

Maria Costanza

Terzo settore in frammenti

Considerazioni di diritto privato



Giappichelli

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.