

Riforma del Terzo Settore e Welfare: criticità e prospettive

Fondazione Ambrosiana Attività Pastorali
Via Sant'Antonio, 5 - Milano
Aula Armida Barelli

30 ottobre 2014

Riflessioni sulla c.d. Delega al Governo per la Riforma

Finalità e oggetto della delega

- **Revisione organica della disciplina delle associazioni, fondazioni e altre istituzioni private senza scopo di lucro**
- **Riordino della disciplina degli enti privati del Terzo Settore**
- **Revisione della disciplina dell'impresa sociale**
- **Revisione della disciplina del Servizio Civile Universale**

Realtà del non profit e uso corretto

dello strumento del diritto

Necessità di affrontare profili giuridici in termini utili e corretti nella dialettica con operatori motivati nell'impegno sociale

Superamento

- del rischio del rifiuto del profilo giuridico
- della tendenza della «fuga dal diritto»
- dell'idea della supremazia dell'autonomia e dello spontaneismo nelle realtà non profit
- dell'idea di privilegiare il momento tributario su qualsiasi altro profilo giuridico

Rivedere l'approccio culturale al profilo giuridico

Diritto e storia delle idee

- ineluttabilità del profilo giuridico in ogni realtà sociale
- il diritto deve essere una scienza utile

Rivedere l'approccio culturale al profilo giuridico

Diritto e storia delle idee

- il discorso giuridico non esaurisce tutti i problemi di una realtà economico-sociale
- consapevolezza dei limiti del discorso giuridico

Come rilevato nel dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa, i protagonisti della vita economica hanno – accanto e oltre gli «obblighi di natura legale» anche e sempre «obblighi di natura sociale»

Rivedere l'approccio culturale al profilo giuridico

Diritto e storia delle idee

- necessità di coniugare il diritto con un sistema di valori autonomi rispetto a quelli dell'economia

Gli stimoli per una riforma normativa

I rilievi emersi nell'approccio alla disciplina degli enti non lucrativi

- Incoerenza delle figure disciplinate dal legislatore corporativo nel codice civile del 1942 rispetto ai valori della Costituzione del 1948
- Gli enti di diritto privato proposti dalla realtà sfuggono gli schemi disciplinati dal codice civile
- Caducazione di alcune norme del codice civile per le associazioni e fondazioni - semplice amputazione
- Introduzione di figure trasversali nella disciplina dell'impresa sociale (fra associazioni e società del Libro V codice civile) con alterazione della sistematicità

Gli stimoli per una riforma normativa

- Necessità di correlare l'attività economica dell'impresa con l'assenza dello scopo di lucro
- Modernizzazione delle norme nella prospettiva di garantire un sistema
- Superare l'intervento normativo episodico
- Consapevolezza che primo fattore di sviluppo del sistema socio-economico è il concetto di persona
- Concepire l'attività di impresa nella prospettiva di costruzione di reti e non in una prospettiva competitiva

Diritto e valori

Necessità di fondare qualsiasi discorso giuridico con un sistema di valori.

Queste le principale occasioni:

- Il «diritto vivente» nell'interpretazione costituzionale e la valenza di «guida» degli artt. 2,3,18, 41, 118 della Costituzione
- L'avventura delle «clausole generali» e l'aggiornamento del loro contenuto nell'evoluzione economica e sociale.
 - La buona fede
 - La diligenza
 - L'utilità sociale

Riflettiamo insieme

L'esame del disegno di delega al Governo per la riforma della disciplina delle associazioni e delle fondazioni, degli enti del Terzo Settore, dell'impresa sociale e del servizio civile universale

deve avvenire

ponendo alcune domande e lasciando ai nostri interlocutori di formulare le risposte

Lo strumento della «delega» e l'art. 76 Cost.

Elementi di riflessione

- Per l'art. 76 Cost. l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con la determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per un tempo limitato e per oggetti definiti
- La delega al Governo avviene attraverso una legge cioè una deliberazione del potere legislativo che fissa i principi e i limiti entro i quali deve operare il potere esecutivo
- La delega è una *norma normans* che deve generare una *norma normata*
- Il controllo della Corte Costituzionale in caso di «eccesso di delega»

Lo strumento della «delega» e l'art. 76 Cost.

Elementi di riflessione

- La posizione del Consiglio di Stato in materia di Testi Unici e Codici di settore (ad esempio: parere 11603/05)
- Abbandono dei Testi Unici misti
- Privilegio del Codice di settore (es. Codice del Consumo; Codice delle assicurazioni private)

Lo strumento della «delega» e l'art. 76 Cost.

Domanda

Il disegno di delega al Governo per la riforma del diritto delle associazioni e delle fondazioni, del terzo settore, dell'impresa sociale, e del servizio civile universale rispetta il disposto dell'art. 76 della Costituzione?

Lo strumento della «delega» e l'art. 76 Cost.

Domanda

Nel disegno di delega al Governo è scongiurato il rischio della «vaghezza del linguaggio giuridico» che tanto preoccupa gli interpreti del diritto?

Elementi di riflessione

- La stragrande maggioranza delle norme funziona secondo la forma logica dell'implicazione
- Se succede il fatto *A* vi deve essere la conseguenza *B*
- Pensiamo alla regola del «fuorigioco» nel calcio: se vi è una situazione di «fuorigioco» il successivo ingresso della palla nella porta avversaria non costituisce goal
- Il legislatore costruisce fattispecie normative al cui accadimento collega una conseguenza giuridica

La necessità di costruire le fattispecie normative e di collegare al loro accadimento una particolare disciplina

Elementi di riflessione

- A cosa servono le fattispecie normative?
- Servono a selezionare nella realtà le ipotesi concrete che entrano nella fattispecie normativa e quelle che invece ne sono escluse
- All'ipotesi concreta che rientra nella fattispecie normativa si applica la disciplina giuridica conseguente
- All'ipotesi concreta che NON rientra nella fattispecie normativa NON si applica la disciplina giuridica conseguente

Lo strumento della «delega» e l'art. 76 Cost.

Domanda

I criteri elaborati nella disegno di delega al Governo sono utili per consentire al legislatore delegato di elaborare fattispecie normative?

Il significato della espressione “senza scopo di lucro”

Elementi di riflessione

L'espressione «senza scopo di lucro» segna il carattere fondamentale degli enti che operano nel sociale

Tale carattere non costituisce una novità del d. lg. 155 del 2006 sull'impresa sociale, perché esso è già alla base della nozione di associazione e di fondazione disciplinati nel Libro Primo del codice civile (del 1942)

Di qui la necessità di configurare bene in che cosa consista l'assenza dello scopo di lucro, non lasciando questa interpretazione all'operatore del diritto

Senza scopo di lucro

Domanda

Nei criteri elaborati nella disegno di delega al Governo vi sono dei parametri sufficientemente precisi per individuare nel concreto l'assenza dello scopo di lucro?

Senza scopo di lucro

Domanda

È stata raggiunto, a livello tecnico giuridico, la consapevolezza di separare il concetto di lucro oltre che dalle associazioni anche dalle società e dall'idea di impresa quando sussistano i requisiti della funzione di utilità sociale dell'oggetto dell'ente?

Senza scopo di lucro

Domanda

La nozione giuridica (da elaborarsi) di «assenza di lucro» è stata posta come presupposto della fattispecie normativa (antecedente) di una disciplina speciale (diversa da quella di diritto comune) per determinati enti e società (conseguenza giuridica)?

Senza scopo di lucro

Domanda

Si è fatto tesoro del criterio di economicità elaborato nel diritto pubblico ma che ha ampio riflesso nel diritto privato?

Senza scopo di lucro

Domanda

Visto che l'assenza dello scopo di lucro caratterizza

- *sia le associazioni riconosciute e non del Libro Primo del codice civile*
- *sia le società e gli enti che svolgono attività di impresa sociale*

Il legislatore si è posto il problema della creazione di una disciplina comune e oppure di segnare le distinzioni disciplinari relative alle due ipotesi?

La correlazione tra impresa e assenza dello scopo di lucro

Elementi di riflessione

- è un dato scontato che anche le associazioni del Libro I del codice civile possono svolgere attività di impresa purché essa sia strumentale al perseguimento dello scopo ideale e non lucrativo (cfr. l'evoluzione dall' associazioni sportive calcistiche alle attuali Società per azioni calcistiche con azioni quotate in Borsa)
- d'altra parte l'attività di impresa è immanente alle società ed enti che svolgono attività di impresa sociale

Senza scopo di lucro

Domanda

Siamo consapevoli

- *dell'esigenza di regolamentazione dell'attività di impresa come strumento per perseguire lo scopo ideale e non lucrativo dell'ente?*
- *che alla base della fattispecie impresa l'art. 2082 c.c. pone l'elemento dell'organizzazione?*
- *dell'evoluzione dell'idea di «colpa di organizzazione» nel caso in cui l'attività di impresa non sia opportunamente strutturata e articolata?*
- *della necessità della conoscenza e della gestione dei rischi che ineriscono a qualsiasi attività di rilevanza socio-economica e in particolare alla attività di impresa?*

La distinzione tra amministrazione e controllo

Elementi di riflessione

La riforma del diritto delle società di capitali ha posto l'accento sulla distinzione fra

- Funzione dell'assemblea dei soci
- Funzione di amministrazione
- Funzione del controllo (interno)

La distinzione tra amministrazione e controllo

Elementi di riflessione

Nel nostro ordinamento manca una disciplina in materia di associazioni e fondazioni dell'organo assembleare, dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo

Quando va bene questo aspetto è affidato all'autonomia privata nella costruzione degli statuti, spesso ritagliati sulla disciplina delle società

Gli equivoci non mancano

La distinzione tra amministrazione e controllo

Elementi di riflessione

Esiste il problema della responsabilità per le obbligazioni “sociali”

A tale proposito acquista significato il conferimento della «personalità giuridica»

Occorre precisare che il riconoscimento di un ente come persona giuridica è solo un’espressione riassuntiva del regime giuridico della responsabilità limitata dell’ente per le obbligazioni assunte collettivamente

La carenza della personalità giuridica comporta che i creditori (in obbligazioni di fonte contrattuale come per quelle extracontrattuali) possono aggredire non solo il patrimonio dell’ente, ma anche di coloro che hanno avuto l’amministrazione (art. 38 c.c.)

Domanda

Siamo consapevoli che una associazione, fondazione o ente che sia deve conoscere e gestire determinati rischi, fra i quali

- *Il rischio economico-finanziario*
- *Il rischio di impresa*
- *Il rischio di insolvenza*
- *Il rischio di non conformità alle norme*
- *Il rischio della commissione di determinati reati nell'interesse o vantaggio dell'ente*
- *Il rischio di essere coinvolti in azioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo*

Domanda

Il disegno di delega al governo contiene linee normative per la disciplina di questi aspetti?

Il problema del controllo

Elementi di riflessione

A proposito del controllo il nostro ordinamento

- distingue il significati del termine controllo
- distingue la nozione di controllo da quella di vigilanza
- distingue i controlli interni da quelli esterni
- sottolinea l'elemento del controllo nelle operazioni che comportano il dovere di rendiconto

Elementi di riflessione

Il termine controllo allude a queste realtà

- Controllo nel senso di pilotaggio (direzione e controllo)
- Controllo nel senso di prevalenza nel potere decisionale
- Controllo nel senso di essere finanziatore e fornitore privilegiato dell'ente (il rischio di staccare la spina)
- Controllo nel senso di verifica della conformità di un determinato comportamento a norme, regolamenti, standard condivisi

Elementi di riflessione

Anche per gli enti privati del Libro Primo del codice civile e del Terzo settore occorre distinguere

L'amministrazione che deve essere affidata a un organo amministrativo (comunque denominato)

Il controllo interno che deve essere affidato a organi e organismi necessari per le singole funzioni (osservanza dello statuto e della legge, osservanza di conformità alle norme, osservanza della gestione dei rischi reato, osservanza della normativa di contrasto del riciclaggio e così via)

Elementi di riflessione

Controllo interno

(da parte degli organi deputati a questa funzione secondo il modello di governance)

Controllo esterno

(da parte delle Autorità di vigilanza ed Autorità indipendenti
- ma quali ? Non creiamone altre)

Un altro profilo del controllo

Elementi di riflessione

Nella dinamica delle associazioni, fondazioni, enti del Terzo Settore esiste il problema della raccolta di fondi per il perseguimento degli scopi ideali (non lucrativi)

Il soggetto finanziatore è invogliato all'erogazione gratuita a condizione che i fondi siano effettivamente utilizzati per quegli scopi

Si pone quindi l'esigenza di un controllo della destinazione dei fondi e simmetricamente un obbligo di rendiconto di questa attività

Un altro profilo del controllo

Domanda

Nel disegno della delega al Governo sono stati indicati i criteri per la disciplina di questo aspetto?

Il profilo tributario

Domanda

Ci rendiamo conto che il regime tributario incide sullo sviluppo delle associazioni, fondazioni, enti del Terzo Settore e imprese sociali?

Abbiamo avvertito come talvolta lo schema agevolativo in materia di IVA (art. 4 D.P.R. n. 633 del 1972) e in materia di imposte sul reddito (artt. 148 e 149 DPR n. 917 del 1986) sono stati adoperati per mascherare attività lucrative di impresa

Come difendere chi si comporta correttamente di fronte alla politica di contrasto dell'evasione fiscale e alle disinvolute presunzioni dell'Amministrazione delle finanze?

Alla riscossa

La sequenza di risposte negative alle domande qui formulate impone l'impegno di tutti gli operatori del settore a compiere un'operazione culturale seria e utile in modo da superare schemi arcaici e a consentire al legislatore di attuare una revisione sistematica e organica della forma giuridica nel rispetto dei caratteri ed delle esigenze proprie del singolo settore