



13 MAGGIO 2020

La “saga” della sussidiarietà
orizzontale. La tortuosa vicenda dei
rapporti fra Terzo settore e P.A.

di Luca Gori

Ricercatore di Diritto costituzionale
Scuola superiore Sant’Anna, Pisa

La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A. *

di Luca Gori

Ricercatore di Diritto costituzionale
Scuola superiore Sant’Anna, Pisa

Abstract [It]: A seguito dell’entrata in vigore del Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), è stato posto, da diverse amministrazioni, il problema del coordinamento delle norme in tema di rapporti fra Terzo settore e P.A. e le norme in tema di contratti pubblici, di derivazione europea. Il contributo, dopo aver ricostruito i contenuti essenziali della riforma del Terzo settore e le caratteristiche dell’ente del Terzo settore, affronta i contenuti e gli effetti del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018, che ha affrontato il tema, e ne critica i contenuti, proponendo una ricostruzione diversa del rapporto fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, improntata ad una lettura “costituzionale” del ruolo degli enti del Terzo settore.

Abstract [En]: After Third Sector reform (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), it raises the question about the coordination between Third Sector Code – especially in the part dedicated to the relationship between Third Sector Organizations (TSO) and Public administrations – and Public Contract Code, particularly on the immigration field. This paper, after a brief explanation of the essential contents of the Third Sector Reform, examines the opinion of the Italian Council of State n. 2052/2018 (delivered on this question) and criticizes its arguments, proposing a different point of view inspired by a constitutional approach to the TSO role.

Sommario: **1.** *L’antefatto.* Immigrazione, Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore; **2.** La riforma del Terzo settore: gli enti del Terzo settore, attività di interesse generale e norme di favore; **3.** Il nuovo paradigma relazionale fra P.A. e terzo settore: la sussidiarietà orizzontale in azione; **3.1.** La co-programmazione; **3.2.** La co-progettazione; **3.3.** L’accreditamento; **3.4.** Le convenzioni; **4.** *L’avvio della saga.* La criticità del coordinamento fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici. La posizione interpretativa del Consiglio di Stato; **5.** L’ulteriore *stop* alle linee guida ANAC. Le iniziative regionali di “reazione”: verso un *tessuto connettivo normativo di produzione regionale*? **6.** *Spunti conclusivi.* Una questione politica, prima che giuridica.

1. L’antefatto. Immigrazione, Codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore

Per comprendere la complessità del problema dei rapporti fra Terzo settore e pubblica amministrazione, conviene – ad avviso di chi scrive – ripartire da un antefatto. Nell’ambito del Tavolo tecnico per la predisposizione dell’approfondimento sulla gestione dei servizi per l’accoglienza degli immigrati all’interno del Piano nazionale anticorruzione 2018, l’ANAC richiede un parere al Consiglio di Stato a proposito del coordinamento fra le disposizioni del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) e del Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), sollevando alcuni dubbi a proposito della possibilità

* Articolo sottoposto a referendum. Il presente scritto riprende e rielabora la ricerca sviluppata dall’Autore per conto della Conferenza regionale per le autonomie sociali della Regione Toscana.

per gli enti locali di affidare servizi di accoglienza per i richiedenti asilo attraverso procedure di co-progettazione. A giudizio dell’Autorità, infatti, ove si ritenga che il legislatore del Codice del Terzo settore abbia dato corpo ad una via alternativa rispetto all’affidamento di servizi a titolo oneroso secondo quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici, emergerebbero criticità notevoli poiché si realizzerebbe una potenziale violazione della disciplina euro-unitaria sui contratti pubblici (così come recepita nel relativo Codice) e della disciplina nazionale in tema di trasparenza (previsti dal d.lgs. n. 33 del 2013). Alla richiesta sono allegati alcuni contributi, assai interessanti, provenienti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, dall’Associazione nazionale dei comuni italiani e dalla Regione Lazio¹. Nello specifico, la richiesta dell’Autorità è un chiarimento in ordine «alla definizione degli ambiti di applicazione, rispettivamente, delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e della normativa speciale del Terzo settore in caso di affidamenti agli organismi del Terzo settore delle attività di interesse generale di cui all’articolo 5 del decreto legislativo n. 117/2017 anche ai fini dell’applicazione della disciplina sulla trasparenza di cui alla legge n. 190/2012 e al decreto legislativo n. 33/2013».

Merita attenzione la materia oggetto di approfondimento da parte dell’Autorità: l’immigrazione. Non può stupire, infatti, che la vexata quaestio – che in passato, ad es., si era posta a proposito del trasporto sanitario di emergenza-urgenza, fino al punto di arrivare davanti alla Corte di Giustizia dell’UE – sia originata, oggi, dai rapporti fra P.A. e Terzo settore in tema di immigrazione². Ed assumendo quella prospettiva, assai problematica dal punto di vista politico, giuridico ed economico (la richiesta, infatti, è motivata anche dai «rilevanti interessi economici» che la materia sottende, come afferma l’ANAC), si tenti di pervenire ad alcune conclusioni di sistema.

Come è noto, il Consiglio di Stato ha rilasciato il parere 20 agosto 2018, n. 2052. Ma occorre fare un passo indietro ed individuare ratio e contenuti della riforma del Terzo settore, per coglierne le connessioni con il Codice dei contratti pubblici.

¹ La richiesta di parere del 6 luglio 2018 e gli allegati prodotti sono disponibili all’indirizzo web <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ContrattiPubblici/LineeGuida/Richiesteaparereconsiglio>.

² Cfr., sul punto, F. BIONDI DAL MONTE – M. VRENNA, *Il ruolo del Terzo settore nelle politiche per gli immigrati*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, cit., 318, i quali rilevavano, ben prima della riforma, «una mancanza di chiarezza giuridica di molti strumenti utilizzati: si pensi alla confusione, proprio di molta contrattualistica locale, tra convenzione, autorizzazione, accreditamento, affidamento e così via oppure si pensi alle convenzioni, anche di importi rilevanti, che vengono rinnovate anno dopo anno in modo automatico. Ancora una volta, e senza considerare l’aspetto giuridico, andrebbe distinta l’attività di interesse generale, sia svolta autonomamente dall’ente sia supportata dallo stesso, dall’attività svolta dal terzo settore nell’ambito di servizi regolati o organizzati, e queste due a loro volta distinte dal terzo settore fornitore di servizi appaltati da enti pubblici».

2. La riforma del Terzo settore: gli enti del Terzo settore, attività di interesse generale e norme di favore

Il Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) costituisce, insieme al decreto legislativo sull'impresa sociale (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112), la parte centrale dell'intera riforma del Terzo settore che ha avuto avvio con l'approvazione della legge di delega 6 giugno 2016, n. 106, Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale³.

Sul piano generale, sono tre le finalità di una disciplina legislativa del Terzo settore⁴:

identificare i presupposti per l'attribuzione della qualifica di «ente del Terzo settore». Ciò deve avvenire stabilendo le condizioni al verificarsi delle quali l'incontro virtuoso fra la libertà di associazione costituzionalmente riconosciuta, lo svolgimento di determinate attività ed il perseguimento di certe finalità di interesse generale consentano di ricondurre una determinata formazione sociale all'alveo del Terzo settore. È quindi compito del legislatore individuare, fra le diverse formazioni sociali, un sottoinsieme di enti che presentino caratteristiche omogenee di meritevolezza quanto alle finalità perseguite, all'ambito e alle modalità delle attività svolte, commisurando tali aspetti ai principi ed ai valori costituzionali;

prevedere, secondo quanto previsto dall'art. 118, u.c., Cost., misure che favoriscano l'attività di interesse generale promossa da tali enti, secondo un criterio di ragionevolezza. Si tratta di misure che possono riguardare una pluralità di ambiti, dal trattamento fiscale alla semplificazione nell'adempimento di determinati oneri amministrativi, dalla possibilità di ricevere contributi dalla P.A. o da soggetti privati alla possibilità di collaborare per la realizzazione di servizi di interesse pubblico, ecc.;

definire un sistema di controlli, congegnati in varie forme (controlli esterni, controlli interni, auto-controlli, ecc.), necessari per verificare se e in quale misura l'attività dell'organizzazione si svolga nel rispetto dei criteri predefiniti, rispettando l'autonomia costituzionalmente protetta di tali formazioni

³ Sulla riforma del Terzo settore, in generale, fra i diversi contributi sistematici si può rinviare a E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena, 2019; A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018; A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, 2017 e dello stesso A., *Diritto dell'imprenditoria sociale. Dall'impresa sociale all'impact investing*, Milano, 2019; M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018; F. DONATI – F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019; AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai protagonisti*, Bari, 2019; C. CONTESSA - D. SIMEOLI – I. VOLPE, *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019; P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; L. GORI – E. ROSSI (a cura di), *La riforma del Terzo settore*, numero monografico *Non profit paper*, 3, 2017. In una prospettiva storica, si rinvia a S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011 ed a E. ROSSI - S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011.

⁴ Per un inquadramento dell'assetto delle fonti, se si ritiene, a L. GORI, *Il sistema delle fonti del diritto del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018.

sociali⁵. I controlli sono preordinati a consentire la verifica delle condizioni indicate al punto (1) e, quindi, ad assicurare la genuina fruizione dei vantaggi di cui al punto (2).

La riforma del Terzo settore ha cercato di rispondere a queste tre finalità generali.

Da una parte, infatti, l'art. 4 del Codice del Terzo settore definisce, per la prima volta in termini generali, il profilo giuridico degli «enti del Terzo settore», introducendo una serie di criteri in positivo (perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale; modalità di svolgimento in forma di azione volontaria, di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi; necessaria iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore)⁶; dall'altra, sono introdotti criteri di esclusione per taluni soggetti (fondazioni di origine bancaria; amministrazioni pubbliche; partiti politici, ecc.). In tal modo, si è provato a soddisfare l'esigenza di dare un "perimetro" legale al Terzo settore, offrendo così un rilevante contributo sistematico ma ponendo, al contempo, una serie di questioni e di interrogativi sui confini così definiti⁷.

La disciplina di "riconoscimento" degli enti del Terzo settore è articolata in una parte generale (che riguarda tutti gli enti del Terzo settore) ed una parte speciale, dedicata alle singole tipologie enti del Terzo (art. 3, c.2, CTS). La parte generale, contenuta nel Titolo II, concorre a definire una sorta di minimo comune denominatore degli enti del Terzo settore, attraverso la previsione di una serie di caratteri che ne contraddistinguono le attività, l'organizzazione, il funzionamento e le modalità di rendicontazione e trasparenza verso l'esterno. La parte speciale, invece, mira a delineare i requisiti che contraddistinguono le diverse tipologie di enti del Terzo settore: si tratta di una componente fondamentale della disciplina poiché, valorizzando le singole specificità della variegata gamma di enti che operano nel Terzo settore nel contesto della tradizione storica italiana, consente al legislatore di esprimere un diverso giudizio di meritevolezza, graduando in forma differenziata la disciplina di favore (ad es., nei rapporti con la P.A.). Fra gli enti dotati di una disciplina speciale, la riforma elenca le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le reti associative, le imprese sociali e le cooperative sociali. Accanto ad essi, il legislatore ha introdotto una categoria "residuale" – gli altri enti del Terzo settore – destinata a raccogliere tutti gli enti a carattere privato, diversi

⁵ Su questo aspetto, si veda la ricostruzione di M.V. DE GIORGI, *Autorità e libertà nella riforma del Terzo settore*, in *Non Profit paper*, 3, 2017, 63 ss., a giudizio della quale «avendo il complesso normativo il suo centro di gravità nelle misure premiali, è irrealistico pensare che non debbano esserci interventi nella costituzione e successivi controlli».

⁶ *Ex multis*, su questo tema, P. CONSORTI, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non Profit paper*, 3, 2017, 29 ss.

⁷ Sia consentito rinviare a L. GORI-F. ZANDONAI, *I confini del Terzo settore: una mappa costantemente da riscrivere*, in *Impresa sociale*, 2018, 11.

dalle società, che presentino tutti i caratteri stabiliti dalla legge, ma non intendano (o non possano) assumere una delle qualifiche speciali.

È indubitabile che si tratta di uno sforzo di riordino e di adeguamento della legislazione di vastissima portata, di cui l'ordinamento italiano aveva bisogno da molto tempo⁸. La situazione aveva assunto tratti paradossali, almeno fino al 2016, poiché il Terzo settore era stato spesso “evocato” dalla legge o da atti amministrativi, ma mai definito. La legislazione, stratificatasi nel corso del tempo, aveva individuato singole manifestazioni del c.d. Terzo settore (a partire dalla legge-quadro sul volontariato, n. 266 del 1991), ma senza realizzare un efficace coordinamento, cosicché su un medesimo ente si sommavano una pluralità di interventi normativi, statali e regionali. Conseguentemente, l'applicazione da parte delle amministrazioni e l'interpretazione da parte del giudice seguivano spesso linee e criteri differenti, a seconda degli interessi e delle prospettive coinvolti (tributari, civilistici, amministrativistici). A tal proposito, si può osservare come l'istituzione del Registro unico nazionale del Terzo settore (c.d. RUNTS) risponda esattamente all'esigenza di assicurare uniformità di trattamento sul territorio nazionale⁹: l'iscrizione al RUNTS, infatti, costituisce il requisito indefettibile per l'acquisizione della qualifica di «ente del Terzo settore». In tal senso, un obiettivo importante della riforma è assicurare condizioni omologhe di iscrizione, su tutto il territorio nazionale, per i diversi enti e, soprattutto, analoghe forme di controllo.

Sotto il secondo profilo – relativo alle misure atte a «favorire» l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, nella prospettiva dell'art. 118, u.c. Cost. – la riforma disegna un sistema di misure di sostegno e promozione assai articolato, che deve prestare attenzione al fatto che le misure di “favore” che il legislatore predispose non costituiscano un ingiustificato ed irragionevole privilegio, bensì abbiano come scopo precipuo agevolare lo svolgimento dell'attività di interesse generale: in questo senso, occorre che ogni misura di “favore” esprima un rapporto di strumentalità rispetto alla finalità perseguita dall'ente che si intende promuovere. Il legislatore ricorre, essenzialmente, a quattro tipologie di strumenti o interventi: misure di semplificazione nell'esercizio della propria autonomia statutaria (ad es., le misure previste dall'art. 22 CTS, in tema di riconoscimento della personalità giuridica; art. 47, c.5 CTS, in tema di semplificazioni per i modelli statutarî predisposti dalle reti associative);

misure di favore a carattere fiscale, introdotte dal legislatore, in forma differenziata per i diversi tipi di enti del Terzo settore, le quali mirano ad introdurre regimi fiscali speciali per i diversi enti che, sul presupposto del rispetto del divieto di perseguimento di finalità lucrative (direttamente o indirettamente),

⁸ S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, cit.

⁹ Sul sistema di registrazione degli ETS, si rinvia alle considerazioni di E. VIVALDI, *Il Registro nazionale del Terzo settore*, in *Non Profit*, 3, 2014, 171 ss.

realizzino modelli di c.d. «sussidiarietà fiscale»¹⁰, in conformità con quanto previsto dal diritto dell'Unione europea. È rilevante segnalare, infatti, che le misure contenute nel Titolo X, Regime fiscale degli enti del Terzo settore del Codice del Terzo settore ed all'art. 18 del d.lgs. n. 112 del 2017 (in tema di impresa sociale) sono sottoposte alla condizione sospensiva (ex art. 101, c. 10 CTS) dell'autorizzazione da parte della Commissione europea ai sensi dell'art. 108 TFUE per la verifica della compatibilità con la disciplina in tema di aiuti di stato. Si tratta di uno degli aspetti più rilevanti (e discussi) della riforma, che eserciterà una influenza rilevante sul posizionamento degli enti all'interno dello scenario della riforma stessa¹¹; misure di favore nei rapporti con la P.A., introdotte con alcune sintetiche disposizioni nel Titolo VII, Dei rapporti con gli enti pubblici (artt. 55-57 CTS). Si tratta di disposizioni che mirano ad assicurare «il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore» da parte delle PP.AA.¹² (oggetto del presente contributo);

misure di sostegno – diretto o indiretto – pubblico e di sostegno privato, che mirano ad incentivare le attività di interesse generale svolte dagli enti del Terzo settore, in forme diverse dalla fiscalità diretta o indiretta. Si tratta dei canali di finanziamento pubblico connessi alla progettualità (ad es., fondi di cui agli artt. 72 CTS, Fondo per il finanziamento di progetti e attività di interesse generale nel terzo settore), forme di sostegno tramite servizi a favore del volontariato (ad es., la disciplina dei CSV), semplificazione per lo svolgimento di determinate attività (artt. 70 e 71 CTS), contributo per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e beni strumentali (art. 76 CTS), ecc. Rientrano in questo ambito anche le misure che il legislatore ha varato a sostegno dei comportamenti donativi dei privati (persone fisiche e giuridiche), prevedendo forme di incentivo fiscale a loro favore (art. 83) o per le forme di investimento nel capitale delle imprese sociali (art. 18, c.4, d.lgs. n. 112 del 2017). In linea generale, si tratta di una

¹⁰ Per una formulazione complessiva del principio di sussidiarietà fiscale, cfr. L. ANTONINI, *La sussidiarietà fiscale*, Soveria Mannelli, 2007.

¹¹ Sulla dissociazione fra vigenza delle norme ed efficacia delle stesse, per effetto della necessaria autorizzazione da parte della Commissione europea, sia consentito rinviare a L. GORI, *Il sistema delle fonti del diritto del Terzo settore*, cit., 35 ss.

¹² Sul punto, in dottrina, si veda A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1, 2019, 139 ss.; G. LEONARDI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. DONATI – F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, cit., 249 ss.; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, 15; M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018, 2, 5; S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019; L. GALLO, *Art. 55*, in AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore*, cit., 280 ss.; E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore*, in *Non Profit paper*, 1, 157 ss.; A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non Profit paper*, 3, 2017, 173 ss.; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., 263 ss.; P. MICHARA, *Le attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i "regimi particolari" nl d.lgs. n. 50/2016*, in C. MARZUOLI – S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 221 ss.

disciplina che deve essere attentamente considerata in quanto dà concretamente corpo alla previsione costituzionale di cui all'art. 118, u.c. Cost. che richiede agli enti pubblici di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»: dunque, non il riconoscimento di uno «spazio vuoto» di libertà entro il quale gli enti possono svolgere la propria attività di interesse generale, bensì l'indicazione che tale spazio di libertà sia sostenuto ed incentivato con opportune misure¹³.

Il terzo ed ultimo profilo – definire un sistema di controlli – rappresenta uno degli ambiti su cui il legislatore ha concentrato maggiore attenzione, quasi per reagire ad una crisi di fiducia generata da alcuni scandali, la cui rivelazione all'opinione pubblica è avvenuta proprio a ridosso dell'avvio dell'iter della riforma (c.d. Mafia Capitale, scandalo concentrato proprio intorno ad alcuni casi criminali nel settore dell'immigrazione)¹⁴. Come ha sottolineato la Corte costituzionale, poiché «riconosce una rilevanza pubblica all'attività privata, [si] impone una regolamentazione anche autoritativa, che assicuri il coordinamento degli sforzi pubblici e privati nel soddisfacimento del superiore interesse generale» (C. cost. n. 185 del 2018). Il «dosaggio» fra «autonoma iniziativa» dei cittadini e intervento autoritativo della P.A. rimane una delle questioni – come si vedrà – di maggiore delicatezza costituzionale.

Numerose sono le disposizioni dedicate dal Codice al tema dei controlli, a sottolineare la straordinaria centralità del tema (da taluni ritenuta addirittura eccessiva). Si disegna un sistema strutturato su tre livelli (definito, in dottrina, un «rompicapo»¹⁵): controlli svolti da organi interni agli enti; controlli svolti nell'esercizio dell'attività di autocontrollo da parte del Terzo settore medesimo (affidato alle reti associative nazionali ed ai centri servizio per il volontariato, art. 93 CTS); infine, controlli esterni, affidati alla P.A. e frazionati fra diverse amministrazioni competenti. A quest'ultimo proposito, si deve

¹³ Sul principio di sussidiarietà orizzontale la letteratura è davvero molto ampia. *Ex multis*, si può rinviare a A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 603 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà orizzontale, radici e suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss. e dello stesso A., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, 51 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione* e G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, entrambi in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005 rispettivamente 179 ss. e 1749 ss.; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, 171 ss. e dello stesso A., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 405 ss.; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, agg. XII, 2004; G. ARENA – G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto*, Roma, 2010.

¹⁴ Come rileva correttamente V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2019, 3, «(...) ancora una volta, di conseguenza, si è trattato di un recepimento legislativo velato dal peso delle contingenze storiche e fuorviato dalla scarsa considerazione dei relativi presupposti culturali. A prevalere è stata l'esigenza politico-legislativa di porre fine al radicamento dei nuovi meccanismi distorsivi della concorrenza presenti in tante parti del Paese; meccanismi volti a lucrare i vantaggi di una sorta di sussidiarietà residuale e per mero abbandono, tale da riservare all'iniziativa privata solamente gli spazi d'intervento irrimediabilmente o – peggio ancora – volutamente abbandonati dall'intervento pubblico, così da consentire correzioni e integrazioni a favore delle autonomie sociali per motivazioni di opportunità politica, se non proprio di clientela partitica».

¹⁵ Così E. ROSSI, *Il rompicapo dei controlli sugli enti del Terzo settore*, in *Non Profit paper*, 3, 2017, 271 ss.

sottolineare come sia apparso discutibile privare da un lato il mondo del Terzo settore di un soggetto di vigilanza e controllo (ad es., una agenzia, sul modello della Agenzia per il Terzo settore, soppressa nel 2012)¹⁶ e, dall'altro, ripartire tali compiti fra i diversi dicasteri e gli enti loro collegati, nonché fra le amministrazioni territoriali, in assenza, almeno apparente, di una forma di coordinamento e senza alcuna risorsa aggiuntiva. L'assenza di un "centro" di coordinamento fra le attività amministrative di promozione e controllo si è fatto significativamente vedere nella vicenda che si è descritta come antifatto (supra, par.1).

3. Il nuovo paradigma relazionale fra P.A. e terzo settore: la sussidiarietà orizzontale in azione

In questo scenario così ampio, la disciplina della collaborazione fra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione deve essere letta come un insieme di norme che prevedono la costruzione di una "relazione" giuridica per una categoria di enti – gli enti del Terzo settore, appunto – dotati di un riconoscimento giuridico, di derivazione costituzionale (come si è provato a dimostrare, seppure brevemente, in precedenza).

Il Titolo VII del CTS contiene una norma a carattere generale (art. 55) che individua le possibili declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale nel campo delle relazioni fra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione.

La disposizione, anzitutto, riguarda, sotto il profilo soggettivo, tutte le pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta, pertanto, di un catalogo assai ampio di soggetti pubblici.

Sotto il profilo oggettivo, invece, tali soggetti pubblici, «nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi», sono tenuti ad assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, in tutti i settori di attività di interesse generale definiti dall'articolo 5 del CTS¹⁷. È quindi la totalità delle attività che viene in rilievo, con un significativo ampliamento dell'ambito applicativo rispetto a quanto sino a oggi previsto dalla legge n. 328 del 2000 e dal D.P.C.M. 30 marzo 2001.

¹⁶ Sulla vicenda della soppressione dell'Agenzia per il Terzo settore, si vedano le osservazioni di E. ROSSI, *Fine – ingloriosa – dell'Agenzia per il Terzo settore*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, 17 e sia consentito rinviare a L. GORI, *L'Autorità (o l'Agenzia?) del Terzo settore: il grande assente del disegno di legge*, in *Non Profit paper*, 3, 2014, 129 ss.

¹⁷ A giudizio di F. SCALVINI, *Una nuova stagione. Il Codice del Terzo settore e le relazioni tra enti del Terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in *Welfare oggi*, 2, 2018, 22 «si determina così in capo alla P.A. un vero e proprio obbligo di mettere in campo strumenti idonei a sostenere la capacità degli ETS di implicarsi nelle diverse forme di partecipazione attiva. Obbligo che, presumibilmente, risulterà esigibile dai destinatari – gli ETS – e pertanto suscettibile di eventuale tutela in sede giurisdizionale».

Tale coinvolgimento attivo si sostanzia, nella prospettiva codicistica, in (almeno) tre modalità – co-programmazione, co-progettazione e accreditamento – di cui il legislatore detta una pur stringata disciplina nei commi successivi.

La disposizione pone la questione se tali forme di coinvolgimento attivo siano esclusive e riservate per i soli enti del Terzo settore, oppure se non si tratti di istituti a carattere più generale, la cui applicazione sia prevista anche (ma non solo) per gli enti del Terzo settore¹⁸. Il tenore letterale sembrerebbe non ammettere estensioni soggettive e neppure una interpretazione a carattere sistematico pare suggerirla, se è vero – come si è sostenuto – che il presupposto giustificativo della disciplina sul «coinvolgimento attivo» risiede nel profilo costituzionale del Terzo settore: l'assenza di tale ultima qualifica inibisce, in linea di principio, l'accesso a tali misure da parte di soggetti che non hanno né le medesime caratteristiche né i medesimi controlli¹⁹.

Quanto ai criteri per lo sviluppo del «coinvolgimento attivo», il legislatore si mostra assai generoso di indicazioni di principio (assai meno di indicazioni procedurali). Da un lato, «coinvolgimento» costituisce attuazione dei «principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare»; dall'altro, lo svolgimento in concreto del coinvolgimento attivo deve avvenire nel «rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241» nonché «delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». Specialmente quest'ultimi due richiami consentono di affermare che gli istituti del «coinvolgimento attivo» non si collocano al di fuori dello schema proprio dell'attività e del procedimento amministrativo, così per come disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, e non «scardinano» i procedimenti che, eventualmente, siano stati già definiti in determinati settori o da parte di amministrazioni territoriali, bensì li integrano e li arricchiscono di una possibile nuova declinazione.

¹⁸ La questione è già approdata alla Corte costituzionale in sede di ricorso in via principale del Governo su una legge regionale (L.R. Umbria, n. 2 del 2019, Reg. ric. n. 70 del 2019 in G.U. del 07/08/2019 n. 32) che ha esteso tali modalità di coinvolgimento attivo anche ad altri soggetti (le c.d. *imprese di comunità*, che non necessariamente sono enti del Terzo settore, così come definiti nell'ambito della riforma; sulle imprese di comunità cfr. il lavoro di P.A. MORI – J. SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità*, Bologna, 2018). Nella legislazione più recente, si veda art. 48, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), che consente la rimodulazione dei servizi, affidati in taluni settori fortemente a rischio a causa della pandemia, attraverso co-progettazioni, senza precisare a quale «procedimento» il legislatore intenda riferirsi né se esista una delimitazione soggettiva dell'ambito applicativo.

¹⁹ Naturalmente, rimane impregiudicata la possibilità che eventuali soggetti esclusi richiedano, ai sensi dell'art. 118, quarto comma, Cost. e dell'art. 3 Cost., l'estensione della misura, poiché essi ritengano di presentare caratteri affini o, quantomeno, comparabili agli enti del Terzo settore e la loro esclusione si configurerebbe come una *irragionevole discriminazione* (sul punto si veda, di recente, TAR Toscana, 21 novembre 2019, n. 679).

Si può sostenere, quindi, che l'art. 55 si configuri (anche) come una sorta di “clausola di chiusura” del sistema, a valenza generale, che consente al principio del «coinvolgimento attivo» di trovare realizzazione, anche in assenza di una disciplina specifica di settore che disciplini l'esercizio della funzione di “programmazione” o “progettazione” condivisa di servizi o interventi. Ove, invece, esistano specifici procedimenti ed atti di programmazione o progettazione condivisa, spetta primariamente ad essi “dare corpo” alle prescrizioni dell'art. 55, c.1 CTS.

Tale quadro pone la questione del rispetto della ripartizione di competenze legislative fra Stato e Regioni. In linea generale, infatti, il Codice del Terzo settore può essere ascritto alla competenza statale esclusiva in tema di ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lett. l) Cost.), poiché – come ha chiarito la Corte costituzionale – «i soggetti del Terzo settore, in quanto soggetti di diritto privato, per quanto attiene alla loro conformazione specifica, alla loro organizzazione e alle regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, ricadono tipicamente nell'ordinamento civile» (C. cost. n. 185 del 2018)²⁰.

L'art. 55 CTS, in particolare, si attegga a norma che definisce le “regole essenziali” che presiedono alla correlazione fra enti del Terzo settore ed amministrazioni pubbliche e che si pone come espressione di un punto di bilanciamento fra una serie di diversi interessi e valori costituzionali, nonché le norme provenienti dal diritto dell'Unione europea (rilevanti ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.). In particolare, essa si propone, nel rispetto del dettato normativo euro-unitario, di coniugare il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, u.c. Cost.) con la necessità di assicurare la tutela della concorrenza fra i diversi soggetti operanti nel e per il mercato (art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.)²¹, essendo giustificata, dal punto di vista costituzionale, dalla specificità di tali enti. L'esito è quello di realizzare non già una mera deroga rispetto alle norme che presiedono al rapporto fra PP.AA. e soggetti privati (c.d. Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016²²), bensì di configurare una relazione alternativa, impostata su principi e criteri differenti.

Il (quasi sovrabbondante) richiamo ai principi compiuto nell'art. 55, c.1 CTS, mette in evidenza esattamente la natura di delicato punto di bilanciamento della norma in commento. Ciò non esclude, però, che ciascuna Regione possa adottare proprie norme, anche di rango legislativo, che, rispettando la disciplina statale ricadente nell'ampia competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma,

²⁰ Sulla sentenza n. 185 del 2018, si veda il commento di E. ROSSI, *La riforma del Terzo settore per la prima volta davanti alla Corte*, in *Giur. cost.*, 2018, 5, 2067 ss.

²¹ Sulla difficoltà di rintracciare una interpretazione univoca della materia «tutela della concorrenza» nella giurisprudenza costituzionale, cfr. A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS – G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 101 ss.

²² Sugli istituti previsti dal Codice dei contratti pubblici in tema di affidamento di servizi sociali, si veda la puntuale rassegna di A. MAGLIARI, *L'affidamento dei servizi sociali di interesse generale attraverso contratto d'appalto*, in S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, cit., 19 ss.

lett. e) , nei diversi ambiti di attività di interesse generale (i quali attengono, in massima parte, nella competenza legislativa concorrente o residuale regionale), definiscano più puntualmente le forme di «coinvolgimento attivo» in relazione alle specificità “territoriali” (rapporti con gli enti locali, presenza più o meno articolata del Terzo settore, ecc.). La Regione, quindi, interverrebbe per disciplinare la modalità di esercizio delle funzioni amministrative nelle materie di propria competenza e per assicurare sul territorio regionale alcune condizioni minime di uniformità, anche per ciò che attiene agli enti locali, in ambiti particolarmente delicati per la coesione sociale e la qualità della vita delle comunità (si veda, da ultimo, C. cost. n. 179 del 2019). In tal senso, l’art. 55 CTS assume rilievo, rispetto alla legislazione regionale, come parametro interposto di legittimità costituzionale.

Altra questione rilevante posta dalla disposizione, invece, attiene al (non meno rilevante) piano squisitamente giuridico e cronologico²³. Nell’economia della disposizione, infatti, la co-programmazione pare rappresentare un prius rispetto alla progettazione o, comunque, alla realizzazione di un servizio. In quest’ottica l’art. 55 delinea una sorta di “percorso” che si snoda a partire dalla co-programmazione (art. 55, c.2 CTS), quale individuazione “a monte”, da parte della pubblica amministrazione, dei bisogni da soddisfare, delle risorse a disposizione e delle possibili modalità di intervento. La co-progettazione dovrebbe operare – in questa visione – “a valle” di tale individuazione (art. 55, c.3 CTS)²⁴.

Per tale motivo, l’art. 55, c.3 CTS richiama espressamente non soltanto la definizione (evidentemente in termini più puntuali), ma anche la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento, sulla base delle risultanze raggiunte in sede di co-programmazione. Costituisce chiara conferma di ciò l’argomento letterale: il legislatore, individuando i caratteri della co-progettazione, ha specificato che essa opera “alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2”, confermando in tal modo l’esistenza di un rapporto di consequenzialità.

L’esistenza di un “nesso” fra i due momenti – co-progettazione e co-programmazione – è uno degli aspetti più interessanti della disposizione, che intende sottolineare come il «coinvolgimento attivo» non si sostanzi esclusivamente nel momento realizzativo o gestionale di «specifici progetti di servizio o di intervento», bensì si estenda alla fase precedente di co-programmazione che è la pre-condizione affinché i successivi interventi e progetti risultino in linea con i principi enunciati dall’art. 55, c.1 CTS (principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell’amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare). Ma rappresenta anche un terreno specifico di attività degli enti del Terzo settore, la cui posizione,

²³ Sul punto, si veda E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, cit., 171; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento*, cit., 270 che parla di «“filiera” di strumenti».

²⁴ Cfr., in termini generali, sulle manifestazioni del potere amministrativo, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2013, 250.

all'interno dell'ordinamento, non è esclusivamente limitata allo svolgimento di attività in concreto, bensì si estende ed è valorizzata dalla capacità di offrire alla P.A. una “rappresentazione” dei bisogni e delle esigenze di una comunità: è anche su tale base che si legittima la previsione di un successivo ed adeguato strumento di «coinvolgimento attivo», quali la co-progettazione o la convenzione.

3.1. La co-programmazione

La co-programmazione è definita, all'art. 55, c.2 CTS come il procedimento finalizzato «all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili».

La disposizione si inquadra nell'ambito di un'evoluzione che, ormai da tempo, tocca il tema specifico dell'affidamento dei servizi sociali. Già il D.P.C.M. 30 marzo 2001, Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della l. 8 novembre 2000, n. 328, adottato ai sensi dell'art. 5, comma 2, della legge n. 328 del 2000 è considerato il fondamento della “costruzione” di un modello di gestione dei servizi sociali improntato ad una logica quasi-reticolare²⁵: infatti, all'art. 1, si intende valorizzare il ruolo dei soggetti del Terzo settore nell'ambito di un sistema relazionale con l'amministrazione pubblica tramite una serie di strumenti, nell'ambito della programmazione e della progettazione del sistema integrato degli interventi e servizi sociali. Pur non richiamando espressamente la co-programmazione, si rinviene un esplicito riferimento alla necessità, da parte delle Regioni, di adottare specifici indirizzi per favorire il ricorso a forme di aggiudicazione o di negoziazione tali da consentire la piena espressione della «capacità progettuale e organizzativa» dei soggetti del Terzo settore, nonché la previsione del ricorso ad «adeguati processi di consultazione» con i soggetti del Terzo settore e con i loro organismi rappresentativi che sono «riconosciuti come parte sociale» (comma 2, lett. e)).

I commi 1 e 2 dell'art. 55 del CTS sviluppano questa prospettiva di relazione tra sfera pubblica e sfera privata nell'esercizio delle funzioni pubbliche di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi sociali, estendendola però all'intera gamma delle attività di interesse generale. Ciò comporta l'adozione di un metodo di co-programmazione anche in settori che, attualmente, ne sono privi o che, comunque, non possono vantare una esperienza storica così ampia e diffusa come quella dei servizi sociali. Si configura, in questo modo, un ampliamento della sfera di operatività del modello della programmazione partecipata, andando a ricomprendervi un insieme di attività di interesse generale, senza dubbio connesse alla sfera sociale, ma che va ben oltre il semplice riferimento ad interventi e servizi sociali.

²⁵ E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, cit., 171.

In tale ottica, il contraddittorio tra amministrazione pubblica ed enti del Terzo settore, per come configurato dalla ricordata disposizione codicistica, appare conforme alle più recenti evoluzioni in tema di tecniche di partecipazione all'attività amministrativa, configurandosi, secondo un'immagine tratta da una particolare lettura della dottrina, come “precoce”²⁶. Tale è quel contraddittorio che si instaura usque ab initio, preliminare rispetto alla stessa definizione dei contenuti di una bozza di atto di programmazione, in quanto riportato ai presupposti ed alle finalità di un determinato intervento. Da questo punto di vista, l'art. 55, c.2 CTS fa riferimento ad una co-programmazione, la cui finalità è quella di individuare ad un livello preliminare i “bisogni da soddisfare”, “gli interventi necessari” per giungere al loro soddisfacimento, “le modalità” per realizzare tali interventi.

L'aspetto sul quale la disposizione è, almeno apparentemente, silente è quello procedurale. Anche intendendo valorizzare al massimo quanto previsto nell'art. 55, comma 1 CTS, è arduo identificare uno schema procedimentale “tipico”, salva la necessità di assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore nel rispetto dei principi di cui alla legge n. 241 del 1990, nonché «delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». Si tratta di una scelta normativa che apre ad un modello (potenzialmente) asimmetrico di coinvolgimento degli enti del Terzo settore²⁷. Tale possibile profilo di criticità era stato rilevato dal Consiglio di Stato in sede di rilascio del parere sullo schema di codice, con particolare riferimento al generico richiamo ai principi della legge n. 241 del 1990: si poteva infatti leggere che il dispositivo normativo, pur «mosso dalla condivisibile finalità di garantire la scelta imparziale e trasparente degli enti partner», conteneva «soltanto principi di carattere generale che andrebbero meglio specificati dalla legge non essendo all'uopo sufficiente il richiamo operato dal comma 1 rispetto alla legge n. 241 del 1990» (Cons. Stato, comm. spec., 31 maggio 2017).

Cosicché, tale aspetto procedimentale – posto anche a garanzia della parità di trattamento di tutti i soggetti coinvolti – dovrebbe ricavarsi, in via interpretativa, dalle linee guida dell'Autorità nazionale Anticorruzione (attualmente, ancora contenute nella determinazione del 20 gennaio 2016, n. 32, aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del Terzo settore²⁸). Nella prospettiva dell'ANAC, la co-programmazione rappresenta «uno strumento fondamentale per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto

²⁶ E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, cit., 163.

²⁷ E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, cit., 165.

²⁸ ANAC, *Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32*, recante “Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 30 del 6 febbraio 2016. A commento delle linee guida, in rapporto con il Codice del Terzo settore, si veda V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al Codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, 1, 2018,

funzionamento della macchina amministrativa»: pertanto, ne risulterebbe che «l'assenza di un'adeguata programmazione comporta la necessità di far fronte ai bisogni emersi ricorrendo a procedure di urgenza che, oltre a rivelarsi poco rispettose dei principi che governano l'azione amministrativa e a non garantire la qualità dei servizi resi, possono originare debiti fuori bilancio».

Appare evidente come, in questa prospettiva, il contenuto normativo proprio dell'art. 55, commi 1 e 2 CTS finisca per essere necessariamente integrato – almeno in taluni aspetti essenziali – per effetto delle determinazioni dell'ANAC (peraltro, attualmente in fase di revisione). Ciò non può che destare alcune perplessità, poiché tali linee guida finiscono, in questo modo, per assumere una valenza del tutto sproporzionata rispetto alla loro effettiva portata, sul piano delle fonti del diritto. Come è stato chiarito dal Consiglio di Stato (Cons. St., parere 1° aprile 2016, n. 855), infatti, «le linee guida non vincolanti dell'ANAC avranno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici», integrando un esempio tipico di soft-law. Tuttavia, poiché in questo ambito (e, a maggior ragione, per ciò che attiene alla co-progettazione), vengono in rilievo le posizioni giuridiche soggettive dei diversi enti del Terzo settore rispetto alla P.A., è evidente come l'integrazione della disciplina legale da parte di una fonte atipica, per quanto autorevole, possa generare perplessità.

Inoltre, non può essere sottovalutata la circostanza che l'art. 55, commi 1 e 2 CTS, in realtà, rappresenti una sorta di “scheletro normativo” che ciascuna «pubblica amministrazione procedente», nei limiti dei propri poteri ed attribuzioni, è chiamata ad integrare definendo proprie modalità, procedimenti ed effetti. D'altra parte, risulterebbe assai difficile immaginare una sorta di procedimento di co-programmazione del tutto astratto rispetto al contesto territoriale, slegato dall'attività di interesse generale che ne è oggetto e dai nessi che si intendono creare fra tale co-programmazione e le successive fasi di co-progettazione. Cosicché pare ammissibile, in linea generale, che Regioni ed enti locali, nel rispetto di quanto previsto dal CTS – che rimane la norma di riferimento quanto all'inquadramento civilistico degli enti del Terzo settore – possano dettare proprie norme al fine di integrare quanto previsto dal legislatore all'art. 55 CTS²⁹.

3.2. La co-progettazione

L'art. 55, c.3 CTS definisce la co-progettazione come «finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2» (ovverosia, la c.d. co-programmazione).

²⁹ Sul possibile ruolo regionale nell'attuazione dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, si veda S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del Terzo settore*, in S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, cit., 89 ss.; sia altresì consentito rinviare a L. GORI, *La riforma del Terzo settore e gli spazi di autonomia regionale*, in *Politiche sociali*, 2, 2019, 317 ss.

L'antecedente, sul piano normativo, è rappresentato dal già richiamato art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 (in attuazione dell'art. 5 della legge n. 328 del 2000)³⁰. Tale disposizione prevede che «al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le Regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno». Si trattava, però, di un'opzione a disposizione dei Comuni (“possono”) che è, tuttavia, limitata, sotto il profilo oggettivo, al solo ambito dei servizi sociali e, per altro verso, ai soli «interventi innovativi e sperimentali finalizzati ad affrontare specifiche problematiche sociali».

L'art. 55, c.3 CTS, invece, ha come ambito oggettivo di riferimento l'intera gamma delle attività di interesse generale di cui all'art. 5 CTS e non è limitato, di per sé, ai soli «interventi innovativi e sperimentali», bensì è orientato alla «realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2» (corsivo nostro)³¹.

La laconicità del Codice del Terzo settore rende necessaria una lettura del dato normativo alla luce della summenzionata determinazione ANAC 20 gennaio 2016, n. 32. L'art. 55, c.3 CTS, infatti, si limita a definire il fine della co-progettazione («definizione ed eventualmente realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento»), ma non si afferma alcunché a proposito del come. Il successivo comma 4, tuttavia, individua una modalità tipica attraverso cui può essere attivato un partenariato (il c.d. accreditamento), ma non individua il quid specifico della co-progettazione.

In realtà, un orientamento circa tale aspetto sostanziale lo si trae, essenzialmente, dalla prassi³². La co-progettazione costituisce un'ipotesi di accordo procedimentale, stipulato ai sensi della legge n. 241 del 1990, per la definizione di modelli innovativi e cooperativi fra P.A. e enti del Terzo settore, ciascuno dei

³⁰ Sulle esperienze di co-progettazione realizzate nell'ambito del D.P.C.M. 30 marzo 2001, cfr. U. DE AMBROGIO - C. GUIDETTI, *La co-progettazione. La partnership tra pubblico e Terzo settore*, Roma, 2016; A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *federalismi.it*, 6 giugno 2018.

³¹ Appare quindi assai discutibile l'impostazione interpretativa che ritenga di leggere la nuova disposizione del Codice del Terzo settore *alla luce* dell'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001, in quanto la prima – sia per la fonte primaria nella quale è contenuta, sia in relazione all'applicazione di un principio cronologico nella successione delle norme nel tempo – appare avere un ambito applicativo ben più ampio, quasi si tratti di un *modulo relazionale ordinario* fra Terzo settore e P.A. Diversamente, ove si facesse rifluire la previsione generale dell'art. 55, c.3 CTS all'interno del più angusto orizzonte dell'art. 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001 si compirebbe non solo una operazione non corretta sul piano interpretativo, bensì pure una significativa “chiusura” dell'ampio spazio che il legislatore pare aver voluto realizzare nell'ambito della riforma del Terzo settore.

³² Con qualche incertezza qualificatoria in giurisprudenza, sulla quale si veda L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi*, cit., 4.

quali concorra a definire un “progetto” di servizio o di intervento, mediante la condivisione di risorse di diverso tipo (economiche, materiali o immateriali), in grado di offrire una risposta a bisogni sociali complessi, alla luce degli strumenti di co-programmazione messi in campo.

Nella stringatezza del legislatore, come già detto, spetta agli interpreti riempire di contenuto, sul piano interpretativo, l'art. 55, c.3 CTS, valorizzandone il fine di accrescere il patrimonio di relazioni fra P.A. e Terzo settore come “moltiplicatore” di risorse, di efficacia della progettualità, di implementazione della programmazione, ecc. L'attenzione, quindi, non può concentrarsi esclusivamente sull'aspetto della progettazione, bensì pure su quella della collaborazione nella realizzazione: diversamente, risulta difficile comprendere la ratio della previsione di un istituto ad hoc per gli enti del Terzo settore nello scenario della riforma, diverso da quanto generalmente previsto dal Codice dei contratti pubblici. Nella consultazione ANAC sulla revisione delle più volte richiamate linee guida n. 32 del 2016, in tema di affidamento dei servizi sociali al Terzo settore, si legge, assai opportunamente, che uno dei tratti essenziali della co-progettazione è rappresentato dal fatto che in essa «si sostanzia in una compartecipazione del partner alla realizzazione del progetto con proprie risorse intese come beni immobili, attrezzature, strumentazioni, automezzi, risorse umane, capacità di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici, attività di coordinamento e organizzazione, cura dei rapporti con la rete territoriale³³». Non vi è, quindi, l'affidamento di un servizio pubblico a fronte di un corrispettivo, bensì una aggregazione di risorse pubbliche e private per la progettazione, in comune, di servizi ed interventi³⁴.

Sul versante procedimentale, l'art. 55, c.4 CTS prevede che la scelta dei soggetti con i quali attivare il partenariato debba avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, «previa definizione da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner». La disposizione ha il merito di rendere evidente quale sia il ruolo spettante a ciascuna P.A. che ricorra al modulo della co-progettazione, sottolineando come la titolarità dell'intervento e la definizione degli elementi essenziali dello stesso ricadano pur sempre nella responsabilità pubblica, con una funzione di “orientamento” del progetto, che non può trascinare nella compiuta e totale predeterminazione dello stesso (che si atterrebbe quasi a gara d'appalto sotto mentite spoglie). È, tuttavia, innegabile una certa vaghezza del Codice rispetto

³³ Consultazione ANAC sulla *Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali»*, par. 23.2.3, il cui testo – e i contributi provenienti dai partecipanti – si trova in https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaDocumentazione/ContrattiPubblici/LineeGuida/ProposteDiLineeGuida_20191209

³⁴ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali*, cit., 112-113; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi*, cit., 5.

all’impianto procedimentale, destinata ad essere integrata, ancora una volta, attraverso la delibera ANAC n. 32 del 2016 (rimanendo ferme le perplessità già espresse).

In tal senso, la delibera ANAC contiene una scansione assai precisa e dettagliata che si impone – con la sua forza persuasiva – alle diverse amministrazioni pubbliche. La vicenda procedimentale, nella prospettiva dell’ANAC, si snoda a partire dalla pubblicazione di un avviso, mediante il quale la P.A. manifesta all’esterno la volontà di procedere al partenariato, che contiene un progetto di massima, nonché l’indicazione delle modalità e dei criteri per operare la scelta del progetto definitivo; successivamente, è prevista la presentazione delle candidature ed l’individuazione del soggetto (o dei soggetti) partner dell’ente pubblico, mediante una selezione volta ad accertare il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, le caratteristiche della proposta progettuale ed i costi della stessa; successivamente, si fa luogo all’avvio della co-progettazione in senso stretto, con una rimodulazione, in contraddittorio con i soggetti individuati all’esito della selezione, del progetto di massima alla luce della proposta progettuale prescelta per giungere ad una soluzione condivisa; infine, è prevista la stipula di un accordo con il soggetto (o i soggetti) prescelto/i per la realizzazione del progetto. L’accordo finale costituisce il punto di arrivo di un percorso in cui si è sviluppato un costante confronto collaborativo tra P.A. ed enti del Terzo settore.

Rientra nella dinamica del principio di sussidiarietà che tale iter possa interrompersi laddove si manifesti una inidoneità dei soggetti alla co-progettazione, accertata in sede di selezione o proprio al momento della co-progettazione stessa. Nella prospettiva dell’art. 118, u.c. Cost., infatti, l’autonoma iniziativa dei cittadini associati per lo svolgimento di attività di interesse generale, destinataria di un trattamento di favore, incontra il limite dell’adeguatezza della stessa a rispondere alla complessità dell’intervento da realizzare: è, quindi, preciso dovere della P.A. definire, con puntualità, presupposti e condizioni in presenza dei quali è necessario che l’iniziativa pubblica torni ad espandersi.

3.3. (segue) L’accreditamento

L’art. 55, c.4 CTS prevede che «l’individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato» possa avvenire «anche [quindi, non solo] mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell’intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l’individuazione degli enti partner». In questo caso, l’obiettivo della co-progettazione è la definizione, da parte della P.A., di specifici

progetti di servizio o di intervento nei settori di attività di interesse generale, ai sensi dell'art. 5 CTS a valle della definizione di requisiti di accreditamento³⁵.

3.4. Le convenzioni (art. 56 CTS)

Le convenzioni costituiscono una delle forme tipiche nelle quali alcuni enti del Terzo settore – organizzazioni di volontariato ed associazioni di promozione sociale – possono concludere accordi di collaborazione con le P.A. (esse erano già presenti nella legge n. 266 del 1991). L'art. 56 CTS contiene una formulazione più ampia rispetto all'art. 57: la prima disposizione si configura quasi come un *genus* di cui la seconda costituisce una *species* in un settore particolare (trasporto sanitario di emergenza ed urgenza³⁶) e nel quale molto rilevante è stato il contenzioso giudiziale.

È stato rilevato come la disposizione codifichi, sul piano legislativo, una serie di condizioni che sono state definite per via giurisprudenziale nel corso del tempo³⁷.

L'ammissibilità del sistema convenzionale – in luogo dell'affidamento nelle forme previste dal Codice dei contratti pubblici – si fonda, nella prospettiva del giudice dell'Unione europea, sulla circostanza che esso concorre più efficacemente al raggiungimento di una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio. Al contempo, rileva la circostanza che le organizzazioni coinvolte – nel rispetto della legislazione nazionale in materia – non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni, fatto salvo il rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo, necessari per fornire le medesime, e non procurano alcun profitto ai loro membri, né direttamente né indirettamente.

³⁵ Nell'impostazione seguita dallo schema delle Linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi sociali agli enti del Terzo settore, l'accreditamento mira a realizzare tre diversi modelli di intervento: (1) *modello del governo pubblico*, caratterizzato dalla limitazione nel numero dei soggetti accreditabili sulla base della programmazione regionale e locale del fabbisogno; (2) *modello dell'accreditamento libero*, caratterizzato dalla concessione dell'accreditamento a tutte le strutture che ne facciano richiesta e siano in possesso dei requisiti prefissati. L'apporto delle strutture al servizio pubblico sarà definito da accordi contrattuali, senza nessuna garanzia di accesso ai fondi (sarà l'utente che presceglie il soggetto al quale rivolgersi); (3) *modello degli accordi contrattuali*, in cui l'accreditamento viene sostituito da accordi negoziali con i soggetti del Terzo settore erogatori dei servizi. In linea generale, tutti e tre i modelli sono compatibili con quanto previsto dall'art. 55, c.4 CTS: spetta all'amministrazione precedente definire, nell'ambito dell'indirizzo politico, quale sia il modello preferibile. Cfr., sul punto, L. PARONA, *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, cit., 59 ss.

³⁶ Non si tratterà, in questa sede, dell'art. 57 CTS, in tema di affidamento del servizio di trasporto di emergenza ed urgenza. La disposizione è una vera e propria "codificazione" del diritto di formazione giurisprudenziale euro-unitaria. Peraltro, ad ulteriore fondamento della disposizione, può essere invocata la stessa direttiva sugli appalti pubblici (direttiva 2014/24/UE) che, al considerando n. 28, afferma che essa non trova applicazione in ordine «a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva». Cfr., sul punto, F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti*, cit., 249 ss.

³⁷ Soprattutto, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea: CGUE 11 dicembre 2014, C-113/13, c.d. *Spezzino* e 28 gennaio 2016, C-50/2014 c.d. *Casta*. Per una complessiva trattazione del tema, di recente, si veda A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 140 ss.

Ai sensi dell'art. 56 CTS, le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi (quindi, non degli associati) di attività o servizi sociali di interesse generale, a condizione che tali convenzioni si rivelino – secondo la formulazione del legislatore – «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato».

L'art. 56 CTS prevede una limitazione soggettiva (ODV ed APS), in ragione della peculiarità che i soggetti così qualificati presentano nello scenario della riforma del Terzo settore. Infatti, si tratta di enti che si avvalgono prevalentemente dell'attività dei propri associati-volontari ed esprimono quindi una «connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli altri enti del Terzo settore³⁸».

L'individuazione dei soggetti con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto di un corpus di principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative “riservate”, non richieste necessariamente dalla giurisprudenza europea ma fortemente raccomandate dalle più volte menzionate linee guida ANAC n. 32 del 2016.

Il legislatore indica anche, fra i criteri di valutazione delle procedure, il possesso da parte degli enti dei requisiti di moralità professionale e la dimostrazione di una adeguata attitudine «da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari». Addirittura – quasi in un eccesso di indicazioni procedurali – il legislatore individua alcuni standard di trasparenza quali la pubblicazione sui propri siti informatici degli atti di indizione dei procedimenti e dei relativi provvedimenti finali, nonché la loro pubblicazione, da parte delle amministrazioni procedenti, nelle rispettive sezioni web “Amministrazione trasparente”, con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

L'art. 56 CTS prevede, altresì, una limitazione oggettiva alle sole attività o servizi sociali di interesse generale: è un ambito più ristretto rispetto a quanto previsto dall'art. 5 CTS, da interpretare alla luce sia del diritto interno (legge n. 328 del 2000), sia nella prospettiva, ben più ampia e comprensiva, tracciata dal diritto dell'Unione europea (ed alla quale il legislatore evidentemente si è ispirato: così nella COM(2006), Attuazione del programma di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione). Una siffatta limitazione oggettiva – richiesta dal Consiglio di Stato (in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo; cfr. parere n. 1405/2017) – mira a “restringere” l'area del ricorso alle

³⁸ Così A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 147. In giurisprudenza, in senso analogo, si veda TAR Lazio, sez. III-bis, 8 novembre 2018, n. 10809.

convenzioni: eppure, nella logica sistematica complessiva del Codice del Terzo settore, è poco comprensibile individuare una partizione interna alle attività di interesse generale. Si tratta di una scelta priva – almeno apparentemente – di una solida ratio giustificatrice³⁹.

Sempre sotto il profilo oggettivo, le convenzioni possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate. L'art. 56, c.4 precisa che deve osservarsi il «principio dell'effettività» delle spese, con l'esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione. In questo modo è assicurato il contributo all'efficienza del bilancio pubblico: a fronte dell'effettuazione di un servizio sociale, ciò che può essere corrisposto a carico delle casse pubbliche, al massimo, equivale all'importo delle sole spese effettivamente sostenute e documentate.

L'aspetto più enigmatico dell'art. 56 CTS, tuttavia, risiede nella prescrizione normativa dell'onere di controllo, posto in capo alle pubbliche amministrazioni, di verificare che il ricorso alle convenzioni risulti «più favorevole rispetto al ricorso al mercato». Si tratta di una locuzione inserita su richiesta del Consiglio di Stato in sede di espressione del parere sullo schema di decreto legislativo (si veda il già citato parere n. 1405/2017) al fine di enucleare il «giusto punto di equilibrio» fra «la tutela della concorrenza [quale] principio euro-unitario cui deve uniformarsi sia l'attività legislativa sia quella amministrativa di ciascuno Stato nazionale» ed il favor espresso dal principio di sussidiarietà orizzontale. Una lettura condivisibile della prescrizione⁴⁰ induce a ritenere che non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA. (che, in quanto tale, comporterebbe una sorta di probatio diabolica in capo a ciascuna amministrazione pubblica, alla ricerca di un mercato col quale comparare le attività svolte dalle ODV e le APS in convenzione), bensì che si tratti di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza euro-unitaria ha evidenziato come fondamento della disciplina. Di tale verifica, la componente economica è uno degli indici rilevanti, ma non certo l'unico o quello prevalente: lo si deduce, in definitiva, dallo stesso tenore dell'art. 56 CTS, che attribuisce rilevanza alle forme di verifica e di qualità delle prestazioni offerte, all'adeguatezza dei soggetti che si candidano a stipulare una convenzione e alle procedure comparative

³⁹ Su questo aspetto, si veda, problematicamente, di recente TAR Toscana, 21 novembre 2019, n. 679. In dottrina, L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi*, cit., 5.

⁴⁰ In tal senso, fra i primi interpreti della disposizione, A. LOMBARDI, *I rapporti tra enti pubblici e Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore*, cit., 235-236. Più di recente, A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 161 sostiene che «un'interpretazione conforme (alla Costituzione, ma anche ai principi espressi dalla giurisprudenza europea) porta a leggere l'espressione contenuta nell'art. 56, c. 1, nel senso che l'attività degli enti del Terzo settore deve risultare «più favorevole rispetto al ricorso al mercato» soprattutto per la loro (effettiva) capacità di “contribuire alla finalità sociale e agli obiettivi di solidarietà” del sistema».

per la selezione dei migliori soggetti. Tali previsioni conducono a “leggere” la prescrizione del «maggior favore rispetto al mercato» come formula sintetica che compendia una valutazione complessiva svolta dalla P.A. sugli effetti del ricorso ad una convenzione, in luogo dell’applicazione della disciplina di diritto comune per l’affidamento dei servizi sociali⁴¹.

4. L’avvio della saga. La criticità del coordinamento fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici. La posizione interpretativa del Consiglio di Stato

Su questo impianto normativo, si è innestata la richiesta dell’ANAC (l’antefatto), cui risponde il Consiglio di Stato con il parere n. 2052 del 2018. Come si è detto in apertura – nell’antefatto – il fulcro dell’argomentazione dell’ANAC ruotava intorno alla considerazione che il Codice del Terzo settore non avesse provveduto all’individuazione dei criteri e delle modalità «per l’affidamento agli enti dei servizi di interesse generale» e non facesse alcun riferimento alla normativa comunitaria e nazionale in materia di procedure di affidamento nella definizione dei rapporti tra tali organismi con gli «enti pubblici», nonostante gli inviti del Consiglio di Stato in sede consultiva sugli schemi di decreto legislativo. Non avendo il Codice del Terzo settore determinato l’abrogazione della disciplina previgente in materia di servizi sociali (né del Codice dei contratti pubblici in parte qua, né del D.P.C.M. 30 marzo 2001, adottato in attuazione della legge n. 328 del 2000, in tema di co-progettazione), si sarebbero potuti sollevare dubbi di compatibilità con la normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica, recettizia del diritto euro-unitario.

A giudizio del Consiglio di Stato, il Codice dei contratti pubblici recepisce in Italia la normativa euro-unitaria e deve, pertanto, essere interpretato in base alle categorie giuridiche proprie dell’ordinamento europeo. In tale direzione, fra i fini principali perseguiti dall’Unione, vi sarebbe la «necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di “sacche” sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati». Di norma, quindi, «l’affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un “appalto”) che rientra nel perimetro applicativo dell’attuale diritto euro-unitario. Cionondimeno, al ricorrere di alcune condizioni la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade, allorché:

⁴¹ In tal senso, assai recentemente e significativamente, TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 2049/2019, che valorizza il profilo motivazionale della scelta di ricorrere alla convenzione da parte della P.A.

- la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo;
- la procedura non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale;
- la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito (...)»⁴²» (corsivi nostri).

È evidente come la posizione del Consiglio di Stato, a partire dalla primazia del diritto euro-unitario in tema di contratti pubblici, ne faccia derivare, a cascata, una prevalenza, sul piano delle fonti, del Codice dei contratti pubblici (quale unica fonte che – si ritiene – abbia recepito il diritto europeo) rispetto al Codice del Terzo settore, in forza del principio competenziale. Come è stato efficacemente notato, in questa prospettiva, il Terzo settore finisce per avere non un codice, bensì due⁴³ dalle difficili ed incerte relazioni reciproche.

In tal senso, la co-progettazione ex art. 55 CTS risulterebbe sempre “attratta” nell’orbita del Codice dei contratti pubblici, salvo le condizioni esimenti individuate dal parere. L’art. 55 CTS, quindi, dovrebbe essere “riletto” nella prospettiva del Codice dei contratti pubblici e, laddove non sia possibile superare eventuali antinomie, il Consiglio di Stato ritiene necessario, da parte del giudice e delle amministrazioni pubbliche, ricorrere all’istituto della disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto euro-unitario (in questo caso, con il diritto interno di recepimento del diritto euro-unitario).

In generale, dal parere del Consiglio di Stato discendono almeno due conseguenze sul piano della “motivazione” della scelta della P.A. Da un lato, infatti, l’attivazione di una delle forme enucleate dal CTS viene letta come costruzione di una sostanziale segregazione di mercato che onera ciascuna P.A. dell’obbligo di «indicare e documentare la ricorrenza, nella concreta vicenda, degli specifici profili che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che tagliano fuori ex ante gli operatori economici tesi a perseguire un profitto». Cosicché, la P.A. dovrà in particolare evidenziare la maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni lato sensu “sociali” ricorrenti nella fattispecie, alla luce dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l’alternativa del ricorso al mercato. In questa prospettiva, quindi, non opera alcuna presunzione di maggiore “impatto sociale” positivo connesso alle finalità perseguite dagli enti del Terzo settore ed alle attività di interesse generale svolte. Dall’altro, qualora si intenda “affidare” un servizio a

⁴² Secondo quanto afferma il parere, la nozione di *gratuità* deve essere intesa come «creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto» e come «sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale»: in altri termini, «un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore».

⁴³ Così V. AZZOLLINI, *Due codici per il terzo settore*, cit.

titolo totalmente gratuito, poiché ciò costituirebbe sempre un vulnus al meccanismo del libero mercato ove operano imprenditori che forniscono i medesimi servizi a scopo di lucro, mirando al profitto, è necessario pur sempre soddisfare un onere più intenso di motivazione quale condicio sine qua non per l'effettuazione di tale scelta⁴⁴.

Il parere del Consiglio di Stato – sebbene reso in sede consultiva nei confronti dell'ANAC – ha determinato un significativo fattore di incertezza che ha riguardato, in primo luogo, l'effettiva integrale vigenza degli artt. 55 e 56 CTS, alla luce dell'invocata disapplicazione delle parti ritenute in contrasto con il Codice dei contratti pubblici⁴⁵.

La posizione sostenuta, tuttavia, appare debole sotto alcuni profili.

Il primo profilo è rappresentato dalla ricostruzione del sistema delle fonti, nell'ambito del quale è predicata una sorta di “sovra-ordinazione” del Codice dei contratti pubblici rispetto al Codice del Terzo settore: quest'ultimo sarebbe tenuto a conformarsi al primo, in quanto attuazione del preminente quadro regolatorio euro-unitario in tema di contratti pubblici. In tal senso, non pare essere stata presa in considerazione l'opzione interpretativa che vede nel Codice del Terzo settore una delle modalità di attuazione del diritto euro-unitario riguardante, più in generale, l'affidamento di servizi a soggetti qualificati nella disciplina nazionale⁴⁶.

In realtà, la direttiva appalti 2014/24/UE, da un lato, al considerando n. 6, ricorda l'ampiezza della discrezionalità della scelta di ciascun Stato membro («...gli Stati membri sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi. È opportuno chiarire che i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva»); dall'altro, nel noto considerando n. 114, a tenore del quale «certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un

⁴⁴ Pare quasi rievocata una risalente diffidenza liberale nei confronti della gratuità, come rilevato in alcune pagine magistrali di S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. GALASSO – S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, 97 ss.

⁴⁵ Per una prima applicazione del parere, nel settore dell'immigrazione, si veda anche la delibera n. 200 del 13 marzo 2019, a proposito dell'individuazione degli enti del Terzo settore per svolgere attività di co-progettazione finalizzata all'elaborazione e gestione di un progetto locale di accoglienza integrata dei richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria per il triennio 1 gennaio 2018/31 dicembre 2020, nell'ambito del Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (cd. SPRAR). Sugli effetti della disapplicazione, cfr., nella dottrina più recente, il lavoro di N. CANZIAN, *La riviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2018, in particolare, 212-214.

⁴⁶ Una vivace reazione al parere del Consiglio di Stato è il documento-appello redatto dal *Club amici dell'art. 55*, dal titolo AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio*, disponibile <https://www.euricse.eu/it/codice-del-terzo-settore-rimeditare-le-posizioni-del-consiglio-di-stato/>.

particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. (...) Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».

In tali ultimi casi, anche qualora si sia in presenza di servizi di interesse economico generale, è consentito che gli Stati membri apprestino un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà (come, ad es., nel caso della co-progettazione o della convenzione), che preveda il coinvolgimento di soggetti privi dello scopo lucrativo, tenuto conto della salvaguardia degli equilibri di bilancio e della regia pubblica dell'intervento: così, dovrebbe essere prevista l'applicabilità della sola disciplina nazionale, quale espressione, in tal senso, delle diverse «tradizioni culturali» e, si potrebbe aggiungere, «costituzionali». Appare essere questo il criterio di lettura che dovrebbe presiedere, sul versante nazionale, alla ripartizione degli ambiti di competenza fra il Codice del Terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici, i quali – armonicamente ed in forma complementare – disciplinano le procedure tramite le quali possono essere organizzati i servizi di interesse generale, in relazione all'ambito nel quale ricadono. È così condivisibile la prospettiva di chi ha sostenuto che il Titolo VII del Codice del Terzo settore abbia in parte riempito uno spazio lasciato aperto dal Codice dei contratti pubblici, definendo le condizioni che consentono di escludere dalla sfera di interesse del mercato servizi pur potenzialmente economicamente rilevanti⁴⁷.

Il secondo profilo critico consiste nella “svalutazione” complessiva della posizione degli enti del Terzo settore all'interno dell'ordinamento: il legislatore ordinario, infatti, ha qualificato una serie di soggetti, in possesso di determinate caratteristiche, che contribuiscono all'attuazione dei principi costituzionali, e ha definito, in base al principio di sussidiarietà, le modalità di relazione con le PP.AA. Nella prospettiva del parere, invece, ciò che viene posto in rilievo è piuttosto la dimensione oggettiva (l'attività svolta ed il suo carattere, economico o non economico), ed è quest'ultima che determina la disciplina applicabile, anziché il profilo soggettivo (chi sono gli enti che svolgono tale attività, per quale fine e sotto quale regime)⁴⁸. In tal modo, non si valorizza la ragione costitutiva essenziale dei diversi enti del Terzo settore⁴⁹ e si sostiene una sorta di indifferenza fra i diversi soggetti, generando peraltro alcuni effetti paradossali bidirezionali:

⁴⁷ Cfr. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 140 ss.

⁴⁸ Critica fortemente l'impostazione che privilegia le attività, anziché la dimensione soggettiva, nella definizione degli enti del Terzo settore, P. CONSORTI, *Nozione di Terzo settore*, in *Non Profit*, 3, 2014, 32-33.

⁴⁹ Lucidamente, sul punto, C. BORZAGA, *L'art.55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, in *Welforum*, 2019.

non solo di “svantaggio” per gli enti del Terzo settore, chiamati a competere secondo le leggi del mercato, ma anche di “svantaggio” per alcuni soggetti for profit in taluni settori di interesse generale o, comunque, contrassegnati da una forte e storica presenza del Terzo settore⁵⁰. Ne emerge l’idea di una «sussidiarietà (...) schiacciata in un angolo difficilmente superabile: per un verso, ove affrancata dalle regole della concorrenza, essa è suscettibile di agevolare indirettamente il sorgere di nuovi fenomeni criminali pari a quello di Mafia Capitale; per altro verso, tuttavia, ove sottoposta pienamente alle stesse regole, è suscettibile di vedere svuotata la propria specificità, rendendo vano il favor costituzionale verso le “autonome iniziative dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale” (art. 118, ult. comma)⁵¹».

Infine, il terzo motivo di perplessità è rappresentato dalla lettura della costruzione europea come esclusivamente «tesa alla creazione, estensione, allargamento ed approfondimento di un mercato unico (tale da essere, in prospettiva, mero “mercato interno” unionale), con la conseguente necessità di sottoporre ad una rigida disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di “sacche” sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati» (così si esprime il Consiglio di Stato). Pare essere questa una affermazione eccessiva, che oblitera il “profilo sociale” del diritto dell’Unione⁵², il quale emerge con chiarezza dalla stessa disciplina dei contratti pubblici⁵³. Una siffatta declinazione, infatti, in nome della realizzazione del mercato unico assunto ad esclusivo obiettivo dell’integrazione europea, finisce quasi per configurare la tutela ad oltranza del principio concorrenziale quale obiettivo in sé considerato, più che di un mezzo, sovraordinato a qualsiasi altro. Con ciò dimenticando che esiste un ambito di soggetti che operano avendo una principale finalità solidaristica, svolgendo attività di interesse generale (economiche o non economiche), che esprimono una diversa aspirazione, capacità ed attitudine ad entrare in contatto con la P.A. Cosicché, anziché ipotizzare sul piano del rapporto fra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo scenari conflittuali, occorre ricostruire una ipotesi interpretativa differente, valorizzando il nesso fra relazioni economiche e dovere di solidarietà sociale. È stato notato efficacemente in dottrina, infatti, come «la tutela della concorrenza», anche a voler ritenere che sia un valore trapiantato dall’esterno

⁵⁰ In giurisprudenza, si veda TAR Calabria, n. 1534 del 2019 a proposito dell’affidamento della gestione di un C.A.R.A. ad una ODV, prescelta a causa dei minori costi assicurati dall’impiego di volontari.

⁵¹ V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza*, cit., 10.

⁵² *Ex multis*, F. CORTESE, *Social welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2014, 457 ss.;

⁵³ Sul punto, si vedano le osservazioni di A. MAGLIARI, *L’affidamento dei servizi sociali di interesse generale*, cit., 56-57 che sottolinea come le direttive europee siano orientate «a considerare gli appalti pubblici come strumento di realizzazione di una crescita sostenibile e inclusiva, volta al raggiungimento di obiettivi sociali, come dettato dalla strategia Europa 2020».



nell'ordinamento, non possa emanciparsi dal riferimento alla Costituzione repubblicana, in quanto essa inevitabilmente penetra all'interno dei concetti e dei parametri alla stregua dei quali la concorrenza stessa è (o può essere) definita⁵⁴».

5. L'ulteriore stop alle linee Guida ANAC. Le iniziative regionali di “reazione”: verso un tessuto connettivo normativo di produzione regionale?

Ma questa tempesta non è destinata a placarsi. Mentre il parere del Consiglio di Stato ha revocato in dubbio la piena legittimità, sul piano della compatibilità con il diritto euro-unitario, delle disposizioni del Codice del Terzo settore, l'ANAC ha provato a “smorzare” il conflitto, predisponendo una proposta di linee guida in aggiornamento delle precedenti del 2016. Eppure, al momento, esse paiono “congelate” poiché lo stesso Consiglio di Stato con il proprio parere n. 3235 del 29 dicembre 2019 ha ritenuto di dover restituire lo schema di linee Guida all'ANAC al fine di verificare la compatibilità delle stesse con il prossimo Regolamento unico, invitando l'Autorità a «rivedere le linee guida (...) con riferimento alle norme e agli istituti disciplinati dal Codice del Terzo Settore che non possono rientrare nel campo di operatività delle linee guida non vincolanti».

Il profilo più rilevante, per quanto attiene alla disciplina dei rapporti fra Terzo settore e P.A., potrebbe essere compendiato nella domanda: esiste un potere dell'ANAC di adottare linee guida, ancorché non vincolanti, a proposito degli istituti individuati dal Codice del Terzo settore? Alla luce di quanto previsto dall'art. 27-octies dell'articolo 216 del d. lgs. 50 del 2016 – come novellato nel 2019 dal decreto-legge n. 32 del 2019 – la risposta cui perviene il Consiglio di Stato è negativa. Da un lato, infatti, la categoria delle «linee guida vincolanti» è ridimensionata a favore del nuovo regolamento unico contenente disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice dei contratti pubblici, individuato quale fonte normativa nella quale “accentrare” una serie di oggetti. Pertanto, l'ambito di intervento delle linee guida vincolanti può dirsi fortemente erosa a favore della nuova fonte. Dall'altro, invece, permane invece la facoltà dell'ANAC di suggerire soluzioni interpretative o prassi applicative attraverso gli strumenti di regolazione flessibile non muniti di efficacia obbligatoria previsti dall'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50 del 2016. Tuttavia, questa opzione residua esclusivamente con riguardo alle «procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l'esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori del perimetro ora indicato, l'ANAC abbia il potere di adottare linee guida, seppur di tipo non vincolante».

⁵⁴ Così M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS – G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali*, cit., 45. Cfr., anche S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2004, 75 ss.

Il Consiglio di Stato accoglie, a questo proposito, una impostazione rigidamente dualista fra gli istituti del Codice del Terzo settore e quelli del Codice dei contratti pubblici. Cosicché, le future ed eventuali linee guida potranno riguardare esclusivamente solo gli istituti che trovano la propria disciplina del Codice dei contratti pubblici e dovranno mantenersi nel rigoroso rispetto delle norme che saranno dettate nell’emanando regolamento unico previsto dalla novella legislativa del 2019. Per gli istituti contenuti nel Codice del Terzo settore, invece, non si ritiene sussistente alcun potere di intervento da parte dell’ANAC tramite linee guida, poiché tali istituti esorbitano dal perimetro competenziale dell’Autorità. La conclusione è l’invito a «rivedere le linee guida (...) con riferimento alle norme e agli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore che non possono rientrare nel campo di operatività delle linee guida non vincolanti».

Se ciò, da un lato, potrebbe contribuire a riaffermare l’estraneità degli istituti del Codice del Terzo settore rispetto a quelli disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, tuttavia, sotto altro profilo, prolunga il “congelamento” delle disposizioni del primo per la carenza di coordinamento fra i due corpus normativi. Residua, in altri termini, la domanda intorno ai presupposti in presenza dei quali è possibile ricorrere agli istituti del Codice del Terzo settore. L’orientamento espresso dal noto parere del 2018 può dirsi, effettivamente, completamente superato? Sul punto – come è naturale – il più recente parere del 2019 non prende posizione.

In definitiva, il recente parere del 2019 “neutralizza” la possibile valenza di coordinamento affidata (forse impropriamente⁵⁵) alle linee guida dell’ANAC, ri-affidando così uno spazio di intervento al legislatore (o, rectius, dei legislatori: statale e regionale) ed alle amministrazioni centrali e territoriali nel definire un tessuto connettivo normativo fra i due codici.

Per uscire dalla situazione di incertezza normativa creatasi nell’interpretazione degli artt. 55 e 56, alcune Regioni hanno intrapreso iniziative legislative volte a configurare il rapporto fra P.A. e Terzo settore in peculiari ambiti di attività di interesse generale ricadenti in ambiti di competenza legislativa regionale⁵⁶. In particolare, la Giunta regionale della Toscana – prima in Italia, dopo la riforma del Terzo settore – ha adottato una proposta di legge a contenuto generale, presentata al Consiglio regionale ed in corso di esame, intitolata Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano (disegno di legge n. 400 del 12 settembre 2019, Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano). La proposta di legge mira ad assicurare, in generale, l’attuazione della riforma del Terzo settore sul territorio regionale e, in particolare, a dare un fondamento legislativo alle attività di co-programmazione e di co-progettazione, nelle attività di interesse generale che ricadano in materie di competenza regionale, al fine

⁵⁵ Come sostiene, giustamente, V. AZZOLLINI, *Due codici per il terzo settore*, cit.

⁵⁶ Cfr., ad es., art. 17, c.1-*bis*, L.R. Marche 1 dicembre 2014, n. 32, modificato dalla L.R. 18 aprile 2019, n. 8.

di ridurre qualsiasi incertezza sul diritto applicabile (specialmente alla luce della richiesta di disapplicazione formulata nel parere del Consiglio di Stato).

La proposta di legge n. 400 sviluppa quanto previsto – sul piano dei principi – dalla legge regionale 31 ottobre 2018, n. 58, Norme per la cooperazione sociale in Toscana. All'art. 14 di quest'ultima legge, infatti, si prevede che «la Regione, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 55 del d.lgs. 117/2017, favorisce il coinvolgimento delle cooperative sociali e degli altri enti del terzo settore attraverso gli strumenti della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento». La disposizione contiene poi una disciplina generale della co-programmazione e della co-progettazione, nonché dell'accreditamento nella prospettiva dell'art. 55 CTS. È assai rilevante che la legge – pur essendo stata esaminata dal Consiglio dei Ministri – non sia stata impugnata dal Governo.

Il nuovo disegno di legge, invece, dedica l'intero Titolo IV alla disciplina dei rapporti fra enti del Terzo settore ed amministrazione regionale. Sotto il profilo della tecnica normativa, il ddl definisce prima l'aspetto sostanziale dei modelli di “collaborazione” e, successivamente, stabilisce i principi in tema di procedimento amministrativo che l'amministrazione regionale e gli enti locali, nelle materie di competenza legislativa regionale, sono chiamati ad applicare. Nell'impossibilità di esaminare il disegno di legge nella sua interezza, il punto nevralgico è costituito dalla previsione di una norma che chiarisce il regime giuridico applicabile in base alla finalità perseguita dalla P.A. e, quindi, alla tipologia di rapporto prescelto con il Terzo settore (che può essere visto o come collaboratore o come competitor⁵⁷), in tal modo esplicitando il tessuto connettivo normativo, nelle materie di competenza regionale, fra i due codici. A ben considerare, si tratta di una norma a contenuto non propriamente innovativo, ma che – facendo proprio un determinato orientamento interpretativo, diverso dal parere del Consiglio di Stato – disvela il lato inespresso dell'art. 55 CTS, positivizzandolo, seppur con efficacia limitata al solo territorio regionale ed agli ambiti di interesse generale nei quali la Regione abbia la titolarità di funzioni amministrative. Detto altrimenti, si può sostenere che l'attivazione degli istituti dell'art. 55 CTS possa avvenire, già oggi, direttamente in via amministrativa (come è avvenuto, nella prassi): la norma legislativa regionale proposta intende offrire ora una base legislativa regionale, sebbene non possa negarsi anche un'evidente finalità politico-istituzionale.

La «co-progettazione» è definita, nella proposta, una forma di collaborazione mediante la quale le parti – pubblica amministrazione e Terzo settore - «concorrono alla realizzazione del progetto, ciascuno apportando proprie risorse materiali, immateriali ed economiche» (art. 11, c.2). Per i soggetti pubblici, è previsto che essi possano conferire, fra l'altro, contributi ai sensi dell'articolo 12 della legge 7 agosto 1990,

⁵⁷ Cfr., sulla “duplice veste” in cui si possono presentare gli enti del Terzo settore, D. SIMEOLI, *Teoria e definizione giuridica di “Terzo settore”*, in C. CONTESSA - D. SIMEOLI - I. VOLPE, *Codice del Terzo settore*, cit., 15.

n. 241 e l'utilizzo di beni pubblici. Si tratta di una forma di collaborazione nella quale le pubbliche amministrazioni regionali e locali detengono «la titolarità delle scelte e, a tale scopo, devono predeterminare gli obiettivi generali e specifici degli interventi, definire le aree di intervento, stabilire la durata del progetto e individuarne le caratteristiche essenziali». In tal caso, si applica la disciplina regionale di attuazione dell'art. 55 CTS, non versandosi nell'ipotesi di affidamento di servizi. Diversamente, qualora le amministrazioni pubbliche intendano procedere all'affidamento di servizi mediante esternalizzazione e con riconoscimento di un corrispettivo (art. 11, c.6 della proposta di legge) – quindi, al di fuori della prospettiva della condivisione delle risorse propria della co-progettazione – si applica la disciplina in materia di contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

6. Spunti conclusivi. Una questione politica, prima che giuridica

Una vera e propria saga, dunque, il cui finale non è stato ancora scritto.

Al di là della posizione del Consiglio di Stato – qui criticata – a proposito del rapporto fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, originata dalla specialissima vicenda della gestione dell'immigrazione, il vero invitato di pietra dell'intera vicenda è la politica. La “tensione”, attualmente, si sta scaricando sulle amministrazioni e sulla giurisdizione: le prime sono chiamate ad individuare la norma applicabile ai rapporti collaborativi fra P.A. e Terzo settore, nell'incertezza generata dai pareri del Consiglio di Stato⁵⁸ e con qualche difficoltà sul piano definitorio degli istituti⁵⁹; la seconda, invece, deve dirimere controversie, allorché chiamata a conoscere della legittimità di determinate procedure ed atti amministrativi. Eppure, se lo “scontro” paventato dal Consiglio di Stato fra i due codici dovesse proseguire, anziché attendere che la giurisprudenza si esprima (sedimentandosi con i suoi tempi lunghi fisiologici), è necessario che sia la politica a compiere una scelta seria e motivata, attraverso la definizione, sul piano legislativo statale, dei rapporti esistenti fra i due “ambiti”. Una scelta che, peraltro, potrebbe essere soggetta al controllo, sotto profili differenti, della Corte di giustizia e della Corte costituzionale. L'attivismo di alcune Regioni è meritorio, ma potrebbe aprire problematicamente ad uno scenario a

⁵⁸ Sulla *vis attractiva* delle norme più garantistiche e consolidate nel comportamento della P.A., cfr. P. MICHIARA, *Le attività altruistiche ad alta intensità*, cit., 257

⁵⁹ In giurisprudenza, TAR Lombardia, I sez., 3 aprile 2020, n. 593, a proposito del caso di Comune che qualificava una procedura come «co-progettazione», osserva che «al di là del *nomen iuris*, e di talune espressioni letterali contenute nell'Avviso, con la procedura che ne ha formato oggetto, il Comune resistente ha in sostanza dato luogo ad un confronto competitivo, per l'affidamento di un incarico di progettazione definitiva, e di gestione del relativo servizio, a titolo oneroso, sebbene connotato da talune peculiarità, come detto, consistenti nella redazione congiunta del progetto, ad opera del concorrente vincitore e dell'Ente Locale, sulla base della “proposta progettuale” e del quadro economico presentati dai concorrenti in sede di gara».

vestito d'Arlecchino⁶⁰, già sperimentato in passato, prima della riforma, nella disciplina del Terzo settore. La questione è tutt'altro che secondaria, la posta in gioco è alta: ne va, infatti, dell'implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale in taluni settori di attività di interesse generale vitali per qualità di vita delle comunità. Non si tratta solo di una questione giuridica, bensì di una questione altamente politica⁶¹: quale ruolo assegnare all'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale, rispetto alla generalità dei soggetti giuridici che operano nell'ordinamento? Quale modalità di coinvolgimento "attivo" si intende realizzare sul terreno dei servizi di interesse generale? Quale significato attribuire alla tutela della concorrenza, nella prospettiva unitaria nell'ordinamento multilivello?

Già oggi esiste una rete fitta di esperienze collaudate di co-progettazione sul territorio. Ciò che manca oggi, infatti, è l'evidenza del malfunzionamento degli istituti qui commentati, o il loro essere brodo di coltura di azioni criminali o violazioni delle norme poste a presidio della trasparenza dell'attività della P.A. Al contrario, in taluni settori, ne è stata dimostrata la positività in termini di efficacia ed efficienza dei servizi, dei bilanci pubblici, dell'attivismo del Terzo settore, della capacità di innovazione. Orbene, «attrarre nel mercato nuovi beni e rapporti è un processo pericoloso e (...) a forte rischio di insuccesso, proprio perché intacca (in maniera difficilmente reversibile) quelle norme sociali, come la solidarietà, la reciprocità o il rispetto per gli altri, la cui disattivazione può ridurre o persino annullare i vantaggi derivanti dall'introduzione di stimoli di mercato⁶²»: è questo un rischio di cui occorre essere ben avvertiti. Ma, soprattutto, la Costituzione affida questa scelta alla politica, alla quale spetta definire «le coordinate legislative che incorporano i beni, i "valori", gli interessi e i diritti che da questo gioco [del mercato e della concorrenza] devono restare fuori⁶³».

⁶⁰ Riprendendo l'efficace espressione di A. CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato (trama e ordito di un «vestito di Arlecchino»)*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002, 110 ss.

⁶¹ Afferma con efficacia M. BOMBARDELLI, *Alcune considerazioni di sintesi sul rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore*, in S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, cit., 232 che «è importante soffermarsi non solo sugli aspetti tecnici relativi alle modalità del loro utilizzo, ma anche, innanzitutto, sulla individuazione dello scenario in cui ci si pone quando si ricorre ad essi».

⁶² Così G. RESTA, *Il diritto e i limiti della razionalità economica*, in A. FICI (a cura di), *Diritto dell'economia sociale*, Napoli, 2016, 63.

⁶³ R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in M. AINIS – G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali*, cit., 70.