alle condanne risarcitorie per inadempimento o danni e simili), tale da lasciar ferma e indubitabile la natura sovventoria di erogazioni anche convenzionate in cui è evidente che il soggetto finanziante sta usando l'ente quale soggetto cooperatore in funzione di una rispondenza dei suoi fini statutarie con gli obiettivi dell'accordo economico medesimo. Detto presupposto statutario (si pensi al caso della formazione dei giovani perseguita in contesti sostanzialmente pubblicitici) potrebbe essere eretto a presupposto di distinzione tra erogazioni sovventorie non corrispettive e dazioni contrattuali remunerative (in quanto tali, suscettibili di riconduzione commerciale). In norme regolanti altri profili (es. commercialità delle prestazioni ai soci) il rapporto con i fini statutarie è già stato eretto a fattore decisivo, onde non sussistono ostacoli di principio ad introdurre a questi fini la suddetta rilevanza decisiva.

C) Primi contributi per una riforma

Come si è detto nella prima parte della Relazione, l'iniziativa concernente la redazione di un Libro bianco sul nonprofit non si è ancora conclusa e troverà una sua piena espressione solo nel corso del 2005. Tuttavia, il lavoro portato avanti dai due gruppi di studio incaricati dall'Agenzia (comitato scientifico e comitato di redazione) ha già prodotto alcuni importanti risultati che si ritiene opportuno presentare sinteticamente (anche come occasione di una loro prima verifica pubblica) già in questa Relazione Annuale.

I due comitati (l'uno con prevalenti funzioni di indirizzo e di verifica del lavoro svolto e l'altro con compiti maggiormente operativi), hanno operato in grande sinergia e, per il vero, intrecciando e condividendo molto spesso le rispettive competenze. Tali entità sono composte da studiosi appartenenti a diverse aree disciplinari (non solo da giuristi) e ai loro lavori prende parte anche il Responsabile scientifico del Servizio Documentazione e Studi dell'Agenzia, al quale spetta anche il compito di agevolare il dialogo con il Consiglio dell'Agenzia medesima.

Alla base delle scelte or ora riferite, nel massimo rispetto per l'autonomia della ricerca, v'è l'intenzione di garantire un approccio "multidisciplinare" e soprattutto "interdisciplinare" al "settore" ancor prima che alla "normativa di settore". Si è voluto, in particolare, fare in modo che il prezioso lavoro dei giuristi tenesse conto delle diverse evidenze ed esigenze (sociali, politiche, economiche, aziendali e culturali) riferibili concretamente agli enti e alle organizzazioni nonprofit messe a fuoco dai contributi (a loro volta elaborati alla luce di reciproche contaminazioni e confronti) forniti dagli altri componenti dei comitati ovvero testimoniate nel corso delle audizioni effettuate.

Un approccio non facile, data l'estrema diversificazione interna del settore, ma a cui l'Agenzia tiene particolarmente e che essa stessa, nell'esercizio della sua attività giuridica (specialmente quando riterrà di formalizzare compiutamente - anche sulla base del contributo fornito dai comitati - il proprio orientamento sulle linee guida di una possibile riforma della normativa di settore), intende senz'altro adottare. Il desiderio, infatti, è quello di proporre ipotesi di lavoro e orientamenti il più possibili cogenti rispetto alle caratteristiche e alle possibilità di sviluppo del settore, naturalmente nel massimo rispetto dei principi e dei valori riconosciuti e promossi dalla nostra Costituzione Repubblicana e condivisi anche in sede europea.

Unione Europea e Terzo settore

Un primo aspetto di cui si è voluto tenere conto, infatti, e che si tende invece ancora troppo spesso a sottovalutare, concerne il rapporto sussistente fra il Terzo settore e il contesto europeo e comunitario. Una relazione, questa, ricca di implicazioni attuali e potenziali anche per il mondo nonprofit del nostro Paese.

Anche se l'Unione Europea, in nome del principio di sussidiarietà (inteso nella sua accezione verticale), devolve agli stati membri le competenze in materia, non è però possibile prescindere dalla considerazione di alcuni orientamenti generali che essa ha ripetutamente e solennemente formulato:

riconoscimento del principio di sussidiarietà (inteso anche nella sua dimensione orizzontale), valorizzazione delle comunità locali e della società civile, incentivazione della responsabilità sociale delle imprese, apertura verso nuove forme di *governance* plurale relativamente a determinati processi, etc. Inoltre, al di là del piano dei principi, non va sottovalutata l'evenienza di decisioni particolari che possano incidere direttamente sulla vita degli enti: si pensi, per esempio, a eventuali interventi sulla ammissibilità, o meno, di misure adottate dai singoli stati (aiuti, "corsie preferenziali", etc.) a favore degli enti nonprofit.

Più in generale, l'Unione Europea è chiamata ad affrontare nei prossimi anni (anche in ragione del suo recente allargamento) alcune sfide cruciali sul versante delle disparità economiche e sociali tra le diverse regioni che la compongono, oltre che tra le diverse fasce di popolazione. Essa, pertanto, dovrà porre sempre maggiore attenzione alle politiche di coesione e inclusione sociale finalizzate a compensare tali divari.

In termini positivi, del resto, non sembra venuto meno - nonostante il lungo periodo di stagnazione dell'economia continentale - l'obiettivo fissato nel Consiglio europeo di Lisbona (marzo 2000), vale a dire, fare dell'Unione Europea *l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro ed una maggiore coesione sociale*.

La filosofia che si trova alla base degli sforzi prodotti dall'Unione in tale direzione, per scelta e non solo per necessità, d'altro canto, non sembra fondarsi soltanto sulla logica dei finanziamenti mirati, ma implica la ricerca di un coinvolgimento attivo delle risorse societarie, in base alla pratica del principio di sussidiarietà (introdotto a pieno titolo sin dal trattato di Maastricht - 1992⁶⁹; e poi ribadito nel trattato di Amsterdam - 1997, ove si è anche sottoscritto un apposito protocollo⁷⁰).

In questo contesto, al di là del lavoro condotto dal Comitato Economico e Sociale, anche le altre Istituzioni comunitarie sembrano avere preso atto della rilevanza del Terzo settore (la Commissione Europea, per citare un esempio, ha creato un suo database contenente una lista di organizzazioni nonprofit). Tale raccolta consente a chi vi è iscritto di "far sentire la propria voce", mentre, nel contempo, esso rappresenta uno strumento che permette alla Commissione di fare riferimento a possibili partners da consultare (target) prima dell'assunzione di determinate decisioni. Le "Organizzazioni del Terzo

⁶⁹art. 2: "Gli obiettivi dell'Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente trattato, alle condizioni e secondo il ritmo, ivi fissato, nel rispetto del principio di sussidiarietà definito dall'art. 3B del Trattato che istituisce la Comunità europea".

⁷⁰Protocollo n. 90: Sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

⁷¹In particolare si ricorda la pubblicazione *I nuovi attori dell'occupazione - Sintesi dell'azione pilota Terzo sistema e occupazione 1997 - 2000*, predisposto dalla Commissione e recentemente pubblicato. Una delle conclusioni a cui è pervenuto il rapporto è che la creazione di occupazione nel Terzo settore rappresenta una fonte di risparmio per i conti pubblici, nella misura in cui tali posti vengono occupati da titolari di sussidi di disoccupazione e di altre prestazioni sociali, con l'effetto di ricavarne non soltanto un risparmio economico per lo Stato sociale, ma anche un maggior gettito fiscale e previdenziale.

Sistema”, inoltre, sono state oggetto di numerose ricerche in ambito europeo che, seppur focalizzate sul loro contributo alla promozione dell’occupazione, sottolineano il loro ruolo quale importante “attore sociale”⁷¹.

È importante sottolineare, infine, come il riconoscimento della peculiare natura delle realtà senza fini di lucro sia giunto anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.⁷²

Dalle istituzioni comunitarie, dunque, sembrano discendere una riaffermazione del principio di sussidiarietà (non solo in senso verticale, ma anche orizzontale) e un chiaro riconoscimento della positività del contributo apportato dalle realtà che operano senza scopo di lucro e con finalità di tipo sociale.

È da questa base consolidata, pertanto, che secondo l’Agenzia, seppure nel pieno rispetto della rispettive autonomie e competenze, i vari ordinamenti dovrebbero partire.

Nodi problematici

Successivamente, i gruppi di lavoro - alla luce delle finalità ultime di questo tentativo di elaborare una radiografia del “settore” e della “normativa di settore” e dopo avere tracciato una sintesi storica e un ritratto sociologico ed economico-aziendale dei soggetti nonprofit⁷³ - hanno concentrato la loro attenzione sulla identificazione sull’analisi dei principali nodi critici riscontrati. Si è quindi cercato di evidenziare ed elencare sistematicamente i principali problemi di natura regolativa inerenti la definizione dei rapporti tra finalità, attività e soggetti che operano nell’ambito del Terzo settore.

Sin dalla fase di ricognizione si è utilizzato un criterio valutativo ispirato agli obiettivi fondamentali **dell’adeguamento della normativa alle caratteristiche positive del soggetto** indagato (nonché “oggetto” dell’intervento normativo) e della **semplificazione legislativa** (che appare, fra l’altro, il modo più appropriato per riconoscere, a partire da una definizione generale unificata, la specificità del Terzo settore come “socialità autogenerativa”).⁷⁴

È parso da subito evidente, infatti, che il superamento della frammentazione regolativa esistente potesse passare attraverso l’individuazione di un **principio generale di autonomia soggettiva nella definizione della forma giuridica desiderata** (conformemente ai principi di libertà e di sussidiarietà costituzionalmente riconosciuti) **a cui non fossero automatica-**

⁷¹ Ci si riferisce, per esempio, alla sentenza n. 70 del 17 giugno 1997, la quale riconosce la possibilità di riservare ai soli operatori che non perseguono fini di lucro di partecipare alla realizzazione di un sistema socio-assistenziale mediante la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi socio-assistenziali a rilevanza sanitaria.

⁷² Si ribadisce che molti dei riscontri derivanti dal lavoro per il Libro bianco, specialmente in sede storica e sociologica, sono stati utilizzati nell’elaborazione del precedente Capitolo I (Il Terzo settore in Italia: considerazioni generali).

⁷⁴ Vale a dire, come forza capace di sviluppare al suo interno non soltanto beni e servizi di utilità sociale, ma anche forme di socialità e di azione collettiva orientata verso finalità pro-sociali.

mente collegate finalità o attività specifiche.

Da questo presupposto è maturata l'idea di un'articolazione della nuova normativa intorno a due aree distinte:

a) la prima (normata civilisticamente) riguardante tutti gli enti privi di finalità lucrativa;

b) la seconda (oggetto di una disciplina agevolativa specifica) riguardante solo gli enti la cui attività appare chiaramente orientata alla realizzazione di fini di utilità sociale.

La regolazione, in tale prospettiva, assume una duplice valenza.

Da un lato, essa deve **tutelare la pluralità degli interessi coinvolti** dall'azione (e/o nell'azione) del Terzo settore. Dall'altro, essa diviene una **forma di "regolazione promozionale"** finalizzata a sostenere lo sviluppo dei caratteri peculiari del mondo nonprofit: relazionalità, reciprocità, valenza ideale e motivazionale, solidarietà sociale, gratuità, etc.

Nella prima prospettiva, in relazione agli enti sottoposti a "normazione civilistica", l'orientamento indicato coincide con l'attenzione a non sovraccaricare la normativa, limitandola sostanzialmente alla definizione dei requisiti di "**non lucratività**" e "**pubblicità**".

Una normazione più restrittiva deve invece essere prevista in sede di tutela degli interessi di soggetti quali i donatori e, in generale, dell'interesse pubblico. Nel caso in cui l'attività degli enti del Terzo settore riguardi persone e/o categorie sociali svantaggiate, ovvero beni di rilevante utilità e interesse pubblico, inoltre, la normativa deve farsi carico di tutelare efficacemente l'interesse dei beneficiari. In un'ottica innovativa, tuttavia, si dovrebbe prevedere, accanto alle azioni di garanzia, anche la possibilità di sostenere e incentivare l'azione socialmente utile svolta dalle organizzazioni.

La regolazione promozionale si pone, in questa prospettiva, come un'azione complementare a quella di tutela, intendendo valorizzare e incentivare le pratiche "virtuose" adottate dagli enti nell'impegno per mantenere e rafforzare i loro predetti caratteri originali (orientamento solidaristico, relazionalità, capacità di mobilitare e generare capitale sociale e coesione sociale, capacità di rigenerare orientamenti e motivazioni ideali e valoriali, responsabilità sociale, etc.).

Una particolare cura, infine, dovrebbe essere posta nel valorizzare e potenziare l'impegno volontario individuale, attraverso forme di riconoscimento e di promozione (per esempio attivando e ampliando l'intuizione, già contenuta nella Legge quadro 266/91, relativa a forme di integrazione fra lavoro, studio e impegno volontario).

Semplificazione normativa e autonomia dei soggetti nonprofit

Com'è noto, la normativa civilistica sugli enti non lucrativi non prevede vincoli particolari se non di tipo pubblicitario, i quali, essendo previsti per la tutela dei terzi (creditori), lasciano intatta l'autonomia d'iniziativa dei soggetti. In tal senso essa non pone restrizioni gravi in materia di scopi,

attività, *governance e accountability*.

Questa impostazione generale, però, è stata accompagnata negli ultimi anni dalla proliferazione di profili connessi al settore di attività (in particolare se considerato di rilevante interesse pubblico: ONG, associazioni sportive dilettantesche, istituti di patronato, etc.) ovvero a determinate forme organizzative (adottabili indipendentemente dalla forma giuridica prescelta dall'ente: organizzazione di volontariato, associazione di promozione sociale, etc).

In generale, la tendenza attuale è quella di un superamento del regime concessorio originariamente previsto dal codice del 1942⁷⁵, ma anche di un forte investimento nella legislazione speciale, con finalità soprattutto promozionale e connessa allo svolgimento di attività di utilità sociale. Un'altra direzione assunta dall'evoluzione della normativa (di particolare rilevanza per quanto concerne l'attività dell'Agenzia) riguarda la definizione di un regime agevolativo specifico (è il caso delle Onlus), che procede attraverso la definizione di un profilo soggettivo parzialmente diverso rispetto a quelli definiti dal Codice Civile e a quelli definiti tramite la legislazione speciale.

L'effetto generale di questa regolazione incrementale, come si è avuto modo di rilevare, è una forte confusione e segmentazione istituzionale e organizzativa, la quale, da un lato tende a sovrapporre diversi criteri regolativi, dall'altro rischia di vincolare fortemente la flessibilità degli enti (che rappresenta uno dei tratti peculiari del Terzo settore). Se per un verso la proliferazione dei profili giuridici ha legittimato una certa moltiplicazione delle forme organizzative, per l'altro ha collegato queste nuove "figure" a vincoli di varia natura, ad agevolazioni fiscali, all'accesso privilegiato a forme di finanziamento pubblico e/o di collaborazione con la pubblica amministrazione. In tal modo, si è ostacolata la nascita di forme organizzative miste, ma anche la dinamica organizzativa interna di molti soggetti, indotti sovente a mantenere i requisiti richiesti per non perdere il riconoscimento ottenuto anche a discapito della possibile evoluzione dell'organizzazione stessa.

In questo senso, una normativa civilistica semplificativa potrebbe essere utile per superare alcuni problemi posti dalla forte frammentazione normativa esistente. Tale scelta, però, accanto ai vantaggi identificabili, presenta anche aspetti critici di cui tenere conto.

I vantaggi prevedibili possono essere così riassunti:

- a) superamento della contraddizione esistente tra le discipline vigenti (che individuano tipi organizzativi specifici) e la libertà organizzativa riconosciuta dal codice civile in merito alla scelta della forma giuridica preferibile. A mero titolo di esempio, si può segnalare il caso delle fonda-

⁷⁵ Si vedano in particolare il nuovo regime di riconoscimento della personalità giuridica introdotto dal DPR 10 febbraio 2000, n. 361 e l'abrogazione dell'art. 17 del Codice Civile sull'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche.

zioni, per le quali è oggi difficile essere riconosciute come organizzazioni di volontariato, mancando in genere del requisito della democraticità.

b) possibilità, per gli enti, di scegliere fra più forme organizzative anche mediante il superamento dei limiti derivanti dal fatto che ogni normativa speciale racchiude le organizzazioni di riferimento entro una veste giuridica potenzialmente troppo restrittiva. Sempre a titolo esemplificativo, è possibile citare il caso dell'attuale "obbligatorietà di fatto" della forma "cooperativa sociale" per l'impresa sociale.

c) superamento delle iniquità di trattamento derivanti dall'esistenza di alcuni profili giuridici privilegiati maggiormente riconosciuti pubblicamente rispetto ad altri.

d) migliore regolamentazione della competizione tra le diverse forme organizzative (che rischia invece di crescere in un regime lesivo della concorrenza e che favorisce alcune organizzazioni a danno di altre).

e) semplificazione delle forme e dei metodi di controllo sul settore.

Il rischio collegato a tale semplificazione può sintetizzarsi essenzialmente nella difficoltà di riconoscere adeguatamente la differenziazione esistente nel settore nonprofit. In esso, infatti, coesistono identità e culture riconosciute e tutelate attraverso specifiche norme, come nel caso del volontariato (L. 266/91), della cooperazione sociale (L. 381/91), delle ONG (L. 49/87), che difficilmente potrebbero essere superate entro una cornice più ampia⁷⁶.

Una soluzione mediana potrebbe indirizzarsi sull'articolazione di un sistema che preveda:

a) una normazione civilistica, che tuteli l'efficienza e la solidarietà degli enti nonprofit e i diritti individuali dei membri e dei creditori.

b) un complesso di leggi speciali (e di provvedimenti amministrativi) con funzione più promozionale che regolativa, di carattere tributario e agevolativo, collegata ai campi di *policy* in cui operano le realtà nonprofit oppure a profili specifici che si intende promuovere.

La definizione di un ordinamento comune richiede comunque la definizione di alcuni criteri di comunanza tra tutti gli enti non lucrativi.

La questione cruciale, pertanto, sembra potersi così sintetizzare: i criteri prescelti debbono riguardare la definizione dei soggetti oppure quella delle attività e/o delle finalità perseguite?

⁷⁶ Questi statuti speciali potrebbero tuttavia identificare una legislazione di tipo premiale con finalità promozionale, che identifica profili organizzativi specifici cui sono collegate norme e facilitazioni specifiche. Alla regolazione civilistica verrebbe invece riservata una funzione più generale: consentire la costituzione di soggetti nonprofit che, a partire da pochi e semplici tratti comuni (nonprofitness, carattere privato, autonomia gestionale e/o istituzionale) tuteli il rispetto dei diritti individuali nell'organizzazione e gli interessi dei creditori.

Articolazione tra normazione dei soggetti e normazione delle finalità

La regolazione attuale propone diversi casi in cui la definizione dei soggetti e la definizione delle finalità si intrecciano tra loro.

A questo proposito si può rilevare come l'impostazione civilistica in essere privilegi un approccio centrato sui soggetti e sulle diverse forme giuridiche esistenti. Il Codice Civile, infatti, norma il settore introducendo distinzioni sulla base di criteri tipologici, ovvero sulla base delle forme giuridiche e non si riferisce alle attività svolte o agli scopi, così come non circoscrive in alcun modo i fini perseguibili dagli enti.

La legislazione fiscale, invece, privilegia un criterio funzionale, connesso agli scopi delle organizzazioni e alle attività che esse svolgono, in forza del presupposto secondo cui un trattamento favorevole debba riconoscere gli scopi e le attività e non tanto la forma giuridica (pur escludendo dalla tipologia Onlus - con la significativa eccezione delle cooperative sociali - le società trattate dal Libro V del Codice Civile). Proprio la normativa fiscale sulle Onlus, per esempio, non riguarda una specifica tipologia organizzativa, ma lo scopo solidaristico dell'attività e pone un vincolo di scopo, sottolineato sia dalla necessaria eterodestinazione delle attività (le Onlus possono perseguire esclusivamente scopi di solidarietà sociale), sia dall'indicazione dei settori "meritori" in cui le organizzazioni devono agire. In questo modo, si definiscono anche alcuni vincoli organizzativi, relativi alla democraticità interna (diritto di voto per tutti i soci, non temporaneità della partecipazione associativa) e alla trasparenza (redazione annuale del bilancio o rendiconto e altri meccanismi di controllo sull'attività svolta).

D'altro canto, se il D.Lgs. 460/97 (su enti non commerciali e Onlus) stabilisce una certa indifferenza dal punto di vista della figura soggettiva, la legislazione speciale vincola strettamente obiettivi, profilo soggettivo dell'ente e agevolazioni concesse. In questa normativa si crea un sistema correlato di vincoli, strumenti e finalità a cui viene subordinato il trattamento di favore. A ciò si collegano vincoli specifici, inerenti la struttura organizzativa, il settore di attività, le modalità di svolgimento dell'attività, le finalità specifiche perseguite. Tali ordinamenti associano al perseguimento di finalità giudicate meritorie requisiti strutturali dell'ente; sancite attraverso l'iscrizione o la registrazione a specifici registri o elenchi.

L'effetto finale di queste intersezioni e commistioni tra piani differenti è la poc'anzi segnalata limitazione della pluralità delle forme organizzative e dell'autonomia degli enti. Si crea, inoltre, un vuoto regolativo per quelle organizzazioni che, partendo da un certo profilo soggettivo, evolvono verso altre configurazioni organizzative. Il carattere fortemente vincolante di questo modo di procedere ha incentivato la proliferazione continua di nuovi profili speciali, adatti a recepire via via le modificazioni organizzative in corso nel settore.

Una soluzione possibile a questo problema, come si è detto, potrebbe essere un'articolazione maggiore tra legislazione civilistica e legislazione agevolativa (tra cui quella tributaria). Una combinazione in cui alla normazione civilistica dovrebbe essere assegnato il compito di normare tutti i soggetti aventi natura non lucrativa e a quella tributaria e speciale (senza escludere aprio-

risticamente la possibilità di ampliare l'area dell'intervento amministrativo) la promozione e lo sviluppo gli obiettivi considerati maggiormente meritori da un punto di vista collettivo.

Questa soluzione richiede la presa in considerazione di due passaggi fondamentali:

- a) l'introduzione di alcuni elementi di comunanza nella definizione civilistica degli enti;
- b) la riduzione della regolazione interna (definizione dei vincoli connessi a una figura soggettiva specifica) e l'adeguamento, oltre che lo sviluppo della regolazione esterna (vincoli sull'attività a partire dagli scopi e/o dal settore di intervento; possibili regole di autorizzazione e accreditamento collegate alla concessione di specifiche agevolazioni, etc.)

In ordine al primo punto occorre chiedersi quali possano essere gli elementi unificanti su cui fondare il superamento della frammentazione.

Un minimo comune denominatore sembra essere il requisito della *non lucratività* ovvero la presenza di un vincolo che vieti la distribuzione di utili o di vantaggi economici tra chi controlla l'organizzazione (siano essi soggetti privati o istituzionali). A questo primo aspetto potrebbero essere correlate forme leggere di agevolazione fiscale ispirate al principio della parità di trattamento tra enti non lucrativi ed enti lucrativi (ad esempio: la detassazione degli utili non distribuiti; la mancata considerazione nel reddito imponibile delle raccolte occasionali di fondi e dei contributi corrisposti dalla pubblica amministrazione in regime di accreditamento).

Gli obiettivi principali di una regolazione unificante potrebbero essere i seguenti:

- a) la promozione e la valorizzazione del carattere partecipativo e solidaristico che caratterizza soprattutto il polo associativo del Terzo settore, attraverso una semplificazione normativa e la garanzia di una forte autonomia organizzativa;
- b) il sostegno, consentendo e valorizzando le forme organizzative più adeguate, alla capacità di molte organizzazioni di produrre beni e servizi di indubbia utilità sociale, attraverso meccanismi di incentivazione e raccordando tali forme di sostegno agli indirizzi esistenti nelle specifiche politiche di settore.

Infine, la coerenza tra finalità e attività effettiva può essere ottenuta attraverso l'introduzione di vincoli credibili di "non distribuzione", di "non negoziabilità delle quote patrimoniali" e di "non appropriabilità" delle stesse in caso di liquidazione da applicarsi sia agli enti sia alle società.

Appare quindi necessario introdurre alcuni elementi nella definizione giuridica delle organizzazioni non lucrative a prescindere dalla figura soggettiva (forma giuridica) prescelta.

Definizione dei fini e attività di controllo

I controlli in sede civilistica e di legislazione agevolativa o premiale traggono ragione anche dall'incompletezza contrattuale derivante dall'assenza di una

chiara definizione della proprietà e del nesso tra proprietà e controllo. Se anche il problema non riguarda l'assenza del proprietario, tuttavia, chi come l'Agenzia per le Onlus ha il dovere di controllare le realtà nonprofit, sperimenta un elevato grado di instabilità e rischio di inefficienza, aumentato dall'assenza di un controllo esercitato dal mercato.

I vincoli creati dal Codice Civile riguardano in gran parte obblighi informativi che non limitano seriamente l'autonoma iniziativa dei soggetti. Come si è ricordato, infatti, non vengono poste restrizioni gravi in materia di scopi, attività, settori, obblighi di pubblicità e struttura di governo; aspetti invece presenti nella normativa fiscale e speciale.

D'altro canto, l'aumento di una regolazione eccessivamente vincolistica su scopi, attività, settori, azioni degli amministratori, potrebbe ridurre la competitività del nonprofit rispetto ad altre forme organizzative.

Questo aspetto, che qui ci si limita a segnalare, sarà trattato nel terzo e ultimo capitolo di questa seconda parte della Relazione.

Problemi aperti

Vanno poi considerati i vincoli derivanti dal codice civile e relativi alla costituzione e gestione degli enti non lucrativi, segnalando i problemi che potrebbero meritare una riflessione generale:

a) *vincoli sulle finalità*: il codice civile si limita opportunamente a prescrivere che lo statuto le preveda (in base a principi di pluralismo e autonomia dei privati);

b) *vincoli sulle attività*: non sembra opportuno legare la figura soggettiva allo svolgimento di specifiche attività (si vedano a tale proposito le considerazioni svolte in precedenza) e in generale non va incoraggiata la tendenza presente in molte legislazioni speciali a definire forme organizzative ad hoc per funzioni specifiche e a utilizzare in modo rilevante la regolamentazione interna;

c) *relazioni tra scopi, attività e forme giuridiche*: il Codice Civile si fonda opportunamente sull'indifferenza delle forme giuridiche rispetto agli scopi, a partire dalla differenziazione fondamentale tra società (scopi utilitaristici) ed enti (scopi solidaristici). Si potrebbe riflettere sull'opportunità (o meno) di riconoscere esplicitamente che tutte le forme giuridiche possono (si veda, per certi aspetti, il modello tedesco) perseguire scopi di utilità sociale. La coerenza tra finalità e attività effettiva andrebbe però garantita introducendo alcuni elementi nella definizione giuridica delle organizzazioni non lucrative a prescindere dalla figura soggettiva (forma giuridica) prescelta. Esistono norme esterne generali che possono garantire la natura non lucrativa dell'ente, a prescindere dalla specifica struttura organizzativa e di governo adottata: vincoli espliciti (credibili) di "non distribuzione", di "non appropriabilità del patrimonio in caso di liquidazione".

d) *vincoli sui fattori produttivi*: è su questo che, sostanzialmente, si basa la distinzione tra fondazioni e associazioni introdotta dal Codice Civile, che attribuisce le funzioni di controllo ai titolari di un fattore produttivo speci-

fico (volontari, donatori, lavoratori, ecc.). Questo elemento irrigidisce i modelli organizzativi, limitando la ricerca di forme organizzative miste, mentre la competizione spinge a cercare nuove formule organizzative indipendentemente da quale sia il fattore produttivo che esercita il controllo;

e) *vincoli agli amministratori*: l'assenza di chiari diritti di proprietà può incentivare gli amministratori delle realtà nonprofit a non garantire l'efficacia dell'azione e consegna loro notevole discrezionalità. Si pone dunque il problema di garantire poteri di controllo agli associati e criteri di responsabilità agli amministratori. Il Codice Civile obbliga a rendere pubbliche le finalità istituzionali e le attività; la questione è quindi la seguente: è necessario prevedere forme più stringenti di controllo sugli amministratori, senza che ciò crei costi eccessivi?

f) *vincoli sulla distribuzione di utili*: il codice civile non li prevede esplicitamente; prevedendo l'esplicitazione del vincolo, vanno considerate le difficoltà derivanti dai limiti che si pongono alla capitalizzazione, nonché alla necessità di creare forme di controllo per evitare distribuzioni surrettizie.

Un ulteriore problema regolativo riguarda poi la tutela del grado di fiducia esistente tra consumatori/utenti/beneficiari e fattori produttivi in organizzazioni in cui non è definita in modo chiaro la proprietà, ovvero la responsabilità soggettiva. Di qui discendono possibili problemi di certificazione, ma anche di informazione sulle caratteristiche delle organizzazioni e dei servizi. Potrebbero forse essere introdotti obblighi di registrazione e norme di responsabilità civile.

Il regime dei controlli potrebbe poi articolarsi in stretta aderenza all'introduzione di una legislazione agevolativa, che preveda forme di controllo esterno per le organizzazioni considerate meritevoli di agevolazioni. I criteri utilizzabili per identificare gli enti che sono beneficiari di una legislazione agevolativa e di conseguenti controlli più specifici sono i seguenti:

a) *mutual/public*: ovvero tra enti che dirigono la propria attività verso l'interno (*mutual*) oppure verso l'esterno (*public*)⁷⁷;

b) *categorie svantaggiate*⁷⁸ e *meritorietà del settore di intervento*: un terzo criterio riguarda l'identificazione dei settori di intervento da considerare "meritori": il criterio dovrebbe essere ampio e generale; dovrebbero altresì essere previsti meccanismi di revisione e aggiornamento.

⁷⁷ Nel primo caso gli strumenti di governo possono essere sufficienti a controllare l'attività, la qualità e l'accessibilità delle prestazioni (beneficiari e membri coincidono). Nel secondo caso i controlli interni possono risultare insufficienti e quindi, dovrebbero essere previste forme di controllo esterno "di merito". Si tratta di una distinzione finalistica, che distingue sulla base degli scopi associativi (fatta propria, per esempio, dal testo della cosiddetta "Bozza Vietti"). Il problema maggiore proposto da questa definizione riguarda l'esistenza di enti che svolgono attività mutualistiche, le quali tuttavia assumono rilevante valore di utilità pubblica, per la natura dell'attività svolta oppure per la consistenza stessa dell'attività. V'è inoltre il caso di enti che, pur prevedendo un meccanismo di iscrizione per l'accesso ai servizi prestati, non vincolano in alcun modo l'iscrizione di terzi (principio della "porta aperta").

⁷⁸ Si tratta di un criterio complementare, (già previsto dal D.Lgs. 460/97 in relazione alle Onlus), che include nella legislazione agevolativa gli enti che svolgono attività mutualistiche a vantaggio di categorie svantaggiate. Questa norma discrimina positivamente gli enti che realizzano servizi di welfare, oppure svolgono attività a protezione di specifici gruppi sociali socialmente svantaggiati, ovvero di beni (ambientali, culturali etc.) ritenuti di particolare rilevanza. Si tratta di un criterio che rinvia a una nozione di utilità sociale più specifica di quella sottesa alla distinzione mutual/public.

Dalla “vigilanza promozionale alla “regolazione promozionale”

Nelle precedenti Relazioni Annuali, l’Agenzia per le Onlus aveva introdotto (e mantiene tuttora) il concetto di “vigilanza promozionale”. Con tale espressione si manifestava l’intendimento (pienamente attuale) di assolvere al dovere del controllo senza partire da preconcetti negativi (liberi da quella “logica del sospetto” che per molto tempo ha condizionato i rapporti fra Stato e organizzazioni della società civile), ma soprattutto con l’intenzione di favorire (anche intervenendo sui casi di forte ambiguità ovvero di vera e propria illegalità) la credibilità (e quindi lo sviluppo) della stragrande maggioranza degli enti realmente impegnati a perseguire obiettivi, pur secondo gradualità diverse, di benessere sociale, qualità della vita e pubblica utilità.

Si è parlato poc’anzi della possibilità di addivenire a una modalità di “regolazione promozionale” del settore. Va da sé che le due formule sono strettamente correlate e l’una, anzi si pone come uno sviluppo e un completamento dell’altra. Non solo “controllare per favorire lo sviluppo” (anche attraverso la liberazione di risorse pubbliche indebitamente percepite), dunque, ma anche “ripensare e riformare la legislazione di settore”, incluse le discipline e i metodi di controllo, per sostenere e accelerare i processi virtuosi all’interno del mondo nonprofit e quindi nella società italiana in quanto tale.

Parlare di “regolazione promozionale”, dunque, significa affermare che la norma può concorrere fattivamente a fare crescere e sviluppare il Terzo settore nel suo specifico modo di essere, riconoscendolo come soggetto originario e indispensabile della società, dotato di pari dignità rispetto agli altri soggetti sociali e incentivandolo a una maggiore auto-organizzazione, autonomia, ma anche a una più ampia consapevolezza del proprio ruolo societario.

All’interno di uno scenario societario che si configura come plurale, nel quale cioè operano e interagiscono attori sociali differenti (istituzionali, di mercato, di Terzo settore e afferenti alle reti informali), infatti, il tema della regolazione va ripensato alla luce dei *trade off* e degli scambi che, entro tale contesto, avvengono tra i diversi attori.

Senza scadere in un troppo facile ottimismo, tuttavia, occorre dichiarare sin d’ora che non si tratta di un passaggio di facile attuazione. V’è, da parte dell’Agenzia, inoltre, la consapevolezza in merito ai limiti attuali della sua azione (su cui ci si soffermerà nel capitolo finale), così come va anche registrata un’ancora troppo timida predisposizione del Terzo settore a indicare, autonomamente e tenendo conto della propria differenziazione interna, forme regolative adeguate agli obiettivi societari che lo qualificano. In questo senso, tuttavia, è possibile registrare interessanti sviluppi della capacità propositiva manifestata da alcuni ambiti rappresentativi dell’unitarietà di questo ambito civile⁷⁹.

Non si tratta di unire le reciproche debolezze, dunque, bensì di collaborare attraverso le non trascurabili forze di cui già si dispone.

⁷⁹ Si evidenzia pienamente, in questo senso, il problema esposto in precedenza, di un’adeguata rappresentanza istituzionale del settore.

Capitolo III

I controlli sul settore: esperienze, riflessioni e proposte

Quanto si è detto nei capitoli precedenti, in particolare in merito alla necessità di una riforma della normativa di settore, chiama certamente in causa anche l'aspetto legato alla questione dei controlli.

Le recenti e generose mobilitazioni popolari (si pensi a quanto accaduto in occasione della maremoto che ha sconvolto l'Asia sul finire del 2004), infatti, interpellano tutti (*in primis* lo stesso Terzo settore, ma anche le autorità pubbliche e i semplici cittadini) sul dovere di preservare e incrementare ciò che, non a caso, alcune pagine addietro si è definito come un prezioso "bene sociale", vale a dire la fiducia dei cittadini.

In questo senso, pur guardando con grande stima e, per l'appunto, con grande fiducia ai diversi processi che autonomamente sono partiti in seno al mondo nonprofit (codici etici, certificazioni di qualità, etc.), si ha l'impressione che tutto ciò (al di là della sua enorme importanza) non basti. Ed è, questa, un'impressione che proprio le realtà più lungimiranti del settore rappresentano con forza da molto tempo.

Non si sta contraddicendo, con queste parole, quanto si è più volte ripetuto in relazione alla necessità che le istituzioni superino il retaggio di decenni di diffidenza. Si vuole semmai aiutare la "risorsa Terzo settore" a non subire eccessivamente gli attacchi alla sua credibilità condotti da persone senza scrupoli o anche, più semplicemente, superficiali e maldestre. Non sono però irrilevanti, rispetto alla questione della "cultura del sospetto", le modalità e il merito dell'attività di vigilanza.

Nonostante i timori a suo tempo manifestati da qualche osservatore, pertanto, non solo l'Agenzia non si è rivelata una "foglia di fico" finalizzata a coprire un processo di *deregulation*, ma viceversa - come tutta questa Relazione vuole testimoniare - essa sta tentando di operare per garantire il rispetto delle leggi vigenti (attività di vigilanza e ispezione) e allo stesso tempo per rendere migliore il sistema normativo nel suo complesso. Com'è noto (senza scomodare i "gridari" di manzoniana memoria) non è dal numero delle leggi che dipende la loro efficacia (accade semmai più facilmente il contrario, vale a dire che troppe norme dedicate a un unico ambito si elidano e/o si complinchino vicendevolmente).

Nell'affrontare la questione di una razionalizzazione dei sistemi di garanzia relativi al mondo delle realtà senza fini di lucro, pertanto, avvalendosi del metodo ormai sperimentato, l'Agenzia ha ritenuto di procedere tenendo conto sia della propria esperienza diretta, sia delle risultanze derivanti da un esame più generale del rapporto fra regolazione del settore e tutela degli interessi in gioco. A partire dall'esito di questa comparazione, svolta nell'ambito di un disegno strategico ancora più ampio, sono poi maturate

anche alcune osservazioni sul ruolo attuale e sulle possibili prospettive dell'Agenzia stessa.

A) Il Terzo settore e la tutela degli interessi di “terzi”

Nelle pagine precedenti si è richiamata la pluralità degli aspetti inerenti la vita degli enti che attualmente sono soggetti a controlli, esercitati, fra l'altro, da soggetti diversi.

Nell'accostare questo argomento assai delicato, reso difficile dalla necessità di dosare adeguatamente libertà e sicurezza, può essere utile, in primo luogo, cercare di inquadrare il problema dei controlli e degli interessi da tutelare in modo sistematico. Una sintesi da inserire nella cornice determinata da quanto si è già esposto in merito a una possibile (e auspicabile) riforma generale della regolazione del settore.

Specialmente riguardo agli interessi in gioco, peraltro, bisogna cercare di non procedere troppo schematicamente, cercando di andare oltre la loro semplice elencazione al fine provare a coglierne le relazioni “viventi” con il Terzo settore.

Da questo punto di vista, si possono identificare tre tipologie principali di soggetti che possono rivestire la qualifica di “terzi” in relazione alla attività dei soggetti nonprofit:

- a) i beneficiari dei servizi e degli interventi erogati e gestiti dagli enti;
- b) i donatori;
- c) i creditori.⁸⁰

a) I beneficiari dei servizi devono essere tutelati dai rischi che potrebbero derivare loro dalla erogazione di prestazioni “non adeguate” sotto il profilo dell'efficacia ovvero quantitativamente e/o qualitativamente carenti. Rispetto a questo punto è opportuno sottolineare come l'eventuale “danno” - provocato da un servizio non adeguato al bisogno che lo ha richiesto - sia innanzitutto di ordine “relazionale”. Questa dinamica è molto evidente nel campo dei servizi alla persona, ma è presente con modalità simili anche in altre aree di intervento.

In genere, i disservizi di questa specie, anche quando si verificano in una fattispecie particolare e molto specifica (livello micro), possono allargare i

⁸⁰ Non ci si è dimenticati, naturalmente, di inserire tra gli interessi meritevoli di essere tutelati quelli relativi all'interesse pubblico (meno che mai quelli connessi a un corretto uso delle agevolazioni e dei benefici fiscali). Il fatto è che, a seconda delle situazioni, tale tipologia, pur con i necessari distinguo, può di volta in volta rientrare in tutte e tre le categorie sopra riportate.