

COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

Studi raccolti da **VINCENZO CERULLI IRELLI**

DAVIDE PALAZZO

**PUBBLICO E PRIVATO
NELLE ATTIVITÀ DI
INTERESSE GENERALE**

Terzo settore e amministrazione condivisa



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

Studi raccolti da VINCENZO CERULLI IRELLI

DAVIDE PALAZZO

PUBBLICO E PRIVATO
NELLE ATTIVITÀ DI
INTERESSE GENERALE

Terzo settore e amministrazione condivisa



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2426-4

Volume pubblicato con un contributo de "La Sapienza", Università di Roma, Dipartimento di Scienze giuridiche.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A Caterina e a P.

PREMESSA E PROGRAMMA DELLA TRATTAZIONE

Le relazioni tra terzo settore e pubblici poteri si sono fondate per lungo tempo su una normativa frammentaria e disorganica, che ha consentito di ricorrere a “moduli informali” rimessi all’autonomia delle pubbliche amministrazioni. Il recente Codice del terzo settore, creando la figura unitaria di “ente del Terzo settore” e approntando una specifica disciplina dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, ha inteso introdurre un regime tendenzialmente organico. La riforma ha dato vita fin da subito a un consistente dibattito dottrinale e giurisprudenziale rispetto al suo ambito di applicazione, ai limiti del regime promozionale, alla relazione con la disciplina dei contratti pubblici e, più ampiamente, con le “regole del mercato” europee. È emersa, in tutta la sua problematicità, l’esigenza di inquadrare il “sociale” tra lo Stato e il mercato, tra pubblico e privato.

Dal dibattito sono emerse due prospettive divergenti e talvolta contrastanti. L’una riconducibile al modello dell’amministrazione condivisa e al principio di sussidiarietà come fondamento di una relazione di cooperazione tra terzo settore e pubblici poteri orientata all’interesse generale ed estranea alla logica “commerciale”, ergo sottratta alla disciplina a tutela del mercato. L’altra intesa a valorizzare il “primato” del diritto dell’Unione europea, confinando entro stretti limiti la disciplina di favore verso il terzo settore; entro i limiti, cioè, in cui nullo o del tutto marginale è l’impatto sul mercato, sicché i rapporti con i pubblici poteri possono ascrivere alla sfera del “non economico”.

I due orientamenti, che comprendono al proprio interno una varietà di sfumature e gradazioni, declinano diversamente il rapporto tra solidarietà e concorrenza, imperativi economici e finalità sociali, Stato e mercato, ordinamento generale statale e diritto dell’Unione europea. Sotto quest’ultimo profilo, particolare rilievo assume l’evoluzione dell’ordinamento europeo da una prospettiva “mercantilistica” alla positivizzazione di “valori comuni”, che ne sanciscono un’impronta assiologica la quale, a sua volta, incide sulla “costituzione economica”.

Il presente lavoro intende chiarire il fondamento e i limiti del regime promozionale del terzo settore nei rapporti con le pubbliche amministrazioni tra i due “poli” dell’amministrazione condivisa e della tutela del mercato. Nella prospettiva che si intende sviluppare, la varietà delle tipologie di enti del terzo settore e delle relazioni che essi instaurano con i pubblici poteri suggerisce di assumere i due poli come angoli di visuale diversi ma parimenti idonei a “svelare” lo spirito della riforma e risolvere i problemi interpretativi che da essa emergono.

Il lavoro si articola in due parti.

La prima è dedicata all'approfondimento della posizione costituzionale e istituzionale del Terzo settore nell'ambito dell'ordinamento generale. La trattazione muoverà dal difficile inquadramento della disciplina del Terzo settore tra diritto pubblico e privato (Cap. 1) per individuare i principi costituzionali che ne formano la cornice giuridica (Cap. 2). Si analizzerà, inoltre, l'evoluzione dell'ordinamento europeo al fine di individuare gli spazi per un regime di favore verso il settore privato-sociale (Cap. 3). Successivamente, si approfondirà il radicamento del Terzo settore nell'autonomia privata e le conseguenze che da esso discendono nei rapporti con i pubblici poteri (Cap. 4). Si procederà, poi, all'analisi delle caratteristiche degli enti del Terzo settore, alla luce della definizione fornita dal relativo Codice, sotto il profilo teleologico (Cap. 5) e oggettivo (Cap. 6), individuando altresì il regime delle attività di interesse generale (Cap. 7). Si definirà il rapporto con le figure associative "contigue" che, pur non avendo finalità lucrative, rimangono al di fuori della categoria del Terzo settore (Cap. 8), e con il "mercato" (Cap. 9). Si procederà, poi, ad un'analisi delle tipologie principali di enti del Terzo settore, onde metterne in luce le caratteristiche specifiche e gli aspetti differenziali (Cap. 10) e all'esame dei profili organizzativi del sistema di "governance" del Terzo settore (Cap. 11).

Nella seconda parte oggetto di indagine è il complesso dei rapporti tra il Terzo settore e la Pubblica Amministrazione. Inquadrato il tema nella prospettiva del bilanciamento tra il principio di eguaglianza (tra gruppi sociali) e i principi di solidarietà e sussidiarietà (Capp. 1-2), nonché alla luce della disciplina europea in materia di servizi sociali di interesse generale (Cap. 3), si esamineranno partitamente le diverse forme di relazione tra terzo settore e pubblici poteri: dai contratti pubblici (Cap. 4), alle convenzioni, (Cap. 5), ai procedimenti di co-programmazione e co-progettazione (Cap. 6), ai rapporti di accreditamento (Cap. 7), ai provvedimenti di concessione (Cap. 8) fino alle forme di incentivazione economica (Cap. 9).

Onde definire più precisamente i confini del lavoro, si puntualizza che esorbitano dall'indagine i rapporti "interni" agli ETS, quali quelli relativi ai diritti e ai doveri dei soci, associati, volontari e lavoratori, o alle modalità di funzionamento degli enti (individuazione degli organi, formazione degli stessi, distribuzione delle competenze, responsabilità). Si tratta, come è stato efficacemente detto, di tutelare le libertà non solo delle formazioni sociali, ma anche nelle formazioni sociali¹. Il tema, in ragione della sua trasversalità, è stato in passato ampiamente dibattuto tanto dai privatisti quanto dai pubblicisti, impegnati a ricercare il punto di equilibrio tra l'autonomia dei gruppi sociali, da un lato, e l'esigenza di assicurare la democraticità e la tutela di diritti inviolabili degli individui che ne fanno parte, dall'altro². Esso, peral-

¹In questi termini, F. GALGANO, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, 1996, 9, con ampi richiami giurisprudenziali. Il tema della "rilevanza" per l'ordinamento statale dei rapporti interni ai "corpi sociali", concepiti come ordinamenti giuridici, è oggetto della nota opera di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (prima ed. del 1929).

²Cfr. G. GEMMA, *Costituzione e associazioni dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio*

tro, mantiene ancora un rilevante interesse alla luce delle novità apportate dal d. lgs. 117/2017, che, superando la scarna disciplina del codice civile, sotto diversi profili regola i meccanismi organizzativi e i rapporti interni agli associati, subordinando l'iscrizione al Registro del Terzo settore alla garanzia di un livello "minimo" di diritti dei membri delle organizzazioni. Si tratta, tuttavia, di aspetti che non coinvolgono, di regola, la Pubblica Amministrazione (essendo i conflitti tra membri e organizzazioni ordinariamente risolti da organi interni a queste ultime ed eventualmente dal giudice civile³) e, sotto il profilo disciplinare, attengono eminentemente al diritto privato (particolarmente al diritto civile e al diritto del lavoro). Di tali questioni si tratterà, nei termini che saranno chiariti, entro i limiti in cui rilevano al fine di determinare il rapporto tra autonomia privata e poteri di "ingerenza" pubblicistici, nonché al fine di definire la posizione degli ETS sul mercato, ossia come operatori economici. Per il resto, si rinvia agli studi della dottrina privatistica⁴.

dei doveri costituzionali, Milano, 1967, 64 ss. Sull'efficacia "orizzontale", cioè nei rapporti tra privati, dei diritti fondamentali v. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 134-135. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte Costituzionale, 25 giugno 2019, n. 160, sulla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo all'interno dell'ordinamento sportivo, con nota critica di F.G. SCOCA, *Autonomia sportiva e pienezza di tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2019, 1687C ss.

³Cfr. E. ROSSI, *op. ult. cit.*, 194 ss., che si sofferma sulla delicatezza dell'intervento giudiziale nell'ambito della dinamica interna alle formazioni sociali.

⁴Per una compiuta analisi dei profili privatistici del Codice del Terzo settore v. F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018. Particolarmente importanti, seppur antecedenti alla riforma avviata con il Codice del Terzo settore, i lavori di Francesco Galgano, tra cui il già citato "Le associazioni. Le fondazioni. I comitati". Cfr. inoltre G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà. Il sistema delle associazioni nel codice civile e nella legislazione speciale*, Napoli, 1998. Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa ai "rapporti endoassociativi" v. M. GORGONI, *Dalla libertà di associazione alla pretesa parità di trattamento. Le tappe dell'associazionismo in Italia ed il ruolo della Consulta nella 'costituzionalizzazione' degli statuti associativi*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 391 ss. Sulla disciplina del lavoro nel Codice del Terzo settore v. R. DEL PUNTA, *Il lavoro nel Terzo settore*, in C. CONTESSA-D. SIMEOLI-I. VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, 29 ss. Più in generale, sul lavoro volontario v. L. MENGHINI, *Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*, Milano, 1989. Sul rapporto tra Terzo settore e diritto societario v. C. IBBA, *Codice del Terzo settore e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 62 ss.

PRIMA PARTE

LE ISTITUZIONI DEL TERZO SETTORE: CARATTERISTICHE, CONFINI E DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Le ragioni per un Codice del Terzo settore. La razionalizzazione “incompleta”. – 1.2. La disciplina del Terzo settore nel quadro del modello di “amministrazione condivisa”. – 1.3. Il difficile inquadramento del Terzo settore tra diritto pubblico e privato. – 2. Inquadramento costituzionale e istituzionale del Terzo settore. – 2.1. L’evoluzione del ruolo dei privati nello svolgimento di attività “sociali” di interesse generale. – 2.1.1. Dalla prevalenza dell’iniziativa privata nello svolgimento delle attività di carattere sociale... – 2.1.2 ...ai fenomeni di “pubblicizzazione” avviati nella fase autoritaria dello Stato liberale e consolidati nel periodo fascista. – 2.1.3. La valorizzazione delle attività private di interesse generale alla luce della Costituzione del 1948. – 2.2. La relazione tra ordinamento statale e Terzo settore nella prospettiva istituzionale. – 2.2.1. Le formazioni sociali come oggetto di “riconoscimento” da parte dell’ordinamento statale. – 2.2.2. Forme e gradi di rilevanza delle istituzioni particolari nell’ordinamento generale. – 2.3. Le istituzioni del Terzo settore come “sede” di sviluppo della personalità individuale e come espressione del pluralismo sociale. – 2.3.1. Il valore del principio pluralistico nel disegno costituzionale. – 2.3.2. Pluralismo sociale e principio di uguaglianza tra gruppi. – 2.3.3. La disciplina del Terzo settore tra pluralismo sociale, solidarietà e sussidiarietà. Il definitivo superamento del “sospetto” per le attività e gli scopi non lucrativi. – 2.4. Le istituzioni della solidarietà: il Terzo settore come sede per l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. – 2.4.1. Il problematico intreccio tra libertà e doverosità nel Terzo settore. – 2.4.2. Il principio di solidarietà nell’ordinamento costituzionale. Una chiave interpretativa per la disciplina del Terzo settore. – 2.4.3. Lo spontaneo adempimento dei doveri inderogabili come attuazione del principio solidaristico. – 2.4.4. Le modalità di realizzazione del principio di solidarietà tra iniziativa pubblica e privata. Il ruolo centrale del Terzo settore nel disegno costituzionale. – 2.5. Terzo settore e sussidiarietà. – 2.5.1. Il principio di sussidiarietà come nuovo paradigma della relazione tra cittadino e poteri pubblici. – 2.5.2. Il rapporto tra cittadini e interesse generale alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale. – 2.5.3. La polivalenza del principio di sussidiarietà. Delimitazione dell’indagine. – 2.5.4. Solidarietà e sussidiarietà come principi complementari nella disciplina del Terzo settore. – 2.5.5. Sussidiarietà e servizi sociali. – 2.5.6. Il rapporto tra autonomia privata e pubblici poteri alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale. – 2.5.7. La sussidiarietà orizzontale nel Codice del Terzo settore: tra garanzia dell’autonomia privata e “amministrazione condivisa”. – 2.6. Il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni con riferimento alla disciplina del Terzo settore. – 2.6.1. Terzo settore e ordinamento civile. – 2.6.2. Terzo settore e tutela della concorrenza. – 2.6.3. La disciplina tributaria del Terzo settore nel riparto di compe-

tenze legislative. – 2.6.4. Gli spazi di potestà legislativa regionale sul Terzo settore. – 3. Terzo settore e diritto europeo. – 3.1. L'uguaglianza giuridica degli operatori economici in relazione all'obiettivo di realizzazione del mercato unico. – 3.2. La cornice giuridica di valori e principi dell'Unione come base giuridica per un trattamento differenziato del Terzo settore nel contesto europeo. – 3.3. Il *favor* per il Terzo settore alla luce del quadro assiologico dell'Unione europea. – 4. Terzo settore e autonomia privata. – 4.1. L'autonomia privata come fondamento del Terzo settore. – 4.2. Autonomia privata e libertà delle forme giuridiche nel Terzo settore. – 4.3. La distinzione tra il Terzo settore e la Pubblica Amministrazione. – 4.4. Autonomia privata e autonomia pubblica negli enti privati sottoposti a controllo, direzione e coordinamento della Pubblica Amministrazione. – 4.4.1. La diffusione delle organizzazioni pubbliche in forma privatistica e il problema della distinzione rispetto agli enti del Terzo settore. – 4.4.2. Il ricorso a moduli privatistici da parte degli enti pubblici come espressione dell'autonomia pubblica. – 4.4.3. Le caratteristiche del controllo, direzione e coordinamento pubblico. Gli "indizi" interpretativi nell'art. 4, comma 2, del Codice del Terzo settore. – 4.4.4. Le nozioni di direzione e coordinamento o controllo nei rapporti tra società nel codice civile. – 4.4.5. La funzionalizzazione all'interesse pubblico come fattore di esclusione dal Terzo settore. – 4.5. L'autonomia privata come limite al potere legislativo. – 4.5.1. La protezione dell'autonomia privata nella prospettiva istituzionalistica. La contrapposizione tra Stato e società. – 4.5.2. La tutela dell'autonomia privata nella Costituzione tra libertà di iniziativa economica e "libertà sociale". – 4.5.3. La protezione dell'autonomia privata come conseguenza del principio di uguaglianza tra gruppi sociali. – 4.5.4. Autonomia privata e principio di sussidiarietà. – 4.5.5. La disciplina del Terzo settore nella logica promozionale. I principi di ragionevolezza e proporzionalità come condizione di legittimità degli oneri imposti agli enti del Terzo settore. – 4.5.6. Analisi dei limiti all'autonomia organizzativa degli enti del Terzo settore. – 5. Le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. – 5.1. La centralità del profilo teleologico come elemento di identificazione del Terzo settore. – 5.1.1. La rilevanza del profilo teleologico tra libertà di associazione, pluralismo sociale e "meritevolezza costituzionale". – 5.2. L'assenza dello scopo di lucro come condizione necessaria ma non sufficiente per l'identificazione degli enti del Terzo settore. – 5.3. L'indeterminatezza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Il ruolo dell'interprete. – 5.4. L'attributo della "socialità" nella elaborazione dottrinale. – 5.5. Profili ricostruttivi della nozione di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. – 5.6. L'elemento teleologico come criterio distintivo tra il Terzo settore e gli altri enti *non profit*. – 5.7. Il Terzo settore tra libertà e funzionalizzazione. – 5.7.1. Autonomia privata, solidarietà e funzione sociale. – 5.7.2. Caratteristiche e limiti della funzionalizzazione del Terzo settore. – 5.7.3. La distinzione tra Terzo settore e organizzazioni pubbliche in forma privatistica sotto il profilo funzionale. – 5.7.4. L'attività del Terzo settore come libera e non funzionale. Conseguenze sul regime giuridico. Rinvio. – 6. Le attività di interesse generale. – 6.1. Il concetto di "attività di interesse generale" e la distinzione dalla funzione e dal servizio pubblico. – 6.1.1. Attività di interesse generale e funzioni amministrative. – 6.1.2. Attività di interesse generale e servizi pubblici. I punti di contatto. – 6.1.3. Il carattere di doverosità del servizio pubblico nel contesto nazionale ed europeo. – 6.1.4. Il principio di libertà come fondamento dell'azione del Terzo settore. – 6.2. Il concetto di "interesse generale" come attributo dell'attività svolta dagli ETS. – 6.2.1. Ragioni dell'indagine sul concetto di interesse generale. – 6.2.2. La distinzione tra interesse pubblico e interesse generale. – 6.2.3. L'interesse generale nella prospettiva costituzionale. – 6.2.4. Punti di emersione dell'interesse generale nel diritto positivo. – 6.3. L'individuazione delle attività di interesse generale. – 6.3.1. Il dibattito dottrinale tra esigenze di certezza e valorizzazione dell'auto-

nomia delle formazioni sociali. – 6.3.2. La soluzione accolta nel Codice del Terzo settore: predeterminazione normativa delle attività di interesse generale? – 6.3.3. La natura esemplificativa dell'elenco legislativo delle attività di interesse generale. – 6.3.4. L'individuazione dell'interesse generale nel quadro della "legalità per valori". – 6.4. Analisi delle attività di interesse generale. – 6.4.1. La varietà delle attività di interesse generale nel contesto dell'art. 5 CTS. – 6.4.2. Classificazione delle attività di interesse generale menzionate nell'art. 5 CTS. – 6.4.3. Ulteriori attività di interesse generale. – 7. Il regime delle attività di interesse generale. – 7.1. La direzione "esterna" delle attività di interesse generale. – 7.2. I principi di uguaglianza e parità di trattamento nell'organizzazione e nell'azione degli enti del Terzo settore. – 7.2.1. Il principio di parità di trattamento nei rapporti interni agli enti del Terzo settore. – 7.2.2. Il principio di parità di trattamento nello svolgimento delle attività di interesse generale. – 7.2.3. Ancora sul principio di parità di trattamento. Il collegamento con la *ratio* della disciplina promozionale del Terzo settore e la distinzione rispetto alla disciplina dei servizi pubblici. – 7.3. Il controllo sullo svolgimento delle attività di interesse generale. – 8. Terzo settore e fenomeni associativi "contigui". – 8.1. I sindacati, le associazioni dei datori di lavoro, professionali e di categoria. – 8.2. I partiti politici e le altre associazioni e formazioni politiche. – 8.2.1. La nozione di associazioni e formazioni politiche. Il requisito di stabilità dell'organizzazione. – 8.2.2. I profili di contiguità tra i partiti politici e il Terzo settore. – 8.2.3. La distinzione tra Terzo settore e partiti politici. Le attività di interesse generale. – 8.2.4. Distinzione tra finalità politiche e finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. – 8.3. Gli enti religiosi e il possibile assoggettamento (parziale) alla disciplina del Terzo settore. – 8.3.1. La nozione di ente religioso civilmente riconosciuto e gli aspetti di contiguità con il Terzo settore. – 8.3.2. La distinzione tra finalità religiose e finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. – 8.3.3. Ragioni e legittimità della deroga prevista per gli enti religiosi. – 8.3.4. Condizioni e limiti dell'applicazione del Codice del Terzo settore agli enti religiosi. – 9. Terzo settore e "mercato". – 9.1. Introduzione. – 9.2. Attività economica e d'impresa nel contesto nazionale e del diritto dell'Unione europea. – 9.3. L'attività d'impresa degli enti del Terzo settore. – 9.4. La "non commercialità" degli enti del Terzo settore a fini fiscali. – 9.4.1. Premessa. Mancanza di una visione complessiva del carattere commerciale degli enti del Terzo settore. – 9.4.2. La commercialità degli enti del Terzo settore e delle attività di interesse generale. – 9.5. Terzo settore, attività d'impresa e finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. – 9.6. "Cultura e pratica del dono", attività d'impresa e solidarietà. – 9.7. Ancora su Terzo settore e "mercato". La problematica collocazione delle "imprese sociali". – 9.7.1. Attività d'impresa e interesse generale nella prospettiva della responsabilità sociale. Distinzione tra le società benefit e le imprese sociali. – 9.7.2. Le caratteristiche delle imprese sociali come soggetti stabilmente inseriti nel mercato. Limiti di applicabilità della disciplina promozionale. – 9.8. L'esclusione delle società dal Terzo settore e l'eccezione per le imprese sociali. – 10. Le tipologie di enti del Terzo settore. – 10.1. Le associazioni. – 10.1.1. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale: elementi in comune e caratteristiche distintive. – 10.1.2. Il regime di (ulteriore) favore per gli enti di volontariato: *ratio* e limiti. – 10.1.3. Le reti associative. – 10.1.4. I Centri di servizio per il volontariato. – 10.2. Le fondazioni. – 10.2.1. Le fondazioni tra pubblico e privato. – 10.2.2. L'esclusione delle fondazioni di origine bancaria dal Terzo settore. – 10.3. Altri enti del Terzo settore. – 10.3.1. Gli enti filantropici. – 10.3.2. Le società di mutuo soccorso. – 10.3.3. I Gruppi comunali di protezione civile. – 10.4. Le imprese sociali. – 10.4.1. Inquadramento costituzionale e sistematico. – 10.4.2. Peculiarità della disciplina delle imprese sociali nell'ambito del Terzo settore. – 10.4.3. Le cooperative sociali. – 11. Profili organizzativi del Terzo settore. – 11.1. L'iscrizione al Registro uni-

co nazionale del Terzo settore. – 11.1.1. Le forme di pubblicità e l’acquisto della personalità giuridica dei soggetti appartenenti al Terzo settore nella disciplina previgente. – 11.1.2. L’iscrizione al Registro unico. Carattere vincolato del provvedimento di ammissione. – 11.1.3. L’acquisizione della personalità giuridica nel Codice del Terzo settore. – 11.2. Le funzioni di vigilanza e controllo sugli enti del Terzo settore. – 11.3. Le forme di “partecipazione organica” nel Codice del Terzo settore. La controversa natura dell’Organismo nazionale di controllo. – 11.4. La Fondazione Italia Sociale tra pubblico e privato.

1. Introduzione

1.1. Le ragioni per un Codice del Terzo settore. La razionalizzazione “incompleta”

Ormai da qualche decennio a questa parte il “mondo” del Terzo settore è in costante espansione. Tanto nelle società “avanzate” quanto in quelle “in via di sviluppo” si assiste al proliferare di formazioni sociali che intervengono in molteplici ambiti della vita umana per finalità diverse dalla realizzazione di un profitto e di tipo “altruistico”¹. Sarebbe complicato elencare tutti i settori nei quali il Terzo settore si propaga, data la varietà di tali ambiti e la costante evoluzione della società². Si pensi, a titolo esemplificativo, ai servizi sociali, al settore della sanità, alle attività sportive, culturali, educative, alla protezione dell’ambiente e alla promozione dell’arte.

Parimenti significativo è il carattere variegato dei soggetti che compongono il Terzo settore, il modo in cui essi operano e le finalità perseguite, pur nella comunanza dell’assenza di uno scopo di lucro³. Fondazioni, associazioni, organizzazioni di volontariato, enti filantropici, cooperative sociali: il Terzo settore esprime “il prodotto della differenziazione societaria in condizioni di crescente complessità sociale”⁴. Esso può considerarsi una nuova forma di organizzazione della solidarietà, o

¹ Cfr. P. DONATI, *Introduzione. Nuovi orientamenti nell’analisi e nella promozione del terzo settore*, in ID. (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996, 13; G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., *passim.*; D.L. SILLS, *Voluntary Associations: Sociological Aspects*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1968, 362 ss. Con particolare riferimento all’azione volontaria in chiave comparata v. N. KRAMER-C.G. KRÜGER (a cura di), *Freiwilligenarbeit und gemeinnützige Organisationen im Wandel*, Berlin-Boston, 2019.

² Cfr. I. COLOZZI, *La specificità organizzativa dei soggetti di terzo settore: tipi e dinamiche*, in P. DONATI (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, cit., 104. V. anche M.R. SPASIANO, *Enti non lucrativi a rilevanza pubblica*, in *Dir. amm.*, 1994, 272.

³ Cfr. L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 3-4; P. DONATI, *Introduzione*, cit., 13.

⁴ P. DONATI, *Che cos’è il terzo settore: cultura, normatività, ruolo societario*, in ID. (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996, 27.

meglio una sua “auto-organizzazione”, fondata sulla società civile piuttosto che sullo Stato⁵.

La dimensione degli enti che compongono il Terzo settore è altrettanto variabile: si spazia dalle piccole associazioni locali a organizzazioni strutturate a livello nazionale o ultra-nazionale, con migliaia di aderenti, lavoratori, associati, volontari⁶.

La crescita del Terzo settore, anche sotto il profilo economico⁷, è di frequente ricollegata alla “crisi” dello Stato sociale⁸, i cui obiettivi, anche in termini di garanzia dei diritti fondamentali, non possono essere dissociati dalla disponibilità di adeguati mezzi finanziari⁹. La necessità di riduzione della spesa pubblica, derivante da diverse ragioni di origine “interna” o europea e perfino internazionale o globale, determina l’esigenza di limitare l’intervento statale diretto in tema di prestazioni sociali o di “ristrutturarlo” secondo un modello che contempi e favorisca il ricorso alle risorse private¹⁰, seguendo l’esempio fornito da esperienze straniere

⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 64-65, che evidenzia l’emergere di una solidarietà “sostitutiva” di una “obbligazione pubblica”. Sulla garanzia costituzionale dell’“*autorganizzazione sociale*” in connessione con l’affermazione di un “*principio di autonomia del «legame di solidarietà»*” v. G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, cit., 108.

⁶ Cfr. A.M. MACCARINI, *Le associazioni sociali*, in P. DONATI (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996, 125. In generale, sulle “associazioni dipendenti” v. F. GALGANO, *Le associazioni*, cit., 301 ss.

⁷ Sul punto v. E. ROSSI, *Valore e ruolo del terzo settore nel welfare in evoluzione*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2012, 323 ss.; H.P. BULL, *Wie «öffentlich» sind Stiftungen und Non-Profit-Organisationen?*, in AA.VV., *Zwischen Markt und Staat*, Köln-München, 2008, 54; C. CICORIA, *European Competition Law and Nonprofit Organisations: A Law and Economics Analysis*, in *Global Jurist Topics*, 2006, 1.

⁸ In tema v. R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell’Unione europea in tempo di crisi economica e l’inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenom. soc.*, 2013, 37 ss.; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1081 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 511 ss. Cfr. anche L. GORI, *Il sistema delle fonti del diritto nel Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 2; G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., 120 ss. e 203 ss.

⁹ Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neu Juristische Wochenschrift*, 1974, 1536. Sulla distinzione tra diritti sociali finanziariamente condizionati e incondizionati v. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 116 ss. Sul “*profilo organizzativo*” dei diritti costituzionali, “*che sembra trascendere l’ambito dei diritti di prestazione*” v. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 147 e 178-179. Cfr. altresì G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 182-183; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, 1989, ora in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 211. Per il collegamento tra tutela in positivo e in negativo dei diritti di libertà v. G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., 328.

¹⁰ Sul punto v. D. SIMEOLI, *Il non profit: radici culturali ed evoluzione normativa del fenomeno*, in C. CONTESSA-D. SIMEOLI-I. VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, 6; F. CAFAGGI, *L’impresa a finalità sociale*, in *Pol. dir.*, 2000, 602; L. VIOLINI, *Associazioni non profit, diritti sociali e processo costituente europeo. Riflessioni de constitutione ferenda*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, 96; E. TOSATO, *Corpi intermedi e bene comune*, in ID., *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, 138 ss.; P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Il Mulino*, 1958, 3 ss., ora in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, 160. Per una valutazione del fenomeno dal punto di vista del privatista v. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e Mercato*, 2011, 16.

re¹¹. Il coinvolgimento degli enti del “privato-sociale” appare necessario, d’altro canto, per assicurare il carattere “personalizzato” dei servizi sociali ad alto tasso di “relazionalità”¹².

Si impone per diversi ordini di ragioni, dunque, l’adozione di un modello che superi la prospettiva che vede lo Stato come “*l’autore unico del cambiamento sociale*”¹³. Si tratta della trasformazione del *Welfare State* in *Welfare society*¹⁴ (o *mix*)¹⁵; o, sotto altra prospettiva, del passaggio dallo Stato sociale all’“*enabling State*”¹⁶ o allo “Stato promotore”¹⁷, secondo linee di sviluppo ancora *in itinere* e non prive di connotazioni problematiche¹⁸, anche in relazione al superamento del principio universalistico nella fruizione dei servizi sociali¹⁹.

¹¹ Con riferimento agli Stati Uniti v. F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995, 76-77, il quale sottolinea che “*la collaborazione tra Stato ed enti non profit è un elemento centrale del moderno welfare state nordamericano*”; U. ASCOLI, *Welfare State e azione volontaria*, in *Stato e mercato*, 1985, 122.

¹² In questa prospettiva osserva G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., 205, che la crisi del *Welfare State* “*non è andata a beneficio del rilancio del mercato nel campo delle prestazioni sociali, bensì si è accompagnata alla riscoperta del ruolo del settore sociale*”, valorizzando il “*ruolo imprescindibile del volontariato e del libero associazionismo nella realizzazione (assieme alla P.A.) dell’amministrazione per servizi*”. Cfr. anche S. LA PORTA, *L’organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004, 58, il quale evidenzia il ruolo delle formazioni sociali nell’attuazione dell’art. 3, comma 2, Cost., in quanto esse “*esprimono una concezione di vita cui il titolare del diritto personalizzato può, nello scegliere la prestazione, liberamente aderire*”.

¹³ L. VIOLINI, *Associazioni non profit*, cit., 100.

¹⁴ Cfr. G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in *www.astrid-online.it*, 2008, 6; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà*, cit., 217; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: dal Welfare State al Welfare Society*, in *Riv. dir. fin.*, 2000, 111 ss. Sulla crisi del *Welfare State* v. U. ASCOLI, *Welfare State*, cit., 111 ss. Sui diversi modelli e sulla evoluzione dei “*sistemi del benessere*” v. H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004, 88 ss. Sulla complessità della nozione di *Welfare State* v. A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.

¹⁵ Cfr. S. PASQUINELLI, *Stato sociale e «terzo settore» in Italia*, in *Stato e mercato*, 1993, 307-308.

¹⁶ Cfr. S. PASQUINELLI, *op. ult. cit.*, 308-309. Con specifico riferimento al “*social housing*” v. M.G. DELLA SCALA, *Il social housing come servizio d’interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all’abitare e imperativi della concorrenza*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 182.

¹⁷ Cfr. E. NAVARRETTA, *L’evoluzione dell’autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior. st. pens. giur.*, 2014, 646, la quale sottolinea il ruolo dell’autonomia privata come “*servente rispetto agli interessi generali*”, in corrispondenza a un’immagine dello Stato che, “*lungi dal ritornare interventista, diviene piuttosto uno Stato-promotore*”. Sul ruolo dello Stato nell’attuale contesto economico globale v. da ultimo F. BASSANINI-G. NAPOLITANO-L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l’intervento pubblico nell’economia*, Bologna, 2021.

¹⁸ Cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 182, il quale si interroga se “*una dimensione di prestazione dei diritti, che faccia leva sulle risorse di una «cittadinanza attiva» (...) sia in grado di sostituire l’impianto dello «stato di prestazione»*” e sia compatibile con il disegno costituzionale che colloca il principio solidaristico “*al crocevia tra il sistema dei diritti e l’impegno della «Repubblica» alla rimozione delle disuguaglianze di fatto*”. V. anche F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 251; G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., 45-46.

¹⁹ In proposito v. F. CAFAGGI, *L’impresa a finalità sociale*, cit., 609; F. RIGANO, *La libertà assistita*,

La previsione di tecniche “promozionali” del diritto è stata collegata all’ampliamento dei fini propri dello Stato sociale, i cui obiettivi non possono trovare realizzazione mediante l’impiego esclusivo di tecniche di “scoraggiamento” e repressione dell’iniziativa privata²⁰. Il progetto di trasformazione sociale, connesso al principio della dignità umana e all’obiettivo dell’eguaglianza sostanziale²¹, che caratterizza tale forma di Stato implica un’azione dei pubblici poteri non meramente negativa o di astensione, bensì positiva e di supporto nei confronti di quelle attività che si pongono come strumentali rispetto a tale progetto²².

Alla diffusione degli enti *non-profit* si è perciò accompagnata una significativa legislazione di favore²³, espressione di una tendenza a giuridificare e “formalizzare” ambiti sociali che, non essendo riconducibili ai poli del “pubblico” e del “mercato”, erano rimasti – e secondo alcuni orientamenti dovevano rimanere – nella sfera dell’“irrilevante giuridico”²⁴.

Per lungo tempo, tuttavia, la disciplina degli enti del Terzo settore è stata “punitiforme” e frammentaria²⁵. Il legislatore ha regolato alcuni tipi di enti, introducendo discipline apparentemente autonome e differenziate, ma non altri²⁶; ha disciplinato gli aspetti tributari e fiscali, ma non quelli civilistici²⁷. Il carattere disorganico della

cit., 276 ss. Sul superamento del principio universalistico nel settore sociale e sull’esigenza di selezionare i destinatari dei benefici pubblici v. H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza*, cit., *passim* e in part. 446 ss.

²⁰ Sul punto v. N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1313-1314 e 1320 ss. Cfr. anche R. GUASTINI, *Dovere giuridico (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, 1988, 6, il quale osserva che lo Stato sociale non si limita a svolgere funzioni di controllo dei “comportamenti devianti”, ma anche “funzioni di direzione sociale”, per le quali il ricorso a “mezzi di incentivazione, incoraggiamento, promozione, e prevenzione” è ineludibile”. Sulla funzione promozionale dello Stato sociale v. altresì H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza*, cit., 22; N. COLAIANNI, *Sul concetto di confessione religiosa*, in *Foro it.*, 1994, 2988; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 74-75.

²¹ Sul punto v. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 152-153. Cfr. anche G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 47; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 194.

²² Sul collegamento tra misure positive ed eguaglianza sostanziale v. M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, 365.

²³ Sul punto v. F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 249.

²⁴ Sul punto v. G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, cit., 123 ss.

²⁵ Il rilievo è comune negli studi giuridici e sociologici. Cfr., per tutti, F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 500; F. LOF-FREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., *passim*; G. TIBERI, *La dimensione costituzionale*, cit., 2; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Profili dell’organizzazione pubblica del volontariato*, Milano, 1997, 22. Nella letteratura sociologica v. G. ROSSI, *Il caso italiano*, cit., 65 e 77.

²⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, *Le associazioni private ‘a rilievo pubblicistico’*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 587, che segnalava “il sempre più marcato distacco tra associazioni esclusivamente regolate dal codice civile e associazioni soggette a discipline settoriali di sostegno”.

²⁷ Singolare è stata la figura delle ONLUS, la quale pur essendo nata nel contesto della normativa tributaria è stata utilizzata come punto di riferimento per indicare il complesso degli enti ascrivibili al Terzo settore. In tema v. G. PASTORI, *L’organismo di controllo delle Onlus*, in G.P. BARBETTA-C.

legislazione, privilegiando determinate tipologie di enti rispetto ad altre, ha dato luogo ad incoerenze di carattere sistematico e sollevato dubbi in ordine al rispetto del principio di eguaglianza²⁸.

La disciplina contenuta nel I libro del codice civile, come messo in luce da autorevole dottrina, si è rivelata “*impari*” rispetto “*ai problemi che la più evoluta società civile della seconda metà del secolo ha sollevato intorno alle organizzazioni collettive a scopi ideali*”²⁹, e da lungo tempo si sono sottolineate le esigenze di una sua riforma³⁰.

Il Codice del Terzo settore, d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 adottato su legge delega 6 giugno 2016, n. 106³¹, ha compiuto, sotto questo profilo, importantissimi passi avanti. Il tentativo di fornire un quadro regolativo generale del Terzo settore mediante l’adozione di un “codice di settore”³² è stato senz’altro meritorio sotto vari

SCHENA (a cura di), *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, Bologna, 2000, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2010, 752.

²⁸ Sul punto v. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008, 42; E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, 175; A. MATTIONI, *Le garanzie costituzionali degli enti non profit. Aspetti problematici* (1995), ora in ID., *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Napoli, 2005, 563-564. Cfr. anche P. SANNA, *Dalla legge di riforma al “Codice del Terzo settore”: alcuni profili introduttivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2083 ss.; F. COSTAMAGNA, *The Provision of Social Services in Italy of Social Services in Italy Between Federalization and Europeanization*, in U. NEERGAARD-E. SZYSZCZAK-J.W. VAN DE GRONDEN-M. KRAJEWSKI (a cura di), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague, 2013, 552-553; G. VECCHIO, *Libertà di iniziativa assistenziale e formazione del concetto di ‘sussidiarietà orizzontale’ nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 529, che evidenzia, sulla base anche della giurisprudenza costituzionale, l’esigenza di individuare “*schemi omogenei ed espressivi degli elementi di base caratterizzanti dell’intera tipologia della ‘classe’ di soggetti privati di interesse generale*”; G. ROSSI, *Il caso italiano*, in P. DONATI (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996, 63. Sulla tensione con il principio di eguaglianza di regimi di finanziamento pubblico disomogenei v. F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 250. Il problema di assicurare l’eguaglianza tra gruppi sociali è affrontato anche in ordinamenti diversi dal nostro, come quello francese; v. in proposito G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., 66-67. “*L’esigenza di ricondurre la materia in esame a un disegno coerente e organico*” è sottolineata anche dal Consiglio di Stato nel parere del 14 giugno 2017, n. 1405, sullo schema di decreto recante il Codice del Terzo settore.

²⁹ F. GALGANO, *Le associazioni*, cit., XI.

³⁰ Cfr., per tutti, A. BORGHINI, *Brevi considerazioni su una recente proposta di riforma delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute di cui al libro I del codice civile alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 347-348; P. DE CARLI, *Enti non profit, privatizzazioni e impresa sociale*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, 81 ss.; G. GEMMA, *Costituzione e associazioni*, cit., 221 ss. e 335 ss.; U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di) (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1987, 499.

³¹ Sulle linee essenziali della legge delega v. L. GORI-E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016. Sull’iter di approvazione del d.lgs. 117/2017 v. L. GORI, *Il sistema delle fonti*, cit., 11 ss.

³² Cfr. F. RIGANO, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in *Dir. cost.*, 2/2011, 155. In generale, sulla codificazione settoriale v. A. CIOFFI, *Codificazioni e principi generali (dir. amm.) (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, 37 ss.; R. CARLEO, *Codici di settore (ad vocem)*, in *www.treccani.it*, 2009. V. anche R. NICCOLÒ, *Codice civile (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1960, 241 ss., sul senso della codificazione nella società moderna.

punti di vista, a partire dal valore “simbolico” che si connette alla qualificazione giuridica di un fenomeno³³. L'introduzione di una disciplina statale coerente ed organica o, in altri termini, di un “micro-sistema ordinamentale”³⁴ è da valutare positivamente, in particolare con riferimento al valore della certezza del diritto, a lungo conculcato da una disciplina frammentaria. La previsione di un regime unitario, incentrato sulla nuova figura giuridica dell’“ente del Terzo settore”³⁵, e di un sistema di pubblicità nazionale, sul quale vigila l'autorità amministrativa, costituisce un importante meccanismo di tutela dei terzi (e specialmente delle varie specie di “finanziatori”), riducendo l'asimmetria informativa e i relativi costi di transazione³⁶.

L'introduzione del Codice non risolve certo tutti i problemi. La mancata attuazione della legge delega, nella parte in cui prevedeva la riforma del Titolo I del codice civile³⁷, rappresenta, come immediatamente segnalato dal Consiglio di Stato³⁸ e dalla dottrina³⁹, un *vulnus* all'esigenza di certezza giuridica e organicità che ha ispirato l'approvazione del Codice. La permanenza per determinate tipologie di enti di di-

³³ Sul punto v. G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, cit., 42 e 185-186.

³⁴ Tale locuzione è frequentemente accostata ai codici di settore. Cfr. Consiglio di Stato, Ad. gen., 25 ottobre 2004, n. 2, sul Codice dei diritti di proprietà industriale ma con considerazioni di carattere generale. Successivamente, v. Consiglio di Stato, Sez. cons. att. norm., Adunanza del 20 dicembre 2004, n. 11602, sul Codice del consumo; Consiglio di Stato, Sez. cons. att. norm., Adunanza del 14 febbraio 2005, n. 11603, sul Codice delle assicurazioni. In dottrina v. N. IRTI, *Decodificazione (ad vocem)*, in *Dig. disc. priv.*, 1989, 142 ss. e in part. 148. Con riferimento al Codice del Terzo settore v. M.V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in ID., *Enti del primo libro e del terzo settore*, Pisa, 2021, 358; D. SIMEOLI, *sub art. 3*, in C. CONTESSA-D. SIMEOLI-I. VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, 42-43. Con riferimento alla legislazione sugli enti *non profit* antecedente al Codice del Terzo settore, già S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà*, cit., 163, notava che essa “*distaccandosi sempre più dal modello codicistico da cui pure originava, ha ormai acquisito una propria autonomia, sicché sempre meno ci appare come deroga alla disciplina codicistica*”, sicché “*per i soggetti non profit la disciplina generale è dettata dalla stessa legislazione speciale*”.

³⁵ Sul punto v. D. SIMEOLI, *sub artt. 1-2*, cit., 39, che riconduce il Codice in esame al novero delle “codificazioni soggettive”, in quanto incentrate non su un settore di attività ma su una figura giuridica.

³⁶ Cfr. H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Journal*, 1980, 853. V. anche A. BARAGGIA, *I vincoli normativi sul settore non profit*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 751-752.

³⁷ L'art. 1, comma 2, lett. a), della legge 6 giugno 2016, n. 106, delegava il Governo “*alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute*”. A tale delega, tuttavia, non è stato dato seguito. L'unica modifica al codice civile si rinviene nell'art. 98 del CTS, che introduce l'art. 42-*bis* c.c., in tema di trasformazione, fusione e scissione di associazioni e fondazioni. Su tali operazioni v. D. SIMEOLI, *sub art. 4*, cit., 52-53. Sui principi e criteri direttivi che avrebbero dovuto presiedere la revisione della disciplina codicistica v. F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 38 ss.

³⁸ Consiglio di Stato, parere n. 1405/2017, par. 3.

³⁹ Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 289; C. IBBA, *Codice del Terzo settore*, cit., 62 ss.; D. SIMEOLI, *Il non profit*, cit., 11, il quale evidenzia anche come la creazione di “*un sotto-settore delle associazioni e fondazioni operanti nel Terzo settore*” determini “*un ulteriore svuotamento normativo del Libro I del codice civile*”; E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 709; P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 60-61; L. GORI, *Il sistema delle fonti*, cit., 17 ss.

scipline speciali, alle quali il Codice rinvia, contraddice gli obiettivi di semplificazione, razionalizzazione ed esaustività che pure erano enunciati nella legge delega⁴⁰.

Cionondimeno, si può ritenere che la riforma, definendo “in positivo” il Terzo settore, abbia innovato significativamente il modo in cui esso è concepito e si “colloca” nell’ambito dell’ordinamento statale⁴¹. Fino al Codice⁴² esso è stato definito, di regola, solo “in negativo” o in via residuale rispetto allo “Stato” e al “mercato”⁴³ o come esito del “fallimento” dell’uno e/o dell’altro⁴⁴. Tale impostazione sembra del resto corrispondere alla difficoltà nel riconoscere “uno spazio intermedio tra individuo, percepito attraverso la realtà giuridico-economica indicata nel mercato, e Stato”⁴⁵. Essa viene meno, almeno come linea tendenziale, con l’introduzione del Codice, che consente di ricostruire il Terzo settore come categoria giuridica⁴⁶ (e non solo economica o sociologica⁴⁷) autonoma, abbandonandone la concezione “residuale”⁴⁸ e valorizzandone, in positivo, la strumentalità alla realizzazione dei principi e valori costituzionali⁴⁹. In quest’ottica ne viene in rilievo il fattore di coesione so-

⁴⁰ Art. 1, comma 1, lett. b), legge n. 106/2016. Sul punto v. Consiglio di Stato, parere n. 1405/2017, par. 4. In dottrina v. per tutti D. SIMEOLI, *sub art.* 3, cit., 44; ID., *sub art.* 4, cit., 55; P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *op. ult. cit.*, 86.

⁴¹ Il rilievo è condiviso in dottrina. Cfr. G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo settore*, in A. FICI-L. GALLO-F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni e terzo settore*, Napoli, 2020, 25; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 13; L. GORI, *Il sistema delle fonti*, cit., 15-16.

⁴² Nella normazione previgente, la denominazione “terzo settore” si riscontra saltuariamente e senza una precisa definizione o una chiara delimitazione degli enti che ne fanno parte. Sul punto v. L. GORI, *op. ult. cit.*, 4-5, in part. nota 9.

⁴³ V. F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 64; I. COLOZZI, *La specificità organizzativa*, cit., 103. Sull’insufficienza di una definizione in negativo v. L. GORI, *Il sistema delle fonti*, cit., 6.

⁴⁴ Sul punto v. S. LA PORTA, *L’organizzazione delle libertà*, cit., 3, il quale criticamente rilevava che attribuire al Terzo settore un “ruolo di supplenza alla stregua di un suo tipico connotato, finisce con il relegarlo in una posizione di residualità, se non addirittura di marginalità”. Del resto, la stessa origine della nozione di “terzo settore” sembra indicare uno stato di “subalternità” rispetto allo Stato e al mercato. In tema v. U. ASCOLI, *Welfare State*, cit., 114, che cita il sociologo statunitense Levitt come artefice della nozione di Terzo settore quale “spazio residuale” tra il privato (corrispondente al mercato) e il pubblico. Contemporaneo è lo scritto di A. ETZIONI, *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 1973, 314 ss.

⁴⁵ A. BARBA, *Il ‘principio di libertà sociale’ nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. RE-SCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 332.

⁴⁶ Cfr. F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 68-69. Con riferimento alla disciplina previgente v. G. TIBERI, *La dimensione costituzionale*, cit., 1. Sul rapporto tra la nozione giuridica di Terzo settore e quella di altre scienze sociali v. S. LA PORTA, *L’organizzazione delle libertà*, cit., 1 ss. Cfr. anche P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 63-64. Sull’esigenza di “riconoscimento e legittimazione” sul piano giuridico del fenomeno dell’impresa con finalità sociali v. F. CAFAGGI, *L’impresa a finalità sociale*, cit., 637.

⁴⁷ Cfr. S. PASQUINELLI, *Stato sociale*, cit., 279 ss.

⁴⁸ In questa prospettiva v. N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 643 e 650-651. Cfr. anche F. GIGLIONI, *Principi e ricadute*, cit., 502.

⁴⁹ In tal senso v. D. SIMEOLI, *sub artt.* 1-2, cit., 40, il quale sottolinea l’idoneità del Terzo settore a realizzare “alcuni scopi di benessere individuale e collettivo che la Costituzione proclama”.

ciale, in larga misura non fungibile per mezzo dei meccanismi “competitivi” e “conflittuali” del mercato né mediante gli strumenti dell’integrazione politica⁵⁰.

1.2. La disciplina del Terzo settore nel quadro del modello di “amministrazione condivisa”

La frammentarietà della legislazione e la difficoltà di ricondurre il Terzo settore entro le coordinate giuridiche tradizionali hanno ostacolato, finora, un inquadramento sistematico soddisfacente, sebbene non siano mancati meritori tentativi della dottrina di individuare, anche al di là del dato normativo, una categoria unitaria di enti privati “*caratterizzati dal vincolo di non redistribuzione degli utili e che svolgono attività di utilità sociale come espressione di solidarietà*”⁵¹.

In base alla definizione contenuta nell’art. 4 del d.lgs. 117/17, gli enti del Terzo settore, pur traendo origine e fondamento nell’autonomia privata, svolgono attività di interesse generale, per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Rinviando alla successiva trattazione i problemi interpretativi connessi alla definizione del profilo oggettivo e teleologico dell’azione degli enti del Terzo settore, può fin d’ora notarsi come la menzionata definizione tenda a superare la semplicistica dicotomia (o il “paradigma bipolare”⁵²) che considera lo Stato (i pubblici poteri) come esclusivo tutore dell’interesse della collettività, e i privati come soggetti “ripiegati” sul perseguimento di interessi “particolari”⁵³. In altri termini, la categoria del Terzo settore

⁵⁰ In questa prospettiva v. P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale ed europeo*, Torino, 2010, 361. Sulla necessità di un equilibrio tra Stato, mercati e comunità v., dal punto di vista dell’economista, R. RAJAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, Milano, 2019.

⁵¹ Così A. BARAGGIA, *I vincoli normativi*, cit., 735, nota 1. Un importante tentativo di analisi unitaria del fenomeno delle “associazioni private di interesse generale”, pur a fronte di una legislazione tutt’altro che organica, si deve ai due volumi di G. LEONDINI, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione. I. Profili costituzionalistici*, Padova, 1998; ID., *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione. II. Profili amministrativistici*, Padova, 1999. La categoria delle persone giuridiche private d’interesse generale era stata già individuata da F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. II, tomo II, Torino, 1956, 152-153. Cfr. anche, più recentemente, S. LA PORTA, *L’organizzazione delle libertà*, cit., 3 ss. Sulla difficoltà di ricostruire una categoria dogmaticamente unitaria di enti del Terzo settore, in assenza di una disciplina legislativa apposita, v. F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 103 ss. e 216.

⁵² Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 187 ss.

⁵³ Sul punto v. P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 28; G. LEONDINI, *Associazioni private*, I, cit., 8 e 66-67. Cfr. inoltre F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, 19 ottobre 2002, in *www.astrid-online.it*, il quale osserva che gli operatori del Terzo settore “rompono la ‘struttura bipolare’ pubblico/privato”; S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 66-67, che ricollega il consolidamento del Terzo settore alla “*sempre più evidente crisi di una lettura dicotomica della società affidata alle categorie del pubblico e del privato*”. In generale, sul superamento della netta opposizione Stato-società civile o autorità-libertà, e sulla multipolarità delle relazioni tra pubblico e privato v. S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

smentisce la concezione per cui l'Amministrazione cura (da sola) l'interesse pubblico, mentre i cittadini “*perseguono i propri interessi individuali*”⁵⁴, al pari di quella che concepisce il mercato come popolato esclusivamente da operatori votati al profitto⁵⁵. L'attività degli enti del Terzo settore, pur avendo natura privatistica e potendosi svolgere, come si avrà modo di approfondire⁵⁶, in forma imprenditoriale, è diretta a un interesse “generale” che oltrepassa i “confini” degli enti stessi; un interesse “altruistico”⁵⁷, in quanto appartenente alla collettività intera.

Sotto questo profilo, la relazione tra Terzo settore e pubblici poteri deve inquadrarsi nel più ampio fenomeno dell'“*amministrazione condivisa*”⁵⁸, come modello di cooperazione tra apparati pubblici e soggetti privati (i “cittadini attivi”⁵⁹) in vista del perseguimento dell'interesse generale⁶⁰. Tale modello di amministrazione, le cui radici possono già ravvisarsi nei principi personalistico e democratico (o “demarchico”, secondo la teoria di Feliciano Benvenuti⁶¹), ha trovato un solido fondamento costituzionale a seguito della riforma del Titolo V⁶² nell'art. 118, comma 4, Cost., che ha sancito il principio di sussidiarietà orizzontale, da intendere in una chiave “pervasiva” e “collaborativa”⁶³, ovvero come fondativo di “*un nuovo paradigma del diritto amministrativo, pluralista, paritario e relazionale*”⁶⁴, secondo una prospettiva che trova riscontro nel più recente orientamento del giudice delle leggi⁶⁵ e nell'al-

⁵⁴ Cfr. G. ARENA, *Sussidiarietà e nuova cittadinanza*, in V. BALDINI (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007, 122, da cui è tratto il corsivo. V. anche ID., *Sussidiarietà orizzontale*, cit., 32. Cfr. altresì M.R. SPASIANO, *Enti non lucrativi*, cit., 264 ss.

⁵⁵ Sul punto v. D. SIMEOLI, *sub art. 3*, cit., 46.

⁵⁶ Cap. 9 della Parte Prima.

⁵⁷ Cfr. G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, cit., 198.

⁵⁸ La prima elaborazione teorica di tale modello si deve a G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1997, 117/118, 29 ss.

⁵⁹ Cfr. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2011. Tale locuzione assume, evidentemente, un significato diverso da quello che, in passato, designava la piccola parte di popolazione titolare di diritti politici nell'ambito degli Stati a suffragio censitario. In proposito v. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana (note preliminari)*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, 410 e 430.

⁶⁰ Una definizione di amministrazione condivisa si trova nell'art. 2, lett. a), della l.r. Lazio, 26 giugno 2019, n. 10 (Promozione dell'amministrazione condivisa dei beni comuni): “*il modello organizzativo che, attuando il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, consente a cittadini e amministrazione di condividere risorse e responsabilità nell'interesse generale*”.

⁶¹ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Sul nesso “cittadinanza attiva”, sussidiarietà e democrazia v. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 220-221.

⁶² Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

⁶³ Sul punto v. S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in V. BALDINI (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007, 47 ss.

⁶⁴ Così G. ARENA, *op. ult. cit.*, 191.

⁶⁵ V. Corte Costituzionale, 15 marzo 2022, n. 72; Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131, con nota di G. ARENA, *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Ter-*