
Saggi

Il finanziamento degli enti del Terzo settore

Third Sector financing

Andrea Perrone *

ABSTRACT

Gli enti del Terzo settore (ETS) presentano una struttura dei ricavi fortemente influenzata dalle scelte operate dall'ordinamento. L'articolo discute criticamente le ragioni che giustificano le diverse previsioni contenute nella riforma del Terzo settore, con particolare attenzione alla funzione sociale assoluta dagli ETS e alle conseguenti ricadute di disciplina. Un giudizio positivo sul modello adottato dalla riforma conclude la trattazione.

Parole chiave: Terzo settore – finanziamento – strategie normative – funzione sociale – sussidiarietà – fiscalità compensativa

Third-sector organizations (TSOs) feature a revenue structure that is strongly influenced by lawmaker's policy options. This paper discusses the rationales of the regulations on TSOs' financing as introduced by the Third Sector's reform, focusing on the social role played by TSOs and the related legal provisions. A positive evaluation of the model adopted by the reform concludes.

Keywords: Third Sector – financing – normative strategies – social function – subsidiarity – tax in kind

* Professore ordinario di diritto commerciale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano; email: andrea.perrone@unicatt.it.

Il presente lavoro riproduce, con alcune modifiche e l'aggiunta delle note, la relazione svolta al Convegno, *La nuova disciplina dell'impresa del Terzo settore*, organizzato dall'Associazione Gian Franco Campobasso (Bari, Università degli Studi "Aldo Moro", 23-24 novembre 2018). Ringrazio Luca Antonini, Antonio Cetra, Stefania Gianoncelli, Giorgio Marasà e Alfredo Moliterni, per le preziose osservazioni a una versione precedente. Eventuali errori e omissioni rimangono miei.

SOMMARIO

1. Le risorse del Terzo settore. – 2. Struttura dei ricavi e disciplina giuridica. – 3. All’origine delle scelte normative. – 4. Le strategie adottate dalla riforma del Terzo settore. – 5. Il criterio di accesso al finanziamento “agevolato”. – 6. Un modello “misto”. – 7. Una valutazione finale.

1. *Le risorse del Terzo settore.*

Gli enti del Terzo settore (d’ora in poi, “ETS”) presentano una struttura dei ricavi particolarmente complessa.

Mentre, infatti, le imprese e lo Stato tendono a sostenersi mediante una singola fonte di entrate (rispettivamente: il corrispettivo per la cessione di beni e servizi e l’imposizione fiscale), gli ETS ricorrono a una pluralità di fonti di finanziamento. I ricavi degli ETS possono derivare, anzitutto, da *fondi pubblici*, che, a loro volta, assumono molteplici declinazioni: contributi previsti dalla legge in conformità a scelte generali di *public policy* (per esempio, agevolazioni fiscali; cinque per mille); contributi di singoli enti pubblici a supporto di specifiche attività (per esempio, *grants* per attività di ricerca); rimborsi per la prestazione di servizi pubblici resi a terzi (per esempio, rimborsi alle strutture convenzionate per servizi sanitari o socio-sanitari). Tradizionale fonte di ricavi sono, in secondo luogo, le *donazioni private*: donazioni di persone fisiche e imprese, raccolte fondi tra il pubblico, contributi a fondo perduto da parte di fondazioni erogatrici. Una terza fonte di ricavi è, poi, costituita da *contributi in natura*: beni (per esempio, immobili o collezioni di opere d’arte) e, soprattutto, il lavoro volontario. Non mancano, da ultimo, ricavi comparabili con quelli delle imprese, in particolare nelle forme di *corrispettivi per l’attività prestata e rendimenti da investimenti*¹.

Le fonti di ricavo così descritte sono spesso combinate tra loro secondo un *mix* specifico per le singole attività e i singoli contesti². Così, per esempio, in

¹ Per un’introduzione di carattere generale, C. CHANG, H. TUCKMAN, G. CHIKOTO-SCHULTZ, *Income diversity and nonprofit financial health*, in B. SEAMEN, D. YOUNG (eds.), *Handbook of Research on Nonprofit Economics and Management*, Cheltenham, Elgar, 2018, 11 ss.; meno di recente, D. YOUNG, *Why Study Nonprofit Finance?*, in D. YOUNG (ed.), *Financing Nonprofits: Putting Theory into Practice*, Lanham, Altamira, 2007, 4 ss.; P. PAJAS, M. VILAIN, *Finance of Nonprofit Organizations*, in A. ZIMMER, E. PRILLER (eds.), *Future of Civil Society: Making Central European Nonprofit-Organizations Work*, Wiesbaden, Springer, 2004, 343 ss.

² Sul punto R. FISCHER, A. WILSKER, D. YOUNG, *Exploring the Revenue Mix of Nonprofit Organizations: Does It Relate to Publicness?*, in 40 *NVSQ*, 2011, 662 ss.

Germania gli ETS che prestano servizi sociali si finanziano prevalentemente con fondi pubblici³; mentre, negli Stati Uniti, la Croce Rossa ha ricavi costituiti principalmente da donazioni private⁴. Al pari delle imprese e dello Stato, infine, gli ETS ricorrono al *credito* per far fronte a esigenze di liquidità.

2. *Struttura dei ricavi e disciplina giuridica.*

La struttura dei ricavi degli ETS è fortemente influenzata dalle scelte operate dalla legge.

Del tutto ovvio è, anzitutto, che in uno Stato di diritto presupposti e modalità di erogazione dei fondi pubblici dipendano dalla legge. Ma anche il volume delle donazioni private è in parte determinato dal regime fiscale applicabile. Del pari, l'incidenza sul conto economico del corrispettivo per la prestazione di beni e servizi può essere modificata dalla decisione di applicare un regime tributario speciale in deroga alle norme di diritto comune⁵. Infine, il ricorso al credito può essere favorito dalla legge sul lato della domanda (per esempio, con forme pubbliche di garanzia) e sul lato dell'offerta (per esempio, defiscalizzando il reddito da interesse).

In ragione della stretta connessione tra struttura dei ricavi, attività e contesto di riferimento, le scelte operate dalla legge hanno, pertanto, un rilevante effetto distributivo, incidendo, per conseguenza, sugli assetti organizzativi e sulle scelte operative degli ETS⁶: alcune attività possono essere agevolate rispetto ad altre; la dipendenza dallo Stato nell'identificazione dei fini istituzionali e delle modalità operative può essere più o meno rilevante; possono esse-

³ H. ANHEIER, S. TOEPLER, W. SOKOLOWSKI, *The implications of government funding for non-profit organizations: three propositions*, in 10 *IJPSM*, 1997, 193.

⁴ P. ROONEY, *Individual Giving*, in D. YOUNG, (nt. 1), 23 ss.

⁵ Per una discussione in termini generali, S. RATHGEB SMITH, K. GRØNBJERG, *Scope and Theory of Government-Nonprofit Relations*, in W. POWELL, R. STEINBERG (eds.), *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*², New Haven, Yale University Press, 2006, 235 ss.

⁶ B. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1988, 88 ss.; sulla scorta della "teoria della dipendenza dalle risorse" (J. PFEFFER, G. SALANCIK, *The External Control of Organizations*, New York, Harper & Row, 1978), K. FROELICH, *Diversification of Revenue Strategies: Evolving Resource Dependence in Nonprofit Organizations*, in 28, *NVSQ*, 1999, 246 s.; H. ANHEIER, S. TOEPLER, W. SOKOLOWSKI, (nt. 3), 194 ss.; più di recente, P. SHERER, R. SUDDABY, M. ROZSA DE COQUET, *Does Resource Diversity Confer Organizational Autonomy In Arts Organizations? Extending Resource Dependence Theory*, in 49 *JAMLS*, 2019, 224 ss.

re, infine, favoriti (od ostacolati) fenomeni per i quali i ricavi da “vendite” e il credito agevolato sussidiano lo svolgimento delle attività istituzionali.

3. *All'origine delle scelte normative.*

Le scelte operate dalla legge possono essere giustificate in vario modo.

Molteplici sono, in primo luogo, gli argomenti che consentono di fondare l'attribuzione di risorse pubbliche agli ETS. Così, un tradizionale orientamento economico riconosce agli ETS una specifica capacità di prestare alcuni servizi (per esempio, educazione, sanità, assistenza sociale), che il mercato e lo Stato non riescono, di contro, a offrire in modo efficiente. Le caratteristiche di tali servizi non permettono, infatti, ai loro “produttori” di conseguire un adeguato ritorno economico o politico⁷, ovvero di convincere in modo persuasivo gli utenti in ordine alla qualità del loro “prodotto”⁸. Si determina in tal modo una “produzione” inferiore al livello ottimale, a cui supplisce la presenza degli ETS. In questa prospettiva, il sussidio pubblico consente di rimediare al “fallimento” del mercato (*market failure*), dello Stato (*government failure*) e delle dinamiche contrattuali (*contract failure*), in tal modo favorendo l'efficiente allocazione delle risorse⁹. In una prospettiva in senso lato politica, la diretta attribuzione di risorse pubbliche viene, invece, argomentata sulla base del principio di sussidiarietà: qualora un interesse pubblico sia assicurato dall'iniziativa della società civile, è giustificato che la relativa azione sia sostenuta con risorse dello Stato¹⁰. Né manca un approccio direttamente fondato sulla

⁷ B. WEISBROD, *Toward a Theory of the Voluntary Nonprofit Sector in a Three-Sector Economy*, in E. PHELPS (ed.), *Altruism, Morality and Economic Theory*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, 171 ss.; ID., (nt. 6), 16 ss.

⁸ H. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in 89 *Yale L. J.* (1980), 835 ss.; ID., *The Ownership of Enterprise*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1996, 227 ss.; per un'ottima sintesi degli orientamenti economici sul tema, R. STEINBERG, *Economic Theories of Nonprofit Organizations*, in W. POWELL, R. STEINBERG (nt. 5), 117 ss.

⁹ Per tutti, J. SIMON, H. DALE, L. CHISOLM, *The Federal Tax Treatment of Charitable Organizations*, in W. POWELL, R. STEINBERG (nt. 5), 274 s.; R. STEINBERG, B. GALLE, *A law and economics perspective on nonprofit organizations*, in M. HARDING (ed.), *Research Handbook on Not-for-Profit Law*, Cheltenham, Elgar, 2018, 29 s.; per un approccio maggiormente analitico, H. HANSMANN, *The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from the Corporate Income Taxation*, in 91 *Yale L. J.* (1981), 66 ss.

¹⁰ M. MISCALI, *Contributo allo studio dei profili costituzionali del principio di sussidiarietà fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 949 ss.; L. ANTONINI, *La sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, Guerini, 2005, spec. 140 ss.; con riferimento all'ordinamento tedesco, H.

natura “meritoria” dell’attività finanziata: lo Stato può attribuire risorse pubbliche in ragione di una pura scelta politica, che considera meritevole una determinata attività¹¹.

Sotto un diverso profilo, tanto la deroga al regime fiscale ordinario prevista a beneficio degli ETS quanto la deducibilità delle erogazioni liberali effettuate a loro favore possono essere giustificate in una logica di “fiscalità compensativa”¹². Nel primo caso, l’attività degli ETS può essere configurata come contributo “in natura” alla spesa pubblica: in questa prospettiva, la deroga al regime fiscale ordinario non costituisce, propriamente, un’esonazione, essendo piuttosto funzionale a evitare una doppia contribuzione¹³. Con riferimento alle erogazioni liberali deducibili, il finanziamento privato a ETS realizza, invece, una forma alternativa di adempimento del dovere tributario, con l’ulteriore possibilità per il contribuente di determinare con precisione l’indirizzo della spesa pubblica. Si determina, così, un rapporto diretto tra contribuzione e spesa pubblica che prescinde dalle scelte allocative dello Stato e assicura un rilevante livello di pluralismo: in sostituzione della tradizionale impostazione per la quale è lo Stato a distribuire – nell’interesse generale – le risorse raccolte con l’imposizione fiscale, qui sono i privati a determinare direttamente l’allocazione delle risorse pubbliche secondo un meccanismo decisionale decentralizzato, capace di assicurare le preferenze eterogenee dei cittadini¹⁴.

ANHEIER, W. SEIBEL, *The Nonprofit Sector in Germany: Between State, Economy, and Society*, Manchester, Manchester University Press, 2001, 96 ss.; R. BAUER, *Nonprofit Organizations in International Perspective*, in H. ANHEIER, W. SEIBEL (eds.), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, Berlin New York, de Gruyter, 1990, 274.

¹¹ B. HOPKINS, *The Law of Tax-Exempt Organizations*¹², Hoboken, Wiley, 2019, 8; un buon esempio in questo senso si legge nella decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Walz v. Tax Comm’n of City of New York*, 397 U.S. 664 (1970): «the State has an affirmative policy that considers these groups as beneficial and stabilizing influences in community life and finds this classification useful, desirable, and in the public interest. Qualification for tax exemption is not perpetual or immutable; some tax exempt groups lose that status when their activities take them outside the classification and new entities can come into being and qualify for exemption» (p. 673).

¹² L’argomento è tradizionale negli Stati Uniti: per tutti, B. HOPKINS, (nt. 11), 13 s.; J. SIMON, H. DALE, L. CHISOLM, (nt. 9), 275.

¹³ Con riferimento all’ordinamento italiano, per il rilievo che la deroga al regime fiscale ordinario, permettendo di evitare la doppia tassazione, impedisce la violazione del principio di capacità contributiva ex art. 53 Cost., G. ZIZZO, *Ragionando sulla fiscalità del terzo settore*, in G. ZIZZO (a cura di), *La fiscalità del terzo settore*, Milano, Giuffrè, 2011, 2 ss.

¹⁴ In una prospettiva economica, M. GERGEN, *The Case for a Charitable Contributions Deduction*, 74 *Va. L. Rev.* (1988), 1399 ss.; J. COLOMBO, M. HALL, *The Charitable Tax*

Da ultimo, un regime speciale fiscale delle “vendite” o le agevolazioni al credito possono essere giustificati per l’esigenza di sussidiare l’attività istituzionale¹⁵. Non manca, però, al riguardo, lo spazio per una lettura opposta: nel contesto di un’attività di impresa, un regime di favore può, infatti, assumere i tratti di un aiuto di Stato lesivo della concorrenza e come tale vietato dall’art. 107, primo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (d’ora in poi, “TFUE”)¹⁶, se non addirittura configurarsi come incentivo a comportamenti opportunistici.

4. *Le strategie adottate dalla riforma del Terzo settore.*

La riforma del Terzo settore – in particolare: il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – Codice del Terzo settore (d’ora in poi, “CTS”) e il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 in materia di impresa sociale (d’ora in poi, “DIS”) – disciplina molteplici fonti di ricavo degli ETS.

In primo luogo, prevede numerose modalità per il finanziamento con risorse pubbliche: (1) istituisce fondi per il finanziamento di specifici progetti (per esempio, il fondo per il finanziamento di progetti di interesse generale nel terzo settore: art. 72 CTS) o attività (per esempio, delle organizzazioni di volontariato: artt. 74 e 76 CTS); (2) prevede l’esonero dalle imposte (per esempio, l’esenzione dall’IMU per alcuni ETS non commerciali e la defiscalizzazione degli utili delle imprese sociali non distribuiti: rispettivamente, art. 82, sesto comma, CTS e art. 18, primo e secondo comma, DIS); (3) disciplina la possibilità di convenzioni con pubbliche amministrazioni (per esempio, per lo svol-

Exemption, Boulder, Westview Press, 1995, 99 ss.; con una particolare enfasi sul pluralismo, S. LEVMORE, *Taxes as Ballots*, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), 387 ss., spec. 405; nella nostra letteratura, S. GIANONCELLI, *Regime fiscale del terzo settore e concorso alle pubbliche spese*, in *Riv. dir. fin.*, 2017, 295 ss.; EAD., *La fiscalità delle erogazioni liberali al terzo settore*, in G. ZIZZO, (nt. 13). Il punto non è, peraltro, affatto pacifico: J. SIMON, H. DALE, L. CHISOLM, (nt. 9), 278; in senso assai critico, di recente, B. REICH, *Just Giving: Why Philanthropy is Failing Democracy and How It Can Do Better*, Princeton, L. CASTALDI, *Considerazioni intorno alla disciplina fiscale delle erogazioni liberali al cd. terzo settore*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 941 ss.

¹⁵E. JAMES, *How Nonprofits Grow: A Model*, in 2 *JPAM* (1983), 352 ss.; B. WEISBROD, (nt. 6), 108 ss. più di recente, H. TUCKMAN, C. CHANG, *Commercial Activity, Technological Change, and Nonprofit Mission*, in W. POWELL, R. STEINBERG, (nt. 5), 629.

¹⁶S. STEVENS, *Tax Aid and Non-profit Organizations*, in *EC Tax Rev.*, 2010, 156 ss.; M. HELIOS, *Taxation of Non-profit Organizations and EC Law*, *ivi*, 2007, 72.

gimento di attività di interesse generale da parte di organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale: art. 56 CTS)¹⁷.

Per altro verso, la riforma: (1) agevola fiscalmente le donazioni private [per esempio, prevedendo deduzioni e detrazioni per le erogazioni liberali a favore degli ETS o introducendo uno speciale e rilevante credito di imposta per le erogazioni liberali destinate a progetti per il recupero dei beni immobili pubblici non utilizzati e per i beni confiscati alla criminalità organizzata (c.d. *social bonus*): rispettivamente, artt. 83 e 81 CTS], (2) favorisce il credito a favore di ETS (per esempio, con la nuova fattispecie dei titoli di solidarietà: art. 77 CTS) e (3) incentiva il finanziamento delle imprese sociali con capitale di rischio (per esempio, consentendo, in deroga al divieto di eterodestinazione dei risultati, una parziale corresponsione degli utili ai soci di un'impresa sociale costituita in forma societaria ed estendendo alle imprese sociali il regime di deduzioni e detrazioni previsto per gli investimenti in *start up* innovative: artt. 3, terzo comma, e 18, quarto comma, DIS)¹⁸.

Né manca una disciplina promozionale dei contributi in natura con riguardo ai beni (per esempio, con riguardo alla concessione in comodato di beni mobili e immobili pubblici: art. 71, secondo comma, CTS) e al lavoro volontario (artt. 17-19 CTS)¹⁹. Del tutto inedita è, infine, l'istituzione di una fondazione "pubblica" – la Fondazione Italia Sociale – sostenuta, in prevalenza, con risorse private, per la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di ETS (art. 10, l. 6 giugno 2016, n. 106)²⁰.

¹⁷ Per tutti, rispettivamente, A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del Terzo settore*, Torino, Giappichelli, 2017, 214; G. SEPIO, *Il nuovo diritto tributario del terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 156 ss. e G. GIRELLI, *Il regime fiscale del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, Pisa, Pacini, 2018, 393 ss.; A. MEALE, *I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, *ivi*, 345 ss.

¹⁸ Al riguardo, rispettivamente, G. SEPIO, (nt. 17), 178 ss., e G. GIRELLI, (nt. 17), 412 ss.; E. BANI, *I titoli di solidarietà e le altre forme di finanza sociale nel Codice del Terzo settore*, in M. GORGONI (nt. 17), 167 ss., e G. CISTERNINO, *Gli strumenti finanziari e la finanza sociale alla luce della riforma del terzo settore*, in *Impresa sociale*, 2017, reperibile sul sito www.rivistaimpresasociale.it; L. PILON, *Modelli e prospettive di finanza sociale*, in A. FICI, (nt. 17), 297 s.

¹⁹ Sul punto, rispettivamente, A. MAZZULLO, (nt. 17), 212, e P. SANNA, *Profili giuridici del "volontariato" e dell'"attività volontaria"*, in M. GORGONI, (nt. 17), 153 ss.; P. VISONÀ, *Il lavoro nella riforma del Terzo settore*, in *AGE*, 2018, 76 s.

²⁰ Al riguardo, G. SALVATORI, *La Fondazione Italia Sociale nell'evoluzione storico-concettuale del terzo settore*, in A. FICI, (nt. 17), 391 ss.

5. Il criterio di accesso al finanziamento “agevolato”.

Quale che sia il fondamento della scelta operata dal legislatore, la legittimità di un finanziamento “agevolato” per gli ETS si regge interamente sulla loro funzione sociale. Rimedino a un “fallimento” del mercato o dello Stato, rispondano a un’istanza di sussidiarietà ovvero muovano dal riconoscimento della natura “meritoria” dell’attività finanziata, gli ETS vengono in considerazione, in ogni caso, perché assolvono a una funzione sociale. La riforma fa emergere questa impostazione con chiarezza – e qualche ridondanza – nella definizione della fattispecie: gli ETS sono, infatti, identificati 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» (art. 4, primo comma, CTS). In questa prospettiva, lo spazio riconosciuto al finanziamento “agevolato” dipende pertanto, dal criterio prescelto per definire la funzione sociale degli ETS: a seconda dell’impostazione adottata, il finanziamento “agevolato” acquista, infatti, una portata di maggiore o minore intensità.

Dal punto di vista teorico sono prospettabili, al riguardo, molteplici criteri. Una prima concezione enfatizza le finalità perseguite dall’attività e, quindi, il conseguente carattere “meritorio” di quest’ultima: hanno funzione sociale le attività che perseguono – nelle espressioni della riforma appena ricordate – «finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale»²¹. Una seconda impostazione, più pragmaticamente, concentra l’attenzione sul settore di attività: determinate attività hanno funzione sociale perché intervengono in un dato settore che, come tale, ha natura sociale (per esempio, l’ambito socio-sanitario e socio-assistenziale; la tutela dell’ambiente; la valorizzazione del patrimonio culturale)²². Un terzo criterio fa leva, infine, sull’eterodestinazione dei risultati (in particolare, il divieto di distribuire, anche in forma indiretta, utili e avan-

²¹ Così, per esempio, A. GIOVANNINI, *Sul terzo settore e sul disegno di legge delega: il coraggio della svolta*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 726 ss.; nell’ordinamento statunitense, A. PRESTON, *The Non-Profit Firm: A Potential Solution to Inherent Market Failures*, in *26 Economic Inquiry* (1988), 493 ss. Risponde a questo approccio la disciplina delle cooperative sociali “di tipo B”, ammesse al regime agevolato, indipendentemente dalle attività svolte, qualora queste ultime siano «finalizzate all’inserimento lavorativo delle persone svantaggiate» (art. 1, primo comma, lett. b, l. 8 novembre 1991, n. 381).

²² È questa l’impostazione della disciplina delle Onlus che soddisfano in quanto tali la finalità di solidarietà sociale ex art. 10, quarto comma, d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460; sul punto, G. MARASÀ, *Imprese sociali, altri enti non profit, società benefit*, Torino, Giappichelli, 2019, 2; M. ANSELMO, *Le attività commerciali nella disciplina fiscale del terzo settore*, in G. ZIZZO, (nt. 13), 209 ss., spec. 217.

zi di gestione): escludendo il lucro individuale, l'eterodestinazione dei risultati configura come altruistica la relativa attività²³.

Ciascuno dei criteri ora identificati risponde a impostazioni culturali assai diverse e determina differenti implicazioni distributive²⁴. Il criterio della natura "meritoria" dell'attività è abitualmente connotato da finalità redistributive a favore di soggetti svantaggiati e comporta una forte opzione politica sulle attività rilevanti²⁵. Per converso, il riferimento a settori di attività riduce le barriere all'ingresso e, quindi, favorisce un maggiore ambito di intervento; nel contempo, tuttavia, un simile approccio può essere utilizzato per realizzare scelte distributive orientate al mantenimento dello *status quo*: una volta che il legislatore ha stabilito l'elenco dei settori rilevanti, infatti, il rischio di lacune risulta inevitabile ed è più difficile, dal punto di vista politico, introdurre nuovi settori. L'eterodestinazione dei risultati, infine, consente certamente di precludere comportamenti opportunistici, ma risulta neutra rispetto alla funzione sociale dell'attività: la mancata distribuzione degli utili può caratterizzare anche realtà prive di funzione sociale, come, all'opposto, la distribuzione di utili [per esempio, ai soci finanziatori di un'impresa sociale (art. 3, terzo comma, lett. a), DIS) ovvero ai soci di *start up* innovative a vocazione sociale ex art. 25, quarto comma, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221] può caratterizzare imprese con esplicita funzione sociale²⁶.

6. Un modello "misto".

Rispetto allo scenario teorico così delineato, la riforma del Terzo settore adotta un modello "misto", caratterizzato da un riferimento a settori di attività, un tendenziale vincolo di eterodestinazione delle risorse e un articolato sistema di controlli volto a prevenire comportamenti contrastanti con le finalità delle attività finanziate. Più in particolare, il riferimento a un vasto numero di settori di attività (art. 5, primo comma, CTS; art. 2, primo comma, DIS) e la

²³ R. ATKINSON, *Theories of the Federal Income Tax Exemption for Charities: Thesis, Antithesis, and Syntheses*, 27 *Stetson L. Rev.*, (1997), 423 ss.

²⁴ Con riferimento al dibattito statunitense, M. PERRY FLEISCHER, *Theorizing the Charitable Tax Subsidies: The Role of Distributive Justice*, 87 *Wash. U. L. Rev.* (2010), 505 ss., spec. 537 ss.

²⁵ Sul punto, con un'approfondita discussione dell'evoluzione della disciplina negli Stati Uniti, J. SIMON, H. DALE, L. CHISOLM, (nt. 9), 276 ss.

²⁶ Su quest'ultimo punto, G. MARASÀ, (nt. 22), 4 s.

possibilità di aggiornare con decreto l'elenco delle attività di interesse generale (art. 5, secondo comma, CTS; art. 2, secondo comma, DIS) evita il rischio di eccessive rigidità “all'ingresso”; mentre, nel contempo, il vincolo di eterodestinazione (art. 8 CTS; art. 3 DIS) e il regime dei controlli – sia pubblici (art. 92 ss. CTS) sia realizzati con assetti di *governance* (per esempio, con riguardo ad associazioni e fondazioni, artt. 28-31 CTS) – consentono di prevenire comportamenti opportunistici, così assicurando, sia pur in modo indiretto, le finalità “meritorie” dell'attività²⁷.

Il modello introdotto dalla riforma risulta coerente con il principio di sussidiarietà orizzontale, favorendo «l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune» (art. 1 CTS). Nel contempo, soprattutto nella prospettiva del finanziamento, il nuovo impianto è chiamato a misurarsi con i vincoli europei a tutela della concorrenza qualora l'attività dell'ETS abbia carattere di impresa, come esplicitamente fatto palese dalle norme che subordinano l'applicazione di alcuni aspetti del regime «all'autorizzazione della Commissione europea» a norma dell'art. 108 TFUE (per esempio, art. 18, nono comma, DIS con riguardo alle misure fiscali e di sostegno economico per le imprese sociali).

Al riguardo, è stato auspicato in dottrina un approccio equilibrato che bilanci le regole della concorrenza con la natura “meritoria” dell'attività, integrando la tradizionale riconduzione dell'attività economiche degli ETS alla disciplina europea del mercato interno con le «specificità funzionali e organizzative» che sono loro proprie²⁸. Alcuni recenti esempi – in partico-

²⁷ Nel senso che «il fine civico, solidaristico e di utilità sociale» previsto dalla legge consiste «nell'impiego di ogni risorsa per lo svolgimento dell'attività di interesse generale, con conseguente assenza dello scopo di lucro c.d. soggettivo, e nella destinazione altruistica del patrimonio residuo», G. MARASÀ, (nt. 22), 34.

²⁸ Così A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 126; nello stesso senso, S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Merc., conc., reg.*, 2004, 88; in termini di scelte di *policy*, C. BORZAGA, *L'impresa sociale nel perimetro del terzo settore: riposizionamento e rilancio*, in *Impresa sociale*, 2016, reperibile sul sito www.rivistaimpresasociale.it. Nel nostro ordinamento, contrario a questa impostazione risulta, tuttavia, il Parere del Cons. Stato, 20 agosto 2018, n. 2052, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, per il quale le procedure di affidamento dei servizi sociali disciplinate dagli artt. 55 e 56 CTS sono estranee al codice dei contratti pubblici «ove prive di carattere selettivo, ovvero non tese all'affidamento del servizio, ovvero ancora ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita», essendo, di contro, assoggettate alla relativa disciplina «ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma onerosa, ricorrente in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione»; in tal caso, inoltre, l'amministrazione inte-

lare: (1) la conferma della Corte di Giustizia a una decisione della Commissione sulla compatibilità con il mercato interno di taluni aiuti di Stato a enti non profit²⁹; e (2) le previsioni della disciplina europea sugli appalti, che consentono di limitare la partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici ai soli ETS orientati alla reintegrazione sociale e professionale delle persone svantaggiate (considerando 36 e art. 20 Direttiva 2014/24/UE) e permettono di considerare in sede di aggiudicazione degli appalti di servizi sociali «le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili» (considerando 99 e art. 76, secondo paragrafo, Direttiva 2014/24/UE)³⁰ – costituiscono un primo passo in questa direzione.

In una diversa prospettiva, ai medesimi fini può acquistare particolare rilievo la ricostruzione della disciplina tributaria in termini di “fiscalità compensativa”, alla quale si è fatto cenno in precedenza³¹. Se il regime tributario degli ETS trova giustificazione nel contributo “in natura” alla spesa pubblica che connota l'attività degli ETS, è, infatti, possibile sostenere che nel relativo regime fiscale manca il requisito della selettività, richiesto, di contro, come essenziale ai fini dell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato³². Le agevolazioni tributarie per gli ETS non costituiscono, in altri termini, un trattamento privilegiato in favore di alcune imprese rispetto alle altre; di contro, sono misure generali di politica fiscale nazionale, dirette a evitare che gli ETS

ressata «deve specificamente e puntualmente motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, che, essendo strutturalmente riservate a enti *non profit*, «*de facto* privano le imprese *profit* della possibilità di rendersi affidatarie del servizio»; per una articolata critica, AA.VV., *Il diritto del terzo settore preso sul serio*, gennaio 2019, reperibile sul sito <https://welforum.it>.

²⁹ TUE, 12 maggio 2016, T-693/14, *Hamr Sport v European Commission*, in EU:T:2016:292; sul punto, P. NICOLAIDES, *A More Economic Approach to the Control of State Aid*, in B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development*, Cham, Springer, 2018, 65 ss.; criticamente, J. BURKE, *The General Court Endorses the Balancing Approach to Compatibility Assessment by the Commission for Czech Funding of Sports Facilities*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 2016, 446 ss.

³⁰ E. VAN DEN ABEELE, *Integrating Social and Environmental Dimensions in Public Procurement: One Small Step for the Internal Market, One Giant Leap for the EU?* (2014). ETUI Working Paper 2014.08, reperibile sul sito www.ssrn.com, spec. 22 s.

³¹ *Supra*, n. 3.

³² Per un'ottima discussione del punto, G. GIANONCELLI, (nt. 14), 303 s.; sul criterio della selettività *ex art. 107*, primo paragrafo, TFUE, da ultimo, K. BACON, *European Union Law of State Aid*, Oxford, Oxford University Press, 2017, n. 2.113, 69 ss.; M. HONORÉ, *Selectivity*, in P. WERNER, V. VEROUDEN, *EU State Aid. Law and Economics*, Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer, 2018, 119 ss.

“paghino le tasse” due volte, così da essere penalizzati nello svolgimento della loro attività economica.

7. Una valutazione finale.

Il modello “misto” adottato dalla riforma si presta, nel suo complesso, a una valutazione positiva.

Condivisibile appare, in primo luogo, la scelta generale di costruire la fattispecie di ETS intorno a settori di attività. In un contesto nel quale l’arretramento del *welfare State* assegna agli enti non profit un ruolo cruciale per il benessere sociale, una soluzione che abbassa le barriere all’ingresso e riduce *ex ante* i margini di incertezza sulle fattispecie rilevanti appare preferibile rispetto a un modello per finalità, maggiormente connotato da scelte politiche discrezionali e, pertanto, da un più elevato grado di incertezza³³.

Parimenti da approvare risulta la significativa apertura operata dalla legge al finanziamento delle imprese sociali con capitale di rischio. Oltre a fungere da incentivo, la possibilità di un rendimento fiscalmente agevolato dell’investimento “sociale” costituisce, infatti, un contributo all’ibridazione tra attività di impresa e bene comune, opportunamente realizzato con un premio, anziché con un comando: così da consentire all’ordinamento di esprimere una preferenza, salvaguardando, nel contempo, il pluralismo³⁴.

Tali scelte non sono, naturalmente, esenti da rischi. L’elevato numero di settore rilevanti, l’allentamento del vincolo di eterodestinazione³⁵ e le scelte del legislatore operate dal legislatore con riguardo alle cooperative sociali e ai loro consorzi³⁶ aumentano la possibilità di comportamenti opportunistici, potenzialmente capaci di minare la credibilità dell’intero sistema non profit.

Oltre che dal controllo pubblico *ex post*, in questa prospettiva l’equilibrio

³³ Nello stesso senso, pur nella prospettiva della tutela della concorrenza e di una maggiore efficacia del sistema dei controlli, G. MARASÀ, (nt. 22), 4 s. e 48.

³⁴ In termini generali e con una prospettiva prevalentemente di *law and economics*, G. DE GEEST, G. DARI-MATTIACCI, *The Rise of Carrots and the Decline of Sticks*, in 80 *U. Chi. L. Rev.* (2013), 341 ss.

³⁵ Sul punto G.D. MOSCO, *L’impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 228.

³⁶ Per una particolare enfasi su quest’ultimo profilo, con specifico riferimento all’acquisizione *ope legis* della qualifica di impresa sociale (art. 1, quarto comma, DIS), alla possibilità agevolata di distribuire ristorni (art. 3, secondo comma-*bis*, DIS) e alla deroga rispetto alla disciplina sul coinvolgimento degli *stakeholders* (art. 11, quinto comma, DIS), G. MARASÀ, (nt. 22), 10 s. e 100 ss.

del modello sembra dipendere da una *governance* degli ETS proporzionata alle loro dimensioni e alle tipologie di attività. La riforma ha operato scelte importanti in questo senso (per esempio, in tema di responsabilità degli amministratori, controllo interno e competenze dell'organo assembleare: artt. 25 e 27-31 CTS; artt. 7 e 10 DIS), spesso ricorrendo al modello della società per azioni³⁷ e senza temere di consentire una remunerazione degli esponenti aziendali «proporzionat[a] all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze» (art. 8, terzo comma, lett. a), CTS; art. 3, secondo comma, lett. a), DIS). Il tempo e l'esperienza diranno se queste scelte sono state adeguate.

³⁷ Sul punto, M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, in *Riv. soc.*, 2019, 80 s.

