

Il Terzo Settore: un nuovo esempio di polimorfismo della soggettività giuridica

*Gaetana Natale**

L'art. 1, comma 1, della Legge n. 106/2016, recante *“Delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale”* definisce il Terzo Settore *“il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociali 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”*.

L'art. 4 del D.lgs. n. 117/17, riprendendo quanto sopra affermato dalla legge delega, è più esplicito e dettagliato, chiarendo che *“sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociali mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”*.

Il comma 2 dell'art. 4 individua i soggetti che non fanno parte del Terzo settore, stabilendo che *“non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2 del D.lgs. n. 165/2001, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati da suddetti enti”*.

Vi è poi nell'art. 4 una formula di chiusura di carattere generale con riferimento generico ad ogni altro ente di carattere privato e che non assuma la forma strutturale di una società: si tratta di una formula aperta che lascia spazio ad altre figure tipologiche che potrebbero sorgere successivamente dai vari formanti.

Ma a tale positivizzazione nominalistica corrisponde anche una giuridificazione contenutistica?

Sebbene l'art. 4 soprarichiamato sia piuttosto esplicito nella descrizione degli enti del terzo settore, nella prassi non è sempre agevole qualificare un

(*) Avvocato dello Stato, Consigliere giuridico del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

ente come *non profit*, in quanto la poliformità della soggettività giuridica (si ricorderà la teoria della finzione di Savigny) vede spesso nello schema societario c.d. neutrale una compresenza di profit e non profit, creando un ibridismo tra scopo di lucro soggettivo e scopo altruistico dell'attività espletata da un ente. Si pensi, ad esempio alle società *benefit* che occorre tener ben distinte dall'area di applicazione del Terzo settore, in quanto disciplinate da una disposizione normativa specifica (art. 1, L. 28 dicembre 2015 n. 208, commi 376-384).

Il concetto di ente *non profit*, **basato essenzialmente sul divieto di distribuzione degli utili**, non risulta di facile individuazione nella prassi, considerato anche che l'entrata in vigore delle disposizioni del codice del terzo settore è in parte subordinata all'adozione di tutta una serie di normativa secondaria attuativa. Il differimento è legato sostanzialmente a due eventi e, cioè, all'operatività del Registro Unico del Terzo settore (art. 53, art. 102, comma 4) e all'autorizzazione della commissione europea (art. 101, comma 10, che sospende l'efficacia degli art. 77, comma 10, artt. 80 e 86; l'art. 104, comma 2, poi sospende più in generale pressochè tutte le disposizioni fiscali del titolo X).

In attesa che tale normativa secondaria venga portata a compimento con gli opportuni adattamenti sulla base della corretta applicazione dell'art. 11 delle preleggi, l'interprete deve nella sua opera di sussunzione della fattispecie concreta nello schema normativo del Terzo settore tener presente la chiara distinzione elaborata dalla dottrina tra il concetto di scopo di lucro oggettivo e soggettivo (società commerciali), il concetto di mutualità interna ed esterna (società cooperative, in particolare cooperative sociali, di diritto considerate imprese sociali per le quali trova applicazione il D.lgs. 112/17) e il concetto onnicomprensivo di *non profit*.

“*Non profit*” o “*no profit*” si può tradurre in italiano in “*senza scopo di lucro*”. Il sintagma può essere in parte fuorviante, poiché nel linguaggio comune esso viene associato ad organismi pubblici o privati che forniscono prestazioni gratuitamente ovvero a prezzi politici. In senso proprio, invece, la categoria comprende enti solo privatistici che erogano servizi a prezzo di mercato, sebbene per il raggiungimento di obiettivi sociali e senza alcuna possibilità di riparto dei guadagni fra gli associati/soci.

La legislazione statunitense, da cui tanto si è attinto in quest'ambito, è più sottile nella definizione, distinguendo l'espressione <*non profit*> da quella di <*non for profit*>: la prima viene riservata agli enti che, oltre a non distribuire profitti, neppure svolgono attività commerciale, la seconda, invece, a quegli enti che, pur non potendo distribuire profitti, ben possono svolgere attività commerciale. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, come novellato dal Codice del terzo settore, agli enti non lucrativi meglio si attaglia il sintagma di <*non for profit*>, proprio perché a questi enti non è affatto preclusa la possibilità di svolgere attività economica e quindi di avere un risultato utile di ge-

stione, benchè lo scopo di siffatte forme associative non sia quello di esercitare attività economiche, appunto, *for profit* (vedi RESCIGNO, “*Le formazioni sociali intermedie*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, p. 306; sulle “*non profit organizations corporations*” si veda BERMANN, “*The legal Framework of Foundation in the United States*”, in *Le fondazioni (tradizione e modernità)*, a cura di ALPA, Padova, 1988, p. 105).

La nozione di ente “*non profit*” è stata per molti versi il tentativo di elaborare un concetto unificante rispetto all’altra nozione, quella di c.d. terzo settore, che fino ad oggi era sostanzialmente di tipo sociologico.

Il terzo settore, come è noto, è nozione che si è affiancata a quelle di “primo settore”, relativo al Pubblico in generale, ed a quella di “secondo settore”, relativo all’impresa privata. Così gli enti del terzo settore, pur perseguendo attività sociali senza scopo di lucro, ed essendo sovente finanziati dallo Stato (o altri enti pubblici), hanno operato secondo le regole del mercato e della concorrenza, svolgendo attività economica o di impresa anche senza la struttura della società commerciale. Essi non costituiscono quindi né istituzioni commerciali, perché diversamente da queste perseguono finalità altruistiche ed è loro precluso il riparto dei dividendi; né enti pubblici in senso stretto, difettando dei requisiti ontologici di questi. Nondimeno, gli enti *non profit* instaurano frequenti rapporti di collaborazione con soggetti pubblici, essendo presenti ed operando nel mercato come qualsiasi società lucrativa (vedi Ponzanelli, voce *Enti senza scopo di lucro*, in *Digesto IV, Disc. priv., Sez. civ., VII*, Torino 1991, p. 468). In altri termini vi è una sostanziale scissione tra attività di impresa ex art. 2082 c.c. e società, in quanto anche le associazioni e le fondazioni, ad esempio, possono svolgere attività economiche.

Occorre considerare che anche l’ente pubblico può ovviamente essere presente nel mercato e svolgere attività di impresa; basti pensare agli enti pubblici economici, onerati già dal codice civile all’iscrizione presso il registro delle imprese (art. 2201 c.c.). Potrebbe essere, quindi, anche molto difficile distinguere enti di diritto privato con fini istituzionali ultraindividuali ed operanti nel mercato ed enti pubblici economici con fini altrettanto ultraindividuali. Ecco che allora occorre considerare, al fine di escludere la disciplina del codice del terzo settore, anche gli indici di riconoscimento di un ente pubblico. La dottrina pubblicistica (vedi Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1956, p. 156; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1962, p. 105; G. Rossi, voce *Ente Pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1989), nonostante le numerose opinioni, è giunta alla conclusione che l’unico criterio di riconoscimento soddisfacente risieda nel dovere istituzionale dell’ente di svolgere una certa attività finalizzata al perseguimento di un interesse collettivo; pertanto doverosità del perseguimento del fine ed assenza di autonomia dell’ente sono le uniche caratteristiche ontologiche degli enti pubblici. Proprio l’autonomia è, invece, l’elemento qualificante degli enti privati

del Terzo settore, assieme all'altro essenziale elemento consistente nel divieto di riparto degli utili, indice rivelatore essenziale del fine altruistico perseguito. Non solo, ma è altresì solitamente necessario che il patrimonio residuale dell'ente al momento della sua estinzione venga devoluto ad altri organismi esercenti la medesima attività istituzionale (o simile), sì che i partecipanti non abbiano modo, nemmeno indirettamente, di perseguire interessi individualistici; e ciò è quello che è esattamente previsto dall'art. 9 del Codice. Quanto alle società il disposto dell'art. 2247 c.c. non si traduce nella necessaria percezione immediata di utili da parte dei soci, potendo questa anche essere posticipata al momento dello scioglimento dell'ente sociale, ma per l'ente *non profit* la distribuzione degli utili non è prevista nemmeno in caso di estinzione dell'ente.

I due indici principali rivelatori dell'ente del terzo settore sono **l'autonomia dalle amministrazioni pubbliche e il divieto di divisione sia diretta che indiretta degli utili (*non distribution constraint*)**.

Sotto il profilo dell'autonomia l'art. 4 comma 2 non chiarisce la nozione della eterodeterminazione delle amministrazioni pubbliche declinato nei concetti di direzione, coordinamento e controllo, ma il rinvio esterno alle norme del codice civile con la clausola di compatibilità contenuto nell'art. 3, induce a ritenere condivisibile l'applicazione dell'art. 2359 c.c. sotto il profilo del controllo interno di diritto, controllo interno di fatto e controllo esterno di fatto e dell'art. 2497 c.c. in relazione all'attività di direzione e coordinamento dei gruppi societari. È chiaro che non avendo gli enti del terzo settore la struttura organizzativa della società commerciale (a differenza della impresa sociale che ha la disciplina speciale di cui al D.lgs. 112/17) la situazione di controllo non potrà essere valutata con riferimento alla misura della partecipazione al capitale, ma con riferimento all'effetto che la partecipazione maggioritaria determina negli enti (ad esempio la disponibilità della maggioranza di voti esercitabili negli organi decisionali dell'ente).

Il divieto del controllo di un'amministrazione pubblica sull'ente *no profit* dovrà fare i conti con la realtà di fatto, dove la partecipazione specie di amministrazioni pubbliche, quali i Comuni ed enti *non profit* non è di certo fenomeno infrequente.

Così per semplificare, ricadrebbe nell'ipotesi di esclusione dell'art. 4, comma 2, il caso di un'associazione composta da soli enti pubblici oppure il caso di un ente con la maggioranza degli amministratori nominata dalle formazioni tipologiche che non sono enti del Terzo settore in base al comma del citato articolo.

Sotto il profilo del divieto della distribuzione indiretta degli utili occorre analizzare una specifica norma antielusiva contenuta nell'art. 8 comma 3 del D.lgs. 117/17. Tale norma considera distribuzione indiretta di utili *“la corrispondenza a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi su-*

periori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo, 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5 comma 1, lettere b), g) o h)". Il limite, pertanto, per espressa previsione del legislatore può essere superato, senza che si integri la violazione del divieto di distribuzione indiretta di utili, in presenza di comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento di attività di interesse generale, quali interventi e prestazioni sanitarie, formazione universitaria e post-universitaria, ricerca scientifica di particolare interesse sociale.

Occorre precisare che in caso di atti di gestione *ultra vires* nel codice del Terzo settore non è prevista l'inefficacia dell'atto di disposizione che esula dalle finalità statutarie né la responsabilità del soggetto autore dell'atto, ma, facendo riferimento non al singolo atto, ma al risultato finale dell'attività, viene prevista direttamente la sanzione dell'espulsione dell'ente dal Registro Unico Nazionale.

La norma inserisce, altresì, anche un criterio di proporzionalità del trattamento retributivo tra lavoratori dipendenti, prevedendosi che, in ciascun ente del terzo settore, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda.

L'art. 8 sopra citato è da coordinare con l'altro articolo che contiene disposizioni giuslavoristiche, ossia con l'art. 16, secondo il quale i lavoratori degli ETS *"hanno diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81"*.

Condividendo la tesi dell'applicabilità immediata di tali norme la cui operatività scatta con l'entrata in vigore del Codice a prescindere dal Registro Unico Nazionale del Terzo settore che rappresenta una forma di pubblicità dichiarativa ex art. 2193 c.c., occorre precisare che il rinvio operato dal D.lgs. 117/17 al richiamato art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81 è innanzitutto indicativo di una chiara scelta legislativa: quella di non prevedere l'elaborazione di un unico contratto collettivo nazionale di lavoro per gli enti del terzo settore, seppure questi ultimi risultino indubbiamente caratterizzati da esigenze differenti rispetto alle imprese profit delle varie categorie produttive. Il richiamo all'art. 51 del D.lgs. n. 81/2015, come è stato osservato in dottrina (vedi V. GUGLIOTTA *"Il nuovo Codice del Terzo Settore: profili lavorativi"*, in *Bollettino Adapt*, 6 novembre 2017, n. 37) non risulta in sé risolutivo, considerato il problema dell'identificazione del criterio selettivo della rappresentatività comparata, peraltro qui riferito alle sole associazioni sindacali e non anche a quelle datoriali, in assenza di parametri certi per la individua-

zione della comparazione. La norma richiamata presenta un'equiparazione tra i livelli contrattuali (nazionale/decentrato) nella definizione delle regole che governano i rapporti lavorativi. Tale equiparazione, stante il generale richiamo al trattamento economico e normativo minimo da riconoscersi al lavoratore del settore, assume particolare valore proprio in ragione dell'ampiezza delle materie oggetto di intervento da parte dell'autonomia collettiva. Occorre, poi, valutare la sorte dei contratti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi, relativamente alla loro efficacia. Il che, oltre tutto, apre il campo a profili di legittimità costituzionale delle disposizioni qui in esame, ove si prospetta l'estensione dell'efficacia riconosciuta ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, oltre il loro naturale campo di applicazione con possibile violazione dell'art. 39, seconda parte della Costituzione.

Se il pluralismo contrattuale costituisce la fisiologica conseguenza della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., nell'attuale difficile fase che investe le relazioni sindacali esso si intreccia con una prassi sempre più diffusa della stipulazione di contratti collettivi nazionali da parte di associazioni sindacali "alternative" ai sindacati confederali, e poco rappresentative. In alcuni settori (terziario, servizi, ma si pensi in particolare al mondo cooperativo) si riscontra un'ampia diffusione del fenomeno dei contratti collettivi c.d. pirata, firmati da organizzazioni datoriali e sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, che prevedono condizioni economiche o normative al di sotto degli standard contrattuali dei settori di riferimento (trattamenti retributivi inferiori, maggiore flessibilità di orario di lavoro, ecc.). Si determinano, in tal modo, pratiche di *dumping* contrattuale, perché solo alcune imprese - quelle aderenti alle associazioni datoriali firmatarie - possono beneficiare di disposizioni che giustificano un costo del lavoro inferiore; il che consente loro di essere più competitive sul mercato e di aggiudicarsi un numero consistente di appalti pubblici e privati.

A tal riguardo occorre ricordare che il Consiglio di Stato nel noto parere n. 2052/2018 ha puntualizzato che, salvo le procedure di accreditamento c.d. libero e le procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate a rapporti puramente gratuiti, le procedure previste dal Codice del Terzo settore configurano nell'ottica europea "*appalti di servizi sociali*" e, pertanto, sono sottoposti alla disciplina dei contratti pubblici che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal Codice del Terzo settore. In tal senso il basso costo della manodopera può senz'altro determinare la c.d. anomalia dell'offerta ex art. 97 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016).

L'obiettivo di contrastare forme di concorrenza basate sul *dumping* contrattuale emerge chiaramente da una recente sentenza della Corte Costituzionale (sent. n. 51/2015) con cui i giudici della legge si sono pronunziati sul trattamento economico riconosciuto al socio lavoratore occupato presso le so-

cietà cooperative. La Corte ha, in particolare, affermato la costituzionalità dell'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 (conv. in L n. 31/2008), che impone alle cooperative di applicare ai soci lavoratori, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, i livelli retributivi fissati dai contratti collettivi firmati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. Ad avviso della Consulta, infatti, la norma è volta a contestare l'applicazione di contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali di non accertata rappresentatività che prevedano trattamenti retributivi potenzialmente in contrasto con la nozione di retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 cost. Il riferimento al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative deve intendersi come "mero parametro esterno" utilizzato dal giudice per garantire al socio lavoratore il minimo retributivo (proporzionato e sufficiente).

La Corte in tal caso non ha ravvisato, poi, un contrasto con l'art. 39 Cost., perché nel rispetto del principio di libertà sindacale, anche le sigle sindacali sfornite di maggiore rappresentatività possono stipulare contratti collettivi e stabilire i minimi retributivi, con l'unico limite che questi non devono essere in contrasto "*con il diritto del singolo, intangibile da qualunque organizzazione sindacale, di percepire la giusta retribuzione ex art. 36 Cost.*".

Pertanto, poiché nulla impedirebbe che il legislatore fissi un salario minimo legale rispondente al dettato costituzionale, al fine di contrastare forme di comparazione salariale al ribasso, non vi è ragione per la quale il corretto parametro di riferimento per la retribuzione giusta e sufficiente non possa essere rinvenuto nei valori concordati nei contratti collettivi di lavoro firmati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Il ragionamento sviluppato dai giudici costituzionali è tutto incentrato sulla garanzia della c.d. giusta retribuzione, riconosciuta ai lavoratori ai sensi dell'art. 36 Cost. Esso, dunque, solo parzialmente risulta estensibile alla normativa dettata per il terzo settore che non si limita ad imporre una retribuzione minima, il cui parametro è costituito dai contratti collettivi "qualificati", ma estende la sua portata protettiva fino a riconoscere ai lavoratori occupati in quegli enti il diritto ad un trattamento anche normativo non inferiore a quello previsto da quei contratti collettivi. Il legislatore del terzo settore, dunque, opera un richiamo ad una più ampia gamma di materie regolate da quelle fonti collettive, il cui carattere vincolante travalica la sola parte retributiva per investire l'intera regolazione del contenuto dei rapporti individuali di lavoro (la c.d. parte normativa del contratto collettivo). La complicazione, poi, risulta ancora più evidente se si considera che i contratti collettivi cui fa riferimento il legislatore del terzo settore sono multilivello, richiamando i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali di cui all'art. 51 D.lgs. 81/2015. Introducendo un meccanismo estensivo dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi

qualificati, l'art. 8 del codice del terzo settore si pone in contrasto con il modello di contrattazione statuito nella seconda parte dell'art. 39 Cost.

Indubbiamente il terzo settore è capace di stare sul mercato proprio grazie alla possibilità di avvalersi di variegata forme lavorative che spaziano dallo svolgimento di prestazioni a carattere volontario, a prestazioni retribuite a carattere associativo (si pensi, in particolare, alla complessa posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa, di cui alla L. n. 142/2001), all'ampia tipologia di prestazioni lavorative che possono essere rese in forma autonoma o subordinata. Si tratta di modalità collaborative non innovate dal Codice del Terzo settore che continua ad affidare la prestazione resa negli ETS alla alternativa dicotomica lavoro autonomo/lavoro oneroso, lavoro associato/lavoro subordinato. Nella prassi, però, nel settore in esame si registra una significativa presenza di lavori flessibili che meglio sembrano adattarsi a modalità operative e organizzative fondate sulla elasticità funzionale delle attività gestite dal *non profit*, attività che soltanto in parte possono essere predeterminate nel tempo e nello spazio, sfuggendo a una reale programmazione. Secondo gli studiosi della materia (vedi tra i tanti F. CORBISIERO, A. SCIALDONE, A. TURSILLI, "Il lavoro flessibile e forme contrattuali non standard nel Terzo settore", 2009) la flessibilità è una componente vitale dell'operosità del Terzo settore (si pensi, ad esempio, ai notevoli servizi erogati nell'ambito dell'assistenza sociale e sanitaria). Se in questi ultimi anni il terzo settore ha avuto una notevole espansione lo si deve anche a questo profilo di *labour intensive*, ossia all'introduzione delle nuove forme di entrata nel mondo del lavoro.

Questa duttilità organizzativa deve, però, oggi fare i conti con le maggiori "rigidità" che si traducono in maggiori garanzie introdotte nel mercato del lavoro dalla più recente legislazione (si pensi, in particolare, al riordino delle tipologie contrattuali introdotta dal D.lgs. n. 81/2015 e più, di recente, alla regolamentazione del contratto a tempo determinato, operato con il c.d. decreto dignità volto a dare maggiori tutele ai lavoratori). Tipicità il cui impatto deve essere attentamente valutato e monitorato, anche per il rischio di una impropria sostituzione dei contratti di lavoro con il ricorso alle attività di volontariato disciplinata dalla L. n. 266/1991, oggi integrata e resa omogenea dalle nuove disposizioni del codice del terzo settore.

Si condivide, pertanto, il contenuto dell'art. 17 comma 5 del Codice del Terzo settore che prevede un'incompatibilità tra lo status di volontario e quello di lavoratore della medesima organizzazione limitato al solo volontario occasionale (iscritto nell'apposito registro da tenersi da parte dell'ETS), consentendo in tal modo ai lavoratori dell'ETS di svolgere spontaneamente l'attività di volontariato presso il medesimo ETS in via occasionale e comunque avente un oggetto diverso dalla prestazione lavorativa.

È bene precisare che il codice del Terzo settore ha introdotto una disciplina organica di una materia che prima aveva una valenza meramente fiscale

trasformandola ora anche in una vera e propria disciplina sostanziale. Si assiste, quindi, ad una trasmigrazione della disciplina fiscale nella disciplina codicistica, fenomeno conosciuto anche nell'esperienza nord-americana in tema di fondazioni (*charitable corporation*). In questa fase transitoria appare quanto mai opportuno un coordinamento, con il diritto tributario che, per sua natura asistemico, dovrà essere continuamente adattato in sede di prima applicazione alle norme dell'ETS.