

Terzo settore e interesse generale in prospettiva comparatistica europea

di Elena Grasso, Piercarlo Rossi*

Abstract: Third Sector and General Interest in European Comparative Perspective – The article takes into consideration the notion of general interest as the basis of the reform of Third Sector organizations and constitutes a guide in the reconstruction of the protection granted to non-profit organizations not only in Italy, but also in Europe. In this sense, the general interest is that of the plurality of individuals which is the constitutive community of the order, and which must in any case be protected exclusively or principally. The present contribution analyzes the intersection of the European discipline with the not always homogeneous one of national states.

Keywords: Third Sector; General Interest; Right of Establishment; Legal Reform; Internal Market.

2425

1. Le organizzazioni non lucrative in Italia: l'interesse generale come principio unificante

Una delle funzioni del diritto è quella di dirimere i conflitti tra interessi confliggenti. Come noto, il termine "interesse" richiama impostazioni dottrinali totalmente differenti. Teorie dell'interesse sono state infatti sviluppate sia nella prospettiva pubblicistica che privatistica¹.

Questo contributo si prefigge di analizzare non tanto l'inquadramento dell'interesse rispetto a prospettive differenti, quanto piuttosto di interrogarsi su come l'interesse generale sia alla base della riforma delle organizzazioni del Terzo settore, potendo costituire una guida nella ricostruzione della protezione accordata alle organizzazioni senza scopo di lucro in Italia e in Europa.

L'interesse generale di cui qui si parla è quello contenuto nella definizione di Terzo settore. La legge delega n. 106 del 2016, all'art. 1, c.1 conteneva già una prima definizione di Terzo settore come "complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità

* Il presente contributo è frutto del lavoro congiunto degli autori. Tuttavia, in sede di stesura materiale del testo, Elena Grasso ha redatto i paragrafi n. 2 e 4 e a Piercarlo Rossi i paragrafi n. 3 e 5. Il paragrafo introduttivo è stato invece redatto a quattro mani.

¹ Tra gli altri A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Lipsia 1929, in particolare pp. 180 ss.; R. Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed.), *Rights*, Aldershot, 1992, p. 163; F. Ost, *Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, 1990, p. 146.

sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, *promuovono e realizzano attività di interesse generale* mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi» (art. 1, c.1)². Il Codice del Terzo settore ha confermato questo impianto: il decreto legislativo n. 117 del 2017 all'art. 4 identifica gli enti del terzo settore nelle "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 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".

L'interesse di cui si parla non è identificabile con l'interesse privato, proprio di un determinato individuo, né con l'interesse collettivo, proprio di una determinata pluralità di individui considerata come unità. L'interesse è quello generale, proprio della comunità costitutiva dell'ordinamento. L'attività di interesse generale per il Codice del Terzo settore deve essere esercitata in via esclusiva o principale³. Per quanto riguarda le imprese sociali, la disciplina tracciata dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 segue un criterio di indicazione analitica di ipotesi nelle quali ricorre l'interesse generale⁴. L'interesse generale non necessariamente corrisponde all'interesse pubblico, se è vero che il Terzo settore è tale perché si pone in posizione di terzo rispetto al mercato e allo Stato⁵. A riguardo è interessante la sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato che è stata resa per chiarire se una associazione può proporre istanza di accesso agli atti, in relazione a campi della propria attività di rappresentanza in forza di una titolarità di un interesse giuridico qualificato, ai sensi della legge n. 241 del 1990 o se in forza della disciplina in materia di accesso civico generalizzato, di cui al decreto legislativo n. 97 del 2007.

La sentenza è innovativa in quanto l'accesso viene garantito non solo come qualificato interesse di natura processuale, ma come un bene comune che attua i

² La legge delega è intervenuta per coordinare le diverse disposizioni contenute in leggi differenti nell'ambito delle organizzazioni non lucrative, in particolare quelle la cui disciplina era particolarmente distante, vale a dire quelle sulle associazioni di promozione sociale (l. 383/2000), sulle organizzazioni di volontariato (l. 266/1991), sulle cooperative sociali (l. 381/1991). La legge delega è frutto di un articolato dibattito che fin dalla fine degli anni '90 ha posto le premesse per una riflessione politica più ampia. Cfr. E. Rossi, *La necessità di una "revisione organica" della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 22.

³ L'art. 6 permette che possano essere esercitate attività diverse da quelle indicate nell'art. 5, a condizione che siano secondarie e strumentali rispetto all'attività di interesse generale.

⁴ Così l'art. 2 comma 1 con l'elenco delle attività di interesse generale che devono essere esercitate in via principale, mentre il comma 3 specifica che i criteri dimensionali rapportati ai ricavi per identificare l'attività in via principale.

⁵ Cfr. D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, *Federalismi*, 3/2018.

"principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della cosa pubblica" ai sensi degli artt. 1, 2, 97 e 118 della Costituzione.

Nelle motivazioni la decisione fa rientrare il Terzo settore nel campo di applicazione dell'art. 118, in quanto il "nuovo" principio di sussidiarietà è volto a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) alla cura e al buon andamento della "cosa pubblica, mediante lo svolgimento di attività di interesse generale"⁶.

In tal senso la sentenza riconosce che l'interesse generale nella "cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati" permette di far assumere una valenza pubblicistica alla "partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva" e "alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce".

Il Codice del Terzo settore identifica proprio nell'interesse generale quelle finalità che giustificano le attività diverse degli enti del Terzo settore, così come delle loro differenti forme giuridiche. La vis attrattiva delle varie forme di organizzazioni non profit nel perseguire l'interesse generale finisce per attrarre anche le attività strumentali e secondarie nell'alveo della normativa sul Terzo settore e il suo regime di favore⁷.

2. Le organizzazioni non lucrative nell'Unione europea: una disciplina incompiuta

Come noto, l'Unione europea ha tendenzialmente evitato di intervenire in materia di organizzazioni non lucrative, lasciandone agli Stati Membri la disciplina.

Le ragioni sono diverse. Questa scelta ha in parte una ragione storica, perché il Trattato di Roma, finalizzato all'integrazione economica attraverso la creazione di un mercato comune, era irrilevante la dimensione del non profit.

Gli articoli sulla libertà di stabilimento (in particolare oggi l'art. 55 TFUE) hanno inoltre espressamente escluso gli enti senza scopo di lucro aventi sede in uno Stato membro dal diritto di stabilirsi nel territorio di un altro Stato membro, diritto di cui godono invece le imprese a scopo di lucro e i lavoratori⁸. Anche questa differenza di trattamento mette in evidenza la tradizionale preferenza del diritto comunitario nel facilitare l'integrazione di enti commerciali e lavoratori in quella che era nata come "Comunità Economica Europea".

Se è vero che le organizzazioni senza scopo di lucro non beneficiano della libertà di stabilimento, ci si è chiesti se altri articoli del Trattato potessero giustificare una competenza comunitaria in materia di organizzazioni non lucrative.

⁶ Del resto, la sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 della Costituzione era alla base anche della sentenza della Corte Costituzionale 185 del 2018 che aveva rigettato un ricorso contro il Codice del Terzo settore proposto dalla Regione Lombardia e dalla Regione Veneto in merito ad una asserita invasione di competenze regionali sui Centri di Servizio di Volontariato.

⁷ Segnaliamo il saggio di A. Fusaro, *Gli enti del terzo settore nel codice introdotto dalla riforma*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 855 ss.

⁸ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia *Sodemare SA e altri v. Regione Lombardia* [1997] C-70/95 3 C.M.L.R. 591, p. 604.

In assenza di specifiche norme a riguardo, si è pensato di far rientrare il riconoscimento delle organizzazioni non lucrative come un corollario della piena realizzazione e il mantenimento del mercato unico⁹. Dal momento infatti che le organizzazioni non lucrative contribuiscono comunque in maniera diretta e indiretta alla produzione e consumo dei prodotti e ingenerano una occupazione tra i propri addetti, è comunque giustificato un intervento comunitario in materia. In assenza di una specifica previsione normativa, la base giuridica per intervenire è allora quella dell'articolo 352 del TFUE che disciplina le modalità di adozione di disposizioni "quando un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesto".

La principale difficoltà nel ricorso all'articolo 352 è che per la adozione di tali disposizioni è richiesta l'unanimità del Consiglio. Ed è proprio sullo scoglio dell'unanimità che si sono infranti i principali tentativi di elaborazione di un diritto uniforme da parte della Commissione, vale a dire l'emanazione di uno statuto europeo per la fondazione e uno per l'associazione, da istituirsi con regolamento europeo e quindi direttamente applicabili in tutti gli Stati membri¹⁰.

Il motivo che aveva portato alla formulazione di tali proposte era non solo quella di garantire alle organizzazioni non lucrative la possibilità di usufruire delle opportunità del mercato unico, quale quella di aprire nuove filiali o operare in Stati membri diversi da quello di origine, ma anche quella di facilitare donazioni e sovvenzioni transfrontaliere. Dato lo storico legame tra organizzazioni non lucrative e le politiche di welfare nazionali, diversi Stati membri hanno tuttavia considerato questi tentativi della Commissione come indebite ingerenze¹¹.

Nonostante l'assenza di disposizioni specifiche nei Trattati, la Corte di Giustizia ha riscontrato pacificamente che le organizzazioni non profit sono comunque soggette al diritto comunitario per tutto ciò che attiene alle norme generali che, proprio perché generali, si applicano ad esse come peraltro a qualsiasi altro soggetto di diritto. Così è, ad esempio, per quanto attiene all'articolo 18 TFUE che vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità. La giurisprudenza della Corte del Lussemburgo su questo articolo ha identificato il principio per cui una associazione non può essere discriminata in termini di stabilimento in uno Stato membro perché ciò equivarrebbe a discriminare indirettamente i cittadini che la compongono sulla base della loro nazionalità¹². Così pure i diritti dei lavoratori riconosciuti dalla legislazione secondaria europea, specialmente nel caso

⁹ A partire dalla relazione Fontaine, presentata al Parlamento europeo nel 1987, che indicava una serie di articoli del Trattato come base di competenza per una disciplina organica delle organizzazioni non lucrative. Cfr. Working Documents, Series A 2-196/86, 1987.

¹⁰ L'iter era partito con il piano di azione della Commissione UE nel 2003, seguito nel 2007 da un incarico per uno studio di fattibilità al Max Planck Institute di Amburgo e all'Università di Heidelberg.

¹¹ Si veda per approfondimenti sul contesto politico-normativo J. Kendall, L. Fraise, *The European Statute of Association: Why an obscure but contested symbol in a sea of indifference and scepticism?*, LSE TSEP Working Paper 11, 2005.

¹² Come nella sentenza *Commissione v. Belgio*, C-172/98, [1999] ECR I-3999.

di trasferimenti di imprese a livello internazionale, si applicano anche ai lavoratori delle organizzazioni senza scopo di lucro¹³.

3. Le organizzazioni non lucrative in Europa: differenze nazionali e approcci diversificati

Gli ostacoli che incontrano le organizzazioni senza scopo di lucro che vogliono operare nel mercato interno dell'Unione europea sono numerosi.

A livello nazionale, questi ostacoli assumono la forma di diversi regimi giuridici che operano in ciascuno degli Stati membri, con i quali le organizzazioni senza scopo di lucro devono conformarsi se stabilite in uno di questi Stati. Vi sono infatti regimi differenti per la costituzione delle organizzazioni non lucrative¹⁴, così come i requisiti di funzionamento e gli organi¹⁵.

Per quanto attiene ai regimi fiscali ugualmente vi sono notevoli differenze, ad esempio relativamente alla portata dei privilegi fiscali che variano tra i diversi Stati¹⁶, così come all'estensione delle agevolazioni previste per l'attività svolta all'estero¹⁷ e anche per la deducibilità delle donazioni di privati nei confronti di enti esteri¹⁸.

A livello comunitario, si assiste ad una differenziazione di approcci a seconda del tipo di situazione tutelata.

Da un lato, è stato esteso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia l'ambito di agevolazioni fiscali per cui, in linea di principio, un'organizzazione non lucrativa che soddisfa i requisiti di un'esenzione fiscale di uno Stato membro non può essere discriminata in un altro Stato membro in base al suo status di non residente¹⁹. Allo stesso modo, la Commissione incentiva i ricorsi basati sulla

¹³ Così la sentenza *Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol*, C-29/91 [1992] ECR I-03189.

¹⁴ Facendo riferimento anche solo ai requisiti di fondazione e limitando il paragone a due paesi civilistici notiamo come è nei dettagli la differenza maggiore. Così in Francia la costituzione di una fondazione richiede la registrazione e l'approvazione dello Stato con requisiti patrimoniali molto elevati soprattutto riguardo al fondo, mentre in Germania sono richieste sia la registrazione che l'approvazione, ma senza discrezionalità nell'approvazione come in Francia e con requisiti patrimoniali minimi commisurati allo scopo previsto.

¹⁵ Sempre rimanendo al solo raffronto tra Francia e Germania, vediamo che la normativa francese impone di presentare dichiarazioni e rendiconti finanziari annuali alle autorità amministrative. Questi rapporti devono essere pubblicati solo se la fondazione riceve donazioni annuali superiori ad uno specifico importo o se ha il sostegno economico di enti pubblici. Per contro, la legge tedesca non ha particolari obblighi di pubblicazione, anche se si richiedono esenzioni fiscali.

¹⁶ Le agevolazioni fiscali possono variare da esenzioni dalle imposte sul reddito, dalle imposte sul capitale, dalle imposte di successione e da altre provvidenze esentasse.

¹⁷ La legge francese subordina la condizione di esenzione fiscale alla prova che le attività siano di interesse pubblico e di natura non profit, mentre la legge tedesca richiede che la attività abbia un effetto positivo sulla Germania stessa e la sua popolazione.

¹⁸ Degli Stati membri solo Polonia, Olanda e Slovenia consentono oggi in maniera piena di dedurre dalle imposte sul reddito le donazioni di un residente fiscale nello stato verso una organizzazione non lucrativa estera. In Belgio, la materia è disciplinata dalla legge 23 marzo 2019, pubblicata sul MB il 4 aprile 2019.

¹⁹ Così la sentenza della Corte di Giustizia *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt Munchen fur Körperschaften* C-386/04 Stauffer [2006] ECR I-820. Cfr. F. Becker, *Case C-*

discriminazione degli Stati membri nei confronti delle esenzioni fiscali non riconosciute alle organizzazioni non lucrative straniere, sulla base dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea, in particolare relativamente al principio della libera circolazione dei capitali.

Dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla concorrenza è stata talora applicata alle organizzazioni non lucrative in contesti di intese vietate e monopoli, nonché di aiuti di Stato. Per essere soggetta alle regole della concorrenza, secondo la Corte è sufficiente che un'organizzazione senza scopo di lucro sia coinvolta in una "attività economica" indipendentemente dal suo status giuridico e dal modo in cui è finanziata. La Corte ha applicato un criterio funzionalistico, andando a vedere se l'offrire beni o servizi sul mercato integri un'attività economica oppure no, a prescindere dagli obiettivi non commerciali della organizzazione non lucrativa. Le norme comunitarie in materia di concorrenza e di mercato interno per la Corte non si applicano solo quando le organizzazioni svolgono prevalentemente funzioni sociali e realizzano attività senza scopo di lucro, di natura non commerciale.

La Commissione è poi intervenuta per chiarire che le regole del mercato interno e della concorrenza in genere non si applicano alle "attività non economiche" di organizzazioni come sindacati, partiti politici, chiese e enti religiosi, associazioni di consumatori, centri scientifici, enti di beneficenza e organizzazioni di mutuo soccorso e aiuto. Tuttavia, la definizione di attività "economica" rispetto a "non economica" non è sempre chiara, il che ha avuto due effetti opposti: ha sia indotto la Commissione a considerare la necessità di dettagliare maggiormente i diritti e le responsabilità delle organizzazioni non profit che svolgono in gran parte funzioni sociali, e ha anche spinto il Comitato economico e sociale a richiedere per le organizzazioni non profit la completa immunità dalle regole di concorrenza comunitarie.

Se si guarda infatti in giustapposizione il regime di favore della giurisprudenza sull'estensione delle agevolazioni fiscali di contro a quella sulla sottomissione delle organizzazioni non lucrative al diritto alla concorrenza emerge con evidenza una incongruenza, e cioè l'attuazione delle predette normative innesta un cortocircuito originato dal fatto di potere considerare l'agevolazione fiscale come aiuto di stato²⁰.

Il criterio della "non economicità" mostra poi i suoi limiti, perché indica una categoria ampia, il cui confine con le attività economiche, spesso strumentali al perseguimento delle finalità statutarie, è problematico. Di più, applicando il criterio della "non economicità", quando una attività è invece strutturata per offrire beni e servizi questa per il diritto della concorrenza rientra sempre, a prescindere dal suo *nomen iuris*, nella definizione di impresa. Se questo è pacifico, il principio del diritto comunitario sulla base della interpretazione di

386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München*, (2007) 44(3) Common Market Law Review, 803.

²⁰ Così M. Helios, *Taxation of non-profit organizations and EC law*, in *EC Tax Rev.*, 2007, p. 72

"undertaking", diventa problematico qualora i beni e i servizi offerti perseguano finalità pubbliche o di assistenza sociale²¹.

In questo caso la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia di dichiarare il conflitto con le norme sugli aiuti di stato al fine di preservare il mercato degli altri concorrenti presenti nelle stesse aree di attività con finalità di benessere generale, come ad esempio l'istruzione, la sanità, la scienza e la ricerca, rischia di pregiudicare il funzionamento di queste organizzazioni, e quindi in ultima istanza di deteriorare la fruizione di tali beni e servizi²².

Pertanto, se è pacifico che le organizzazioni non lucrative non godono di un'immunità generale dalle norme dell'UE applicabili alle loro omologhe a fini di lucro, altrettanto sarebbe importante chiarire se esista nell'alveo delle attività delle organizzazioni non lucrative qualcosa che giustifichi un regime di favore, a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'ente se società, associazione, fondazione o altro.

La giustificazione di un regime di favore può ricercarsi forse nella funzione sempre più importante che le organizzazioni non lucrative rivestono nell'agone politico, che va di pari passo con la crescente rilevanza della cosiddetta "società civile". Questo percorso che ha portato le organizzazioni non lucrative a diventare parte attiva del processo e non sono oggetto di regolazione. In quest'ottica, questo percorso può essere riassunto come un passaggio dal "No profit" al "Terzo settore".

4. Le organizzazioni non lucrative in Europa e il Terzo settore

Pur nella assenza di una base normativa diretta nel diritto primario, la Commissione europea si è trovata nel tempo a coinvolgere sempre più le organizzazioni non lucrative nei propri processi comitologici di costruzione delle politiche, così come nella comunicazione ai cittadini delle politiche europee. Basti pensare all'ambito dei diritti umani e della cooperazione allo sviluppo dove la Commissione europea si è lungamente servita della *expertise* delle agenzie di sviluppo e delle organizzazioni non governative per la definizione di una politica a riguardo²³. Anche nell'ambito delle politiche sociali e lavorative, le organizzazioni non lucrative hanno svolto un ruolo importante di collaborazione

²¹ Cfr. N. Dunne, *Knowing When To See It: State Activities, Economic Activities, and The Concept of Undertaking*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, 16, p. 434.

²² Si veda al riguardo la sentenza della Corte di Giustizia relativa alle Fondazioni bancarie italiane C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA* [2006] ECR I-289.

²³ La funzione di queste organizzazioni è stata confermata dai documenti del Parlamento europeo e del Consiglio, a partire dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 14 maggio 1992 sul ruolo delle ONG nella cooperazione allo sviluppo e dalla Risoluzione del Consiglio sulla cooperazione comunitaria con le organizzazioni non governative del 27 maggio 1991. Per un approfondimento sul ruolo delle ONG in prospettiva internazionale C.E. Welch, *NGOs and human rights: promise and performance*, Philadelphia, 2001.

con la Commissione a fronte delle resistenze degli Stati Membri su iniziative di armonizzazione²⁴.

Il crescente ruolo delle organizzazioni non lucrative in questo dialogo con le istituzioni comunitarie ha portato al riconoscimento dell'importanza di queste attività prima con il Trattato di Nizza che con l'art. 257 del Trattato CE (oggi art. 300 TFUE) aveva incluso la società civile tra i componenti del Comitato economico e sociale europeo, poi con il Trattato di Lisbona che all'art. 11 del Trattato sull'Unione europea ha richiesto alle istituzioni europee di "mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile"²⁵.

Vi è da chiedersi se questo percorso storico che ha portato ad aumentare la rilevanza a livello politico delle organizzazioni non lucrative non abbia finito per far emergere una categoria per certi versi più ristretta ma con scopi più ampi. La categoria è più ristretta perché non tutte le organizzazioni non lucrative sono coinvolte nei processi politici o ambiscono ad avere ruoli di portata generale. La categoria finisce però anche per essere più ampia perché all'interno del termine società civile vengono ad essere ricomprese attività che non si esauriscono nel loro essere non lucrative²⁶. È di tutta evidenza che il termine "società civile" può e viene usato come sinonimo di Terzo settore; tuttavia quando si parla di impresa sociale o di cooperative emerge con chiarezza una dissociazione tra il *genus* più ampio della società civile e le specifiche forme giuridiche delle organizzazioni strettamente non lucrative, quali ad esempio le fondazioni. Le ragioni che hanno portato alla riforma del Codice del terzo settore non sono aliene ad altri ordinamenti in Europa. Non esiste infatti una chiara definizione di Terzo settore: la proposta ad oggi più ampia è quella adottata nel diritto inglese di "value driven". L'identità del Terzo settore è definita come il perseguimento, in aggiunta al profitto di per sé, di ulteriori valori sociali, ambientali o culturali²⁷. Questa definizione è peraltro problematica in quanto è difficile delineare il confine tra valore sociale rispetto a quello economico²⁸.

²⁴ Si pensi tra gli altri all'iter che ha portato alla pubblicazione del Libro Verde sulla Politica sociale europea, COM (93) 551 final, o al ruolo delle organizzazioni di volontario e delle fondazioni in Europa come identificato nella Comunicazione della Commissione corrispondente (COM(97)0241 - C4-0546/97).

²⁵ Cfr. altresì art. 15 TFUE che prescrive che "al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile".

²⁶ La stessa idea di società civile ha avuto una evoluzione al pari del pensiero politico, dall'idea di agone di confronto di una comunità, secondo il pensiero aristotelico, per passare alle diverse accezioni del pensiero moderno accomunate dalla separazione tra Stato e cittadini, fino al recupero della centralità della società civile come motore per la democrazia e lo sviluppo dei diritti umani nel pensiero postmoderno. Cfr. J. Laine, *Debating Civil Society: Contested Conceptualizations and Development Trajectories*, in *International Journal of Not-for-Profit Law*, 2014, 16, p. 59.

²⁷ Così in UK Treasury, *Exploring the role of the third sector in public service delivery and reform*, London, 2004.

²⁸ Cfr. P. Auerswald, *Creating social value*, in *Stanford Social Innovation Review*, 2007, (2), 7, p. 51.

L'importanza del Terzo settore è testimoniata dalle misure che gli Stati adottano per favorirne le iniziative. I Paesi europei concordano sul fatto che esistano giustificazioni per la concessione di speciali privilegi, in primo luogo fiscali, a fronte del perseguimento di scopi che portano un vantaggio della collettività. La fornitura di beni pubblici a beneficio della comunità da parte di organismi privati fornisce la base per le esenzioni fiscali e altri privilegi di cui godono questi organismi.

Sempre più a livello nazionale l'importanza del Terzo settore è cresciuta al pari del contrarsi delle misure di welfare nazionale²⁹. La sussidiarietà orizzontale prima ancora che un principio -in Italia costituzionale - è una esigenza sentita pressoché ovunque³⁰.

Nei vari ordinamenti europei esiste una disciplina per i tipi di organizzazioni che rientrano nel Terzo settore vuoi attraverso il ricorso al Codice civile e alla legislazione speciale, come ad esempio in Francia, Spagna e Germania, vuoi attraverso la sola legislazione speciale, come, ad esempio, in Irlanda, Svezia e Regno Unito³¹.

Nella analisi delle varie similitudini e differenze tra modelli di riferimento e tradizioni giuridiche si può cercare se esista un minimo comun denominatore in grado di giustificare il regime di favore del Terzo settore e la sua compatibilità con il diritto comunitario.

5. Il Terzo settore e l'interesse generale

2433

Da un punto di vista comparativo, la questione è duplice.

In primo luogo, la normativa nazionale in materia di organizzazioni non lucrative non esaurisce l'insieme degli enti del Terzo settore. Che cosa vi debba rientrare e che cosa no è essenzialmente una decisione di politica del diritto. Due indirizzi differenti si contrappongono e stanno influenzando il dibattito oggi in Europa. Uno più recente, di derivazione statunitense, tende a non vedere una soluzione di continuità tra i vari livelli di intrapresa privata in una gradazione che va dal no profit tradizionale fino al profit con le gradazioni di intermedie di no profit che genera anche ricavi, impresa sociale e impresa socialmente

²⁹ J. Kendall, *Third Sector European Policy: Organisations Between Market and State, the Policy Process and the EU*, TSEP Working Paper, London, 2005, p. 7 s.

³⁰ Cfr. per una disamina a livello di policy P. Beresford, S. Croft, *Welfare pluralism: the new face of Fabianism, Critical Social Policy*, 1983, 3, p. 9; nel raffronto europeo A. Evers, J.L. Laville, *The Third Sector in Europe*, Cheltenham, 2004; a livello italiano, tra gli altri, C. Ranci, *Oltre il welfare state: terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del welfare*, Bologna, 1999. A. Simoncini, *Il terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in E. Rossi, P. Carrozza (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 72.

³¹ In Italia questo fenomeno delle figure societarie e associative di diritto speciale è particolarmente evidente. Cfr. G. Visintini (cur.), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003.

responsabile.³² Un altro indirizzo, più risalente, ha influenzato in varia misura il continente europeo e si sostanzia nella intersezione tra lo Stato, il mercato e la comunità costituita dai privati e dalle organizzazioni sociali spontanee, nascenti dai rapporti parentali³³.

Le decisioni dei legislatori possono essere confliggenti sulla base della adesioni a nuovi modelli senza tuttavia saper procedere ad un ripensamento complessivo di determinate opzioni normative. Basti menzionare il caso dell'Italia che è stato il primo tra i Paesi europei ad adottare una normativa sulle società benefit modellato sull'esempio americano delle "benefit corporation"³⁴. Non si è però poi proceduto ad introdurre agevolazioni fiscali necessarie per stimolare la nascita di tali soggetti, dal momento che il legislatore ha inteso disincentivare quelle condotte abusive che utilizzano il beneficio comune al solo fine di ottenere un regime fiscale più favorevole.

In secondo luogo, bisogna comprendere su quali basi si possa fondare il regime di favore del Terzo settore. Apparentemente le possibilità sono tre: la tipologia di ente, gli scopi perseguiti dall'ente, le attività svolte dall'ente.

Nonostante l'estrema varietà degli enti che i nomi rappresentano, quali le associazioni, i somateio, le Verein, le fondazioni, le Stiftung, le Stichting, i trust, le charitable companies, le cooperative, le Genossenschaft, sono certamente rinvenibili uguali matrici risalenti a tradizioni del diritto comune nel civil law, o a innovazioni giurisprudenziale o legislative nel common law. Tuttavia, la legislazione durante il ventesimo secolo ha portato ad un fiorire di nuove tipologie, ad esempio le imprese sociali o di specificazioni di tipologie esistenti tale che è impossibile basarsi sulla tipologia per identificare caratteristiche fondamentali comuni.

Gli scopi perseguiti da un ente del Terzo settore sono molteplici: vi possono essere iniziative che rappresentano scopi ideali ma condivisi solo da alcuni soggetti, si pensi ad esempio ad una associazione che richieda particolari requisiti di competenze o di preferenze comuni solo ad alcune categorie di soggetti; oppure iniziative che hanno scopi generali, ma di natura politica, ove in certi Paesi questa attività è esclusa dal novero degli enti del Terzo settore, come in Inghilterra; oppure ancora scopi filantropici ma gestiti a vantaggio di determinati soggetti; come il caso di fondazioni familiari o per il supporto di determinati destinatari accomunati da certe caratteristiche. Un tempo si riteneva che l'assenza dello scopo di lucro potesse fungere da insieme riepilogativo degli scopi particolari. Anche questo oggi è complicato alla luce della evoluzione che hanno avuto gli enti del Terzo settore che spesso sono derivazioni di soggetti lucrativi. Si pensi ad esempio

³² La scala dal no profit al profit è presente già in J. Emerson, F. Twersky, *New Social Entrepreneurs: The Success, Challenge and Lessons of Nonprofit Enterprise Creation*, San Francisco, 1996.

³³ Così A. Etzioni, *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 33, 4, 1973, p. 314.

³⁴ La legge 28 dicembre 2015, n. 208, all'articolo 1 commi 376 e ss., ha introdotto nel nostro ordinamento la cosiddetta "società benefit" che è una società che, oltre allo scopo di lucro, persegue finalità di beneficio comune, acquisendo caratteristiche sociali e favorendo un impatto positivo a livello sociale e ambientale.

ai casi delle fondazioni di impresa³⁵. Inoltre, quando ci chiediamo un ente non lucrativo che esercita attività d'impresa commerciale da una società commerciale, la differenza fondamentale attiene all'assenza dello scopo di lucro in senso soggettivo, quindi nella possibilità di ripartire l'utile di gestione o di appropriarsi del supero netto al momento della liquidazione.

La attività svolte da un ente rappresentano un indice più sicuro per comprendere al di là delle declamazioni che se una determinata organizzazione appartenga o meno a quel genus, il Terzo settore, che è vista favorevolmente dagli Stati in forza del ruolo complementare che svolge per il *welfare*.

In questo senso, i vari ordinamenti nazionali riconoscono a determinate condizioni privilegi fiscali o provvidenze per chi porti avanti attività che comportino un interesse generale o beneficio comune, così ad esempio in Germania³⁶, in Francia³⁷, in Inghilterra³⁸.

Queste attività sono tutte di interesse generale e sono menzionate nelle normative nazionali corrispondenti. Di più, l'indagine sul tipo di attività svolto è proprio il parametro per accertare la natura di interesse generale dell'ente corrispondente³⁹.

Se differenze si possono identificare è soprattutto nell'aggiornamento delle attività di interesse generale. In Italia, nel Codice del Terzo settore si è optato per un elenco delle attività di interesse generale chiuso, al fine di ridurre la discrezionalità dei soggetti costituenti e permettere di conseguenza che possano agevolarsi della normativa enti che non svolgono effettivamente attività a beneficio della collettività⁴⁰. Nel diritto inglese la lista è chiusa, tuttavia è presente

³⁵ Cfr. S. Zamagni, *Pubblica amministrazione e terzo settore*, in C. Cittadino (cur.), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, p. 10.

³⁶ In Germania le esenzioni fiscali sono possibili anche per le società a responsabilità limitata che siano costituite per scopi benefici (*gemeinnützige Zwecke*). Il codice fiscale tedesco (*Abgabenordnung*) identifica le attività che rientrano in questo tipo di esenzioni al paragrafo §52 con un lista di oltre venti tipologie che perseguono un interesse generale, come la scienza, la religione, la salute pubblica, la cura dei giovani e gli anziani, le arti e la cultura, la conservazione della memoria storica, l'educazione, la protezione ambientale, la sanità pubblica, le persone disabili, le vittime di reati e i perseguitati e così via. Ulteriori tipologie possono essere aggiunte da procedure amministrative specifiche. (*Anwendungserlass zur Abgabenordnung*).

³⁷ Così è nel Code général des impôts all'art. 200, lett. b) per gli "organismes d'intérêt général" che abbiano un "caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'oeuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises" ;

³⁸ Nel diritto inglese, rientrano nel Terzo settore tutti quegli enti che sono caratterizzati da un public benefit e perseguono finalità strettamente determinate dalla legge, così come ribadito nel Charities atto di 2011. Questo concetto è piuttosto rigido e, anche se è stato un poco ampliato negli ultimi interventi legislativi, fa riferimento alla prima definizione della materia che si fa risalire alla normativa elisabettina del 1601. Lo scopo caritatevole deve rientrare in uno o più dei 12 scopi riconosciuti dalla legge e il public benefit deve essere dimostrabile.

³⁹ Cfr. J. Garton, *The Regulation of Organised Civil Society*, Oxford, 2009, specialmente p. 15 ss.

⁴⁰ Così l'art. 5, attività di interesse generale: "tenuto conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, nonché"

una norma che permette un richiamo analogico a attività similari a quelle identificate⁴¹. Forse la soluzione migliore sarebbe quella di specificare i criteri che permettono di identificare l'interesse generale. L'interesse generale appare allora essere quel minimo comune denominatore per identificare gli enti del Terzo settore a prescindere dalla loro struttura giuridica e dal loro scopo. In tale maniera, si possono conciliare le due diverse esigenze, vale a dire quella di evitare di favorire attraverso una legislazione di favore enti che distorcano il mercato e al tempo stesso evitare l'applicazione di controlli e divieti fondamentali per salvaguardare la libera concorrenza quando si tratta di tutelare beni comuni, di interesse pubblico che devono essere sottratti ad una logica prettamente mercantile.

Si possono così considerare sotto diversa luce le richieste di un esonero completo dalla disciplina della concorrenza avanzate da più parti a livello europeo per gli enti che si occupano di servizi di interesse generale⁴². Di più, l'interesse generale visto sotto il profilo delle attività e non degli scopi potrebbe aiutare ad inquadrare meglio la problematica del regime applicabile agli enti non profit che

delle finalità' e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice, l'elenco delle attività di interesse generale di cui al comma 1 può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro trenta giorni dalla data di trasmissione del decreto, decorsi i quali quest'ultimo può essere comunque adottato".

⁴¹ Si tratta della Sections 2,3 del Charities Act 2011 dove dopo un elenco dalla lettera a) alla l), è presente una lettera m) che permette di allargare oltre il novero dell'elenco:

- (a) the prevention or relief of poverty;
- (b) the advancement of education;
- (c) the advancement of religion;
- (d) the advancement of health or the saving of lives;
- (e) the advancement of citizenship or community development;
- (f) the advancement of the arts, culture, heritage or science;
- (g) the advancement of amateur sport;
- (h) the advancement of human rights, conflict resolution or the promotion of religious or racial harmony or equality and diversity;
- (i) the advancement of environmental protection;
- (j) the relief of those in need because of youth, age, ill-health, disability, financial hardship or other disadvantage;
- (k) the advancement of animal welfare;
- (l) the promotion of the efficiency of the armed forces of the Crown or of the efficiency of the police, fire and rescue services or ambulance services; and
- (m) any other aim, which may reasonably be regarded as analogous to any aims falling within any of above (a) to (l).

⁴² Così tra gli altri il Comitato Economico e Sociale Europeo: "...invece di soffermarsi su una rischiosa distinzione - che si va peraltro evolvendo - tra carattere economico o non economico di un servizio di interesse generale, si debbano considerare la natura del servizio, le sue funzioni e i suoi obiettivi e stabilire quali servizi rientrino nel campo d'applicazione delle norme sulla concorrenza e sul mercato interno e quali invece, per ragioni di interesse generale e di coesione sociale, territoriale ed economica, debbano esserne esentati, conformemente al principio di sussidiarietà, dalle autorità pubbliche comunitarie, nazionali, regionali o locali". Cfr. Parere sulla Comunicazione della Commissione - Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea COM(2006) 177 def. (TEN/253- CESE 426/2007).

svolgano prevalentemente funzioni sociali quando si verte in tema di appalti⁴³ La compatibilità con il diritto dell'Unione europea in tale ambito è emersa con forza in tutte quei settori, come ad esempio l'affidamento diretto dei servizi sociali e sanitari agli enti del Terzo settore, nei quali vi sono implicazione di rilevante incidenza sociale⁴⁴. Emerge dalle sentenze in materia della Corte di giustizia che la realizzazione di finalità sociali è da tenere in considerazione al pari dei principi della concorrenza, contribuendo altresì al contenimento dei costi⁴⁵. A livello di diritto primario dell'Unione è possibile una riconduzione ad una diversa disciplina, di esenzione, anche nella applicazione dell'art. 107, c.3 lett. b) del TFUE dove possono essere considerati compatibili con il mercato interno quegli aiuti di stato che sono volti a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune. Come ricordato, la Commissione ha riconosciuto il pieno sviluppo ruolo degli enti del terzo settore come una delle priorità delle sue politiche. Il limite nella applicazione di tale articolo è rinvenibile nella difficoltà di identificazione a livello di scopi o di forma giuridica dell'interesse generale di natura solidaristica che può essere esonerato dalle regole della concorrenza. Un approccio basato sull'indagine delle attività in concreto portate avanti dagli enti e la loro riconducibilità all'interesse generale potrebbe essere una soluzione operativa al completo svolgersi del principio solidaristico all'interno del quadro normativo europeo e ad un armonico bilanciamento anche a livello nazionale tra esigenze di incentivazione, come a livello fiscale, in un'ottica di welfare condiviso tra pubblico e privato, di contro alla necessità di evitare abusi nell'applicazione di regimi di favore.

⁴³ Come in EU Commission, Green Paper on Services of General Interest, COM (2003) 270 final, n. 48. Cfr. O. Breen, *EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society* in *International Journal of Not-for-Profit Law*, 2008, 10, p. 66.

⁴⁴ Sono numerose le sentenze della Corte di giustizia a partire dalla sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner* fino sentenza 11 dicembre 2014, causa C-113/2013, *Spezzino*. Sul punto diffusamente D. Caldirola, *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. It. dir. pubb. com.*, 2016, p. 733.

⁴⁵ Il principio solidaristico che in controllo si rinviene nella direttiva appalti (2014/24/UE) così come in quella concessioni (2014/23/UE), nei considerando e negli articoli che permettono di escludere alcune attività dalla contrattazione pubblica.

