

Quaderni di *Terzjus*  
Osservatorio di Diritto del terzo settore,  
della filantropia e dell'impresa sociale

## PROPRIETÀ E REGOLE DELLA COLLANA

Titolare della collana è l'Associazione *Terzjus* – Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell'impresa sociale, con sede in Roma, via dei Redentoristi, n. 9 ([www.terzjus.it](http://www.terzjus.it)).

Ricoprono la funzione di Direttore scientifico della collana e di componenti del Comitato scientifico della medesima coloro che *pro tempore* rivestono questo ruolo nell'ambito dell'Associazione *Terzjus*.

I volumi della collana sono pubblicati su iniziativa o previo parere favorevole di almeno due componenti del Comitato scientifico, cui può aggiungersi, se richiesta dal Direttore scientifico della collana ovvero dagli autori o curatori del singolo volume, la valutazione da parte di due esperti esterni effettuata secondo il modello della *peer review* anonima. La documentazione relativa al processo di revisione è custodita sia dall'Editore che dall'Associazione *Terzjus*.

Tutti i volumi della collana sono liberamente scaricabili dal sito [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).

## SOCI FONDATORI DI TERZJUS

ACLI APS, Fondazione AIRC, ANPAS ODV, Assifero, AUSER APS, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Consorzio Sistema Integrato Welfare Ambito BR/3, Fondazione Italia Sociale, Forum Nazionale del Terzo Settore, Italia non Profit, Rete Misericordie e Solidarietà

## ORGANI SOCIALI DI TERZJUS

Presidente: Luigi Bobba

Consiglio di Amministrazione: Gianluca Budano, Giulia Frangione, Fabrizio Maddalena, Maurizio Mumolo, Maurizio Postal, Fabrizio Pregliasco, Gianni Salvadori, Gianluca Salvatori, Felice Scalvini, Francesco Sclafani, Stefano Tassinari

Segretario generale: Gabriele Sepio

Direttore Scientifico: Antonio Fici

Comitato scientifico: Luca Bagnoli, Andrea Bassi, Carlo Borzaga, Dana Brakman Reiser, Mario Calderini, Achille Carrabba, Marcello Clarich, Luigi Corvo, Filippo Dami, Nicola De Luca, Maria Beatrice Deli, Gemma Fajardo, Piero Fattori, Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Luciano Gallo, Marilena Gorgoni, Massimo Luciani, Véronique Magnier, Franca Maino, Deolinda Meira, Giancarlo Montedoro, Pier Angelo Mori, Giandomenico Mosco, Florian Möslein, Andrea Perrone, Dianora Poletti, Matteo Pozzoli, Emanuele Rossi, Stefano Sacchi, Karsten Engsig Sørensen, Franco Taisch, Thomas Tassani, Tiziano Treu, Ger van der Sangen, Carlos Vargas Vasserot, Francesco Vella, Stefano Visonà, Stefano Zamagni, Andrea Zoppini.

**I RAPPORTI TRA PUBBLICHE  
AMMINISTRAZIONI  
ED ENTI DEL TERZO SETTORE**

**Dopo la sentenza della Corte Costituzionale  
n. 131 del 2020**

**a cura di  
Antonio Fici, Luciano Gallo e Fabio Giglioni**

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Proprietà letteraria riservata*

*Tutti i diritti riservati. È vietato qualsiasi utilizzo, totale o parziale, del presente documento per scopi commerciali, senza previa autorizzazione scritta di Terzjus. Anche in caso di utilizzo autorizzato si dovrà riportare fedelmente la citazione completa con i riferimenti relativi all'Ente proprietario, alla data di pubblicazione, all'editore, ed agli autori del testo.*

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

ISBN 978-88-9391-867-1

*L'articolo 55 del Codice del Terzo settore rappresenta  
una delle più significative attuazioni del principio  
di sussidiarietà orizzontale valorizzato  
dall'articolo 118, quarto comma, Cost.*

*In forza dell'art. 55 si instaura fra i soggetti pubblici  
e gli enti del terzo settore  
un canale di amministrazione condivisa,  
alternativo a quello del profitto e del mercato*

(Corte Costituzionale, sentenza n. 131 del 2020)



## INDICE

<i>Prefazione</i> di Luigi Bobba	9
<i>Introduzioni</i> di Felice Scalvini e Gianluca Budano	11
***	
<i>Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore</i> Gregorio Arena	25
<i>Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti</i> Alessandro Lombardi	37
<i>I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato</i> Antonio Fici	55
<i>Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore</i> Fabio Giglioni	85
<i>Ai confini del terzo settore (e del suo diritto)</i> Marcello Clarich e Barbara Boschetti	97
<i>Esperienze e prassi operative nel rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore</i> Luciano Gallo	121
<i>Il “coinvolgimento attivo” degli enti del terzo settore: la prospettiva regionale</i> Luca Gori	135
<i>Solidarietà e concorrenza nel diritto interno e nel diritto europeo in relazione alla disciplina del terzo settore</i> Giulia Scoppetta	167

<i>Le attività di interesse generale degli enti del Terzo settore in regime di convenzione con la P.A. e i conseguenti risvolti fiscali</i>	203
Gabriele Sepio	

\*\*\*

<i>Postfazione</i>	221
di Antonio Fici, Luciano Gallo e Fabio Giglioni	



LUIGI BOBBA\*

## PREFAZIONE

Forse non è un caso che il primo volume della collana “Quaderni di *Terzjus* - Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell’impresa sociale” sia dedicato al tema dei rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Il tema, che ha una valenza generale, è divenuto negli ultimi tempi ancora più attuale e rilevante proprio a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del luglio 2020. E *Terzjus* – neonata associazione volta a promuovere attraverso attività di studio e di ricerca la comprensione ed un’efficace applicazione del “nuovo diritto comune del terzo settore” – aveva, poche settimane prima della citata sentenza, organizzato, insieme agli “amici dell’articolo 55 del CTS”, coordinati da Gregorio Arena e Felice Scalvini, un seminario con qualificati relatori, indirizzato a rispondere proprio alle problematiche interpretative e applicative degli art. 55 e 56 del Codice del Terzo settore (CTS). La pubblicazione della sentenza della Corte ci ha convinto non solo a raccogliere e a sistematizzare i contributi presentati nel seminario dell’11 giugno 2020, ma altresì a coinvolgere altri studiosi e qualificati operatori professionali che nel frattempo avevano accolto l’invito a riflettere su questo snodo cruciale della riforma del Terzo settore.

Ne è nato così, grazie al prezioso lavoro di coordinamento del Direttore scientifico di *Terzjus*, Antonio Fici, nonché di Luciano Gallo e Fabio Giglioni, all’azione di indirizzo del Cda di *Terzjus* e al supporto del Comitato scientifico dello stesso, un volume che per la prima volta esplora, in modo approfondito e da diverse prospettive, una tematica alquanto controversa, offrendo indicazioni interpretative chiare in merito alla concreta applicazione degli art. 55 e 56 del CTS.

Insomma, non si tratta di un testo meramente accademico (pur essendo coinvolti autorevoli e qualificati professori universitari), ma di uno strumento finalizzato a supportare la concreta ed efficace applicazione di due articoli fortemente innovativi ma pienamente coerenti con

\* Presidente di *Terzjus*. Già Sottosegretario al Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (2014-2018).

il dettato dell'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, che introduce, per la prima volta nella Carta, il concetto di sussidiarietà orizzontale. D'altra parte, *Terzjus* ha dato vita ad un Osservatorio in grado di mettere a fuoco l'intero campo del Terzo settore con un'attenzione aggiuntiva alla filantropia e all'impresa sociale. Un Osservatorio come strumento di informazione, riflessione critica e approfondimento del diritto del Terzo settore. I "Quaderni di *Terzjus*" – che, oltre alla versione cartacea, saranno altresì resi gratuitamente disponibili in versione telematica sul sito di *Terzjus* –, sono una delle modalità attraverso cui l'Associazione intende perseguire il proprio scopo sociale. *Terzjus* infatti, in ragione anche della variegata compagine dei soci fondatori (Acli, Airc, Anpas, Assifero, Auser, Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, Consorzio Welfare Ambito BR 3, Fondazione Italia Sociale, Forum nazionale del Terzo settore, Italia non profit e Rete Misericordia e Solidarietà), intende misurarsi non solo con il monitoraggio della riforma del terzo settore, ma anche nel delineare linee interpretative e buone prassi da far conoscere e diffondere a tutti i diversi interlocutori interessati. Non a caso, il Cda di *Terzjus* farà seguire a questo primo volume dei Quaderni di *Terzjus*, un seminario di Alta Formazione nel quale analizzare e mettere a confronto le diverse prassi e differenti modelli applicativi nei rapporti tra PA e Terzo settore. Ciò nella convinzione, che al di là del carattere fortemente innovativo – peraltro sottolineato anche nella sentenza della Corte – degli articoli del CTS prima richiamati, esista già una variegata sperimentazione ai livelli comunali e regionali che può costituire un utile bagaglio per trovare soluzioni comuni ed efficaci. Il modello "dell'amministrazione condivisa", che trova un autorevole riferimento nel CTS, deve ora diventare cultura e prassi delle amministrazioni territoriali. Allo stesso tempo per gli enti del Terzo settore c'è una transizione non facile da compiere: pensarsi non tanto come semplici fornitori di servizi, ma come "partner" delle amministrazioni nel programmare e progettare interventi e servizi volti a promuovere l'inclusione sociale, il sostegno alle fasce più deboli e la valorizzazione dei territori dimenticati. Insomma il viaggio è appena cominciato: ora bisogna non smarrire la bussola e procedere con passo più sicuro e spedito. Questo "Quaderno di *Terzjus*" può essere una buona mappa per conseguire la meta.

FELICE SCALVINI\*

INTRODUZIONE:  
VOLTARE PAGINA

SOMMARIO: 1. Nuovo scenario, nuove sfide. – 2. Gli ETS alla prova della collaborazione. – 3. Nuove prospettive per ricerca e formazione. – 4. Una rappresentanza all'altezza della nuova stagione. – 5. Il ruolo chiave della filantropia istituzionale. – 6. Conclusione.

1. *Nuovo scenario, nuove sfide*

Molti dubbi e molte resistenze si stavano accumulando. D'altronde difficilmente avrebbe potuto essere diversamente. Non basta la forza della legge a cambiare orientamenti, comportamenti consolidati. Soprattutto se fondati su convinzioni che, supportate anche da straordinari e potenti apparati mediatici, stanno dimostrando di sopravvivere anche alle crisi più devastanti. Crisi che proprio quelle convinzioni hanno causato. Infatti non è bastato il tracollo del 2008 a far rinsavire rispetto alla visione economica dominante. "Tutto è stato frutto di alcuni eccessi" si è detto ... e tutto è tornato come prima, anzi peggio di prima, dal momento che le disuguaglianze sono aumentate ed il futuro anziché speranze alimenta sempre di più ansie e preoccupazioni. Ma il Mercato finanziarizzato e competitivo non va toccato, anzi, ad esso vanno soggiogati anche gli stati, quasi rappresentasse un'entità superiore, la nuova divinità immanente in natura, e non fossero invece proprio gli stati, col loro sistema di regole, ad averlo creato e a mantenerlo in vita. Mentre le aziende – come ricordava Keynes "nel cuore di ogni imprenditore alberga un monopolista" –, soprattutto le sovranazionali, puntano al monopolio, cioè alla distruzione del mercato. Qualcuno ha provato a contrastare una simile tendenza, ma nel nostro paese – in realtà a differenza di altri – la dea concorrenza è stata situata nell'empireo della Unione Europea. Là, malgrado risulti estranea all'Olimpo dei nostri principi costituzionali, viene venerata da una burocrazia sempre più intimorita da organismi giurisdizionali che, oltre a

\* Presidente della Fondazione ASM Brescia e di Assifero, nonché Consigliere di amministrazione di Terzjus.

proporsi come vestali della dea concorrenza, si caratterizzano per combinare, nelle loro pronunce, spinto formalismo giuridico e sospettosa cultura da PM.

Poteva, in una simile situazione, bastare un unico articolo del Codice del Terzo Settore, a ridefinire il sistema di relazioni tra PA e privati, modificandolo rispetto al *mainstream* consolidato, anche se solamente per un'area oggettivamente minoritaria, come quella del Terzo Settore? Le bordate ricevute dall'art. 55 in sede applicativa da parte di pezzi da novanta come Consiglio di Stato e ANAC, non facevano presagire nulla di buono. A poco sembrava potessero servire la ineccepibile qualità dottrinarie e tecnica della scrittura dell'articolo e l'impegno di un nutrito e testardo gruppo di "amici" impegnati a costruire con ogni mezzo barricate a difesa di una norma considerata decisiva per il futuro non solo degli Enti del Terzo Settore, ma soprattutto della modernizzazione del nostro paese nel segno della libertà, della giustizia e della solidarietà. Il tutto mentre parti non irrilevanti del mondo del Terzo Settore, contagiate da una sorta di "sindrome di Stoccolma", osservavano il confronto, auspicando alla fine il prevalere gattopardesco di un cambiamento solo presunto, destinato a lasciare intatta la consolidata, tutto sommato rassicurante e ormai introiettata, sudditanza. Quindi la portata della legge, nella sua evoluzione in diritto materiale, cioè verso la concreta applicazione della norma, sembrava correre il rischio di perdere progressivamente forza d'impatto.

E invece in questa contingenza, indubbiamente critica, è intervenuta la Corte costituzionale, per affermare, oltre qualsiasi dubbio, reale o strumentale, che nei rapporti tra Stato e Terzo Settore è giunto il momento di cambiare registro e che al sistema gerarchico-competitivo va sostituito quello cooperativo, radicandolo in prassi amministrative caratterizzate da meccanismi di dialogo e collaborazione tra PA e cittadini, sin dall'avvio dei processi di analisi, valutazione e decisione. Quella "amministrazione condivisa", espressamente richiamata dalla Corte, che da anni Gregorio Arena va propugnando come effettiva opportunità di innovazione e di sviluppo civile, sociale ed economico.

Sul dettaglio della decisione, molto è stato autorevolmente già scritto, e credo che molto ancora si scriverà (traendo anche spunto dagli importanti ed autorevoli scritti contenuti in questo *Volume*), soprattutto riguardo a quanto ora di nuovo potrà e dovrà fare la PA. Vorrei invece qui riflettere su come questa svolta istituzionale imponga di voltare pagina anche ad altri soggetti, chiamati ad assumere prospet-

tive di lavoro in larga misura del tutto nuove. Tra i molti chiamati a questa sfida mi soffermerò su quattro soggetti in particolare: gli enti del terzo settore; le organizzazioni di rappresentanza; le realtà di ricerca, studio e formazione; i soggetti della filantropia istituzionale. Alle note introduttive di Budano, sempre in questo *Volume*, rinvio invece per le ripercussioni sull'agire quotidiano e la cultura organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

## *2. Gli ETS alla prova della collaborazione*

Tra gli enti del terzo settore (ETS) il rafforzamento della nuova prospettiva sancita dall'art. 55 sta provocando una reazione comprensibile, ma, mi pare, ancora inadeguata. Si vanno infatti diffondendo richieste e proposte che mirano ad avviare percorsi formativi, tavoli, o altre forme di confronto tutti orientati a sollecitare la PA a cambiare registro e innescare i nuovi auspicati processi. Non mi sembra vi sia notizia di parallele iniziative rivolte all'interno del Terzo settore e dedicate ai soggetti che lo compongono. Quasi che questi risultino già attrezzati per la nuova stagione. Eppure mi pare evidente che la novità dell'art. 55 non riguarda soltanto la PA, ma anche il mondo del Terzo Settore che deve riflettere attentamente su se stesso e attivare processi e trasformazioni che possano renderlo all'altezza di una nuova fase. Una stagione che dovrà essere segnata da reali capacità programmatiche prima ancora che progettuali e da intenso spirito di collaborazione.

Ciò comporta dotarsi di competenze e metodologie per comprendere meglio il contesto entro cui si opera; disporre di capacità progettuali in grado di uscire dai particolarismi per fare propria e integrare la prospettiva universalistica e plurale di cui è portatrice, indispensabile, la PA; significa riformulare in chiave strategica e non solo opportunistica le forme di collaborazione tra le organizzazioni. Come si può infatti immaginare di sedersi al tavolo di collaborazione con la PA se prima non si è attivato un tavolo di collaborazione tra gli enti? Significa anche riflettere su vocazioni e specificità di ogni realtà e sulle prospettive, dinamiche e ambizioni di sviluppo di ciascuna organizzazione, così da renderle compatibili e sinergiche con quelle delle altre organizzazioni. Per l'universo cooperativo si tratta di porsi il problema di come dare finalmente convinta attuazione al 6° principio cooperativo – quello relativo alla cooperazione tra cooperative –, ora che la PA

non ne impone più l'abiura come condizione per rapportarsi con essa nella gestione dei servizi.

A ben vedere un lavoro immane di reale innovazione, che richiede consapevolezza, determinazione e *leadership* da parte innanzitutto dei gruppi dirigenti, nonché un adeguato investimento di risorse, soprattutto per collegarsi con centri di studio e ricerca che possano supportare con informazioni, dati e metodologie i processi programmatici. Ma il gioco vale la candela. Quale PA potrà non adeguarsi alla spinta e alle proposte che arriveranno dagli ETS che già abbiano eletto la coprogrammazione e la coprogettazione a modalità strutturale nei rapporti tra di loro?

### 3. Nuove prospettive per ricerca e formazione

Un apporto fondamentale al cambiamento di rotta potrà sicuramente venire dai poli di studio, ricerca e formazione che già da anni si occupano di terzo settore, nonché da quelli che potranno decidere di entrare in campo. Anche ad essi però sarà richiesta un'attenta rimeditazione circa gli orientamenti e le attività che li hanno caratterizzati sino ad ora. Credo che non potranno sottrarsi all'imperativo di programmare con maggiore consapevolezza e con uno sguardo ampio e il più possibile nuovo, cercando di non farsi troppo condizionare da esigenze di *marketing* e anch'essi riflettendo su come rinforzare connessioni e collaborazioni. Tre, in particolare, le missioni che ritengo debbano caratterizzare questa nuova stagione.

La prima quella di sviluppare ricerca e proporre una formazione – in tutte le varie forme, ma principalmente per i *leader* e *manager* del terzo settore – fortemente alternative a quelle ispirate dal *mainstream* mercatista, finanziarizzato e concorrenziale, proponendo la cooperazione come categoria alla quale ispirare, a cominciare dalle relazioni tra gli ETS e tra ETS e PA e impegnandosi a delineare nuovi assetti economici e sociali, soprattutto quando si tratta di produrre beni e servizi di interesse generale. Si tratta di modificare in profondità anche approcci consolidati. Proviamo solo pensare, a titolo di esempio, cosa significhi mettere a punto studi, ricerche, metodologie e poi linee formative relative ad attività di *marketing* o *fund raising* di tipo collaborativo anziché competitivo. O cosa possa significare considerare gli apporti e le collaborazioni delle altre realtà della comunità a cui si appar-

tiene, come naturali fattori da incorporare nella propria impresa sociale. Mutando la prospettiva d'approccio si aprono straordinarie frontiere di studio, ricerca, formazione.

Una seconda missione sarà quella di affiancare e supportare il mondo del Terzo Settore nella attività di coprogrammazione che sarà chiamato a svolgere. Attività che non può prescindere dalla disponibilità di informazioni, dati, valutazioni che esulano dalle normali conoscenze e competenze dei singoli enti (e purtroppo, spesso, anche delle PA con le quali interloquire). La stella polare della programmazione che gli ETS sono chiamati a svolgere, credo sia rappresentata dallo sviluppo sostenibile, basato sui diritti e guidato dal riferimento agli Obiettivi dello Sviluppo Sostenibile – SDGs, fissati dalle Nazioni Unite. Un terreno sul quale sarà indispensabile muoversi mobilitando tutte le risorse di intelligenza e competenza di cui dispongono i centri di studio, ricerca e formazione centrati sul Terzo Settore

Un terzo punto, che in realtà coinvolge anche i media interessati al mondo del Terzo Settore, investe la necessità di sviluppare, oltre alla rappresentazione delle esperienze e dei meriti, anche un approccio analitico e critico alle realtà del Terzo Settore. Un ambito fatto di successi (molti), ma anche di insuccessi; di innovazione, ma anche (talvolta) di conservazione; di lungimiranza e dedizione, ma anche, in alcune esperienze, di visione corta e di autocentratura. Insomma un mondo dal quale non provengono solo buone notizie, peraltro oggettivamente preponderanti.

#### *4. Una rappresentanza all'altezza della nuova stagione*

La nuova prospettiva di cui stiamo trattando impone una rimediatazione e una rimessa a punto del modo di operare anche da parte delle organizzazioni di rappresentanza, tanto al loro interno, quanto verso l'esterno. È palese infatti che la prospettiva della coprogrammazione richiede di rinforzare, qualificare e diffondere la capacità di rappresentanza collettiva a tutti i livelli e in tutti gli ambiti del paese. Una rappresentanza che sappia esprimere non tanto elenchi di rivendicazioni e richieste, ma soprattutto produrre disegni prospettici e trasformativi nei diversi ambiti di operatività del terzo settore. Elaborazioni e proposte nelle quali apparirà palese la capacità di rappresentare innanzitutto l'interesse complessivo delle comunità alle quali

si fa riferimento, più che quelli delle singole organizzazioni che hanno alle spalle.

Prioritaria appare quindi la costruzione di forme di rappresentanza diffusa e articolata nei diversi territori. Strutture organizzative che possano diventare palestre di collaborazione, innanzitutto a livello locale, tra i diversi enti ed organizzazioni, rendendoli capaci di partecipare insieme alle interlocuzioni con la PA su un piano di effettiva parità, formulando elaborazioni e proposte organiche, anche grazie ai supporti di cui si è parlato al paragrafo precedente. È evidente che una simile prospettiva pone un problema di risorse, di cui credo dovranno farsi carico le principali organizzazioni, nella consapevolezza che soltanto una reale solidarietà interna alle strutture di rappresentanza potrà dare prestigio, forza e influenza nel dialogo con la PA a tutti i livelli.

##### *5. Il ruolo chiave della filantropia istituzionale*

Perché l'insieme dei soggetti della filantropia istituzionale riveste un profilo e un'importanza specifica nell'ambito del terzo settore? Perché si tratta di quelle organizzazioni che al suo interno operano soprattutto per il sostegno delle altre organizzazioni, principalmente attraverso l'erogazione di risorse economiche. Occupano dunque una posizione strategica, perché con i loro orientamenti, sia di ambito che di metodo, relativi alla allocazione delle misure di sostegno, possono determinare scelte e comportamenti degli altri soggetti che popolano l'universo del TS. Si tratta di dinamiche ormai note agli studiosi e ben analizzate soprattutto da Thaler, premio Nobel 2017 per l'economia. Quindi se in misura rilevante è il sistema degli incentivi a orientare i comportamenti degli ETS, grande è la responsabilità di chi, proprio nella distribuzione di risorse soprattutto finanziarie concretizza la propria missione. Gli enti filantropici, appunto.

In una fase in cui la PA è chiamata ad abbandonare forme di allocazione competitiva, riorientandosi verso modalità di relazione atte a innescare processi collaborativi, è abbastanza evidente che anche per il mondo della filantropia istituzionale si pone il problema di come porsi su questa lunghezza d'onda. I tradizionali bandi per la selezione di progetti andranno ripensati, ed il dialogo coi destinatari delle risorse andrà costruito su nuove basi, improntate a visioni e strategie di lungo periodo. Per fare ciò sarà opportuno individuare, tra gli altri, anche



nuovi oggetti di finanziamento. Ne indico alcuni che potranno aiutare il processo di crescita ed evoluzione qui auspicato.

In primo luogo il finanziamento delle attività di studio, ricerca, formazione e assistenza di cui si è detto in precedenza. Un nuovo *mainstream* collaborativo avrà maggiori probabilità di affermarsi se vi saranno investitori consapevoli che destineranno risorse ad approfondire le ragioni, i temi e i problemi, le modalità. In secondo luogo sarà utile intervenire a sostenere l'evoluzione delle organizzazioni ed i costi che dovranno affrontare per "cambiare rotta". Si tratterà di operazioni non indolori, che assorbiranno risorse in misura non indifferente. Da qui l'importanza di incentivi destinati a coprire specificamente i costi generali derivanti da simili processi, sostenendo la messa a punto di stabili pratiche collaborative e la distribuzione armonica di diverse attività in capo a diversi soggetti. Particolarmente efficaci potranno risultare incentivi destinati a favorire la diffusione delle esperienze migliori. Processo di cui vi è particolarmente bisogno in un paese molto diseguale e che va realizzato incentivando la produzione di pratiche di successo, abbandonando la eccessiva e fuorviante retorica della innovazione a tutti i costi.

## 6. Conclusione

Come noto il cambiamento degli scenari normativi non basta di per sé a garantire tempi nuovi e reali e profonde trasformazioni. Ma è fuor di dubbio che nulla più della forza della legge può risultare abilitante oggi per i soggetti davvero interessati a che l'ampio campo di attività indicato dall'art. 5 del Codice del Terzo Settore possa andare incontro ad una stagione di grande sviluppo grazie alla collaborazione tra PA ed ETS nel segno del principio di sussidiarietà. Sta a questi soggetti riflettere, decidere e operare di conseguenza, impegnandosi a voltare pagina per agire con determinazione secondo nuove idee, pratiche e relazioni. Una scelta che se attuata può oggi dare uno dei contributi più rilevanti ad affrontare il difficile, incerto e insicuro percorso che il futuro riserva al nostro paese dopo la grande crisi determinata dalla pandemia che, ad oggi, non ci siamo ancora messi alle spalle.



GIANLUCA BUDANO\*

INTRODUZIONE:  
L'IMPATTO DELLA RIFORMA SULLA P.A.

SOMMARIO: 1. La riforma del Terzo Settore come riforma della P.A. – 2. La riforma del Terzo Settore come misura di antimafia sociale.

1. *La riforma del Terzo Settore come riforma della P.A.*

La riforma del 2017, che ha riguardato il Terzo Settore, ha di fatto riempito di contenuti tanti aspetti che l'introduzione dell'art. 118 u.c. della Costituzione aveva sollecitato sul versante, sia della partecipazione dei cittadini alla vita pubblica, sia del paradigma del rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadini singoli e organizzati.

Se è vero che il Codice del Terzo settore ha disciplinato quel variegato mondo fatto di una miriade di organizzazioni sociali del nostro Paese dalla grande ricchezza solidaristica, introducendo il Registro unico e definendo le attività "tipiche", ha anche aperto lo spazio legislativo in cui incardinare quel *favor* legislativo costituzionale dell'autonoma "*iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*". Gli artt. 55 e ss. del Codice, oggetto tra l'altro della recentissima pronuncia della Corte Costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020, hanno disciplinato, seppur in forma sintetica, i rapporti tra P.A. ed ETS delineando per "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Provincie e Comuni*" (ma i più interessati in tal senso sono sicuramente i Comuni, almeno nella prima fase di attuazione della disciplina) una cornice chiara a cui ascrivere un nuovo rapporto, meglio un cambio di paradigma nel rapporto tra cittadini "organizzati" e macchina pubblica.

Il primo interrogativo da porsi è se è pensabile che il "soggetto che coinvolge" (la P.A.) il "soggetto riformato" (il Terzo Settore), non debba di per sé essere riformato e, nella fattispecie della P.A., attivare quel processo di cambio del modello organizzativo pubblico, specie

\* Direttore Generale del Consorzio Sistema Integrato Welfare Ambito BR 3 e Consigliere di amministrazione di Terzjus.

nelle aree e negli uffici che impattano sugli ETS e sulle attività tipizzate in cui gli ETS operano. La risposta è affermativa e di seguito ne indicheremo le ragioni.

La riforma del Terzo Settore non può che indurre la riforma della pubblica amministrazione. Tale affermazione è supportata sia dalla lettura delle norme, sia da argomentazioni di carattere pratico legate alla gestione della macchina amministrativa.

Anzitutto, se consideriamo la riforma del terzo settore come riforma di “chiusura” della più completa disciplina sulla partecipazione dei cittadini alla realizzazione dell’interesse pubblico, passando per la Legge 328/2000 (comprese tutte le successive leggi regionali di attuazione), per l’art. 118 u.c. della Costituzione e per il d.lgs. 117/2017, è facile concludere che non è indifferente per la macchina pubblica il “coinvolgimento degli enti del terzo settore”, così come non lo è programmare le politiche sociali territoriali o progettare i servizi con un terzo settore “riformato”, al pari di favorire “l’autonoma iniziativa dei cittadini”, ove questi si organizzano in sodalizi che rispondano alla nuova disciplina del codice unico.

Un quadro di questo tipo implica la riforma del modello organizzativo delle amministrazioni richiamate dall’art. 55 per le materie che, “nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all’art. 5”, le Amministrazioni devono trattare, assicurando “il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo Settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento”.

Nel concreto ciò significa adeguare il modello organizzativo delle amministrazioni, non solo sul versante delle materie in senso stretto legate alla partecipazione dei cittadini singoli e organizzati alla vita pubblica, (come ad esempio l’ufficio cittadinanza attiva o rapporti con le associazioni), ma gli uffici cultura, servizi sociali, sport, patrocini, patrimonio, gli uffici di piano degli ambiti territoriali sociali, ecc.

La riforma del terzo settore, con l’art. 55 del Codice, trova il suo naturale sfogo nella riforma della macchina organizzativa comunale o più correttamente dell’intero modello organizzativo dell’amministrazione, perché induce a riscrivere il rapporto con i cittadini.

Solo a titolo esemplificativo, la riforma del terzo settore come riforma del rapporto del terzo settore con la P.A. cambia l’assetto e la regolamentazione dell’ufficio patrimonio di un Comune, perché impatta con la scelta del concessionario di un immobile a finalità sociale;

al pari di come modifica il modello di un ufficio patrocini o di un ufficio deputato a valutare il sostegno e il supporto a una associazione che ambisca a ricevere un ausilio economico o organizzativo per realizzare una iniziativa o un progetto. Per non parlare degli uffici di piano degli Ambiti territoriali sociali, ancora più coinvolti in modo penetrante dall'obbligo (non facoltà) che l'utilizzo del verbo "assicurare" utilizzato dal legislatore nell'art. 55 prevede, di coinvolgere il terzo settore nella gestione della vita pubblica nelle materie di cui all'art. 5. In quest'ultima fattispecie, il co-progettare i servizi e il co-programmare le politiche, rivoluziona in modo copernicano la vita di queste amministrazioni territoriali chiamate a traghettare i propri uffici dalla cultura dell'appalto a quella del coinvolgimento degli ETS.

Questo percorso può altresì assurgere al ruolo di misura di antimafia sociale.

## *2. La riforma del Terzo Settore come misura di antimafia sociale*

Nel rapporto con i cittadini, singoli e organizzati, una pubblica amministrazione misura il suo grado di democraticità e con esso il suo grado di coinvolgimento degli stessi nella gestione della cosa pubblica. Questo luogo di relazione, in quanto luogo di democrazia, è luogo in cui si sviluppa consenso e quindi potere, con tutti i rischi di degenerazione che il consenso e il potere portano con sé. Tra questi rischi ne possiamo indicare almeno due, che sono stati oggetto di particolare attenzione da parte della Commissione straordinaria nominata dal Ministero dell'Interno a seguito dello scioglimento del consiglio comunale di Surbo, comune della Provincia di Lecce, oggetto di un provvedimento ex art. 143 e ss. del Tuel.

Il primo attiene alla possibilità che il rapporto con il Terzo settore sia il viatico per far fare alla pubblica amministrazione attività e procedimenti che la legge non consentirebbe per il tramite delle organizzazioni del sociale (processo elusivo).

Il secondo è che i processi partecipativi (degenerati) siano lo strumento per garantire un ingresso facilitato alle infiltrazioni mafiose o più in generale alla criminalità organizzata, anche semplicemente creando le condizioni per cui la cultura del privilegio o del favore possa passare anche per patrocini, contributi economici di vario tipo ad associazioni, ecc.

A partire da questi rischi e a fini preventivi la Commissione straordinaria coadiuvata dai sovraordinati ha avviato una vera e propria riforma del modello organizzativo comunale, a partire dalla *ratio* e dall'attuazione del d.lgs. 117/2017. Un pacchetto di regolamenti, di cui si descriveranno successivamente i principi generali ha dapprima istituito l'albo comunale degli ETS e poi ad esso ha legato il regolamento per la concessione di patrocini e compartecipazione alle spese per eventi, iniziative e progetti proposti dagli ETS e quello per la concessione di immobili a finalità sociale. A parte la regolamentazione della concessione degli impianti sportivi perché oggetto di specifica normativa regionale.

I principi generali su cui si regge il nuovo "assetto partecipativo" progettato in chiave di antimafia sociale sul versante della prevenzione sono i seguenti:

- valorizzare la riforma del terzo settore come disciplina che "filtra" (e riserva) il rapporto con la pubblica amministrazione a determinati sodalizi che scelgono di sottoporsi anche a controlli preventivi antimafia;

- "imporre" alle istituzioni di fissare annualmente e preventivamente gli obiettivi dell'azione pubblica che intendono realizzare con il terzo settore, al fine di migliorare il grado di trasparenza dell'azione pubblica, di limitare la discrezionalità, di neutralizzare "l'estemporaneità" della stessa, in cui spesso si annida l'arbitrio e il clientelismo;

- "imporre" agli ETS di rendere chiari gli interessi pubblici che perseguono nel collaborare con la PA, in aggiunta alla realizzazione delle finalità istituzionali della propria organizzazione, con l'obiettivo di far crescere la consapevolezza della missione pubblica e le capacità di progettazione del terzo settore locale, anche in vista del rinnovato e più definito compito che l'art. 55 assegna agli ETS.

La riforma del terzo settore è diventata così per un comune sciolto per infiltrazioni mafiose, l'occasione per valorizzarne la *ratio* a fini di antimafia sociale e per consapevolizzare la necessità di un'azione formativa dei pubblici dipendenti sui riflessi del Codice del terzo settore sulla macchina amministrativa. Il caso Surbo è l'esempio, seppur embrionale, di come la riforma del terzo settore possa indurre ed in fine provocare la riforma della pubblica amministrazione.

Le osservazioni di cui sopra vogliono dimostrare come la riforma del terzo settore, nel volere esplicitamente trattare il rapporto tra soli-

darietà organizzata e pubblica amministrazione, abbia consapevolmente voluto farne una disciplina trasversale, fino a poter esplicitare effetti nella trattazione di situazioni gravemente compromesse, come quelle riferite ai Comuni sciolti per infiltrazioni mafiose.

A riprova della trasversalità della riforma vi è anche il rapporto con gli ambiti territoriali sociali chiamati a progettare e gestire le politiche di *welfare* territoriali di area vasta. Quest'ultimo aspetto potrebbe modificare solo la procedimentalizzazione del rapporto con gli ETS oppure, come sostenuto in questa sede e valorizzando lo spirito della riforma, cambiare il modello complessivo, ovvero l'assetto organizzativo della Pubblica Amministrazione dedicata a questi aspetti (nello specifico gli Ambiti territoriali sociali e le forme di gestione associata di funzioni e servizi che presentano).





GREGORIO ARENA\*

## SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE ED ENTI DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Il polo dell'interesse generale. – 2. Il “coinvolgimento attivo” degli enti del Terzo Settore. – 3. I principi della legge sul procedimento. – 4. Gli enti del Terzo Settore ed i cittadini attivi. – 5. Gli enti del Terzo Settore come soggetti bifronti. – 6. Il cerchio si chiude.

### *1. Il polo dell'interesse generale*

Il Terzo Settore contribuisce in due modi all'attuazione del principio di sussidiarietà. Il primo ha a che fare con l'art. 55 del CTS, mentre il secondo modo è molto meno evidente.

Il Terzo Settore comprende tutti i soggetti privati che, anziché perseguire interessi privati, perseguono “finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale” (art. 4, primo comma CTS). Questo complesso di soggetti è dunque “terzo” sia rispetto ai soggetti pubblici, che perseguono interessi pubblici individuati dalle leggi, sia rispetto ai soggetti privati che perseguono interessi privati da essi stessi liberamente individuati.

In origine il termine Terzo Settore derivava da un'individuazione di carattere residuale, per cui Terzo Settore era tutto ciò che non apparteneva né allo Stato, né al mercato. Oggi, grazie alla legge di riforma, la situazione si è ribaltata e il Terzo Settore è definito non tanto per esclusione, bensì in positivo grazie al riferimento all'interesse che esso persegue, l'interesse generale (art. 1 CTS).

Si potrebbe dunque dire che oggi nella società italiana esistono tre grandi poli, composti ognuno da una pluralità di soggetti anche molto diversi fra loro per funzioni, dimensioni, organizzazione, risorse, etc. ma accomunati all'interno di ciascun polo dal perseguimento del medesimo interesse: il polo dell'interesse generale, rappresentato dagli enti del TS così come definiti dall'art. 4, primo comma, Codice TS; il polo degli interessi privati, rappresentato da tutti i soggetti che perse-

\* Professore Ordinario f.r. di Diritto amministrativo e Presidente di Labsus.

guono interessi liberamente individuati diversi da quelli perseguiti dagli enti del TS e dai soggetti pubblici; ed infine il polo degli interessi pubblici, rappresentato dai soggetti di cui all'art. 1, secondo comma del d.lgs. n. 165/2001, cioè le amministrazioni dello Stato (ivi comprese le scuole, le Università, gli Istituti autonomi case popolari, gli enti strumentali, le Camere di commercio, ecc.) le regioni ed i comuni.

In questa prospettiva il Titolo VII del Codice, intitolato "Dei rapporti con gli enti pubblici" e composto dagli artt. 55, 56 e 57, acquista allora un significato particolare, perché le disposizioni in esso contenute possono essere considerate il punto di incontro e di snodo fra il polo degli interessi pubblici e quello dell'interesse generale. Ciò è ancora più significativo se si tiene presente che le disposizioni di cui al Tit. VII sono esempi di entrambi i paradigmi del Diritto amministrativo su cui oggi si fonda il nostro sistema amministrativo: il paradigma sussidiario all'art. 55 ed il paradigma bipolare tradizionale agli artt. 56 e 57.

Negli artt. 56 e 57 il rapporto fra amministrazioni ed enti del TS è fondato infatti su istituti tradizionali come la convenzione e l'affidamento, in cui è l'amministrazione stessa ad assumere l'iniziativa di sottoscrivere con enti del TS convenzioni per lo svolgimento di attività o servizi sociali (art. 56), oppure ad affidare in convenzione ad enti del TS i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

## 2. Il "coinvolgimento attivo" degli enti del Terzo Settore

Del tutto diversa è la modalità del rapporto fra amministrazioni pubbliche (tutte le amministrazioni pubbliche, grazie al riferimento all'art. 1, secondo comma del d.lgs. n. 165/2001) ed enti del TS disciplinata dall'art. 55 che, non a caso, si intitola "Coinvolgimento degli enti del Terzo Settore".

Fin dal titolo l'art. 55 dà infatti il senso di un cambiamento radicale nel rapporto fra polo degli interessi pubblici e polo dell'interesse generale, fra amministrazioni ed enti del Terzo Settore, confermato peraltro anche dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 131/2020, in cui riconosce il contributo prezioso che gli enti del TS possono offrire alle pubbliche amministrazioni, affermando che "agli ETS, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una spe-

cifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale.

Gli ETS, in quanto rappresentativi della 'società solidale', del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della 'società del bisogno'.

Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la 'co-programmazione', la 'co-progettazione' e il 'partenariato' (che può condurre anche a forme di 'accreditamento') si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico.

Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”.

*Coinvolgere* è un termine che, già nella sua etimologia, prevede una *partecipazione*. *Co-involgere* viene infatti da *involgere*, un verbo oggi desueto che significa *avvolgere*, *avviluppare*, con l'aggiunta di quel semplice prefisso *co-* che ritroviamo poi nel testo dell'art. 55 laddove si prevede che “... le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, secondo comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo Settore, attraverso forme di *co-programmazione e co-progettazione e accreditamento...*”.

Le “funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale”, grazie al *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo Settore, di-

ventano così funzioni di *co-programmazione e co-progettazione*. Sono funzioni pubbliche la cui titolarità rimane ovviamente in capo alla pubblica amministrazione procedente ma il cui svolgimento viene condiviso con enti del TS, applicando il modello dell'amministrazione condivisa.

Tutto l'articolo è costruito in modo da garantire la collaborazione (da *cum-laborare*, lavorare insieme) e la condivisione (*con-dividere*) fra polo degli interessi pubblici e polo dell'interesse generale, in attuazione di un lungo elenco di principi di cui il primo è appunto il principio di sussidiarietà, quello su cui si fonda il nuovo paradigma sussidiario.

Da notare che le amministrazioni devono assicurare "il *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo Settore". L'aggiunta dell'aggettivo "attivo" a "coinvolgimento" può sembrare ridondante, ma in realtà ha invece un significato anche pratico notevole, perché normalmente la partecipazione che si realizza attraverso il coinvolgimento di qualcuno nelle attività del soggetto agente non è una partecipazione attiva, auto-determinata, in quanto *si viene* coinvolti da qualcuno, non *ci si coinvolge* in qualcosa.

La disposizione in esame prevede pertanto che gli enti del TS coinvolti lo siano in maniera tale da poter partecipare *attivamente e fattivamente* alle attività di co-programmazione e co-progettazione, consentendo loro in tal modo da un lato di realizzare le loro finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e, dall'altro, di dare quel contributo di esperienze, competenze, idee che rappresenta il motivo stesso del loro coinvolgimento.

Si vede qui con chiarezza maggiore che non in altri casi una caratteristica tipica dell'amministrazione condivisa, cioè la sua circolarità. Attraverso la co-programmazione, la co-progettazione e gli accreditamenti le amministrazioni "favoriscono", come dispone l'art. 118, u.c. gli enti del TS nello svolgimento delle loro attività di interesse generale. Ma a sua volta il coinvolgimento attivo degli enti di TS è vantaggioso per le amministrazioni. In sostanza l'art. 55, applicando il principio di sussidiarietà nel punto di incontro fra polo degli interessi pubblici e polo dell'interesse generale crea una circolarità di rapporti, di esperienze, di competenze ed una condivisione di responsabilità che sono vantaggiose per entrambi i poli.

La circolarità che emerge applicando l'art. 55 è confermata fra l'altro dall'esperienza derivante da migliaia di patti di collaborazione stipulati in tutta Italia sulla base del *Regolamento per l'amministrazione*

*condivisa* promosso da Labsus, che dimostrano come l'utilizzazione dell'amministrazione condivisa porti sempre vantaggi sia ai cittadini, sia alle amministrazioni.

### 3. I principi della legge sul procedimento

L'attuazione dell'art. 55 del Codice del TS presenta però un'importante differenza rispetto all'applicazione del principio di sussidiarietà mediante il *Regolamento per l'amministrazione condivisa* promosso da Labsus, poiché l'art. 55 prevede che il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, sia posto in essere "nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241".

Nel 2013, nel redigere insieme con il Comune di Bologna il *Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni*, avevamo escluso di applicare al nuovo Regolamento gli istituti di partecipazione della legge sul procedimento perché ritenevamo che, per quanto avanzati essi fossero nel 1990, all'epoca in cui erano stati introdotti, essendo inevitabilmente fondati sul paradigma bipolare tradizionale (che è agli antipodi rispetto al paradigma sussidiario su cui si fonda il Regolamento), avrebbero rischiato di introdurre nella nuova normativa elementi di contraddizione.

L'esperienza nell'applicazione del Regolamento in centinaia di comuni nel corso degli ultimi sei anni ha dimostrato però che, come tutte le funzioni pubbliche, anche quella preposta alla co-progettazione ed all'attuazione dei patti di collaborazione è una funzione procedimentalizzata, che quindi rispetta nel suo svolgersi, sia pure senza affermarlo esplicitamente, i principi della legge sul procedimento.

È dunque comprensibile e condivisibile il richiamo nell'art. 55 al "rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241". Ma è un richiamo che va meglio specificato.

Come nota Fabio Giglioni in un recente volume su *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni* di cui è coautore insieme con Andrea Nervi, il "richiamo dei principi della legge generale sul procedimento è piuttosto indefinito, tanto da poter ricomprendere tutti i principi nella legge contenuti", ma "sembra ragionevole concludere che... il rinvio è ai principi che orientano l'attività procedimentale". In partico-

lare, Giglioni ricorda che “nella relazione di accompagnamento al Codice del Terzo Settore veniva fatto riferimento esplicito all’art. 12, legge n. 241 del 1990, che appunto conferma un sistema di pubblicità e trasparenza nella predeterminazione del rilascio di vantaggi alternativo a quello predisposto dal Codice dei contratti”<sup>1</sup>.

Che il riferimento sia ai principi che orientano l’attività procedimentale e in particolare all’art. 12 della legge sul procedimento sembra inoltre confermato dalle disposizioni di cui al quarto comma dell’art. 55, secondo cui “l’individuazione degli enti del Terzo Settore con cui attivare il partenariato avviene anche 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”.

Per quanto importante, tuttavia, il richiamo al rispetto dei principi della legge sul procedimento non è sufficiente per regolare la complessità dei rapporti di collaborazione e di condivisione di responsabilità fra amministrazioni ed enti del TS che nascono dall’applicazione del principio di sussidiarietà. Qui entra in gioco il riferimento contenuto nel primo comma dell’art. 55 ai principi di autonomia organizzativa e regolamentare, che consentono alle amministrazioni di disciplinare dettagliatamente tali rapporti mediante un regolamento deliberato dagli organi competenti, contenente gli indirizzi generali, i criteri ed i principi direttivi.

A questo proposito, sarebbe qui da riprendere e valorizzare il tentativo che era stato fatto nel 2018 da un gruppo di lavoro istituito presso l’Assessorato al welfare del Comune di Brescia, che aveva predisposto una bozza di regolamento per regolare i rapporti del Comune con gli enti del TS e successivamente, nel 2019, sulla base anche di quel documento, gli ulteriori materiali molto utili elaborati dal gruppo welfare ANCI - Emilia Romagna. Potrebbe essere utile, partendo da quei documenti, creare un gruppo di lavoro che predisponga, sulla falsariga del Regolamento per la cura dei beni comuni, un regolamento-tipo per l’attuazione dell’art. 55 del Codice del TS, vista anche la scarsa propensione di molti comuni a valorizzare la propria autonomia regolamentare in questo settore.

<sup>1</sup> F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2020.

#### 4. *Gli enti del Terzo Settore ed i cittadini attivi*

Il cenno al *Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni* consente di passare all'esame del secondo modo con cui il Terzo Settore può contribuire all'attuazione del principio di sussidiarietà.

Bisogna tenere presente che nel polo dell'interesse generale non ci sono soltanto gli enti del TS, ma ci sono anche i cittadini attivi non iscritti ad enti del TS, comitati di quartiere, associazioni di cittadini, formazioni sociali informali, etc.

Sono volontari, esattamente come quelli che operano all'interno degli enti del TS, tant'è vero che l'art. 17, secondo comma CTS afferma che "Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, *anche* per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà"<sup>2</sup>.

La definizione di volontario data dal CTS è molto centrata sulle attività di volontariato tradizionali e non tiene conto dei circa 800.000 cittadini attivi che per loro libera scelta si prendono cura dei beni comuni. È vero che lo fanno in primo luogo per vivere meglio essi stessi, tuttavia sono anche molto solidali, perché i loro interventi di cura dei beni comuni producono effetti positivi sulla qualità della vita di tutti, anche di coloro che, del tutto legittimamente, non hanno ritenuto di attivarsi.

Ma ciò che rileva qui è la presenza all'interno del polo dell'interesse generale di due sotto insiemi con cui le amministrazioni possono collaborare nel perseguimento dell'interesse generale. Il primo è costituito dal complesso degli enti del TS, con cui la collaborazione è disciplinata, come abbiamo visto, dall'art. 55 Codice del TS. Il secondo sottoinsieme è molto più fluido ed è rappresentato dalle centinaia di migliaia di cittadini attivi, singoli e associati, con cui la collaborazione è disciplinata dai *Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni* e dai relativi patti di collaborazione.

Mentre per quanto riguarda gli enti del TS la loro collocazione nel polo dell'interesse generale dipende ovviamente dalla loro storia e tradizione, oltre che attualmente dal Codice del TS, per quanto riguarda

<sup>2</sup> Corsivo aggiunto.

invece i cittadini è la Costituzione stessa che, qualora essi svolgano attività di interesse generale, prevede la loro collocazione all'interno del polo dell'interesse generale (art. 118, u.c.).

Questa previsione è doppiamente importante. Da un lato, perché in tal modo la Costituzione smentisce uno degli assunti principali su cui si fonda la visione dicotomica del mondo, diviso in portatori di interessi pubblici e portatori di interessi privati, secondo la quale i portatori di interessi privati sono per definizione egoisti e incompetenti. Egoisti perché preoccupati solo ed unicamente dei propri interessi personali ed incompetenti perché comunque non in grado, anche volendolo, di occuparsi di interessi diversi dai propri.

Dall'altro lato la Costituzione, prendendo atto che migliaia di cittadini, in vari modi, perseguono quotidianamente l'interesse generale, riconosce implicitamente la possibilità che soggetti appartenenti al polo del "Mercato", portatori perciò di interessi privati, possano temporaneamente "migrare", per così dire, nel polo dell'interesse generale.

In questo (ma non solo in questo) i cittadini attivi sono diversi dagli enti del TS che sono gli unici, per legge e per vocazione, stabilmente collocati all'interno del polo dell'interesse generale, mentre i cittadini possono appunto essere in certi momenti portatori di interessi privati e in altri perseguire l'interesse generale.

Ma in realtà anche gli enti del TS devono stare attenti, perché la loro collocazione nel polo dell'interesse generale non è scontata, c'è sempre in agguato il rischio di cadere nell'autoreferenzialità, anteponendo i propri interessi (in quanto tali, interessi privati dell'ente) all'interesse generale. Mentre per i cittadini attivi è perfettamente legittimo il "ritorno", per così dire, nel polo degli interessi privati, perché quella è la loro collocazione fisiologica, normale, per gli enti del TS l'autoreferenzialità è inaccettabile, perché vuol dire venir meno alla propria vocazione originaria al servizio, appunto, dell'interesse generale.

##### *5. Gli enti del Terzo Settore come soggetti bifronti*

Leggendo in sequenza gli artt. 114, primo comma e 118, ultimo comma della Costituzione comincia ad apparire il secondo modo con cui gli enti del TS contribuiscono all'attuazione del principio di sussidiarietà.



L'art. 114, primo comma dispone infatti che “La *Repubblica* è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”.

Mentre l'art. 118, ultimo comma, com'è noto, dispone che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

L'elenco dei soggetti pubblici che nell'art. 118, ultimo comma costituisce il soggetto del verbo *favoriscono* coincide con l'elenco di cui all'art. 114, primo comma (che individua i soggetti che costituiscono la Repubblica italiana) e quindi può essere sostituito con un unico termine: *Repubblica*.

Di conseguenza l'art. 118, ultimo comma si può leggere così: “La *Repubblica* favorisce l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Questa sostituzione di termini, che può apparire un mero *escamotage* semantico, ha invece il merito di rendere evidente l'importanza che la Costituzione attribuisce all'autonomia iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale. Nei primi articoli della Costituzione è infatti ricorrente il riferimento alla Repubblica come soggetto cui i nostri Padri e Madri Costituenti hanno voluto attribuire compiti considerati di fondamentale importanza per l'intera comunità nazionale.

L'art. 2, innanzitutto, in cui si afferma che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...”. L'art. 5, secondo cui “La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali...”. L'art. 9, che afferma che “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”.

Ma soprattutto l'art. 3, secondo comma, che attribuisce alla *Repubblica* il compito fondamentale di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

In questi (così come negli altri) articoli della Costituzione in cui il soggetto della disposizione costituzionale è la *Repubblica*, questo termine deve intendersi sempre come riferito non solo ai poteri pubblici

che compongono l'apparato istituzionale (Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato), ma anche all'insieme dei soggetti pubblici e privati che compongono la comunità nazionale.

In questa prospettiva sono dunque *Repubblica*, in senso materiale e non formale, tutti i corpi intermedi, cioè le autonomie funzionali (Università, Scuole, Camere di commercio); le organizzazioni di rappresentanza degli interessi economici degli associati (organizzazioni sindacali, associazioni datoriali, ordini professionali); le cooperative di produzione e lavoro, le cooperative sociali e quelle di consumo; le fondazioni originate da atti di legge e infine, tutti i soggetti che perseguono scopi di natura sociale, culturale e religiosa attraverso attività di interesse generale.

Ne deriva che gli enti del Terzo Settore quando svolgono attività di interesse generale sono "cittadini associati", quindi destinatari del sostegno dei soggetti pubblici ai sensi dell'art. 118, ultimo comma e dell'art. 55 del Codice del TS.

Dall'altro lato, però, essendo *Repubblica* (in quanto corpi intermedi di fondamentale importanza nella composizione della comunità nazionale) spetta anche ad essi, sempre ai sensi dell'art. 118, ultimo comma, il compito di "favorire" le autonome iniziative dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale.

In un certo senso, è come se gli enti del Terzo Settore fossero bifronti. Da un lato sono cittadini associati che la Repubblica (intesa come apparato istituzionale) deve sostenere quando svolgono attività di interesse generale. Dall'altro lato, cioè dal punto di vista dei cittadini attivi, essi sono "Repubblica" in senso materiale e quindi devono essi stessi "favorire" le autonome iniziative dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale. In questa prospettiva pertanto gli enti del TS si assumono una responsabilità pubblica, alla pari con i soggetti pubblici, per l'attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà.

Ne deriva che il sostegno che i soggetti pubblici forniscono agli enti del Terzo Settore intesi come *Repubblica* per consentire loro di adempiere a tale responsabilità nei confronti dei cittadini attivi costituisce per tali soggetti pubblici uno dei modi con cui essi possono dare attuazione al principio costituzionale di sussidiarietà. Anziché sostenere direttamente i cittadini attivi, sostengono gli enti del Terzo Settore che in vari modi a loro volta "favoriscono" le autonome iniziative dei cittadini attivi per lo svolgimento di attività di interesse generale.

## 6. *Il cerchio si chiude*

Le amministrazioni, il polo dell'interesse pubblico, hanno rapporti fondati sul principio di sussidiarietà con il polo dell'interesse generale, in modi e con strumenti diversi a seconda dei due sottoinsiemi che compongono quest'ultimo.

Con gli enti del TS il coinvolgimento attivo da parte delle amministrazioni, che si estrinseca nella co-programmazione e nella co-progettazione, è disciplinato in primo luogo dal principio di sussidiarietà e poi dall'art. 55 del CTS e, auspicabilmente, da regolamenti comunali in materia.

Con i cittadini attivi il rapporto di collaborazione con le amministrazioni è regolato dal principio di sussidiarietà, dai *Regolamenti per l'amministrazione condivisa* e dai patti di collaborazione.

Ma all'interno del polo dell'interesse generale gli enti del TS possono a loro volta attuare il principio di sussidiarietà sostenendo in vari modi i cittadini attivi nelle attività di cura dei beni comuni. E questi ultimi, a loro volta, anche grazie a questo sostegno, stipulano con le amministrazioni patti di collaborazione per la cura dei beni comuni, chiudendo così il cerchio.



ALESSANDRO LOMBARDI\*

## GLI STRUMENTI COLLABORATIVI TRA P.A. E TERZO SETTORE NEL SISTEMA DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli articoli 55 e 56 del Codice del Terzo settore. – 3. Principi costituzionali degli istituti collaborativi. – 4. La cornice giuridica europea – 5. Il rapporto con le fonti legislative interne. – 6. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

L'articolo 4, comma 1, del Codice del Terzo settore (CTS)<sup>1</sup> introduce nell'ordinamento giuridico la nuova figura soggettiva di ente del Terzo settore (ETS), individuandone i requisiti che cumulativamente devono sussistere affinché possa integrarsi la fattispecie di ETS. Dalla definizione codicistica discende che gli elementi essenziali dell'ETS sono:

- a) l'assunzione di una configurazione soggettiva tipizzata (cd. ETS "tipici") o, in alternativa, della forma giuridica di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione o di altro ente di carattere privato diverso dalle società (cd. ETS "atipici");
- b) l'indipendenza da PP.AA, formazioni e associazioni politiche, sindacali, di categoria, ecc.;
- c) lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale (elencate in 26 voci nell'articolo 5 del codice), in forma non sola gratuita, volontaria o erogativa, ma anche mutualistica o imprenditoriale;

\* Direttore Generale del Terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Le considerazioni contenute nel presente testo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

<sup>1</sup> "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

- d) il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;
- e) l'assenza di fine lucrativo;
- f) l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS).

Tali elementi, unitamente ad un sistema di obblighi e di controlli ai quali gli ETS sono sottoposti, configurano questi ultimi quali formazioni sociali portatrici dell'interesse generale, la cui attività è indirizzata teleologicamente al perseguimento del bene comune.

Tale prospettiva consente di leggere il profilo dinamico delle relazioni tra P.A. ed ETS, attraverso le quali questi ultimi concorrono allo svolgimento delle attività di interesse generale, il cui esercizio non può essere considerato appannaggio esclusivo dei pubblici poteri. L'estrinsecazione della funzione pubblica secondo modelli partecipativi e collaborativi tuttavia non fa venir meno la sua natura di attività procedimentalizzata inerente la funzione pubblica. Difatti, come espressamente previsto dall'art. 55, comma 2, che parla di amministrazione procedente (e analogo concetto è implicitamente contenuto nel successivo art. 56) compete alla P.A. l'attivazione dei procedimenti di coinvolgimento degli ETS. Nei paragrafi seguenti, partendo da una sintetica esposizione dei contenuti degli artt. 55 e 56 del CTS, verrà sviluppata una lettura sistemica di tali disposizioni nel contesto ordinamentale eurounitario ed italiano.

## *2. Gli articoli 55 e 56 del Codice del Terzo settore*

Il CTS contiene una disciplina dettagliata delle forme relazionali tra PP.AA. ed ETS, le quali abbracciano tanto la fase ascendente di programmazione ed organizzazione dei servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale, quanto la successiva fase discendente di progettazione ed attuazione dell'intervento, caratterizzata dalla previsione di forme di partecipazione e collaborazione tra pubblico e privato.

In tale prospettiva, il CTS individua una filiera di strumenti di coinvolgimento attivo degli ETS nelle fasi sopra dette, funzionali al perseguimento dell'obiettivo di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie della P.A. in ordine a tali scelte.

Tali strumenti sono:

- a) la co-programmazione;
- b) la co-progettazione;
- c) l'accreditamento
- d) la convenzione

Ai primi tre istituti è dedicato l'articolo 55 del CTS, in relazione al quale possono individuarsi i seguenti elementi caratterizzanti:

a) la portata applicativa generale della norma, sotto il profilo dell'ambito oggettivo, in quanto essa abbraccia la programmazione e l'organizzazione degli interventi e dei servizi in tutti i settori afferenti alle attività di interesse generale di cui all'art. 5 del CTS, sicché tali strumenti non sono più limitati all'originario ambito dei servizi sociali (art. 5 L. n. 328/2000), né tantomeno sono utilizzabili solo per interventi dotati di innovatività o sperimentalità (come nel caso della co-progettazione, ex art. 7 del D.P.C.M. 30.3.2001);

b) l'analoga generalità dell'ambito soggettivo di applicazione, che riguarda tutti gli enti del Terzo settore e tutte le pubbliche amministrazioni contemplate nell'art.1, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001<sup>2</sup> ;

c) la definizione degli istituti contenuta in una fonte normativa statale di rango primario;

d) la procedimentalizzazione della funzione, ancorata alle regole dell'evidenza pubblica ed in particolare agli artt. 6-bis, 10, 11 e 12 della legge n. 241/1990 ed al conseguenziale rispetto dei canoni di trasparenza, imparzialità, partecipazione, parità di trattamento;

e) la chiara investitura del ruolo di regia attiva e promozionale in capo alla P.A. precedente cui spetta la predefinizione di quanto necessario affinché gli istituti sopra richiamati possano dispiegarsi compiutamente e armonicamente in relazione a:

- 1) definizione dell'oggetto del procedimento;
- 2) previsione dei criteri di individuazione dei soggetti con cui at-

<sup>2</sup> "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

tivare le speciali forme di partenariato all'esito delle procedure comparative;

3) dispiegarsi del procedimento nelle diverse fasi;

4) esito atteso e modalità di formalizzazione di eventuali accordi con cui i procedimenti trovano conclusione.

Per effetto dell'innovazione introdotta dal CTS, tutti i soggetti del Terzo settore possono collaborare con tutte le PP.AA. per lo svolgimento di tutte le attività di interesse generale.

Inoltre, la stessa attività di interesse generale è intesa in una prospettiva procedimentalizzata, non rilevando più esclusivamente nella fase dell'esplicazione dell'attività privata, per come sviluppata in relazione all'obiettivo perseguito, ma anche nella fase iniziale del percorso di programmazione ed organizzazione.

Coerentemente con un simile impianto normativo, i singoli istituti vanno visti in un *continuum* che si sviluppa da azioni programmatiche di carattere generale e, attraverso specifiche forme di progettazione condivisa di dettaglio, può approdare ad accreditamenti o partenariati.

Va evidenziato che il riconoscimento in capo agli ETS della titolarità piena ed originaria – in quanto costituzionalmente fondata sul principio di sussidiarietà orizzontale – dell'esercizio di attività di interesse generale, comporta di conseguenza che i servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale non necessariamente devono essere affidati mediante i tradizionali istituti dell'appalto o della concessione, ma sono riconosciuti come afferenti ad una programmazione e progettazione costruita su basi di conoscenza e di opzioni operative condivise e coordinate in un disegno armonico di intervento, del quale la P.A. è, al contempo, promotrice e garante.

Tale prospettiva va costruita e tutelata mettendo a punto:

- provvedimenti di normazione regionale e/o settoriale;
- regolamenti specifici delle PP.AA interessate;
- schemi di avvisi pubblici, di convenzioni di partenariato, ecc.

L'articolo 56 del CTS è dedicato alle convenzioni: in esso trasparente evidente l'obiettivo perseguito dal legislatore di operare una sistemizzazione, in chiave evolutiva, rispetto alla scarsa disciplina previgente (art. 7 della legge n.266/1991, per le organizzazioni di volontariato; art. 30 della legge n. 383/2000, per le associazioni di promozione sociale).

Le PP.AA di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 possono sottoscrivere convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi



nel RUNTS, finalizzate allo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, da espletarsi in favore di terzi.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma è confermativo del regime giuridico preesistente: le convenzioni non sono sottoscrivibili con la generalità degli enti del Terzo settore, ma soltanto con talune tipologie di essi, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale. Tale limitazione è giustificata dal fatto che tali tipologie di soggetti sono caratterizzate ed accomunate dal fatto di avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontari. Tale caratteristica conferisce loro una connotazione di tipo solidaristico ancora più marcata rispetto ad altre tipologie di ETS.

Parimenti confermativo è il principio della rendicontazione a costi reali<sup>3</sup> delle spese effettivamente sostenute e documentate dall'organizzazione, che potrà pertanto ricevere il relativo rimborso, con esclusione di qualsivoglia margine di profitto ricavabile dall'esercizio delle attività oggetto della convenzione.

Sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, lo strumento convenzionale sarà attivabile per lo svolgimento di attività e servizi sociali di interesse generale.

Il CTS esplicita due principi rilevanti che devono guidare l'azione della P.A. procedente: la necessaria procedimentalizzazione del percorso amministrativo, che deve condurre all'individuazione della controparte del rapporto convenzionale, attraverso un solido ancoraggio alle regole dell'evidenza pubblica, da svilupparsi ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990, nel rispetto dei canoni di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e *par condicio*; la sussistenza di un maggiore vantaggio per la P.A. (da esplicitare nell'impianto motivazionale del provvedimento amministrativo di indizione della procedura) derivante dal ricorso allo strumento convenzionale piuttosto che all'apertura al mercato.

Sotto quest'ultimo profilo, il giudizio sulla maggiore vantaggiosità

<sup>3</sup> Si deve pertanto escludere l'applicabilità a tali convenzioni dell'opzione di semplificazione dei costi (cd. costi standard). Ad una diversa conclusione, nel senso dell'ammissibilità dei costi standard, si potrebbe giungere riguardo agli accordi sottoscritti all'esito del processo di co-progettazione o in tema di accreditamento, ferma restando l'inapplicabilità dei costi standard alle ODV, in ragione della previsione dell'articolo 33, comma 3 del CTS, ai sensi del quale esse possono ricevere, per l'attività di interesse generale prestata, soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate.

dell'opzione per lo strumento convenzionale non si deve ritenere esaurito esclusivamente da valutazioni di carattere finanziario, legate al minor onere sostenuto dall'erario pubblico in conseguenza della limitazione della copertura dei costi del servizio o dell'attività al solo rimborso delle spese sostenute e documentate (rispetto al medesimo servizio fornito a fronte del pagamento di un corrispettivo), ma dovrà includere anche profili valutativi di impatto sociale, intendendosi per tale la "valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato" (art. 7, comma 3, della legge n. 106/2016), secondo la successiva declinazione contenuta nel D.M. del 23 luglio 2019<sup>4</sup>, con il quale sono state adottate le linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale. In altri termini, l'opzione convenzionale sarà più favorevole rispetto al ricorso al mercato, non solo in quanto consente una minore spesa pubblica, ma anche perché consente di rendere un servizio fruibile in condizioni qualitativamente migliori, in relazione ai profili di accessibilità del servizio (livelli più ampi di copertura dei bacini di utenti) e di tutela dei diritti (livelli più elevati in relazione alle modalità di svolgimento dell'attività).

La disposizione in esame prevede anche, in capo alle amministrazioni pubbliche, la potestà di individuare, naturalmente in via preventiva, specifici requisiti di moralità professionale e di adeguatezza da valutarsi in base ad una serie specifica di parametri, puntualmente elencati dalla norma quali: la struttura dell'associazione o organizzazione, l'attività concretamente svolta, le finalità perseguite, il numero degli aderenti, le risorse a disposizione e la capacità tecnica e professionale. Quest'ultimo requisito viene definito dalla norma quale concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto della convenzione; a titolo esemplificativo, vengono individuati alcuni criteri valutativi afferenti all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

Un ulteriore sforzo compiuto dal legislatore è rappresentato dall'individuazione del contenuto necessario (o tipico) della convenzione: anche in questo caso il salto qualitativo rispetto alla disciplina previgente è notevole, in termini sia di ampliamento delle disposizioni ritenute essenziali, sia di specificazione di prescrizioni già contemplate.

<sup>4</sup> Pubblicato nella GURI n. 214 del 12.9.2019.

Sotto il primo profilo, si fa riferimento alla necessaria previsione del rispetto di standard organizzativi e strutturali eventualmente previsti dalla normativa nazionale o regionale; alla durata del rapporto regolato dalla convenzione stessa; al contenuto delle attività da svolgersi da parte dei volontari e alle relative modalità d'impiego degli stessi; al numero e all'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività oggetto della convenzione; alle modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici; alle modalità di risoluzione del rapporto.

Sotto il secondo profilo, rileva la disciplina dei rapporti finanziari, in ordine ai quali viene espressa l'esigenza della definizione delle condizioni e dei criteri di ammissibilità delle spese rimborsabili (tra le quali devono necessariamente figurare quelle relative alla copertura assicurativa dei volontari); viene ribadito il principio dell'effettività della spesa rimborsabile e viene ammesso il riconoscimento in quota parte dei costi indiretti, secondo il criterio della loro diretta riconducibilità all'attività oggetto della convenzione.

Se tali condizioni sono rispettate, le convenzioni a rimborso stipulate tra pubbliche amministrazioni e organismi del terzo settore costituiscono uno strumento di collaborazione non configurabile come contratto di appalto. Sul piano sostanziale la convenzione, espressione del dovere di solidarietà sociale richiamato anche dalla Corte di Giustizia europea<sup>5</sup>, rappresenta l'impegno da parte dell'ente pubblico e dell'organismo del terzo settore, accomunati dalle stesse finalità di solidarietà, nell'attuazione di un'attività di interesse generale.

Sulla scorta della giurisprudenza europea e italiana, il Codice del terzo settore ha fissato gli elementi costitutivi delle convenzioni a rimborso, elementi che le differenziano radicalmente dagli appalti di servizi e che possono essere così riassunti:

- apporto prevalente e determinante dei volontari nello svolgimento delle attività;
- divieto di retribuire i volontari, se non a titolo di mero rimborso per le spese sostenute e documentate, alle condizioni preventivamente stabilite dall'organizzazione di volontariato. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario;
- impiego di lavoratori, nella misura necessaria a qualificare o specializzare l'attività. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati

<sup>5</sup> Vedi *infra* al § 4.

nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari;

- contenuto e modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici;
- condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge;
- durata del rapporto convenzionale;
- copertura assicurativa dei volontari, i cui oneri sono a carico dell'amministrazione pubblica;
- modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti;
- modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con 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.

Le disposizioni del CTS si inseriscono coerentemente nel quadro sopra delineato: difatti la limitazione della legittimazione soggettiva alla sottoscrizione delle convenzioni in capo alle ODV e alle APS trova la sua giustificazione nella peculiare profilazione organizzativa di questi enti, che svolgono le attività di interesse generale avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati (artt. 32, comma 1 e 35, comma 1); esse inoltre possono costituire rapporti di lavoro esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta, tenendo conto che il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al 50% del numero dei volontari (art. 33, comma 1 per le ODV). Analoga prescrizione troviamo per le APS all'art. 36, comma 1, laddove l'impiego dei lavoratori è possibile ove sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità statutarie: anche in questo caso il numero dei lavoratori non può essere superiore al 50% dei volontari o al 5% degli associati. Inoltre, bisogna aggiungere che la convenzione deve dare atto delle finalità di solidarietà sociale nel caso specifico e

deve avere come oggetto uno degli ambiti di attività di interesse generale previsti dall'articolo 5 del Codice del terzo settore.

La convenzione, pertanto, deve essere tenuta distinta dal contratto d'appalto sia sotto il profilo della causa che sotto quello della sinallagmaticità. Più specificamente, la causa della convenzione non consiste nello scambio tra la prestazione del servizio e il pagamento del corrispettivo, ma nel sostegno anche finanziario della P.A. allo svolgimento da parte dell'ente del Terzo settore di un'attività di interesse generale finalizzata al soddisfacimento dei bisogni della comunità. La convenzione non prevede un corrispettivo, ma soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e rendicontate con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di profitto (con conseguente differente regime fiscale ai fini IVA)<sup>6</sup>. L'assenza del corrispettivo ed il perseguimento di finalità solidaristiche sono elementi qualificatori essenziali ai fini della necessaria distinzione rispetto al contratto di appalto. Al di là del *nomen iuris* attribuito all'atto, si dovrà prestare particolare attenzione agli aspetti qualificatori dello stesso, a partire dall'elemento del rimborso, al fine di evitare che esso mascheri un corrispettivo per la prestazione di un servizio; parimenti, la previsione di penalità per inadempimento o la presenza di clausole risolutive espresse costituiscono indici della sussistenza del nesso di sinallagmaticità, con conseguente impossibilità di riconduzione dell'atto alla fattispecie della convenzione.

La tradizionale dicotomia tra convenzioni e contratti di appalto, che ha comportato la conseguente tensione tra il principio di solidarietà ed il principio di concorrenza, trova oggi un punto di equilibrio nell'art. 56 del CTS, che recependo gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, associa all'elemento del risparmio economico il profilo teleologico del perseguimento effettivo di finalità solidaristiche.

### 3. *Principi costituzionali degli istituti collaborativi*

Preliminarmente, giova precisare che in questa sede non verrà affrontato il tema del rapporto più generale del CTS con le norme costituzionali<sup>7</sup>, ma l'attenzione si soffermerà sulla riconduzione degli istituti

<sup>6</sup> Cfr. circolare Agenzia Entrate n. 34/E del 21.11.2013.

<sup>7</sup> Su tale tema, cfr. P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 37 e ss.

collaborativi a principi costituzionali ulteriori rispetto a quelli esplicitati nell'art. 1 del CTS, avendo ben presente che, comunque, detta trattazione non può prescindere da uno di tali principi richiamati espressamente dal CTS, cioè il principio di sussidiarietà orizzontale, che costituisce l'architrave dell'art. 55 del CTS. Difatti, il legislatore del 2017, anche attraverso gli istituti collaborativi sopra tratteggiati, ha inteso perseguire il fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono in forma associata al perseguimento del bene comune attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale, applicando, attraverso l'esplicito richiamo all'articolo 118 della Costituzione, il principio di sussidiarietà orizzontale, secondo il quale *"Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale"* (art. 118, comma 4, Cost.). Nel principio di sussidiarietà orizzontale si rinviene il tratto distintivo tipico degli articoli in esame, che rappresentano il primo intervento normativo volto a dare concreta attuazione a questo peculiare aspetto della riforma costituzionale del 2001<sup>8</sup>. Tale impostazione ha trovato un'autorevole conferma nella recente sentenza della Corte Costituzionale n.131/2020<sup>9</sup>, secondo la quale l'articolo 55 *"rappresenta ...una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.... Nella suddetta disposizione costituzionale... si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini..."*

Sotto un diverso aspetto, l'articolo 55 del CTS va letto nell'ottica peculiare del rapporto tra lo Stato e le autonomie regionali e locali: sovviene, sotto questo punto di vista, il richiamo all'articolo 117 Cost., in tema di riparto tra lo Stato e le Regioni della potestà legislativa e l'articolo 118, comma 1, Cost., in tema di sussidiarietà verticale. Difatti

<sup>8</sup> 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. Una introduzione*, Napoli, 2018, 263 e ss.

<sup>9</sup> Essa si inserisce in un solco di continuità con le precedenti pronunce della Corte in tema di Terzo settore, a partire dalla sentenza n. 75/1992 (espressamente citata) in tema di volontariato, definito come *"la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"*.

ti, la disciplina degli ETS, anche per quanto riguarda le regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, afferisce tipicamente alla materia dell'“ordinamento civile”, di competenza statale, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera l), Cost.: la fissazione di tale regole, a sua volta obbedisce all'ulteriore principio costituzionale di eguaglianza formale, sancito dall'articolo 3, comma 1, allo scopo di garantire l'uniformità di trattamento degli ETS, oltretutto di assicurare l'essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare i soggetti del Terzo settore sull'intero territorio nazionale<sup>10</sup>. L'articolo 55, da un lato, fissa la disciplina e i principi generali degli strumenti collaborativi tra P.A ed ETS, garantendo il presidio di principi costituzionali testé richiamati; dall'altro, lascia ampio margine alla potestà legislativa regionale e alla potestà regolamentare degli EE.LL. nella declinazione e specificazione di tali principi.

Si è avuto modo di osservare come gli istituti collaborativi vadano ad innestarsi nella disciplina del procedimento amministrativo: le attività di co-programmazione e di co-progettazione, in virtù della loro vocazione al coinvolgimento pluralistico degli ETS, costituiscono una forma specifica di attuazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo, finalizzato a permettere alla P.A. procedente l'acquisizione di una molteplicità di elementi informativi e valutativi, suscettibili di implementare la qualità del provvedimento finale, sia sotto il profilo metodologico che sotto il profilo contenutistico, proprio in quanto formatosi in virtù dell'apporto dei diversi soggetti che hanno preso parte al procedimento<sup>11</sup>. In tal senso, si inverano i canoni costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati nell'articolo 97 Cost.

Si è avuto modo di evidenziare in precedenza come attraverso gli istituti collaborativi si concretizzi un'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e realizzazione in partenariato di interventi e servizi afferenti agli ambiti costituenti oggetto delle attività

<sup>10</sup> Corte Cost. sentenza. n. 185/2018.

<sup>11</sup> Questo aspetto è stato rimarcato dalla citata sentenza. n. 131/2020 Corte Cost., in cui si evidenzia che gli ETS costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, capace di rilevare i bisogni emergenti in tempo reale, mettendo a disposizione della P.A. sia dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a carico della stessa P.A.), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento. Ciò si traduce sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della comunità di riferimento.

di interesse generale. L'applicazione degli artt. 55 e 56 del CTS permette alla P.A. di conseguire risparmi di spesa derivanti proprio dall'apporto materiale degli ETS all'implementazione degli interventi, con conseguente salvaguardia di un altro principio di rilevanza costituzionale, la tutela degli equilibri di bilancio, consacrato nell'art. 81 Cost., che ha recepito il corrispondente principio di fonte comunitaria.

#### 4. *La cornice giuridica europea*

L'analisi del rapporto intercorrente tra gli artt. 55 e 56 del CTS con il diritto dell'Unione europea ha fatto registrare, a breve distanza dall'entrata in vigore del CTS, una lettura particolarmente restrittiva data agli istituti in esame dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018<sup>12</sup>, nel quale, muovendo dalla primazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale, faceva discendere la conseguente subalternità del CTS rispetto al Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, in quanto quest'ultimo recepiva una fonte di diritto europeo. Da un lato, il Consiglio di Stato individua nel contratto d'appalto l'unico strumento relazionale tra P.A. e soggetti privati (compresi pertanto gli ETS); dall'altro, ravvisa la non onerosità del rapporto (che come tale non soggiace alla disciplina dei contratti pubblici) tra P.A. ed ETS esclusivamente nel caso in cui sia previsto il solo rimborso delle spese a piè di lista, secondo un meccanismo che escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente: in tale circostanza si può parlare di gratuità della prestazione del servizio, a fronte del quale vi è un depauperamento del soggetto erogatore dello stesso. Anche su tale punto ha fatto chiarezza la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 131/2020, che, muovendo da una prospettiva sistemica della disciplina degli ETS, ha rimarcato l'instaurazione, attraverso gli istituti collaborativi, di un canale di amministrazione condivisa tra i soggetti pubblici e gli ETS, alternativo a quello del profitto e del mercato, in quanto non

<sup>12</sup> Giova rammentare che il medesimo Consiglio di Stato aveva avuto modo di affrontare il tema – nell'esercizio della propria funzione consultiva – pronunciandosi dapprima sullo schema di decreto legislativo recante il CTS (con parere n. 1405/2017) e, poi, su quello del c.d. decreto correttivo (con parere n. 1432/2018) senza tuttavia pervenire alle conclusioni espresse nel parere n. 2052/2018.



basato sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sulla messa a disposizione ad opera di tutti i soggetti partecipanti aggregazione di risorse umane, finanziarie e strumentali finalizzate all'implementazione delle attività di interesse generale<sup>13</sup>. Tale disegno, ad avviso della Corte Costituzionale, risulta pienamente coerente sia con la produzione normativa europea che con lo sviluppo giurisprudenziale. Difatti, sotto il primo punto di vista, viene in rilievo la direttiva appalti 2014/24/UE (recepita nel nostro ordinamento attraverso il già citato d.lgs. n. 50/2016), la quale, nel considerando n. 114 afferma che *«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 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 casi, appare legittima la scelta dello Stato membro di approntare un modello organizzativo, al quale applicare la sola disciplina nazionale, ispirato al principio di solidarietà (come, ad es., nel caso della co-progettazione o della convenzione), che preveda il coinvolgimento di soggetti privi di fini di lucro, fatte salvi gli equilibri di bilancio e la regia pubblica dell'intervento.

Il tema è stato inoltre affrontato anche dalla CGUE, che si è occupata delle convenzioni a rimborso italiane in due fondamentali sentenze<sup>14</sup>. La Corte di Giustizia ha sancito la legittimità delle convenzioni a rimborso, a condizione che le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli di solidarietà sociale, che non traggano

<sup>13</sup> Tale differenza era stata già posta in evidenza nella relazione illustrativa al Codice del Terzo settore: [http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0417\\_F001.pdf&leg=XVII](http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0417_F001.pdf&leg=XVII), 19.

<sup>14</sup> Sentenze CGUE nelle cause C-113/13 ("Spezzino") e C-50/14 ("Casta").

alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento<sup>15</sup>. Relativamente al rimborso dei costi, secondo la CGUE occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse.

In tale prospettiva deve leggersi la concezione di gratuità delle convenzioni, da intendersi, in coerenza con il profilo causale di tale negozio giuridico, in termini di assenza del corrispettivo. Una diversa lettura che riconduca la gratuità all'esclusivo rimborso delle spese vive a piè di lista, con esclusione del rimborso della remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi utilizzati dall'ente per l'implementazione dell'oggetto della convenzione, non trova alcun riscontro nel dato positivo. L'articolo 56 del CTS prescrive infatti l'esclusivo rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (ivi comprese quelle riguardanti gli oneri relativi alla copertura assicurativa dei volontari, richiamata altresì in altra parte del CTS, all'articolo 18, comma 3), senza alcun discrimine tra le varie tipologie di spese, tra le quali vanno legittimamente incluse anche quelle relative al costo del lavoro. Il CTS, cioè, positivizza al livello di fonte primaria un consolidato criterio (proprio della disciplina dei fondi strutturali UE) di riconoscibilità della spesa, che è quello dei costi reali (tra i quali sono da ricomprendere anche costi diretti corrispondenti a spese fisse durevoli nel tempo, quali le retribuzioni del personale), aggiungendo ad esso il divieto di riconoscimento di costi forfettari, prevedendo altresì una limitata eleggibilità dei costi indiretti alla quota parte direttamente imputabile alle attività oggetto di convenzione.

<sup>15</sup> Tale enunciato è stato positivizzato nel CTS agli artt. 33, comma 1 e 36.

Si può pertanto ragionevolmente affermare come il CTS, nella parte dedicata agli istituti collaborativi, costituisce esso stesso momento di attuazione del diritto eurounitario.

### *5. Il rapporto con le fonti legislative interne*

Le conclusioni del precedente paragrafo introducono al contempo il tema dei punti di interrelazione del CTS con le fonti normative interne.

Partendo dal codice dei contratti pubblici, si è già avuto modo di evidenziare il rapporto di equiordinazione di quest'ultimo con il CTS e la non sovrapponibilità del contratto pubblico con gli accordi di collaborazione tra P.A. ed ETS scaturenti all'esito dei procedimenti di cui agli artt. 55 e 56 del CTS, in ragione del differente profilo causale che caratterizza i due negozi giuridici (lo scambio tra il corrispettivo e la fornitura di un bene o servizio nel primo caso; la collaborazione nello svolgimento di un'attività di interesse generale mediante l'aggregazione di risorse pubbliche e private nel secondo caso). Al riguardo occorre sgombrare il campo da fraintendimenti, in quanto gli istituti collaborativi non costituiscono un aggiramento delle procedure di evidenza pubblica, ma piuttosto essi inverano l'applicazione di un'evidenza pubblica diversa, fondata sui principi dell'articolo 12 della legge n. 241/1990.

L'interazione stretta tra i procedimenti descritti negli artt. 55 e 56 con la legge n. 241/1990 abbraccia in particolare il dettato dell'articolo 12 in tema di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, ma finisce per involgere tutte le disposizioni ivi contenute, a partire da quelle riguardanti la partecipazione al procedimento, sopra richiamate.

Sovviene inoltre l'ulteriore riflessione riguardante il rapporto con il d.lgs. n. 33/2013, attraverso la declinazione applicativa dei canoni di pubblicità e di trasparenza negli istituti disciplinati dagli artt. 55 e 56 del decreto legislativo n.117/2017.

Preliminarmente, occorre richiamare quanto previsto – in termini generali, con riferimento a tutti gli strumenti indicati nel titolo VII del CTS – dal primo comma dell'art. 55 del CTS.

Tale norma introduce i principi generali ai quali le pubbliche amministrazioni devono uniformarsi nello svolgimento dei relativi procedimenti finalizzati al coinvolgimento degli ETS; fra essi, è menzionato il principio di "autonomia organizzativa e regolamentare".

Ne deriva che le amministrazioni possono – nel rispetto della legislazione di settore, statale e regionale – disciplinare la materia all'interno dello strumento regolamentare; in concreto, poi, potrà trattarsi di un regolamento generale in ordine al rapporto fra P.A. ed ETS, in attuazione dell'intero CTS, oppure, in alternativa, di un regolamento puntuale su uno o più strumenti contemplati dall'art. 55 del CTS più volte citato.

In considerazione di quanto precede, tale regolamento – in quanto atto amministrativo generale – deve essere pubblicato ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 33/2013.

Gli atti ed i provvedimenti riguardanti la co-programmazione, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.:

- devono essere pubblicati ai sensi dell'art. 23, trattandosi di “provvedimenti amministrativi”, e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;

- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell'art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall'art. 5-bis, avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;

- laddove, nell'ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. procedente, l'obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell'art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

In tema di coprogettazione, accreditamento e convenzionamento, in aggiunta a quanto esposto sopra, la pubblicazione degli atti e dei provvedimenti dovrà avvenire ai sensi dell'articolo 26 (consistendo nel riconoscimento di contributi e sovvenzioni). Detta pubblicazione costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore ad € 1.000,00 nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario. Dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui alla normativa sopra citata va fatta esplicita menzione nei successivi atti contabili di erogazione al beneficiario del finanziamento dedotto nell'atto regolatorio del rapporto collaborativo.

## *6. Conclusioni*

La sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale ha avuto il grande merito di fornire una lettura autorevole e sistematica del titolo

VII del CTS, in linea con la portata generale dell'intervento riformatore attuato con il d.lgs. n.117/2017, la cui applicazione, su questo specifico tema aveva subito, all'indomani del parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato, un'inevitabile battuta d'arresto, quale conseguenza non del parere di per sé considerato, ma della più generale situazione di incertezza giuridica creatasi a seguito del medesimo.

Tuttavia, il biennio 2018-2020 non è trascorso invano: muovendo proprio dal citato parere, la dottrina ha sviluppato un approfondimento degli strumenti collaborativi, volto a rinnovarne la loro fondatezza e la loro originalità. A questo percorso hanno preso parte attiva altresì diverse amministrazioni, accomunate dall'intento di fornire certezza interpretativa ed applicativa agli operatori del settore. In tale prospettiva si colloca l'iniziativa assunta dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che, recependo un'indicazione formulata dal Consiglio nazionale del Terzo settore nel gennaio 2020, ha costituito un gruppo tecnico, del quale fanno parte rappresentanti dei livelli di governance regionale e locale e del Forum nazionale del Terzo settore, che sta ultimando l'elaborazione di un documento contenente linee guida sulle forme relazionali tra PP.AA ed ETS, che può costituire oggetto di una posizione comune sul tema da assumersi, nell'ottica della leale collaborazione, da parte delle PP.AA. coinvolte. Particolarmente importanti, tra le altre, risultano le linee guida sulle modalità di affidamento e finanziamento di servizi e interventi socio-assistenziali assunte dalla Provincia autonoma di Trento con la Deliberazione della Giunta provinciale n. 174 del 7 febbraio 2020 e soprattutto la recentissima legge della Regione Toscana n. 65 del 22 luglio 2020, recante norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano.

Più in generale, in una prospettiva *de jure condendo*, si potrebbe percorrere, sulla scia argomentativa tracciata dalla Corte Costituzionale, la strada del coordinamento normativo tra il CTS ed il codice dei contratti pubblici, attraverso un intervento "chirurgico" del legislatore, imperniato sull'inserimento, all'interno del d.lgs. n. 50/2016, di una clausola di salvaguardia delle disposizioni contenute nel titolo VII del CTS.

Anche sul tema della collaborazione tra P.A. ed ETS, al di là del dato normativo, il successo della riforma dipenderà dalla sua concreta applicazione da parte degli operatori, su entrambi i versanti, ai quali viene richiesto un cambiamento "culturale", che passa necessariamente dall'acquisizione di una *forma mentis* non più incentrata esclusiva-

mente sulla logica competitiva (che continua a permanere come opzione praticabile), ma su quella collaborativa tra la P.A., che non è l'unico soggetto titolare dell'interesse generale (e come tale deve aprirsi agli apporti di idee provenienti dagli ETS) e gli ETS, che devono elaborare i loro programmi di attività e orientare le successive condotte, coscienti di essere anch'essi vocati alla tutela dell'interesse generale.

ANTONIO FICI\*

## I “PRESUPPOSTI NEGOZIALI” DELL’“AMMINISTRAZIONE CONDIVISA”: PROFILI DI DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La natura giuridica della parte privata. – 2.1. La qualifica di ente del terzo settore e i suoi requisiti essenziali. – 2.2. Le cooperative di comunità e il terzo settore. – 3. La “gratuità” dei rapporti. – 4. La “comunione di scopo” come fondamento causale dei rapporti *ex artt. 55-57 CTS*. – 5. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

Il tema dei rapporti tra enti del terzo settore e pubbliche amministrazioni – oggetto degli articoli 55-57 di cui al titolo VII del d.lgs. 117/2017 recante il Codice del terzo settore (CTS) – non potrà più essere affrontato e discusso senza tenere in considerazione la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 131 del 2020, resa nell’ambito di un giudizio di legittimità avente ad oggetto una norma di legge regionale sui rapporti tra art. 55 CTS e cooperative di comunità<sup>1</sup>. La mole di commenti che la decisione ha repentinamente generato ne conferma la fondamentale importanza per il terzo settore e il suo diritto<sup>2</sup>.

Segnatamente, la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Governo italiano per violazione dell’art. 117, comma 2, lett. l), Cost., da parte dell’art. 5, comma 1, lett. b), della legge regionale umbra 11 aprile 2019, n. 2, specificamente dedicata alle cooperative di

\* Professore Associato di Diritto privato nell’Università del Molise e Direttore scientifico di *Terzjus*.

<sup>1</sup> Il testo della sentenza è reperibile in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).

<sup>2</sup> Cfr., tra i primi, GIGLIONI, *L’amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in [www.labsus.it](http://www.labsus.it), secondo cui “ci sono tutte le condizioni perché la sentenza n. 131 del 2020 divenga una pietra miliare nella storia del diritto italiano”; GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in [www.rivistaimpresasociale.it](http://www.rivistaimpresasociale.it); ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); SANTUARI, *La Corte Costituzionale sulla coprogettazione. Sciolti i dubbi interpretativi sull’art. 55 del Codice del Terzo Settore*, in [www.welforum.it](http://www.welforum.it); SCOPPETTA, *Il terzo settore nella sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020*, in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).

comunità. Si lamenta il contrasto tra la norma regionale testé menzionata e quella statale di cui all'art. 55 CTS, nella misura in cui la prima sembra estendere a soggetti che di per sé non sono enti del terzo settore – cioè le cooperative di comunità di cui alla medesima legge regionale – il particolare regime dei rapporti con gli enti pubblici che la seconda riserva agli enti del terzo settore, così invadendo la materia dell'ordinamento civile, che la Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato.

Nel giudicare infondata la riferita questione di legittimità (ancorché attraverso una sentenza interpretativa di rigetto), la Corte Costituzionale svolge in diritto una serie di considerazioni che, sebbene non sempre determinanti ai fini della risoluzione della questione ad essa sottoposta (assumendo dunque il carattere di *obiter dicta*), non potranno che influenzare (ed indirizzare in una certa direzione) il futuro dibattito sui diversi temi da essa toccati.

La sentenza della Corte, così come, più ampiamente, l'intera giurisprudenza amministrativa ed euro-unitaria sul tema dei rapporti tra enti del terzo settore ed enti pubblici, e dunque oggi sugli articoli 55, 56 e 57 CTS, presentano numerosi profili di interesse per lo studioso del diritto privato dei contratti e delle organizzazioni. In prospettiva inversa, le categorie privatistiche possono rivelarsi d'enorme ausilio per una migliore comprensione ed applicazione delle norme e degli istituti del diritto amministrativo implicati nella materia in esame.

Più specificamente, il nuovo diritto del terzo settore (così come, del resto, tutti quei “diritti” che trasversalmente si occupano di specifiche materie e settori, quali, per fare solo alcuni esempi, l'ambiente, il turismo, il consumo, il trattamento di dati personali, ecc.) mette in crisi i confini tra il diritto pubblico/amministrativo ed il diritto privato, laddove è solo dal dialogo tra le varie discipline giuridiche coinvolte che è possibile ricavare non solo soluzioni normative adeguate alla materia da regolare, ma anche interpretazioni coerenti con l'oggetto della disciplina<sup>3</sup>.

Il presente contributo – muovendo dalle motivazioni della sentenza n. 131/2020 – intende pertanto fornire di questa giurisprudenza una lettura orientata nel senso suindicato, soffermandosi sui presupposti negoziali di quella che adesso anche la Corte denomina “amministra-

<sup>3</sup> Cfr. già, per più ampie considerazioni del medesimo tenore, FICI, *Introduzione: la riforma come opportunità per il terzo settore*, in ID. (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, 15 ss.



zione condivisa”<sup>4</sup>, intendendo come tali le condizioni necessarie affinché il modello “collaborativo” di rapporti tra pubblico e privato, accolto dagli articoli 55-57 CTS<sup>5</sup>, possa acquisire la specificità necessaria a distinguerlo dal modello “competitivo” di rapporti di cui al Codice dei contratti pubblici e a sancirne la legittimità anche ai sensi della normativa euro-unitaria in materia. Ad avviso di chi scrive, questi presupposti fondamentali attengono principalmente alla natura giuridica della parte privata e alla causa negoziale, mentre la “gratuità” del rapporto, ancorché elemento di significativa importanza, non assume autonomo rilievo, ma contribuisce a determinare la natura della causa.

## 2. La natura giuridica della parte privata

Uno dei primi tratti caratteristici delle forme di collaborazione pubblico-privato di cui agli articoli 55-57 CTS – ovvero di quelli che si sono qui identificati come “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa” – è costituito dalla natura giuridica del soggetto privato in esse coinvolto, ovvero un ente del terzo settore costituito (e gestito) in conformità alle disposizioni del recente Codice.

L’importanza di questo elemento al fine di giustificare e legittimare le disposizioni di cui ai menzionati articoli del Codice del terzo settore rispetto alla disciplina generale del Codice dei contratti pubblici (e alla disciplina dell’Unione europea) emerge chiaramente dalle parole della Corte. Costituisce anzi, nel caso di specie, il vero e proprio *thema decidendum*, avendo dovuto la Corte valutare se la norma regionale impugnata potesse legittimamente estendere l’ambito di applicazione dell’art. 55 CTS ad una figura soggettiva denominata “cooperativa di comunità”.

Le cooperative di comunità costituiscono una fattispecie molto diffusa a livello di legislazione regionale. L’Umbria fa parte di quel folto

<sup>4</sup> L’elaborazione teorica del concetto e del modello della “amministrazione condivisa” si deve soprattutto agli studi del professor Gregorio Arena, del quale cfr., da ultimo – oltre a *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto tra cittadini e istituzioni per far ripartire l’Italia*, 2020, in [www.labsus.it](http://www.labsus.it) – *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in questo *Volume*.

<sup>5</sup> Sul principio di collaborazione quale corollario del principio di sussidiarietà orizzontale, e sugli articoli 55-57 quali strumenti giuridici di collaborazione, Cfr. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, n. 2/2019, 499 ss.

gruppo di Regioni che possono vantare una normativa specifica in materia (è stata anzi una delle prime Regioni a dotarsene)<sup>6</sup>. Essa è stata introdotta con L.R. 11 aprile 2019, n. 2, il cui art. 5, comma 1, lett. b), è divenuto appunto oggetto del giudizio di legittimità risolto dalla Corte Costituzionale mediante la sentenza n. 131/2020.

Si tratta di una legge regionale di sostegno agli enti giuridici da essa individuati come “cooperative di comunità”, e non già, ovviamente, di istituzione di un nuovo tipo di ente giuridico (ovvero di sotto-tipo di società cooperativa), poiché, ove così fosse, si realizzerebbe una palese violazione dell’art. 117, comma 2, lett. l), della Costituzione.

La legge umbra, infatti, riconosce e promuove ruolo e funzione delle cooperative di comunità (art. 1), tali essendo considerate dal legislatore regionale, agli specifici fini (promozionali) della legge in questione, “ed in assenza di norme nazionali che le riconoscano”, le società cooperative (*ex art. 2511 c.c.*) a mutualità prevalente (ai sensi dell’art. 2512 c.c.) che si prefiggano un determinato scopo di interesse generale da perseguirsi nell’ambito del territorio regionale e che presentino alcuni specifici requisiti di *governance*.

Più precisamente, i requisiti normativi che consentono l’iscrizione di questa particolare tipologia di società cooperativa a mutualità prevalente nell’albo regionale delle cooperative di comunità (art. 3), presupposto necessario per l’acquisizione della relativa qualifica e per l’accesso alle misure di sostegno e promozione di cui agli articoli 4 e 5 della medesima legge regionale, sono:

a) lo scopo di produrre “vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell’ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale volte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro” (art. 1), ovvero di perseguire “l’interesse generale della comunità in cui operano, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi, nonché alla valorizzazione, gestione o all’acquisto collettivo di beni o servizi di interesse generale”, ciò “anche al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico, degrado sociale urbanistico” (art. 2);

<sup>6</sup> Cfr. per riferimenti, anche comparativi, SFORZI e BORZAGA, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, in *Impresa sociale*, n. 13/2019, 17 ss.

b) l’aver sede legale ed operatività in uno o più comuni della Regione;

c) la previsione statutaria (e conseguentemente l’effettiva realizzazione):

- di adeguate forme di coinvolgimento dei soggetti appartenenti alla comunità di riferimento interessati alle attività della cooperativa;
- di modalità di partecipazione all’assemblea dei soci dei soggetti appartenenti alla comunità di riferimento interessati alle attività della cooperativa;
- della possibilità di nominare nel consiglio di amministrazione soggetti appartenenti alla comunità di riferimento interessati alle attività della cooperativa.

L’obiettivo di promuovere le cooperative di comunità, come sopra individuate, è realizzato dal legislatore regionale attraverso varie misure, tra cui quella oggetto della disposizione impugnata. L’art. 5, comma 1, lett. b), della L.R. 2/2019, demanda infatti alla Regione la disciplina delle “modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell’accreditamento previste dall’articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell’ambito regionale”. Proprio dal momento che l’art. 55 CTS è disposizione rivolta agli enti del terzo settore, si è dunque posta dal Governo italiano la questione relativa a se, coinvolgendo le cooperative di comunità ai sensi dell’art. 55 CTS, la norma regionale non abbia illegittimamente ampliato il novero dei soggetti del terzo settore, la cui individuazione non può che spettare allo Stato, trattandosi di materia dell’ordinamento civile.

La Corte Costituzionale risolve la questione in senso negativo e fa così salva la norma regionale, ma lo fa sulla base di una particolare interpretazione della disposizione impugnata.

La decisione, infatti, non si fonda sul riconoscimento della possibilità per le regioni di estendere l’ambito di applicazione dell’art. 55 a soggetti diversi dagli enti del terzo settore in senso stretto, ciò che la Corte nega con fermezza<sup>7</sup>, né sull’automatica riconduzione delle coo-

<sup>7</sup> Afferma infatti la Corte che “lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dal richiamato art. 55 è però riservato in via esclusiva agli enti

perative di comunità alla categoria degli enti del terzo settore, ciò che la Corte senz'altro esclude<sup>8</sup>, bensì esclusivamente sulla circostanza che la norma impugnata deve interpretarsi in un senso diverso da quello per cui è stata valutata incostituzionale dal ricorrente.

Invero, l'art. 5, comma 1, lett. b), L.R. 2/2019, secondo la Corte Costituzionale, non amplirebbe il novero dei soggetti ammissibili alle modalità di relazione pubblico-privato di cui all'art. 55 CTS (né conterrebbe un'espressa qualificazione delle cooperative di comunità come enti del terzo settore), ma si limiterebbe ad attribuire alla Regione il potere da un lato di stabilire le concrete modalità di attuazione dell'art. 55 CTS (disposizione applicabile alle cooperative di comunità solo in quanto dotate dell'ulteriore qualifica di enti del terzo settore) e dall'altro di prevedere, con specifico riguardo alle cooperative di comunità, forme di coinvolgimento di natura diversa da quelle previste dall'art. 55 CTS per gli enti del terzo settore. Da qui la legittimità costituzionale della norma regionale impugnata, non comportando essa, così interpretata, "alcuna omologazione tra un soggetto estraneo al Terzo settore e quelli che vi rientrano"<sup>9</sup>.

che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS", e che pertanto "agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS". Condivide quanto sostiene il ricorrente, ovvero che "qualora la norma impugnata mirasse al coinvolgimento anche di ogni forma di cooperativa di comunità nelle attività previste dall'art. 55 CTS si verificherebbe, come appunto rileva il ricorso statale, un'indebita omologazione di tali cooperative agli ETS", e nel ricordare che "questa Corte nella sentenza n. 185 del 2018 ha, infatti, precisato che ricade tipicamente nella competenza statale nella materia 'ordinamento civile' non solo la conformazione specifica e l'organizzazione degli ETS, ma anche la definizione delle 'regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche'", conclude affermando quanto segue: "il legislatore regionale, quindi, se da un lato è abilitato, nell'ambito delle attività che ricadono nelle materie di propria competenza, a declinare più puntualmente, in relazione alle specificità territoriali, l'attuazione di quanto previsto dall'art. 55 CTS, non può, dall'altro, alterare le regole essenziali delle forme di coinvolgimento attivo nei rapporti tra gli ETS e i soggetti pubblici".

<sup>8</sup> Correttamente, secondo la Corte, le cooperative di comunità non sono di per sé qualificabili come enti del terzo settore, ma potrebbero esserle in quanto assumano – in conformità alla normativa applicabile – una qualifica del terzo settore, come quella di cooperativa sociale o di impresa sociale: sul punto v. anche oltre nel testo. Di conseguenza, potrebbero esservi cooperative di comunità enti del terzo settore e cooperative di comunità prive di questa seconda qualifica.

<sup>9</sup> Aggiunge la Corte: "Essa, infatti, consente di disciplinare: a) le modalità attuative dell'art. 55 CTS, avendo a riguardo gli ETS, come qualificati dalla normativa statale (e, quindi, anche le cooperative di comunità che in base alla suddetta normativa siano

Se questa è la vera *ratio decidendi* della sentenza n. 131/2020, quali implicazioni sistematiche possono da essa farsi allora derivare?

### 2.1. *La qualifica di ente del terzo settore e i suoi requisiti essenziali*

Dalla sentenza della Corte si evince innanzitutto il potente ruolo giocato dalla nozione legislativa di ente del terzo settore.

L’istituzione della categoria normativa degli enti del terzo settore ha sinora prodotto soltanto vantaggi per questo mondo: da un lato, è stato più semplice per il legislatore richiamare l’insieme di questi enti in provvedimenti di carattere generale (come quelli, recenti, dettati dall’esigenza di fronteggiare le conseguenze dell’epidemia da COVID-19), dall’altro lato, risulta più complesso attribuire vantaggi, fiscali o d’altra natura, a soggetti che non rientrano formalmente nel terzo settore, come dimostra la vicenda giurisprudenziale che ha trovato esito nella sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale. Tant’è che la situazione degli enti aspiranti al riconoscimento quali enti del terzo settore ma impossibilitati ad ottenerlo a causa della persistente (e sul piano politico ingiustificabile) assenza del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS)<sup>10</sup>, andrebbe al più presto risolta per non continuare a discriminare, irragionevolmente, gli enti che non sono ancora del terzo settore (ma hanno tutte le caratteristiche sostanziali per esserlo) e gli enti che invece formalmente lo sono già (grazie alle norme transitorie di cui all’articolo 101, commi 2 e 3, CTS).

La nozione di ente del terzo settore accolta nella legislazione di riforma del 2017 si presta ad assumere la funzione concreta di “certificazione di qualità” degli enti ad essa riconducibili. Una certificazione

tali); b) le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità, che siano ‘soltanto’ così qualificabili (e non anche come ETS) e che non potranno essere coinvolte con gli stessi strumenti e modalità riservati dal legislatore statale agli ETS ai sensi del citato art. 55 CTS. Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, va da sé che gli schemi di convenzione-tipo, richiamati dalla disposizione impugnata e da adottare da parte della Regione, sono necessariamente diversi, quanto a presupposti e contenuti, dalle forme di coinvolgimento tipicamente disciplinate per gli ETS, perché, qualora attengano a cooperative di comunità non qualificabili all’interno di tale perimetro, la relazione convenzionale con l’ente pubblico si pone su basi diverse da quella accordata ai primi”.

<sup>10</sup> Cfr. BOBBA, *Ancora un rinvio per il Decreto del RUNTS*, editoriale del 24 agosto 2020, in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).

“protetta” mediante il sistema di controlli *ex ante* ed *in itinere* messi in piedi dal CTS e dalla normativa derivata e collegata.

Ed è in questo senso, invero, che anche la Corte Costituzionale se ne avvale per formare il suo giudizio, se è vero che – nel ricercare il motivo per cui “lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dal richiamato art. 55 è ... riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall’art. 4 CTS” – lo individua nella “stretta connessione” esistente “tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica”.

Infatti, sempre secondo la Corte, “la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall’art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva ‘terzietà’ (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano”.

I requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore garantiscono dunque la “terzietà” dell’ente e la sua prossimità rispetto alle finalità perseguite dagli enti pubblici, giustificando così il particolare regime loro “riservato” di rapporti ai sensi dell’art. 55 CTS.

Gli elementi identitari degli enti del terzo settore “sono quindi valorizzati come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli ETS, al fine di rendere più efficace l’azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale”.

A livello interpretativo, le parole della Corte confermano quanto si era già sostenuto all’indomani dell’approvazione del Codice, ovvero che quella di “ente del terzo settore” è una qualifica che può essere acquisita (e mantenuta) da un ente (già esistente o costituito *ad hoc*) che risulti in possesso dei necessari requisiti normativi di qualificazione<sup>11</sup>. Non già dunque un nuovo tipo o sottotipo di ente (ovvero di contratto associativo), bensì uno *status* attribuibile ad enti costituiti ai sen-

<sup>11</sup> Cfr. FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, in ID. (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell’impresa sociale. Una introduzione*, cit., p. 83 ss.; ID., *La nuova impresa sociale, ibidem*, 377 ss.

si di altre normative (in primo luogo, del codice civile). Ciò è confermato sia dal dato testuale che dall’analisi sistematica (ed è la conseguenza necessaria della funzione essenzialmente promozionale della legislazione sul terzo settore). Il legislatore, infatti, a proposito dell’impresa sociale, parla espressamente di “acquisire la qualifica” e di “perdere la qualifica” (artt. 1, comma 1, e 12, comma 5, d.lgs. 112/2017), e più in generale non ricollega necessariamente all’iscrizione nel RUNTS l’acquisizione della personalità giuridica (alla stregua dell’art. 22, CTS, questa è infatti una possibilità per gli ETS ma non già una necessità), né fa inevitabilmente derivare dalla cancellazione dal RUNTS l’estinzione dell’ente (ma solo la perdita del patrimonio accumulato, se l’ente vuole continuare ad operare “ai sensi del codice civile”: art. 50, comma 2, CTS).

Più precisamente, si tratta di una qualifica normativa opzionale che un ente giuridico può da subito o nel corso della sua esistenza decidere di assumere<sup>12</sup>, ma che potrebbe anche smarrire qualora decida volontariamente di “uscire” dal terzo settore cancellandosi dal RUNTS oppure sia da tale registro cancellato dall’autorità pubblica vigilante in presenza di accertate violazioni della normativa applicabile.

L’acquisto e la conservazione della qualifica sono, come detto, subordinate al possesso da parte dell’ente, di alcuni requisiti essenziali di varia natura, ovvero:

a) la forma giuridica di associazione, riconosciuta o non riconosciuta (come persona giuridica), o di fondazione o di altro ente di carattere privato diverso dalle società<sup>13</sup>;

b) l’indipendenza dai soggetti di cui all’art. 4, comma 2, CTS, ovvero sia da amministrazioni pubbliche, formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, associazioni di datori di lavoro, che sono poi quei soggetti che non possono mai acquisire la qualifica di ente del terzo settore<sup>14</sup>;

<sup>12</sup> Nessun ente è infatti obbligato a diventare “del terzo settore”, cioè ad assumere tale qualifica, neanche qualora di fatto svolga senza scopo di lucro un’attività di interesse generale.

<sup>13</sup> Solo l’impresa sociale può anche avere la forma di società, financo a determinate condizioni unipersonale.

<sup>14</sup> Una deroga è stata successivamente introdotta dall’articolo 11-*sexies*, comma 1, del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, con riguardo agli enti risultanti dalla “trasformazione” delle IPAB. Oggi si legge infatti nell’art. 4, comma 2, CTS, quanto segue: “sono altresì escluse

c) l'esercizio in via esclusiva, o quanto meno principale, di una o più attività di interesse generale, in una qualsiasi forma – non solo gratuita, volontaria o erogativa, ma anche mutualistica o imprenditoriale – e fatta salva la possibilità di esercitare attività “diverse” da quelle di interesse generale entro limiti predeterminati dalla legge<sup>15</sup>;

d) il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;

e) l'assenza di scopo di lucro<sup>16</sup>;

f) l'iscrizione nel RUNTS<sup>17</sup>.

Questi requisiti sono tra loro cumulativi, nel senso che tutti quanti devono essere posseduti da un determinato ente affinché esso possa qualificarsi come ente del terzo settore. Sono questi requisiti a dar forma a quella specifica identità degli enti del terzo settore che giustifica e legittima la riserva in loro favore dei rapporti con la pubblica amministrazione di cui all'art. 55 CTS e che allo stesso tempo non consente l'estensione per legge regionale (o in via interpretativa) a soggetti che formalmente non appartengono al terzo settore, come nel caso specifico le cooperative di comunità (in quanto tali)<sup>18</sup>.

dall'ambito di applicazione del presente comma le associazioni o fondazioni di diritto privato *ex Ipab* derivanti dai processi di trasformazione delle istituzioni pubbliche di assistenza o beneficenza, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 1990, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 23 febbraio 1990, e del decreto legislativo 4 maggio 2001, n. 207, in quanto la nomina da parte della pubblica amministrazione degli amministratori di tali enti si configura come mera designazione, intesa come espressione della rappresentanza della cittadinanza, e non si configura quindi mandato fiduciario con rappresentanza, sicché è sempre esclusa qualsiasi forma di controllo da parte di quest'ultima”. Analoga previsione si trova nell'art. 4, comma 3, d.lgs. 112/2017, ma con riferimento a soggetti diversi da quelli di cui all'art. 4, comma 2, CTS.

<sup>15</sup> Il requisito si trova più precisamente declinato negli articoli 5 e 6 CTS.

<sup>16</sup> Il requisito si trova più precisamente declinato nell'art. 8 CTS. Una disciplina particolare vale per le imprese sociali (cfr. art. 3, d.lgs. 112/2017).

<sup>17</sup> Sicché, costituendo anch'esso un requisito costitutivo della natura giuridica di ETS, un ente non iscritto al RUNTS non potrebbe qualificarsi come ETS e far uso della relativa denominazione, nonostante presenti tutti gli altri requisiti di qualificazione precedentemente elencati nel testo. Gli ETS devono inoltre iscriversi nel registro delle imprese qualora svolgano attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale (art. 11, comma 2, CTS). Le imprese sociali sono tenute ad iscriversi soltanto nel Registro delle imprese, alla sezione di quest'ultimo loro specificamente dedicata (cfr. art. 5, d.lgs. 112/2017).

<sup>18</sup> Una questione di questo genere si è posta, a livello interpretativo, con riguardo alle organizzazioni non governative (ONG), già contemplate nella legge 49/1987, oggi



La natura giuridica della parte privata diventa dunque un fondamentale elemento distintivo dei rapporti pubblico-privato di cui all’art. 55 CTS, ovvero, impiegando la terminologia qui proposta, un presupposto negoziale dell’amministrazione condivisa di cui l’art. 55 individua alcuni particolari forme di realizzazione.

Nella sentenza n. 131/2020, il ragionamento della Corte Costituzionale è limitato all’articolo 55 CTS, non essendo gli articoli 56 e 57 CTS nemmeno menzionati. Analoghe considerazioni possono tuttavia valere anche a loro riguardo.

In relazione agli articoli 56 e 57 preme anzi sottolineare come il loro ambito di applicazione sia ancora più ristretto di quello di cui all’art. 55, essendo circoscritto a quelle tipologie organizzative (ovvero qualifiche particolari) del terzo settore – cioè le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale (l’art. 57, invero, alle sole organizzazioni di volontariato, per di più aderenti ad una rete associativa nazionale del terzo settore<sup>19</sup> ed accreditate secondo la normativa regionale applicabile) – i cui requisiti di qualificazione sono ancora più stringenti, ciò che le rende financo più “virtuose” (come testimonia il regime fiscale di maggior favore di cui godono all’interno del

abrogata. Il Ministero del lavoro, nella nota del 22 maggio 2019, n. 4787 (disponibile in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it)), ha negato l’automatico riconoscimento come ETS di questa fattispecie soggettiva poiché non inclusa tra quelle “tipiche” previste dal d.lgs. 117/2017.

<sup>19</sup> Le reti associative sono associazioni, riconosciute o non riconosciute, che aggregano (direttamente o indirettamente, cioè attraverso gli enti ad esse aderenti) almeno cento enti del terzo settore (o almeno venti enti del terzo settore con la forma giuridica di fondazione) con sedi legali o operative in almeno cinque diverse regioni o province autonome, al fine di svolgere “attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali” (art. 41, comma 1, CTS). Tra le reti associative ve ne sono alcune destinatarie di una particolare considerazione legislativa. Si tratta delle reti associative nazionali, tali perché associano (direttamente o indirettamente) almeno cinquecento enti del terzo settore (o almeno cento enti del terzo settore con la forma giuridica di fondazione) con sedi legali o operative in almeno dieci diverse regioni o province autonome (art. 41, comma 2, CTS). Oltre alle funzioni delle reti associative ordinarie, le reti associative nazionali possono svolgere altre attività, tra le quali spicca quella dell’eventuale controllo (di legalità) degli enti loro aderenti, previa autorizzazione concessa dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali (art. 93, comma 5, CTS), se risultano in possesso di particolari requisiti tecnici e professionali (ancora) da definirsi con decreto ministeriale. Da osservare, infine, che tra tutte le reti associative nazionali, il legislatore riconosce un particolare ruolo, e specifiche prerogative, a quella “più rappresentativa sul territorio nazionale”.

CTS) e funzionalmente “più vicine” agli enti pubblici di ogni altra tipologia di ente del terzo settore.

Com'è noto, infatti, anche al fine di recepire la prassi preesistente al Codice del 2017, il legislatore della riforma ha sì unificato il terzo settore fornendo un'identità comune a tutti gli enti che lo compongono, ma non l'ha uniformato, rispettando la intrinseca varietà tipologica che continua a connotarlo grazie ad una precisa tecnica normativa, che è stata quella di affiancare ad una fattispecie generale ed “atipica” nei suoi possibili contenuti (cioè l'ente del terzo settore in generale, i cui tratti distintivi abbiamo sopra presentato), alcune fattispecie particolari e “tipiche”, specializzate rispetto alla fattispecie generale e tra loro distinte, in virtù di norme particolari loro applicabili che prevalgono, ove sussistenti, sulla disciplina generale (art. 3, comma 1, CTS)<sup>20</sup>. Il risultato è stato dunque che la riforma ha dato normativamente vita sia ad un ente del terzo settore “in generale” (da iscriversi nella sezione residuale del RUNTS dedicata agli “altri enti del terzo settore”) sia a “singoli” enti del terzo settore (a ciascuno dei quali corrisponde una diversa sezione del RUNTS).

Ebbene, tra queste qualifiche particolari, quelle dell'organizzazione di volontariato e dell'associazione di promozione sociale (ed in particolare la prima delle due) più si caratterizzano per la dimensione gratuito-erogativa dell'agire e la struttura democratica e partecipata di *governance*, ciò che le rende ancora più coerenti rispetto agli obiettivi dell'amministrazione condivisa di quanto non lo siano gli altri enti del terzo settore<sup>21</sup>. Ciò giustifica il *favor* legislativo che si attua indirizzan-

<sup>20</sup> Avevamo proposto la distinzione tra fattispecie “tipiche” ed “atipiche” di enti del terzo settore, adesso accolta dalla Corte Costituzionale, già in FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, cit.

<sup>21</sup> Le organizzazioni di volontariato sono associazioni (riconosciute o non riconosciute) – costituite da almeno sette persone fisiche (oppure da almeno tre ODV) – che nell'esercizio della loro attività devono avvalersi prevalentemente delle prestazioni volontarie dei propri associati (art. 32, comma 1, CTS), potendo ricorrere al lavoro retribuito soltanto in presenza di determinate condizioni e nel rispetto di precisi limiti stabiliti dalla legge (art. 33, comma 1, CTS). Devono inoltre operare prevalentemente in favore di terzi (art. 32, comma 1, CTS), e per l'attività di interesse generale che svolgono non possono ricevere in cambio più del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, a meno che tale attività sia svolta quale attività secondaria e strumentale nei limiti di cui all'articolo 6 CTS (art. 33, comma 3, CTS). A livello di *governance*, le ODV devono necessariamente avere tutti gli amministratori soci e non possono remunerare i componenti degli organi sociali (tranne quelli muniti dei necessari requisiti professionali che compongono l'organo di controllo interno).

do le misure di collaborazione pubblico-privato di cui agli articoli 56 e 57 CTS soltanto a queste particolari tipologie di enti del terzo settore (più precisamente, l’art. 57, come già ricordato, si rivolge soltanto alle organizzazioni di volontariato)<sup>22</sup>.

L’importanza attribuita alla particolare natura giuridica della parte privata al fine di giustificare (e legittimare) rapporti pubblico-privato del carattere di quelli di cui agli artt. 55-57 CTS non costituisce del resto una novità in giurisprudenza. Emerge già dalle importanti decisioni rese dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di affidamento di servizi di trasporto sanitario<sup>23</sup> – su cui si avrà peraltro modo di ritornare tra breve in questo scritto – che a loro volta hanno fatto breccia sulla giurisprudenza amministrativa italiana in tema di art. 57 CTS, nonché, più recentemente, anche su quella in materia di convenzioni *ex art.* 56 CTS<sup>24</sup>.

L’associazione di promozione sociale è, rispetto all’ODV, un modello organizzativo a “più bassa definizione” legislativa. Diversamente dalle ODV, l’APS può infatti svolgere la propria attività di interesse generale indifferentemente in favore di associati, loro familiari o terzi non associati (art. 35, comma 1, CTS), e non è vincolata al solo rimborso spese. Nondimeno, il suo agire rimane legato ad una dimensione di volontariato prevalente. Infatti, al pari delle ODV, le APS sono tenute ad avvalersi prevalentemente dell’attività di volontariato dei propri associati (art. 35, comma 1, CTS), potendo impiegare lavoratori retribuiti “solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell’attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità”, fermo restando che “in ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell’attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari o al cinque per cento del numero degli associati” (art. 36 CTS). Se pertanto lo svolgimento in forma (oggettivamente) lucrativa dell’attività di interesse generale non è in principio impedito alle APS, la loro capacità economico-imprenditoriale è tuttavia fortemente limitata da queste ultime disposizioni.

<sup>22</sup> Cfr. sul punto Cons. St., 10 agosto 2016, n. 3615.

<sup>23</sup> Cfr. CGEU, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, CGUE, 28 gennaio 2016, causa C-50/14, CGUE, 21 marzo 2019, causa C-465/17 e CGUE, 20 giugno 2019, causa C-424/18, tutte reperibili in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).

<sup>24</sup> Cfr., per la giustificazione e legittimità di una procedura per l’affidamento di servizi di trasporto socio-sanitario svolta *ex art.* 56 CTS, Cons. St., sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199, che, molto significativamente, è stata decisa in un momento successivo alla pubblicazione della sentenza n. 131 della Corte Costituzionale. A diverse conclusioni, invece, in questo caso seguendo l’orientamento espresso dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018, era precedentemente giunto il Tar della Toscana, Sez. I, sempre con riguardo all’art. 56 CTS, nella sentenza 1 giugno 2020, n. 266, sulla base di una particolare concezione dell’elemento della “gratuità” della convenzione (su cui v. oltre nel testo). Tutte queste decisioni sono reperibili in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).

Chiaro ed importante è, in conclusione, il condivisibile messaggio della Corte Costituzionale: solo per enti con una identità legislativa che li renda funzionalmente simili alle pubbliche amministrazioni è possibile contemplare modalità di rapporto con queste ultime ispirate al paradigma dell'amministrazione condivisa. La legittimità di questi rapporti rispetto a quelli fondati sul Codice dei contratti pubblici dipende da questo presupposto fondamentale, ovvero che la disciplina del soggetto privato sia tale da garantirne "comunanza di interessi" rispetto all'amministrazione pubblica e "terzieta" rispetto al mercato e al profitto. Il Codice del terzo settore costituisce una legislazione "epocale" già solo per il fatto di essere stato capace di attribuire agli enti da esso regolati un'identità foriera di così rilevanti benefici<sup>25</sup>.

## 2.2. *Le cooperative di comunità e il terzo settore*

Solo gli enti privati che sono formalmente dentro il terzo settore possono pertanto accedere agli istituti della amministrazione condivisa di cui agli articoli 55-57 CTS, non già anche quelli che ne sono fuori, come in generale le società cooperative e più specificamente le cooperative di comunità in quanto tali.

Quest'ultima fattispecie, come già si ricordava, è molto diffusa a livello di legislazione regionale, ma non trova alcuna corrispondenza in quella nazionale, sebbene alcuni tentativi di prevederla siano stati compiuti mediante specifici progetti di legge<sup>26</sup>.

V'è anzi ancora in corso un dibattito sull'opportunità di introdurre una specifica disciplina delle cooperative di comunità, rispetto alla quale la posizione che ci sembra più condivisibile è quella di chi ne esclude l'esigenza, sostenendo che la disciplina dell'impresa sociale, dopo la riforma del 2017, possa adeguatamente ospitare e dare dunque

<sup>25</sup> Non si tratta di una valutazione dettata dall'approccio eccessivamente entusiastico dell'autore di questo scritto alla riforma (ciò che ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, cit., 59, nt. 17, mi attribuisce), bensì solo di una constatazione di fatto alla luce di quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza commentata. Nel giudicare "epocale" la svolta consacrata dal Codice del terzo settore, l'autore di questo scritto si trova peraltro in ottima compagnia: cfr., proprio con riferimento ai rapporti pubblico-privato, CLARICH e BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*, in *JusOnline*, n. 3/2018, 29.

<sup>26</sup> Ne danno conto SFORZI e BORZAGA, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, cit.

consistenza giuridica alle varie “imprese di comunità” che si stanno sempre più creando nel territorio nazionale, eventualmente con alcune modifiche ed integrazioni dettate dalla necessità di tenere conto delle peculiarità di questo modello d’impresa<sup>27</sup>.

Senza voler entrare qui più approfonditamente nel merito della discussione, ci sembra tuttavia che la sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale, là dove si sforza di ricondurre le cooperative di comunità vuoi alla legge 381/91 sulle cooperative sociali vuoi al d.lgs. 112/2017 sull’impresa sociale, possa essere letta nel senso di rafforzare la tesi che qui si è condivisa<sup>28</sup>.

Infatti, dopo averne (correttamente) escluso la automatica riconduzione al terzo settore, la Corte ritiene che le cooperative di comunità, in forza della normativa statale attualmente vigente, possano però accedere agli istituti dell’art. 55 CTS se:

a) costituite come cooperative sociali, assumendo così di diritto, ai sensi dell’art. 1, comma 4, d.lgs. 112/2017, la qualifica di imprese sociali (e dunque di enti del terzo settore); oppure

b) qualificate come imprese sociali dotandosi dei requisiti di cui al d.lgs. 112/2017 ed effettuando l’iscrizione nel Registro delle imprese (nella sezione dedicata alle imprese sociali), la quale, per le imprese sociali, sostituisce l’iscrizione al RUNTS (art. 11, comma 3, CTS).

In entrambi i casi, infatti, esse si qualificerebbero anche come enti del terzo settore, rientrando a pieno titolo nella sfera di applicazione dell’art. 55 CTS.

È possibile già oggi, dunque, creare cooperative di comunità avvalendosi della normativa statale vigente in materia di terzo settore, e se l’unico problema davvero significativo è quello di eventuali attività di interesse generale non rientranti nell’ampio elenco (a carattere tassativo) di cui all’art. 2, comma 1, d.lgs. 112/2017<sup>29</sup>, potrebbe allora essere più agevole aggiornare questo elenco secondo la procedura prevista dall’art. 2, comma 2, d.lgs. 112/2017, per includervi altre attività di in-

<sup>27</sup> Sul punto, cfr. la condivisibile e ben motivata posizione di SFORZI e BORZAGA, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, cit. Più in generale, su questa figura, cfr. MORI e SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2018.

<sup>28</sup> Del medesimo avviso sembrano BERNARDONI e BORZAGA, *Imprese di comunità, come inquadrarle? Una proposta alla luce della Sentenza 131/2020 della Corte costituzionale*, in *www.rivistaimpresasociale.it*.

<sup>29</sup> Cfr. ancora SFORZI e BORZAGA, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, cit.

teresse generale tipicamente svolte dalle imprese di comunità<sup>30</sup>, che approvare una legge nazionale che queste ultime istituisca, la quale, peraltro, non potrebbe che duplicare – generando così un’indesiderabile inflazione normativa, controcorrente rispetto alle esigenze di unificazione che hanno condotto alla riforma del terzo settore del 2017 – molti dei contenuti già presenti nel d.lgs. 112/2017, dacché le imprese di comunità condividono già nella sostanza numerosi tratti qualificativi delle imprese sociali *post* riforma (e possono pur sempre dare forma giuridica alle loro specificità attraverso puntuali disposizioni statutarie).

Peraltro, una legge sulle “cooperative di comunità” limiterebbe *a priori* il fenomeno poiché costringerebbe le “imprese di comunità” ad assumere la forma della società cooperativa. La legislazione sull’impresa sociale ci insegna invece, a far tempo già dal d.lgs. 155/2006, che la pluralità delle forme giuridiche, tra cui quelle di associazione, fondazione e società di capitali, può essere la scelta migliore perché in alcuni casi forme giuridiche diverse da quella cooperativa possono rivelarsi più efficaci ed adeguate a fornire struttura organizza-

<sup>30</sup> L’elenco di cui all’articolo 5, comma 1, può essere aggiornato – tenuto conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, nonché delle finalità e dei principi del CTS – con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi “ai sensi dell’articolo 17, 3° comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro trenta giorni dalla data di trasmissione del decreto, decorsi i quali quest’ultimo può essere comunque adottato”.

Più specificamente, al fine di collegare queste ulteriori attività alle imprese di comunità, si potrebbe adottare una tecnica legislativa simile a quella prevista per le attività strumentali dall’art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. 112/2017. Cfr. *amplius* FICI, *L’integrazione delle cooperative di comunità nella disciplina dell’impresa sociale: una proposta*, di prossima pubblicazione

Invece, secondo BERNARDONI e BORZAGA, *Imprese di comunità, come inquadrarle? Una proposta alla luce della Sentenza 131/2020 della Corte costituzionale*, cit., “la sentenza della Corte rafforza quindi la tesi secondo cui è opportuno che l’impresa di comunità venga riconosciuta come una tipologia di impresa sociale con una modifica del d.lgs. n. 112 del 2017 le caratterizzi in base all’obiettivo – l’interesse della comunità – e non ai settori di attività, consentendo quindi a queste imprese – come già previsto per le imprese di inserimento lavorativo – di impegnarsi nella produzione di qualsiasi tipo di beni e servizi di pubblica utilità come ad esempio la gestione del servizio idrico o la produzione e distribuzione di energia da fonti rinnovabili, settori in cui non possono operare le imprese sociali tradizionali”.

tiva ad un’impresa con finalità sociali. La tendenza registrata a livello di legislazione europea parrebbe confermarlo<sup>31</sup>.

Naturalmente, con quanto detto sopra non s’intende negare (né la legittimità né tanto meno) l’opportunità di leggi regionali, come quella umbra, che promuovano le cooperative di comunità<sup>32</sup>, anche se non si comprende perché non debbano parimenti essere promosse da una regione le imprese sociali di comunità che non abbiano forma cooperativa (e che potrebbero peraltro essere organizzate e gestite in maniera ugualmente democratica)<sup>33</sup>.

### 3. La “gratuità” dei rapporti

La Corte avrebbe potuto fermarsi a questo punto della sua motivazione. Infatti, una volta attribuito all’art. 5, comma 1, lett. b), della legge regionale umbra 11 aprile 2019, n. 2, un significato compatibile con la disciplina costituzionale di riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni, e dunque tale da non ledere nel caso specifico la volontà del legislatore nazionale di riservare agli enti del terzo settore (propriamente detti *ex d.lgs. 117/2017*) gli strumenti giuridici di collaborazione *ex art. 55 CTS*, ciò che rientra nella materia di esclusiva competenza statale dell’“ordinamento civile”, la questione di legittimità costituzionale della norma impugnata poteva dirsi risolta, a nulla servendo un’indagine sul significato e la rilevanza costituzionale del medesimo art. 55 CTS, che la Corte ha ritenuto però opportuno svolgere ugualmente.

<sup>31</sup> Cfr. FICI, *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

<sup>32</sup> Le quali, peraltro, molto ricordano le “comunità di utenti” di cui all’art. 43 della Costituzione, sicché la loro promozione godrebbe anche di copertura costituzionale. Sul punto può essere utile la lettura di CUSA, *La cooperazione energetica tra tutela dei consumatori ed economia sociale di mercato*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 663 ss.; nonché ID., *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 1/2020, 71 ss.

<sup>33</sup> Pur conservando, ovviamente, le cooperative la loro specificità che le rende un modello particolarmente virtuoso di impresa sociale. Non a caso, le cooperative sociali sono automaticamente, “di diritto”, qualificate dal legislatore come imprese sociali. Sul punto cfr. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 948 ss.; nonché FICI, *Le cooperative sociali dopo la riforma del terzo settore*, di prossima pubblicazione.

Tuttavia, ancorché non necessario, il giudizio della Corte sulla ragionevolezza dell'art. 55 e la sua legittimità alla luce del diritto euro-unitario degli appalti pubblici (e di conseguenza anche del Codice dei contratti pubblici), s'inserisce autorevolmente, pur non menzionandolo espressamente, in un dibattito tanto acceso quanto delicato sui rapporti tra Codice del terzo settore e Codice dei contratti pubblici, e per le conclusioni cui la Corte perviene, tale giudizio non può che risultare particolarmente gradito a chi condivide la tesi secondo la quale gli articoli 55-57 CTS darebbero vita a relazioni pubblico-privato così specifiche da rendere inconcepibile l'applicazione prioritaria di norme, come quelle del Codice dei contratti pubblici, pensate per rapporti di natura affatto diversa<sup>34</sup>.

Già si è detto di come la natura di ente del terzo settore posseduta dalla parte privata non possa che influenzare la disciplina dei rapporti *ex* artt. 55-57 CTS. Un altro elemento in tal senso essenziale parrebbe essere quello della "gratuità" di tali rapporti, a fronte della "onerosità" che invece sempre connoterebbe i rapporti regolati dal d.lgs. 50/2016.

Di tale "gratuità", quale fattore discriminante i rapporti collaborativi di cui agli artt. 55-57 CTS, esistono però due interpretazioni diverse, una più ampia, l'altra molto più restrittiva.

Nel giudicare compatibile con il diritto dell'Unione europea l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dalle note sentenze *Spezzino* e *Casta*, ne individua una condizione di legittimità nella circostanza che le organizzazioni di volontariato affidatarie dei servizi "non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri". La Corte europea ammette peraltro che tali organizzazioni "si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, ... sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato", a condizione però che l'attività sia "svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento" ovvero "nei limiti imposti dalla legislazione nazionale", e che eventuali rimborsi spese ai vo-

<sup>34</sup> Cfr. l'appello "Il diritto del terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore", che aveva come primi firmatari Gregorio Arena e Felice Scalvini: <https://urly.it/36rg1>.



lontari riguardino soltanto ed esclusivamente spese effettivamente sostenute entro limiti preventivamente stabiliti dall’organizzazione medesima<sup>35</sup>.

Il carattere “gratuito” degli affidamenti che ne giustifica e legittima il particolare regime giuridico risiede dunque, secondo questa prima interpretazione, nella commisurazione del corrispettivo versato dalla pubblica amministrazione alle spese effettivamente sostenute dall’organizzazione privata per rendere il servizio. Il corrispettivo, cioè, costituisce in realtà un rimborso spese, ovvero è limitato a queste ultime, non comportando alcun utile o profitto a beneficio dell’organizzazione affidataria. Possono però legittimamente determinare la misura del corrispettivo, ed essere pertanto rimborsate all’organizzazione affidataria, anche le spese relative al costo del lavoro e al rimborso delle spese a loro volta sostenute dai volontari, purché le prime siano necessarie per il regolare funzionamento dell’organizzazione affidataria (ovvero non eccedano i limiti stabiliti dalla legislazione nazionale applicabile) e le seconde corrispondano a spese effettivamente sostenute dai volontari entro limiti prestabiliti *ex ante* dall’organizzazione medesima.

È evidente come questi principi risultino ripresi, quasi alla lettera, dal legislatore nazionale nella formulazione dell’art. 56 CTS (applicabile altresì, in virtù del rinvio espresso di cui al comma 2, agli affidamenti di cui all’art. 57, comma 1, CTS)<sup>36</sup>, e come i requisiti essenziali della qualifica particolare di organizzazione di volontariato di cui agli artt. 32 e ss. CTS corroborino, sul piano sostanziale, il requisito della “gratuità” degli affidamenti come sopra inteso, se è vero che le ODV sono tenute ad avvalersi in modo prevalente dell’attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati (art. 32, comma 1, CTS) – potendo ricorrere a lavoratori retribuiti “esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l’attività svolta”, fermo restando che “in ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati

<sup>35</sup> Cfr. CGEU, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, cit., e CGUE, 28 gennaio 2016, causa C-50/14, cit.

<sup>36</sup> Cfr. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, n. 1/2019, 157 ss., la quale peraltro giustamente ricorda come anche le linee-guida dell’ANAC sull’affidamento di servizi ad enti del terzo settore e cooperative sociali, adottate con delibera n. 32/2016, seguendo la medesima linea argomentativa della Corte europea, abbiano contribuito a determinare questo risultato.

nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari" (art. 33, comma 1, CTS) – e per l'attività di interesse generale prestata possono ricevere soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (art. 33, comma 3, CTS)<sup>37</sup>. Sul versante delle spese sostenute dai volontari soccorre poi una norma generale, l'art. 17, comma 3, CTS, secondo cui "al volontario possono essere rimborsate dall'ente del Terzo settore tramite il quale svolge l'attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente medesimo", essendo in ogni caso "rimborsi spese di tipo forfetario".

L'interpretazione restrittiva del requisito di "gratuità" dei rapporti è stata invece sorprendentemente proposta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 20 agosto 2018, reso in sede consultiva su richiesta dell'ANAC (in funzione dell'aggiornamento delle linee-guida contenute nella delibera n. 32/2016 di quest'ultima autorità)<sup>38</sup>.

Il Consiglio di Stato include tra le condizioni in presenza delle quali l'affidamento di servizi sociali (che avvenga anche ad esito di una procedura *ex* art. 55 CTS) non debba ritenersi soggetto alla regolazione di origine euro-unitaria, ovvero al Codice dei contratti pubblici, quella dello svolgimento del servizio "a titolo integralmente gratuito", poiché solo l'"assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza" risolvendosi in un "fenomeno non economico", strutturalmente estraneo alle logiche di mercato.

Le procedure di affidamento di servizi sociali da rendersi in forma onerosa, cioè "in presenza anche di meri rimborsi spese forfetari e/o

<sup>37</sup> La disciplina delle associazioni di promozione sociale è meno rigorosa rispetto a questi requisiti, ma rimane il fatto che anche le APS devono avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati (art. 35, comma 1, CTS).

<sup>38</sup> La sorpresa deriva dal fatto che il Consiglio di Stato, interpellato dal legislatore in sede di riforma del terzo settore, non aveva mosso analoghi rilievi nell'esercizio della funzione consultiva pronunciandosi prima sullo schema di decreto legislativo recante il Codice (parere n. 1405/2017) e successivamente su quello del decreto legislativo "correttivo" al medesimo Codice (parere n. 1432/2018). L'orientamento del Consiglio di Stato espresso nel parere n. 2052/2018 è stato pedissequamente seguito da Tar Toscana, Sez. I, 1 giugno 2020, n. 266, ed ha determinato timori ed incertezze in molte amministrazioni pubbliche, che solo su questa base si sono determinate a seguire la via dell'appalto ai sensi del d.lgs. 50/2016 piuttosto che quella della convenzione ai sensi dell'art. 56 CTS. Ne dà atto anche GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore*, in questo *Volume*.

estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione”, sarebbero invece sottoposte al Codice dei contratti pubblici, “al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore”.

In definitiva, soltanto “il rimborso che escluda la remunerazione di tutti i fattori della produzione altrui (capitale e lavoro) e copra solamente le spese vive, nega l’onerosità della prestazione ed enuclea un contesto di servizio di interesse generale non economico, non interferente, in quanto tale, con la disciplina del codice dei contratti pubblici”.

Del resto, il Codice dei contratti pubblici si applica – come il Consiglio di Stato pone in evidenza – a tutti gli appalti pubblici, ovvero a tutti i “contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi” (art. 3, lett. ii), d.lgs. 50/2016).

È evidente che le due nozioni di “gratuità” non solo conducano a risultati completamente opposti sul fronte dell’applicabilità o meno della disciplina generale dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 alle procedure di cui agli artt. 55-57 CTS, ma ancora prima, e in maniera più rilevante, sottintendano due interpretazioni completamente diverse di questo requisito.

Il Consiglio di Stato, nel summenzionato parere, riferisce la “gratuità” al contratto, interpretandola in maniera corrispondente a come essa è tradizionalmente intesa anche in ambiente civilistico. A titolo gratuito è infatti, per una parte contrattuale, il contratto che, a fronte della prestazione dell’altra parte, non prevede alcuna prestazione a suo carico (ma le impone tutt’al più una prestazione secondaria, cioè un onere o modo, che ne riduce il vantaggio, sebbene non già fino ad azzerarlo del tutto). Laddove nei contratti a titolo oneroso, alla prestazione principale di una parte corrisponde una prestazione principale anche a carico dell’altra<sup>39</sup>. Di conseguenza, è evidente che – se questa è la “gratuità” rilevante – allora i contratti che pongono (anche solo) il rimborso spese a carico della pubblica amministrazione sono contratti a titolo oneroso inevitabilmente sottoposti alla disciplina del d.lgs. 50/2016.

<sup>39</sup> Cfr. ROPPO, *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, e Zatti, Milano, 2011, 412 ss.; BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, 448 s.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, invece, riferisce il requisito (che, peraltro, molto significativamente, non denomina mai "gratuità") non già al contratto bensì all'affidatario dei servizi, o meglio alla sua prestazione, ritenendolo sussistente allorché quest'ultimo non riceva alcun profitto dalla prestazione, come avviene quando il corrispettivo dell'amministrazione consista nel solo rimborso delle spese effettivamente sostenute per erogare il servizio (peraltro presidiato, al fine di salvaguardarne in concreto la natura, da vincoli quali quello del tetto massimo di rimborsabilità delle spese). Ciò tanto più se si pensa che l'affidatario è limitato nell'impiego di lavoratori retribuiti e mette dunque gratuitamente a disposizione della sua *partnership* con l'amministrazione procedente l'apporto dei propri volontari, restando dunque a suo carico (sebbene solo in forma "figurata") ampia parte dei costi d'esercizio.

La Corte di giustizia ha pertanto ben presente che il contratto è a titolo oneroso per l'amministrazione anche quando preveda il solo rimborso spese, e che perciò in linea di principio esso potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva appalti<sup>40</sup>, ma l'assenza di profitto per l'affidatario (unitamente ad altri elementi, tra cui l'identità dell'affidatario e le finalità perseguite) lo connota in modo tale da renderlo diverso dagli appalti pubblici. La mera "economicità" (nel senso che i ricavi conseguiti non superano i costi del servizio, come avviene se si è in presenza del solo rimborso spese) della prestazione per l'affidatario (o addirittura la sua "anti-economicità", se si pensa all'apporto di volontari) è dunque l'elemento dirimente, non già la gratuità del contratto per l'amministrazione.

È possibile, tuttavia, conciliare la tesi del Consiglio di Stato con quella della Corte di giustizia dell'Unione europea?

A nostro avviso, ciò è realizzabile solo nella misura in cui si discernano e distinguano due distinte categorie, quella dell'onerosità e quella della corrispettività, e si tenga conto che, mentre un contratto di scambio, ovvero a prestazioni corrispettive, è sempre oneroso, non è parimenti vero il contrario, potendo sussistere contratti onerosi che non sono a prestazioni corrispettive, come i contratti con comunione di scopo, di cui i contratti associativi (cioè quelli istitutivi di enti e per-

<sup>40</sup> Questa è la premessa esplicita nella sentenza *Spezzino*, nella quale si richiama quanto dalla medesima Corte già statuito in CGUE, 19 dicembre 2012, causa C-159/11.

sonne giuridiche) costituiscono la manifestazione più evidente nel Codice civile.

Se i rapporti pubblico-privato di cui agli articoli 55-57 CTS trovassero infatti fondamento causale nella comunione di scopo (piuttosto che nella corrispettività delle prestazioni) e fosse quest’ultimo il fattore di per sé idoneo a determinarne la sottrazione dall’ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016, allora la tesi del Consiglio di Stato, espressa nel parere n. 2052/2018, sarebbe comunque superata, perché di altra natura sarebbe la ragione per cui il Codice dei contratti pubblici non si applica a questi rapporti, non già il fatto che essi non siano onerosi per l’amministrazione procedente (dal momento che effettivamente lo sono se si adotta la nozione di gratuità in senso stretto), bensì la circostanza che essi siano con comunione di scopo (sempre che lo scopo comune sia condiviso con un ente del terzo settore). Dall’altro lato, acquisirebbe allo stesso tempo più solide basi teoriche l’orientamento della Corte di giustizia dell’Unione europea, poiché la comunione di scopo costituisce una sorta di sintesi di tutti i tratti caratteristici del rapporto messi in luce dalla Corte medesima, incluso l’elemento dell’assenza di profitto per l’ente privato affidatario del servizio.

È qui che ritorna molto utile la sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale, la quale infatti non discute di “gratuità”, ma focalizza la sua attenzione su un diverso elemento causale ritenuto determinante al fine di attribuire specificità ai rapporti di cui all’art. 55 CTS, rendendoli così modelli organizzativi ispirati non già al principio di concorrenza bensì a quello di solidarietà.

#### 4. La “comunione di scopo” come fondamento causale dei rapporti ex artt. 55-57 CTS

L’articolo 55 del Codice del terzo settore – esordisce la Corte nella sentenza n. 131/2020 – rappresenta “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost.” che ha, a sua volta, “esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della ‘profonda socialità’ che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una ‘azione positiva e responsabile’ (sentenza n. 75 del 1992)”. Più in particolare, l’art. 55 CTS, in attuazione dell’ultimo comma dell’art. 118 Cost., “realizza per la prima

volta in termini generali una vera e propria *procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria*", ponendo in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore.

Con gli enti del terzo settore – soprattutto in ragione delle loro caratteristiche funzionali (perseguire senza scopo di lucro il bene comune mediante lo svolgimento di attività di interesse generale) – gli enti pubblici instaurerebbero “un *nuovo rapporto collaborativo*”, diretto a realizzare “*insieme*” l’interesse generale.

Ancora – spiega la Corte – “si instaura ... tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di *amministrazione condivisa*, alternativo a quello del profitto e del mercato: la ‘co-programmazione’, la ‘co-progettazione’ e il ‘partenariato’ (che può condurre anche a forme di ‘accreditamento’) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di *un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*”<sup>41</sup>.

Le parole chiave del messaggio della Corte sono dunque collaborazione, condivisione, convergenza di obiettivi, aggregazione di risorse ed assenza di sinallagmaticità. Sono tutti elementi che contraddistinguono i rapporti di cui all’art. 55 CTS e ne determinano la specificità, rendendone giustificabile il relativo regime giuridico anche alla luce del diritto degli appalti pubblici dell’Unione europea.

Allo studioso del diritto civile una fattispecie negoziale con queste caratteristiche evoca immediatamente la categoria dei contratti con “comunione di scopo” in quanto alternativa a quella dei contratti “di scambio” ovvero “a prestazioni corrispettive”.

Seppur in prevalenza dogmatica, in quanto destinataria di una scarna (se non addirittura inesistente) disciplina giuridica<sup>42</sup>, la catego-

<sup>41</sup> Corsivi aggiunti.

<sup>42</sup> Al punto che, secondo parte della dottrina, tale categoria non esiste, è inutile o finisce col coincidere con quella dei contratti plurilaterali cui fanno infatti riferimento gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 del codice civile: cfr. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 276. Invero, estesa è invece la disciplina dei con-

ria dei contratti con comunione di scopo è stata elaborata per contrapposizione a quella dei contratti a prestazioni corrispettive (ovvero sinallagmatici o di scambio): in questi ultimi la prestazione di una parte è scambiata con la prestazione dell’altra, sicché ciascuna prestazione trova causa e giustificazione nell’altra, con la quale si trova in rapporto di reciprocità ed interdipendenza<sup>43</sup>; nei primi, invece, la prestazione di una parte non è effettuata per ottenere in cambio quella dell’altra, ma tutte le prestazioni lo sono per conseguire, attraverso lo svolgimento di una successiva attività di varia natura, uno scopo comune alle parti<sup>44</sup>.

Nei contratti con comunione di scopo obiettivo condiviso dalle parti è dunque quello di realizzare insieme, grazie agli apporti di ciascuna, un risultato che soddisfi gli interessi di entrambe. In questo senso può dirsi che tra le parti di un contratto con comunione di scopo si realizza una vera e propria collaborazione, una collaborazione in senso stretto, tecnico-giuridico, che assume rilevanza causale e non ha quella valenza meramente descrittiva che può genericamente riscontrarsi in qualsiasi contratto.

Nei contratti con comunione di scopo le parti cooperano apportando risorse (tali contratti sono dunque, come si è già in precedenza sottolineato, tendenzialmente onerosi), ma queste risorse sono aggregate in vista dell’obiettivo comune e non costituiscono oggetto di scambio tra le parti, sicché la prestazione di una parte di per sé non soddisfa l’interesse dell’altra e finisce per rivolgersi anche a vantaggio di chi la effettua<sup>45</sup>.

tratti associativi (cioè costitutivi di un ente o persona giuridica), che dei contratti con comunione di scopo costituiscono una delle più importanti sottocategorie: cfr. MARASÀ, *Le società*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, e Zatti, Milano, 2000, 9 ss. Oggetto di disciplina specifica sono anche altri contratti ascrivibili alla categoria dei contratti con comunione di scopo, come i contratti di rete di cui all’art. 3, comma 4-ter, d.l. 5/2009.

<sup>43</sup> Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 418.

<sup>44</sup> Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 419.

<sup>45</sup> Cfr. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, cit., 274, secondo cui il fatto che la prestazione si rivolga a vantaggio anche del contraente che la compie non è un mero corollario della comunione di scopo, bensì criterio di individuazione di questi contratti, infatti: “mentre nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte soddisfa l’interesse solo dell’altra, e costituisce solo un sacrificio per chi la compie, in altri tale prestazione finisce con il tornare a vantaggio anche di chi la compie, indirettamente o direttamente”; dove “indirettamente” presuppone lo svolgimento di un’attività ulteriore resa possibile anche dalla prestazione stessa (società, associazioni, consorzi), e “direttamente” indica che l’interesse di ciascuna parte è soddisfatto dal verificarsi di

L'obiettivo dei contratti con comunione di scopo, inoltre, può essere comune a più di due parti, ciò che spiega perché tali contratti possano essere plurilaterali, cioè avere più di due parti. Del resto, là dove non c'è scambio, ma aggregazione di risorse per uno scopo condiviso, sicuramente non si pone un problema di compatibilità tra struttura e funzione, potendo convivere apporti provenienti da più di due parti con la realizzazione della causa contrattuale, ed essendo anzi quasi naturale che ciò si verifichi (non a caso il codice civile finisce riduttivamente per identificare i contratti con comunione di scopo con i contratti plurilaterali)<sup>46</sup>.

I rapporti di cui all'art. 55 CTS – possedendo le caratteristiche che la Corte Costituzionale mette bene in evidenza nella sentenza n. 131/2020 – si prestano ad un inquadramento giuridico in questi termini, cioè come rapporti con comunione di scopo piuttosto che sinallagmatici.

Tale qualifica è di per sé idonea a giustificare la soggezione ad un regime giuridico particolare (quello di cui al Codice del terzo settore e alla legge 241/90 cui il medesimo Codice fa rinvio) rispetto a quello generale di cui al d.lgs. 50/2016 (che si occupa di contratti essenzialmente sinallagmatici, in quanto “aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere”), allo stesso modo e per le medesime ragioni per cui sono destinatari di una disciplina speciale (cioè il d.lgs. 175/2016) i contratti associativi della pubblica amministrazione, che pure, come già ricordavamo, appartengono alla categoria dei contratti con comunione di scopo, di cui anzi rappresentano il prototipo.

Inoltre tale qualifica, come già si ricordava, rende non pertinente (al fine di motivare l'estensione ai rapporti *ex* artt. 55-57 CTS delle norme del Codice dei contratti pubblici) l'argomento della onerosità dei rapporti, poiché quest'ultimo elemento, quand'anche effettivamente sussistente (seguendo l'interpretazione restrittiva che ne dà il Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018), resterebbe comunque assorbito dalla causa di comunione di scopo con il quale è perfettamente compatibile. Quanto al rimborso spese, esso costituisce sì pertanto, secondo questa prospettiva, una prestazione a carico dell'amministrazione, ma non già, tuttavia, una prestazione corrispettiva, bensì (al pari di un

una situazione giuridica che richiede il sacrificio della parte stessa ovvero dalla sua stessa prestazione di fare o di non fare, come nei contratti con cui viene regolato il godimento di una cosa comune da parte dei comproprietari.

<sup>46</sup> Cfr. artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.



conferimento in società) un apporto di risorse pubbliche alla causa condivisa con il *partner* privato (o i *partner* privati) del terzo settore<sup>47</sup>.

Se questa è l’effettiva natura giuridica del rimborso spese, si spiega allora perché sul fronte tributario tali apporti non concorrano alla formazione del reddito degli enti del terzo settore (art. 79, comma 4, lett. b), CTS). Per le medesime ragioni essi dovrebbero rimanere esclusi dal campo di applicazione dell’IVA<sup>48</sup>.

### 5. Conclusioni

Le norme di cui agli articoli 55-57 CTS mettono a disposizione di cittadini e pubbliche amministrazioni alcuni particolari strumenti giuridici di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, comma 4, Cost., e del correlato principio di collaborazione tra enti pubblici ed enti del terzo settore nell’ambito del modello organizzativo dell’“amministrazione condivisa”, ovvero “il modello organizzativo che, attuando il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, consente a cittadini e amministrazione di condividere risorse e responsabilità nell’interesse generale”<sup>49</sup>.

Se queste norme sono interpretate in stretta connessione con la funzione loro assegnata, è possibile individuare l’esatta natura giuridica dei rapporti pubblico-privato cui consentono di dar vita e giustificare la particolare disciplina in relazione a quella generale dei contratti pubblici<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Il termine “partenariato” è utilizzato dal legislatore nell’art. 55, comma 4, CTS.

<sup>48</sup> Cfr. sul punto la circolare n. 34/E dell’Agenzia delle entrate del 21 novembre 2013, nonché *amplius* SEPIO, in questo *Volume*.

<sup>49</sup> Questa la definizione di “amministrazione condivisa” contenuta nell’art. 2, lett. a), L.R. Lazio, 26 giugno 2019, n. 10.

<sup>50</sup> Nello scritto si è intenzionalmente fatto sempre ricorso al termine “rapporti” piuttosto che a quello “contratti”, al fine di non prendere posizione sulla qualificazione pubblicistica di questi rapporti, come contratti o piuttosto come accordi ai sensi dell’art. 11, l. n. 241/90, come propone GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore*, cit. Invero, si vuole qui solo accennare al fatto che la qualifica pubblicistica di accordi dovrebbe trovare supporto nella tesi che attribuisce comunione di scopo a questi rapporti, non foss’altro alla luce delle discussioni che la dottrina civilistica ha a suo tempo svolto con riguardo a questa categoria negoziale, secondo alcune voci (cfr. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 139 ss.) non inquadrabile in quella dei “contratti” poiché priva dell’elemento del conflitto di interessi tra le parti che connoterebbe quest’ultima.

Facendo ricorso alle categorie del diritto privato, in questo studio si è proposto di qualificare i rapporti nascenti dagli artt. 55-57 CTS come rapporti “con comunione di scopo” (con enti del terzo settore).

Inducono verso questa conclusione alcuni elementi di fatto tra loro collegati, ovvero la particolare natura giuridica (di ente del terzo settore) della parte privata, l’oggetto del rapporto (lo svolgimento di attività di interesse generale) e il tipo di prestazione a carico dell’amministrazione (rimborso spese).

La natura di ente del terzo settore della parte privata e la causa di comunione di scopo sono stati qui individuati come presupposti negoziali dell’amministrazione condivisa, ovvero come quegli elementi essenziali affinché i rapporti di cui agli artt. 55-57 CTS acquisiscano la specificità sufficiente e necessaria a distinguerli da tutti gli altri rapporti pubblico-privato.

Così qualificati, questi rapporti si differenzerebbero da quelli “di scambio” oggetto del d.lgs. 50/2016, giustificandosi così la particolare disciplina contenuta negli articoli 55-57 CTS. Quest’ultima, a ben vedere, non realizzerebbe una deroga al Codice dei contratti pubblici, avendo ad oggetto rapporti di natura diversa. Anche il problema della compatibilità delle menzionate disposizioni del Codice del terzo settore con il diritto euro-unitario degli appalti pubblici troverebbe in tal modo più agevole soluzione (ciò vale soprattutto con riferimento agli articoli 55 e 56, perché l’art. 57, sotto questo punto di vista, va trattato separatamente, trovando diretto riscontro nella legislazione e nella giurisprudenza euro-unitarie).

L’interpretazione che la Corte Costituzionale offre, nella sentenza n. 131/2020, dell’art. 55 CTS e dei suoi istituti supporta le conclusioni cui si è pervenuti in questo scritto, anche se in questo senso la pur fondamentale decisione presenta due importanti limiti che non si possono qui sottacere.

Il primo riguarda il fatto che la sentenza si concentra esclusivamente sull’art. 55 e non anche sull’art. 56 CTS, che nemmeno menziona. A ciò deve peraltro aggiungersi che, a ben vedere, la Corte non si occupa espressamente dell’eventuale fase esecutiva degli accordi di progettazione (cioè la fase di “realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento”, cui fa esplicito riferimento l’art. 55, comma 3, CTS), che è quella che – dando luogo all’affidamento di un servizio e prevedendo sicuramente un esborso a carico dell’amministrazione –

più pone questioni di compatibilità con il Codice dei contratti pubblici e il diritto euro-unitario degli appalti pubblici<sup>51</sup>.

Il secondo attiene all’estraneità del giudizio (di merito) sull’art. 55 CTS alla vera e propria *ratio decidendi* della sentenza n. 131/2020. Infatti, come già spiegato, il rigetto del ricorso è da imputarsi unicamente al fatto che la disposizione regionale impugnata sia stata ritenuta dalla Corte rispettosa della sfera di competenza statale in materia di ordinamento civile, e pertanto compatibile con l’art. 55 CTS, indipendentemente dai contenuti di quest’ultima norma. Le valutazioni della Corte sul merito dell’art. 55 CTS costituiscono dunque, a ben vedere, *obiter dicta*.

Tutto ciò induce pertanto a pensare che – seppur un significativo passo in avanti sia stato compiuto verso un autonomo diritto costituzionale ed amministrativo del terzo settore<sup>52</sup> – vi sia ancora molta strada da fare in questa direzione e che il percorso, stante la costante tensione (anche normativa) tra i principi di solidarietà e di concorrenza, non sia dei più agevoli.

<sup>51</sup> Cfr. infatti quanto osserva il Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018.

<sup>52</sup> Cfr. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, cit., nonché FICI, *Non c’è terzo settore senza diritto del terzo settore*, 23 giugno 2020, in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it).



FABIO GIGLIONI\*

LEZIONI PER IL DIRITTO AMMINISTRATIVO  
DALLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Due orientamenti opposti per uno stesso disciplinare. – 2. Europeizzazione o costituzionalizzazione del diritto amministrativo? – 3. Il nuovo modello organizzativo dell'amministrazione condivisa. – 4. Le regole per il nuovo spazio giuridico.

*1. Due orientamenti opposti per uno stesso disciplinare*

Le vicende legate all'interpretazione data dalle autorità giudiziarie ai rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore rivelano questioni profonde che toccano prospettive diverse dell'ordinamento giuridico e del ruolo del diritto amministrativo. Per cercare di comprenderle è utile procedere con ordine.

Nei pochi anni che ci separano dall'approvazione del Codice del terzo settore (d'ora in poi, CTS), si sono affermati due orientamenti radicalmente opposti. Il primo è simboleggiato dal noto parere espresso dal Consiglio di stato n. 2052/2018 sulla base di una richiesta avanzata da Anac circa l'interpretazione da dare agli art. 55 e 56 CTS, norme riservate al rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore<sup>1</sup>. Su questo orientamento sono già diffusi diversi commenti<sup>2</sup>; è sufficiente ricordare qui che in tale circostanza l'autorità giudiziaria ha ristretto molto l'ambito di applicazione delle due disposizioni richiamate sul presupposto che il CTS ha totalmente trascurato la disciplina europea dei contratti pubblici, nonché la giurisprudenza europea a supporto, entrando di fatto in contrasto con i principi e le

\* Professore Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università "La Sapienza" di Roma e membro del direttivo di Labsus.

<sup>1</sup> Il parere è stato pubblicato il 20 agosto 2018 dall'adunanza generale della Commissione speciale del Consiglio di stato su sollecitazione di Anac presentata il 6 luglio 2018.

<sup>2</sup> Si consenta qui per brevità di rinviare alle osservazioni presentate nel seguente saggio: GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2019, spec. 517 ss.

norme di diritto derivato di origine europea. Così facendo gli art. 55 e 56 devono essere riletti completamente e possono trovare applicazione solamente nel caso facciano riferimento a servizi di interesse generale non economici o, se economici, qualora siano garantiti in modo gratuito e non siano oggetto di affidamento selettivo. Al di fuori del perimetro ristretto appena descritto, le due norme devono essere disapplicate per evidente contrasto con il Codice dei contratti pubblici, la cui superiorità si deve al fatto che adempie all'esecuzione diretta di norme del diritto europeo. A nulla serve obiettare che questo orientamento è stato espresso in sede consultiva anziché giurisdizionale perché, in primo luogo, qualche mese più tardi è stato sostanzialmente ribadito in occasione della richiesta di un nuovo parere richiesto dall'Anac con riferimento stavolta alla riforma del Codice dei contratti pubblici<sup>3</sup>, nonostante l'Anac avesse preso parzialmente le distanze su qualche punto dal parere menzionato, e, soprattutto, perché la giurisprudenza – anche se non sempre – ha poi applicato questo indirizzo<sup>4</sup>. A prescindere da questo, risulta decisivo constatare che le pubbliche amministrazioni, nello stato di incertezza determinato dal parere e dalla perdurante assenza di nuove linee guida da parte di Anac, hanno in larga parte optato per seguire le indicazioni espresse dal parere, dando così un'applicazione limitativa delle due norme citate.

Di converso la recente sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale ha offerto un'interpretazione diametralmente opposta<sup>5</sup>. Trala-

<sup>3</sup> Dopo il parere 2052/2018, infatti, l'Anac ha riproposto un nuovo testo, elaborato e pubblicato sul sito istituzionale dell'autorità il 10 maggio 2019, in cui prendeva parzialmente distanza dal parere 2052/2018. In occasione, però, della modifica del Codice dei contratti pubblici, realizzato con il d.lgs. 56/2017, l'Anac ha di nuovo richiesto un parere, limitatamente alla parte in cui emergevano ancora criticità di coordinamento tra il codice e il CTS, prima del varo definitivo delle nuove linee guida. In tale occasione, però, il Consiglio di stato, con parere reso pubblico il 27 dicembre 2019 con atto n. 3235, ha sostanzialmente confermato la sua impostazione, già illustrata l'anno prima. Ciò, unito anche alla fase di transizione istituzionale che ha riguardato l'Anac, ha di fatto prodotto l'arresto del procedimento dell'adozione delle nuove attese linee guida.

<sup>4</sup> Si vedano in questo senso Cons. St., sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905; Tar Calabria, Reggio Calabria, 20 giugno 2020, n. 425; Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666.

<sup>5</sup> Si tratta della sentenza resa pubblica il 26 giugno 2020, n. 131. Per i primi commenti si vedano GORI, *Co-progettazione, la sponda della Consulta*, in <http://www.vita.it/it/article/2020/06/26/co-progettazione-la-sponda-della-consulta/156023/>, 2020; GORI, *Sentenza n. 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo set-*

sciando i fatti all'origine della causa e restando sul merito dei percorsi argomentativi proposti con riferimento all'art. 55 CTS, il giudice delle leggi ha ricordato come il CTS costituisca al momento la più compiuta realizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, il quale prefigura e legittima nuove relazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti che promuovono socialità in termini solidaristici, che la Corte inquadra – nel già noto in sede dottrinale<sup>6</sup> – concetto di amministrazione condivisa. Questo diverso punto di avvio delle riflessioni del giudice costituzionale consente di porre su archetipi alternativi le relazioni delle pubbliche amministrazioni con i soggetti terzi: alcune, infatti, sono di ordine patrimoniale, altre sono caratterizzate da scambio mutualistico, esito, cioè, “di un procedimento complesso di un diverso rapporto tra il pubblico e il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico”. Ne discende che le relazioni di ordine patrimoniale sono soggette alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, le altre, invece, seguono le coordinate definite dal CTS. Ciò spiega perché, secondo la Corte costituzionale, sia infondato concludere che la nuova normativa sul terzo settore si ponga in contrasto con il diritto europeo: quest'ultimo, infatti, non ha la pretesa di occupare tutti gli spazi giuridici degli ordinamenti nazionali, ma si interessa solamente di quelle relazioni a carattere oneroso da cui dipende la realizzazione del mercato unico europeo. D'altra parte è nota la posizione del diritto europeo che rimette all'ampia discrezionalità degli stati membri la trattazione delle attività rese in modo solidaristico e sono tali queste attività quando è alterata la proporzione dello scambio tra

*tore*, in *Riv. imp. soc.* - <https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/sentenza-131-2020-sta-nascendo-un-diritto-costituzionale-del-terzo-settore>, 2020; EM. ROSSI, *Il cammino adesso è aperto a un'amministrazione condivisa*, in *Avvenire* - <https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/il-cammino-adesso-aperto-a-unamministrazione-condivisa>, 2020; GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *Labsus* - <https://www.labsus.org/2020/07/l-amministrazione-condivisa-e-parte-integrante-della-costituzione-italiana-ets/>, 2020.

<sup>6</sup> È noto che il concetto di amministrazione condivisa è stato introdotto nel dibattito giuridico italiano da Gregorio Arena a partire dal suo scritto *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 117-118, 29 ss. Recentemente lo stesso autore, a distanza di oltre venti anni da quella prima intuizione, ha dato conto dell'evoluzione di quella stessa elaborazione in un recente libro: ARENA, *I custodi della bellezza*, pubblicato su *Labsus* - <https://www.labsus.org/2020/07/i-custodi-della-bellezza/>, 2020.

prestazione e controprestazione fino al punto di rendere questo scambio perfino gratuito<sup>7</sup>. Vista la recente data della pronuncia, non esistono ancora indirizzi giurisprudenziali che seguono questo diverso orientamento, ma è evidente che la sentenza è destinata a influenzare in differente modo le autorità giurisdizionali.

## 2. *Europeizzazione o costituzionalizzazione del diritto amministrativo?*

Prima di approfondire i termini della distanza dei due orientamenti ricordati, è forse utile sottolineare che le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale non consentono automatismi. In altre parole, le condizioni rappresentate dal giudice delle leggi per applicare fedelmente l'art. 55 CTS devono essere verificate nel concreto quando al cospetto del giudice siano poste le specifiche situazioni, la cui ricostruzione in termini di relazioni patrimoniali o solidaristiche andrà accertata. Ad esempio, i problemi che si sono verificati negli anni più recenti a proposito dell'interpretazione della co-progettazione non sembrano cancellati dalla sentenza richiamata<sup>8</sup>. Laddove con la qualificazione di co-progettazione si presentano relazioni sostanzialmente in termini onerosi, l'approccio restrittivo assunto dalla giurisprudenza amministrativa appare quanto mai motivato<sup>9</sup>. Così come sarà utile ricordare

<sup>7</sup> L'assunto che consente di considerare lo scambio economicamente apprezzabile e quindi di natura onerosa è derivato da una giurisprudenza europea consolidata, i cui fondamenti possono essere rintracciati in una serie di sentenze che qui si ricordano: Corte di giustizia, 26 aprile 1988, C-352/85; Corte di giustizia, 16 giugno 1987, C-118/85; Corte di giustizia, 5 ottobre 1988, C-196/87; Corte di giustizia, 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91; Corte di giustizia, 12 settembre 2000, C-180/98 e C-184/98; Corte di giustizia, 10 maggio 2001, C-203/99; Corte di giustizia 22 gennaio 2002, C-218/00; Corte di giustizia, 16 marzo 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01; Corte di giustizia, 29 novembre 2007, C-119/06; Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-281/06.

<sup>8</sup> Per un'attenta ricostruzione della necessità di porre questo discrimine si veda PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in PELLIZZARI e MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, 89 ss.

<sup>9</sup> La giurisprudenza amministrativa in questi casi ha giustamente utilizzato un approccio restrittivo per contrastare soluzioni elusive della disciplina propria dei contratti pubblici. Si possono vedere, esemplificativamente, Tar Lombardia, Milano, 28 marzo 2017, n. 727; Tar Lazio, Latina, 16 giugno 2016, n. 400.



che, nonostante l'apprezzabile impianto ricostruttivo seguito dalla Corte costituzionale, nulla impedisce alle pubbliche amministrazioni in sede attuativa di seguire procedure differenti meno garanti della condizione privilegiata per gli enti del terzo settore, dal momento che il ricorso a percorsi agevolati di relazione esclusiva dipende da una mera scelta discrezionale<sup>10</sup>. Su quest'ultimo punto, tuttavia, andrà verificato l'impatto del nuovo decreto legge n. 76/2020 che, semplificando molto le procedure di affidamento dei contratti pubblici, rende sicuramente più arduo sostenere che le procedure contrattuali siano più rigide di quelle oggi previste dal CTS.

Ciò detto, però, non può certo essere sottovalutato che i due orientamenti ricordati lambiscono elementi strutturali del diritto amministrativo, prefigurando per lo stesso due concezioni opposte. La prima, riconducibile a quella sostenuta dal giudice amministrativo, stabilisce un ordine degli equilibri giuridici che può essere sintetizzato in termini di europeizzazione del diritto amministrativo, a esito del quale emerge un chiaro tratto funzionale del diritto amministrativo alla realizzazione del mercato unico. In questo senso deve essere ricordato che, secondo costante giurisprudenza del diritto europeo<sup>11</sup>, gli enti *non profit* sono equiparabili a soggetti d'impresa e il discrimine non è dato dalla qualificazione soggettiva, ma dalla relazione oggettiva che essi stabiliscono con le pubbliche amministrazioni<sup>12</sup>. Nell'indirizzo opposto, invece, emerge un'altra visione degli elementi del diritto amministrativo, più orientata alla realizzazione di un ordine costituzionale che, attraverso il principio della sussidiarietà orizzontale, esprime una chiara condizione di privilegio per quelle relazioni che rafforzano il carattere democratico e solidaristico dell'ordinamento giuridico. In questa seconda prospettiva prevale un ordine costituzionale del diritto amministrativo, funzionale alla costruzione di una società democratica.

Seguendo questa ricostruzione così proposta, potrebbe discendere un evidente corollario: europeizzazione del diritto amministrativo e

<sup>10</sup> Si vedano in questo senso le sentenze Tar Lombardia, Brescia, 26 novembre 2018, n. 354; Tar Campania, Salerno, 22 luglio 2020, n. 940; Tar Campania, Salerno, 20 luglio 2020, n. 919; Tar Campania, Salerno, 1 luglio 2020, n. 773. Di orientamento contrario, però, Tar Veneto, 15 ottobre 1998, n. 951.

<sup>11</sup> Si veda, in questo senso, la nota causa Corte di giustizia, 25 ottobre 2001, C-475/99, paradigmatica e ripresa poi in numerose circostanze.

<sup>12</sup> Cfr. Corte di giustizia, 17 giugno 1997, C-70/95.

costituzionalizzazione del diritto amministrativo pongono ordini non coordinati tra loro. Una conclusione di questo genere, sebbene non inedita nel campo degli studi del diritto europeo<sup>13</sup>, sarebbe davvero dirimpente: l'ordinamento europeo non collimerebbe con l'ordine costituzionale dei principi e delle regole giuridiche, da cui ne seguirebbe un conflitto inevitabile. Al fondo, cioè, dei due orientamenti opposti vi è una contrapposizione della visione di quelli che devono essere considerati i principi prevalenti del diritto amministrativo: quelli europei o quelli costituzionali, laddove non sia possibile stabilire un'equivalenza.

### *3. Il nuovo modello organizzativo dell'amministrazione condivisa*

In merito al dilemma appena rappresentato deve essere, innanzitutto, precisato che un'ipotesi di inconciliabilità tra i due ordini di riferimento non è da escludere per nulla, se è vero che la giurisprudenza costituzionale riferisce della permanenza di un controllo teso a salvaguardare i principi fondamentali della Costituzione repubblicana nel caso in cui non sia possibile assicurare la piena conciliabilità con l'ordinamento europeo<sup>14</sup>. La teoria dei c.d. "controlimiti", a lungo apparsa come una pura ipotesi di teoria giuridica scarsamente praticabile, ha di recente invece ricevuto una pratica attuazione<sup>15</sup>, confermando così che principi e valori costituzionali hanno la forza di essere affermati qualora minacciati dall'ordinamento europeo. Sicché, con riferimento al caso qui in osservazione, è possibile sostenere che se la contrapposizione si afferma in termini di totale irriducibilità, la interpretazione fatta valere dalla Corte costituzionale potrebbe prevalere in termini di controlimite a un'eventuale ridondanza nella giurisprudenza europea dell'orientamento espresso dal giudice amministrativo.

Gli argomenti per opporre limiti all'interpretazione contraria sono chiaramente contenuti nella sentenza n. 131/2020: il principio di sus-

<sup>13</sup> Cfr. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 3, 367 ss.; MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Pol. dir.*, 2013, 4, 2 ss.

<sup>14</sup> Si ricordano, in questo senso, le sentenze della Corte costituzionale n. 170/1984 e 232/1989 e, più di recente, andando anche oltre l'ordinamento europeo, la sentenza n. 238/2014.

<sup>15</sup> Ci si riferisce, naturalmente, alla nota causa Taricco, risolta definitivamente dalla Corte costituzionale con la sent. 115/2018.

sidiarietà orizzontale, presente nella Costituzione italiana ma assente nell'ordinamento europeo e di incerta individuazione tra i principi generali degli ordinamenti degli altri stati membri<sup>16</sup>, configura un ulteriore modello di amministrazione, quello di amministrazione condivisa, che si aggiunge a quelli già noti. La peculiarità dell'amministrazione condivisa è data da un esplicito *favor* nei confronti di quei soggetti che sono costituiti per perseguire finalità di interesse generale in termini solidaristici. L'amministrazione condivisa, pertanto, delinea un modo di curare e coltivare rapporti che sostanziano contenuti originali di una democrazia, la cui competenza attiene chiaramente a prerogative degli stati membri. In altri termini, l'amministrazione condivisa non si limita a stabilire regole diverse nei rapporti con soggetti terzi, rispetto a quelli sensibili per l'ordinamento europeo, ma prospetta un modo particolare di rappresentare relazioni democratiche di apertura e fiducia nei confronti di alcune specifiche organizzazioni sociali che fondano sullo scambio mutualistico la loro essenza.

Quella appena rappresentata, tuttavia, costituisce la situazione estrema che permette la resistenza dell'interpretazione del giudice delle leggi in caso di conflitto insanabile. Sono, però, persuasive anche altre vie di interpretazione che rendono in realtà possibile la coesistenza tra ordine costituzionale e ordine europeo. La ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale, che assegna all'art. 55 CTS il compito di disciplinare rapporti che sono semplicemente estranei all'ordinamento europeo, appare indubbiamente convincente. In questa prospettiva ciò che divide le corti è semplicemente il perimetro d'azione dell'ordinamento europeo: molto largo nella visione del giudice amministrativo, più ristretto nel caso del giudice costituzionale. A ben guardare però, al di là delle differenti possibili ricostruzioni sull'ampiezza del diritto europeo, risulta decisiva la tesi utilizzata nella sentenza n. 131/2020: l'amministrazione condivisa, sostenuta dal principio di sus-

<sup>16</sup> Alcune indicazioni si possono ritrovare soprattutto nell'ordinamento tedesco e spagnolo; cfr. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Foro it.*, 1996, V, 184 ss.; RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in AIC, *La riforma costituzionale*, Padova, Cedam, 1999, 186-187; ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pub.*, 2002, 54-57; BALAGUER CALLEJÓN, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Stati di autonomia, nella prospettiva europea*, in DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, Cedam, 2008, 47 ss.

sidiarietà orizzontale, è configurata come un altro modello organizzativo dell'amministrazione e, come tale, sottratto alla disciplina del diritto europeo. Come è noto, infatti, l'ordinamento europeo può condizionare i modelli organizzativi degli stati membri, ma non può prescriberli; i profili organizzativi dei poteri pubblici chiamati a soddisfare gli interessi generali, anche di derivazione europea, spettano esclusivamente agli stati membri. Così l'amministrazione condivisa è portatrice non tanto di nuove regole che condizionano l'azione pubblica, ma stabilisce un ordine organizzativo che è fondato sulla condivisione dei fini con soggetti che danno prova di perseguire interessi generali. In questo senso è cruciale la sottolineatura che evidenzia il giudice delle leggi nella motivazione della sentenza in cui ribadisce l'importanza che gli interlocutori delle pubbliche amministrazioni, per cui vale l'applicazione dell'art. 55 CTS, siano solamente i soggetti rientranti nella categoria degli enti del terzo settore. Questo passaggio motivazionale è rilevante perché il nuovo CTS produce un'originale forma di tipizzazione degli enti del terzo settore che non è dipesa dalle caratteristiche strutturali dei soggetti stessi, ma dall'oggetto delle loro missioni che deve coincidere con almeno uno degli interessi generali individuati nell'art. 5 CTS<sup>17</sup>. In altre parole, l'amministrazione condivisa prefigurata nell'art. 118 cost. può avvenire solo con i soggetti del terzo settore che per loro costituzione si identificano con quelli che perseguono gli interessi generali, sia pure nei limiti in cui questi sono individuati nell'art. 5 CTS.

Andando più in profondità su questo punto si scorge che il nuovo modello amministrativo cui allude il giudice costituzionale è quello fondato sulla collaborazione che le pubbliche amministrazioni sviluppano con i soggetti menzionati per raggiungere finalità loro assegnate. È come se il principio di sussidiarietà orizzontale avesse dotato i poteri pubblici di un altro strumento per raggiungere i propri obiettivi: organizzare rapporti collaborativi con quei soggetti che per propria costituzione perseguono finalità analoghe<sup>18</sup>. L'amministrazione condivisa è,

<sup>17</sup> Cfr. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 2018, 16; LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, in FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2016, 226.

<sup>18</sup> Da questo punto di vista risultano interessanti le pronunce del giudice contabile che in diverse circostanze ha mancato di riscontrare la responsabilità di funzionari e dirigenti pubblici che abbiano assicurato vantaggi a soggetti privati con la motivazione

dunque, il modello organizzativo fondato sulla collaborazione diretta con determinati soggetti, la cui legittimazione deriva dal *favor* riconosciuto dall'art. 118 cost. Questo modello di amministrazione è diverso dagli altri: non è meramente chiamato ad applicare l'indirizzo politico, non è neutrale come l'amministrazione indipendente e non è neanche solo semplicemente in grado di individuare propri fini come le amministrazioni autonome. È qualcosa di più e di diverso: presuppone l'autonomia dell'amministrazione, ma è tutt'altro che neutrale perché è chiamata a condividere i propri fini con altri soggetti ugualmente impegnati in tal senso. Il modello amministrativo della collaborazione non entra in conflitto con le regole europee che disciplinano i rapporti patrimoniali, perché, ancor prima di individuare regole diverse, struttura in modo diverso l'essere amministrazione. Il profilo soggettivo dell'amministrazione si confonde con quello oggettivo e, per questo, presuppone la condivisione dell'azione con alcuni soggetti terzi<sup>19</sup>.

Ne deriva, dunque, che gli istituti individuati dall'art. 55 CTS, ovvero la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento, rappresentano nient'altro che le scelte operative attraverso cui il modello amministrativo della collaborazione trova concreta espressione.

#### 4. Le regole per il nuovo spazio giuridico

Gli istituti richiamati dall'art. 55, pur nelle loro differenze, traducono il modello di collaborazione, il quale deve trovare la propria fonte di regolazione in un atto giuridico consono che non può che essere di natura negoziale. Sarebbe, infatti, difficilmente sostenibile che il modello della collaborazione sia realizzato attraverso atti unilaterali o, perfino, provvedimenti: l'alleanza collaborativa non può essere imposta. Se questo è vero, per tutto quanto si è detto fin qui è da escludere

che l'azione dei privati era coerente con la missione affidata alle pubbliche amministrazioni. *Ex multis*, Corte dei conti, Lombardia, delib. 146/2019; Corte dei conti, Lombardia, delib. 4/2017; Corte dei conti, Emilia Romagna, delib. 27/2016; Corte dei conti, Sicilia, n. 54/2016; Corte dei conti, Piemonte, delib. 171/2015; Tar Lombardia, delib. 89/2013.

<sup>19</sup> In questi termini possono essere ricordate le ricostruzioni teoriche di Feliciano Benvenuti e, in particolare, BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994, 104-106, con il suo concetto di demarchia, che in un certo senso aveva anticipato quello di amministrazione condivisa.

che questo atto negoziale possa essere il contratto, dal momento che, se così fosse, riaffiorerebbe la tesi ermeneutica sviluppata dalla giurisprudenza amministrativa che qui si è messa in discussione. Ne discende che l'atto negoziale che permette la collaborazione è quello degli accordi, così come disciplinati dall'art. 11, l. n. 241/1990<sup>20</sup>.

In questo senso milita anche il dato positivo, giacché l'art. 55 prescrive agli istituti della co-programmazione, co-progettazione e accreditamento il rispetto dei principi della legge sul procedimento amministrativo, segnalando con evidenza il distacco tra questo ordine disciplinare e quello dei contratti pubblici. È evidente allora che entro tale contesto l'unico mezzo in grado di tradurre in termini negoziali la relazione di collaborazione è quello definito dagli accordi di diritto pubblico. Con ciò – si ritiene – si compie conclusivamente il differente regime disciplinare degli istituti dell'art. 55 CTS rispetto a quello dei contratti pubblici.

Questo esito ha una portata sistematica significativa, se si tiene conto che il ricorso agli accordi da parte delle pubbliche amministrazioni è fin qui risultato alquanto limitato. Fatta eccezione per i casi in cui espressamente il legislatore o la giurisprudenza ha chiaramente imputato alla disciplina degli accordi gli atti negoziali conclusi dalle pubbliche amministrazioni, l'opzione per gli accordi, rimessa alla valutazione discrezionale, è stata quasi mai seguita. A parere di chi scrive tra le ragioni che possono spiegare tale atteggiamento vi è anche una scarsa consapevolezza del modello di relazione cui l'atto in questione è collegato. In altre parole, a parte i casi in cui sia la legge a prevedere il ricorso all'accordo, l'amministrazione raramente preferisce l'accordo al provvedimento o, più in generale, difficilmente ricorre all'accordo come forma di relazione perché è mancato fin qui il legame culturale che costituisce il sostrato delle relazioni impiantate sugli accordi. Quanto detto fin qui a proposito dell'amministrazione condivisa e, più in generale, del modello amministrativo di collaborazione potrebbe colmare questa lacuna, aiutando a consolidare l'uso degli accordi e a favorirne un più ampio utilizzo. Il modello di collaborazione così può aiutare il sistema a impiegare un altro strumento d'azione finora piuttosto sottovalutato dalle pubbliche amministrazioni, che consente di intessere relazioni collaborative senza che questo venga confuso con i

<sup>20</sup> Si veda in tal senso anche GIGLIONI e NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 33-36.

rapporti di natura patrimoniale. Tra gli aspetti significativi della sentenza n. 131/2020 si trova, dunque, la liberazione di un nuovo spazio giuridico, non assorbito dal diritto europeo se non nel rispetto dei principi generali, che potrebbe trovare utile applicazione per l'evoluzione dei rapporti democratici nel nostro ordinamento.

Ultime annotazioni sono riservate agli artt. 56 e 57 CTS, dedicati rispettivamente alle convenzioni in genere con gli enti del terzo settore e alle convenzioni per lo svolgimento dell'attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Queste considerazioni finali sono obbligate dal momento che su questo si registra un'asimmetria tra i due orientamenti contrapposti da cui ha preso le mosse questo scritto. Nel parere n. 2052/2018 si tiene conto anche dell'art. 56 CTS, mentre nella giurisprudenza costituzionale l'analisi di questa disposizione non viene in rilievo: ciò è facilmente spiegabile in considerazione dell'origine delle due pronunce, ma nondimeno l'interrogativo di dare sistematica lettura anche di questa norma alla luce della sentenza n. 131/2020 è più che dovuto. Viceversa, l'assenza in entrambi gli orientamenti di partenza di riferimenti all'art. 57 CTS si deve alla circostanza che quella norma è il derivato stretto di una consolidata giurisprudenza europea e quindi appare una norma che privilegia il ricorso diretto ad alcune organizzazioni di volontariato che presentino certi elementi identificativi, quando le circostanze previste dal diritto europeo ricorrono<sup>21</sup>. Sebbene anche sull'art. 57 CTS sarebbe utile soffermarsi ancora, può essere detto ora che l'omissione di rilievi trova giustificazione dal minor grado di attrito che la norma presenta con il diritto europeo, essendo essa stessa un prodotto di quello<sup>22</sup>.

Premessi questi rilievi introduttivi, occorre sottolineare che entrambe le norme poggiano su fattispecie e condizioni molto più dettagliate rispetto a quanto avviene nell'art. 55 CTS ed entrambe hanno un campo di applicazione più ristretto. Questo è chiarissimo per l'art. 57 CTS, ma lo stesso si può sostenere anche per l'art. 56 CTS che concer-

<sup>21</sup> In particolare la giurisprudenza europea ha dato un'interpretazione particolarmente ristretta delle condizioni di emergenza e urgenza che legittimano l'affidamento diretto ad associazioni di volontariato per il trasporto di ambulanza. Possono essere ricordate da ultimo: Corte di giustizia, 21 marzo 2019, C-465/17 e Corte di giustizia, 20 giugno 2019, C-424/18.

<sup>22</sup> Cfr. Cons. St., sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905; Tar Puglia, Bari, 29 giugno 2020, n. 922; Tar Calabria, Reggio Calabria, 20 giugno 2020, n. 425; Tar Calabria, Catanzaro, 17 giugno 2020, n. 1068.

ne rapporti che abbiano per oggetto «attività o servizi sociali di interesse generale». Il ricorso alle convenzioni è, pertanto, previsto in uno spettro di attività di interesse generale più ridotto rispetto all'art. 55 CTS, che invece prende in considerazione tutte le attività che soddisfano gli interessi generali dell'art. 5 CTS. Alle convenzioni si accede in modo diretto, pur nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità analogamente a quanto avviene con l'art. 55 CTS, con le sole organizzazioni di volontariato e con le sole associazioni di promozione sociale nei limiti del rimborso delle spese sostenute. Come si vede, nella sostanza, si tratta di un complesso disciplinare molto più dettagliato e preciso di quello definito nell'art. 55 CTS, anche se, come quello, prescrive una condizione di vantaggio per i soggetti menzionati che possono operare in base a una convenzione anziché un contratto. Per le convenzioni in genere, peraltro, risulta decisiva la condizione fissata nel comma 1 dell'art. 56 CTS, secondo la quale la sottoscrizione delle convenzioni è consentita «se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato».

Da quanto premesso pare lecito concludere che le ipotesi in cui è possibile accedere allo strumento convenzionale si pongono su un piano di continuità con la scelta del modello dell'amministrazione condivisa. Stabiliscono, infatti, rapporti di collaborazione e appaiono alternativi ai rapporti di ordine patrimoniale, come è evidente dalla clausola menzionata presente nell'art. 56, c. 1, CTS. Diversamente, però, dall'art. 55 CTS, le condizioni di ordine positivo che permettono le convenzioni sono maggiormente limitative, perché le attività prese in considerazione sono ora disciplinate anche dal codice dei contratti pubblici e, per questo, il legislatore ha avvertito la necessità di differenziare con più esattezza i confini dei due regimi alternativi. Appare evidente, dunque, che anche per le convenzioni l'archetipo normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 11, legge n. 241/1990, a base di rapporti che trovano la loro legittimazione in assenza di onerosità.



MARCELLO CLARICH – BARBARA BOSCHETTI

## AI CONFINI DEL TERZO SETTORE (E DEL SUO DIRITTO)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il confine del Terzo Settore (e del suo diritto) alla luce della sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale. – 3. Ai confini del Terzo settore (e del suo diritto). – 4. Il bene comune oltre il Terzo settore: quale diritto?

### 1. Introduzione

La sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale offre l'occasione per interrogarsi sui confini del Terzo settore, vale a dire su ciò che ne *de-finisce* l'identità e, ad un tempo, la differenza rispetto a ciò che è altro rispetto a sé. Questa identità/differenza determina l'inclusione/esclusione da quel particolare regime giuridico, di segno ambivalente<sup>1</sup>, che è il diritto del Terzo settore, comprensivo di quel particolare modello di partecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore, descritto dalla Corte come "*chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici*"<sup>2</sup>.

Possiamo dire che vi è una correlazione, che la Corte rintraccia e preserva<sup>3</sup>, tra soggetti del Terzo Settore e quello speciale trattamento che ad essi è riservato. Onori ed oneri. Non è certo una correlazione statica: con espressione sintetica, ma eloquente, si può dire che il Terzo settore è dinamico *per legge* (art. 4 e 5 CTS<sup>4</sup>, artt. 1 2, d.lgs. 112/2017 in tema di impresa sociale). Questo dinamismo, che riguarda principalmente le forme e il tipo di attività di interesse generale proprie degli enti del Terzo settore, riflette i continui aggiustamenti di confine, decisioni che *ri-definiscono* ciò che è dentro e ciò che è fuori.

<sup>1</sup> M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*, in *Jus-online*, 2018, n. 3, disponibile all'indirizzo <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-il-codice-terzo-settore-un-nuovo-paradigma-5028.html>.

<sup>2</sup> Corte costituzionale n. 131/2020, cit. punto 4 della parte in diritto.

<sup>3</sup> In nome di questa correlazione la Corte giunge ad escludere dall'ambito di applicazione del diritto del Terzo Settore le cooperative di comunità che non abbiano determinate caratteristiche. Su questo, specificamente, *infra*, § 2.

<sup>4</sup> Vedi anche art. 4, co. 1, l. 106/2016.

Essere fuori dal Terzo settore (e dal suo diritto), significa essere dentro altri mondi o, settori, se si vuole rimanere fedeli alla grammatica *per settori* (ma sarebbe meglio dire *per sistemi*<sup>5</sup>). Primo, Secondo, Terzo ...Quarto (?<sup>6</sup>) settore/sistema: una progressione attraverso cui si tenta di sussumere la società complessiva, nelle sue diverse manifestazioni e continue evoluzioni.

Tutto si trasforma, però: ogni mondo tende a travalicare sé stesso, prendendo forme e fini che fino a poco prima appartenevano ad altri mondi, contrapposti e/o diversi. Questo processo, di non semplice analisi, porta con sé la neutralizzazione di alcuni tradizionali elementi/fattori di distinzione, a partire dai quali quei mondi/settori erano identificabili o riconoscibili<sup>7</sup>: lo scopo di interesse generale, la natura d'impresa dell'attività, la forma/ veste giuridica utilizzata a questo o quel fine.

Dinanzi a questo processo di sterilizzazione, cosa rimane identitario? Cosa può essere utilizzato per segnare il confine, per *de-finire* questi diversi settori/sistemi? Ebbene, il confine del Terzo settore è certamente un ottimo punto dal quale partire e non solo per comprendere meglio l'identità degli altri settori/sistemi; piuttosto, per tentare di smontare alcuni luoghi comuni che ancora oggi affliggono l'interpretazione del testo costituzionale in alcune sue parti centrali, quali l'art. 41 – e 117, co.1, lett. e) in punto di tutela della concorrenza, ovvero, proprio quell'art. 118, co. 4 cui la Corte fa più volte riferimento per giustificare il *favor* riservato al Terzo settore nel rapporto con l'amministrazione pubblica.

Da ciò discende la coerenza sia del diritto del Terzo Settore, sia di

<sup>5</sup> Di *Terzo sistema* parla il Rapporto Delors, intitolato *Un progetto per l'Europa*, 1978. Per un approfondimento, G. RUFFOLO, *Federalismo, sviluppo, welfare community*, in *Impresa&Stato* n. 37-38, disponibile all'indirizzo [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_37-38/ruffolo.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_37-38/ruffolo.htm); G.P. BARBETTA, *Defining the Nonprofit sector: Italy*, in *Working Papers of the Johns Hopkins comparative nonprofit sector project* n. 8, Johns Hopkins University Press, 1993.

<sup>6</sup> Sul concetto Quarto settore, H. GRADY, *From Blur to Precision*, in *Stanford Social Innovation Review*, 2015, disponibile all'indirizzo [https://ssir.org/articles/entry/from\\_blur\\_to\\_precision](https://ssir.org/articles/entry/from_blur_to_precision). Per una mappa del Quarto settore: *Forth Sector Mapping Initiative* all'indirizzo <https://www.mapping.fourthsector.net>.

<sup>7</sup> Parla di una nuova *neutralità* o, meglio, di *pluralità* delle forme giuridiche e dei tipi, A. FICI, *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Una prima lettura sistematica*, in *Impresa sociale*, n. 9/2017, disponibile on-line; ID., *L'impresa sociale dopo la riforma del Terzo Settore*, 23 maggio 2020, disponibile all'indirizzo <https://terzjus.it/articoli/saggi/limpresa-sociale-dopo-la-riforma-del-terzo-settore/>: nota 15.

questo diritto rispetto al diritto degli altri settori/sistemi, in particolare del Mercato o cd. Secondo settore e al ruolo che lo Stato in esso gioca<sup>8</sup>. È evidente, infatti, che né al Primo né al Terzo settore sembra appartenere, oggi, per le ragioni che si diranno, il dominio del bene comune, dell'interesse generale, dell'utilità sociale; che lo stesso “*esprit d'entreprise*” può essere riconosciuto di utilità sociale<sup>9</sup>; che si assiste a un nuovo umanesimo industriale e che questo processo di *istituzionalizzazione*<sup>10</sup> dell'impresa non è confinato/confinabile al cd. nascente Quarto settore e al suo diritto, di cui esistono pochi, ma non trascurabili, frammenti.

In definitiva, ci sembra, è proprio sul crinale, esplorando i confini del Terzo settore (e del suo diritto), che si conquista una prospettiva nuova sia in relazione a ciò che sta *dentro*, sia in relazione a ciò che sta *fuori*.

Esplorare i confini del Terzo settore non è un'operazione agevole anche perché essa comunque presupporrebbe come tracciata in modo univoco la distinzione tra pubblico e privato che invece è divenuta sempre più problematica<sup>11</sup>. D'altra parte, lo stesso Codice del Terzo Settore impone una disciplina pubblicistica agli enti che intendono entrare nel sistema in esso delineato e comprime i margini dell'autonomia privata, in particolare in tema di contenuti obbligatori degli statuti. In questo modo, si potrebbe dire che lo Stato “mette un piede” in un ambito in passato squisitamente privatistico. Tuttavia, nel contempo gli enti nel Terzo settore, in tanto in quanto concorrono alla co-programmazione e alla co-progettazione di attività proprie delle pubbliche amministrazioni, “mettono un piede” in un ambito squisitamente pubblicistico.

<sup>8</sup> M. MAZZUCATO, *The entrepreneurial State, De-bunking Public vs. Private Sector Myths*, Anthem Press, 2013, trad. it. *Lo Stato innovatore*, Laterza, 2018. Nella dottrina gius-pubblicistica italiana, M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Collana Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni Magistrali, n. 79, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

<sup>9</sup> Cfr. Servizio studi del Senato, *La libertà d'impresa tra l'art. 41 e l'art. 118 della Costituzione*, Dossier n. 244, ottobre 2010, disponibile on-line. Sul tema, *infra*, § 4.

<sup>10</sup> Cfr. A. CALABRÒ, *L'impresa riformista. Lavoro, innovazione, benessere, inclusione*, Egea 2019. Per un commento, A. BONOMI, *L'umanesimo industriale è una necessità*, in *Microcosmi – Ilsole24ore*, 18 giugno 2019.

<sup>11</sup> B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020.

## 2. Il confine del Terzo Settore (e del suo diritto) alla luce della sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale

Come si diceva in apertura, la sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale va segnalata soprattutto perché ci restituisce una *de-finizione* di Terzo settore.

La *de-finizione* è in prima battuta funzionale a risolvere una delle tante *actio finium regundorum* che già hanno investito il Codice del Terzo Settore<sup>12</sup>. La Corte la utilizza, infatti, per svuotare, in via interpretativa, una questione di illegittimità costituzionale sollevata dal Governo in relazione ad una legge regionale in tema di cooperative di comunità<sup>13</sup>.

Non si tratta, però, di un semplice intervento a chiarimento dell'ambito di applicazione soggettivo del Codice (cd. Enti del Terzo settore), né dello spazio d'intervento statale nella materia *ordinamento civile*<sup>14</sup>. La Corte ci consente di comprendere l'identità del Terzo settore e del suo diritto, in quanto ne esplicita il *proprium*, fa emergere quel *mix* di fattori che lo identificano e differenziano rispetto a ciò che è altro.

Attraverso tale *de-finizione* sono dunque tracciati i confini del Terzo Settore e del suo diritto, confini che non valgono tanto ad impedire ad altri (le Regioni) di ridisegnarli e/o estenderli a piacimento; quanto, piuttosto, a mettere in chiaro che quel *proprium* è necessario per godere, se così si può

<sup>12</sup> Tra le sentenze successive all'entrata in vigore del CTS: Corte costituzionale, sentenza n. 185/2018 (Codice del Terzo settore); ord. n. 251/2019 (l.r. Puglia n. 22/2018 modificata in corso di giudizio); sentenza n. 277/2019, in tema di interventi per il contrasto del randagismo e (illegittima) limitazione al solo volontariato animalista delle azioni ivi previste (l.r. Basilicata n. 46/2018); sentenza n. 285/2019 in tema di interventi per il contrasto alla legalità e ruolo, in essi, degli enti del Terzo settore, ovvero iscritti nei registri regionali del volontariato e dell'associazionismo (l.r. Basilicata n. 45/2018); sentenza n. 27/2020 relativa a interventi a favore delle associazioni di promozione sociale nell'ambito del contrasto al bullismo cyber-bullismo (l.r. Marche, n. 43/2018); sull'intreccio tra Terzo settore e servizi sociali, anche sentenza n. 106/2020 (l.r. Basilicata n. 4/2019). Sul volontariato, si v. A. OCCHINO, *Volontariato, diritto ed enti del terzo settore*, Vita e pensiero, Milano, 2019.

<sup>13</sup> L.r. Umbria, 11 aprile 2019, n. 2, recante *Disciplina delle cooperative di comunità*.

<sup>14</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 131/2020, punto 2.3. della parte in diritto “ [...] in effetti, qualora la norma impugnata mirasse al coinvolgimento anche di ogni forma di cooperativa di comunità nelle attività previste dall'art. 55 CTS si verifichebbe, come appunto rileva il ricorso statale, un'indebita omologazione di tali cooperative agli ETS, «i quali, invece, così come tassativamente elencati, sono gli unici soggetti legittimati, secondo la normativa statale di riferimento, a partecipare attivamente alla programmazione statale degli interventi di utilità sociale»”.

dire, del trattamento giuridico riservato al Terzo settore. In una battuta: nel diritto del Terzo settore *si riflette il proprium* del Terzo settore e il *favor*, di matrice costituzionale, che l'ordinamento assegna a tale *proprium*.

La Corte può così affermare che, solo in quanto le cooperative di comunità di cui alla l.r. Umbria n. 2/2019 abbiano i caratteri propri degli enti del Terzo settore come definiti dal diritto loro applicabile, di matrice nazionale, potranno loro applicarsi quelle particolari forme di collaborazione con i soggetti pubblici regolate dall'art. 55 del CTS. In caso negativo, prosegue la Corte, *dovranno* loro applicarsi forme e schemi diversi perché *“la relazione convenzionale con l'ente pubblico si pone su basi diverse da quella accordata ai primi”* (*infra* par. 4).

Ovviamente, ci si può chiedere se la Corte si sarebbe spinta così avanti se in ballo non ci fosse stata la speciale disciplina di coinvolgimento nella funzione pubblica prevista dall'art. 55 CTS. Rimane il fatto che questa norma, insieme a poche altre del CTS, è quella in cui si esprime in modo più evidente il *favor* dell'ordinamento per gli enti del TS, un *favor* derivato dall'art. 118, co. 4 della Costituzione<sup>15</sup>. È quindi naturale che sia un regime, per così dire, ad alta sensibilità, in presenza del quale l'essere o non essere ETS fa la differenza.

Cosa giustifica questa differenza? Molto più semplicemente: cosa hanno gli ETS che le cooperative di comunità, che non sono ETS, non hanno, tale da giustificare la loro esclusione dalla collaborazione all'esercizio delle funzioni pubbliche nelle forme di cui all'art. 55 CTS? La risposta della Corte a queste domande è incredibilmente onesta: *“esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica”*. E ancora: il coinvolgimento nella funzione pubblica richiede *“la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva “terzietà” (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano.”* (par. 2.2.)

<sup>15</sup> Così anche A. FICI, *Non c'è Terzo settore senza diritto del Terzo settore*, 23 giugno 2020, disponibile all'indirizzo <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/non-ce-terzo-settore-senza-diritto-del-terzo-settore/>. Cfr. anche G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in Astrid, *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, a cura di C. Cittadino, Passigli, 2008 e disponibile on-line, all'indirizzo [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Terz/TerzoSett\\_dimensione\\_-costituzionale\\_Tiberi\\_DEF.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Terz/TerzoSett_dimensione_-costituzionale_Tiberi_DEF.pdf); D. MONE, *L'impresa sociale nell'ordinamento costituzionale tra dimensione pluralistica e dimensione individuale*, in *Oss. Cost.*, n. 3/2017, disponibile on-line.

Ciò che rileva è, dunque, l'assenza/presenza della particolare qualificazione propria degli ETS, coincidente con il possesso *verificato* (in virtù della sottoposizione ai controlli previsti dalla disciplina del TS) dei requisiti di ingresso e di permanenza richiesti. In virtù di tale qualificazione, gli ETS sono *altro* (la Corte dice *terzi*) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano, il che garantisce una comunanza di interessi con la pubblica amministrazione.

Primo e Terzo settore s'incontrano in questa alterità/terzietà rispetto al mercato e al profitto (senza confondersi<sup>16</sup>): non è un caso che, al di là della forma societaria e dell'attività d'impresa, il vero requisito d'ingresso discriminante sia l'assenza di scopo di lucro – o la sua presenza nelle forme, temperate, ammesse dal diritto del TS<sup>17</sup>.

Lo stile normativo non è nuovo: il linguaggio è quello della disciplina dei contratti pubblici e di alcuni settori di welfare (la pre-qualificazione garantisce il possesso dei requisiti, semplifica il rapporto con la PA, favorisce la creazione di quasi-mercati<sup>18</sup>); tuttavia, il modello complessivo è molto simile a quello usato per la regolamentazione di altri settori *for profit*, da quello bancario, a quello finanziario e assicurativo. Si entra con certi requisiti (anche organizzativi), questi requisiti devono essere mantenuti nel tempo, il loro possesso (e adeguamento, se necessario) è verificato attraverso forme di controllo pubblico<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Sui limiti normativi posti per salvaguardare i confini tra questi due mondi, *infra*, § 3.

<sup>17</sup> Si v. no art. 3, co. 2bis e 3, art. 16. Cfr. Corte costituzionale n. 131/2020, punto della parte in diritto: “costituiscono il Terzo settore gli enti che rientrano in specifiche forme organizzative tipizzate [...] e gli altri enti “atipici” [...] che perseguono, «*senza scopo di lucro*, [...] finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi», e che risultano «iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore» (corsivo Nostro).

<sup>18</sup> Come è ben evidente in molte reti locali dei servizi sociali. Nel diritto europeo, cfr. Dir. 2014/24/UE, considerando n. 114; Dir. 2014/23/UE, considerando n. 13. Cfr. sul punto, A.N.A.C. Linee guida sui servizi sociali, 20 febbraio 2016, n. 32, in materia di affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali e ora Scheda di Linee guida recanti “indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali, su cui Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, parere n. 3235 del 19-27 dicembre 2019, in cui, da un lato, si esclude la possibilità che le linee guida non vincolanti dell'Autorità possano riguardare gli istituti previsti dal CTS (quali, appunto, la co-progettazione); dall'altro, che possano essere con le medesime linee guida introdotti regimi più gravosi per le concessioni di servizi sociali (nonostante l'esclusione dal Codice dei contratti pubblici, l'Autorità aveva ritenuto di poter loro estendere il regime di cui all'art. 164).

<sup>19</sup> Sull'amministrazione per sistemi e sul diritto per sistemi dei settori di ammini-

Come si è già avuto modo di dire, il diritto del TS è un diritto ambivalente, in parte confliggente con la natura privatistica degli enti del TS e con il loro essere l'espressione più alta della società civile, quella della solidarietà<sup>20</sup>. La parte che più stona è appunto quella relativa ai controlli. Si capisce, però, che dietro ai controlli, alla loro natura, vi è un disegno preciso e questo disegno è appunto funzionale a consentire la collaborazione tra ETS e pubblica amministrazione, nell'esercizio delle funzioni, secondo le modalità stabilite dall'art. 55 e 56. Ovviamente questo non è l'unico scopo dei controlli, ma certamente il principale. Ora, questi controlli contribuiscono a fare degli ETS quello che sono; certamente, contribuiscono a giustificare il *favor* nella relazione con i soggetti pubblici o, quantomeno, l'esclusione di altri soggetti dalla relazione, nelle medesime forme, con la pubblica amministrazione.

Questo *favor* nel rapporto con gli enti pubblici, che pure si richiama all'art. 118 e alla sussidiarietà orizzontale, ha molto di pubblicistico.

È stato bene, acutamente, messo in luce che la sussidiarietà orizzontale è altro dalla compartecipazione alle funzioni pubbliche e che il significato da assegnare all'art. 118, co. 4 della Costituzione non va né nella direzione di dirci cosa sia la sussidiarietà orizzontale (il principio vi è richiamato, ma non definito), né di *preferire* questa o quella categoria di enti<sup>21</sup>. La lettura dominante,

strazione, B.L. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Edizioni ETS, 2018, cap. 2.

<sup>20</sup> Parla di "società solidale" la Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020, cit., punto 4 della parte in diritto; e già sentenza n. 75/1990, in cui il concetto di società solidale è ricollegato alla originaria socialità dell'uomo, che preclude la possibilità di esaurire nel pubblico lo svolgimento di attività di interesse generale (cfr. anche, sul punto, sentenza n. 228/2004).

<sup>21</sup> Ci si riferisce all'intelligente scritto di F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, 1, 3, ove l'A., dopo aver passato in rassegna le alterne vicende della cd. sussidiarietà economica, conclude: "Una sussidiarietà minore o una sussidiarietà praticabile, non sono concepibili allorché venga meno la relazione di sussidiarietà propriamente detta. Questo è quanto accade quando si esternalizzano alcuni compiti pubblici, segnatamente la gestione dei servizi: una scelta che può avere buoni argomenti dalla sua, ma non l'autorità che pretende di ricavare dal principio "fondamentale" del quale conserva soltanto il nome. Questa sussidiarietà è la parola grazie alla quale un orientamento possibile viene trasformato nell'adempimento di un obbligo costituzionale". L'A. critica, (nota 70), anche quelle interpretazioni del testo costituzionale che leggono il *favor* di cui all'art. 118, co. 4, come equivalente di *preferisce*. In questa direzione anche G. BUONOMO, in *Premessa a Servizio studi del Senato, La libertà d'impresa tra l'art. 41 e l'art. 118 della Costituzione*, Dossier n. 244, ottobre 2010, cit., pag. 14-15, ove si sottolineano i tentativi della dottrina comparatistica (A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà:*

che la stessa Corte sposa, in questa e in altre sentenze<sup>22</sup>, è però di segno opposto.

*definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, 8, in A. RINELLA - L. COEN - R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999), anche forte dell'aggancio con l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale del X emendamento alla Costituzione americana (ai sensi del quale: "I poteri non delegati all'Unione dalla Costituzione, né per essa esclusi dall'ambito statale, sono riservati rispettivamente agli Stati o al popolo") volti a liberare il principio di sussidiarietà orizzontale dai ristretti confini derivanti da una certa lettura dell'art. 118, co. 4, Cost. (in tal senso, Cons. Stato, Sez. cons. per gli atti normativi, parere n. 1440 del 2003). Per una rilettura del principio di sussidiarietà e sul ruolo avuto dal giurice amministrativo nel veicolare una lettura restrittiva del principio, G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in *Atti del Convegno svoltosi a Cassino il 16 dicembre 2005 sul tema "Sussidiarietà e diritti"*, curati da V. BALDINI, consultabile alla URL (<http://www.astrid-online.it/Sussidiari/Studi-eri/Razzano-s.o.-fra-programma-e-realt-.pdf>). Si v., inoltre, il rapporto Labsus curato da D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, disponibile on-line all'indirizzo [https://www.labsus.org/wp-content/uploads/images/M\\_images/Giurisprudenza\\_rapporto.pdf](https://www.labsus.org/wp-content/uploads/images/M_images/Giurisprudenza_rapporto.pdf). Contro una lettura restrittiva del principio di sussidiarietà orizzontale anche il concetto di cittadinanza attiva sviluppato da G. ARENA, in *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006. Nella letteratura americana, R.K. VISCHER, *Subsidiarity as a Principle of Governance: beyond Devolution*, in *Indiana Law Review*, n. 35 n. 1 (2001), ove l'A. promuove l'idea che la sussidiarietà vada intesa come "a principled tendency toward solving problems at the local level and empowering individuals, families and voluntary associations to act more efficaciously in their own lives. In this regard, the focus is on fostering the vitality of mediating structures in society". Secondo l'A. il ruolo di queste mediating structures è duplice, negativo e positivo: "To qualify as a true mediating structure, an entity needs more than the absence of government influence. While mediating structures do function as bulwarks against government encroachment, they are also facilitators of individual empowerment and efficacy". Questo duplice ruolo muta deve pertanto conformare anche il ruolo dell'attore pubblico, il quale non deve solo limitarsi ad abilitare i soggetti del Terzo settore, ma anche renderli capaci di essere responsabili verso i componenti della società, in una dimensione orizzontale. Cfr. anche, in una prospettiva più tradizionale, orientata verso la devolution e la privatizzazione di funzioni pubbliche, Calabresi, Steven G. and Bickford, Lucy D., "Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law" (2011). Faculty Working Papers. Paper 215, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/215>. Per una analisi del principio di sussidiarietà nel diritto internazionale, A. FOLLESDAL, *The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law*, in Jean Monnet Working Paper n. 12/11.

<sup>22</sup> *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza n. 79/2019; Corte cost., sentenza n. 287/2016 in tema di banche popolari e credito cooperativo, in cui il principio di sussidiarietà orizzontale è utilizzato dalla Regione per affermare la propria competenza legislativa (la questione è però dichiarata inammissibile per genericità); Corte cost. n. 203/2013 in tema di congedo parentale per la cura di figli con disabilità (in cui la sussidiarietà orizzontale è intesa come sinonimo di Stato sociale); Corte cost., sentenza n.



Ebbene, questa lettura riduttiva del testo costituzionale genera altre letture riduttive, che distorcono, se così si può dire, il ruolo e il valore dell'universo solidaristico e quello della società civile nel suo primato rispetto allo Stato. Infatti, quando la sussidiarietà orizzontale è presentata nelle vesti della compartecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche diviene quasi inevitabile che l'universo della solidarietà sia letto in funzione delle funzioni pubbliche. Insomma, che assuma un ruolo quasi strumentale. Questa è tutt'altro che una ipotesi remota, e non vi sono solo le norme di sapore pubblicistico contenute nel CTS a testimoniare: anche nel linguaggio della Corte vi è traccia di questa distorsione. Gli ETS, scrive la Corte, costituiscono "una *rete capillare di vicinanza e prossimità*, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono in grado di *mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informati (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico)*, sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso *effetti positivi*, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno" (par. 2.1). Merita sottolineare che l'espressione "mettere a disposizione dell'ente pubblico" richiama in qualche modo la nozione di "avvalimento", ben nota nel settore dei contratti pubblici e che esprime l'idea di un utilizzo strumentale dell'impresa "avvalsa" rispetto a quella "avvalente", cioè quella che beneficia dei requisiti messi appunto a disposizione dalla prima per poter partecipare a una procedura di gara<sup>23</sup>.

E ancora: "si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di *amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato*: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come *fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico*" (par. 2.2).

Questa "società della solidarietà" è già *rete informativa e distributiva*, letta con gli occhi, e in funzione, delle politiche pubbliche; le forme di collaborazione tra ETS e soggetti pubblici sono *amministrazione*

220/2007, in tema di scuole paritarie e libertà di iniziativa economica, tra art. 33, 41 e 118, co. 4

<sup>23</sup> Parla di ruolo supplente del terzo settore, N. LIPARI, *Il ruolo del Terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018 (2), 637.

*condivisa, fasi di un procedimento complesso* (nate, come nel caso della co-progettazione, dalla prassi amministrativa<sup>24</sup>). Tutto parla il linguaggio dell'amministrazione e del diritto pubblico.

Se per il fare amministrazione questo costituisce un indubbio passo in avanti, peraltro accelerato in modo significativo dalla pandemia<sup>25</sup>; se per il TS può essere un riconoscimento, una attestazione, del ruolo chiave svolto in favore della “società del bisogno”: se tutto questo è vero, non si può che rimanere in un certo senso delusi nell'immaginare la “società della solidarietà” in questa dimensione verticale, che pure essa contribuisce a plasmare nelle forme di cui all'art. 55.

L'art. 1 CTS, la società civile per la società civile, ci appare lontanissimo.

Poco importa che questa amministrazione condivisa sia collocata al di fuori di una relazione di scambio utilitaristico, di corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata (si parla di *convergenza di obiettivi* e di *aggregazione di risorse pubbliche e private* per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale).

Il tutto, apparentemente, in nome del diritto europeo e delle deroghe che questo consente per i servizi di interesse generale: si sta parlando, cioè, di quei servizi che si colorano di pubblico in quanto il pubblico assume su di sé il perseguimento di obiettivi di interesse generale, nelle forme consentite e ad essi proporzionate<sup>26</sup>. Bene comune, certo, letto, però, con gli occhi del pubblico.

<sup>24</sup> N. MARZONA, B. BOSCHETTI, *Amministrazione e sperimentalismo (democratico)*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI, *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Il Mulino, Bologna, 2019, 83 ss.

<sup>25</sup> Cfr. Comune di Milano, Dir. generale, Disposizioni relative alla Fase 2 dell'emergenza epidemiologica da Covid-19: Piano di rientro del personale comunale, 30 aprile 2020 e relativi allegati.

<sup>26</sup> Cfr. art. 4, co. 1, lett. o), l. 106/2016. In relazione a Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., citata dalla Corte a sostegno della propria conclusione, va rilevato che in essa assumono particolare rilievo il contesto giuridico (un servizio di interesse generale) e i criteri che lo ispirano (principio universalistico e solidaristico). È proprio tale contesto – e le ragioni di sostenibilità economica connesse al principio universalistico e solidaristico – che consente alla Corte di “salvare” il favor verso le associazioni di volontariato, che altrimenti sarebbe contrario al diritto dell'Unione (punto 52 della parte in diritto). Cfr. ora Dir. 2014/23/UE, considerando nn. 6 e 7; Dir. 2014/24/UE, considerando n. 114. Sullo stato di attuazione del CTS e sulle novità apportate dalla disciplina Covid, si v. Camera dei deputati, XVIII

Peraltro, questo modello organizzativo ispirato, non al principio di concorrenza, ma alla solidarietà, pone delle condizioni al mondo del TS: assume come proprio presupposto che “*le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali*”<sup>27</sup>. Si torna al punto di partenza, alla qualificazione speciale del TS, alla garanzia di terzietà data dalla sottoposizione ai controlli pubblici (in ordine al possesso dei requisiti richiesti per l’iscrizione nell’elenco<sup>28</sup>).

Come si diceva in apertura il diritto del TS è un diritto ambivalente, con onori ed oneri. Se si varcano i suoi confini vi sono delle opportunità da prendere, ma anche delle regole da seguire e dei controlli da “subire”. Del resto, ha una portata pressoché universale lo scambio tra protezione (per chi entra all’interno di un sistema di regolazione che offre anche alcuni benefici) e obbedienza (cioè alla sottoposizione a regole dettate da altri).

L’alternativa, per la società della solidarietà, è starne fuori, anche scegliendo di entrare in altri settori/sistemi (infra par. 3), ovvero di entrarvi, ma rimanendo fuori dalla rete informativa e distributiva, di non aderire all’amministrazione condivisa. Queste scelte dipenderanno molto dalla capacità della società civile di prendere parte e sostenere in modo autonomo la società della solidarietà, dalla capacità del mercato di mettere a disposizione adeguate forme di finanziamento e prodotti per l’innovazione del TS<sup>29</sup>. Non ultimo, dal volto che assumerà la cd.

legislatura, Servizio studi, Riforma del Terzo settore, 30 giugno 2020, disponibile online, ove si sottolinea la rilevanza del Registro Unico nazionale per l’accesso ai fondi pubblici e al convenzionamento, nelle forme previste dal CTS, con le pubbliche amministrazioni.

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 131/2020, cit.

<sup>28</sup> Ovvero, per le imprese sociali, l’iscrizione speciale presso il registro delle imprese (art. 11, CTS). Il d.lgs. n. 112/2017 (art. 15) introduce specifici controlli per le imprese sociali.

<sup>29</sup> Sottolinea come occorra sviluppare una nuova economia civile che passa per il superamento della contrapposizione tra Stato e mercato, tra Primo e Secondo settore, S. ZAMAGNI, *Il non profit che serve all’Italia*, in *Impresa&Stato* n. 37-38, disponibile all’indirizzo [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_37-38/ruffolo.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_37-38/ruffolo.htm). Sulla dimensione globale del Terzo Settore e sulla possibile conflittualità tra Terzo settore e Primo settore, si rinvia a gli studi di L. Salomon e, in particolare, a *Global Civil Society: An Overview* (con S. Wojciech Sokolowski & Regina List), Baltimore, MD: Johns Hopkins Center for Civil Society Studies, 2003 e *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector* (with S. Wojciech Sokolowski and Associates), Volume II, (Bloomfield, CT: Kumarian Press, 2004). Sul ruolo delle iniziative sociali che agiscono al di

amministrazione condivisa di cui all'art. 55 CTS<sup>30</sup> e, più in generale, dal concreto passaggio a nuovi modelli di *governance* capaci di riflettere, in modo dinamico e plurale, la dimensione di filiera, di rete, di *ecosistema*, attraverso cui inter-agiscono oggi società e istituzioni<sup>31</sup>.

### 3. *Ai confini del Terzo settore (e del suo diritto)*

Il TS è un mondo variegato (sia quanto a contenitore, sia quanto a contenuto) e in continua evoluzione. La presenza di forme particolari di ETS<sup>32</sup>, la necessità di rinviare a discipline esterne al CTS, è, da sola, un indicatore rappresentativo di questa varietà instabile. Non è un caso che perimetro del TS sia sottoposto a continui aggiustamenti, in più o in meno. Questi aggiustamenti sono assai significativi perché testimoniano un rapporto osmotico tra mondi diversi e la capacità del TS e del suo diritto di porsi alla confluenza tra Primo e Secondo settore, espressione di un certo *modo di fare bene comune*<sup>33</sup>.

Vi sono alcuni paletti, apparentemente invalicabili, fissati per legge: le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del TU sul pubblico impiego e gli enti sottoposti a direzione o coordinamento e/o controllati non possono fare parte del TS (art. 1, co. 2 CTS; in senso

fuori del servizio pubblico, E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, 2018, 247 e ss. Nel caso delle Fondazioni bancarie, invece, l'estraneità al TS e al suo diritto, è segnata dal legislatore in modo chiaro, sin dalla legge delega (art. 1, co. 1, l. 106/2016). Per un commento sulle vicende che hanno toccato il diritto delle Fondazioni bancarie, si v. M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice del terzo settore*, cit.

<sup>30</sup> Rispetto a questo punto, la Corte è chiara nell'affermare che debbano essere individuate modelli diversificati di convenzioni. Sul punto, *infra*, § 4.

<sup>31</sup> B. BOSCHETTI, Intervento al Webinar, *Giovani, Imprese, Istituzioni: un'alleanza per il futuro*, Università Cattolica, 9-10 settembre 2020, disponibile on-line. Sulla nozione di ecosistemi e di smart-landscape, Agid, Piano triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione 2020-2022.

<sup>32</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 131/2020, punto 2.2. della parte in diritto ove la Corte distingue tra una pluralità di forme tipiche (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) e di forme atipiche (le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato diversi dalle società).

<sup>33</sup> A. FICI, *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Una prima lettura sistematica*, in *Impresa sociale*, n. 9/2017.

analogo dispone l'art. 2, co. 2 d.lgs. 112/2017). Insomma, il Primo settore, almeno una parte di esso, non può confondersi con il TS: questi due mondi possono *solo* incontrarsi nelle forme di cui all'art. 55 CTS. Si tratta di un punto centrale, che salvaguarda l'identità del TS nel suo essere espressione spontanea di una solidarietà, di un *modo di fare* bene comune, che origina dalla società civile. Cosa rimarrebbe, altrimenti, della spontaneità delle formazioni sociali e della sussidiarietà orizzontale?

Questa dicotomia è, però, temperata. L'universo pubblicistico eccede, infatti, i limiti posti dal legislatore: non solo perché le pubbliche amministrazioni vanno oltre la fotografia dell'art. 1, co. 2, T.U. Pubblico impiego; ma anche perché, come testimonia il caso delle fondazioni e associazioni di trasformazione ex IPAB, oggi incluse tra gli ETS<sup>34</sup>, il Primo settore si trasforma e, nel trasformarsi, con caratteri e forme diverse, entra nel TS (come, ovviamente, in quello del mercato<sup>35</sup>).

Parimenti, se il CTS e il d.lgs. 112/2017 vietano alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2 del TU sul Pubblico impiego di assumere la qualifica di ETS o di impresa sociale, nulla impedisce ad enti da queste costituiti o partecipati (ma non controllati) di entrare nel TS<sup>36</sup>. Allo stesso modo, con l'intento di favorire il radicamento territoriale di questi ETS<sup>37</sup>, l'art. 11 della legge 381/1991 consente, e consentiva, a persone giuridiche pubbliche e private di entrare nella compagine delle cooperative sociali, quando ciò sia consentito dai propri fini statutari. In questa prospettiva, si comprende perché il legislatore si premuri di chiarire che la disciplina sull'impresa sociale si applica in

<sup>34</sup> Art. 11<sup>sexies</sup> co. 2, d.l. n. 135/2018, conv. con modificazioni in legge 11 febbraio 2019 n. 12. Cfr. Camera dei deputati, XVIII legislatura, Servizio studi, Riforma del Terzo settore, cit.

<sup>35</sup> Cfr. art. 4 T.U. partecipate. Sul punto, *amplius*, § 3.

<sup>36</sup> In tal senso già l'art. 1 co 2, l. 155/2006: "Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi non acquisiscono la qualifica di impresa sociale". Per alcune esemplificazioni di tale confluenza, A. FICI, *L'impresa sociale dopo la riforma del Terzo Settore*, in [www.terzjus.it](http://www.terzjus.it), 23 maggio 2020, disponibile on-line, all'indirizzo <https://terzjus.it/articoli/saggi/limpresa-sociale-dopo-la-riforma-del-terzo-settore/>.

<sup>37</sup> A. SANTUARI, *Le cooperative sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale tra riforma del Terzo settore e normativa regionale: il ruolo della regolazione pubblica*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019(1), 187.

quanto compatibile con la disciplina sulle società partecipate, di cui al d.lgs. n. 175/2016<sup>38</sup>.

Queste ipotesi sono interessanti perché pongono in evidenza influenze che si pongono all'incrocio tra i tre grandi mondi: vi sono le pubbliche amministrazioni e gli enti da queste costituiti e/o partecipati, vi sono gli enti del TS, vi è il fare impresa / il mercato.

L'alterità, ciò che sta dentro e sta fuori, si fa qui ancor più sfumata. Non solo perché nell'ambito del TS si è affermato il pluralismo dei tipi/forme giuridiche, compresi quelli del Titolo V del Codice civile<sup>39</sup>; non solo perché agli ETS (che siano o non impresa sociale) non è impedito l'esercizio dell'attività d'impresa; ma anche – e soprattutto – perché il cd. Secondo settore, nato storicamente in contrapposizione al Primo (a rimarcare l'allora incolmabile distanza borghese tra individuo e stato, tra privato e pubblico), è oggi un terreno su cui si incontrano – e si scontrano<sup>40</sup> – entità che appartengono a mondi diversi.

<sup>38</sup> Cfr. art. 1, co. 6, d.lgs. 112/2017.

<sup>39</sup> Confermando l'impostazione dell'art. 1 del d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, la riforma permette di svolgere attività di interesse generale e senza scopo di lucro ricorrendo a qualsiasi forma societaria (art. 1, co. 1, decreto IS). La previsione comporta rilevanti implicazioni sistematiche per il diritto delle società, alle quali è utile volgere l'attenzione: in tal senso, M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, in *Riv. soc.*, 2019(1), 79 ss.

<sup>40</sup> Alcuni recenti casi giurisprudenziali testimoniano questo scontro: CGUE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19 a C-91/19 *Rieco s.p.a.*, ove la Corte, in relazione alle questioni interpretative relative all'art. 192 Codice dei contratti pubblici e ai limiti da questa posti a protezione del cd. Secondo settore, ne ha ritenuto la piena conformità al diritto UE (si v., in particolare, §§ 36 e 37); sempre sull'art. 192, da ultimo, Corte costituzionale, sentenza n. 100/2020; CGUE, sez. X, sentenza 11 giugno 2020, C-219/19 *Parsec*, ove la Corte ha ritenuto che sia contrario al diritto UE un diritto nazionale che precluda ad enti senza scopo di lucro di partecipare a gare di appalto per servizi di ingegneria e architettura ove questi siano abilitati a prestarli in base al diritto nazionale (e, dunque, possa presumersi la loro professionalità); rilevante, su questo versante, anche l'ennesima questione interpretativa rimessa dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia UE (ord. 107/2019) in tema di Federazioni sportive (F.I.G.C.). Per un approfondimento sulla cd. sussidiarietà economica, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. In dottrina, sul tema della cd. sussidiarietà economica, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit.; cfr. anche G. MAROCCHI, *La sentenza 131 e il lungo cammino della collaborazione*, in *Impresa sociale*, 2020(3), che vede nel riconoscimento della collaborazione da parte della Corte costituzionale una vittoria contro quella che viene definita "l'insaziabile voracità del mercato". Sulla necessità di riforme per il progresso civile ed economico, S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020(1), 141 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020 (1), p. 158 ss.

Forma societaria e impresa non sono più sinonimo di mercato, di Secondo settore: più semplicemente, come risulta dal d.lgs. 112/2017 (ma anche dal T.U. Partecipate<sup>41</sup>), la forma societaria si conferma come la forma organizzativa più adeguata al fare impresa, anche nell'ambito del TS<sup>42</sup>. Come è stato osservato, infatti, non può essere casuale la palese discriminazione in punto di regime fiscale tra imprese sociali e ETS che pure svolgono attività d'impresa<sup>43</sup>.

Come meglio si vedrà (infra, par. 4), anche il bene comune, il perseguimento di uno scopo non utilitaristico o di interesse generale, è incapace di segnare il confine tra ciò che sta dentro e ciò che sta fuori questi diversi mondi. A fronte di una pubblica amministrazione che opera nel mercato con finalità di lucro; a fronte di un TS che concorre con il mondo *profit* nel fare impresa<sup>44</sup>: ebbene, a fronte di tutto, ciò vi è un Secondo settore in trasformazione che opera anche per il bene comune, *fa* bene comune; prima ancora, è (riscoperto come ) bene comune<sup>45</sup>.

Se ciò è vero, la differenziazione tra questi diversi mondi può dunque avvenire, e non senza difficoltà, solo in via normativa, attraverso l'adesione a schemi normativi che si fanno, appunto per questo, trans-tipici o sovra-tipici<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Art. 4, d.lgs. 175/2016.

<sup>42</sup> Il legislatore (d.lgs. 112/2017) colloca la società in un contesto di "neutralità teleologica". Così M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, cit., ove l'A. ritiene sia superata la tradizionale riconduzione della disciplina positiva sulle società senza scopo di lucro "al novero della eccezione rispetto alla regola della società lucrativa ... Il riferimento alla società come puro modello organizzativo ha, infatti, come tale, carattere generale, secondo una considerazione che risulta rafforzata, anzitutto, dalla scelta operata dal CTS di utilizzare la disciplina della società per azioni come fonte di integrazione del regime privatistico degli ETS diversi dalle società: per usufruire della disciplina delle s.p.a. è sufficiente lo svolgimento di un'attività di impresa". Il divieto di distribuzione degli utili è proprio anche dello statuto delle cd. *start-up innovative*, su cui A.F. NICOTRA, *L'oggetto sociale nelle Start-up innovative*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020(1), 248.

<sup>43</sup> Il favor legislativo per le imprese sociali rispetto agli ETS che svolgono attività d'impresa è bene messo in rilievo da A. FICI, *L'impresa sociale dopo la riforma del Terzo Settore*, cit.

<sup>44</sup> Si v., retro, nota n. 40. In dottrina, per le ricadute sullo statuto delle società, M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, cit..

<sup>45</sup> Sul punto, *infra*, § 4.

<sup>46</sup> L'espressione è di A. FICI, *L'impresa sociale dopo la riforma del Terzo Settore*, cit.

Così è, come si è visto, per il TS. L'ingresso nel TS è segnato dall'adesione a uno schema normativo (il diritto del TS), attestato a mezzo dell'inserimento nel Registro unico nazionale del TS o, per le imprese sociali, nello speciale elenco presso il Registro delle imprese<sup>47</sup>, da denominazioni che fungono quasi da etichette di riconoscimento /label (art. 12 CTS; art. 6 d.lgs. n. 112/2017<sup>48</sup>), da controlli orientati a verificare il mantenimento dei requisiti d'ingresso e permanenza. Questo è il senso ultimo della *de-finizione* di TS che la Corte ci offre nella sentenza n. 131/2020 (retro, § 2).

Ebbene, l'adesione a quello schema normativo (quello del diritto del TS) segna anche l'adesione ad una certa forma (una *regola*) del fare bene comune. Tale forma del fare bene comune trova la propria identità nel diverso equilibrio tra beneficio individuale e bene comune che la legge protegge attraverso l'assenza dello scopo di lucro, le clausole di non lucratività, il divieto di redistribuzione degli utili (salva la limitata distribuzione dei dividendi), gli obblighi di re-investimento nell'attività statutaria, i limiti in punto di assunzione di direzione e coordinamento da parte di società unipersonali e con scopo di lucro<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Dopo il via libera ottenuto dalla Conferenza Stato regioni il 10 settembre scorso, è stato finalmente firmato il decreto RUNTS.

<sup>48</sup> Ciò emerge con chiarezza anche dal ragionamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020: «Ne deriva che le cooperative di comunità, proprio in forza della normativa statale, possono: a) essere costituite come cooperative sociali e, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 112 del 2017, «acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali»; oppure b) essere qualificate come imprese sociali, in quanto però rispettino i requisiti costitutivi previsti dal d.lgs. n. 112 del 2017 – tra i quali in primo luogo l'assenza di scopo di lucro – e si iscrivano nell'apposita sezione del registro delle imprese, manifestando così l'adesione al complessivo regime della impresa sociale, atteso che, per tale tipologia di ETS, il predetto adempimento «soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 11, comma 3, CTS). In entrambe queste ipotesi non è imputabile, a carico dell'impugnato art. 5, comma 1, lettera b), della legge reg. Umbria n. 2 del 2019, alcuna alterazione dell'impianto dell'art. 55 CTS: le cooperative di comunità saranno infatti qualificate come imprese sociali e quindi come ETS».

<sup>49</sup> Cfr. M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, cit. ove l'A. sottolinea come in presenza del divieto di distribuzione degli utili (art. 8 CTS e art. 3 d.lgs. n. 112/2017) «viene meno, per definizione, l'interesse degli azionisti al dividendo». Inoltre, «[...]Poiché il regime di distribuzione limitata degli utili risponde alla funzione di favorire la raccolta di capitale per l'attività di interesse generale, la soddisfazione dell'interesse del socio alla distribuzione degli utili risulta, infatti, funzionale al perseguimento dell'attività di interesse generale. [...]», in presenza di una clausola statutaria che preveda la distribuzione di una



Anche i limiti statutari, relativi all'organizzazione, gli stessi controlli pubblici risultano, a ben vedere, voler assicurare e "garantire" l'esistere – e il permanere – di questo equilibrio.

La Corte costituzionale esprime questo pensiero in termini di terzietà del TS rispetto al mercato e alle finalità utilitaristiche che lo contraddistinguono. È una terzietà costruita e garantita dal diritto (anche, e soprattutto, attraverso i controlli). Se ciò è vero, le cooperative di comunità che non aderiscono allo schema normativo dato e che, dunque, non aderiscono a quel modo di fare bene comune, in quanto la loro terzietà non è garantita, non possono entrare nel Terzo settore, ne stanno fuori<sup>50</sup>.

Il fare bene comune, se non è certificabile nelle forme e rispetto ai parametri previsti dal diritto del TS, rimane ai confini del TS.

#### 4. *Il bene comune oltre il Terzo settore: quale diritto?*

Vi è una realtà in eccedenza, che vive ai confini. Esistono enti *non profit* che vivono, o scelgono di vivere, fuori dal TS, che fanno impresa fuori dal TS. Esistono imprese che fanno bene comune senza aderire allo schema impresa sociale, al modo di fare bene comune proprio dell'impresa sociale: tale modo di fare impresa sta fuori dal TS e dal suo diritto, sta anch'essa ai confini.

È naturale chiedersi quale sia il diritto di questo mondo ai confini e, in subordine, se questo diritto sia adeguato.

Il primo caso è più semplice. Vi è un diritto per gli enti non profit che non siano ETS e questo diritto rimane in prima battuta, quello di cui al Libro primo del Codice civile. Vi sono però due indicazioni ag-

*quota di utili consentita dalla legge, l'interesse del socio alla remunerazione del capitale andrà sempre considerato dagli amministratori. Tale interesse potrà essere sacrificato dalle scelte di gestione degli amministratori solo nei casi eccezionali in cui la sua soddisfazione risulti incompatibile con il perseguimento dell'interesse generale".*

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 131/2020, cit.: "Nell'ipotesi, invece, che le cooperative di comunità siano differentemente costituite (perché gli statuti non contemplano la clausola di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ.) o qualificate (perché le cooperative non ritengano di acquisire la qualifica di impresa sociale), rimane fermo – contrariamente all'assunto della difesa regionale secondo cui le evidenti finalità di carattere sociale perseguite dalle cooperative di comunità farebbero sempre ricomprendere quest'ultime nell'ambito delle imprese sociali – che alle stesse non sono riferibili le forme di coinvolgimento attivo disciplinate dall'art. 55 CTS".

giuntive che possono ricavarsi dalla legge delega (l. 106/2016). La prima è che questo diritto, il diritto delle associazioni e delle fondazioni, è inadeguato e deve essere riformato: il ritardo nell'attuazione della delega non pesa, dunque, solo sugli ETS, ma anche su quel mondo non profit che vive ai confini del TS. La seconda, forse più importante, è che laddove questi enti non profit svolgano attività d'impresa devono essere assoggettati al diritto delle società, senza che possano invocare, a proprio vantaggio, il regime previsto per le imprese sociali o gli altri ETS, diversi dall'impresa sociale, che svolgono attività d'impresa ((art. 3, co. 1, lett. d. l. 106/2016)<sup>51</sup>.

Per economia di discorso non può qui entrarsi nel diritto degli enti non profit costituiti e partecipati da pubbliche amministrazioni per il perseguimento di finalità sociali: basterà dire che questo è un diritto complesso, che vive tra diritto statale e regionale, tra diritto pubblico e privato<sup>52</sup>. Come si è avuto modo di dire, anche dentro e fuori il diritto del TS. Insomma, una realtà che, non solo in termini giuridici, vive ai confini. Il legislatore sembra però dare alcune indicazioni: la prima è che il non profit pubblico può valersi anche di forme/tipi che non sono disponibili per il soggetto privato<sup>53</sup>; la seconda, in parte già esplorata, è che laddove il pubblico intenda esercitare un'attività d'impresa la scelta organizzativa ottimale è quella societaria (T.U. società partecipate; d.lgs. 112/2017).

Certamente più complesso il secondo caso: quello delle imprese che fanno bene comune. Questo universo è alquanto magmatico e ammette una varietà di sfumature che il diritto fatica a *com-prendere*.

Vi sono, innanzitutto, le cooperative di comunità che non sono ETS.

La Corte, se, da un lato, chiude alla possibilità che il diritto regionale possa disporre dei confini del TS e che enti che non corrispondono alla *de-finizione* di TS possano farne parte; dall'altro, però, ammette che il diritto regionale possa occuparsi delle cooperative di comunità che non sono ETS, prevedendo altre, e diverse, modalità di stimolo e promozione, anche nei rapporti con l'amministrazione pubblica. Opportunità, peraltro, già colta da moltissime regioni<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Così M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit.

<sup>52</sup> Occorre notare che anche la disciplina in tema di anticorruzione (l. 190/2012), trasparenza (d.lgs. 33/2013) e inconfiribilità e incompatibilità incarichi (d.lgs. 39/2013) travalicano i confini tra mondi e/o settori.

<sup>53</sup> Cfr, ad esempio, artt. 31 e 114 TUEL.

<sup>54</sup> Si veda, ad esempio, L.r. Toscana n. 67/2019.

Questa “valvola” è assai fruttuosa, sia per recuperare il “volto” del modello cooperativo (del quale alcuni elementi originari si ritrovano nel diritto dell’impresa sociale)<sup>55</sup>, un volto perduto nel corso del tempo proprio per l’incapacità del diritto di *com-prendere* un modo diverso del fare impresa, diverso rispetto a quello di un astratto e perciò infedondo Secondo settore; sia, più in generale, per stimolare un diritto per imprese ed enti che si pongono al confine (esterno) del TS, anche attivando una rincorsa tra ordinamenti regionali e tra questi e l’ordinamento statale.

Vi sono però anche altre realtà che vivono in eccedenza. Il riferimento più immediato è alle cd. *società benefit*<sup>56</sup>, disciplinate dalla l. 208/2015, commi 376-384.

Come la dottrina ha avuto modo di rilevare, siamo dinanzi a società con oggetto plurimo: oltre allo scopo di dividere gli utili, la società persegue obbligatoriamente anche una o più finalità di beneficio comune. Come dice il legislatore, queste società “operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse” (c. 376, l. 208/2015). Queste categorie, di beni e persone, sono la misura del beneficio comune: la società benefit è infatti chiamata, nell’esercizio della propria attività e della gestione, a generare externalità positive, o ridurre quelle negative che da essa de-

<sup>55</sup> G. FAUCEGLIA, *Il futuro della società cooperativa: la fine dell’umanizzazione e la scelta dell’efficienza*, in *Giur. comm.*, 2019(4), 567 ss., il quale traccia in modo efficace la parabola dalla prospettiva ideologica, che ha caratterizzato una parte degli studi cooperativi del secolo scorso, ad una prospettiva focalizzata su una più efficiente organizzazione del gruppo cooperativo. Ebbene, con l’evoluzione dell’economia di mercato, è sembrato che l’elemento cooperativo non fosse più un “elemento di forza” dell’impresa cooperativa, ma di debolezza. Di qui il passaggio ad una nozione di mutualità prevalente che ha portato al superamento della forma cooperativa. Quanto al futuro della cooperazione l’A. osserva come sia significativo l’emergere di una economia e un’organizzazione di gruppo (confermato anche nel d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112 in tema di impresa sociale).

<sup>56</sup> Con riguardo alle società benefit, M. ARRIGONI, *La riforma del terzo settore e la nuova disciplina dell’impresa sociale. Alcune implicazioni sistematiche*, cit. parla di “una società con “oggetto sociale plurimo”, [...], con la quale, oltre allo scopo di dividere gli utili, viene perseguita obbligatoriamente uno o più finalità di beneficio comune”. Si v., inoltre, all’interessante scritto di A. FUSARO, *Spunti per un’ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell’Impresa sociale*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020, ove vengono tracciate, anche alla luce dell’esperienza comparatistica, luci e ombre di questo modello di fare impresa.

rivano, nei confronti della realtà in cui opera o, in senso più ampio, con la quale si relaziona (sono portatori di interessi i “*lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile*”). Ciò richiede un *bilanciamento* di interessi, tra l’interesse dei soci (*shareholders*) e quello di chi, esterno o interno all’organizzazione d’impresa, è beneficiario dell’impatto sociale (*stakeholders*)<sup>57</sup>.

L’esplicitazione del beneficio comune perseguito, delle categorie beneficiarie, l’identificazione delle figure interne responsabili al perseguimento del beneficio, l’adozione di un sistema di autovalutazione interno conforme a standard esterni<sup>58</sup>, l’obbligo di relazione integrativa al bilancio in merito ai benefici perseguiti, la possibilità di assumere, accanto alla denominazione sociale, la denominazione “società benefit” (o SB): tutte queste previsioni danno e fanno “pubblicità” al modo di fare impresa scelto dalla società benefit, equiparato quasi a una scelta di marketing.

Non è un caso, e questo è forse il profilo più interessante, che la *società benefit* sia soggetta ai controlli previsti in tema di pubblicità ingannevole, con l’AGCM nella veste di “vigilante”<sup>59</sup>: il mancato perseguimento del beneficio comune, oltre a costituire possibile causa di responsabilità degli amministratori, tradisce la fiducia di chi si relaziona con la società dando fiducia al modo di fare impresa che questa si è dato<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> C. 377 e 380, l. 208/2015 cit.. Sugli squilibri generati da una governance multi-stakeholders anche nell’ambito del modello impresa sociale (art. 11, d.lgs. 112/2017) e sui possibili riflessi costituzionali, M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Riv. Soc.*, 2019 (2), 393 e, in particolare, ultimo paragrafo.

<sup>58</sup> Esistono una pluralità di standard e di sistemi di certificazione: ad esempio, il Benefit Impact Assessment (BIA) sviluppato dall’ente B-Lab e che consente l’ottenimento della certificazione B-corp. Sul tema degli indicatori del valore sociale, si v. Rapporto Iris Network *L’impresa sociale in Italia* a cura di P. VENTURI e F. ZANDONAI. Tali indicatori sono rilevanti anche sul piano della *social corporate responsibility*. Sul punto, G. OPPO, *Una nota conclusiva sulla responsabilità sociale dell’impresa*, in G. CONTE, *La responsabilità sociale dell’impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

<sup>59</sup> C. 384, 208/2015 cit., il quale appunto rinvia alle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole (D.lgs. 145/2007), e alle disposizioni del codice di consumo (D.lgs. 206/2005). Rimangono ferme altresì le sanzioni previste dal codice civile per gli amministratori delle Società Benefit, per l’inadempimento degli obblighi di cui al comma 380.

<sup>60</sup> Sulla regola della reciprocità e sul modello di avversione alla iniquità, SUGDEN R., *Reciprocity – The supply of Public Goods through Voluntary Contributions*, *Economic Journal* 1984, 44: 772-787; BERGSTROM T.C., STARK O., *How altruism can prevail in a evolutionary environment*, *The American Economics Reviews* 1993, 83(2): 149-155; M. RABIN, *Incorporating Fairness into Game Theory and Economics*, *The American Economic Review* 1993, 83(5): 1281-1302; P. SACCO, S. ZAMAGNI (a cura di),

Questo frammento normativo, incastonato/compresso in pochi commi di una legge di stabilità, testimonia l'esistenza di un diritto per l'impresa che si pone ai confini del TS. Esso però lascia insoddisfatti.

Da un lato, questo frammento normativo non chiude la partita del diritto con il mondo dell'impresa che fa bene comune: è significativo che in esso trovi spazio una norma per le società diverse dalle società benefit che pure scelgono di perseguire anche finalità di beneficio comune e che sono, perciò stesso, chiamate a esplicitarlo nello statuto o atto costitutivo, a garanzia della stabilità dell'adesione a un diverso modo di fare impresa segnato dal bilanciamento tra interesse utilitaristico e interessi *altri*<sup>61</sup>.

Come è stato efficacemente detto, questo diverso modo di fare impresa rivela qualcosa di più di una semplice strategia di marketing: l'impresa si fa / deve farsi istituzione, per essere nella società motore di un ripensamento dello sviluppo, essere "proiezione pubblica di una comunità operosa"<sup>62</sup>. Queste le basi per un nuovo umanesimo industriale capace di portare l'obbligo della proprietà oltre il profitto. Se questa trasformazione si deve alla società dei flussi, ma anche e soprattutto, ad un vuoto della politica: ebbene può il diritto pro-muoverlo e comprenderlo? Può pro-muoverlo e comprenderlo trattandolo come Quarto settore (relegandolo a) e non, invece, come Secondo settore in trasformazione?<sup>63</sup>

*Complessità relazionale e comportamento economico*, Bologna, Il Mulino, 2002; L. BRUNI, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione economica e società civile*, Milano, Bruno Mondadori, 2006.

<sup>61</sup> Sono tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni che regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto, proprie di ciascun tipo di società; le suddette modifiche sono depositate, iscritte e pubblicate nel rispetto di quanto previsto per ciascun tipo di società dagli articoli 2252, 2300 e 2436 del codice civile.

<sup>62</sup> A. BONOMI, *L'umanesimo industriale è una necessità*, in *Microcosmi – Ilsole24ore*, 18 giugno 2019, in riferimento a A. CALABRÒ, *L'impresa riformista. Lavoro, innovazione, benessere, inclusione*, cit..

<sup>63</sup> Sottolinea come la corporate social responsibility segni il passaggio dal terzo al cd. Quarto settore. M. STELLA RICHTER, *Corporate Social Responsibility, Social Enterprise, Benefit Corporation: magia delle parole?* in *Vita not.*, 2017, n.2, p. 953 ss.; G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, Giuffrè, 2019. Per una esperienza di una economia ad alto impatto sociale, può farsi riferimento al caso di Israele come Impact Nation (si veda A. AHARON, *Creating the Impact Nation*, discorso tenuto dal Presidente dell'Autorità israeliana per l'Innovazione al OCSSummit 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=puj4zOUO3Sg>).

Dall'altro, questo frammento normativo non chiude la partita, ben più complessa e rivoluzionaria, del diritto con il mondo dell'impresa che è (riconosciuta come) bene comune. Occorre qui andare oltre la realtà delle *società benefit*, oltre l'esistenza di società che decidono di perseguire anche un beneficio comune, oltre un ipotetico Quarto settore, essendo piuttosto necessario rileggere la dimensione costituzionale del mercato, del fare impresa, sia quella incastonata nell'art. 41, sia quella scaturente dalla relazione tra questo articolo e l'art. 118, comma 4<sup>64</sup>.

Questa rilettura è possibile, ma richiede di uscire da un *impasse*, storico-culturale, che la pone su un piano di perenne, potenziale, contrapposizione con l'utilità sociale (art. 41, co. 2, Cost) e che ha fortemente condizionato anche il modo di essere dello Stato nella sua relazione col mercato. È prevalso uno Stato interventore e uno Stato controllore, mentre si è lasciato quasi nell'ombra l'idea che lo Stato possa assumere, quale ruolo principale, quello di stimolo, di promozione, di comprensione del mercato, del suo essere bene comune, bene pubblico, una ricchezza per la società, una componente essenziale della cittadinanza. Questa idea emerge con estrema chiarezza nel dibattito che in Francia ha sostenuto la necessità di costituzionalizzare la libertà d'impresa (*liberté d'entreprendre*)<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Utili riferimenti bibliografici sono contenuti nell'appendice a Servizio studi del Senato, *La libertà d'impresa tra l'art. 41 e l'art. 118 della Costituzione*, Dossier n. 244, ottobre 2010, cit.. Per una rilettura dell'art. 41 Cost. che muove dal dibattito in seno all'Assemblea costituente, si vedano, in particolare, L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in "Diritto pubblico", 2000, 1; I. MUSU, *Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?*, in Note di lavoro n. 3, Università Ca' Foscari, Venezia, 2008. Di estremo interesse lo scritto di P. CIOCCA, *Un nuovo diritto per l'economia italiana*, in *ApertaContrada*, 5 dicembre 2008. Cfr. anche M. MASSA (a cura di), *La Corte costituzionale e l'economia. Atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti, giuristi*, Milano settembre 2016-maggio 2017, Vita e pensiero, 2018. Sul legame tra art. 41 e principio di sussidiarietà orizzontale, si v. retro, nota n. 21. È qui utile sottolineare come il tentativo, poi fallito, di riforma dell'art. 41 della Costituzione prevedesse un rafforzamento dell'art. 118, co. 4, Cost. utile a stabilire una posizione di interesse legittimo in capo ai cittadini (Relazione a C. 4144, Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione, presentato alla Camera il 7 marzo 2011). In dottrina, F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in Quaderni costituzionali, disponibile on-line all'indirizzo [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0339\\_zatti.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0339_zatti.pdf). Inoltre, è interessante che il d.l. 78/2010, art. 43, sulle zone a cd. burocrazia zero faccia riferimento proprio all'art. 118 e al principio di sussidiarietà.

<sup>65</sup> Il *Manifeste en faveur de l'inscription dans la Constitution et dans les Déclarations*

È richiesto un cambiamento complessivo dell'ordinamento, in tutte le sue componenti. Non tanto, o solo, un nuovo diritto per l'impresa, ma, piuttosto, un ordinamento interamente plasmato – a partire dalle norme sull'istruzione e sul lavoro, norme previdenziali e fiscali, norme relative ai rapporti da e verso l'amministrazione...<sup>66</sup> – perché questa “*énergie qui buillonne*” possa concretizzarsi “*en richesse pour la société*”<sup>67</sup>.

Qui siamo, però, ben oltre i confini del Terzo settore e del suo diritto, nella terra di mezzo in cui, senza de-finizioni che segnino il confine, il diritto si misura con la *com-prensione* dei tanti e diversi modi di fare, e di essere, bene comune.

È richiesto anche un salto culturale, atteso che l'impostazione panpubblicista e statalista (con una vena di autoritarismo) che ha segnato dall'inizio del secolo scorso la storia istituzionale del nostro Paese non appare ancora completamente superata<sup>68</sup>.

*des droit fondamentaux de la liberte d'entreprendre* (L. Kalogeropoulos 2006), rappresenta il più recente tentativo di inserimento nelle Costituzioni continentali di un esplicito riconoscimento della libertà d'impresa. Come sottolinea Buonuono (in Premessa, cit.) “La posizione particolare rivestita dall'impresa nell'ordinamento costituzionale francese (al di là del riconoscimento della proprietà, la norma positiva dell'epoca rivoluzionaria era riferita alla libertà delle arti e dei commerci, per cui solo l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni ha supplito in termini di esplicita proclamazione) aveva indotto Laurence Parisot, presidente di Medef (*Mouvement des Entreprises de France*, cioè la Confindustria francese), a fare propria la proposta nel corso dell'audizione svolta dinanzi al Comitato di riflessione sul Preambolo della Costituzione francese; quest'ultimo però, nella relazione conclusiva del dicembre 2008 (consultabile alla URL <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000758/0000.pdf>), aveva optato per il mantenimento della disciplina esistente”.

<sup>66</sup> Cfr., da ultimo, M. DE BENEDETTO, *Controlli della pubblica amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019 (3), p. 855; S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e impese*, Collana L'Unità del diritto del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre, Roma Tre Press, 2019.

<sup>67</sup> L. KALOGEROPOULO, *Manifeste en faveur de l'inscription dans la Constitution et dans les Declarations des droit fondamentaux de la liberte d'entreprendre*, p. 11, disponibile in appendice a Servizio studi del Senato, *La libertà d'impresa tra l'art. 41 e l'art. 118 della Costituzione*, Dossier n. 244, ottobre 2010, cit.

<sup>68</sup> S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, cit.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit.; ID., *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, sul sito di Astrid, 15.09.2020. Si v. inoltre, M. MAZZUCATO, *The Covid 19 is a chance to do capitalism differently*, in *The Guardian*, 18.03.2020, disponibile all'indirizzo <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/18/the-covid-19-crisis-is-a-chance-to-do-capitalism-differently>; M. DRAGHI intervento al Meeting di Rimini 2020, disponibile all'URL <https://www.youtube.com/watch?v=B8jjhdKycmc>. Ulteriori riferimenti bibliografici, *retro*, nota 8.





LUCIANO GALLO\*

ESPERIENZE E PRASSI OPERATIVE NEL RAPPORTO  
FRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI  
ED ENTI DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: *Premessa*. – 1. Le esperienze locali di “amministrazione condivisa” prima del CTS. – 2. Le prime esperienze dell’amministrazione condivisa dopo l’entrata in vigore del CTS. – 3. Le prime interpretazioni della Giurisprudenza amministrativa e contabile e dell’ANAC sugli istituti collaborativi. – 4. L’amministrazione condivisa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020. – 5. Conclusioni.

*Premessa*

Il tema della c.d. “amministrazione condivisa” deve essere affrontato esaminando le esperienze locali concretamente avviate dagli enti territoriali nell’utilizzo di strumenti collaborativi fra Pubbliche Amministrazioni (in avanti “PA”) ed Enti di Terzo settore (in avanti “ETS”), al fine di ricavare indicazioni utili, in termini sia di buone pratiche, ma anche in ordine ai possibili profili di criticità, in modo da offrire una ricostruzione sistematica dell’istituto, quale obiettivo del presente Volume.

Una notazione preliminare.

L’analisi che segue distinguerà le esperienze territoriali svolte “prima” e “dopo” l’entrata in vigore del CTS; infine, assumerà le argomentazioni contenute nella pronuncia n. 131/2020 resa dalla Corte costituzionale, alla quale nel presente lavoro viene fatto diffuso rinvio, quali basi di partenza per l’affermazione di un nuovo diritto amministrativo del Terzo settore.

\* Responsabile innovazione e semplificazione amministrativa, contratti pubblici e innovazione sociale, diritto del Terzo settore di ANCI Emilia-Romagna, nonché membro del Comitato scientifico di *Terzjus*. Le considerazioni contenute nel presente testo sono frutto esclusivo del pensiero dell’Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l’Amministrazione di appartenenza.

### 1. *Le esperienze locali di “amministrazione condivisa” prima del CTS*

Va da subito evidenziato che numerose sono state le esperienze di “amministrazione condivisa” avviate da amministrazioni locali, anche e soprattutto sulla spinta di cittadini, singoli e associati, e di altri enti pubblici e delle Fondazioni di origine bancaria in particolare.

Volendo schematizzare, tali esperienze – al netto delle peculiarità di ognuna di esse – sono accomunate dai seguenti elementi:

a) costituiscono una delle applicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto a livello costituzionale, in occasione della revisione del Titolo V della Costituzione;

b) sono in gran parte riconducibili al settore del “welfare”, inteso in senso lato;

c) trovano, pertanto, “copertura normativa” nella corrispondente disciplina, statale (legge n. 328/2000 e ss. mm. e DPCM 30 marzo 2001) e regionale, di settore;

d) per quanto riguarda gli ETS, fanno riferimento a discipline speciali, in particolare per quanto attiene all’ambito soggettivo (segnatamente, legge n. 381/1991 e ss. mm., sulle cooperative sociali, legge n. 383/2000 e ss. mm. sulle APS, d. lgs. n. 155/2006 sulle imprese sociali ed, infine, legge n. 266/2000 relativamente al volontariato);

e) la co-progettazione, inoltre, viene ricondotta – simmetricamente a quanto stabilito dall’art. 7 del DPCM 30 marzo 2001 – alle ipotesi degli “interventi innovativi e sperimentali”;

f) da un punto di vista procedurale, gli Avvisi pubblicati dagli enti locali fanno generalmente riferimento agli articoli 11 e 12 della legge n. 241/1990 e ss. mm.;

g) al di fuori dei regolamenti comunali in materia di attribuzione di contributi, sovvenzioni o altre misure di sostegno, oppure in materia di affidamento di beni pubblici o, più in generale, sull’attività contrattuale della PA, non sono stati emanati regolamenti specifici per l’utilizzo di strumenti collaborativi (fatta eccezione del Regolamento del Comune di Ferrara del dicembre 2016 sulla co-progettazione e della rilevante esperienza di Labsus sui regolamenti per la gestione dei beni comuni);

h) la co-progettazione è stata utilizzata diffusamente per l’attuazione regionale dei POR e, specificatamente, delle Azioni e delle Misure previste dall’FSE;

i) la co-progettazione è stata utilizzata anche per la gestione dei

progetti degli enti locali in materia di accoglienza migranti, riconducibili alla disciplina del c.d. SPRAR;

j) infine, tali esperienze sono state “agevolate” dalla previgente disciplina in materia di contratti pubblici (segnatamente d. lgs. n. 163/2006 e ss. mm.), a mente della quale la materia dei “servizi sociali”, ma anche quella sulle attività culturali e sportive, rientravano nei c.d. “settori esclusi”, come tali assoggettate al solo rispetto dei principi del predetto codice (quindi, principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento) e due sole disposizioni del medesimo codice.

La lettura di queste numerose esperienze locali mostra i seguenti ulteriori tratti caratterizzanti:

1) l'utilizzo degli strumenti dell'amministrazione condivisa è stato agevolato dall'esistenza di un contesto, politico ed amministrativo, “favorevole” (ad esempio, le esperienze dei Comuni di Milano, Brescia, Bergamo, Ambiti zonali del bresciano, Comune ed Ambito zonale di Lecco, Bologna, Ferrara, Reggio-Emilia, Cesena, altri Ambiti sociali di zona), intendendosi con tale espressione una particolare attitudine verso l'utilizzo di tali strumenti (nonché per la coerenza con gli indirizzi politici degli Enti) o, comunque, per la conoscenza degli stessi;

2) a differenza delle convenzioni con APS e ODV, le co-progettazioni sono state utilizzate soprattutto nel settore del welfare;

3) infine, le procedure concretamente svolte dagli enti territoriali sono avvenute in modo grandemente eterogeneo, fatte salve le indicazioni regionali, ove presenti (ad esempio, Regione Lombardia e Regione Lazio).

Il quadro sommariamente descritto ci indica, pertanto, che prima del CTS, le esperienze di rapporti collaborativi, da un lato si sono realizzate per la sensibilità, per certi versi, “individuale” del singolo ente, che “riconosceva” formalmente il ruolo attivo degli ETS; dall'altro, ogni procedura aveva una propria “declinazione locale”, frutto della sensibilità e della dimestichezza degli Uffici territoriali nell'utilizzare discipline di settore ed i principi del giusto procedimento dettati dalla legge 241/1990.

Come chiarito nel contributo di Alessandro Lombardi, la Riforma del Terzo settore intende promuovere un “salto di livello” di tale esperienze; le “diretrici” del cambiamento normativo sono evidenti:

I. dare integrale, continua ed organica attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ambito delle ventisei attività di interesse generale indicate dall'art. 5 CTS;

II. esplicitare il nesso di strumentalità fra le forme di collaborazione previste dal Titolo VII del CTS e la finalità dello (stabile) “coinvolgimento” (non più riconoscimento puntuale a livello locale e su base politica, ma quale forma di sostegno doverosa, in applicazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione);

III. chiarire che la “collaborazione” fra PA ed ETS non determina “confusione” delle rispettive prerogative e funzioni, da qui il ruolo dell’Amministrazione “precedente”;

IV. infine, il richiamo al rispetto dei principi “comuni” dell’art. 55, primo comma, CTS, quale “nucleo minimo” per tutte le procedure indicate.

## *2. Le prime esperienze dell’amministrazione condivisa dopo l’entrata in vigore del CTS*

L’attuazione della Riforma, da parte degli enti territoriali, sta avvenendo, per la verità, in modo ancora disomogeneo a livello territoriale e con esiti in parte contraddittori, nei termini di seguito indicati.

In primo luogo, non si è registrata, come pure auspicabile, una stagione di iniziativa legislativa da parte delle Regioni, finalizzata alla revisione della legislazione preesistente rispetto all’entrata in vigore del CTS, specie per quegli ambiti di materia maggiormente interessati (servizi sociali e valorizzazione dei beni culturali).

Su tale profilo il contributo di Luca Gori fornisce indicazioni al riguardo.

Altra circostanza non irrilevante è la scarsa consapevolezza degli enti locali sulla propria autonomia regolamentare, la quale costituisce, a parere di chi scrive, uno dei tratti più qualificanti della nuova disciplina generale dell’art. 55 CTS.

In proposito, non risultano essere stati approvati regolamenti comunali, di tipo generale, dedicati al rapporto fra PA ed ETS (da segnalare le sole iniziative del Comune di Brescia sul finire del precedente mandato e di ANCI Emilia-Romagna sulla predisposizione di uno schema di regolamento) e con riferimento a tutte le attività di interesse generale.

Sono aumentati, invece, anche sulla spinta del citato Regolamento del Comune di Ferrara, regolamenti sulla co-progettazione (Comune di Pescara, Comune di Colorno, Comuni di Pagani quale Capofila dell’Ambito sociale di zona).

Scendendo al livello dei procedimenti amministrativi riconducibili agli strumenti previsti dal più volte evocato Titolo VII CTS, va segnalato lo scarso utilizzo della co-programmazione, disciplinata dall'art. 55, secondo comma, CTS; si tratta di una circostanza significativa, perché, ad avviso di chi scrive, non è stata colta la funzione innovativa di uno degli strumenti con maggiori potenzialità fra quelli previsti dal CTS.

Le esperienze concretamente svolte<sup>1</sup>, inoltre, evidenziano alcuni elementi di possibili criticità, in ordine alla piena coerenza fra la concreta declinazione di tale istituto rispetto alla previsione normativa.

La Riforma, invece, ha generato un'iniziale "fioritura" di esperienze di co-progettazione, anche nell'ambito dell'FSE (ad esempio, in Toscana, in Emilia-Romagna e in Piemonte), e non solo in contesti e territori "maturi", ma anche da parte di enti locali che si sono "cimentati" per la prima volta (Unione dei Comuni Reno Galliera per il Distretto Pianura Est, Comune di Latina, vari Consorzi intercomunali sui servizi sociali del Piemonte, Comune di Beinasco, Comune di Rivalta di Torino)<sup>2</sup>.

Tali procedure, è bene precisarlo, sono state svolte in applicazione della nuova disciplina del CTS.

Va segnalato, inoltre, che nell'ambito della prima forma di sperimentazione statale in materia di innovazione sociale, nell'ambito del c.d. Fondo per l'Innovazione Sociale, gestito dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio, e rivolto alle Città Metropolitane e ai Comuni Capoluoghi, taluni progetti sono stati presentati a seguito di procedure di co-progettazione, ai sensi dell'art. 55 CTS.

Il Comune di Milano ha recentemente pubblicato un Avviso pubblico per la selezione di ETS interessati a far parte della piattaforma comunale WeMI, messa a disposizione dall'Amministrazione comunale e finalizzata a promuovere i servizi privati, offerti agli utenti della Città, ma a fronte della qualificazione – condivisa – di una serie di requisiti e di standard prestazionali stabiliti dal Comune.

<sup>1</sup> Si tratta delle procedure ad evidenza pubblica indette dalla Regione Lombardia, dal Consorzio Gardasociale e dall'AUSL di Parma, mediante pubblicazione di relativi Avvisi pubblici.

<sup>2</sup> Gli atti delle relative procedure ad evidenza pubblica sono reperibili sui siti istituzionali dei predetti Enti, nell'apposita Sezione dell'Amministrazione trasparente, in forza dell'applicazione della disciplina sugli obblighi di pubblicità e di trasparenza, di cui al d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.

Non si registrano, invece, procedure di affidamento di servizi o interventi in co-progettazione, nella forma dell'accreditamento, ai sensi dell'art. 55, quarto comma, da non confondere, tuttavia, con le distinte forme di accreditamento attivate ai sensi della vigente disciplina regionale in materia di welfare (ad esempio, della Regione Lombardia).

Infine, l'applicazione dell'art. 56 CTS sulle convenzioni con APS e ODV, di cui pure ha parlato Alessandro Lombardi, ha risentito della posizione del Consiglio di Stato espressa nel noto parere n. 2052/2018 e della mancata approvazione delle Linee Guida per l'affidamento dei servizi sociali agli Enti del Terzo settore da parte dell'ANAC, mediante revisione delle precedenti Linee Guida n. 32/2016.

Proprio la lettura data degli istituti previsti dal Titolo VI del CTS dall'ANAC e dalla giurisprudenza rappresentano oggi un elemento di significativa criticità sull'attuazione della Riforma, di cui occorre pertanto dare conto, seppur nella doverosa sinteticità, considerata l'economia complessiva del Seminario.

### *3. Le prime interpretazioni della Giurisprudenza amministrativa e contabile e dell'ANAC sugli istituti collaborativi*

In precedenza è stato evidenziato che, in rapporto agli istituti previsti dal Titolo VII del CTS, è intervenuto il noto parere n. 2052 del 2018 reso dalla Commissione consultiva del Consiglio di Stato, ad evasione della richiesta formulata dall'ANAC; si tratta di un parere con il quale è stata fornita una interpretazione molto restrittiva di tali istituti e ciò in stretto rapporto con la vigente disciplina interna sull'affidamento dei contratti pubblici.

Non è questa la sede, in relazione all'economia del presente Volume, per entrare nel merito della posizione espressa dal Consiglio di Stato, tuttavia – al fine di meglio comprendere l'attività posta in essere dagli enti territoriali – appare quanto mai opportuno, se non necessario, tener conto della specificità delle vicende da cui originano i precedenti, per così dire, “restrittivi”, ma, al contempo, delle altre pronunce che valorizzano il ruolo della sussidiarietà orizzontale, di cui l'intera Riforma costituisce applicazione ordinaria.

In primo luogo, occorre richiamare i due pareri resi dal Consiglio di Stato nell'esercizio delle sue prerogative, previste dalla legge, e, dunque, il parere n. 1405 del 14 giugno 2017, positivo con osservazio-

ni, sullo schema di decreto delegato recante il Codice del Terzo settore, ed il parere n. 1432 del 30 maggio 2018 sullo schema di decreto c.d. correttivo al CTS, anch'esso positivo e con osservazioni.

In secondo luogo, il parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018, che offre una ricostruzione particolarmente restrittiva del CTS, potrebbe essere comunque valutato proprio a fronte della specifica richiesta formulata dall'ANAC, ovvero sia quale sia la disciplina applicabile in ordine agli affidamenti di servizi sociali.

Si tratta di una questione, così posta in termini generali, che evoca chiaramente il rinvio alla disciplina – parimenti generale – del codice dei contratti pubblici.

Vi è, tuttavia, una terza ragione, non esplicitata nei pareri del 2018 e del 2019 del Consiglio di Stato (del 27 dicembre sullo schema di Linee Guida di ANAC sull'affidamento dei servizi agli Enti del Terzo Settore), ovvero sia che è la stessa Direttiva appalti (2014/24/UE), da un lato a sottolineare la specificità dei servizi sociali (Considerando n. 114) e, dall'altro, che gli Stati membri sono liberi di stabilire in che modo disciplinare l'organizzazione e l'erogazione dei servizi pubblici, secondo modalità non consistenti in appalti (art. 1, comma 4).

Il riferimento è, in particolare, ai regimi autorizzatori, nonché al semplice finanziamento pubblico dei servizi<sup>3</sup>.

La quarta ragione, parimenti non adeguatamente indagata, è la riserva di competenza legislativa – residuale e, pertanto, esclusiva – riconosciuta alle Regioni dall'art. 117, quarto comma, della Costituzione nelle materie non espressamente indicate fra quelle di competenza esclusiva statale (art. 117, secondo comma) o di quelle concorrenti fra Stato e Regioni (art. 117, terzo comma), tema esaminato nel contributo di Luca Gori.

Questo vale, per essere chiari, con riguardo alla materia del welfare, nella quale le Regioni godono di una discrezionalità legislativa esclusiva.

Infine, ma non in termini di importanza, un aspetto di rilievo costituzionale.

Affermare, come fa il Consiglio di Stato, una sorta di automatica

<sup>3</sup> Su una riconsiderazione delle previsioni della Direttiva appalti in materia di affidamento di servizi sociali, in conseguenza della relativa peculiarità, si legga il recente parere reso dal Comitato europeo delle regioni "Relazione sull'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici (2020/C 39/09)", pubblicato sulla GUUE C 39/43 del 5 febbraio 2020.

prevalenza del diritto euro-unitario a tutela della concorrenza, come declinato nelle Direttive del 2014, significa annullare la rilevanza del principio di sussidiarietà orizzontale, stabilito dalla nostra Carta costituzionale.

Il che determinerebbe un contrasto fra ordinamenti giuridici; cosa francamente non trascurabile, anche tenendo conto che fra i principi fondativi dell'istituzione dell'UE, come da relativo Trattato, compare, oltre a quelli del mercato interno, della tutela della concorrenza e della libera circolazione dei mezzi e delle persone, anche quello di "coesione sociale ed economica".

Senonché, sono proprio alcune pronunce e atti della giurisprudenza, amministrativa e contabile, oltre che di ANAC, a compendiare il principio di sussidiarietà orizzontale, anche nell'ambito degli istituti del CTS.

In primo luogo, occorre richiamare quanto statuito dal Consiglio di Stato nella propria pronuncia n. 1546 del 6 marzo 2019, laddove testualmente si legge che "(...) Il "nuovo" principio di sussidiarietà è, quindi, volto a favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati", ovvero a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) nelle quali si svolge la loro personalità, ai sensi dell'art. 2 Cost., alla cura e al buon andamento della "Cosa pubblica" mediante "lo svolgimento di attività d'interesse generale". In tal modo, viene riconosciuto in primis il valore del volontariato, che insieme alla cooperazione costituisce un patrimonio storico della nostra nazione (attualmente il "Terzo settore" annovera in Italia circa sette milioni di volontari impegnati a vario titolo, insieme a più di tremila associazioni e organizzazioni "no profit", nell'assistenza ai più bisognosi e nella tutela della persona, dell'ambiente e della cultura, dando uno spontaneo adempimento ai "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" previsti dall'art. 2 Cost.). Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di "cittadinanza attiva", già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia Italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali "Misericordie" che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei



*beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce (...)*".

La peculiarità delle forme di collaborazione "sussidiarie" svolte mediante l'utilizzo di contributi riconosciuti dalla PA ad ETS, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990 e ss. mm., è sottolineata da recenti pronunciamenti della Corte dei conti, fermo restando gli obblighi di funzionalizzazione delle attività agli obiettivi della PA e di rigorosa rendicontazione<sup>4</sup>.

L'attivazione di un rapporto di collaborazione, non sussumibile in un'attività esternalizzata di prestazione di servizio, a fronte di un corrispettivo, determina la correlata qualificazione in termini di regime fiscale applicabile, ovvero sia del solo obbligo rendicontativo<sup>5</sup>.

Quanto, poi, agli istituti del CTS, in precedenza richiamati, il TAR della Campania, sede di Napoli ha stabilito la correttezza dell'operato di una PA, che – in attuazione di una misura prevista dall'FSE – ha attivato un procedimento ad evidenza pubblica di co-progettazione, all'uopo non trovando applicazione le previsioni del codice dei contratti pubblici<sup>6</sup>.

Sulla piena legittimità di attivare procedimenti ad evidenza pubblica per lo svolgimento di attività in convenzione con APS ed ODV, ai sensi dell'art. 56 del CTS, prioritariamente rispetto alle procedure di affidamento previste dal CCP, si è di recente pronunciato il Giudice amministrativo<sup>7</sup>.

Sulla legittimità della diversa considerazione della natura giuridica di alcuni ETS rispetto ad altri, segnatamente delle APS e delle ODV, ai fini dell'attribuzione di contributi ministeriali è intervenuto l'importante chiarificazione del Consiglio di Stato<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Nei termini, Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, parere 146/2019/PAR; deliberazione Corte dei Conti, Sezione di controllo per il Trentino Alto-Adige 22 gennaio 2020, n. 2.

<sup>5</sup> Nei termini, Agenzia delle Entrate, Divisione Contribuenti, Direzione Centrale Persone fisiche, lavoratori autonomi ed enti non commerciali, Interpello n. 58/2020

<sup>6</sup> TAR Campania, sede di Napoli, sentenza n. 3620/2019, in relazione alla quale è pendente il giudizio di appello.

<sup>7</sup> TAR della Puglia, sede di Lecce con la sentenza n. 2049 del 30 dicembre 2019.

<sup>8</sup> Con sentenza n. 1208 del 17 febbraio 2020.

Tornando all'interpretazione "restrittiva" data dal Consiglio di Stato nel 2018, per completezza di esame occorre fare riferimento a due pronunce rese da due Giudici amministrativi di primo grado<sup>9</sup>.

Al di là della condivisione nel merito delle argomentazioni contenute nelle pronunce indicate<sup>10</sup>, quel che occorre puntualizzare senza indugio è che, come Felice Scalvini osserva, gli istituti del Codice del Terzo settore non sono uno strumento per evitare le gare d'appalto, non sono gare d'appalto "mascherate".

Il parere del Consiglio di Stato, più volte evocato, così come le pronunce con le quali viene operato una "riconduzione" degli istituti del CTS alla disciplina generale sui contratti pubblici, devono essere considerati con specifico riferimento alle concrete vicende, da cui originano, ed agli atti delle procedure indette dagli enti, con la conseguenza che principi ivi affermati sono "relativi" e non già "assoluti".

Orbene, la lettura degli atti delle procedure indette dal Comune di Cinisello Balsamo (sulla co-progettazione ed oggetto della sentenza del TAR Lombardia n. 593/2020) e quelle del Comune di Massa (sull'affidamento di una convenzione ai sensi dell'art. 56 CTS, oggetto della non condivisibile sentenza del TAR Toscana n. 666/2020) inducono a ritenere, a parere di chi scrive, che tale lettura "restrittiva" probabilmente è stata agevolata dalla concreta declinazione dell'istituto nell'ambito delle procedure attivate dai richiamati Comuni.

In altri termini, al di là del *nomen juris* utilizzato dalle Amministrazioni "procedenti" (co-progettazione e convenzioni con APS/ODV), nella sostanza le Amministrazioni o hanno configurato la procedura ed il conseguente rapporto con gli ETS selezionandi, analogamente a quello tipico di una procedura competitiva di affidamento di un servizio, a fronte del quale riconoscere un corrispettivo, oppure si sono "autovincolati" a talune disposizioni del vigente codice dei contratti pubblici.

La questione centrale diventa, pertanto, chiarire esattamente non solo quando si applichi il codice dei contratti pubblici rispetto al CTS,

<sup>9</sup> Si tratta, nello specifico, della sentenza resa dal TAR Lombardia, Milano (n. 593/2020) in merito ad una procedura di co-progettazione indetta dal Comune di Cinisello Balsamo, e della sentenza resa dal TAR della Toscana (n. 666/2020), in ordine ad una procedura di affidamento del servizio di lingue straniere mediante convenzione con APS e ODV ai sensi dell'art. 56 del CTS.

<sup>10</sup> In particolare, quella resa dal Giudice toscano non è condivisibile per le ragioni efficacemente articolate in recenti note a commento di Antonio Fici, Fabio Giglioni e Luca Gori, richiamate nel contributo di Antonio Fici in questo *Volume*.

anche sulla base di una valutazione di ordine politico sul ruolo assunto dagli ETS, ma anche come debbano svolgersi correttamente tali procedimenti<sup>11</sup>.

#### 4. *L'amministrazione condivisa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020*

Nel presente Volume viene richiamato più volte il recente pronunciamento della Corte costituzionale, che – con la sentenza n. 131 del 26 giugno 2020 – ha affermato una serie di importanti principi sulla ratio, presupposti e contenuti degli strumenti previsti dall'art. 55 CTS.

Ad avviso della Corte “(...) *il citato art. 55 (...) rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.*

*(...) l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria (...). L'art. 55 CTS, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare (...) il coinvolgimento attivo degli ETS (...). Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato (...). Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private (...).”*

In buona sostanza, la Corte ha confermato l'esistenza di un diritto comune del Terzo settore, all'interno del quale è presente una particolare codificazione dei rapporti fra PA ed ETS, in conseguenza della volontà della prima e dell'adesione dei secondi alla realizzazione di attività di interesse generale.

Si tratta di un intervento quanto mai atteso e necessario, da cui partire per l'attivazione – corretta ed in modo rispettoso della ratio

<sup>11</sup> A tale fine, oververosia chiarire sulla base di quali presupposti operare la scelta fra gli strumenti a disposizione e come attivare correttamente gli strumenti previsti dal CTS, è il toolkit *Costruzione di Politiche Pubbliche Partecipate ed Evolutive. Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore: ola proposta di una cassetta degli attrezzi*, a cura di Regione Emilia-Romagna, ARTER e Agenzia Sanitaria e Sociale regionale, 2019, reperibile sul sito istituzionale della Regione Emilia-Romagna, di ARTER e di ANCI Emilia-Romagna.

della Riforma – di rapporti di collaborazione nel rispetto, in primo luogo, dei principi dell'evidenza pubblica.

La sentenza della Corte, in sostanza, esamina la disciplina sugli strumenti dell'amministrazione condivisa non solo rispetto al diritto comune del Terzo settore, ma anche rispetto alla coeva disciplina sui contratti pubblici, nonché ai principi e alla normativa sovra-nazionale.

In secondo luogo, la Corte evidenzia la portata generale di tali strumenti, quale attuazione strutturata del più volte richiamato principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, quale "forma" e "modalità" di esercizio delle funzioni amministrative da parte delle PA.

Da un lato, pertanto, i rapporti di "esternalizzazione" di servizi, mediante partenariati contrattuali, in attuazione del principio di concorrenza, dall'altro, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, i rapporti di collaborazione non competitivi, ma previa comunque evidenza pubblica.

L'evidenza pubblica, in entrambi i casi, è e resta sempre la "via maestra", ma assume una funzione diversa a fronte della specificità del rapporto che si viene ad instaurare.

### *5. Conclusioni*

In conclusione, non v'è dubbio che occorre giungere ad una condivisione interpretativa ed applicativa degli istituti previsti dal CTS, anche per non disperdere un insieme di risorse, di varia natura e di rilevanza strategica, specie per il superamento dell'attuale crisi socio-economica, riconducibili ai rapporti "sussidiari" e "collaborativi" fra PA ed ETS.

In tale direzione sono riassumibili alcuni temi "d'apice":

- a) se il diritto euro-unitario esaurisca le forme di organizzazione e di affidamento di servizi nelle forme degli appalti e delle concessioni;
- b) se, in caso contrario, il diritto euro-unitario riconosce la discrezionalità degli Stati membri di disciplinare l'affidamento di altre forme di contratti pubblici per la prestazione di servizi e/o per la realizzazione di interventi;
- c) se ed in che modo la disciplina del CTS possa essere ricondotta non già alla disciplina europea sui contratti pubblici, posta a tutela della concorrenza, quanto piuttosto ai principi dei Trattati e fermo restando il rispetto della disciplina sugli Aiuti di Stato;

d) se la disciplina introdotta dal CTS possa essere considerata l'ulteriore "via italiana" al recepimento dei principi e della disciplina europei in materia di SIG e di SIEG;

e) infine, il riconoscimento della specialità della disciplina del CTS e della peculiare modalità di espletamento dell'evidenza pubblica, anche a seguito dell'iniziativa degli ETS, singoli e associati, rispetto alla disciplina generale sull'affidamento dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 50/2016 e ss. mm.

Chi scrive ritiene, per le ragioni esposte nel presente Volume, che la riforma del Terzo settore e il CTS, in particolare, "arricchiscano" gli strumenti e le forme di relazione fra PA ed ETS.

A tale ultimo proposito, sarebbe quanto mai urgente ed opportuno un intervento del Legislatore con il quale – mediante una "norma ponte" – chiarire efficacemente l'ambito applicativo degli istituti del CTS rispetto a quelli previsti dal vigente codice dei contratti pubblici ed il relativo rapporto.

Fare "amministrazione condivisa" non è, tuttavia, solo questione procedurale e, dunque, di corretta applicazione delle norme, ma è anche un esercizio di discrezionalità politica (nello scegliere fra "mercato" o "sussidiarietà").

Infine, l'amministrazione condivisa dovrebbe essere accompagnata "a monte" da una riorganizzazione delle stesse PA, chiamate a fare anche un "mestiere" diverso, e "a valle" da un continuo percorso di formazione e condivisione con gli addetti ai lavori.



LUCA GORI\*

IL “COINVOLGIMENTO ATTIVO”  
DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE:  
LA PROSPETTIVA REGIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Terzo settore nel sistema di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni. – 3. Il Terzo settore e la disciplina delle funzioni amministrative. In particolare, il rapporto fra P.A. e Terzo settore. – 4. Il rapporto fra Terzo settore e pubblica amministrazione nel diritto vivente: fra Consiglio di Stato e Corte costituzionale, il ruolo regionale. – 5. La legislazione regionale di attuazione del Titolo VII del Codice del Terzo settore. In particolare, la L.R. Toscana n. 65 del 2020. – 6. Verso la “regionalizzazione” del rapporto P.A.-Terzo settore. Spunti conclusivi.

1. *Introduzione*

Leggere gli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017, di seguito anche CTS) nel contesto del pluralismo territoriale italiano consente di meglio definire la questione della loro portata precettiva. Non si ritornerà sui contenuti delle tre disposizioni – peraltro ampiamente indagate in questo volume – ma esse saranno inquadrare nel disegno del Titolo V della Costituzione<sup>1</sup>. Come la giurisprudenza costituzionale ha efficacemente posto in luce già prima della riforma del 2001, quella del Terzo settore non è materia frazionabile tra le competenze legislative statali e regionali ai sensi dell’art. 117 Cost., ma (ben di più) uno dei modi in cui si esplica la persona umana, indirizzato all’attuazione del principio solidaristico, in forme del tutto originali.

I diversi livelli di governo (potremmo definirli la *governance territoriale* del Terzo settore) sono così chiamati a concorrere, nell’ambito delle competenze legislative e delle funzioni amministrative loro attribuite, al

\* Ricercatore in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa. Ringrazio per i commenti a questo saggio la prof.ssa Maria Vita De Giorgi.

<sup>1</sup> Un inquadramento complessivo, già prima della riforma del Terzo settore ed all’indomani della riforma del Titolo V, si può trovare in SIMONCINI, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in CARROZZA – ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, 69 ss.

raggiungimento dell'obiettivo definito negli artt. 2, 3, 4 e 118, u.c. Cost. Da qui, però, sorge la necessità di garantire coerenza al fine di evitare che i vari interventi normativi promozionali si stratifichino e confliggano fra loro, assicurando tuttavia a ciascun livello di governo un adeguato spazio di intervento. È nella dialettica fra esigenze unitarie e possibilità di differenziazione, su base territoriale, che si definisce il *profilo regionale* del Terzo settore italiano, anche nelle sue problematiche connessioni con l'ordinamento europeo.

Non stupisce, quindi, che proprio su questo terreno si consumi una tensione fra Stato e Regioni che ha trovato, nella giurisdizione costituzionale, il luogo di composizione: a pochi anni dalla riforma, infatti, una prima e significativa giurisprudenza, resa su ricorso in via principale, aiuta a mettere in luce alcuni problemi di fondo. Le prime Regioni che hanno promosso i ricorsi, infatti, hanno evidenziato l'intreccio fra determinazione delle politiche regionali, nelle materie di loro competenza, e la presenza del Terzo settore negli ambiti di interesse generale (cfr. C. cost. n. 185 del 2018, in particolare). Hanno perciò, di conseguenza, invocato un maggior spazio di intervento nella *governance* istituzionale del Terzo settore e forme più incisive di coordinamento al fine di evitare che talune politiche regionali, in settori di rilevante importanza (salute, sociale, cultura, ecc.) possano essere condizionate dalle scelte compiute a livello statale. Lo Stato, per altro verso, ha rivendicato la necessità di un inquadramento giuridico unitario, non solo ai fini di assicurare l'omogeneità della disciplina in tema di ordinamento civile, ma anche per garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali sul territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lett. *m*) Cost.), a mezzo delle relazioni sussidiarie fra enti pubblici e soggetti del Terzo settore, nonché l'uniforme applicazione del diritto di derivazione euro-unitaria. Ne risulta un quadro complesso, percorso da tendenze centrifughe e centripete che stentano, talora, a trovare una composizione efficace.

## *2. Il Terzo settore nel sistema di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni*

La sentenza n. 185 del 2018 della Corte costituzionale<sup>2</sup> ha inqua-

<sup>2</sup> La sentenza ha avuto origine da una impugnazione (anche avente una finalità politica) promossa da Regioni in forte opposizione al Governo centrale, Lombardia e



drato, per la prima volta, il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni. In linea di continuità con la giurisprudenza precedente alla riforma del Titolo V, ha ribadito la qualificazione del Terzo settore come delineata nel CTS. Siffatte attività, con specifico riferimento al volontariato – prima ancora che venisse enunciato nella Costituzione il principio di sussidiarietà, ora inscritto nell’art. 118 – erano state già ricondotte dalla Corte all’ambito delle libertà sociali garantite dall’art. 2 Cost. (sentenze n. 500 del 1993, n. 355, n. 202 e n. 75 del 1992). L’eterogeneità della previsione (...scopi di utilità collettiva e di solidarietà sociale) riconferma – a detta della Corte – che il Terzo settore, come già il volontariato, non può essere configurato quale “materia” in senso stretto. Ne deriva che la disciplina si sottrae a una rigida classificazione, svolgendosi le attività negli ambiti più diversi sia di competenza dello Stato, sia di competenza regionale.

L’affermazione della sentenza del 2018 ribadisce, a molti anni di distanza, quanto già affermato dalla nota sentenza n. 75 del 1992<sup>3</sup> Le

Veneto. I motivi di incostituzionalità rilevati dalle Regioni Veneto e Lombardia hanno colpito direttamente l’intera struttura istituzionale dei centri servizi per il volontariato (art. 61 ss. CTS) e la previsione di un fondo per il finanziamento di progetti e attività di interesse generale nel Terzo settore e delle “altre” risorse finanziarie, provenienti dal Fondo nazionale per le politiche sociali (artt. 72 e 73 CTS Indirettamente, invece, l’obiettivo è stato di evidenziare come determinate forme di “sostegno” e di “promozione” (istituzionali e finanziario) non prevedano alcuna forma di coinvolgimento consultivo, partecipato o co-decisorio delle Regioni, sebbene sia evidente come esse possano determinare rilevanti effetti sulle politiche regionali inerenti ai vari ambiti del Terzo settore. In questa prospettiva, le censure regionali hanno lamentato che la riforma del Terzo settore non avrebbe tenuto adeguatamente in considerazione l’assetto istituzionale multilivello e l’autonomia normativa costituzionale spettante alle Regioni. Sul punto, già prima della sentenza, si veda FICI, *La riforma dei centri di servizio per il volontariato*, in ID. (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell’impresa sociale*, Napoli, 2018, 390 che coglie questo aspetto affermando che “a ben guardare, nel ricorso si domanda soltanto una maggiore partecipazione delle Regioni alle decisioni concernenti l’uso dei fondi di provenienza FOB [fondazioni di origine bancaria, ndr]”; cfr., anche, DELLEDONNE, *Le ripercussioni sul riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Non Profit*, 3, 2017, 69 ss.; sulla sentenza n. 185 del 2018 si rinvia a ROSSI, *La riforma del Terzo settore per la prima volta davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 5, 2018, 2067 ss. e GORI, *Terzo settore, fra misure di promozione e autonomia regionale. Nota a C. cost. n. 185 del 2018*, in *Le Regioni*, 1, 2019, 198 ss. nonché in *La riforma del Terzo settore e gli spazi di autonomia regionale*, in *Politiche Sociali*, 2, 2019, 317 ss.

<sup>3</sup> Sentenza che, rigettando la prospettazione del volontariato come *materia*, la definiva “un modo di essere della persona nell’ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell’azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni

conclusioni allora raggiunte sono estensibili, oggi, al Terzo settore così come definito dal d.lgs. n. 117 del 2017, ma – come già allora – il perimetro delle competenze è ancora tutto da definire e, presumibilmente, non troverà mai un assetto definitivo.

Vanno, innanzitutto, distinte le norme che sanciscono il “riconoscimento essenziale” del Terzo settore, da quelle che definiscono forme e modalità di promozione.

Sotto il primo aspetto, la citata sentenza n. 75 del 1992 della Corte costituzionale attribuisce al legislatore statale la competenza a delineare questo “schema generale di azione nella vita di relazione”, dettando “le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale (...)”. La competenza è da ascrivere, nella prospettiva dell’art. 117 Cost., alla potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, preordinata a “garantire l’uniformità di trattamento sull’intero territorio nazionale, in ossequio al principio costituzionale di eguaglianza (...)” (C. cost. n. 185 del 2018), oltre che ad assicurare l’“essenziale e irrinunciabile autonomia” che deve caratterizzare i soggetti del Terzo settore (C. cost. n. 75 del 1992). La competenza si estende alla “connotazione essenziale delle attività e delle organizzazioni” di questo insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (C. cost. n. 131 del 2020), “alla definizione del tipo di rapporti che devono intercorrere tra le varie istanze del potere pubblico e le organizzazioni dei volontari” e, infine, “alla determinazione delle relative modalità dell’azione amministrativa” (C. cost. n. 75 del 1992). Pare doversi aggiungere che spetti allo Stato anche definire finalità e modalità dei sistemi di controllo sull’effettivo possesso dei requisiti dettati dal legislatore (sempre argomentando dalla centralità assunta dalla garanzia dell’effettivo possesso dei requisiti da parte degli enti del Terzo settore, come afferma C. cost. n. 131 del 2020).

di più individui. In quanto tale, esso sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza, nel senso che può trovare spazio e si può realizzare all’interno di qualsiasi campo materiale della vita comunitaria, tanto se riservato ai poteri di regolazione e di disposizione dello Stato, quanto se assegnato alle attribuzioni delle regioni o delle province autonome (o degli enti locali)”. Sulla sentenza n. 75 del 1992 si vedano i commenti di ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2348 ss.; PARODI, *Le legge n. 266/1991 come legge di principi*, in *Le Regioni*, 1993, 102 ss.; RIGANO, *L’attuazione dei principi della legge sul volontariato: l’istituzione dei registri regionali*, in *Le Regioni*, 1993, 120 ss.; PALICI DI SUNI, *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1205 ss.

L'insieme delle decisioni della Consulta, succedutesi in anni diverse, perviene invece ad altra conclusione nell'ambito della promozione del Terzo settore: a Stato e Regioni, ciascuno in forza di un proprio titolo di competenza legislativo, spetta il potere di definire proprie politiche di promozione del Terzo settore, nella prospettiva delineata dall'art. 118, u.c. Cost., esito già raggiunto del Titolo V, assai prima della riforma costituzionale<sup>4</sup>.

Certo, come sempre il diritto si scontra con la realtà e la partizione cartesiana delle competenze viene messa alla prova della complessità dell'oggetto da regolare. Da un lato, infatti, il titolo fondamentale cui si fonda la competenza legislativa statale è l'ordinamento civile da configurarsi, stando a una convincente lettura dottrinale, come materia "a tendenza trasversale"<sup>5</sup> in grado di "tagliare" la competenza legislativa concorrente o residuale regionale *in quanto* sussistano esigenze di disciplina unitaria. Nella prassi, l'ampiezza dell'ambito materiale ricompreso sotto il *nomen* di "ordinamento civile" è assai vasta, avendo stabilito la Corte che vi ricadano tutti gli oggetti che "ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica" (C. cost. n. 326 del 2008). Ciò significa che la competenza statale si estende, quantomeno, a tutta la disciplina della forma giuridica e dell'organizzazione interna degli enti del Terzo settore, nonché al regime della responsabilità patrimoniale, l'efficacia dell'iscrizione nel Registro unico e il rapporto con la pubbli-

<sup>4</sup> Richiamano, opportunamente, C. cost. 202 del 1992, in tema di cooperazione sociale, BENVENUTI, MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2017, 10.

<sup>5</sup> La definisce così CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello stato regionale*, Torino, 2012, 203 che ritiene che questa materia legislativa, più che rappresentare una materia trasversale, in sé e per sé, finisce prevalentemente per svolgere un ruolo di completamento nella attribuzione di competenza allo Stato in riferimento ad altre materie trasversali di competenza esclusiva statale o concorrente. Sul tema, prima della riforma del Titolo V, si può rinviare al lavoro di TONDI DELLA MURA, *Regioni e persone giuridiche private. Profili costituzionali*, Padova, 1995; dopo la riforma del Titolo V, una trattazione complessiva, con una attenta esposizione delle diverse ricostruzioni dottrinali, è in LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005; BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, 2009.

ca amministrazione (incluso il tema del controllo). Si tratta di aspetti legati alla disciplina dei rapporti privati al fine di assicurare il godimento delle libertà costituzionali, secondo un regime di omogeneità su tutto il territorio nazionale, nella prospettiva dell'art. 3, primo comma, Cost. Il legislatore statale (nella riforma del 2017) ha inteso infatti sfumare la tradizionale distinzione tra gli enti del primo e quinto libro del codice civile<sup>6</sup>, unificandoli in una disciplina civilistica innovativa<sup>7</sup>.

Diversamente, laddove tali esigenze non sussistano, potrebbe svilupparsi una disciplina civilistica regionale integrativa negli aspetti non fondamentali<sup>8</sup>, che completi il disegno del legislatore statale senza alterarne l'equilibrio<sup>9</sup>.

Lo spazio di intervento sarà prevedibilmente ristretto, ma non irrilevante: è il caso, ad es., degli interventi regionali in tema di attività di volontariato individuale, che integrano la disciplina statale del volontariato (art. 17 CTS)<sup>10</sup>; ma potrebbe essere il caso del riconoscimento di

<sup>6</sup> Così, già prima della riforma del Terzo settore, individuavano il tratto caratteristico di un possibile intervento riformatore ADDIS, FERIOLI, VIVALDI, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall'Unità ad oggi*, in ROSSI, ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia Unita*, Bologna, 2011, 210.

<sup>7</sup> L'intervento si iscrive perciò in quella finalità che la dottrina identifica come tratto caratteristico della materia "ordinamento civile" di "disegnare l'assetto complessivo dei singoli istituti del diritto civile e del sistema che ne risulta" (così BARTOLE, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in LIPARI (a cura di), *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003, 83).

<sup>8</sup> Ci pare questa la tesi di SIMONCINI, *Le "caratteristiche costituzionali" del terzo settore e la riforma del titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 713 ss. Nota la difficoltà di distinguere, alla luce della giurisprudenza costituzionale, le regole fondamentali dalle regole non fondamentali inerenti i rapporti fra privati CAVALERI, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in TARCHI (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, Torino, 2006, 34.

<sup>9</sup> Come si legge in C. cost. n. 131 del 2020, con riguardo ai rapporti fra PP.AA. ed enti del Terzo settore, "il legislatore regionale, quindi, se da un lato è abilitato, nell'ambito delle attività che ricadono nelle materie di propria competenza, a declinare più puntualmente, in relazione alle specificità territoriali, l'attuazione di quanto previsto dall'art. 55 CTS, non può, dall'altro, alterare le regole essenziali delle forme di coinvolgimento attivo nei rapporti tra gli ETS e i soggetti pubblici".

<sup>10</sup> È il caso, ad es., della L.R. n. 65 del 2020 della Regione Toscana che ha disciplinato (art. 8) la fattispecie del c.d. *volontariato individuale*, in forma integrativa rispetto all'art. 17 del Codice del Terzo settore, completando così il paradigma definito ivi contenuto.

nuove qualifiche, di rilevanza meramente regionale, non interferenti col riconoscimento statale.

Diversa, invece, l'ipotesi in cui il legislatore regionale intenda introdurre requisiti aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal legislatore nazionale per l'operatività degli ETS in taluni ambiti di attività di interesse generale, oppure restringere la possibilità di intervento in settori di attività di interesse generale a solo alcune tipologie<sup>11</sup> o, ancora, istituire nuove tipologie di enti del Terzo settore, non previsti dal legislatore nazionale<sup>12</sup> (salvo quanto si preciserà fra poco).

Il legislatore statale – almeno nella configurazione che ha attualmente assunto la disciplina del Terzo settore – può vantare anche un significativo titolo di competenza in materia di potestà legislativa riferentesi alla tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lett. e) Cost). La Corte costituzionale ha affermato, nel *leading case* della sentenza n. 14 del 2014 che la “nozione di tutela della concorrenza abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude interventi promozionali dello Stato”, atteggiandosi non come “una materia di estensione certa” ma come “una funzione esercitabile sui più diversi oggetti” che si giustifica in base alla rilevanza macroeconomica dell'intervento da realizzare<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Così C. cost. n. 285 del 2019 chiarisce che, anche dal punto di vista interpretativo, occorre fare riferimento all'intera gamma di enti iscritti, attualmente, nei diversi registri, determinandosi, diversamente, discriminazioni ai sensi dell'art. 3 Cost.; analogamente, C. cost. n. 27 del 2020. In C. cost. n. 277 del 2019, la Corte chiarisce che “sebbene le Regioni possano regolare le attività dei soggetti del Terzo settore nelle materie attribuite alla propria competenza, come nel caso in esame, limitare alle sole organizzazioni di volontariato animalista lo svolgimento delle attività consentite a tutte le associazioni animaliste risulta senz'altro discriminatorio. Non è possibile rinvenire, infatti, una ragione alla base dell'esclusione delle altre tipologie di soggetti (si veda la sentenza n. 166 del 2018), tenuto conto che la differenziazione si fonda esclusivamente sullo status giuridico di dette organizzazioni, che di per sé non è indice di alcuna ragionevole giustificazione della disciplina restrittiva della concorrenza dettata dalla Regione (sentenza n. 285 del 2016)”.

<sup>12</sup> Si veda, sul punto, la rilevante sentenza n. 131 del 2020, a proposito delle cooperative di comunità (L.R. Umbria n. 2 del 2019). Sul punto, si vedano i contributi contenuti nel volume di MORI, SFORZI (a cura di), *Imprese di comunità*, Bologna, Il Mulino, 2018. Sull'impatto della sentenza, BORZAGA, BERNARDONI, *Imprese di comunità, come inquadrarle? Una proposta alla luce della Sentenza 131/2020 della Corte costituzionale*, in *Forum Impresa sociale*, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/Sentenza%20131%20cooperative%20di%20comunit%C3%A0>.

<sup>13</sup> Come afferma la Corte, nella richiamata sentenza, “solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi

Spettano alle Regioni, invece, “gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l’esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120, primo comma, Cost.)”.

Secondo letture non condivisibili, questo sarebbe il titolo primario, la ragione essenziale di intervento statale, essendo l’intera disciplina del Terzo settore motivata dall’esigenza di regolare il rapporto con la pubblica amministrazione e di preservare l’assetto concorrenziale fra imprese *for profit* e *not for profit*, al fine di evitare segregazioni di mercato. Al contrario, secondo una lettura preferibile, lo Stato è chiamato a definire il punto di bilanciamento – per sua natura cangiante, in relazione alle diverse esigenze in campo – fra una serie di diversi interessi e valori costituzionali (*in primis*, il principio di solidarietà), nonché le norme provenienti dal diritto dell’Unione europea (rilevanti ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.), il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, u.c. Cost.) e 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.)<sup>14</sup>. Dall’esito di tale composizione – che presenta, profili assai problematici e non scontati – si determina, in via residuale, lo spazio disponibile per la disciplina promozionale regionale, specialmente per ciò che attiene ai rapporti fra pubblica amministrazione e Terzo settore ed alle politiche di natura fiscale.

Rientrano, quindi, in tale ambito – tutela della concorrenza – le norme fondamentali relative ai rapporti fra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione, quelle relative alla forme di sostegno diretto ed indiretto e, almeno per la parte relativa alla compatibilità con la disciplina europea in tema di aiuti di Stato, le norme a carattere fiscale. A quest’ultimo proposito, il legislatore statale è intervenuto, nel Codice del Terzo settore, per dettare una nuova disciplina tributaria (ai

di aiuto ammessi dall’ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti *de minimis*), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull’equilibrio economico generale”, la cui legittimità costituzionale è soggetta ad un *test* di adeguatezza e proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, che tenga conto anche dell’esigenza di disciplina unitaria sul territorio nazionale; cfr. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello stato regionale*, cit., 191.

<sup>14</sup> Sulla difficoltà di rintracciare una interpretazione univoca della materia “tutela della concorrenza” nella giurisprudenza costituzionale, cfr. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, in AINIS, PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 101 ss.

sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e) Cost.), fermo restando la possibilità per le Regioni di intervenire su (modesti) tributi propri e su tributi istituiti dalla legge dello Stato, ma il cui gettito sia attribuito alle Regioni e rispetto ai quali quest'ultime abbiano competenza di carattere meramente attuativo, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 119 Cost.<sup>15</sup>.

Meno indagata è la prospettiva relativa alla competenza legislativa statale esclusiva in tema di livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali di cui all'art. 117, comma secondo, lett. m) Cost.<sup>16</sup>. Tale competenza viene in rilievo più direttamente riguardo alle forme di tutela della libertà dell'associato e, quindi, come prefigurazione di un livello essenziale di prestazione relativa a un diritto civile, omogeneo a livello nazionale<sup>17</sup>. Ma essa tocca anche, più indirettamente, il profilo relativo alla garanzia dei diritti sociali e, in special modo, le modalità tramite la quale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali – una volta definiti – possano essere assicurati. In questo senso, dunque, se si considera l'intero impianto della riforma, la determinazione dell'ampiezza degli ambiti delle attività di interesse generale e la varietà delle forme di rapporto fra Terzo settore e pubblica amministrazione assumono la caratteristica (legislativamente prefigurata) di modalità *sussidiaria*, alternativa rispetto a quella dell'intervento pubblico diretto, di assicurazione dei diritti sociali<sup>18</sup>. Dall'ampiezza delle attività di interesse generale e dalle modalità di rapporto prefigurate si rileva la concezione stessa dei livelli essenziali, poiché un atteggiamento restrittivo (ispirato, ad esempio, all'esigenza di una tutela della concorrenza intesa in senso stretto) lascia intendere, in linea tendenziale, l'affidamento di responsabilità direttamente alla pubblica amministrazione (con una erosione del terzo settore a vantaggio del primo), o il ricorso a forme di competizione *nel* mercato (con una parificazione del secondo e del terzo settore).

I diversi ambiti di attività di interesse generale sono poi oggetto di disciplina, in relazione ai diversi titoli di competenza che Stato e Regione possono vantare. È questo l'ambito più ampio di intervento della fonte regionale, che non viene espressamente evocato dal legislatore,

<sup>15</sup> Il Codice del Terzo settore, all'art. 82, autorizza le Regioni e gli enti locali, a determinate condizioni (a prevedere riduzioni o esenzioni di imposta (in particolare, l'art. 82, c.8, dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al d.lgs. n. 446 del 1997).

<sup>16</sup> SIMONCINI, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 82-83.

<sup>17</sup> SIMONCINI, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 87.

<sup>18</sup> In giurisprudenza, di recente, si veda la sentenza C. cost. n. 166 del 2020.

ma che è legato alla circostanza che tanto il Codice quanto il decreto legislativo sull'impresa sociale, nell'individuare le attività di interesse generale ove gli ETS possono operare, precisano che esse sono svolte "in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio" (art. 5 CTS; specularmente l'art. 2 del d.lgs. n. 112 del 2017). Considerando che la grande parte di tali attività ricade nella competenza concorrente o residuale, vi sono apprezzabili margini per una disciplina regionale sul Terzo settore che, nell'ambito delle proprie competenze legislative, assuma caratteri "promozionali" di determinate attività di interesse generale (che, in precedenza, non erano definite)<sup>19</sup>.

Sul piano delle misure promozionali prefigurate direttamente dal Codice del Terzo settore, invece, le Regioni sono chiamate ad intervenire su diversi fronti: da un lato, le misure promozionali statali che esigono una attuazione da parte delle Regioni<sup>20</sup>; dall'altro, le misure di favore a carattere fiscale<sup>21</sup>; dall'altro ancora, le misure di finanziamento pubblico diretto degli enti, per il tramite delle Regioni<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> In giurisprudenza, recentemente, C. cost. n. 177 del 2020, che, a proposito di misure regionali che si innestano su misure statali in tema di assegnazione di beni confiscati alla mafia, afferma che la possibilità di riconoscere una premialità ai progetti sull'ulteriore uso dei predetti beni confiscati, anche attraverso intese e accordi con organi dello Stato, enti o associazioni, non incide negativamente sulla disciplina o sull'attuazione delle regole sull'ulteriore uso dei beni confiscati, appartenenti alla legislazione statale, ma si propone, anzi, di costituire stimolo e impulso ad attività ritenute – dallo stesso Stato – di significativa importanza. Sul problema del rapporto fra la legislazione nazionale e gli ambiti di autonomia legislativa regionale nel settore delle ONLUS, già prima della riforma del Titolo V, si veda ROSSI, *I criteri di identificazione delle Onlus*, in BRUSCUGLIA, ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, Milano, 2000, 52 ss.; su questo aspetto, cfr., anche, CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato*, CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato (trama e ordito di un "vestito di Arlecchino")*, in BRUSCUGLIA, ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2001, 104.

<sup>20</sup> Si tratta di un *carnet* variegato di misure di promozione: artt. 55, 56 e 57 CTS in tema di rapporti con la pubblica amministrazione; art. 69 CTS, accesso al fondo sociale europeo; art. 70, strutture e autorizzazioni temporanee per manifestazioni pubbliche; art. 71 CTS, concessione in comodato di beni immobili e mobili di proprietà regionale e enti locali e concessione di beni culturali immobili di proprietà regionale.

<sup>21</sup> L'art. 82, c. 7 CTS, riduzione/esonazione di pagamento di tributi nei confronti degli enti del Terzo settore che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale; art. 82, c. 8 CTS, riduzione o l'esonazione dall'imposta regionale sulle attività produttive; art. 89, c. 17 CTS, norma ricognitiva delle forme speciali di partenariato con enti del Terzo settore.

<sup>22</sup> Gli artt. 72 (*Fondo per il finanziamento di progetti e attività di interesse generale*



Ne risulta un quadro complessivo nel quale sussistono apprezzabili margini di differenziazione fra i diversi territori regionali, in relazione alle esigenze e vocazioni del Terzo settore *locale*. Certo esiste il rischio che l'eccessiva “libertà di manovra” conduca a forme di discriminazione<sup>23</sup>, ma il quadro statale unitario dovrebbe fungere da correttivo efficace.

Il tempo consentirà di mettere a fuoco i diversi orientamenti regionali in relazione ad obiettivi di *policy* che ciascuna Regione vorrà darsi, ricostruendo progressivamente lo scenario del Terzo settore in ciascuna Regione e la relativa politica regionale. Impresa auspicabile, ma enormemente complessa, anche perché il mutare dello scenario politico regionale influisce, di volta in volta, ovviamente, anche sulla legislazione.

Per le Regioni a statuto speciale, si può ritenere che la riforma del Terzo settore, nel suo complesso, si configuri come una riforma economico-sociale in grado di limitare la loro potestà legislativa primaria<sup>24</sup>.

Un ulteriore aspetto va considerato sotto il profilo delle competenze: le Regioni, nell'ambito della loro competenza legislativa, possono definire (in attuazione dell'art. 118, u.c. Cost.) forme di promozione di determinati enti collettivi o di attività di interesse generale, non coincidenti con la definizione di ente del Terzo settore stabilita dal legislatore statale. In altri termini, così come alle Regioni spetta definire proprie politiche di promozione del Terzo settore definito dallo Stato (nei limiti anzidetti), non può considerarsi inibito all'autonomia legislativa regionale *riconoscere* determinate espressioni del pluralismo sociale ritenute meritevoli nella prospettiva costituzionale, differenti rispetto a quanto previsto dal perimetro del Terzo settore statale, al fine di *pro-*

*nel terzo settore*) e 73 (*Altre risorse finanziarie specificamente destinate al sostegno degli enti del Terzo settore*) del CTS istituiscono due fondi statali, a carattere vincolato quanto alla finalità perseguita, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (si vedano, a tal proposito, le modifiche introdotte con il d.lgs. n. 105 del 2018).

<sup>23</sup> Segnalava già questo rischio, con riferimento alla legge quadro sul volontariato del 1991, CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato*, cit., 115.

<sup>24</sup> Per i criteri di individuazione del limite delle riforme economico-sociali, cfr. C. cost. n. 1033 del 1988. L'art. 100 del d.lgs. n. 117 del 2017 prevede che le disposizioni siano “applicabili nelle regioni a statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”.

*muoverle*<sup>25</sup>. In tal senso, la sentenza n. 131 del 2020 ha precisato che alle Regioni è inibito prevedere una “omologazione tra un soggetto estraneo al Terzo settore e quelli che vi rientrano”, ma non di intervenire istituendo nuove categorie di enti destinatari di una disciplina promozionale. Quest’ultima, però, deve poggiare su basi diverse da quella accordata agli ETS.

Il nodo problematico sta nel significato da attribuire all’espressione *omologazione*. Quest’ultima è da interpretare senz’altro come estensione *sic et simpliciter* degli istituti di promozione previsti dalla legge come esclusivi per gli ETS (o anche solo per alcuni di essi<sup>26</sup>), o come creazione di nuove tipologie di ETS “regionali”, in aggiunta a quelle previste dal legislatore statale. Al contrario, non potrebbe discorrersi di omologazione qualora le Regioni stabiliscano forme di promozione, in ipotesi anche analoghe a quelle previste per il Terzo settore, ma basate su presupposti di riconoscimento diversi all’interno dell’ordinamento regionale, pur sempre – come è ovvio – nel rispetto delle competenze legislative statali; oppure, nel caso in cui siano definite qualifiche e registri, connessi a determinate caratteristiche prefigurate dalle Regioni o per esigenze politiche regionali, che non siano equiparabili (e neppure confondibili) con gli enti del Terzo settore<sup>27</sup>.

Ne risulta, quindi, un quadro complessivo che consegna un Terzo

<sup>25</sup> Cfr., sul punto, già con riferimento alle Onlus, ROSSI, *I criteri di identificazione delle Onlus*, cit., 52 ss.

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, la significativa questione di legittimità costituzionale per violazione della competenza statale in tema di concorrenza, promossa dal Governo nei confronti della legge regionale della Puglia n. 22 del 2018, concernente la possibilità di attribuzione in comodato d’uso ad enti del Terzo settore, incluse le imprese sociali e le cooperative sociali, di alcuni beni immobili (C. cost. ord. n. 251 del 2019). Cfr., anche, L.R. Sardegna n. 16 del 2019, oggetto di impugnazione da parte del Governo in via principale, che prevede che le associazioni Onlus di qualsiasi tipo (incluse le cooperative sociali) possano ricorrere alla forma convenzionale ai sensi dell’art. 57 CTS, in contrasto con il Codice del terzo settore che contempla solo le organizzazioni di volontariato.

<sup>27</sup> Le diverse Regioni hanno istituito diverse qualifiche ed albi e registri, previste in determinate norme di settore (associazioni di solidarietà familiare; associazioni e centri antiviolenza; associazione ed enti per il dopo di noi; ecc.). La L.R. Emilia-Romagna n. 281 del 2017, ad es., ha previsto la qualifica di “organismi unitari di rappresentanza maggiormente rappresentativi”, quale aggregazione di soggetti liberamente costituiti a livello territoriale e regionale da soggetti del Terzo settore iscritti nei rispettivi registri, quali soggetti di partecipazione alla programmazione regionale (art. 2), al fine di partecipare alla definizione delle politiche regionali.

settore *in senso proprio*, dotato di riconoscimento giuridico statale radicato all'interno della competenza legislativa esclusiva, ed un (possibile) Terzo settore *in senso lato* (comunque giuridicamente irrilevante), che – sul piano di fatto – comprende anche tutti quegli enti (o, comunque, manifestazioni del pluralismo sociale) che, non potendo essere ricondotti giuridicamente al *genus* degli ETS, stante la tipicità di quest'ultimi, sono ad essi connessi per finalità, ambiti di attività di interesse generale, modalità di svolgimento delle stesse, capacità di generare impatto sociale<sup>28</sup>.

### 3. Il Terzo settore e la disciplina delle funzioni amministrative. In particolare, il rapporto fra P.A. e Terzo settore

Ripercorsa la complessità del riparto di competenza fra Stato e Regioni, è ora necessario dedicare, sia pur brevemente, attenzione alla disciplina delle funzioni amministrative (art. 118, commi primo, secondo e terzo Cost.), pur tralasciando il tema delle funzioni di controllo e di registrazione nel Registro unico nazionale del Terzo settore, che esulano dai fini del presente lavoro.

Negli ambiti di attività di interesse generale, *magna pars* delle funzioni amministrative sono attribuite alle Regioni e agli enti locali dalla legge statale o regionale, che possono dettare una disciplina del *modo* in cui si realizza il loro esercizio, assicurando, da un lato, uniformità nel rapporto fra Terzo settore e amministrazioni pubbliche su tutto il territorio regionale e, dall'altro, non vulnerando né quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. p) né la riserva di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.

<sup>28</sup> Sulle connessioni fra enti del Terzo settore ed altri enti senza scopo di lucro, di recente, cfr. BUCELLI, DE GIORGI, *ETS e politica estiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2020, in corso di pubblicazione. Ad es., la legge regionale della Toscana n. 65 del 2020 adotta una sorta di prospettiva a *cerchi concentrici*, riconoscendo e promuovendo l'iniziativa autonoma delle formazioni sociali che, nella comunità regionale, perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, senza fine di lucro, e svolgono attività di interesse generale ai sensi degli articoli 2, 3, 4, 18 e 118, comma quarto, della Costituzione (art. 1, c.1), anche alla luce di quanto previsto dallo statuto regionale. Ai fini dei rapporti fra ETS e P.A., tuttavia, sono riconosciuti solo gli enti del Terzo settore – definiti sulla base del Codice del Terzo settore – che operano nell'ambito regionale: essi però sono letti come un *sottoinsieme* di un ambito più ampio di formazioni sociali, con le quali la Regione “favorisce le relazioni collaborative sulla base dei principi di sussidiarietà, corresponsabilità, nonché nel rispetto della reciproca autonomia”.

In questa chiave, quindi, gli artt. 55, 56 e 57 Cost. abilitano, più o meno espressamente (gli artt. 55 e 57 rinviano direttamente al ruolo della legge regionale, non così l'art. 56, il che non impedisce un'evoluzione successiva), la fonte regionale ad intervenire definendo le *modalità* del rapporto fra P.A. e Terzo settore negli ambiti di competenza legislative concorrente e residuale, garantendo così un tasso di uniformità sul territorio regionale funzionale ad assicurare la tutela dei diritti dei cittadini, nel rispetto di quanto stabilito dal legislatore statale.

L'autonomia regolamentare costituzionalmente riconosciuta ai Comuni non viene tuttavia violata dalla legge regionale, in quanto essa "non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali" (C. cost. n. 160 del 2016; più recentemente n. 179 del 2019). Ne risulta, quindi, che il punto di equilibrio tra esigenze di carattere unitario ed affidamento municipale preferenziale delle funzioni amministrative (e garanzia della relativa autonomia) non sono "cristallizzati" nell'impianto del Titolo V della Costituzione, bensì dinamici e sottoposti ad un eventuale giudizio di costituzionalità che avrà ad oggetto una valutazione in concreto, in ordine alla "verifica dell'esistenza di esigenze generali che possano ragionevolmente giustificare le disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali" (C. cost. n. 286 del 1997).

A ciò si aggiunga che, nella prassi, gli enti locali hanno già sviluppato – prima della riforma del Terzo settore – una significativa capacità di disciplinare, con proprio regolamento, forme di rapporto fra cittadini singoli e associati (di cui all'art. 118, ultimo comma Cost.) e pubbliche amministrazioni. Indubbiamente, la fonte comunale può dare attuazione, direttamente e senza intermediazione legislativa regionale o statale, nell'ambito della propria competenza, all'art. 55 CTS in tema di coinvolgimento attivo degli ETS attraverso la disciplina forme di co-programmazione e co-progettazione<sup>29</sup>, specialmente lad-

<sup>29</sup> Prima della riforma, l'istituto della co-progettazione è stato disciplinato esclusivamente (e frammentariamente) dal D.P.C.M. 30 marzo 2001 (adottato in attuazione dell'art. 5, comma 2, della legge n. 328 del 2000, *Legge quadro sul sistema integrato degli interventi e servizi sociali*). Tale fonte, tuttavia, è leggere quest'ultima disposizione in combinato con le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, determinazione 20 gennaio 2016, n. 32, recante *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali* (sulle quali si può rinviare alle utili osservazioni di FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice*

dove il legislatore statale e il legislatore regionale omettano di dettare una disciplina più completa ed organica, giocando, in tal senso, da “volano” dell’innovazione. Accanto a tale intervento, non può trascurarsi la possibilità di concludere anche altri e “diversi” rapporti, ricadenti nell’autonomia regolamentare locale e quali forme di attuazione diretta dell’art. 118, u.c. Cost. (quali, ad es., i regolamenti per l’amministrazione condivisa dei beni comuni<sup>30</sup>) fermo restando il divieto di *omologazione* con gli istituti degli artt. 55, 56 e 57, così come chiaramente espresso dalla sentenza C. cost. n. 131 del 2020.

#### 4. *Il rapporto fra Terzo settore e pubblica amministrazione nel diritto vivente: fra Consiglio di Stato e Corte costituzionale, il ruolo regionale*

Così brevemente definito il sistema delle competenze legislative ed il quadro della disciplina delle funzioni amministrative, occorre evidenziare come – in tema di interpretazione degli artt. 55, 56 e 57 del Codice del Terzo settore – abbia giuocato un ruolo rilevante il *diritto vivente* di origine giurisprudenziale. L’art. 55 CTS prefigura un modello di coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, da parte di tutte le pubbliche amministrazioni, attraverso gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione (anche nella variante dell’accreditamento), nel rispetto di una serie di principi in tema di procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 e, comunque, “delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona”<sup>31</sup>.

*del Terzo settore*, in *Non Profit paper*, 1, 157 ss.; 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.). Sulle esperienze di co-progettazione a livello municipale e sulla legislazione regionale di riferimento, DE AMBROGIO, CERONETTI (a cura di), *La coprogettazione*, Roma, 2016.

<sup>30</sup> Su questo aspetto, di recente, GIGLIONI, NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 272 ss. Per un inquadramento del tema, ARENA, *Un regolamento per la cura condivisa dei beni comuni*, in *labsus.org*, 2014.

<sup>31</sup> Sul punto, in dottrina, fra i molti, si veda ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 1, 2019, 139 ss. e, della stessa A., *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.; l’ampia e recente indagine di PELLIZZARI, MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019;

Lo spazio che spetta all'intervento regionale muta tuttavia significativamente a seconda dell'opzione interpretativa adottata sul rapporto fra Codice del Terzo settore e norme di derivazione euro-unitaria in tema di contratti pubblici.

Secondo l'ottica proposta dal parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018<sup>32</sup>, l'art. 55 CTS è quasi esclusivamente attratto nell'orbita della competenza statale esclusiva in tema di tutela della concorrenza così da non lasciare spazi significativi di intervento regionale. Tale parere – come noto – afferma che “le procedure previste dal Codice del terzo settore (e, in generale, dalla normativa ancora in vigore *in subjecta materia*) configurano, in ottica europea, appalti di servizi sociali e, pertanto, sono sottoposte anche alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal Codice del terzo settore” (così C. St. n. 2052 del 2018). La competenza legislativa esclusiva statale funge da limite trasversale a qualsiasi altro titolo competenziale regionale (anche delle Regioni a statuto speciale, come ha precisato la Consulta) ed inibisce, quindi, alle Regioni di definire propri procedimenti di co-programmazione e co-progettazione di cui all'art. 55 CTS. Quest'ultime non potrebbero adottare norme generali per disciplinare le procedure in difformità rispetto a quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici, fatti salvi i casi, invero residuali, prefigurati dal Consiglio di Stato, in cui la procedura disciplinata dal diritto interno non ha carattere selettivo e non è rivolta, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale, oppure, pur tendendo all'affidamento di un servizio, questo sia a titolo integralmente gratuito. Entro quest'ultimo perimetro di irrilevanza sotto il profilo della concorrenza è dunque confinato l'intervento regionale, comunque guardato con diffidenza e sospetto<sup>33</sup>.

LEONDINI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019; GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, 15; SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., 263 ss.

<sup>32</sup> Sulla genesi del parere del Consiglio di Stato, sia consentito rinviare a GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi*, 14, 2020, 179 ss.

<sup>33</sup> Cioché la posizione del Consiglio di Stato, a partire dalla primazia del diritto euro-unitario in tema di contratti pubblici, ne fa derivare non solo 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, ma determina anche una significativa (se non totale) contrazione del ruolo regionale e delle possibilità di disciplina differenziata, nei diversi ambiti di

Il paradigma interpretativo muta in maniera significativa, invece, guardando alla più recente sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale<sup>34</sup>, in cui la Corte muove dalla constatazione che l'art. 55 CTS prevede “un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato”, scandito da “fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico”. Sul piano sostanziale, la sentenza afferma – disvelando un aspetto definitorio che, invero, l'art. 55 lascia un po' in ombra – che gli istituti del *coinvolgimento attivo* “non si basa[no] sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”. Lo Stato, pertanto, nel dettare questa disciplina essenziale, ha esercitato la propria competenza legislativa esclusiva in tema di tutela della concorrenza, ma al fine di escludere che questa modalità relazionale possa essere attratta nella disciplina pro-concorrenziale di derivazione europea, poiché difettano i requisiti fondamentali perché possa parlarsi di un mercato rilevante e di un sinallagma fra P.A. e Terzo settore in grado di “turbare” la concorrenza ed il mercato<sup>35</sup>. Con un *obiter dictum* assai incisivo (e dirimente, poiché nega il fondamento sul quale è edificato il parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018), la sentenza n. 131 del 2020, a voler fugare i dubbi rispetto ad una possibile violazione del diritto euro-unitario (peraltro non evocato come parametro di legittimità dal ricorrente), ram-

attività di interesse generale, dei rapporti fra P.A. e Terzo settore, così AZZOLLINI, *Due codici per il terzo settore*, in *Lavoce.info*, 28 dicembre 2018, la quale nota, efficacemente, che, in questa prospettiva, il Terzo settore finisce per avere non un codice, bensì due, dalle difficili ed incerte relazioni reciproche.

<sup>34</sup> Sulla quale si veda il commento di ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum costituzionale*, 3, 2020, 50 ss.

<sup>35</sup> In questo caso, il legislatore statale ha esercitato la propria competenza legislativa al fine di identificare, con una scelta di significato politico-costituzionale, “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 fuori”, secondo l'efficace espressione di BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in AINIS, PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali*, cit., 70.

menta che è la stessa normativa europea a riconoscere “in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)”.

L’art. 55, all’esito della pronuncia, assume più chiaramente la fisionomia di vera e propria *forma promozionale* dell’autonoma iniziativa di cittadini associati nel quadro del principio di sussidiarietà orizzontale: in tal senso, pertanto, Stato e Regioni possono intervenire, ciascuno in base alle proprie competenze legislative, per disciplinarla. Allo Stato, nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva in tema di ordinamento civile, spetta definire i presupposti soggettivi (la definizione di ETS, che non può essere oggetto – come si è visto – di interventi estensivi da parte del legislatore regionali) e gli elementi procedurali essenziali a tutela dell’omogeneità dei rapporti fra P.A. e soggetti privati sul territorio nazionale<sup>36</sup>, come già chiarito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 2018, nonché – nell’esercizio della potestà legislativa esclusiva in tema di tutela della concorrenza – i presupposti in presenza dei quali va applicato il Codice del Terzo settore. Su quest’ultimo aspetto l’art. 55 è piuttosto reticente, non contenendo una norma espressa di coordinamento fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, da cui è sorto il dissidio interpretativo, risolto dal Consiglio di Stato in forme, come si è detto, non condivisibili, e più recentemente dalla Corte costituzionale<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> L’art. 55 CTS, infatti, grava tutti i soggetti pubblici (nessuno escluso) del compito di assicurare, “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, il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell’organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall’art. 5 del medesimo CTS.

<sup>37</sup> In dottrina, cfr. le osservazioni di ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 141, che nota come “l’esiguità delle disposizioni e, al contempo, l’ampiezza del loro ambito di applicazione, sia dal punto di vista soggettivo che da quello oggettivo, hanno dato adito ad interpretazioni contrapposte circa la loro portata e il loro rapporto con la disciplina europea pro-concorrenziale”. Cfr., anche, 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/>. Peraltro, sul punto, l’ANAC aveva predisposto una proposta di linee guida sull’affidamento dei servizi sociali al Terzo sociale in aggiornamento delle precedenti del 2016 (*Linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi*



Alle Regioni, invece, compete declinare in concreto i procedimenti per valorizzare la “specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale così da poter differenziare – come espressamente evocato dall’art. 55 CTS – la disciplina del procedimento amministrativo in relazione ai singoli ambiti di attività o, comunque, alle specificità del Terzo settore regionale”.

A valle, gli enti locali (ma anche i soggetti titolari di autonomie funzionali), possono, a loro volta, definire in concreto le modalità di esercizio delle funzioni amministrative in forme integrativo-attuative della disciplina statale e, eventualmente, regionale.

5. *La legislazione regionale di attuazione del Titolo VII del Codice del Terzo settore. In particolare, la L.R. Toscana n. 65 del 2020.*

Alcune leggi regionali di settore si sono misurate con il tema del coinvolgimento attivo all’interno dei diversi ambiti di attività di interesse generale (generando – come si è visto – anche un primo contenzioso davanti alla Corte costituzionale in via principale); due sole Regioni hanno adottato provvedimenti di tenore generale per la disciplina del Terzo settore quale attore istituzionale regionale. Ne emerge per il momento, una tendenza ad intervenire con singole politiche di settore trascurando la disciplina globale del Terzo settore regionale, in attuazione (ed a completamento) della riforma nazionale<sup>38</sup>. Sul fenome-

*sociali*, disponibili all’indirizzo [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ConsultazioniOnLine/\\_consultazioni?id=a1a00ee80a77804278a3d73c61c2e6d7](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ConsultazioniOnLine/_consultazioni?id=a1a00ee80a77804278a3d73c61c2e6d7)). Tale proposta è stata oggetto del parere del Consiglio di Stato (parere n. 3235 del 29 dicembre 2019) il quale 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. In definitiva, il recente parere del 2019 “neutralizza” la possibile valenza di coordinamento affidata (impropriamente) 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. Sul punto, si è svolto qualche considerazione, se lo si ritiene, in GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi*, 14, 2020, 179 ss.

<sup>38</sup> Cfr., ad es., art. 17, c.1-bis, L.R. Marche, 1 dicembre 2014, n. 32, *Sistema regionale integrato dei servizi sociali a tutela della persona e della famiglia*, (modificata nel 2019) che stabilisce, in tema di servizi sociali, che la Regione e gli enti da essa dipen-

no influiscono, ovviamente, anche i tempi attuazione dei decreti legislativi e la conseguente difficoltà nel definire il contesto ordinamentale, specialmente per quanto attiene all'organizzazione territoriale del Registro unico ed all'autorizzazione dell'Unione europea con riferimento alla disciplina tributaria<sup>39</sup>.

Alla data di chiusura di questo lavoro, si possono ricondurre al *genus* delle leggi di attuazione del Codice del Terzo settore, la L.R. Emilia Romagna n. 281 del 2017 (*Disposizioni per la ridefinizione, semplificazione e armonizzazione delle forme di partecipazione dei soggetti del terzo settore alla concertazione regionale e locale*) e L.R. Toscana n. 65 del 2020 (*Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano*).

La legge dell'Emilia-Romagna si limita ad adeguare le forme di partecipazione dei soggetti del Terzo settore alla concertazione regionale e locale delle politiche di loro interesse, senza intervenire specificamente sul profilo dei rapporti con la P.A. nella realizzazione di specifici progetti o interventi<sup>40</sup>.

denti, gli enti locali, gli enti del Servizio sanitario regionale e le Aziende pubbliche di servizi alla persona, in forma singola o associata, verificano la possibilità di utilizzare le forme di co-progettazione di cui all'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) per la progettazione e la gestione di sistemi complessi.

<sup>39</sup> Sugli effetti di sistema di queste scelte normative, se è consentito, si rinvia alle riflessioni svolte in GORI, *Il sistema delle fonti del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, spec. 24 ss.

<sup>40</sup> La L.R. dell'Emilia Romagna disciplina tre organi di partecipazione, consultazione e verifica con riguardo alle politiche regionali: la Conferenza regionale, l'Osservatorio e l'Assemblea regionale. I soggetti del Terzo settore partecipano alla concertazione regionale tramite la Conferenza regionale del Terzo settore e gli organismi ad essa collegati, già istituita ed operante. A tale scopo, la Regione riconosce il ruolo svolto dagli organismi unitari di rappresentanza maggiormente rappresentativi, liberamente costituiti a livello territoriale e regionale da soggetti del Terzo settore iscritti nei rispettivi registri (art. 2, c. 2). Tali organismi unitari debbono essere in possesso di una serie di requisiti differenti rispetto a quelli previsti dal Codice del Terzo settore, potendo addirittura non essere affatto ETS. Il riconoscimento di tali organismi associativi unitari avviene da parte della Regione, la quale si impegna, in collaborazione con la Conferenza regionale, a promuovere la costituzione degli organismi associativi unitari, se non esistenti. Tali organismi, quindi, assumono una specifica funzione partecipativa all'interno dell'ordinamento regionale, al punto che la promozione della loro costituzione diviene una funzione dell'ente regionale. L'Osservatorio regionale del Terzo settore quale sezione speciale della Conferenza regionale del Terzo settore ed è composto da rappresentanti dei soggetti del Terzo settore, quali le organizzazioni

Assai più complessa è la legge regionale della Toscana che costituisce un tentativo di attuazione ad ampio spettro della riforma del Terzo settore. La legge n. 65 del 2020 è stata preceduta dalla legge n. 58 del 2018 (*Norme per la cooperazione sociale in Toscana*), che ha innovato il quadro in tema di cooperazione sociale. Già in quest'ultima *sedes materiae* era emersa l'esigenza di una innovazione del quadro normativo concernente l'intero Terzo settore. Infatti, l'art. 14 della legge n. 58, disciplinando le modalità di coinvolgimento attivo degli ETS, ne estende l'ambito di applicazione all'intera gamma e non solo alle cooperative sociali<sup>41</sup>. La disposizione ha avuto un rilevante impatto ordinamentale in quanto ha costituito, per la prima volta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 117 del 2017, una forma di attuazione regionale degli istituti della co-programmazione, co-progettazione ed accreditamento, proposti in chiave *alternativa* al ricorso al Codice dei contratti pubblici quale modalità di relazione ordinaria fra Terzo settore e pub-

di volontariato e le associazioni di promozione sociale. La Giunta regionale, su proposta della Conferenza regionale del Terzo settore, con proprio atto stabilisce la composizione e le modalità di funzionamento dell'Osservatorio, l'eventuale integrazione della composizione dell'Osservatorio con rappresentanti di ulteriori soggetti del Terzo settore e le forme di raccordo e confronto tra l'Osservatorio e la stessa Conferenza regionale del Terzo settore. L'Osservatorio svolge funzioni consultive nei confronti della Conferenza, con funzioni di tipo conoscitivo, istruttorio, di proposta e di controllo. L'Assemblea regionale del Terzo settore è indetta dalla Regione quale momento di confronto, verifica e proposta sulle politiche di interesse per il volontariato e l'associazionismo di promozione sociale, ed è composta solo dalle organizzazioni di volontariato e dalle associazioni di promozione sociale iscritte nei rispettivi registri (e, in futuro, nel Registro unico) ed è indetta di norma ogni due anni. Vi partecipano, altresì, gli enti locali, le aziende sanitarie, le fondazioni di origine bancaria (che – come visto – non sono enti del Terzo settore, ma concorrono ad attuarne le finalità) nonché, tramite pubblico avviso, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale non iscritte nei registri. Quest'ultima formulazione se, da un lato, coglie l'esigenza di creare una connessione fra gli organismi di partecipazione e rappresentanza ed i soggetti non iscritti ai registri, dall'altro si rivela problematica – se non, addirittura, in conflitto con l'impostazione seguita dalla legge – poiché il requisito per l'acquisizione della qualifica di organizzazione di volontariato o associazione di promozione sociale – come si è visto – è requisito indefettibile l'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore. Cosicché spetterà alla Regione definire questa problematica categoria di soggetti “non iscritti”.

<sup>41</sup> La L.R. Toscana n. 58 del 2018, all'art. 14, 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.

blica amministrazione, senza incorrere nell'impugnativa governativa ai sensi dell'art. 127 Cost. Sulla scorta di tale risultato, il Consiglio regionale della Toscana ha approvato la legge n. 65 del 2020 nella quale è stato – per così dire – *perfezionato* il risultato già raggiunto nel 2018<sup>42</sup>.

La legge toscana si articola in cinque capi, ciascuno dei quali è dedicato ad un diverso oggetto<sup>43</sup>. Il Capo IV della legge regionale costituisce il vero e proprio “cuore pulsante” dell'intervento normativo. Per uscire dalla situazione di incertezza creatasi nell'interpretazione degli artt. 55 e 56 CTS a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato già ricordata (n. 2052 del 2018), la Toscana si è proposta di definire e configurare il rapporto fra P.A. ed enti del Terzo settore (e solo quest'ultimi, come definiti dal Codice del Terzo settore) nella totalità degli ambiti di attività di interesse generale che rientrano nella competenza legislativa regionale. Portando così a compimento il percorso avviato dalla L.R. n. 58 del 2018, la legge n. 65 del 2020 definisce dapprima l'aspetto sostanziale dei modelli di “collaborazione” (artt. 9, in tema di co-programmazione e 11, in tema di co-progettazione) 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. Opportunamente la Regione ha perciò scelto di dettare una disciplina che, ai sensi dell'art. 118, comma primo, conformando l'esercizio delle funzioni amministrative degli enti locali e dell'intera amministrazione regionale, assicura uniformità nel rapporto fra Terzo settore e amministrazioni pubbliche su tutto il territorio regionale.

Il punto nodale della legge 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<sup>44</sup>. Si rimedia così alla reticenza del Codice del Terzo

<sup>42</sup> Sia consentito rinviare alla ricostruzione delle ragioni politiche ed istituzionali che hanno portato all'approvazione della legge a GORI, *Le politiche per l'immigrazione come uno dei tratti distintivi dell'autonomia politica della Regione Toscana, fra sussidiarietà verticale e orizzontale*, in *Le Regioni*, 5-6, 2019, 1785 ss.

<sup>43</sup> Per un primo commento al disegno di legge n. 400 del 2019, presentato dalla Giunta regionale Toscana, il Rapporto della Conferenza permanente per le autonomie sociali della Regione Toscana 2019, sul tema *Rapporti fra Pubblica amministrazione e Terzo settore*, disponibile in <http://www.consiglio.regione.toscana.it/upload/COPAS/evidenze/evi480.pdf>.

<sup>44</sup> Cfr., sulla “duplice veste” di competitore o di collaborazione in cui si possono presentare gli enti del Terzo settore rispetto alla pubblica amministrazione, SIMEOLI,

settore, costruendo un *tessuto connettivo normativo*, nelle materie di competenza regionale, fra quest'ultimo ed il Codice dei contratti pubblici. Quest'ultimo, infatti, trova applicazione qualora la P.A. intenda, nei confronti degli enti del Terzo settore, “procedere all'affidamento di servizi mediante esternalizzazione e con riconoscimento di un corrispettivo” (art. 12). Laddove si scelga di affidarsi al mercato e la causa del rapporto risieda nella corresponsione di un *quantum* a fronte di un servizio reso, la legge toscana non ammette deroghe alle norme sulla contrattazione pubblica. Nei casi in cui, invece, si prediliga un modulo di “amministrazione collaborativa” (secondo il lessico della Corte costituzionale), si applicano gli istituti del coinvolgimento attivo in luogo del Codice dei contratti pubblici. Si tratta di una norma a contenuto non propriamente innovativo (se così fosse, si realizzerebbe una violazione della competenza legislativa statale!), ma che – facendo proprio un determinato orientamento interpretativo, sostenuto anche in giurisprudenza<sup>45</sup>, ma di segno opposto rispetto al parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018 – 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 ha potestà legislativa. In altri termini, la norma regionale intende offrire una base legislativa agli istituti di co-programmazione e co-progettazione, con evidente finalità politico-istituzionale di legittimazione di una modalità di rapporto fra Terzo settore e P.A. che concorre a definire il profilo sussidiario regionale.

L'art. 9 della legge regionale stabilisce che la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte dell'amministrazione regionale e degli enti locali “dei bisogni della comunità di riferimento da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili, facendo tuttavia salve le discipline regionali di settore in materia di programmazione e di pianificazione e l'autonomia regolamentare degli enti locali.

L'attivazione della co-programmazione è una attività obbligatoria di “coinvolgimento attivo”, la cui impossibilità o inopportunità di attivazione deve essere motivata da parte dell'amministrazione (art. 9, c.1). Tuttavia, la norma sembra consentire che il soddisfacimento della finalità programmatica possa avvenire anche attraverso *altre* forme di co-

*Teoria e definizione giuridica di “Terzo settore”*, in CONTESSA, SIMEOLI, VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, 15.

<sup>45</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2/07/2019, n. 3620.

programmazione, differenti rispetto al modello procedimentale delineato dal successivo art. 10 (si afferma, così, una certa libertà nel *quomodo*: l'art. 9, infatti, afferma che è assicurato “il coinvolgimento degli enti del Terzo settore *anche* [quindi, non solo, *ndr*] mediante l'attivazione di procedimenti di co-programmazione in relazione alle attività di interesse generale laddove sia rilevata una specifica esigenza in tal senso”). Attraverso il procedimento di co-programmazione, quale attività istruttoria, le amministrazioni “acquisiscono gli interessi ed i bisogni rappresentati dagli enti del Terzo settore e dalle altre amministrazioni, elaborano il quadro dei bisogni e dell'offerta sociale, assumono eventuali determinazioni conseguenti nelle materie di propria competenza”.

La legge (art. 10) definisce quindi un quadro di principi “essenziali” in tema di *co-programmazione* che conformano l'esercizio dell'autonomia delle diverse amministrazioni, qualora esse optino di avvalersi del “modello” di co-programmazione delineato dalla legge. I procedimenti di co-programmazione sono ispirati al principio di trasparenza, di imparzialità e di parità di trattamento. In particolare, gli enti locali, scegliendo di attivare i procedimenti di co-programmazione, danno attuazione ai relativi principi nell'ambito della propria autonomia regolamentare.

Merita di essere sottolineata che, fra i principi, la legge consente – se l'amministrazione procedente lo prevede – la partecipazione di “ulteriori soggetti, diversi dagli enti di Terzo settore, purché il relativo apporto sia direttamente connesso ed essenziale con le finalità e l'oggetto della co-programmazione. Si tratta di una previsione che punta ad allargare il novero dei soggetti coinvolti, nella prospettiva di raccogliere il maggior numero possibile di informazioni e contributi ai fini della programmazione degli interventi. Considerando la finalità propria della co-programmazione e la delimitazione della partecipazione, non parrebbe verificarsi, in questo caso, una ipotesi di *omologazione* censurata dalla sentenza C. cost. n. 131 del 2020. Non viene in rilievo, infatti, a questo proposito, il problema dell'eventuale gestione di specifici interventi o servizi, bensì solo il fine di accrescere il quadro conoscitivo e programmatico della P.A. In ogni caso, poi, deve aggiungersi che la partecipazione di soggetti diversi è comunque connessa e collegata alla presenza di ETS.

L'effetto tipico del procedimento di co-programmazione, nella prospettiva della legge regionale, è (*rectius*, dovrebbe essere) la modifica o l'integrazione degli strumenti di pianificazione e gli atti di pro-

grammazione, previsti dalla disciplina di settore, alla luce degli esiti dell'attività. Peraltro, fra i principi del procedimento è previsto che “gli atti del procedimento di co-programmazione sono pubblicati sul sito dell'amministrazione procedente nel rispetto della vigente disciplina in materia di trasparenza”.

La “co-progettazione”, invece, è definita, dall'art. 11 della legge n. 65 del 2020, come un procedimento nel quale amministrazione e Terzo settore “concorrono alla realizzazione del progetto, ciascuno apportando proprie risorse materiali, immateriali ed economiche” (art. 11, c.2). La definizione, pur essendo cronologicamente precedente, presenta una interessante assonanza con quanto espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020. Per i soggetti pubblici, è previsto che essi possano conferire, fra l'altro, contributi ai sensi dell'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e l'utilizzo di beni pubblici (anche in una delle forme disciplinate dal Codice del Terzo settore).

Quanto all'oggetto, la legge regionale chiarisce pure che, contrariamente a talune interpretazioni sostenute, l'art. 55 CTS non vincola la possibilità di ricorrere a tali istituti solo nel caso di “progetti innovativi e sperimentali”: si tratta, invece, di strumenti volti alla “realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione (...)”. La legge regionale, quindi, ha inteso sciogliere, sul piano del sistema delle fonti, il nodo circa la necessità 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.<sup>46</sup>. Diversamente, infatti, 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

<sup>46</sup> In linea, peraltro, con quanto stabilito da C. cost. n. 131 del 2020 in cui si legge che la disposizione struttura e amplia una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell'art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*) e quindi dall'art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 2001 (*Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328*).

non solo una operazione scorretta sul piano interpretativo e delle fonti, bensì pure una significativa “chiusura” dell’ampio spazio che il legislatore pare aver voluto disegnare nell’ambito della riforma del Terzo settore<sup>47</sup>. La prospettiva è stata peraltro confermata dalla sentenza n. 131 del 2020 in cui si legge che la disposizione struttura e amplia “una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell’art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*) e quindi dall’art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 2001 (*Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328*)”.

La legge non pare consentire che la co-progettazione sia considerata come *facoltativa*, specialmente se interpretata alla luce dell’art. 55 CTS. L’obbligo di “coinvolgimento attivo”, infatti, non può essere letto come mera opzione a disposizione, fra le altre, delle PP.AA. negli ambiti di attività di interesse generale, bensì come tratto qualificante del “volto” solidaristico della Regione, nel quadro costituzionale<sup>48</sup>.

La disposizione, inoltre, prende posizione in merito al rapporto logico-cronologico fra co-programmazione e co-progettazione, configurando quest’ultima -contrariamente all’impostazione seguita dalla dottrina – come non necessaria conseguenza di una previa fase di co-programmazione<sup>49</sup>.

L’art. 13 reca un *corpus* di principi procedurali che l’amministrazione è tenuta ad osservare nello svolgimento dell’attività di co-progettazione. Fra gli aspetti più rilevanti merita di essere segnalato che la disposizione prevede “l’eventuale partecipazione di soggetti diversi dagli enti del Terzo settore in qualità di sostenitori, finanziatori o partner di progetto; in quest’ultimo caso limitatamente ad attività secondarie e comunque funzionali alle attività principali”. Si tratta di una disposizione da considerare attentamente alla luce della sentenza

<sup>47</sup> Si veda, a tal proposito, i dubbi interpretativi nutriti da ANAC in sede di consultazione sulle *Linee guida recanti Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*, disponibili all’indirizzo [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ConsultazioniOnline/\\_consultazioni?id=a1a00ee80a77804278a3d73c61c2e6d7](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ConsultazioniOnline/_consultazioni?id=a1a00ee80a77804278a3d73c61c2e6d7).

<sup>48</sup> Cfr. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento*, cit., 269.

<sup>49</sup> Diversamente, infatti, FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, cit., 270 sottolinea l’esistenza di una filiera logico-cronologica di strumenti di collaborazione.



n. 131 del 2020, sempre per quanto concerne il divieto di omologazione. Leggendo la disposizione alla luce della pronuncia, si può concludere che la stessa sia da interpretare nel senso che la partecipazione di enti diversi dagli ETS debba comunque essere intermediata da un ETS, rispetto al quale l'ente diverso si limita a portare un contributo strumentale.

Inoltre, è precisato che la co-progettazione è 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". Tuttavia, assai significativamente, l'art. 13, c. 1, lett. a) precisa che l'iniziativa per l'avvio del procedimento di co-progettazione può essere intrapresa, conformemente alla legge n. 241 del 1990, anche dagli stessi enti del Terzo settore, configurando così un procedimento ad iniziativa "dal basso", nella prospettiva dell'art. 118, u.c. Cost. (specialmente per ciò che attiene alla valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini). La disciplina deve essere letta in sistema con quanto previsto dall'art. 14, c. 5, lett. c) della legge n. 58 del 2018 (non abrogata), ove si prevede che "la proposta di co-progettazione di iniziativa privata deve essere preliminarmente valutata ai fini dell'eventuale dichiarazione di interesse pubblico ed è pubblicata anche al fine dell'eventuale comparazione fra proposte concorrenti".

L'art. 15, infine, interviene sul tema delle convenzioni (art. 56 CTS), nelle materie di competenza regionale, con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Tali convenzioni sono finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, ai sensi dell'articolo 56 CTS. L'art. 15, c. 1 avrebbe potuto essere l'occasione per chiarire il rapporto problematico fra le attività di interesse generale e le "attività o servizi sociali di interesse generale, ma la legge non reca indicazioni in tal senso. L'art. 15, c. 2, invece, entra nel merito dell'interpretazione da dare alla locuzione "se più favorevoli rispetto al mercato. La valutazione di maggiore favore deve essere effettuata non solo con riguardo agli aspetti economici, bensì pure "in relazione ai maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di sussidiarietà, universalità,

solidarietà, accessibilità, adeguatezza. Si tratta di una affermazione di rilevante impatto sistematico che consente di sciogliere il “nodo” della condizione di ammissibilità del ricorso alle convenzioni<sup>50</sup>.

Merita di essere segnalata anche la parziale riproduzione dell’art. 56, c. 4 CTS nell’art. 14, c. 3 della legge. Non si tratta tuttavia di una mera ripetizione di quanto già previsto dalla legge – priva cioè di efficacia innovativa – ma di una presa di posizione rispetto all’invito alla disapplicazione, in via amministrativa, di quanto formulato del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018, per possibile contrarietà al diritto europeo. La legge intende così assicurare, in conformità alle previsioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che le convenzioni possano prevedere anche forme di rimborso dei costi indiretti, sebbene limitatamente alla quota parte imputabile direttamente all’attività oggetto della convenzione<sup>51</sup>.

Fra le ipotesi specifiche di rapporto fra pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore, la legge regionale prevede la possibilità che il centro servizio per il volontariato accreditato in Toscana concluda con la Regione “accordi e convenzioni per lo svolgimento di attività di cui all’articolo 61, comma 1, lettera a) del d.lgs. 117 del 2017 (art. 5, c.2)<sup>52</sup>. L’ampia formulazione lascia intendere che la Regione possa concludere sia convenzioni di cui all’art. 56 CTS (qualora il CSV abbia

<sup>50</sup> L’espressione della legge regionale n. 65 del 2020 è ripresa dal testo della consultazione sulle *Linee guida recanti Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*, disponibili all’indirizzo [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/ConsultazioniOnLine/\\_consultazioni?id=a1a00ee80a77804278a3d73c61c2e6d7](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/ConsultazioniOnLine/_consultazioni?id=a1a00ee80a77804278a3d73c61c2e6d7), a conferma della capacità dei documenti di *soft-law* di condizionare lo sviluppo normativo. Sul significato dell’art. 56 CTS, cfr. LOMBARDI, *I rapporti tra enti pubblici e Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore*, cit., 235-236; cfr. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 161 la quale 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.

<sup>51</sup> Cfr. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 161.

<sup>52</sup> Sui Centri di servizio per il volontariato (CSV), dopo la riforma del Terzo settore, FICI, *La riforma dei centri di servizio per il volontariato*, in ID. (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell’impresa sociale*, cit., 377 ss.; PARDINI, *Il sistema dei centri di servizio per il volontariato*, in GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, cit., 359 ss.; RENNA, *Il volontariato: notazioni a margine del Codice del Terzo settore*, in *Ianus*, 17, 2018, 66-67.

una delle qualifiche previste dalla norma), sia accordi ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

L'intervento normativo della Toscana – a partire dalla precedente L.R. n. 58 del 2018 in tema di cooperazione sociale – lascia intravedere l'ampiezza e la rilevanza dell'ambito che le Regioni dovranno disciplinare alla luce di una interpretazione del rapporto fra diritto euro-unitario e diritto nazionale, da un lato, e fra tutela della concorrenza, ordinamento civile e sussidiarietà orizzontale dall'altro.

#### 6. Verso la “regionalizzazione” del rapporto P.A.-Terzo settore. Spunti conclusivi

Così definito il perimetro di intervento delle Regioni, sotto il profilo del rapporto fra P.A. e Terzo settore, è giunto il momento di trarre alcune considerazioni complessive.

La prima è il riconoscimento di un ruolo, tutt'altro che trascurabile, delle Regioni nella disciplina degli istituti del “coinvolgimento attivo”, all'interno del quadro delineato dal legislatore statale quanto al profilo soggettivo degli enti del Terzo settore (su cui insiste particolarmente C. cost. n. 131 del 2020) e ai principi di riferimento. La soluzione del rapporto fra Codice del Terzo settore e Codice dei contratti pubblici, delineata in via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale, potrebbe costituire il presupposto per una stagione di *sperimentazione* a livello regionale e locale, a condizione che l'orientamento definito dalla Corte divenga poi, effettivamente, *diritto vivente* all'interno delle amministrazioni territoriali, della giurisprudenza amministrativa e contabile. È auspicabile che il legislatore statale intervenga espressamente a chiarimento di tale rapporto, traducendo in norma il *dictum* della Corte<sup>53</sup>, sul modello di quanto avvenuto per l'art. 57 CTS che recepisce, fedelmente, il contenuto delle sentenze della Corte di Giustizia dell'UE (e della direttiva UE 2014/24/UE) a proposito dell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, ponendo fine ad una lunga *querelle*<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Sul punto, se si vuole, GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Impresa sociale*, <https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/sentenza-131-2020-sta-nascendo-un-diritto-costituzionale-del-terzo-settore>.

<sup>54</sup> Sul punto, ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore*, cit., 164-165;

Una seconda considerazione riguarda, invece, la poliedricità del modello normativo. Sebbene l'art. 55 si esprima al *singolare*, in realtà il Codice del Terzo settore – se letto nel quadro del Titolo V della Costituzione – dischiude la possibilità di una *pluralità* di modelli e di forme di co-programmazioni e di co-progettazioni, con profili differenti nei diversi territori e nelle diverse attività di interesse generale. Occorre prestare attenzione, quindi, ai tentativi di *reductio ad unum*: definiti gli elementi essenziali del rapporto fra P.A. e Terzo settore da parte del legislatore statale, spetta poi alle singole Regioni e all'autonomia degli enti locali definire il profilo di co-programmazione e di co-progettazione con gli ETS che si intende realizzare (iniziativa privata, effetti dell'attivazione del procedimento, eventuale accreditamento, ecc.). Ciò esige che Regioni ed enti locali prestino attenzione alla corretta qualificazione giuridica dei diversi procedimenti, al fine di evitare ibridazioni o mascheramenti fra procedure competitive e procedure collaborative<sup>55</sup>.

Infine – ed è la terza osservazione conclusiva – è necessario considerare come la riforma metta a disposizione degli enti territoriali una pluralità di strumenti relazionali fra Terzo settore e pubblica amministrazione, ai quali possono aggiungersene altri, previsti dalla normativa regionale. L'art. 55 CTS declina – come afferma la Corte – “in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria”, ma tali moduli procedimentali generali sono “vivificati” tramite il ricorso a tutti gli istituti collaborazione, a partire dalle convenzioni (art. 56 CTS), allargando lo sguardo alle forme di collaborazione innovativa come il *social bonus* (art. 81 CTS), alla concessione di beni immobili pubblici e di beni culturali dello Stato e degli enti locali (art. 71 CTS), ecc. In ciò risiede, a giudizio di chi scrive, una delle più significative ed importanti possibilità – ed occasione da cogliere – per confe-

qualche osservazione critica sull'eccessivo restringimento dell'ambito applicativo della disposizione è in SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in DONATI, SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 270 ss.

<sup>55</sup> Ad es., cfr. TAR Lombardia, I sez., 3 aprile 2020, n. 593, a proposito del caso di Comune che qualificava erroneamente una procedura come co-progettazione. Sulle incertezze qualificatorie, già prima della riforma del Terzo settore, nel delicatissimo settore dell'immigrazione, si rimanda all'utile contributo di BIONDI DAL MONTE, VRENNA, *Il ruolo del Terzo settore nelle politiche per gli immigrati*, in ROSSI, BIONDI DAL MONTE, VRENNA, (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Il Mulino, 2013, 318.

rire un autentico *profilo regionale (e locale)* al Terzo settore italiano, in grado di rispondere ai bisogni ed alle aspettative dei diversi territori<sup>56</sup>. In altri termini, il Terzo settore deve mirare principalmente non tanto a rivendicare competenze legislative o l'esercizio di funzioni amministrative che, essendo espressione di istanze unitarie, spettano allo Stato (ad es., sulla gestione del RUNTS o sulla definizione del profilo soggettivo degli ETS), bensì a dare corpo, organicamente, nelle diverse politiche regionali e locali nei diversi ambiti di attività di interesse generale al “coinvolgimento attivo” del Terzo settore, al fine di concorrere a scolpire il *volto regionale* della sussidiarietà orizzontale, che guarda verso l'attuazione del disegno costituzionale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.

<sup>56</sup> Così, a titolo esemplificativo, il D.M. 18 novembre 2019, *Modalità di accesso degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo e di funzionamento del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati (Siproimi)*, contiene all'allegato A la specificazione che per la realizzazione delle attività disciplinate dalle presenti Linee guida, l'ente locale può avvalersi di uno o più enti attuatori, “selezionati attraverso procedure espletate nel rispetto del codice degli appalti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni e della *normativa regionale di settore* (art. 10, corsivo nostro)”. Si rimanda, quindi, alla normativa regionale la possibilità di identificare modalità di selezione dei soggetti attuatori, diverse da quelle del Codice dei contratti pubblici, espressive della sensibilità regionale in tema di integrazione sociale dei migranti.



GIULIA SCOPPETTA\*

SOLIDARIETÀ E CONCORRENZA NEL DIRITTO INTERNO  
E NEL DIRITTO EUROPEO IN RELAZIONE  
ALLA DISCIPLINA DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Solidarietà, sussidiarietà e mercato nella Costituzione italiana e nel Codice del Terzo settore. – 3. Solidarietà e mercato nel diritto europeo. – 4. Il parere 2052 del 2018 sulle modalità di affidamento dei servizi sociali agli enti del Terzo settore. – 5. Le misure di sostegno economico e il regime fiscale degli enti del Terzo settore di fronte al divieto di aiuti di Stato. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Lo scorso 26 giugno, con la sentenza n. 131 del 2020, la Corte costituzionale ha finalmente riconosciuto *apertis verbis* il fondamento costituzionale della disciplina del Terzo settore. Nonostante anche in dottrina e in giurisprudenza una simile soluzione fosse stata prospettata da tempo<sup>1</sup>, mai

\* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma.

<sup>1</sup> In dottrina, sul tema, v. fra i molti, S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004; A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004; L. VIOLINI, A. ZUCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*, 2003, 265 ss. V. TONDI DELLA MURA, *Profili costituzionali e sociali degli enti non profit*, in *Non profit*, 1995, 555 ss. P. DE CARLI, *L'emersione della società civile tra pubblico e privato*, Milano, 2006; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 129 ss. F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 61. G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in [www.asdrionline.it](http://www.asdrionline.it); G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, 2008, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it); F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*, in *Munus*, 2/2019, 499-424. In giurisprudenza, particolarmente significativo è il parere n. 1140 del 2003 della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nel quale, nell'escludere che il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. potesse essere riferibile a fenomeni imprenditoriali, si è espressamente riconosciuto ch'esso si riferisce invece a 'soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societarie', con riferimento alla dottrina sociologica di Pierpaolo Donati, che parla appunto di "privato sociale". Per un commento al parere, v. G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà e le imprese*, 2004, in [www.anvvc.it](http://www.anvvc.it).

il Giudice delle leggi si era espresso al riguardo in maniera tanto netta, né aveva offerto una ricostruzione tanto profonda e articolata della *ratio* sottesa all'ordinamento del Terzo settore. Si capisce, pertanto, l'importanza di questa recente pronuncia per coloro che s'impegnano quotidianamente in tale realtà, nonché per coloro che hanno fatto di essa oggetto del loro studio e della loro riflessione scientifica: questa sentenza ha autorevolmente individuato la base costituzionale del diritto del Terzo settore nel principio di sussidiarietà (art. 118, co. 4)<sup>2</sup>, mettendo in luce l'intima connessione di questo con tutto il sistema dei diritti e dei doveri delineati in Costituzione e, in ultima istanza, con il riconoscimento della “profonda socialità” che connota la persona umana<sup>3</sup>, sancito dall'art. 2 Cost. Tale ricostruzione, secondo la quale l'art. 118, co. 4, introdotto con la riforma del 2001, “ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema” di tale visione dell'uomo, ancora stabilmente il Terzo settore al principio personalistico, oltre che agli inderogabili doveri di solidarietà e agli obiettivi sociali individuati dai Costituenti, con effetti rilevanti sul modo di concepire l'agire privato in relazione allo svolgimento di attività di interesse generale volte alla realizzazione di fini solidaristici, con particolare riguardo ai rapporti con le amministrazioni e con gli altri attori economici che offrono i loro servizi sul mercato<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Si avverte sin d'ora che, ai fini del presente contributo, si terrà principalmente in considerazione il principio di sussidiarietà orizzontale, in particolar modo nella sua accezione “positiva”, che richiede alle Istituzioni non semplicemente di rispettare gli spazi di autonomia privata, ma di intervenire attivamente per favorirla, nella misura in cui essa è orientata allo svolgimento di attività di interesse generale. Per un inquadramento storico del principio di sussidiarietà in generale, v. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*.

<sup>3</sup> Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, *Considerato in diritto*, par. 4.

<sup>4</sup> *Ibidem*: “[n]ella suddetta disposizione costituzionale [art. 118, co. 4, Cost.], valorizzando l'originaria socialità dell'uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una ‘autonoma iniziativa dei cittadini’ che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese. Si è identificato così un ambito di organizzazione delle ‘libertà sociali’ (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle ‘forme di solidarietà’ che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese ‘tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente’ (sentenza n. 309 del 2013)”.



Nell'analizzare gli strumenti di amministrazione condivisa previsti dal D.lgs. 3 luglio 2017, recante il Codice del Terzo settore (CTS), la sentenza dedica una particolare attenzione alle modalità di coinvolgimento degli enti del Terzo settore (ETS) nella realizzazione dell'interesse generale, evidenziando come la coincidenza di scopi tra l'ente privato e il soggetto pubblico giustifichi l'adozione di modelli che, per un verso, consentono lo sviluppo di un'azione sinergica volta al perseguimento degli obiettivi comuni e, per altro verso, permettono di controllare che venga effettivamente svolta un'attività di interesse generale e di utilità sociale, perseguendo realmente gli obiettivi solidaristici a essa connessi.

Benché il tema centrale della sentenza n. 131 sia quello della funzione degli strumenti di amministrazione condivisa specificamente rivolti agli ETS, non appare trascurato l'aspetto delle criticità connesse ai potenziali contrasti con il principio di concorrenza derivanti dall'operare di questi soggetti parallelamente a operatori economici privati sprovvisti di tale qualifica, i quali potrebbero risultare svantaggiati sul mercato (o esserne addirittura esclusi) a causa del particolare *favor* che il CTS assicura a enti *no profit* per una pluralità di aspetti, primi tra tutti quelli legati alle modalità di affidamento degli appalti di servizi e al regime fiscale applicabile.

In particolare, al punto 2.1. del Considerato in diritto, la Corte, dopo aver qualificato gli ETS come soggetti rappresentativi della società solidale, descrive il modello di amministrazione condivisa tra amministrazione pubblica e "privato sociale", configurato dall'art. 55 CTS come un modello di gestione basato "sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico". In tal modo, il Giudice delle leggi riconosce che gli ETS, in ragione delle loro peculiari caratteristiche e dei loro obiettivi statutari, sembrano porsi al di fuori della logica del mercato, le cui esigenze sono fatte recedere dinanzi al più efficiente perseguimento degli obiettivi solidaristici legati allo svolgimento di attività di interesse generale mediante l'autonoma iniziativa dei cittadini.

A questo punto, però, la Corte inserisce un breve inciso, nel quale dimostra di essere pienamente consapevole dei possibili profili di frizione tra lo speciale regime previsto per gli ETS, da lei giustificato a partire dal principio solidaristico, e la disciplina europea di tutela della concorrenza. Nondimeno, nel passaggio in questione, essa lascia trasparire la sua fiducia in un tendenziale smorzamento della dicotomia conflittuale fra il prin-

cipio di concorrenza e quello di solidarietà, da sempre presente nell'ordinamento europeo. Infatti, a dimostrare la piena compatibilità con il diritto eurounitario delle scelte del legislatore nazionale rispetto alla disciplina del Terzo settore, nella sentenza si afferma che “lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)”.

Ragionando su questo inciso, con il presente contributo si intende sviluppare una breve riflessione in merito alla questione del rapporto fra solidarietà e concorrenza, la cui centralità non sfugge alla Corte, che, valorizzando alcuni indirizzi del diritto eurounitario, auspica il raggiungimento di un punto di equilibrio che possa essere condiviso a livello nazionale ed europeo. Al fine di comprendere se vi siano, a oggi, le effettive condizioni per la realizzazione della convergenza annunciata dalla Corte, si cercherà anzitutto di ricostruire concisamente il significato che assume il principio di solidarietà nell'ordinamento della Repubblica italiana, distinguendolo dal diverso principio di sussidiarietà, introdotto nella Costituzione nel 2001, con la riforma del Titolo V. Si tenterà, così, di comprendere in che termini si configuri il rapporto fra soggetto pubblico e privato nell'ambito dello svolgimento di attività caratterizzate da fini solidaristici. In secondo luogo, anche a partire dalle decisioni della Corte di giustizia richiamate dalla sentenza n. 131, si procederà ad analizzare in che modo il binomio tra solidarietà e concorrenza si sia configurato nel quadro del diritto europeo, con particolare riguardo alla libertà di circolazione dei servizi e alle deroghe al divieto di aiuti di Stato. In conclusione, si tenterà di comprendere se e fino a che punto siano conciliabili le logiche alle quali sono ispirati i due ordinamenti rispetto ai limiti entro cui devono essere strette le previsioni di favore per gli ETS.

## 2. *Solidarietà, sussidiarietà e mercato nella Costituzione italiana e nel Codice del Terzo settore*

Come detto nell'introduzione, la sentenza n. 131 ha dato atto che gli strumenti di partecipazione degli ETS alla realizzazione dell'interesse generale costituiscono una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, definito dalla Corte come l'esplicitazione delle esigenze di sistema derivanti dal "riconoscimento della 'profonda socialità' che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una 'azione positiva e responsabile' (sentenza n. 75 del 1992)".

Tale impostazione<sup>5</sup>, che riafferma con forza la visione antropologica

<sup>5</sup> L'affermazione che la persona umana in quanto tale è caratterizzata dalla socialità, da ultimo ripetuta nella sentenza n. 131, non è affermazione di poco momento sul piano dell'interpretazione dei principi costituzionali: situando l'individuo all'interno di un contesto sociale composto da una pluralità di appartenenze, il Costituente ha rifiutato tanto l'individualismo illuministico di ascendenza rousseauiana, quanto lo statalismo e il collettivismo di matrice idealista, col risultato che la persona è vista come realtà indipendente rispetto ai condizionamenti derivanti dalla società, ma che, proprio in quanto naturalmente socievole, è parte di molteplici relazioni che la coinvolgono su piani diversi. Su questo punto, dagli stessi lavori dell'Assemblea costituente emerge una convergenza che potrebbe apparire sorprendente tra forze di sinistra e forze cattoliche. Nel suo intervento alla seduta dell'Assemblea plenaria dell'11 marzo 1947, dopo una densa analisi filosofica dei fondamenti delle costituzioni, l'On. La Pira, identificando nell'art. 2 la base di tutto l'edificio costituzionale, così afferma: "se voi non concepite la persona umana come valore trascendente rispetto al corpo sociale, voi avete la conseguenza dello statalismo; perché i casi sono due: o la persona ha questo valore di anteriorità rispetto al corpo sociale, ed allora essa ha uno statuto giuridico che è anteriore ad ogni costruzione statale; o non lo ha, ed allora essa è radicalmente subordinata al principio statale, membro sostanziale, come diceva Hegel, del corpo statale. Non si esce da questo dilemma: o voi accettate questa concezione del valore trascendente, e potete ancorare i diritti naturali e imprescrittibili della persona umana; o voi non accettate tale concezione, ed allora siete ineluttabilmente condotti alla concezione dei diritti riflessi. Questo il primo punto. Secondo punto, che è importantissimo e lo integra: questa persona umana, che ha questa gerarchia di valori che si appunta in Dio, non è isolata; è in relazione reale come dicevano gli scolastici - in relazione reale, non volontaria soltanto - con gli altri e si articola organicamente; si sviluppa, cioè, organicamente in una serie ordinata e crescente di entità sociali che vanno dalla famiglia alla comunità religiosa, dagli organismi di classe alle comunità del lavoro e che si coordinano nello Stato. Badate, questo è molto, importante: lo Stato non è tutta la società, ne è una delle forme sociali nelle quali si articola l'organismo sociale. C'è lo Stato, la società politica, ma c'è anche la società economica, c'è la società religiosa e familiare e così via. Lo Stato è l'assetto giuridico di tutta questa società, ma non l'assorbe: soltanto la dirige, la coordina, la integra e, dove è necessario, la sostituisce. Ma la funzione statale - in questa concezione - è rispettosa sia della realtà

sottesa alla Costituzione repubblicana, innesta saldamente la disciplina del Terzo settore sull'art. 2 Cost., il quale, a partire dalla fondamentale considerazione che la socialità è una proprietà della persona umana in quanto tale, afferma che l'individuo, come singolo e come parte di una pluralità di formazioni sociali, accanto ai diritti inviolabili ha degli inderogabili doveri di "solidarietà politica, economica e sociale" che trovano puntuale specificazione nelle diverse norme costituzionali.

Di conseguenza, alla persona, che agisce sempre anche come parte delle comunità in cui è inserita, dalla più ristretta – qual è la famiglia, espressa-

della persona, come creatura libera avente questo valore trascendente, sia della realtà di tutti questi enti, che questa creatura libera crea e che hanno perciò un loro originario statuto giuridico".

Iscritto a parlare immediatamente dopo l'On. La Pira, l'On. Togliatti affermò che questa concezione della persona umana sottesa al progetto del futuro art. 2 e puntualmente illustrata dal deputato democristiano non contrastava con le esigenze operaie connesse all'affermazione dei diritti del lavoro e dei diritti sociali e che, pertanto, non v'era motivo di rifiutarla: "mi è parso che nella prima parte della sua esposizione l'onorevole La Pira abbia dato un contributo molto efficace per scoprire [...] quale è la via per la quale siamo arrivati a quella unità che ci ha permesso di dettare queste formulazioni. effettivamente c'è stata una confluenza di due grandi correnti: da parte nostra un solidarismo – scusate il termine barbaro – umano e sociale; dall'altra parte un solidarismo di ispirazione ideologica e di origine diversa, il quale però arrivava, nella impostazione e soluzione concreta di differenti aspetti del problema costituzionale, a risultati analoghi a quelli a cui arrivavamo noi. Questo è il caso dell'affermazione dei diritti del lavoro, dei cosiddetti diritti sociali; è il caso della nuova concezione del mondo economico, non individualistica né atomistica, ma fondata sul principio della solidarietà e del prevalere delle forze del lavoro; è il caso della nuova concezione e dei limiti del diritto di proprietà, né poteva fare ostacolo a questo confluire di due correnti, le quali partono da punti ideologicamente non eguali, la concezione, pure affermata dall'onorevole La Pira, della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino. Perché questa concezione avrebbe dovuto fare ostacolo?".

In verità, alle forze di sinistra, cui più di ogni altra cosa stavano a cuore la garanzia dei diritti dei lavoratori e l'unità della Nazione, non interessava demolire la concezione della persona che era alla base dell'art. 2, in quanto essa, oltre a essere fortemente radicata nel popolo italiano, risultava pur sempre funzionale alla realizzazione dei diritti del lavoro e dei diritti sociali. Su queste premesse venne approvato, come articolo della Costituzione e non semplicemente come un proemio, l'art. 2 e, in tal modo, si decise di accogliere la concezione della persona umana a esso sottesa. Nondimeno, lo stesso Togliatti non poteva ignorare l'irrimediabile inconciliabilità tra le due prospettive, vale a dire tra il materialismo delle ideologie di sinistra e la dottrina cattolica. E, infatti, la concordanza tra i due solidarismi si arresta sul piano della solidarietà materiale: per socialisti e comunisti il bene comune resta su questo livello, iniziando e finendo nei rapporti economico-sociali; per i cattolici, invece, così non può essere, cosicché non potrebbe mai essere il medesimo l'ordine sociale cui gli uni e gli altri mirano, poiché diversi sono i fini cui essi tendono.

mente definita dall'art. 29 come “società naturale” – alla più estesa – qual è la società intera –, è richiesto l'adempimento di determinati doveri, tanto più ampi, quanto più rivolti al beneficio di formazioni sociali a sé vicine, secondo un criterio di prossimità. Questa sembra essere l'impostazione di principio fatta propria dal Costituente e posta alla base dell'edificio costituzionale; da questo presupposto, che si riflette nei principi fondamentali della Carta del '48<sup>6</sup>, discendono, secondo una logica consequenzialità, tutte le disposizioni contenute nei titoli successivi, quelle riguardanti i diritti e i doveri dei cittadini nei loro reciproci rapporti, nonché quelle relative all'organizzazione dello Stato e ai limiti delle attività delle istituzioni<sup>7</sup>.

In questo articolato disegno architettonico, il principio di solidarietà – in forza del quale l'uomo, data la sua socialità, è chiamato ad assolvere determinati doveri nei confronti del prossimo – illumina oggi, quanto alle sue modalità di attuazione, il nuovo e diverso principio di sussidiarietà orizzontale inserito nell'art. 118, co. 4, Cost.<sup>8</sup>, per il quale

<sup>6</sup> In particolare negli artt. 1, 2, 3, 4 Cost.

<sup>7</sup> Sulla distinzione fra i doveri di solidarietà facenti capo all'individuo e le competenze gravanti sulle Istituzioni, v. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967. Come correttamente osserva l'Autore, i doveri di solidarietà trovano la loro sede nell'ambito dei rapporti interprivati e non possono, dunque, essere trasposti in capo alle istituzioni. Nondimeno, nella misura in cui la Costituzione è un documento unitario, che indica al potere pubblico dei principi che egli è chiamato a rispettare o ad attuare, le norme costituzionali che regolano i rapporti istituzionali e quelle che attengono ai diritti e ai doveri dei cittadini non possono essere lette disgiuntamente. Allo stesso modo, i principi contenuti nell'art. 2, ivi compreso quello solidaristico, non possono non incidere sull'attività delle istituzioni, che dovranno porre i cittadini in condizione di adempiere spontaneamente ai doveri che la Costituzione pone su di loro in quanto parti delle diverse società ch'essa riconosce.

<sup>8</sup> Le più lontane radici del principio di sussidiarietà sono state da più parti individuate nel pensiero filosofico antico e, in particolare, nella riflessione aristotelica (v. F. GIUFFRÉ, *op. cit.*, 137 ss.; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Riv. dir. fin.*, fasc.1, 2000, 99; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006, 1 ss.). In effetti, la concezione dell'uomo come “animale politico” e della polis quale comunità naturale composta di parti tra loro diverse che, nella pluralità delle loro funzioni, cooperano all'obiettivo della realizzazione della felicità dei singoli cittadini (v. Pol., I, 1252b, 27; 1264b, 17; IV, 1289, 27), il riconoscimento della necessità della divisione delle funzioni come imprescindibile fondamento della polis (Pol. II, 1261a, 22 ss.) e degli spazi di autonomia degli individui (v. Pol. 1262b, 35), potrebbero far pensare che nel pensiero aristotelico siano presenti *in nuce* degli elementi che giustificano tale impostazione. Altri importanti antecedenti della riflessione sulla sussidiarietà sono stati poi individuati nel pensiero medievale cristiano (in particolare nella Scolastica, che

lo Stato, le Regioni e gli enti pubblici territoriali devono “favorire l’autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale”. Vero è che, come ricordato anche nella sentenza n.

riprendeva e sviluppava le dottrine aristoteliche) e anche nella teoria contrattualistica di Althusius. Oggi la fortuna di questo principio si deve soprattutto alla sua esplicita tematizzazione nella Dottrina sociale della Chiesa ed è questo il contesto al quale si deve fare riferimento. In particolare, il documento nel quale è stata posta una rinnovata attenzione sul ruolo della sussidiarietà nella dottrina cattolica (in relazione alla quale, v. CCC, 1885) è la nota Enciclica *Rerum novarum* di Papa Leone XIII, cui hanno fatto seguito numerosi altri documenti, tra i quali le due significative Encicliche *Quadragesimo anno* e *Centesimus annus*, che hanno riaffermato la dottrina sociale della Chiesa e l’importanza del principio di sussidiarietà per il perseguimento del bene comune (sul tema esiste oggi un compendio redatto nel 2004 dal Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, nel quale sono illustrati i capisaldi della Dottrina sociale cattolica). Pur costituendo un principio autonomo, il principio di sussidiarietà viene qui presentato come intimamente connesso al principio di solidarietà, in quanto il perseguimento del bene comune, cui quest’ultimo è volto, non può che avvenire mediante i plurali e molteplici apporti dei singoli e dei gruppi di cui questi fanno parte. Tale inscindibile connessione emerge bene in un passaggio dell’Enciclica *Centesimus Annus*, nel quale San Giovanni Paolo II così scrive: “[...] gli individui, quanto più sono indifesi in una società, tanto più necessitano dell’interessamento e della cura degli altri e, in particolare, dell’intervento dell’autorità pubblica. In tal modo il principio, che oggi chiamiamo di solidarietà, e la cui validità, sia nell’ordine interno a ciascuna Nazione, sia nell’ordine internazionale, ho richiamato nella *Sollicitudo rei socialis*, si dimostra come uno dei principi basilari della concezione cristiana dell’organizzazione sociale e politica. Esso è più volte enunciato da Leone XIII col nome di “amicizia”, che troviamo già nella filosofia greca; da Pio XI è designato col nome non meno significativo di “carità sociale”, mentre Paolo VI, ampliando il concetto secondo le moderne e molteplici dimensioni della questione sociale, parlava di “civiltà dell’amore”.[...] Se Leone XIII si appella allo Stato per rimediare secondo giustizia alla condizione dei poveri, lo fa anche perché riconosce opportunamente che lo Stato ha il compito di sovrintendere al bene comune e di curare che ogni settore della vita sociale, non escluso quello economico, contribuisca a promuoverlo, pur nel rispetto della giusta autonomia di ciascuno di essi. Ciò, però, non deve far pensare che per Papa Leone ogni soluzione della questione sociale debba venire dallo Stato. Al contrario, egli insiste più volte sui necessari limiti dell’intervento dello Stato e sul suo carattere strumentale, giacché l’individuo, la famiglia e la società gli sono anteriori ed esso esiste per tutelare i diritti dell’uno e delle altre, e non già per soffocarli. A nessuno sfugge l’attualità di queste riflessioni. Sull’importante tema delle limitazioni inerenti alla natura dello Stato converrà tornare più avanti; intanto, i punti sottolineati, non certo gli unici dell’Enciclica, si pongono in continuità nel Magistero sociale della Chiesa, anche alla luce di una sana concezione della proprietà privata, del lavoro, del processo economico, della realtà dello Stato e, prima di tutto, dell’uomo stesso”. Per un sintetico inquadramento storico del principio di sussidiarietà, v. I. MASSA PINTO, *op. cit.*; L. GRIMALDI, *op. cit.*; L. ANTONINI, *op. cit.*; M. LUCIANI, *A mo’ di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. PACE (a cura di) *Quale dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, 238 ss.

131, il principio di sussidiarietà – che riguarda l'attività istituzionale e non già i rapporti interprivati – è stato introdotto nel corpo della Costituzione solamente nel 2001, in una sede normativa (l'art. 118) e in un'occasione di riforma (la revisione del Titolo V) che non paiono aver molto a che fare con lo sviluppo dei principi fondamentali enunciati dall'art. 2 Cost.; tuttavia, esso non può che essere letto alla luce dei principi fondamentali.

In questo senso, il principio di sussidiarietà orizzontale, nella misura in cui richiede l'intervento pubblico in favore del privato che svolge attività di interesse generale<sup>9</sup>, si lega strettamente all'art. 2 e ai tre fondamentali principi in esso contenuti, nonché agli specifici doveri che la Costituzione pone sull'individuo nei confronti delle diverse collettività di cui egli partecipa, di volta in volta richiamate nelle singole disposizioni normative<sup>10</sup>. Attraverso l'adempimento di questi doveri,

<sup>9</sup> Sembra opportuno qui ricordare che il principio di sussidiarietà, oltre a un'accezione positiva, secondo la quale occorre promuovere le iniziative volte alla realizzazione del bene comune, possiede anche un'accezione negativa, per cui le comunità di ordine superiori sono chiamate ad astenersi dal sottrarre spazi di autonomia alle comunità inferiori e agli individui. Poiché lo scopo del presente contributo è quello di esaminare gli aspetti della sussidiarietà che sorreggono la promozione degli ordinamenti del Terzo settore, ci si concentrerà prevalentemente sul primo aspetto, dal quale emerge chiaramente il nesso con il principio solidaristico. Per una distinzione dei diversi significati di questo principio nel diritto positivo, v. I. MASSA PINTO, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>10</sup> Come si è accennato, nei singoli doveri costituzionali si riflette la concezione dell'uomo come essere costitutivamente sociale. In particolare, egli, come singolo, è anzitutto chiamato a rispettare la Costituzione e le leggi dello Stato, alle quali è esplicitamente demandata la definizione della condizione giuridica dello straniero, anch'egli sottoposto ai più generali doveri solidaristici; come cittadino e membro della comunità statale, è chiamato a partecipare alla vita politica del Paese (artt. 1, 3, co. 2, 39, 48 e 49), a svolgere un'attività che apporti un beneficio alla collettività (artt. 1 e 4, co. 2), a versare i tributi in misura proporzionale alla sua capacità contributiva (art. 53), a difendere la Patria ove ne sia messa in pericolo l'esistenza (art. 52), ad adempiere le funzioni pubbliche con disciplina e onore qualora gliene siano affidate (art. 54, co. 2) e, naturalmente, a rispettare la Costituzione e le leggi dello Stato (art. 54, co. 1); anche come membro delle comunità territoriali minori, poi, egli ha dei doveri, tra i quali quelli di versare i tributi e di rispettare le disposizioni adottate dalle autorità locali; come membro della comunità familiare, inoltre, egli è direttamente chiamato dalla Costituzione ad assolvere i compiti connessi all'educazione, all'istruzione e al mantenimento dei figli (artt. 29, 30, 37), nonché a tutti i doveri derivanti dallo *status* di coniuge (art. 29, Cost.). Dallo stesso presupposto discendono, inoltre, il riconoscimento delle libertà associative (artt. 17, 18, 19, 39, 49) e la valorizzazione di determinate forme di associazione volte alla realizzazione di beni collettivi (art. 43 e 45).



il singolo coopera, mediante la sua autonoma azione, al perseguimento del bene comune e il nuovo principio di sussidiarietà orizzontale, oggi inserito nell'ordito costituzionale, richiede alle istituzioni di favorire la persona nello svolgimento delle attività finalizzate a questo scopo.

La medesima visione antropologica si pone anche alla base del riconoscimento delle libertà associative e dell'individuazione degli obiettivi connessi alla garanzia dei cc.dd. diritti sociali, vale a dire di tutti quei diritti riconosciuti dalla Costituzione la cui fruizione presuppone l'esistenza di strutture collettive in grado di erogare materialmente determinate prestazioni (diritto alla salute, all'istruzione, alla previdenza e all'assistenza sociale ecc.); benché il perseguimento degli obiettivi costituzionali connessi a questi diritti venga affidato, in prima istanza, al legislatore e richieda pur sempre una regolamentazione da parte dei soggetti politico-istituzionali, esso appare nondimeno intimamente connesso con la vita del singolo all'interno della società, che è la dimensione imprescindibile per poter concepire e predisporre gli strumenti necessari a tal fine.

È in quest'ambito che si colloca l'attività degli ETS, che si qualifica appunto come "terza" in quanto non riconducibile né alla logica dell'iniziativa economica privata, né a quella dell'azione amministrativa. Gli ETS, infatti, sono sì enti di natura privatistica, mediante i quali i cittadini agiscono in qualità di soggetti privati, ma i loro scopi statutari hanno la particolarità di venire a coincidere con gli obiettivi di interesse generale in vista dei quali il potere pubblico è chiamato ad attivarsi e le modalità di svolgimento della loro attività risponde a un criterio non mercantile, ma solidaristico<sup>11</sup>. In presenza di queste pe-

<sup>11</sup> In tal senso, v. Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, *Considerato in diritto*, par. 2, sulla l. n. 266 del 1991, (Legge-quadro sul volontariato): "la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità".



culiari condizioni, nelle quali pubblico e privato concorrono insieme per la realizzazione delle finalità sociali poste dalla Costituzione, il legislatore statale ha inteso agevolare al massimo l'attività dell'individuo, prevedendo che egli possa giovare di regimi fiscali di favore, accedere più facilmente all'affidamento di servizi di interesse generale e avvalersi di strumenti di amministrazione condivisa quali quelli previsti dall'art. 55 CTS.

Il legislatore statale ha così approvato una disciplina organica volta a consentire, da un lato, che la coincidenza di scopi permanga costantemente e non divenga una mera facciata dietro la quale il privato possa perseguire opportunisticamente il suo utile economico, a danno dell'amministrazione e della comunità; dall'altro, che, nell'effettivo rispetto di tutti i requisiti previsti dalla legge (primo fra tutti, l'assenza di scopo di lucro), l'ente privato possa operare nelle migliori condizioni possibili e, proprio in considerazione della sua natura non imprenditoriale, possa trovare nell'amministrazione un sostegno materiale che, evidentemente, non ha modo di ricavare dallo svolgimento della sua attività. Così, assecondando un'azione sinergica di cittadini e istituzioni che resti estranea alle dinamiche del mercato, viene data piena attuazione al principio solidaristico contenuto in Costituzione, valorizzando quelle realtà della società civile che per secoli hanno autonomamente offerto prestazioni di interesse generale, prima ancora che si costruissero le strutture dello Stato sociale.

In quest'ottica, agli ETS è stato imposto il rispetto di rigidi requisiti che ne garantiscano le finalità non commerciali: in particolare, questi enti devono operare senza scopo di lucro, per "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi", e devono risultare iscritti in apposito registro<sup>12</sup>. Ai soggetti dotati di tali requisiti, la legge statale non richiede peraltro che la gestione dell'attività avvenga secondo un metodo non economico, vale a dire senza che vi sia quanto meno una compensazione dei costi con i ricavi. Non è necessario, infatti, imporre al privato di lavorare in perdita – il che non sarebbe evidentemente sostenibile da tutti sul lungo periodo – ma è sufficiente

<sup>12</sup> Art. 4 del CTS.

che i ricavi eventualmente ottenuti nell'esercizio dell'attività non vadano a confluire in utili privati e restino, invece, all'interno del settore di attività dell'ETS, vincolati alla realizzazione dello scopo statutario dell'ente che costituisce, altresì, obiettivo di interesse generale.

La logica ispirata all'attuazione del principio di solidarietà, quindi, è antitetica rispetto alla logica del mercato e l'attività privata che si pone autonomamente a servizio di tale scopo è considerata dall'ordinamento meritevole di particolare tutela in quanto si svolge in funzione dell'utilità sociale e dell'interesse pubblico. In quest'ottica, la sussidiarietà orizzontale, letta in coerenza con l'art. 2 Cost., non finisce, come pure si teme<sup>13</sup>, per affidare al mercato e alle forze ivi operanti la garanzia delle prestazioni necessarie ad assicurare i diritti costituzionali dei cittadini e per esautorare così il decisore pubblico; al contrario, quello spazio di attività degli ETS, sempre sottoposti alla legge e alle direttive e ai controlli da parte dell'amministrazione, viene invero sottratto al mercato, in quanto l'arretramento dello Stato non è funzionale all'allargamento della concorrenza volta al guadagno privato, bensì all'attuazione condivisa ed efficiente dei diritti della persona e dei doveri di solidarietà sociale imposti dalla Costituzione. Proprio a questo, dunque, sono finalizzate le norme di favore e gli strumenti di amministrazione condivisa riservati agli ETS.

La base del diritto del Terzo settore, quindi, risiede nei principi costituzionali di solidarietà e di sussidiarietà, i quali, a loro volta, si riconnettono direttamente alla concezione dell'uomo come essere sociale fatta propria dalla Carta repubblicana e costantemente ribadita dalla Corte costituzionale.

Se ciò è vero rispetto all'ordinamento nazionale (così come appare da ultimo confermato dalla sentenza n. 131 del 2020), non è detto, però, che altrettanto avvenga nel sistema del diritto eurounitario. Infatti, quell'ordinamento, distinto dai singoli ordinamenti nazionali e, com'è noto, del tutto *sui generis*, possiede dei suoi principi fondamentali che non necessariamente sono coincidenti con i principi costituzionali dei ventisette Stati membri, cosicché capita che talvolta emergano dei profili di tensione tra i diversi circuiti ordinamentali, senza che si riesca a individuare un punto di equilibrio tra principi. Così è accaduto, per esempio, nei celebri casi Viking e Laval, ma non è affatto raro che le regole

<sup>13</sup> V. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 15<sup>a</sup> ed., Bologna, 2014, 641-643.

europee poste a tutela della concorrenza e delle libertà di circolazione vengano a scontrarsi con quelle che il diritto europeo definisce come le “esigenze imperative di interesse generale” degli Stati membri, spesso coincidenti con l’attuazione di principi costituzionali. Nel caso del Terzo settore, dal momento che ci troviamo pur sempre in un ambito in cui avviene uno scambio di beni e servizi e, quindi, potenzialmente su un mercato, è evidente quanto alta sia la probabilità che si prospettino delle incompatibilità con le norme europee. Nonostante il cauto ottimismo che la Corte costituzionale ha mostrato al riguardo nella sentenza n. 131 (che probabilmente sottintende anche una proposta di dialogo alle istituzioni sovranazionali), come si vedrà nel prossimo paragrafo, dei profili di contrasto sono già emersi, per diversi aspetti, e sono stati segnalati tanto dalle istituzioni europee, quanto dalle istituzioni nazionali. E ciò appare tanto più degno di riflessione se si pensa che il CTS non è stato ancora sottoposto alla valutazione da parte della Commissione europea, che dovrà pronunciarsi sulle disposizioni fiscali ivi previste.

### *3. Solidarietà e mercato nel diritto europeo*

Al fine di individuare le possibili rotte di collisione del CTS con il diritto sovranazionale, nei seguenti paragrafi ci si concentrerà principalmente su due aspetti, che appaiono assolutamente centrali nel diritto del Terzo settore: le modalità di affidamento del servizio e le agevolazioni fiscali specificamente destinate agli ETS. Com’è intuitivo, per la realizzazione degli obiettivi solidaristici attraverso un efficiente coinvolgimento di tali soggetti nell’attività di erogazione di beni e servizi di interesse generale, risulta essenziale che vi sia una regolamentazione di entrambi i profili menzionati. Infatti, da un lato, è necessario che siano previsti dei modelli di amministrazione condivisa rispetto allo svolgimento delle attività in questione, anche idonei a garantire che esse siano riservate esclusivamente a enti dotati dei requisiti strutturali atti a mantenere la loro estraneità al mercato; per altro verso, al fine di assicurare a quelle attività un bacino di risorse sufficienti, è altresì necessario che siano loro destinati dei finanziamenti da parte dei soggetti pubblici, tanto attraverso esenzioni, deduzioni e agevolazioni fiscali, quanto attraverso dei versamenti diretti a carico dei bilanci degli enti locali o dello Stato, che possono essere erogati anche mediante la previsione di appositi fondi destinati.

Rispetto a entrambe le questioni, come si vedrà, le istituzioni europee già in passato hanno avuto modo di esprimere degli orientamenti generali, anche in specifico riferimento ad alcune previsioni adottate proprio dal nostro Paese.

Nell'adozione del CTS e successive modifiche, il legislatore nazionale ha tenuto conto di tali indirizzi, tentando di conciliare la promozione delle istanze solidaristiche con le esigenze derivanti dal rispetto del diritto sovranazionale. Tuttavia, sulla compatibilità di tale disciplina con i principi europei, le stesse istituzioni nazionali sono pervenute a conclusioni non omogenee, cosicché, se, da un lato, la Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020 ha offerto una lettura del diritto eurounitario più conciliante rispetto alle esigenze solidaristiche imposte agli Stati dalle loro Costituzioni, il Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua funzione consultiva (con il seguito di alcuni giudici amministrativi), ha invece optato per una soluzione decisamente più restrittiva. Tali decisioni hanno per ora riguardato gli aspetti connessi alle modalità di gestione e di aggiudicazione degli affidamenti pubblici, con particolare riferimento alle direttive sui contratti pubblici. Non dimeno, per le medesime ragioni, è da ritenersi che analoghi problemi di compatibilità possano profilarsi anche per il distinto aspetto delle norme fiscali specificamente previste dal Codice a vantaggio degli ETS.

Per meglio intendere la radice da cui discendono le diverse soluzioni a cui approdano il diritto europeo e il diritto italiano in ordine alle reciproche limitazioni tra le esigenze connesse all'attuazione del principio solidaristico e le esigenze proprie del mercato concorrenziale, in via preliminare, occorre brevemente interrogarsi sul posto che il principio di solidarietà occupa nella logica propria del diritto eurounitario.

Come si è brevemente accennato nel paragrafo precedente e com'è stato da ultimo riconosciuto dall'organo di garanzia giurisdizionale della Costituzione nella più volte citata sentenza n. 131 del 2020, la centralità del principio di solidarietà all'interno del disegno costituzionale è il riflesso immediato della concezione antropologica fatta propria dal Costituente, esplicitamente scolpita anzitutto nell'art. 2 Cost.

L'ordinamento europeo, che, com'è noto, è il frutto di un progetto intergovernativo volto a un'integrazione a oggi innegabilmente incompiuta, non ha conosciuto un processo costituente che possa dirsi in

qualche modo paragonabile a quello da cui hanno tratto origine le Costituzioni dei singoli Stati membri, ivi compresa, naturalmente, quella italiana. Non stupisce, pertanto, che nell'ordinamento europeo, tanto nei Trattati, quanto nella Carta dei diritti e delle libertà fondamentali (che, lo si ricorda, trae la sua attuale forza normativa non *ex se*, ma pur sempre dall'art. 6 del TUE), manchi una norma analoga all'art. 2 Cost., vale a dire una norma che, esprimendo apertamente una determinata presa di posizione rispetto a una questione politica fondamentale, tragga da ciò, come una conseguenza necessaria dotata di forza precettiva, le finalità proprie della comunità politica in quanto tale.

Nel diritto europeo, dunque, sebbene venga pacificamente riconosciuta l'importanza della solidarietà come principio, essa non può avere il medesimo ruolo, così centrale e finalistico ch'essa assume nell'ordinamento italiano; di conseguenza, del tutto diverso risulta anche il rapporto che intercorre tra solidarietà e sussidiarietà, rapporto che viene meno insieme al comune ancoraggio al principio personalistico. Questa conclusione appare evidente tanto nei Trattati quanto nella CDFUE. Vediamo dunque in che termini, in tali testi normativi, appare presente il principio di solidarietà.

Anzitutto, è da notare che la solidarietà viene menzionata nei preamboli dei Trattati e della CDFUE accanto ad altri valori quali i diritti umani, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza e lo Stato di diritto, che vengono definiti come comuni agli Stati membri e, di conseguenza, anche all'Unione cui essi hanno dato origine. All'art. 2 del TUE, in particolare, la solidarietà compare accanto al pluralismo, alla non discriminazione, alla tolleranza, alla giustizia e alla parità tra donne e uomini tra le caratteristiche della società ispirata ai valori comuni agli Stati membri sui quali si fonda l'Unione. All'art. 3 del TUE vengono poi indicati gli obiettivi dell'Unione, la quale "si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli", promuove la solidarietà tra gli Stati membri, la solidarietà tra le generazioni e contribuisce alla solidarietà tra i popoli nelle sue relazioni con il resto del mondo.

Come si vede già da queste norme programmatiche, la solidarietà compare come un valore o un obiettivo pariordinato ad altri, non specificamente definito nei suoi contenuti e, in ogni caso, non idoneo a dar luogo a specifici doveri in capo agli Stati membri, all'Unione o –

tanto meno – ai cittadini europei nei loro reciproci rapporti. In altre disposizioni<sup>14</sup>, la solidarietà compare come un criterio a cui adeguare i rapporti tra gli Stati membri, senza ch'esso risulti esteso in alcun modo ai rapporti fra persone. E lo stesso vale anche per le norme della CDFUE, che affidano agli Stati il compito di adottare azioni positive per raggiungere determinati obiettivi di solidarietà.

Di contro, l'art. 119 TFUE, in coerenza con le proclamazioni contenute nel preambolo del TUE (che definisce l'Unione come una nuova tappa del percorso di integrazione iniziato con la creazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio), nonché nello stesso art. 3 (ai sensi del quale l'Unione instaura un mercato interno), prevede specificamente quanto segue: "Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. 2. Parallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. 3. Queste azioni degli Stati membri e dell'Unione implicano il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile".

Dunque, come si evince da queste disposizioni e come d'altronde è noto, l'Unione europea, che rimane ancora oggi un ente funzionale e a competenze numerate, persegue gli obiettivi definiti dai Trattati anzitutto mediante la creazione di un mercato comune tra gli Stati membri, che è ritenuto la base fondamentale per la costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Proprio in funzione del primario obiettivo dell'integrazione sovranazionale attraverso il mercato, l'Unione, dotata a tal fine di apposite competenze, spiega primaria-

<sup>14</sup> Artt. 67, 80, 122, 194, 222 TFUE, artt. 24, 31 e 32 TUE. Nello stesso senso, v. anche il Preambolo del Prot. n. 28 sulla coesione economica, sociale e territoriale.

mente la funzione di assicurare il rispetto delle quattro libertà di circolazione, la tutela della concorrenza, il divieto di aiuti di Stato e l'applicazione del principio di mutuo riconoscimento nei settori non armonizzati. È solamente a tali fini e in applicazione di tali principi direttivi che il diritto dell'Unione pone obblighi in capo agli Stati membri e ai loro cittadini. Infatti, come esplicitamente enunciato a partire dalla storica sentenza *Van Gend en-Loos*, gli obblighi derivanti dai Trattati sono tali esclusivamente in quanto sono mezzi per il raggiungimento dell'integrazione economica, che costituisce lo scopo dell'Unione. Per tale ragione, i diritti e gli obblighi attribuiti dal diritto europeo possono essere fatti valere dinanzi al giudice nazionale esclusivamente entro l'ambito di applicazione del diritto europeo<sup>15</sup>, non rilevando, agli occhi di quest'ultimo, le situazioni meramente interne<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> In tal senso, v. le Conclusioni dell'Avvocato generale Nihls Wahl nella Causa C-497/12, il quale, ai parr. 89 ss., nel rilevare l'inammissibilità di una delle questioni proposte alla CGUE da un giudice nazionale, constata che, soprattutto con riferimento alle disposizioni della CDFUE, “[p]urtroppo, non è inusuale che i giudici nazionali sottopongano alla Corte questioni che sollevano dubbi circa la compatibilità di disposizioni di diritto nazionale con il diritto dell'Unione con riferimento a un numero relativamente significativo di disposizioni dell'UE, ma senza spiegare perché ciascuna di queste ultime disposizioni debba essere considerata rilevante ai fini della causa in esame. Problemi analoghi sono posti da quei rinvii che, al contrario, mettono in discussione la compatibilità di normative nazionali con il diritto dell'Unione senza individuare alcuna specifica disposizione del diritto dell'Unione. Questo tipo di prassi non è accettabile. [...] [L]a Corte di giustizia è disposta a fare tutto il possibile per aiutare i giudici nazionali a svolgere la loro funzione giudiziaria all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Tuttavia, la Corte è altresì consapevole dei limiti che i Trattati pongono alla sua attività”. Salvo per il caso delle norme di armonizzazione, la sussistenza di un elemento di collegamento con il diritto europeo o, comunque, del carattere transfrontaliero della controversia è dunque inevitabile perché essa ricada nell'ambito di applicazione del diritto europeo.

<sup>16</sup> V. Corte di giustizia, sent. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*: “l'articolo 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, deve essere interpretato nel senso che esso – ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'articolo L. 1111-3 del *code du travail*, sia incompatibile con il diritto dell'Unione – non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale”. In questa sentenza si afferma, peraltro, che l'art. 27 della CDFUE non è idoneo a conferire ai singoli lavoratori un diritto soggettivo invocabile in quanto tale, in quanto necessita di essere precisato mediante ulteriori disposizioni di diritto europeo o di diritto interno (parr. 45 e 48). Tale è il caso di molte delle disposizioni contenute nel Capo V della CDFUE, dedicato alla solidarietà.

In questo senso, estremamente significativo appare l'art. 51 della CDFUE, ai sensi del quale "1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati".

Non si vuole dire, con ciò, che gli obiettivi contenuti nei Trattati siano delle semplici petizioni di principio o che il progetto europeo non possa, in prospettiva, pervenire a realizzare dei fini che vadano al di là della semplice unione economica, cosa a cui, anzi, l'Unione già ambisce; ciò che si vuole dire, più semplicemente, è che l'Unione è nata ed è tuttora un ordinamento che in tanto riconosce diritti e obblighi in capo ai cittadini, in quanto ciò sia funzionale al perseguimento dell'obiettivo specificamente attribuito dagli Stati stessi mediante i Trattati.

Come limpidamente spiegato dalla Corte di giustizia in *Van Gend en-Loos*, infatti, secondo il suo spirito, la sua lettera e il suo tenore, "[l]o scopo del Trattato C.E.E., cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti". È chiaro, dunque, che se l'Unione riconosce come soggetti sia gli Stati membri che i loro cittadini, può farlo solo in quanto ciò resti funzionale all'efficace perseguimento dello scopo assegnato dai Trattati<sup>17</sup>, vale a dire la realizzazione del mercato unico europeo. È proprio assicurando il raggiungimento di questo scopo che l'Unione contribuisce alla realizza-

<sup>17</sup> Com'è comprensibile, esula da questo contributo un'analisi dell'azione esterna dell'Unione, anch'essa fondata sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento, ivi compresa la solidarietà (art. 21 TUE). Nondimeno, non può non segnalarsi come, attraverso di essa, l'Unione europea abbia notevolmente accresciuto le sue competenze sul piano interno. Sul tema ci si limita a rimandare a E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2015, 375 ss. A ogni modo, si può notare come, anche qui, l'espansione delle competenze dell'UE avvenga sempre in un'ottica funzionale all'assicurazione dell'effetto utile dei Trattati, con particolare riferimento alla politica commerciale comune (competenza esclusiva dell'UE).



zione degli ulteriori obiettivi indicati dai Trattati, a tenore dei quali la costruzione del mercato unico si presenta come l'ineludibile precondizione per la pace e la collaborazione tra gli Stati europei, in vista di un'integrazione sempre più stretta.

L'unione politica, dunque, e la "costruzione" di un popolo europeo che possa dirsi realmente tale dovranno essere il presupposto perché si possa attivare un processo di costituzionalizzazione che consenta all'Ente sovranazionale di determinare liberamente i propri scopi e di disporre di mezzi propri idonei a raggiungerli; ma, com'è evidente, esse non sono ancora state raggiunte e prima di allora, dal momento che gli Stati conservano piena la loro sovranità e restano padroni di riappropriarsi delle proprie competenze, l'Unione resterà sempre un ente funzionale, che, giuridicamente e fattualmente, non è in grado di aggregare i popoli europei attorno a dei principi comuni di portata costituzionale, né di dar vita a una cittadinanza che non si configuri semplicemente come derivata<sup>18</sup>.

Per tali ragioni, nell'ordinamento euronunitario il rapporto fra il principio di concorrenza e il principio di solidarietà risulta esattamente capovolto rispetto a quello fatto proprio dalla Costituzione italiana: se l'Unione non può attribuirsi degli scopi che vadano al di là della creazione del mercato unico, allora il suo fine primario, definito nei Trattati, è quello di tutelare la concorrenza e le libertà all'interno dello spazio europeo.

In ragione di ciò, come si è accennato, anche la funzione del principio di sussidiarietà orizzontale muta: nel contesto europeo esso diviene un principio sostanzialmente strumentale, non più volto alla promozione e al rispetto dell'autonoma iniziativa dei cittadini per la realizzazione di obiettivi solidaristici, bensì alla realizzazione del mercato comune secondo il "principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza".

Il perseguimento degli obiettivi fatti propri dall'UE attraverso modalità diverse dalla realizzazione dell'integrazione economica, invece,

<sup>18</sup> L'art. 20 TFUE così dispone: "È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce". Al co. 2, il medesimo articolo prevede che "i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati", tuttavia non sembra che siano identificabili degli specifici doveri ai quali sarebbero soggetti i cittadini europei in quanto tali.

resta ancora del tutto dipendente dalla volontà dei singoli Stati membri. Di conseguenza, ai sensi del diritto europeo, qualsiasi misura statale che, ponendo degli ostacoli alla libera circolazione e alla libera concorrenza sul mercato unico, abbia o possa avere un'incidenza negativa sul processo di integrazione economica, a prescindere dalle finalità con le quali viene posta in essere, dev'essere considerata un'eccezione alla regola e dev'essere, pertanto, giustificata sulla base di esigenze imperative di interesse generale<sup>19</sup>.

Il perseguimento di obiettivi di natura solidaristica, pertanto, rimesso alla discrezionalità degli Stati membri, è consentito dal diritto dell'Unione a condizione che esso sia:

- i) non discriminatorio;
- ii) volto a soddisfare un'esigenza imperativa di interesse generale;
- iii) idoneo al raggiungimento dello scopo di interesse generale legittimamente perseguito dallo Stato;
- iv) necessario a tale fine;
- v) proporzionato in senso stretto, vale a dire il meno restrittivo possibile nei confronti delle regole di funzionamento del mercato unico<sup>20</sup>.

Tale rovesciamento del rapporto di regola-eccezione tra principi emerge chiaramente tanto dalla struttura dei Trattati europei, quanto dalla Sezione della Carta di Nizza esplicitamente dedicata alla solidarietà. E infatti:

- i) gli artt. 30, 34, 35 ss. TFUE, fatta eccezione per quanto tassativamente previsto dall'art. 36, vietano agli Stati membri di istituire dazi doganali, restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione delle merci e altre misure che abbiano effetto equivalente a questo. Di-

<sup>19</sup> V. Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, Cassis De Dijon.

<sup>20</sup> V. Corte di giustizia, 20 novembre 1995, C-55/94, Gebhard: “[d]alla giurisprudenza della Corte risulta tuttavia che i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32)”.

sposizioni analoghe sono previste a tutela della libera circolazione di persone, servizi e capitali. L'art. 110 vieta inoltre di sottoporre i prodotti provenienti da altri Stati membri a regimi fiscali che abbiano effetto direttamente o indirettamente discriminatorio rispetto ai prodotti nazionali;

ii) gli artt. 101 e 102 TFUE vietano le intese anticoncorrenziali e gli abusi di posizione dominante da parte delle imprese;

iii) l'art. 106 TFUE, nel suo primo comma, dispone che “[g]li Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi”. In considerazione dell'importanza fondamentale dei servizi di interesse economico generale, tuttavia, riconosciuta anche dall'art. 14 TFUE, in via di eccezione il co. 2 prevede che le imprese incaricate della gestione di tali servizi essenziali o che operano in regime di monopolio fiscale, sono “sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”. Resta fermo, tuttavia, che, in ogni caso, “[l]o sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”;

iv) l'art. 107 TFUE, in materia di aiuti di Stato, prevede che “[s]alvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”. Le deroghe consentite sono specificate ai commi successivi e all'articolo seguente, il quale prevede anche la possibilità per gli organi dell'Unione di autorizzare specifici regimi di aiuti; gli artt. da 27 a 38 CDFUE, infine, riconoscono una serie di diritti ai lavoratori la cui attuazione è per lo più demandata alla legislazione e alle prassi nazionali: così è, per esempio, per l'assicurazione dei sistemi di previdenza e assistenza sociale, per la protezione della salute e per l'accesso ai servizi economici di interesse generale.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, negli anni, ha poi ulteriormente specificato il contenuto degli obblighi derivanti dai Trattati.

Com'è noto, infatti, essa ha precisato, in via generale, la nozione di 'misura a effetto equivalente'<sup>21</sup> e i limiti del divieto di adottarne<sup>22</sup>; ha chiarito come gli artt. 101 e 102, pur direttamente rivolti ai privati, trovino applicazioni anche nei confronti degli Stati<sup>23</sup>; ha sviluppato la nozione di servizio d'interesse economico generale (SIEG) e ha precisato i limiti della legittimità delle deroghe consentite dall'art. 106 TFUE; ha definito i criteri in base ai quali valutare la compatibilità degli aiuti di Stato con il diritto europeo<sup>24</sup>.

Come emerge dal tenore delle disposizioni normative brevemente richiamate, dunque, l'Unione europea assicura anzitutto che il percorso verso l'integrazione economica prosegua senza arresti ingiustificati da parte degli Stati membri. In ultima istanza, sono quindi questi ultimi a mettere in atto i provvedimenti necessari all'attuazione di politiche nazionali sorrette da ispirazioni solidaristiche, mentre l'Unione si limita a valutarne la compatibilità con l'obiettivo della realizzazione del mercato comune e a consentirvi ove esse non ostacolino ingiustificatamente o sproporzionatamente il processo di integrazione economica.

Ciò considerato, è chiaro che il bilanciamento tra principi effettuato dalle Istituzioni europee ai fini della valutazione di compatibilità

<sup>21</sup> V. Corte di giustizia, 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Dassonville*, In diritto, par. 5: "[o]gni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative".

<sup>22</sup> V. Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis De Dijon*: "[i]n mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell'alcool - dato che la proposta di regolamento presentata dalla Commissione al Consiglio il 7 dicembre 1976 (GU n. C 309, pag. 2) non ha avuto seguito da parte di questo - spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche; gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori". Com'è noto, le deroghe al divieto di adottare misure a effetto equivalente non sono tassative, mentre tali sono sempre quelle al divieto di restrizioni dirette alle libertà di circolazione previste dai Trattati. Ciò vale non soltanto per la circolazione delle merci, ma anche per le altre libertà di circolazione (v. Corte di giustizia)

<sup>23</sup> V. Corte di giustizia, 16 novembre 1977, causa C-13/77, *G.B. Inno*.

<sup>24</sup> V. Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*.

delle misure nazionali segue dei criteri differenti da quelli fatti propri dal singolo Stato membro che le ha adottate. Ciò vale in particolar modo per le misure ispirate al principio di solidarietà che abbiano un impatto sul mercato.

A tale riguardo, vediamo ora come questa divergenza di prospettive possa spiegare delle conseguenze sulla disciplina del Terzo settore attualmente in vigore in Italia, dapprima in riferimento alla disciplina degli affidamenti della gestione di servizi di interesse generale agli ETS e, successivamente, in riferimento al sostegno economico proveniente dallo Stato in favore di essi.

#### 4. *Il parere 2052 del 2018 sulle modalità di affidamento dei servizi sociali agli enti del Terzo settore*

Come da ultimo sottolineato dalla sentenza n. 131 del 2020, il CTS prevede che gli ETS, in ragione del possesso di comprovati requisiti, possano avere accesso agli strumenti di amministrazione condivisa di cui agli artt. 55 e 56, vale a dire la co-progettazione, la co-programmazione, l'accreditamento e la convenzione.

Riguardo la compatibilità di tali previsioni con il diritto eurounitario, la giurisprudenza amministrativa ha già mostrato delle perplessità, espresse in prima battuta dal Consiglio di Stato in sede consultiva e, successivamente, recepite dalla giurisprudenza amministrativa.<sup>25</sup>

Su sollecitazione dell'ANAC, in un parere reso nel 2018 avente a oggetto gli artt. 55-56 del nuovo CTS<sup>26</sup>, la Sezione consultiva del Consiglio di Stato prospettava in termini assai netti l'incompatibilità con il diritto europeo di una lettura che estendesse a tutti gli ETS per tutti i servizi di interesse sociale la possibilità di avvalersi degli strumenti di

<sup>25</sup> Da ultimo, v. Tar Toscana, Sez. I, sent. n. 666 del 1° giugno 2020.

<sup>26</sup> Cons. St., comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052. A tale parere (che si pone in continuità con il precedente Cons. St., comm. spec., 14 giugno, n. 1405), in data 10 maggio 2019, ha fatto seguito il nuovo schema di linee guida da parte di ANAC, contenuto in un documento denominato *Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*, reso pubblico il 10 maggio 2019. Su tale documento, tuttavia, con parere del 27 dicembre 2019, n. 3235 il Consiglio di Stato si è espresso negativamente, invitando l'Autorità a rimeditare le soluzioni ivi contenute alla luce della limitazione delle competenze regolatorie della stessa in materia di affidamento dei contratti pubblici, conseguente all'approvazione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32.

amministrazione condivisa previsti da tali disposizioni<sup>27</sup>. Secondo la Commissione di Palazzo Spada, infatti, alla luce della nozione funzionale di impresa fatta propria dal diritto eurounitario, la disciplina europea sui contratti pubblici potrebbe essere derogata dal legislatore nazionale esclusivamente per quei soggetti che offrono beni e servizi in maniera totalmente gratuita, vale a dire in perdita, in modo che sia esclusa per essi la copertura dei costi con i ricavi: solo in questo modo potrebbe garantirsi che l'intervento pubblico previsto in loro favore non valga a remunerare i fattori della produzione impiegati da tali enti, i quali, restando per questo estranei al mercato, svolgerebbero un servizio avente carattere non economico<sup>28</sup>.

Diversamente, per quanto riguarda i servizi economici, al di fuori delle attività che le direttive europee sui contratti pubblici hanno espressamente escluso dal loro ambito di applicazione (p.e. il servizio di trasporto sanitario d'urgenza), la disciplina europea dovrebbe senz'altro trovare integrale applicazione, salvo che lo Stato membro dimostri che l'attività in questione rientra fra quelle di interesse generale, alle quali, nonostante il significativo margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati in tali settori, resterebbero comunque applicabili i principi fondamentali del diritto europeo della concorrenza<sup>29</sup>.

A parere del Consiglio di Stato, tale interpretazione sarebbe l'unica atta a evitare che le procedure di affidamento della gestione dei servizi limitino selettivamente l'accesso ad alcuni mercati a indebito vantaggio delle imprese *no profit*. Così, per gli strumenti del CTS diversi dall'accreditamento cd. libero (che non ha l'effetto di segregare il mercato) e dalle procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate a rapporti puramente gratuiti (rivolte dunque a operatori esterni al mercato), la Commissione ha ritenuto che "il ricorso alle procedure di cui al Codice del terzo settore deve essere volta per volta specificamente

<sup>27</sup> Per un'analisi critica di tale soluzione, v. F. GIGLIONI, *op. cit.*, 517 ss.

<sup>28</sup> Per quanto riguarda specificamente le convenzioni di cui all'art. 56, il Consiglio di Stato ha ritenuto che esse debbano considerarsi riservate a ODV e APS, che, per loro natura, operano con metodo non economico e possono ricevere dallo Stato esclusivamente il cd. rimborso a piè di lista.

<sup>29</sup> Così afferma il Consiglio di Stato: "il diritto europeo, nella consapevolezza della peculiarità del settore, più di altri legato alle tradizioni culturali di ogni Paese, lascia sì in materia un significativo margine di libertà procedurale agli Stati, ferma restando, tuttavia, la doverosa applicazione della sostanza regolatoria pro-concorrenziale propria della disciplina europea".

motivato quale riflesso operativo del preminente valore ‘sociale’ dell’affidamento, in diretta connessione con i principi sottesi al considerando 114 della direttiva 2014/24/UE ed all’analogo considerando n. 120 della direttiva 2014/25/UE”.

Inoltre, in virtù del primato del diritto eurounitario, il Consiglio di Stato non ha mancato di rilevare che, ove le disposizioni del CTS non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al Codice dei contratti pubblici, sarà necessario fare ricorso al “meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni”.

Invero, stante quanto già visto nel paragrafo precedente rispetto alla funzione dell’Unione europea, le conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato in merito alla questione della compatibilità degli strumenti di amministrazione condivisa con il diritto europeo non sembrano del tutto prive di fondamento. Infatti, coerentemente con quanto si è detto in relazione agli scopi dei Trattati, i Consiglieri di Palazzo Spada hanno rilevato che la soluzione adottata “gemma dalle finalità stesse della costruzione europea, 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 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”.

Per tali ragioni il Consiglio di Stato ha di fatto circoscritto l’accesso ai modelli di amministrazione condivisa agli ETS che svolgano servizi di interesse economico generale, in quanto l’assenza di scopo di lucro e il fine solidaristico dell’attività non costituiscono, di per sé, elementi sufficienti a sottrarre alla disciplina pro-concorrenziale europea un soggetto che operi sul mercato con metodo economico; che questo sia l’esito della lettura restrittiva offerta dal parere in questione, risulta peraltro dai significativi riferimenti agli artt. 14 TUE e al Protocollo 26 dei Trattati, sebbene manchi un’esplicita menzione dell’art. 106 TFUE.

In effetti, neppure considerando le sentenze della CGUE richiamate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 le conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato sembrerebbero essere smentite: quelle pronunce infatti, relative a fattispecie alle quali risultava applicabile la

previgente normativa dettata dalle direttive del 2004, riguardavano *a)* servizi di trasporto sanitario d'urgenza, espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina europea sui contratti pubblici e *b)* organizzazioni di volontariato, le quali, agendo effettivamente in perdita, rappresentano un ETS del tutto particolare, caratterizzato dalla totale gratuità dei servizi che offre e, dunque, dalla sua sostanziale estraneità al mercato<sup>30</sup>. La peculiarità di tali fattispecie, dunque, non consente di estendere quella giurisprudenza ai servizi sociali *tout court*, che oggi, diversamente da quanto era previsto dalle direttive del 2004, non risultano più esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici. In questo senso, come puntualmente notato dal Consiglio di Stato nel parere del 2018, la *mens legis* sottesa alle nuove direttive, più che alla valorizzazione di un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà, appare in realtà “tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo* [*i.e.* dei servizi sociali], prima lasciato ai decisori nazionali”.

Quanto al valore dei precedenti giurisprudenziali sulle ODV, dunque, v'è da ritenere che il Consiglio di Stato lo abbia colto più correttamente di quanto abbia fatto la Corte costituzionale, che, nella sentenza n. 131, sembrerebbe (o vorrebbe) vedere in quelle pronunce un'apertura europea verso il Terzo settore che, invece, non c'è.

Quanto all'interpretazione delle direttive del 2014, tuttavia, v'è da rilevare che parrebbe possibile una soluzione meno restrittiva rispetto a quella fatta propria dal Consiglio di Stato: infatti, la nozione di “servizio alla persona” utilizzata nei considerando 120 della direttiva 2014/25/UE e 114 della direttiva 2014/24/UE potrebbe essere considerata più ampia rispetto a quella di “servizio di interesse economico generale” di cui all'art. 106 TFUE, cosicché, almeno limitatamente all'applicazione delle regole relative alla contrattazione pubblica, per l'affidamento di tali servizi potrebbe essere considerato sufficiente il rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione, così come previsto dai citati considerando.

Peraltro, sebbene non sia possibile negare la sostanziale correttezza della lettura data dal Consiglio di Stato sulle nuove direttive del 2014,

<sup>30</sup> D'altronde, lo stesso Consiglio di Stato nel citato parere mostra chiaramente di avere ben presente la particolarità di tali casi, cui risulta peraltro applicabile una norma *ad hoc* del CTS, l'art. 57.



devono pur sempre tenersi presenti almeno due considerazioni, probabilmente sufficienti a mitigare la rigidità delle conclusioni tratte nel parere del 2018.

In primo luogo, la disapplicazione della normativa nazionale potrà avvenire esclusivamente nell'ambito di applicazione del diritto europeo e, pertanto, non sembra del tutto corretto affermare che il riscontro di un contrasto di una norma del CTS con una norma del Codice dei contratti pubblici imponga sempre la prevalenza della seconda, con obbligo di disapplicare la prima: infatti, ciò non vale quanto meno per le situazioni meramente interne, in cui spesso si trovano a operare gli ETS. Almeno in questi (non pochi) casi, quindi, il problema del rapporto col diritto sovranazionale non si pone.

In secondo luogo, non sembra che l'Unione europea, in ragione della sua natura di ente funzionale, possa ridefinire i rapporti tra i principi costituzionali dei singoli Stati membri. In particolare, con riguardo al principio di solidarietà per come inteso nell'ordinamento italiano non sembra che le sue competenze siano idonee a darvi attuazione, né che le disposizioni dei Trattati e della CDFUE contengano delle garanzie equivalenti a quelle previste dai principi fondamentali della Costituzione italiana, segnatamente dagli artt. 2, 3, co. 2 e 4, co. 2. Per tali ragioni, ove il rispetto del principio di concorrenza di matrice europea comprimesse la possibilità del legislatore nazionale di perseguire l'attuazione dei principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, esso non avrebbe comunque modo di prevalere e, in caso di contrasto, la legittimità della legge di ratifica dei Trattati europei dovrebbe essere sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale<sup>31</sup>. In questo senso, quest'ultima bene ha fatto, nella sentenza 131, a ritenere che il diritto europeo non potrebbe porsi in conflitto con la previsione, da parte degli Stati, di modelli organizzativi ispirati non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà: se così non fosse, infatti, i Trattati europei rischierebbero di porsi seriamente in collisione con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Per tale ragione, sembra inevitabile che le deroghe alla disciplina della concorrenza debbano includere tutte quelle attività di prestazione dei servizi la cui regolamenta-

<sup>31</sup> Che i principi contenuti negli artt. 2 e 3, co. 2, Cost. funzionino da controlimiti è questione controversa, della quale si segnala la problematicità. Per un inquadramento generale della questione, v. S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, 2018.

zione secondo il modello solidaristico risulta necessaria per la realizzazione degli obiettivi derivanti dai principi fondamentali della Costituzione.

*5. Le misure di sostegno economico e il regime fiscale degli enti del Terzo settore di fronte al divieto di aiuti di Stato*

Un altro punto di potenziale collisione del diritto europeo con la disciplina del Terzo settore approvata dal legislatore italiano potrebbe ragionevolmente ravvisarsi nelle previsioni normative applicabili agli ETS in materia fiscale. Le nuove misure previste dal CTS, infatti, rischiano di alterare gli scambi tra Stati membri avvantaggiando economicamente in maniera selettiva gli enti *no profit* mediante il trasferimento di risorse gestite dallo Stato; per tali ragioni, essi sembrerebbero qualificarsi come aiuti di Stato e, in virtù di ciò, l'Italia dovrà comunicare l'istituzione alla Commissione europea, la quale dovrà esprimersi sulla natura di aiuto di Stato di tali forme di sostegno economico e, in caso affermativo, sulla loro compatibilità con il diritto sovranazionale. Tale procedimento è già in atto e tuttavia, nonostante l'entrata in vigore di tali disposizioni del Codice sia prevista a breve, la comunicazione non risulta ancora trasmessa<sup>32</sup>.

Nella logica seguita dal legislatore nazionale, dal momento che gli ETS svolgono attività di interesse sociale, sostituendosi in via di sussidiarietà all'amministrazione e investendo a tal fine risorse proprie destinate a non essere remunerate, si è inteso sostenere tali soggetti anche economicamente nello svolgimento della loro attività istituzionale, de-

<sup>32</sup> Per tale ragione, in data 29 gennaio 2020, con parere interlocutorio n. 248, il Consiglio di Stato ha sospeso l'espressione di parere relativo a un decreto interministeriale di attuazione del regime fiscale adottato ai sensi dell'art. 6 del CTS: “[p]remesso quanto sopra, considerato quanto rappresentato dallo stesso Ministero del lavoro e della previdenza sociale circa la necessità, ai sensi dell'articolo 101, co. 10, del d.lgs. n. 117/2017, della preventiva autorizzazione della Commissione europea per l'applicazione del regime fiscale agevolato previsto dal codice e tenuto conto delle sopra citate osservazioni del Ministero dell'economia delle finanze chiamato ad esprimere il concerto sul provvedimento in oggetto, la Sezione ritiene necessario acquisire elementi informativi in ordine alla preventiva autorizzazione della Commissione. In particolare, si chiede all'Amministrazione competente di far conoscere se tale autorizzazione sia stata richiesta e quali siano stati gli eventuali esiti”.

stinando loro dei finanziamenti e riconoscendo loro delle agevolazioni tributarie.

In particolare, salve le specifiche misure di favore rivolte esclusivamente alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale<sup>33</sup>, a vantaggio degli ETS in quanto tali il CTS prevede:

- all'art. 62, l'istituzione del Fondo unico nazionale (FUN), alimentato da contributi annuali obbligatori e volontari delle fondazioni di origine bancaria (FOB), volto ad assicurare il finanziamento stabile dei Centri di servizio per il volontariato (CSV), i quali sono enti accreditati "costituiti in forma di associazione riconosciuta del Terzo settore da organizzazioni di volontariato e da altri enti del Terzo settore, esclusi quelli costituiti in una delle forme del libro V del codice civile"<sup>34</sup>; tale Fondo è amministrato e ripartito tra i CSV e tra le loro associazioni da parte di un Organismo nazionale di controllo (ONC)<sup>35</sup> e

<sup>33</sup> Si vedano, per esempio, gli artt. 67, 68, 70, co. 2, 73, co. 2, 74, 75, 76, 84, 85 e 86. Le risorse del Fondo per il finanziamento di progetti e attività di interesse generale del Terzo settore previsto dall'art. 72, oltre alle ODV e alle APS, sono accessibili anche alle fondazioni del Terzo settore.

<sup>34</sup> Art. 61, co. 1. Sempre ai sensi di questa norma, lo statuto dei CSV, tra le altre cose, deve prevedere: lo svolgimento di attività di supporto tecnico, formativo ed informativo al fine di promuovere e rafforzare la presenza ed il ruolo dei volontari negli enti del Terzo settore; il divieto di erogare direttamente in denaro le risorse ad essi provenienti dal FUN nonché di trasferire a titolo gratuito beni mobili o immobili acquisiti mediante le medesime risorse; l'obbligo di adottare una contabilità separata per le risorse provenienti da fonte diversa dal FUN; l'obbligo di ammettere come associati le organizzazioni di volontariato e gli altri enti del Terzo settore, esclusi quelli costituiti in una delle forme del libro V del codice civile, che ne facciano richiesta; l'attribuzione della maggioranza di voti in ciascuna assemblea alle organizzazioni di volontariato; il diritto dell'organismo territoriale di controllo (OTC) competente di nominare, qualora l'ente fosse accreditato come CSV, un componente dell'organo di controllo interno del CSV con funzioni di presidente e dei componenti di tale organo di assistere alle riunioni dell'organo di amministrazione del CSV; l'obbligo di redigere e rendere pubblico il bilancio sociale".

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 64 "[l]'ONC è una fondazione con personalità giuridica di diritto privato, costituita con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, al fine di svolgere, per finalità di interesse generale, funzioni di indirizzo e di controllo dei CSV. Essa gode di piena autonomia statutaria e gestionale nel rispetto delle norme del presente decreto, del codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo. Le funzioni di controllo e di vigilanza sull'ONC previste dall'articolo 25 del codice civile sono esercitate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali".

costituisce patrimonio autonomo, vincolato alla destinazione di copertura dei costi per la realizzazione dei servizi strumentali ai CSV, per la promozione del volontariato e per il funzionamento dell'ONG, dei CSV e degli OTC (uffici territoriali dell'ONG privi di autonoma soggettività giuridica);

- all'art. 69, l'impegno dello Stato, delle Regioni e delle Province autonome di promuovere le opportune iniziative per favorire l'accesso degli ETS ai finanziamenti del Fondo sociale europeo e ad altri finanziamenti europei per progetti finalizzati al raggiungimento degli obiettivi istituzionali;

- all'art. 77, la possibilità per gli ETS di emettere e diffondere obbligazioni in forma di titoli di solidarietà, al fine di favorire il finanziamento e il sostegno delle loro attività istituzionali;

- all'art. 81, dei crediti di imposta sulle erogazioni liberali per gli ETS che hanno presentato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali un progetto per sostenere il recupero degli immobili pubblici inutilizzati e dei beni mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata assegnati ai suddetti enti del Terzo settore e da questi utilizzati esclusivamente per lo svolgimento delle loro attività istituzionali con modalità non commerciali.

L'art. 10 della legge delega n. 106 del 2016 ha istituito, inoltre, la Fondazione Italia sociale, con lo scopo di sostenere, mediante l'apporto di risorse finanziarie e di competenze gestionali, la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di enti del Terzo settore, caratterizzati dalla produzione di beni e servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti, in particolare, ai territori e ai soggetti maggiormente svantaggiati.

Quanto al regime fiscale applicabile, l'art. 79 detta anzitutto i criteri per distinguere le attività commerciali da quelle non commerciali e, in secondo luogo, in base al criterio dell'attività esclusiva o prevalente, distingue gli ETS commerciali da quelli non commerciali.

Ai sensi del co. 2, si considerano di natura non commerciale le attività di interesse generale di cui all'art. 5, quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi, tenuto anche conto degli apporti economici degli enti di cui sopra e salvo eventuali importi di partecipazione alla spesa previsti dall'ordinamento; la natura non commerciale di tale attività viene tuttavia meno qualora i ricavi superino di oltre il 5 per cento i relativi co-

sti per ciascun periodo d'imposta e per non oltre due periodi d'imposta consecutivi. Inoltre, ai sensi del co. 3, sono considerate in ogni caso non commerciali alcune specifiche attività di cui all'art. 5 che siano svolte da ETS caratterizzati da particolari scopi statutari (ricerca, beneficenza ecc.) e l'attività svolta dalle associazioni del Terzo settore nei confronti dei propri associati e dei familiari e conviventi degli stessi in conformità alle finalità istituzionali dell'ente.

Rispetto alla classificazione degli enti ai fini delle imposte sui redditi, il co. 5 dell'art. 79 prevede che si considerano non commerciali gli enti che svolgano in via esclusiva o prevalente le attività di cui all'articolo 5 in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3 del medesimo articolo; per questi enti è prevista la possibilità di optare per la determinazione forfetaria del reddito d'impresa, applicando un coefficiente di redditività agevolato<sup>36</sup>.

Quanto, invece, alle imposte indirette e ai tributi locali, sono esenti dall'imposta sulle successioni e sulle donazioni e alle imposte ipotecaria e catastale i trasferimenti a titolo gratuito effettuati a favore degli ETS diversi dalle imprese sociali e utilizzati per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Sono inoltre previste agevolazioni sulle imposte di registro, ipotecaria e catastale per le operazioni straordinarie e per i trasferimenti di immobili utilizzati in diretta attuazione degli scopi istituzionali dell'ente. Per i tributi locali diversi dall'imposta municipale propria e dal tributo per i servizi indivisibili, infine, il Codice attribuisce agli enti locali il potere di deliberare riduzioni o esenzioni.

Nel prevedere i finanziamenti e le agevolazioni sopra descritti, il legislatore nazionale è apparso molto attento a mantenersi entro i binari indicati dalla CGUE già a partire dalla nota sentenza *Altmark*, nella quale si è affermato che non devono essere considerati aiuti di Stato i trasferimenti di risorse pubbliche destinati alla compensazione dei costi sopportati da imprese pubbliche o private per lo svolgimento di servizi di interesse economico generale. Infatti tutte le agevolazioni previste sono condizionate al loro utilizzo per lo svolgimento dell'attività istituzionale dell'ente, considerata dal CTS come attività di

<sup>36</sup> Diverse e maggiormente favorevoli sono le disposizioni applicabili agli ODV e alle APS, cui è dedicato il Capo II del Titolo X del CTS.

interesse generale. Inoltre, rispetto a specifici trasferimenti di risorse<sup>37</sup>, il legislatore ha avuto cura di ammetterli esclusivamente entro la soglia degli aiuti *de minimis*, in modo che a essi non sia applicabile la disciplina sugli aiuti di Stato. Quanto, infine, al regime forfetario per la determinazione del reddito di impresa degli ETS non commerciali, l'aver previsto la possibilità di perdita della qualifica, se assistita in concreto dagli opportuni controlli, sembra garantire un'efficace repressione degli abusi della qualifica di ente non commerciale, cosicché i trasferimenti di risorse effettuati in favore di tali enti non potrebbero essere considerati aiuti di Stato<sup>38</sup>.

Dunque, in linea di massima, sembra che la disciplina di sostegno agli ETS introdotta dal Codice sia da considerarsi rispettosa delle indicazioni fornite dalle istituzioni europee in materia di aiuti di Stato. Restano, tuttavia, alcune perplessità.

Con riferimento alle imposte indirette, infatti, le agevolazioni previste vengono accordate tanto agli enti non commerciali quanto agli enti commerciali e, allo stesso modo, per lo svolgimento di attività tanto commerciali quanto non commerciali: infatti, perché l'ETS possa accedere a tali benefici è sufficiente che il trasferimento di risorse risulti funzionale allo svolgimento dell'attività istituzionale dell'ente. Non è detto, però, che l'attività in questione debba essere svolta con metodo non economico, né che essa debba essere riconducibile allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale. Sotto tale profilo, la normativa italiana potrebbe risultare in contrasto con il diritto europeo, in quanto, consentendo che possano beneficiare di agevolazioni fiscali anche enti commerciali ai fini dello svolgimento di attività da considerarsi commerciali ai fini tributari, rischia di incidere sugli

<sup>37</sup> Tale previsione è contenuta nell'art. 88 e riguarda la riduzione o esenzione dall'Irap, la riduzione o esenzione da tributi locali diversi da IMU e TASI e alcuni benefici riconosciuti esclusivamente a ODV e APS.

<sup>38</sup> In tal senso, v. Decisione della Commissione del 19.12.2012 relativa all'aiuto di Stato SA.20829 (C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006), par. 158. In questo importante precedente, la Commissione europea, chiamata a vagliare la legittimità della riduzione dell'imposta sul reddito prevista dal TUIR in favore degli enti ecclesiastici e delle associazioni sportive dilettantistiche in quanto enti non commerciali, aveva dato particolare rilievo alla circostanza che la normativa italiana prevede la possibilità di perdita della qualifica di ente non commerciale, resa effettiva dallo svolgimento di opportuni controlli: ciò è stato ritenuto sufficiente per escludere che la riduzione fiscale denunciata potesse considerarsi un aiuto di Stato.

scambi tra gli Stati membri e di determinare alterazioni della concorrenza.

In tal modo, gli ETS potrebbero risultare avvantaggiati rispetto ad altre imprese che operano in concorrenza con essi, senza che il trasferimento di risorse loro concesso sia vincolato allo svolgimento di attività esterne al mercato o, comunque, di interesse generale. In un noto precedente risalente al 2012 e riguardante i tributi locali sugli immobili dovuti dagli enti *no profit*, a escludere le agevolazioni sull'IMU dall'ambito di applicazione dell'art. 107 fu esattamente tale elemento, che qui sembra mancare: in quell'occasione, in considerazione del fatto che l'esenzione era limitata alla porzione di immobile destinata allo svolgimento dell'attività non commerciale dell'ente, la Commissione dichiarò che "gli enti non commerciali in questione, quando svolgono le attività suindicate rispettando integralmente le condizioni previste dalla legislazione italiana non agiscono come imprese ai sensi del diritto dell'Unione. Dato che l'articolo 107, paragrafo 1, del trattato si applica soltanto alle imprese, nel caso di specie la misura non risulta rientrare nel campo di applicazione di tale articolo". Diversamente, riguardo l'esenzione dall'ICI, che era integralmente riconosciuta agli enti *no profit* indipendentemente dall'uso che essi facevano degli immobili, nella stessa decisione la Commissione qualificava tale misura come aiuto di Stato e ne dichiarava l'illegittimità, in quanto non risultava giustificata dalla logica del sistema tributario italiano; peraltro, stante l'assenza di argomenti presentati dallo Stato italiano a sostegno della natura di SIEG delle attività svolte dagli enti beneficiari dell'aiuto, la Commissione neppure poteva valutare la compatibilità di quest'ultimo ai sensi dell'art. 106, co. 2 TFUE. A tale proposito, netta è stata la presa di posizione rispetto alla insufficienza della natura sociale o solidaristica dell'attività svolta dall'ente per derogare alle norme europee sulla concorrenza e sul divieto di aiuti di Stato<sup>39</sup>.

Le problematiche più importanti, in ogni caso, più che all'ammissibilità delle singole agevolazioni con riguardo alla logica complessiva del sistema tributario italiano, sembrano legate alla genericità della descrizione delle attività di interesse generale menzionate

<sup>39</sup> V. parr. 99, 101, 105 e 123-128 della Decisione menzionata. Dello stesso tenore sono le affermazioni contenute in Corte di giustizia, 8 settembre 2011, cause C-78/08 e C-80/08, *Paint Graphos*, nonché nella Guida alle norme sugli aiuti di Stato, approvata dalla Commissione nel 2013.

dall'art. 5 e, peraltro, ulteriormente ampliabili con D.P.C.M. Infatti, sebbene tutte le agevolazioni e le sovvenzioni che abbiamo elencato siano ancorate alla destinazione all'attività istituzionale delle risorse in tal modo ottenute, per poter escludere che esse possano essere qualificate come aiuto di Stato ai sensi del diritto europeo sarebbe necessario vincolarle specificamente e chiaramente all'adempimento di precisi obblighi di servizio pubblico. Com'è evidente, in questo caso non è così, dal momento che, rispetto ad alcuni benefici, è sufficiente che essi siano utilizzati per lo svolgimento dell'attività istituzionale. Per tale ragione, non sembra che gli artt. 5 e 8 del CTS valgano a circoscrivere sufficientemente le deroghe alla disciplina della concorrenza consentite dal diritto europeo<sup>40</sup>.

In verità risulta estremamente problematico inquadrare negli schemi del diritto europeo il Terzo settore e le ragioni del trattamento di favore riservato dal legislatore nazionale agli enti che ne fanno parte: in particolare, non sembra possibile individuare dei compiti e degli obblighi di servizio pubblico chiaramente definiti, in quanto la riduzione dell'attività solidale degli ETS all'adempimento di direttive imposte dai poteri pubblici negherebbe la stessa ragion d'essere del Terzo settore, disconoscendo il valore dell'autonoma iniziativa dei cittadini e facendo venir meno ogni differenza tra gli ETS e gli enti costituiti in forma di impresa pubblica o privata e incaricati di svolgere un servizio pubblico.

Per intendere la logica del Codice del Terzo settore e del *favor* rivolto ai soggetti che ne fanno parte, dunque, non è solamente all'attività in sé che bisogna guardare, né solamente alla totale gratuità della prestazione del servizio, la quale varrebbe a riportare quest'ultimo tra i servizi non economici. Ciò che caratterizza gli ETS rispetto alle imprese incaricate di svolgere servizi di interesse economico generale, infatti, è, da un lato, la maggiore ampiezza delle loro attività rispetto a quelle riconducibili ai servizi di interesse economico ge-

<sup>40</sup> Solo per limitarsi ad alcuni esempi, tra le attività di interesse generale sono inclusi gli "interventi e servizi finalizzati [...] alla tutela degli animali", l'"organizzazione di attività turistiche di interesse sociale", l'"organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche". Com'è evidente, tali attività rivestono certo una valenza sociale, tuttavia appaiono estremamente generiche e difficilmente riconducibili alla nozione di servizio sociale di interesse generale per come inteso nella giurisprudenza europea.



nerale per come intesi nel diritto europeo<sup>41</sup>; dall'altro la modalità con la quale tali soggetti svolgono la loro attività istituzionale, vale a dire mediante l'autonoma iniziativa dei cittadini, che, per definizione, non può e non vuole essere circoscritta all'assolvimento di obblighi imposti dai poteri pubblici.

Per altro verso, gli ETS, sebbene operino senza scopo di lucro, neppure possono essere considerati soggetti che agiscono al di fuori del mercato, né il legislatore nazionale impedisce loro di coprire i costi con i ricavi agendo con metodo economico. Se così fosse, l'obiettivo promozionale perseguito dal CTS sarebbe pressoché annullato e, inoltre, si rischierebbe di privare non pochi cittadini della possibilità di assumere un'autonoma iniziativa finalizzata a obiettivi di solidarietà: quanti, infatti, potrebbero disporre delle risorse economiche necessarie per mantenere in vita un'attività destinata a operare in perdita? In questo modo risulterebbe estremamente compresso lo spazio per la sussidiarietà orizzontale, con il risultato che, anche volendo mettere a disposizione della collettività il proprio tempo, il proprio lavoro e le proprie energie mediante un'autonoma iniziativa, coloro che fossero privi di un notevole patrimonio non sarebbero in alcun modo in condizione di farlo.

Per tali ragioni, risulta effettivamente complicato immaginare che la disciplina del Terzo settore possa vincolare gli ETS allo svolgimento di attività compiutamente definite e all'assolvimento di precisi obblighi di servizio pubblico. Perciò, salvo il fatto che gli Stati hanno un grandissimo margine di discrezionalità per la definizione dei SIEG, le previsioni in materia fiscale fatte proprie del CTS non appaiono facilmente conciliabili con il diritto europeo in materia di aiuti di Stato, quanto meno per questo profilo.

## 6. Conclusioni

Come si è visto, la questione del posto del Terzo settore nel diritto europeo è cosa ben più complessa di quanto possa a prima vista apparire, in quanto, nonostante l'Unione europea si fondi su principi che, in parte, risultano nominalmente coincidenti con quelli della Costitu-

<sup>41</sup> Tra i SIEG la CGUE ha annoverato il servizio postale, la distribuzione dell'energia elettrica, i trasporti, e le telecomunicazioni.

zione italiana, entro le logiche dell'ordinamento sovranazionale tali principi non hanno (e non possono avere) il medesimo significato che hanno all'interno dell'ordinamento costituzionale e si pongono tra loro in rapporti molto diversi da quelli delineati dalla Carta del '48.

La necessaria mediazione, pertanto, così come pare aver colto la Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020, dovrà avvenire sul piano politico, anzitutto attraverso una stretta interlocuzione con la Commissione europea. Sarà essenziale, a tal fine, rappresentare come lo sviluppo della disciplina del Terzo settore sia imposto direttamente dai principi fondamentali della Costituzione, i quali costituiscono indubbiamente elementi essenziali dell'identità costituzionale dello Stato italiano e dunque, com'è noto, ben possono invocarsi a sostegno dell'esigenza di derogare all'ordinaria disciplina pro-concorrenziale.

D'altro canto, è comunque innegabile l'utilità di una più stringente delimitazione del campo delle attività di interesse generale, nonché dell'applicazione anche al Terzo settore dei principi di trasparenza e di non discriminazione imposti dal diritto europeo: ciò che infatti deve essere assolutamente evitato è che la denominazione ETS possa trasformarsi in una mera etichetta da utilizzare al fine di ottenere indebiti vantaggi competitivi e di prevalere abusivamente su enti commerciali privati che operano sul mercato. In questo senso, l'applicazione della disciplina pro-concorrenziale può apportare dei benefici anche al Terzo settore; tuttavia, ciò che sempre deve tenersi presente è che l'architettura costituzionale impedisce che quella disciplina prevalga in quanto tale sulle esigenze alla base del sostegno agli ETS e, per questa ragione, essa dovrà trovare applicazione solamente nella misura in cui risulterà funzionale a garantire che il Terzo settore possa mantenersi effettivamente tale e perseguire realmente gli obiettivi solidaristici a esso affidati.

GABRIELE SEPIO\*

LE ATTIVITÀ DI INTERESSE GENERALE DEGLI ENTI  
DEL TERZO SETTORE IN REGIME DI CONVENZIONE  
CON LA P.A. E I CONSEGUENTI RISVOLTI FISCALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nell'attività delle pubbliche amministrazioni, ai sensi degli artt. 55 e 56 del CTS. – 3. Inquadramento delle attività svolte in regime di convenzione/accreditamento ai fini delle imposte sui redditi. – 4. Inquadramento delle attività svolte in regime di convenzione/accreditamento ai fini IVA. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel quadro della riforma del Terzo settore il legislatore ha introdotto, mediante la disciplina di cui agli articoli 55 e 56 del D.lgs. n. 117 del 2017, un rinnovato assetto normativo volto a regolamentare i rapporti tra enti pubblici ed enti del terzo settore (ETS). In tale contesto, il legislatore della riforma prende in considerazione le diverse forme di collaborazione che possono instaurarsi tra gli ETS e le amministrazioni pubbliche, mediante strumenti che variano a seconda della tipologia di ente *partner*, delle attività di interesse generale svolte e delle fasi di intervento (co-programmazione, co-progettazione, accreditamento, programmazione sociale di zona, convenzioni).

Un importante risvolto connesso allo sviluppo di questa tematica concerne gli aspetti tributari e, in modo particolare, la corretta qualificazione sotto il profilo fiscale delle attività svolte nell'ambito di tali forme di collaborazione. Il tema del partenariato tra amministrazioni pubbliche e terzo settore, infatti, è strettamente legato a quello dell'inquadramento tributario dei contributi corrisposti alle organizzazioni *non profit* per lo svolgimento di servizi di interesse generale, anche alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal Titolo X del D.lgs. n. 117 del 2017 (recante il Codice del terzo settore, nel seguito anche solo "CTS").

\* Segretario generale di *Terzjus* e consigliere di amministrazione della Fondazione Italia Sociale.

A questo riguardo, va considerato che l'intera struttura della riforma è imperniata sulla valorizzazione del principio di sussidiarietà, operante in un sistema di governo multilivello basato sull'autonomia iniziativa dei cittadini. Dando seguito ad una tendenza che ha iniziato a imperversare in misura sempre crescente negli ultimi anni, infatti, la riforma si propone di superare definitivamente l'ormai anacronistica dicotomia tra pubblico e privato, tra Stato e Mercato, per passare ad uno schema tripolare in cui subentrano gli ETS, aventi un assetto privatistico ma in grado di perseguire finalità pubblicistiche di utilità e promozione sociale.

Il ruolo preminente del terzo settore nei rapporti di collaborazione con i soggetti pubblici è stato peraltro espressamente riconosciuto, da ultimo, dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020, che si è soffermata proprio sulla particolare importanza delle operazioni di partenariato di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore e sul loro collocarsi in un "*canale di amministrazione condivisa*", alternativo a quello del profitto e del mercato.

Queste nuove premesse hanno inevitabilmente richiesto una riorganizzazione sistematica della legislazione del *non profit* anche sotto il profilo tributario, volta a valorizzare e riconoscere il ruolo degli enti del terzo settore nella realizzazione di obiettivi di interesse collettivo e nello svolgimento di attività che si pongono in molti casi, di fatto, come integrative rispetto al servizio pubblico. L'impianto della riforma mira pertanto, da un lato, a introdurre strumenti fiscali agevolativi legati allo svolgimento di attività di interesse generale e, dall'altro, a delineare un quadro normativo coerente con le esigenze di tutela della concorrenza e con la disciplina europea in tema di aiuti di stato.

In tale ottica, le disposizioni del Titolo X del Codice del terzo settore introducono specifici parametri per definire la "commercialità" o la "non commercialità" delle attività e delle entrate degli ETS, che tengono conto delle modalità operative con le quali gli stessi perseguono i propri obiettivi di interesse generale (art. 79 CTS).

È bene sin da subito segnalare che le disposizioni tributarie in questione non sono ancora efficaci, essendo subordinate all'autorizzazione della Commissione europea in merito ai nuovi regimi fiscali agevolativi indirizzati agli enti del Terzo settore<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 104, comma 2, CTS, le disposizioni di cui all'art. 79 del medesimo decreto diverranno efficaci a decorrere dal periodo d'imposta

Occorre peraltro considerare che alcune linee interpretative per la lettura delle nuove disposizioni di carattere tributario – e, in particolare, per l'inquadramento delle entrate afferenti ai rapporti con le pubbliche amministrazioni – possono essere ricavate proprio dalle previsioni del Codice del terzo settore che disciplinano le forme di collaborazione tra gli ETS e i soggetti pubblici, nonché dagli orientamenti giurisprudenziali che si sono occupati di identificare, in tale contesto, gli elementi indicativi dello svolgimento di un'attività di natura non economica.

Appare quindi opportuno soffermarsi sulla disciplina introdotta dagli artt. 55 e 56 del CTS in tema di coinvolgimento degli enti del terzo settore, al fine di esaminare in che rapporto la stessa si ponga con le disposizioni che regolano il trattamento tributario dei contributi corrisposti da pubbliche amministrazioni, con riferimento sia alle disposizioni in tema di imposte sui redditi (con particolare riguardo alle nuove disposizioni introdotte dal Titolo X del Codice del terzo settore) sia alla disciplina in materia di imposta sul valore aggiunto.

## *2. Il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nell'attività delle pubbliche amministrazioni, ai sensi degli artt. 55 e 56 del CTS*

L'art. 55 del CTS regola i “modi di coinvolgimento” degli enti del Terzo settore nell'attività con la P.A., in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare. In base a tale disposizione, tutti gli ETS potranno partecipare alle attività di programmazione e alla conseguente progettazione di specifici progetti di servizio o intervento<sup>2</sup>.

successivo a quello in cui la Commissione europea avrà autorizzato le misure sottoposte al suo vaglio e, comunque, non prima del periodo d'imposta successivo all'operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore.

<sup>2</sup> Con riferimento alle fasi di realizzazione della collaborazione tra amministrazioni pubbliche e terzo settore, l'art. 55 del CTS distingue tra: (i) co-programmazione, finalizzata 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; (ii) co-progettazione, finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di interven-

Come accennato, la Corte Costituzionale, nella recente sentenza 131/2020, ha avuto modo di soffermarsi sulla disciplina delle forme di partenariato di cui all'art. 55 del CTS, riconoscendo espressamente il ruolo assegnato dal legislatore agli enti del terzo settore nei rapporti di collaborazione con i soggetti pubblici finalizzati a sviluppare attività di interesse generale.

Gli ETS, in particolare, vengono definiti dalla Corte quali soggetti rappresentativi della "società solidale", in grado di cogliere le esigenze provenienti dalla collettività e fornire dati indispensabili per definire piani di intervento efficaci. In tal senso il coinvolgimento degli ETS nelle attività di intervento pubbliche costituisce una garanzia di terzietà rispetto al mercato e alle sue finalità di lucro, in grado di assicurare l'effettivo perseguimento delle finalità di utilità sociale sottese alle forme di cooperazione in questione. Gli strumenti di interazione proposti tramite l'art. 55, infatti, presuppongono una comunanza di interessi tra l'ente e la P.A., nonché l'assenza di specifiche finalità di profitto.

In sostanza, pertanto, attraverso il ricorso alle nuove forme di co-programmazione, co-progettazione e partenariato di cui all'art. 55 del CTS gli enti locali hanno la possibilità di condividere, stabilire ed individuare percorsi operativi in forma congiunta con gli ETS interessati, per definire forme di intervento che consentano di realizzare le finalità di cui all'art. 5 del medesimo Codice.

Il successivo art. 56 consente invece alle amministrazioni pubbliche di sottoscrivere convenzioni con specifiche tipologie di enti del Terzo settore (organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale), iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, finalizzate allo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.

In quest'ambito, la pubblica amministrazione deve agire nell'osservanza di due principi fondamentali: (i) la necessaria proceduralizzazione del percorso amministrativo, che deve condurre all'individuazione della controparte nel rapporto convenzionale nel rispetto della procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990 e nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento<sup>3</sup>; (ii) la sussistenza di un

to finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di co-programmazione di cui sopra.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. Relazione illustrativa al CTS.

maggior vantaggio per la P.A. derivante dal ricorso allo strumento convenzionale piuttosto che al ricorso al mercato, ossia alla gara di appalto, ai sensi dell'art. 56, comma 1 CTS.

La disposizione è figlia del principio di sussidiarietà orizzontale che permea i vari istituti previsti dal CTS e, in particolare, le disposizioni volte a favorire la partecipazione dei cittadini e dei c.d. "corpi intermedi" allo svolgimento delle attività di interesse generale<sup>4</sup>. Aspetto, questo, che viene evidenziato dall'art. 56 attraverso la selezione delle tipologie di enti che possono aspirare alla stipula di convenzioni con la pubblica amministrazione, finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale. Al riguardo, non a caso, la norma individua nelle organizzazioni di volontariato (ODV) e nelle associazioni di promozione sociale (APS) gli enti in grado di rappresentare al meglio la partecipazione attiva dei cittadini alle attività di interesse generale. Si tratta di enti che svolgono attività prevalentemen-

<sup>4</sup> Si tratta, come noto, di un principio puntualmente esplicitato anche dal Consiglio di Stato nella propria pronuncia n. 1546 del 6 marzo 2019, laddove testualmente si legge che "(...) Il 'nuovo' principio di sussidiarietà è, quindi, volto a favorire 'l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati', ovvero a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) nelle quali si svolge la loro personalità, ai sensi dell'art. 2 Cost., alla cura e al buon andamento della 'Cosa pubblica' mediante 'lo svolgimento di attività d'interesse generale'. In tal modo, viene riconosciuto in primis il valore del volontariato, che insieme alla cooperazione costituisce un patrimonio storico della nostra nazione (attualmente il 'Terzo settore' annovera in Italia circa sette milioni di volontari impegnati a vario titolo, insieme a più di tremila associazioni e organizzazioni 'no profit', nell'assistenza ai più bisognosi e nella tutela della persona, dell'ambiente e della cultura, dando uno spontaneo adempimento ai 'doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale' previsti dall'art. 2 Cost.). Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di 'cittadinanza attiva', già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia Italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali 'Misericordie' che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce (...)".

te attraverso il lavoro dei volontari (articoli 32 comma 1 e 35 comma 1 del CTS), nei quali l'apporto di lavoratori dipendenti o autonomi assume natura funzionale rispetto all'effettivo perseguimento delle attività di interesse generale, sebbene sia declinato diversamente dal CTS in funzione della altrettanto diversa impostazione del modello organizzativo delle tipologie di enti sopra richiamate<sup>5</sup>.

Le due disposizioni (artt. 55 e 56 del CTS) si differenziano sotto il profilo economico, in relazione alle risorse che possono essere erogate all'ente per la propria prestazione. Mentre per le forme di partenariato di cui all'art. 55 del CTS, che contemplano l'affidamento dei servizi d'interesse generale mediante strumenti di coinvolgimento e collaborazione, è possibile prevedere anche l'erogazione da parte delle amministrazioni pubbliche di contributi di natura corrispettiva, nell'ambito delle convenzioni con ODV e APS è ammesso solo il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate dall'ente per lo svolgimento dell'attività di interesse generale, ferma restando la previa definizione da parte della pubblica amministrazione delle modalità per l'attribuzione dei rimborsi medesimi, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento (ai sensi dell'art. 12 della L. n. 241/1990)<sup>6</sup>. Si tratta di un'impostazione che riprende quella di cui alla legge n. 266/1991, la legge-quadro in tema di organizzazioni di volontariato, ai sensi della quale lo svolgimento dell'attività di volontariato era in esclusivo rimborso delle spese effettivamente sostenute dal volontario per l'attività prestata (*ex art. 2, abrogato dall'art. 102 CTS*) e che faceva espressa menzione dello

<sup>5</sup> Basti considerare sotto questo punto di vista che per le ODV è possibile costituire rapporti di lavoro nei limiti necessari per il regolare funzionamento dell'ente oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. Analoga indicazione è rinvenibile per le APS all'articolo 36 del CTS ove si evidenzia che l'impiego dei lavoratori è consentito ove sia necessario ai fini dello svolgimento di attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità statutarie. Per entrambe le tipologie di enti il ricorso ai lavoratori in luogo dei volontari sconta un limite oltre che funzionale anche di carattere quantitativo poiché il numero di questi ultimi non può mai superare il 50 per cento dei volontari o, per le APS, il 5 per cento degli associati.

<sup>6</sup> Il riconoscimento di un mero rimborso evidenzia l'inquadramento della scelta legata alla esigenza di attuare il principio di sussidiarietà orizzontale e stimolare la partecipazione dei cittadini attraverso i corpi intermedi che fondano la propria opera sull'apporto dei volontari. Il richiamo al rimborso delle spese evidenzia altresì la tendenziale mancanza di un sinallagma, almeno nella previsione civilistica, nonché l'esclusione di un profitto vero e proprio.



strumento convenzionale nei rapporti tra P.A. e ODV (a mero titolo esemplificativo, si pensi a quanto recato all'art. 5 legge 266/1991, ove tra le risorse economiche erano ricompresi espressamente "i rimborsi derivanti da convenzioni"; all'art. 10 legge 266/1991 in tema di normativa regionale e provinciale alla quale spettava disciplinare i requisiti ed i criteri ai fini della stipulazione delle convenzioni tra P.A. e ODV). E proprio in questo risiede la diversa qualificazione del rapporto con la pubblica amministrazione in termini di convenzione in luogo del tradizionale contratto di appalto. In tal modo, il risparmio economico, la partecipazione attiva dei cittadini e il perseguimento effettivo di fini solidaristici trovano un punto di equilibrio nella scelta del modello convenzionale come criterio per la regolazione dei rapporti legati allo svolgimento di attività o servizi sociali.

Tanto osservato, vale la pena precisare che l'affidamento del servizio in convenzione con le suddette modalità e a fronte del mero rimborso delle spese sostenute e documentate – pur giustificando il ricorso alle specifiche modalità di affidamento di cui all'art. 56 del CTS, in luogo della disciplina sui contratti pubblici – non esclude di per sé il configurarsi di un'attività di matrice economica. E ciò è valido, a maggior ragione, anche per le altre forme di partenariato di cui all'art. 55 del CTS, che contemplano l'affidamento dei servizi d'interesse generale mediante strumenti di coinvolgimento e collaborazione che possono prevedere anche l'erogazione da parte delle amministrazioni pubbliche di contributi di natura corrispettiva.

Al riguardo, è evidente che la formulazione delle disposizioni tributarie, da sempre, rispecchia l'esigenza di attivare un meccanismo simmetrico che pone in relazione l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale. La mancanza di profitto e il rimborso delle spese, infatti, spesso viene compensata dalla scelta di agevolare l'inquadramento delle attività svolte al di fuori di quelle economiche tassabili, in quanto legate ad un nesso di sinallagmaticità nonché a criteri che potrebbero incidere sulla libera concorrenza e alterare le regole del mercato. Tuttavia, occorre sgomberare ogni dubbio sull'equivoco di fondo che si lega ad una scontata e necessaria simmetria tra il quadro civilistico e l'impostazione fiscale. Come avremo modo di verificare, infatti, il mero rimborso spese non sempre vale di per sé ad escludere la defiscalizzazione dei contributi ricevuti a fronte delle convenzioni poste in essere con la pubblica amministrazione, occorrendo prestare attenzione, caso per caso, alla tipologia di contributo

derivante all'ETS in forza di un'attività svolta nei confronti della P.A. sia ai fini delle imposte dirette che ai fini IVA.

### *3. Inquadramento delle attività svolte in regime di convenzione/accreditamento ai fini delle imposte sui redditi*

Ai fini dell'inquadramento tributario delle diverse entrate, come anticipato, occorre verificare la specifica tipologia di contributo ricevuto dall'ente in forza dell'attività svolta nei confronti della pubblica amministrazione, sia ai fini delle imposte dirette che ai fini IVA, onde accertare se risulti prevalente l'elemento sinallagmatico e corrispettivo.

Con specifico riferimento alle imposte dirette, l'attività in convenzione o in regime di accreditamento è disciplinata in generale per il mondo *non profit* all'art. 143, comma 3, lett. b) del TUIR, ai sensi del quale sono esclusi dall'imposizione i contributi corrisposti agli enti non commerciali dalle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività in regime di convenzione o accreditamento. Si tratta di un regime che, in linea generale, è tipico di aree di intervento che si pongono, per loro natura, come integrative rispetto al servizio pubblico, quali ad esempio quella sanitaria, socio-assistenziale formativa o educativa. Il regime di non imponibilità di cui all'art. 143, comma 3 lett. b) del TUIR è peraltro subordinato al verificarsi di ulteriori precise condizioni: i contributi erogati in regime di convenzione o accreditamento devono infatti essere corrisposti ai citati enti da parte di amministrazioni pubbliche per attività aventi finalità sociali, esercitate in conformità ai fini istituzionali degli enti stessi. Al riguardo, inoltre, l'amministrazione finanziaria ha avuto modo di precisare che ai fini dell'applicazione del regime in questione non sussiste alcuna distinzione tra contributi a fondo perduto e contributi corrisposti nell'ambito di un rapporto giuridico sinallagmatico, rientrando "*nella sfera applicativa dell'agevolazione anche i contributi che assumono natura di corrispettivi*" (si veda, sul punto, la Circolare n. 124/E/1998).

In ogni caso, ai fini dell'accesso dell'agevolazione in esame, è necessario che l'ente destinatario dei contributi abbia la qualifica di ente non commerciale<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Si tratta di un assunto che trova conferma, oltre che nel dato normativo, anche nelle precisazioni recate dalla Risoluzione n. 70/E del 4 marzo 2002, nella quale

Tale impostazione viene ripresa nel Codice del terzo settore, ma con alcune novità, che tengono conto – ai fini della qualificazione delle entrate come di natura commerciale o non commerciale – della nozione di impresa nell’ambito del diritto dell’Unione europea e della disciplina in materia di aiuti di stato. Nel delineare la disciplina tributaria degli enti del terzo settore, in particolare, per la prima volta il legislatore dà rilievo alle modalità di svolgimento dell’attività da parte dell’ente, a prescindere dalla qualifica (commerciale o meno) dello stesso, introducendo regimi fiscali tarati sul modello organizzativo adottato. In questo *fil rouge* si inserisce anche il nuovo regime fiscale dell’impresa sociale (art. 18 del D.lgs. 112/2017), in base al quale gli enti senza scopo di lucro possono assumere la veste societaria e svolgere attività con metodo imprenditoriale, fruendo di uno specifico regime di esenzione per gli utili o gli avanzi di gestione che vengano reinvestiti nella realizzazione delle attività istituzionali.

A ben vedere, in linea con i principi espressi dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, l’assenza di scopo di lucro in capo agli enti non commerciali non è considerato elemento ostativo all’applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza, dal momento che, anche tali enti, possono assumere la qualifica di “imprese” laddove svolgano attività per le quali esista, anche solo potenzialmente, un mercato<sup>8</sup>.

L’Agenzia delle entrate ha negato la possibilità per un’associazione di avvalersi del regime di cui all’art. 143, comma 3, lett. b) del TUIR in relazione all’attività assistenziale svolta (consistente nella gestione di Centri di riabilitazione residenziali e semiresidenziali per soggetti disabili, nonché nella prestazione di servizi ambulatoriali e domiciliari nei confronti di soggetti svantaggiati e di prestazioni di trasporto per soggetto disabili), proprio in ragione del mancato inquadramento dell’associazione istante tra gli enti non commerciali di cui all’art. 73, comma 1 lett. c) del TUIR. In particolare, secondo quanto precisato dall’Agenzia nella risoluzione citata, l’attività svolta dall’associazione, essenziale per il raggiungimento degli scopi primari dell’ente, si sarebbe configurata “come un’attività di prestazione di servizi organizzata in forma d’impresa e come tale riconducibile tra le attività commerciali di cui all’art. 55 del TUIR, questa Agenzia ritiene che l’associazione istante debba essere qualificata come ente commerciale”.

<sup>8</sup> Corte di Giustizia dell’Unione europea, causa C-180/98. Al riguardo, giova precisare che la CGUE, con riferimento a determinate attività di interesse generale (i.e. assolventi funzioni integrative del servizio pubblico), ha attribuito natura non commerciale laddove siano svolte dagli enti aventi finalità sociali. In particolare: (i) le attività assistenziali e sanitarie, si qualificerebbero come non commerciali nel caso in cui siano svolte in regime di accreditamento o convenzione con Stato, regioni o gli enti

In questo scenario si inserisce la nuova disciplina fiscale degli enti del terzo settore. L'art. 79 del CTS, in tema di qualificazione dell'attività svolta dagli ETS, richiama tra le tipologie di entrate di questi soggetti anche i contributi spettanti in base a convenzioni, accreditamenti o contratti, considerando non commerciali le attività d'interesse generale ivi "*incluse quelle accreditate o contrattualizzate o convenzionate con le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'Unione europea, amministrazioni pubbliche straniere o altri organismi pubblici di diritto internazionale*" a condizione che siano svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi laddove i ricavi non superino di oltre il 5 per cento i relativi costi per ciascun periodo d'imposta e per non oltre due periodi d'imposta consecutivi (art. 79, commi 2 e 2-*bis* del CTS)<sup>9</sup>.

In sintesi, rispetto alla corrente classificazione del Testo unico delle imposte sui redditi – che riconduce determinate attività solidaristiche, tra quelle commerciali sulla base di una valutazione di tipo qualitativo, legata alla riconducibilità delle relative prestazioni alla definizione civilistica di impresa commerciale o, comunque, alla presenza di un modello organizzativo di tipo imprenditoriale<sup>10</sup> – le disposizioni del

locali e svolte in maniera complementare o integrativa rispetto al servizio pubblico, fornendo agli utenti un servizio a titolo gratuito o dietro versamento di un importo che rappresenta una semplice partecipazione alla spesa prevista per la copertura del servizio universale (cfr. decisione della Commissione del 19 dicembre 2012, relativa all'aiuto di Stato SA.20829; cfr. altresì: Causa T-319/99 FENIN/Commission; cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband e altri); (ii) le attività didattiche, educative e formative, alla stessa stregua, si qualificherebbero come non commerciali qualora siano parte di un sistema di insegnamento pubblico e siano finanziate, interamente o prevalentemente, mediante fondi pubblici (CGUE, 27 giugno 2017 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe C-74/16, nonché dell'11 settembre 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz, C-76/05, e dell'11 settembre 2007, Commissione/Germania, C-318/05).

<sup>9</sup> Il protrarsi dello scostamento per più di due periodi di imposta consecutivi determinerà la qualifica dell'attività di interesse generale come commerciale.

<sup>10</sup> In particolare, giova ricordare che – secondo lo schema delineato dal Testo unico delle imposte sui redditi – la qualificazione di un ente diverso dalle società come "commerciale" o come "non commerciale" (e, di conseguenza, l'individuazione del regime fiscale di riferimento) è essenzialmente legata all'inquadramento, come "commerciale" o meno, dell'attività essenziale svolta per il perseguimento degli scopi statuari (art. 73 del TUIR).

A tal fine, occorre fare riferimento alle disposizioni di cui all'art. 55 del TUIR, ai

CTS prevedono, invece, un approccio di tipo quantitativo, basato su un raffronto puntuale tra i costi effettivi delle attività di interesse generale e le entrate di natura corrispettiva imputabili alle attività medesime. Tra queste ultime, come detto, rientrano espressamente anche i contributi pubblici spettanti in base a *convenzioni, accreditamenti o contratti con la pubblica amministrazione di natura corrispettiva, i quali dovranno essere tenuti in considerazione* ai fini del *test* di commercialità dell'attività svolta.

Tanto osservato, la disposizione in parola deve essere coordinata con quelle recate dai successivi commi dell'art. 79. In particolare con la disposizione contenuta al comma 4, che esclude dalla formazione del reddito imponibile degli ETS qualificati come non commerciali talune tipologie di contributi pubblici, nonché con il comma 5-*bis* che, ai fini della qualificazione fiscale dell'ETS nel suo complesso annovera i contributi pubblici aventi natura non commerciale tra le entrate di natura "erogativa".

Più nel dettaglio, in base all'art. 79, comma 4 del CTS sono considerati non imponibili per gli ETS non commerciali "*i contributi e gli apporti erogati da parte delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 per lo svolgimento, anche convenzionato o in regime di accreditamento di cui all'articolo 9, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 7 dicembre 1993, n. 517, delle attività di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo*".

È bene evidenziare che questa formulazione riprende, con alcune modifiche, la citata previsione di cui all'art. 143, comma 3, lett. b) del TUIR che esclude dalla formazione del reddito degli enti non commerciali "*i contributi corrisposti da Amministrazioni pubbliche ai pre-*

sensi delle quali si qualificano come redditi d'impresa (afferenti allo svolgimento di un'attività commerciale) quelli derivanti dall'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività commerciali di cui all'art. 2195 del codice civile, anche se non organizzate in forma d'impresa, nonché quelli derivanti dall'esercizio di attività, organizzate in forma di impresa, dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c.

In altri termini, può affermarsi che la valutazione sulla qualificazione tributaria di una determinata prestazione come "commerciale" o non "commerciale" (e, dunque, come produttiva o meno di redditi d'impresa) deve essere operata verificando se l'attività in esame possa ricondursi fra quelle elencate dall'art. 2195 c.c. oppure, qualora consista nella prestazione di servizi non riconducibili al citato articolo, se la stessa sia svolta con un'organizzazione in forma di impresa.

*detti enti per lo svolgimento convenzionato o in regime di accreditamento di cui all'articolo 8, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, come sostituito dall'articolo 9, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 7 dicembre 1993, n. 517, di attività aventi finalità sociali esercitate in conformità ai fini istituzionali degli enti stessi".* Sembra, quindi, che nella formulazione del citato comma 4 dell'art. 79 del CTS il legislatore abbia inteso disciplinare le regole per la determinazione del reddito degli ETS non commerciali in continuità con quanto attualmente previsto dal citato art. 143, comma 3, ricomprendendo, tuttavia, tra i contributi pubblici non imponibili tutti quelli erogati dalle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento di servizi di interesse generale, a prescindere dalla circostanza che il rapporto con l'ente *non profit* sia inquadrato nell'ambito di un regime di "accreditamento" e "convenzione". L'art. 79, comma 4, lett. b del CTS, infatti, reca una formulazione più ampia di quella dettata dalla corrispondente disposizione di cui all'art. 143, comma 3, lett. b) del TUIR, ricomprendendo tra i contributi considerati non imponibili per gli ETS non commerciali quelli corrisposti dalle Amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale di cui ai commi 2 e 3 del medesimo art. 79, a prescindere dal tipo di convenzione o accordo in essere con il soggetto pubblico.

Questa impostazione, del resto, appare coerente con l'impianto complessivo della riforma, che per la prima volta si occupa di definire e individuare quelle "attività di interesse generale" che possono costituire l'oggetto delle organizzazioni del terzo settore e che rappresentano, dunque, gli effettivi ambiti di attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 4 della Costituzione. Nel quadro delineato dalla riforma, in altri termini, i principi di sussidiarietà e solidarietà e il perseguimento dell'interesse generale sono insiti nella definizione stessa dei settori di cui all'art. 5 del Codice, a prescindere dalle forme di collaborazione o partenariato in cui tali finalità possono esplicarsi, in concreto, nelle iniziative organizzate e promosse dagli ETS anche in collaborazione con altri soggetti pubblici o privati.

In quest'ottica, sembra ragionevole ritenere che il legislatore abbia inteso estendere il regime agevolativo previsto per gli enti non commerciali dal citato art. 143 del TUIR a tutte le forme di collaborazione tra gli ETS non commerciali e le pubbliche amministrazioni (a prescindere dal loro inquadramento nell'ambito di un rapporto di convenzione/accreditamento) a condizione che i relativi contributi siano

corrisposti all'ETS nello svolgimento di attività qualificate come di interesse generale. Tale qualificazione, infatti, costituirebbe un elemento di per sé idoneo a garantire il perseguimento dell'interesse collettivo e l'attuazione dei citati principi di solidarietà e sussidiarietà, a prescindere dal rapporto contrattuale che è alla base della collaborazione con la pubblica amministrazione interessata.

Tale circostanza fa sì che la norma possa trovare applicazione anche a soggetti ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 56 del CTS (*i.e.* ODV e APS), a condizione tuttavia che l'ente assuma natura parimenti non commerciale, qualifica, quest'ultima, da verificare in base al test di cui ai commi 5 e 5-*bis* del medesimo art. 79<sup>11</sup>.

Sembra quindi ragionevole affermare, in base ad una lettura sistematica della norma, che debbano considerarsi astrattamente imponibili, da un lato, i contributi pubblici percepiti da enti del terzo settore aventi natura commerciale e, dall'altro, i contributi erogati per lo svolgimento di attività non inquadrabili tra quelle finalizzate al perseguimento degli obiettivi istituzionali.

#### 4. *Inquadramento delle attività svolte in regime di convenzione/accreditamento ai fini IVA*

Per quanto concerne il trattamento ai fini IVA, la normativa comunitaria (in particolare, gli articoli 2 e 73 della Direttiva CE 28 novembre 2006, n. 112), alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia<sup>12</sup>, definisce in modo ampio l'ambito oggettivo di rilevanza

<sup>11</sup> Vale la pena segnalare che, in ogni caso, qualora dal confronto previsto al comma 5-*bis* dovessero prevalere le entrate commerciali, l'ente è destinato ad acquisire natura commerciale, con attrazione a tassazione anche dei contributi e delle altre entrate derivanti dalle pubbliche amministrazioni, alla stregua di quanto già attualmente previsto all'art. 143 TUIR. Quest'ultima sembrerebbe la conclusione più coerente anche alla luce del presupposto soggettivo previsto al comma 4 dell'art. 79, che qualifica come non commerciali i contributi pubblici solamente a condizione che l'ente mantenga natura non commerciale.

<sup>12</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 23 marzo 2006, Causa C-210/04 e sentenza 3 marzo 1994, Causa C-16/93, ove si legge che si configura un'operazione imponibile in presenza di un rapporto giuridico nell'ambito del quale il compenso ricevuto dal prestatore costituisce il controvalore effettivo del servizio prestato all'utente. In sostanza, il presupposto oggettivo di applicazione dell'IVA può essere escluso, ai sensi

di un'operazione agli effetti dell'imposta in esame. In linea generale, un contributo assume rilevanza ai fini IVA se erogato a fronte di un'obbligazione di dare, fare, non fare o permettere, ossia quando si è in presenza di un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive. In altri termini, il contributo assume natura onerosa e configura un'operazione rilevante agli effetti dell'IVA quando tra le parti intercorre un rapporto giuridico sinallagmatico, nel quale il contributo ricevuto dal beneficiario costituisce il compenso per il servizio effettuato o per il bene ceduto.

Al riguardo, giova segnalare che l'Agenzia delle entrate, tramite la Circolare n. 34/E del 21 novembre 2013, ha distinto il trattamento fiscale dei contributi erogati dalle amministrazioni pubbliche, a seconda della loro natura, a titolo corrispettivo o meno. In particolare, la Circolare ha classificato come contributi pubblici tutte quelle erogazioni effettuate in assenza di un rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione ed in esecuzione di norme che prevedono l'elargizione di benefici al verificarsi di presupposti predefiniti. È il caso, ad esempio, degli aiuti di Stato automatici, ovvero in favore di particolari categorie di soggetti (*i.e.* contributi del 5 per mille dell'IRPEF erogato a favore degli enti non commerciali).

La natura di contributo si rinviene altresì nei casi in cui l'amministrazione agisce con riferimento all'articolo 12 della L. 241/1990, contenente la disciplina dei provvedimenti amministrativi attributivi di vantaggi economici. Infatti, come ogni procedimento adottato in base al testo unico degli appalti è finalizzato a costituire un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, così ogni procedimento avviato a norma del citato articolo 12 della L. 241/1990 è preordinato alla erogazione di contributi pubblici. Tale norma prevede che la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualsiasi genere avvenga (mediante i criteri di evidenza pubblica) secondo le modalità predeterminate, a garanzia di trasparenza ed imparzialità, cui le amministrazioni procedenti devono attenersi secondo le modalità stabilite dalla legge sul procedimento amministrativo.

Rientrano invece nella categoria dei corrispettivi le erogazioni effettuate dalla P.A. sulla base di un rapporto contrattuale, regolato dal

della normativa comunitaria, solo qualora non si ravvisi alcuna correlazione tra l'attività finanziata e le elargizioni di denaro.



codice dei contratti pubblici (adottato in recepimento di direttive comunitarie), nonché in regime convenzionale. L'amministrazione, infatti, quando opera in questi ambiti – genericamente accomunati nella locuzione di “*procedimenti ad evidenza pubblica*” – procede all'individuazione del soggetto che fornisce una prestazione, a fronte della quale l'amministrazione stessa si obbliga alla erogazione delle correlate somme.

Il medesimo schema opera (e quindi si è in presenza di una erogazione-corrispettivo a fronte di una prestazione di servizi) anche se i contratti sono stipulati al di fuori o in deroga alle norme del Codice dei contratti pubblici. Ciò, in particolare, avviene quando il contratto a prestazioni corrispettive regola rapporti per settori esclusi a norma dello stesso Codice (quali, ad esempio, i contratti riguardanti la sicurezza nazionale), ovvero quando i rapporti sono costituiti con soggetti dotati di particolari requisiti, per i quali gli affidamenti sono effettuati al di fuori delle regole del medesimo codice (si pensi, ad esempio, alle società operanti secondo il modello organizzativo dell'*in-house providing*).

L'identificazione di una somma come corrispettivo o contributo, quindi, richiede un'analisi dei presupposti che sono alla base dell'erogazione. In particolare, secondo costante giurisprudenza della CGUE, una prestazione di servizi è effettuata “a titolo oneroso”, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 n. 112, e configura, pertanto, un'operazione imponibile ai fini IVA, “*soltanto quando tra l'autore di tale prestazione e il beneficiario intercorra un rapporto giuridico nell'ambito del quale avvenga uno scambio di prestazioni sinallagmatiche, nel quale il compenso ricevuto dall'autore di tale prestazione costituisca il controvalore effettivo del servizio fornito al beneficiario. (...) ciò si verifica quando esiste un nesso diretto fra il servizio fornito dal prestatore e il controvalore ricevuto, ove le somme versate costituiscono un corrispettivo effettivo di un servizio individualizzabile fornito nell'ambito di un siffatto rapporto giuridico*” (cfr. sentenza del 5 luglio 2018, causa C-544/16, punti 36 e 37).

Da ultimo vale la pena evidenziare che con la completa attuazione della riforma del terzo settore verrà meno il regime di esclusione IVA di cui all'art. 8, comma 2 della L. 266/1991, ai sensi della quale le operazioni effettuate dalle ODV costituite esclusivamente per fini di solidarietà, “*non si considerano cessioni di beni né prestazioni di servizi ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*”.

Si tratta, a ben vedere, di un regime che non trova applicazione in virtù della mera qualificazione del prestatore come “organizzazione di volontariato”, ma è subordinato alla sussistenza di ulteriori condizioni, quali: (i) in primo luogo, che le ODV siano costituite “unicamente per fini di solidarietà” (così come previsto dalla citata L. 266/1991 al fine dell’iscrizione nei relativi registri del volontariato); (ii) che l’ente di volontariato sia iscritto nei registri predisposti dalle Regioni e dalle Province autonome – circostanza che implica la sussistenza, da parte dell’ente, dei requisiti di cui all’art. 3 della L. 266/1991<sup>13</sup>; (iii) che le somme ricevute dall’ente di volontariato costituiscano mero rimborso delle spese effettivamente sostenute nello svolgimento dell’attività di interesse generale, diretta al perseguimento delle proprie finalità.

Come anticipato, si tratta di un regime a termine, che verrà meno con la completa operatività della riforma fiscale del terzo settore – vale a dire dal periodo d’imposta successivo all’autorizzazione della Commissione europea e, in ogni caso, non prima del periodo d’imposta successivo a quello di operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore – in cui manca un’analoga previsione normativa<sup>14</sup>.

Dall’analisi delle disposizioni sin qui citate, emerge che i parametri previsti per la qualificazione delle entrate come “non commerciali” ai fini IVA potrebbero non coincidere del tutto con i parametri che defiscalizzano le entrate ai fini delle imposte dirette. Va peraltro evidenziato che proprio l’introduzione delle disposizioni tributarie dal Codice del terzo settore sembrerebbe muovere nella direzione di una maggiore uniformità in questo senso, ancorando la “commercialità” dell’attività svolta – anche ai fini delle imposte sui redditi – ad una verifica di tipo sostanziale in merito all’effettivo esercizio di un’attività di natura economica, secondo parametri che risultano comunque legati alla disciplina di derivazione unionale.

<sup>13</sup> Tale norma stabilisce, in particolare, che “è considerata organizzazione di volontariato ogni organismo liberamente costituito al fine di svolgere l’attività di cui all’articolo 2, che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti”.

<sup>14</sup> Va considerato, infatti, che l’art. 102, comma 2, lett. d) del CTS prevede l’abrogazione del citato regime di cui all’art. 8 della legge 266/1991 a decorrere dal termine di cui all’art. 104, comma 2 del CTS.

## 5. Conclusioni

Sulla base di quanto argomentato nel presente contributo, è possibile trarre alcune osservazioni di sintesi.

Come sopra più diffusamente illustrato, la disciplina di cui agli artt. 55 e 56 del Codice del terzo settore ha espressamente riconosciuto la funzione del terzo settore nella concreta esplicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in attuazione dell'art. 118 della Costituzione. In linea con il quadro delineato da legislatore, la sentenza 131/2020 della Corte Costituzionale ha lasciato emergere la centralità del ruolo degli ETS nello svolgimento di attività di interesse generale, dettata non solo dalla forte connessione che esiste tra queste realtà e il tessuto sociale, ma anche dalla funzione di garanzia che essi consentono di espletare rispetto all'estraneità delle attività svolte dalle dinamiche concorrenziali.

Si è dell'avviso di ritenere che questo paradigma debba costituire un punto di riferimento anche nell'interpretazione delle nuove disposizioni di carattere tributario indirizzate agli enti del terzo settore, con particolare riguardo a quelle che disciplinano il trattamento fiscale dei contributi corrisposti dalle amministrazioni pubbliche nell'ambito di regimi di accreditamento, convenzione o altri rapporti di partenariato.

In particolare – tenuto conto di una lettura sistematica delle disposizioni di cui all'art. 79 del CTS – si è dell'avviso di ritenere che possa essere assegnata una valenza non commerciale a quei contributi erogati dalle PP.AA. nell'ambito di attività qualificate come di interesse generale (ai sensi dell'art. 5 del CTS) ed idonee ad assumere, come tali, un carattere integrativo e ausiliario rispetto alle finalità perseguite dal pubblico, ove le stesse siano corrisposte ad enti qualificati, sotto il profilo tributario, come ETS non commerciali.

Dovrebbero invece essere riconducibili alle entrate di natura commerciale quei contributi che – ancorché corrisposti da amministrazioni pubbliche – siano percepiti da ETS commerciali, o siano corrisposti nell'ambito di attività estranee alla nozione di interesse generale.

È bene considerare, in ogni caso, che la qualificazione delle attività in tema di “commercialità” ai fini delle imposte sui redditi risulta solo in parte sovrapponibile con la qualificazione delle relative operazioni ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, nell'ambito della quale assume essenzialmente rilievo – sotto il profilo oggettivo – l'onerosità della prestazione, intesa come sussistenza di un rapporto giuridico di natura

sinallagmatica. In tal senso, peraltro, la nuova disciplina tributaria degli ETS sembrerebbe condurre a una maggiore coerenza tra le disposizioni previste in materia di imposte dirette e le disposizioni IVA, anche in ragione dell'analogia matrice unionale sottesa alle rispettive definizioni in tema di esercizio dell'attività economica.

POSTFAZIONE:  
DUE IMPORTANTI NOVITÀ

ANTONIO FICI – LUCIANO GALLO – FABIO GIGLIONI

In fase di correzione delle bozze di questo libro sono intervenute (entrambe il 10 settembre 2020) due importanti novità per il terzo settore e il suo Diritto delle quali – come curatori – ci sentiamo obbligati a dare notizia, seppur sommaria, in questa breve postfazione al *Volume*, anche perché una di esse riguarda direttamente il suo tema principale, cioè i rapporti tra enti pubblici e terzo settore ai sensi degli articoli 55 e 56 del Codice del terzo settore.

La prima riguarda l'approvazione in Conferenza Stato-Regioni dello schema di decreto ministeriale concernente il funzionamento del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS). Com'è noto, infatti, l'art. 53, comma 1, d.lgs. 117/2017, recante il Codice del terzo settore (CTS), demandava la disciplina sulla gestione del RUNTS ad un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali da adottarsi entro un anno dall'entrata in vigore del Codice medesimo (cioè entro il 3 agosto 2018). Questa scadenza non è stata rispettata, ciò che ha di fatto impedito alla riforma del 2017 di generare tutti gli effetti positivi da essa attesi e agli enti interessati (specie quelli desiderosi di far per la prima volta ingresso nel terzo settore) di cogliere tutte le opportunità da essa derivanti. Adesso finalmente, a distanza di più di due anni, qualcosa sembra muoversi. Infatti, ottenuta l'intesa della Conferenza Stato-Regioni, il Ministro competente può adottare il decreto sul funzionamento del RUNTS, condizione indispensabile per la sua operatività (e per il completo dispiegarsi degli effetti della riforma del 2017). Da qui la concreta possibilità – se gli ulteriori passaggi delineati dall'art. 53 CTS si compiranno senza ulteriori impedimenti – di ipotizzare il Registro effettivamente operativo nella primavera del prossimo anno.

La seconda riguarda invece l'approvazione definitiva della legge di conversione (A.C. n. 2648) del c.d. decreto-legge “semplificazioni” (ovvero il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), già approvata lo scorso 4 settembre dal Senato della Repubblica.

Ebbene, tra le modificazioni contenute nella legge di conversione ve ne sono alcune direttamente correlate al tema dei rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, oggetto del Titolo VII, articoli 55-57, CTS, e pertanto di prevedibile interesse per i lettori di questo libro.

Le modificazioni cui si fa riferimento sono quelle relative al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), e segnatamente ai suoi articoli 30, comma 8, 59, comma 1 e 140, comma 1. Sono chiaramente dirette a realizzare un coordinamento legislativo (sin qui mancante) tra Codice dei contratti pubblici e Codice del terzo settore, un coordinamento che sembra però avvenire nel segno del primato di quest'ultimo (cioè del d.lgs. 117/2017) sul primo (il d.lgs. 50/2016), ancorché nei più precisi termini che illustreremo brevemente di seguito.

Le modifiche in questione sono le seguenti.

*i)* All'art. 30, comma 8, d.lgs. 50/2016, sono state inserite le parole sotto indicate in corsivo, ottenendosi così il seguente risultato: “Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici *nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117* si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”. In tal modo, anche gli istituti “collaborativi” di cui agli articoli 55-57 del Codice del terzo settore finiscono per essere disciplinati dalle disposizioni della legge 241/1990 per quanto non previsto dai medesimi articoli 55-57 ed eventualmente dal Codice dei contratti pubblici, ove ritenuto applicabile a tali istituti quanto meno in via residuale.

*ii)* All'art. 59, comma 1, d.lgs. 50/2016, sono state premesse le seguenti parole: “*Fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*”, il che vuol dire che quanto segue nell'articolo medesimo – ovvero “Nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara ...” – cede il passo alle forme e modalità di affidamento di cui agli articoli 55-57 del Codice del terzo settore, che devono dunque svolgersi secondo queste ultime regole particolari, loro dedicate dal legislatore della riforma del terzo settore, e non già secondo le regole di cui al Codice dei contratti pubblici.

*iii*) Parole analoghe sono state inserite nell'art. 140, comma 1, d.lgs. 50/2016, che disciplina gli appalti di servizi sociali (i più diretti "concorrenti" degli affidamenti di servizi ai sensi degli articoli 55 e 56 del Codice del terzo settore), sicché adesso l'articolo medesimo così recita: "Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo *e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*".

In breve, attraverso la formula del "*fermo restando*", il legislatore sembra aver attribuito, nel rapporto tra Codice dei contratti pubblici e Codice del terzo settore, priorità a quest'ultimo. Ciò – si badi bene – non già nel senso che le pubbliche amministrazioni sono adesso obbligate a privilegiare le procedure di cui agli articoli 55 e 56 del Codice del terzo settore rispetto a quelle del Codice dei contratti pubblici, bensì nel più limitato senso che le procedure di cui agli articoli 55 e 56 del Codice del terzo settore (non ci riferiamo anche a quelle di cui all'art. 57 perché per diverse ragioni fanno storia a sé) acquisiscono nel Codice dei contratti pubblici la medesima dignità di quelle in quest'ultimo contemplate, assumendo per certi versi la veste di procedure "naturali" per le amministrazioni che intendano affidare attività di interesse generale ad enti del terzo settore. Sotto questo profilo, allora, se ancora non può parlarsi di modalità "prioritarie" (come invece si può tranquillamente affermare con riguardo a quelle di cui all'art. 57), si può a ragion veduta parlare di modalità "fisiologiche", rispetto alle quali le vie del Codice dei contratti pubblici sono da considerarsi "alternative" e da giustificarsi specificamente da parte dell'amministrazione precedente. Si riducono pertanto i margini della discrezionalità amministrativa, anche alla luce dell'importante messaggio veicolato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 131/2020, di cui si è ampiamente tenuto conto in questo libro.

Un altro passo in avanti sembra dunque compiersi nella direzione della costruzione di un distinto ed autonomo Diritto del terzo settore, ma il percorso rimane ancora lungo e intricato. Le norme, si sa, vanno poi applicate, ed interpretazioni del diritto interno operate sulla base del diritto euro-unitario degli appalti pubblici (a sua volta suscettibile di letture di segno diverso) possono sempre riservare spiacevoli sorprese al terzo settore. Per tutti questi motivi, rimane importante continuare a sviluppare una cultura giuridica capace di giustificare e legittimare gli strumenti giuridici di "amministrazione condivisa" (come

adesso li chiama anche la Corte Costituzionale) di cui agli articoli 55-57 del Codice del terzo settore. Ciò è quanto questo libro si proponeva di fare. Lasciamo ai lettori giudicare se, almeno in parte, ci è riuscito.





Finito di stampare nel mese di settembre 2020  
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli