

31 GENNAIO 2018

Stato, mercato e Terzo settore nel
decreto legislativo n. 117/2017: per
una nuova *governance* della solidarietà

di Debora Caldirola

Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano

Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova *governance* della solidarietà *

di Debora Caldirola

Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano

Sommario: **1.** Il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 come nuova policy economica e di welfare. **2.** Una premessa fondamentale: la definizione di Terzo settore. **3.** Il sistema di cooperazione tra soggetti pubblici e Terzo settore. **4.** Segue: La specialità del regime convenzionale per le attività e i servizi sociali di interesse generale e i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, nel quadro della giurisprudenza dell’Unione Europea e del Codice dei contratti pubblici. **5.** Finanza sociale e Terzo settore. **6.** Segue: Il Social Bonus. **7.** Organizzare la solidarietà: alcune osservazioni conclusive.

1. Il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 come nuova *policy* economica e di *welfare*

Con il Codice del terzo settore, è stata portata a compimento la delega conferita al Governo con legge 6 giugno 2016, n. 106, per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale¹. Si è così data una risposta alle richieste rimaste per anni inevase², di poter usufruire di un’impalcatura normativa unitaria dei diversi modelli giuridici che hanno caratterizzato il Terzo settore nel nostro ordinamento. Non si tratta di un semplice riordino della frammentata normativa che disciplinava le differenti figure del Terzo settore e il regime tributario delle stesse³, ma di uno dei rari casi in cui il legislatore si è spinto a tracciare le linee di una nuova policy economica e di *welfare*⁴, impostata sul superamento del dualismo tra Stato e mercato, rispetto al quale il *non profit* ha di fatto trovato la sua collocazione come “terza” dimensione. Chiare indicazioni in questo senso si trovano, del resto, nella

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ La scelta del legislatore delegato è stata quella di adottare più decreti legislativi per l’attuazione della legge di delega. Sono stati adottati il d.lgs. 6 marzo 2017, n. 40 - Istituzione e disciplina del servizio civile universale; il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 111- Disciplina dell’istituto del cinque per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche; il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 - Revisione della disciplina in materia di impresa sociale.

² Si ricordano i numerosi tentativi fatti di riformare il Terzo settore a partire dai lavori della Commissione Rescigno del 1998, seguiti da quelli della Commissione Vietti del 2005 e infine i lavori della Commissione Pinza del 2006.

³ La legge n. 106 del 2016, all’art. 1, stabiliva non solo il riordino, ma la 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, degli enti del Terzo settore, dell’impresa sociale e del servizio civile nazionale, nonché il riordino e alla revisione organica della disciplina tributaria applicabile a tali enti.

⁴ Parla di dimensione politica della riforma E. ROSSI, *La necessità di una “revisione organica” della legislazione del Terzo settore: un’opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 22.

legge di delega, ove tra le finalità viene enunciata la valorizzazione del potenziale di crescita e occupazionale insito nell'economia sociale e nelle attività del Terzo settore (art. 1, c. 1).

Nel decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si rinviene un'organica architettura in cui è chiesto allo Stato, al mercato e al Terzo settore di porre in comune le proprie specifiche e differenti risorse, per creare una fruttuosa sinergia in grado di generare effetti positivi, sia in termini di sviluppo economico, sia in termini di soddisfacimento dei bisogni sociali.

Soggetti tradizionalmente abituati ad operare singolarmente e spesso in modo del tutto isolato, hanno ora a disposizione strumenti e modelli di coordinamento ispirati ai principi di partecipazione e reciprocità, dotati altresì della necessaria flessibilità per adattarsi ai rapidi cambiamenti che caratterizzano l'attuale momento storico.

Con il Codice del Terzo settore il *welfare* si avvia verso una fase di rinnovamento e trasformazione⁵, che passa attraverso la valorizzazione delle tradizionali figure ricomprese nella categoria del *non profit*, la definizione di strumenti di finanziamento tesi a superare le vecchie logiche assistenziali e l'incremento della capacità dei diversi attori pubblici e privati di dare risposte adeguate ai rischi e bisogni sociali emergenti⁶.

La costruzione di una nuova *governance* basata su strumenti giuridici di alleanza tra soggetti non profit, for profit e pubblici, rappresenta probabilmente l'elemento più significativo del decreto legislativo n. 117/2017. Nel presente contributo si intende focalizzare l'attenzione su questo aspetto, prendendo in considerazione alcuni specifici contenuti della riforma che danno evidenza dell'intento di realizzare un sistema integrato in cui è possibile far convergere interessi astrattamente differenti verso obiettivi comuni.

2. Una premessa fondamentale: la definizione di Terzo settore

La legge di delega del 6 giugno 2016, n. 106, sulla scorta della quale il Governo ha approvato, il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, ha fatto una precisa scelta terminologica adottando l'espressione Terzo settore; è

⁵ Per un'analisi sul legame tra riforma del *welfare* e Terzo settore in Europa si veda A. M. BATTISTI, *Welfare e non profit in Europa. Profili comparati*, Torino, 2013.

⁶ In merito ai nuovi rischi e bisogni sociali come l'autosufficienza, l'esclusione sociale, la marginalità abitativa e l'immigrazione si vedano, in particolare, i rapporti Istat degli ultimi anni reperibili al sito www.istat.it, nonché F.R. PIZZUTI (a cura di) *Rapporto sullo stato sociale 2017. Stagnazione secolare, produttività, contrattazione salariale e benessere sociale*, Roma, 2017; F. MAINO - C. LODI RIZZINI - L. BANDERA, *Povertà alimentare in Italia: le risposte del secondo welfare*, Bologna, 2016; V. EGIDI, *Imvecchiamento, longevità, salute: nuovi bisogni, nuove opportunità*, in M. LIVI BACCI (a cura di), *Salute, sopravvivenza e sostenibilità dei sistemi sanitari: la sfida dell'invicchiamento demografico*, 2014, reperibile sul sito www.neodemos.info; C. SARACANO - N. SARTOR - G. SCIORTINO (a cura di), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, Bologna, 2013.

noto, infatti, che nel corso del tempo sono state usate locuzioni affini come «privato sociale», «privato civile», «*non profit*», «economia sociale», «terza dimensione», «impresa civile»⁷.

La denominazione scelta nasce e trova la sua ragion d'essere, nelle peculiarità socio-culturali e istituzionali che hanno caratterizzato l'Italia nel corso del tempo. Deve infatti ricordarsi che nel nostro Paese, già a partire dal XIII secolo, hanno preso forma figure espressione della solidarietà civile differenti ed autonomi rispetto all'apparato pubblico⁸ e che è stato nel Novecento che si è proceduto al progressivo ridimensionamento di siffatte figure⁹. Come è stato puntualmente osservato “Tutto doveva essere ricondotto o al mercato o allo Stato o tutt'al più ad un mix di queste due istituzioni basilari a seconda delle simpatie ideologico-politiche dei vari attori societari”¹⁰. La consapevolezza dell'esistenza di un'opzione diversa ed altra rispetto allo Stato e al mercato, si è fatta strada nell'allora Comunità economica europea, dove una prima definizione di Terzo settore si ritrova nel rapporto “Un progetto per l'Europa” del 1978, nel quale al Terzo settore viene assegnata una posizione che lo separa concettualmente dallo Stato e dal mercato, ancorché equiparata a livello di società complessiva.

Il termine si diffonde in Italia intorno alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, grazie agli studi di sociologi ed economisti che per primi hanno dato attenzione alla materia. L'approccio sociologico ha sottolineato la valenza motivazionale, l'orientamento altruistico delle relazioni che si instaurano all'interno e all'esterno dei soggetti del Terzo settore e che implicano un coinvolgimento personale dei diversi attori¹¹. L'approccio economico ha considerato il ruolo del Terzo settore nella prospettiva del contenimento della spesa pubblica, dell'incidenza occupazionale e dell'incremento delle risorse disponibili, ha analizzato gli strumenti di finanziamento, le forme organizzative e le tecniche gestionali,

⁷ Per un'analisi delle diverse definizioni e delle dottrine da cui hanno avuto origine si veda L. COCCACCINI, *Il terzo settore tra le generazioni*, Milano, 2003, pp. 22 ss.

⁸ Per una ricostruzione della lunga storia delle organizzazioni della società civile si rinvia a E. ROSSI - S. ZAMAGNI, *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011.

⁹ In merito basti ricordare le IPAB (Istituti di Pubblica Assistenza e Beneficienza), che nella loro storia contrastata sono state sotto il controllo dello Stato e, in seguito, degli enti locali.

¹⁰ Così S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, p. 15.

¹¹ Appaiono significative le parole di P. DONATI, *Il problema della “regolazione promozionale” del terzo settore: una prospettiva relazionale*, in *Capire gli organismi non profit*, supplemento de *Il Fisco*, n. 26 del 30 giugno 1997, p. 7584, secondo il quale si tratta di “sfere relazionali che sono private nella loro gestione mentre agiscono – in maniera pubblicamente rendicontabile – in funzione di uno scopo sociale di solidarietà, quindi non per interessi strumentali propri o altrui”. Sul piano sociologico, senza intenti esaustivi, si vedano tra i primi contributi sul tema V. CESAREO, *La società flessibile*, Milano, 1985; L. BOCCACCIN, *La sinergia della differenza. Un'analisi sociologica del terzo settore in Italia*, Milano, 1993; U. ASCOLI (a cura di), *Il welfare futuro: manuale critico del terzo settore*, Roma, 1999.

attraverso una prospettiva spesso comparativista, tesa a individuare le debolezze e le potenzialità del settore *non profit* nell'assetto economico dell'Italia¹².

Sul piano giuridico il legislatore ha utilizzato l'espressione Terzo settore nell'art. 5 della Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, legge n. 328/2000, limitandosi a prevedere che al fine di favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà "gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili..., promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea".

La legge n. 328/2000 ha rinviato sostanzialmente ad una nozione pregiuridica di Terzo settore¹³. Solo nel D.P.C.M 30 marzo 2013, costituente Atto di indirizzo e coordinamento per l'affidamento dei servizi alla persona, si è cercato di delimitare la categoria. Nell'art. 2 sono stati elencati i soggetti del Terzo settore, al tempo oggetto di una disciplina specifica, quali gli organismi non lucrativi di utilità sociale, gli organismi della cooperazione, le organizzazioni di volontariato, le associazioni ed enti di promozione sociale, le fondazioni, gli enti di patronato, lasciando aperta la possibilità di far rientrare nel Terzo settore "altri soggetti privati" senza scopo di lucro.

La legislazione frammentata e stratificata nel tempo sui singoli enti ed organismi operanti nel privato sociale, ha reso impervio trovare caratteristiche unitarie, attraverso le quali costruire l'identità di ciò che non apparteneva né al mercato né alla sfera pubblica¹⁴. Non appariva per altro utilizzabile una locuzione differente da Terzo settore, trattandosi di una formula non solo sufficiente ampia da ricomprendere molteplici *species* ma anche, in fondo, in grado di rappresentare la storia e la cultura solidaristica del nostro Paese, oltre alla tradizione giuridica. Basti fare riferimento, a questo proposito, al principio di sussidiarietà orizzontale, fortemente legato alla categoria concettuale del Terzo settore, e alla sua antica affermazione,

¹² Per uno sguardo d'insieme dei primi approcci sul tema si veda G.P. BARBETTA (a cura di), *Senza scopo di lucro*, Bologna, 1996; C. BORZAGA - G. FIORENTINI - A. MATAACENA, *Non-profit e servizi di welfare. Il contributo dell'analisi economica*, Roma, 1999. Si veda inoltre L. BRUNI - S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004.; G.P. BARBETTA - S. CIMA - N. ZAMARO (a cura di), *Le istituzioni non profit in Italia. Dimensioni organizzative, economiche e sociali*, Bologna, 2003.

¹³ Così E. ROSSI - P. ADDIS - F. BIONDI DAL MONTE - E. STRADELLA - E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, cit., p. 82.

¹⁴ Sul punto appaiono significative le osservazioni critiche svolte sulla pregressa disciplina delle figure del Terzo settore da G. MORO, *Contro il non profit*, Roma-Bari, 2014, spec. pp. 69 ss., secondo il quale la frammentazione per modelli giuridici ha dato origine ad uno sviluppo anomalo dell'impalcatura concettuale, normativa e di rappresentazione del *non profit*, conducendo tra l'altro a comportamenti elusivi se non addirittura illeciti. In merito al dibattito giuridico sul concetto di Terzo settore si vedano L. BRUSCUGLIA - E. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, Milano, 2000; F. ALLEVA, *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, Roma, 2004; F. RIGANO - M. CARTABIA, *L'ordinamento giuridico e fiscale*, in G.P. BARBETTA (a cura di), *Senza scopo di lucro*, cit., p. 75 ss.

prima come principio di organizzazione sociale¹⁵ e, successivamente, come principio costituzionale che ha trovato collocazione inizialmente nell'art. 2 e in seguito alla riforma costituzionale del Titolo V, del 2001, nell'art. 118.

Ed invero la denominazione *non profit*, l'unica dai contorni più adatti a racchiudere gli organismi del Terzo settore rispetto a quelle inizialmente ricordate, è formula meno comprensiva, attestandosi ad evidenziare l'aspetto del divieto di distribuire utile e profitto, con la conseguenza di mettere in ombra la finalità di solidarietà sociale¹⁶, inoltre, in modo erroneo, induce a pensare che l'agire senza fini di lucro sia una pratica importata dai Paesi anglosassoni in tempi recenti, anziché una plurisecolare tradizione italiana¹⁷.

Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, non solo consacra l'espressione Terzo settore, che tra l'altro diviene denominazione sociale, sostituendo la qualifica di organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS)¹⁸, ma scioglie il nodo della sua definizione concettuale, operando il trasferimento della nozione di Terzo settore dal campo delle scienze economiche e della sociologia a quello giuridico. Ai sensi dell'art. 1 "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". Non devono essere invece considerati "enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché

¹⁵ Si fa riferimento all'influenza che ha avuto nel nostro Paese e nella costruzione della Costituzione la dottrina sociale della Chiesa cattolica, ricordando che il principio di sussidiarietà verticale è stato enunciato nell'Enciclica *Rerum Novarum* (1891) di papa Leone XIII.

¹⁶ In merito si veda A. SIMONCINI, *Il terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in E. ROSSI - P. CARROZZA (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 72.

¹⁷ G. VITTADINI (a cura di), *Il non profit dimezzato*, Milano, 1997, p. 3; ma si veda anche R.D. PUTNAM, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Milano, 1997.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 117/2017 "La denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di ente del Terzo settore o l'acronimo ETS. Di tale indicazione deve farsi uso negli atti, nella corrispondenza e nelle comunicazioni al pubblico". Inoltre il comma 3, prevede che "L'indicazione di ente del Terzo settore o dell'acronimo ETS, ovvero di parole o locuzioni equivalenti o ingannevoli, non può essere usata da soggetti diversi dagli enti del Terzo settore". Si veda, altresì, l'art. 89 sul Coordinamento normativo, il quale in via generale prescrive che la dicitura «ONLUS» venga sostituita da «enti del Terzo settore di natura non commerciale».



gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile”.

La definizione di Terzo settore risponde agli interrogativi emersi nel corso del dibattito sull'identità dei soggetti operanti all'interno di tale ambito, cercando altresì di precisare quali sono le entità che ad esso non appartengono. In particolare viene data una risposta alle seguenti domande: chi, cosa, perché e come¹⁹. Per quanto concerne il primo elemento il legislatore delegato procede a fare un elenco non esaustivo degli enti e delle organizzazioni²⁰, in questo modo viene riconosciuta la libera iniziativa dei cittadini nell'individuare assetti organizzativi non tipizzati, il che, per altro, obbliga a indicare gli elementi che caratterizzano le entità del Terzo settore al di là della forma giuridica soggettiva codificata. L'art. 1 enuncia a tal fine che deve trattarsi di enti a carattere privato, puntualizzando che non sono enti del Terzo settore le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo, n. 165 del 30 marzo 2001. Esclude, inoltre, che possa trattarsi di società e nel secondo comma precisa che non devono essere formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, associazioni di datori di lavoro. Dunque su questo versante la delimitazione del Terzo settore si compone in parte di elementi a carattere positivo ed in parte di elementi in senso negativo. In merito all'attività svolta dalle figure del Terzo settore, questa deve rispondere in primo luogo agli interessi generali. Appare chiaro che siffatta indicazione si collega al principio di sussidiarietà stabilito, con la riforma costituzionale del Titolo V del 2001, nell'art. 118, ove allo Stato, alle Regioni, alle Città metropolitane, alle Province e ai Comuni è prescritto di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. L'art. 5 fa un elenco delle attività di interesse generale, le quali, per altro, sono soggette ad aggiornamento, ove se ne ravvisi la necessità, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, che dovrà tener conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, indicate all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106. Non è per altro sufficiente che venga svolta “una o più attività di interesse generale”, occorre che l'attività abbia

¹⁹ In questa prospettiva si vedano anche le indicazioni fornite L. GORI - E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2016.

²⁰ Occorre osservare sul punto che la legge di delega n. 106/2016 contiene anch'essa una definizione di terzo settore, all'art. 1, comma 1, stabilisce che: “Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi”.

i caratteri dell'azione volontaria, oppure si tratti di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi". L'attività di interesse generale, in fine, deve essere esercitata in via esclusiva o principale²¹, nel caso in cui si tratti di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, per le quali vige la disciplina tracciata dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112²².

Per quanto riguarda la motivazione, che risponde alla domanda sul perchè, devono essere perseguite finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. In fine è necessario che l'attività venga svolta senza scopo di lucro.

La definizione ha cercato di legare tra loro gli aspetti soggettivi, quelli oggettivi e quelli finalistici, garantendo un margine di flessibilità dal punto di vista della configurazione giuridica dei diversi organismi ed enti che possono ascrivere al Terzo settore, tuttavia non può non sottolinearsi la rigidità che, invece, caratterizza le attività che possono essere svolte.

A fronte di un concetto valvola come "l'interesse generale", che trova nella Costituzione un proprio riferimento specifico nell'art. 118, quale elemento che contraddistingue il principio di sussidiarietà orizzontale e rafforza l'autonomia riconosciuta alle comunità intermedie dall'art. 2 della Costituzione, appare illogico e contraddittorio ingabbiare gli ambiti di azione in settori specifici e puntualmente descritti²³, tanto più ove questi siano enumerati in un testo legislativo soggetto a progressiva modifica da parte di un regolamento ministeriale, che non trova nell'art. 5, comma 2, precisi confini. Ed in vero il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del decreto legislativo, ha osservato che "La circostanza che regole che incidono sulla autonomia privata – sia pure nella direzione promozionale di qualificare determinate attività al fine di renderle destinatarie di benefici economici – scaturiscano da atti di autorità amministrative, suggerisce di verificare le condizioni in presenza delle quali le fonti subprimarie possano disciplinare un campo considerato costituzionalmente riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, così come prospettato dalla teoria della tutela costituzionale "indiretta" del contratto e della libertà contrattuale". Inoltre ha aggiunto che la delega, in tale prospettiva, non avrebbe

²¹ L'art. 6 specifica che possono essere esercitate attività diverse da quelle indicate nell'art. 5, a condizione che siano secondarie e strumentali rispetto all'attività di interesse generale. È demandato ad un futuro regolamento del Ministro del lavoro e delle politiche sociali la definizione dei limiti e dei criteri.

²² Per le imprese sociali l'art. 2 comma 1, del d.lgs. n. 112/2017 elenca le attività di interesse generale che devono essere esercitate in via stabile e principale. Il comma 3 specifica che "Ai fini di cui al comma 1, si intende svolta in via principale l'attività per la quale i relativi ricavi siano superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell'impresa sociale, secondo criteri di computo definiti con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali".

²³ A proposito dell'impresa sociale A. MAZZULLO, *Impresa sociale "3.0"*, in *Coop. e Enti non profit*, n. 10/2013, p. 37, ha posto in luce come nel Regno Unito si proceda ad una valutazione caso per caso di ciò che corrisponde all'utilità sociale dell'attività esercitata, il che consente "un'adeguamento dinamico dello strumento giuridico alla mutevolezza dei bisogni emergenti".

potuto limitarsi “alla sola attribuzione di competenza amministrativa”, ma avrebbe dovuto “predisporre un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all’oggetto ed ai presupposti²⁴. Sebbene l’elenco delle attività di interesse generale risponda alla necessità di escludere margini di apprezzamento discrezionale, così da impedire che possano acquisire vantaggi economici, enti che non svolgono effettivamente attività a beneficio della collettività, forse l’operazione più corretta sarebbe stata quella di indicare dei criteri che permettessero di identificare l’interesse generale nei diversi contesti, piuttosto che effettuare un elenco chiuso di attività. Deve infatti considerarsi che l’interesse generale ha una natura contingente, in quanto oggetto di mutamenti nel tempo e che la circostanza che venga rimessa alla mera facoltà ministeriale l’aggiornamento delle attività, può costituire un limite non solo alla “fantasia creatrice della società civile organizzata”²⁵, ma anche allo sviluppo di un sistema di *welfare* capace di dare risposte efficienti e rapide ai bisogni emergenti, soprattutto ove si consideri la lentezza che caratterizza l’apparato pubblico e la scarsità delle risorse di cui dispone²⁶.

In fine occorre osservare, in tema di pluralità delle autonomie sociali che trova riconoscimento nell’art. 1 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, che non è stata esercitata la delega in materia “revisione della disciplina del Titolo II del Codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni a carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non giuridiche”, prevista nell’art. 1, comma 2, lettera a) della legge delega n. 106/2016. Come da tempo sottolineato, l’evoluzione sociale e la legislazione intervenuta nel corso degli anni ha progressivamente costruito figure societarie e associative di diritto speciale, rendendo inadeguato e obsoleto il Codice del 1942²⁷. Cosicché il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare, nel parere già richiamato, che “La scelta del Governo di limitarsi a creare soltanto un sotto-settore delle associazioni e fondazioni operanti nel Terzo settore avrà verosimilmente l’effetto di determinare un ulteriore svuotamento di contenuto normativo del Libro I del Codice civile”²⁸. Ed in vero il Titolo secondo del Libro primo del Codice civile, con il decreto legislativo n. 117/2017 disciplina ormai fenomeni marginali, mentre la sua funzione dovrebbe essere, come è sempre stato, quella di fornire una disciplina generale, neutra e adattabile ad ogni organizzazione purché *non profit*, destinata anche agli enti regolati dalle leggi speciali per tutto quanto da esse non previsto. Rimane quindi un assetto

²⁴ Consiglio di Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405, parere sullo schema del decreto legislativo su “Codice del Terzo settore”, 12-13.

²⁵ S. ZAMAGNI, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, cit., p. 21.

²⁶ Sul punto si vedano il documento presentato da FONDOCA, *La riforma del terzo settore e le attività di interesse generale Una proposta metodologica*, Roma, ottobre 2016, in www.welforum.it.

²⁷ D. CARUSI (a cura di), *Associazioni e fondazioni. Dal Codice civile alle riforme annunciate*. Atti del Convegno di studi in onore di Pietro Rescigno (Gardone Riviera, 23-24 giugno 2000), Milano, 2001, in partic. F. GALGANO, pp. 3 ss., G. ALPA, pp. 81 ss., G. PONZANELLI, pp. 141 ss; G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003.

²⁸ Consiglio di Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405, cit., p. 8.

incompleto della riforma voluta e auspicata, con evidenti effetti negativi in termini di certezza del diritto e di semplificazione, soprattutto ove si consideri che, ai sensi dell'art. 3, per quanto non previsto dal Codice del Terzo settore e da disposizioni derogatorie allo stesso presenti nella legislazione, si applichino, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione.

3. Il sistema di cooperazione tra soggetti pubblici e Terzo settore.

Innovare il *welfare* significa costruire una nuova *governance* in grado di sviluppare progetti e prodotti innovativi, rafforzare le relazioni tra soggetti diversi, creare modelli di coordinamento che si ispirino a principi di partecipazione e reciprocità²⁹. In siffatta prospettiva si pone l'art. 2 decreto legislativo n. 117/2017. Questo riconosce il valore e la funzione sociale del Terzo settore, quale espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, dispone che se ne promuova lo sviluppo e che venga favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale “anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali”.

Il Codice si occupa del rapporto tra Terzo settore ed enti pubblici nel Titolo VII. Il comma 1 dell'art. 55, prescrive che gli enti pubblici nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale, concernenti le attività di interesse generale contemplate nell'art. 5, debbano coinvolgere in modo attivo gli enti del Terzo settore. Vengono poi enunciati una molteplicità di principi che dovrebbero orientare l'azione amministrativa. Oltre al principio di sussidiarietà, sono indicati quelli di cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare. Si tratta degli stessi principi che regolano la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 328 del 2000. La prospettiva in cui si muovono è quella di orientare l'attività amministrativa in modo funzionale agli obiettivi che gli enti pubblici intendono raggiungere, favorendo e incentivando forme di aggregazione tra enti al fine di ottenere livelli ottimali di erogazione dei servizi e risparmi di spesa³⁰. Non vengono invece richiamati in modo esplicito i principi di imparzialità e di trasparenza, ma vi è un rinvio alla legge n. 241 del 1990, malgrado in diverse occasioni sia stato sottolineato come la promozione e lo sviluppo del Terzo settore, così come la capacità

²⁹ In tema di *governance* L. FAZZI, *Pubblica amministrazione, governance e terzo settore: i dilemmi del nuovo welfare in Italia*, in *Riv. trim. scienza ammin.*, n. 1/2014, pp. 5 ss; A. GASPARRE, *Logiche organizzative nel welfare locale. Governance, partecipazione, terzo settore*, Milano, 2012.

³⁰ Sui principi che governano l'azione amministrativa nella programmazione e organizzazione dei servizi sociali si veda per una panoramica generale A. MARI, *La pianificazione dei servizi sociali*, Milano, 2003, spec. pp. 107 ss.

dello stesso di rispondere adeguatamente ai bisogni della collettività, non possa prescindere da un'azione obbiettiva e trasparente da parte della pubblica amministrazione, fin dalla fase della programmazione³¹.

L'art. 55 individua in particolare tre strumenti attraverso i quali sviluppare la *partnership*: la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento. Questi strumenti sono tra loro non solo strettamente connessi, ma posti in un rapporto di consequenzialità tale da costituire fasi di un procedimento complesso, in cui si cercano di coniugare posizioni pubbliche e private per la realizzazione di attività di interesse generale. Viene ripreso il sistema previsto dalla Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, legge 8 novembre 2000, n. 328, ma vengono decisamente ampliate le possibilità di applicazione, cosicché co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, diventano tipologie di azione a carattere generale, e non soltanto per la realizzazione degli interventi e dei servizi sociali³².

La co-programmazione, ai sensi del comma 2 dell'art. 55, è finalizzata ad individuare i bisogni da soddisfare ed in base a questi, gli interventi necessari, le modalità per realizzarli e le risorse disponibili. La co-progettazione, disciplinata dal comma 3, si pone come strumento operativo della co-programmazione³³. È infatti destinata a definire ed eventualmente a realizzare, specifici progetti di

³¹ In questo senso si veda P. MICHIARA, *I «servizi sociali privati senza scopo di lucro» e i principi del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 1075 ss., spec. p. 1064, il quale adottando come prospettiva di indagine il principio di libertà di concorrere, più ampio, secondo, l'autore rispetto al principio di libera concorrenza, evidenzia come nel campo dei servizi alla persona si siano sviluppati tra il terzo settore e gli enti pubblici modelli protezionistici ascrivibili allo "stato social corporativo". Cosicché "La concertazione ed un eccesso di cooperazione (...), a volte creano delle distorsioni tanto in relazione alla forma delle procedure (la concorrenza) quanto in relazione alla sostanza, alla qualità delle prestazioni. Si diminuiscono di conseguenza la libertà dei soggetti erogatori, dei prestatori di servizi, degli utenti che devono scegliere". Si vedano inoltre le osservazioni svolte dall'Autorità nazionale anticorruzione nelle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, Deliberazione n. 32 del 26 gennaio 2016, spec. p. 5 e pp. 8 – 9, in www.anticorruzione.it. L'ANAC sottolinea come sia necessario che l'amministrazione operi secondo i canoni dell'imparzialità e della trasparenza fin dalla fase di programmazione per evitare che si sviluppino fenomeni di clientelismo e corruzione.

³² In merito ai rapporti pubblico – privato nella legge n. 328/2000, si veda in particolare G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, nonché S. LA PORTA, *Articolo 5. Ruolo del terzo settore*, entrambe in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, II ed., Milano, 2007, rispettivamente, pp. 75 ss. e pp. 167 ss; nonché A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007; ID. *Pubblico e privato nell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in G. FALCON - B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, pp. 43 ss.; E. VIVALDI, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008.

³³ L'Autorità nazionale anticorruzione nelle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, deliberazione n. 32 del 26 gennaio 2016, 8-9, in www.anticorruzione.it ha definito la co-progettazione nell'ambito dei servizi sociali, come "un accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale". Occorre evidenziare che la co-progettazione in ambito di interventi e servizi sociali è prevista per "interventi innovativi e

servizio o di intervento per soddisfare i bisogni definiti alla luce dell'atto di programmazione di cui comma 2³⁴. Il modello a cui ha fatto riferimento il legislatore delegato è quello indicato nella deliberazione dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 32 del 26 gennaio 2016, avente ad oggetto le Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali. Nella delibera viene individuata una procedura che si articola in due fasi principali. La prima dedicata alla scelta del soggetto con cui condividere le attività, mentre la seconda è rappresentata dalla fase in cui viene espletata l'attività di co-progettazione³⁵.

Il comma 4 dell'art. 55 prende in considerazione le “forme di accreditamento”, come strumenti attraverso le quali i soggetti pubblici possono individuare gli enti del Terzo settore con i quali attivare il partenariato ai fini della co-progettazione. Dal tenore letterale della disposizione si evince che l'accreditamento è una delle modalità attraverso la quale procedere all'individuazione del partner, ma non la sola, peraltro non si specifica quali potrebbero essere le altre modalità³⁶. Come è noto l'accreditamento nasce in ambito sanitario (d.lgs. 502/1992) come strumento di verifica e garanzia della qualità e sicurezza dell'assistenza, in un contesto dove i requisiti tecnico-professionali, organizzativi, strutturali e i comportamenti attesi sono definiti a livello regionale; successivamente è stato esteso nell'area socio-assistenziale, con la legge n. 382/2000, la quale configura l'accreditamento come condizione necessaria per tutti i servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale, indipendentemente dal fatto che si tratti di operatori

sperimentali”, ai sensi dell'art. 7, DPCM 30 marzo 2001, mentre l'art. 55, d.lgs. 117/2007 è dedicato alla realizzazione di progetti specifici, dunque ha un ambito di applicazione più ampio.

³⁴ Per una disamina della co-progettazione nella prospettiva dei servizi sociali si veda M. MOSCHETTI, *Il profilo giuridico e tecnico della coprogettazione*, in M. BRUNOD - M. MOSCHETTI - E. PIZZARDI (a cura di), *La coprogettazione sociale. Esperienze, metodologie e riferimenti normativi*, Torino, 2016, pp. 159 ss., con ivi ampi riferimenti bibliografici. Si veda inoltre U. DE AMBROGIO - C. GUIDETTI, *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2016.

³⁵ Secondo le Linee guida, deliberazione n. 32 del 26 gennaio 2016, pp. 10-11, “il percorso di coprogettazione potrebbe essere articolato nelle seguenti fasi: a) pubblicazione di un avviso di interesse con cui si rende nota la volontà di procedere alla coprogettazione. Nell'avviso sono indicati un progetto di massima, nonché i criteri e le modalità che saranno utilizzati per l'individuazione del progetto o dei progetti definitivi; b) individuazione del soggetto o dei soggetti partner dell'ente mediante una selezione volta a valutare i seguenti aspetti: - possesso dei requisiti di ordine generale (...), tecnici, professionali e sociali (tra cui l'esperienza maturata); - caratteristiche della proposta progettuale; - costi del progetto; c) avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti; d) stipula della convenzione”.

³⁶ In ogni caso come ha sottolineato W. PINNA NOSSAI, *Sistema di accreditamento in ambito sociale*, in www.socialesalute.it, 3.11.2011, “I cittadini richiedono sempre di più servizi personalizzati, flessibili, relazionali, vicini alle proprie esigenze e che assicurino possibilità di scelta libera e diretta. L'istituto dell'accreditamento appare più adatto dei classici schemi di appalto dei servizi a rispondere a queste aspettative. Infatti la procedura di appalto è per sua natura rigida e non consente di sviluppare e consolidare nel tempo gli aspetti più qualitativi dei servizi. Il processo di accreditamento consente di recuperare tali elementi consentendo una nuova modalità di rapporto tra soggetti pubblici, titolari della funzione di programmazione e di committenza e i soggetti privati, titolari della funzione di produzione”.

pubblici o privati³⁷. Le Regioni hanno disciplinato in modo differente l'accreditamento e ne hanno ampliato l'applicazione, attribuendo allo stesso diverse finalità. In particolare l'accreditamento è utilizzato per regolare l'ingresso nel mercato dei soggetti che intendono erogare servizi per conto del pubblico. In tal caso, l'accreditamento serve per accedere alle procedure di selezione operate dall'amministrazione. In altri casi l'accreditamento è utilizzato per promuovere e migliorare la qualità dei servizi. Viene richiesto agli operatori di garantire livelli strutturali e organizzativi predeterminati e attraverso l'accreditamento si selezionano i soggetti erogatori, operando poi il monitoraggio e la verifica delle prestazioni. Nel panorama nazionale non vi è pertanto un unico modello di accreditamento e questo giustifica l'indicazione contenuta nel comma 4 dell'art. 55, che in modo generico fa riferimento alle "forme di accreditamento"³⁸; tuttavia non può non evidenziarsi come la disciplina sia alquanto vaga in termini di peculiarità dell'accreditamento all'interno della co-progettazione.

La disposizione soggiunge che indipendentemente dalla circostanza che si ricorra all'accreditamento o ad altri strumenti, debbano comunque essere rispettati i principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, e che l'amministrazione debba preventivamente definire gli obiettivi generali e specifici dell'intervento, la durata e le caratteristiche essenziali dello stesso, nonché i criteri e le modalità per l'individuazione degli enti partner.

Nella cornice segnata dall'art. 55, il Terzo settore e gli enti pubblici si trovano a dover ripensare ai reciproci ruoli all'interno di un quadro normativo, amministrativo e metodologico stabile.

Non si tratta, infatti di semplici strumenti di cooperazione, quanto piuttosto della tipizzazione di un metodo per costruire politiche pubbliche, coinvolgendo risorse e punti di vista diversi, provenienti dal soggetto pubblico e dal Terzo settore, di un modello/sistema di condivisione della titolarità della funzione

³⁷ Per quanto riguarda l'accreditamento tra i molteplici contributi si veda R. BALMA - G. CLERICO, *L'accreditamento in sanità*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2000, pp. 307 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità: autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990; C. CORBETTA, *Sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Bologna 2004, pp. 196 ss.; S. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004; M. RENNA, *Commento all'art. 11*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali, Commentario alla legge n. 328/2000*, cit., pp. 300- 326; G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 43 ss.; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, spec. pp. 42 ss.; F. GIGLIONI, *I modelli di affidamento dei servizi sociali e l'attuazione del sistema di accreditamento*, Roma, 2006; C. BOTTARI, *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013, pp. 43 ss.; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, spec. pp. 178 ss. Si veda inoltre la ricerca realizzata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e dal Dipartimento di Teoria dello Stato dell'università di Roma La Sapienza, *I modelli di affidamento dei servizi sociali e l'attuazione dei sistemi di accreditamento*, 2006, reperibile al sito www.astrid-online.it.

³⁸ Descrive i differenti modelli di accreditamento l'Autorità nazionale anticorruzione nelle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, cit., 12 ss..

pubblica e delle connesse responsabilità, al fine di realizzare attività e interventi³⁹. In questa prospettiva l'osservanza dei principi di adeguatezza e di economicità, prescritti dall'art. 55, comma 1, implicano che la collaborazione con il Terzo settore debba rispettare i caratteri identitari delle differenti organizzazioni, in modo da coinvolgere soggetti che, per struttura e vocazione, siano il più coerenti possibili rispetto ai bisogni presi in considerazione dall'amministrazione pubblica.

Occorre inoltre aggiungere che la co-programmazione e la co-progettazione spingono le organizzazioni del Terzo settore ad attivare tra loro reti di aggregazione, per mettere a sistema le diverse professionalità e organizzare compiti e responsabilità in modo unitario, costruendo così un interlocutore unico con l'ente pubblico. Anche su quest'ultimo versante il Codice ha carattere innovativo, poiché prende in considerazione le potenzialità delle sinergie tra i diversi attori del Terzo settore. Sia per le organizzazioni di volontariato sia per le associazioni di promozione sociale è previsto che gli atti costitutivi consentano l'ammissione come associati "di altri enti del Terzo settore o senza scopo di lucro"⁴⁰.

L'art. 41 del Codice disciplina, inoltre, le reti associative: si tratta di enti del Terzo settore "costituiti in forma di associazione riconosciuta o non riconosciuta" che associano anche indirettamente una pluralità di enti del terzo settore o di fondazioni. Le reti si distinguono in due tipologie: quelle che operano su un ambito regionale limitato, non inferiore a cinque regioni e/o province autonome e quelle nazionali⁴¹, per le quali è richiesto di avere sede legale o operativa in almeno dieci regioni e/o province⁴². Le reti associative svolgono attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore, dei loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali. Possono, inoltre, promuovere partenariati e protocolli di intesa con le pubbliche amministrazioni e con soggetti privati (art. 41, comma 1, lett. b).

³⁹ Come osservato da G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., p. 81, in questa prospettiva si può parlare "di un *Welfare* delle responsabilità condivise".

⁴⁰ Rispettivamente art. 32, comma 2, e art. 35, comma 3, D. Lgs. 117/2017.

⁴¹ Art. 41 dispone: "1. Le reti associative sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, che: a) associano, anche indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero non inferiore a 100 enti del Terzo settore, o, in alternativa, almeno 20 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno cinque regioni o province autonome".

⁴² Ai sensi del secondo comma, dell'art. 41, "Sono reti associative nazionali le reti associative di cui al comma 1 che associano, anche indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero non inferiore a 500 enti del Terzo settore o, in alternativa, almeno 100 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno dieci regioni o province autonome. Le associazioni del terzo settore formate da un numero non inferiore a 100 mila persone fisiche associate e con sedi in almeno 10 regioni o province autonome sono equiparate alle reti associative nazionali ai fini di cui all'articolo 59, comma 1, lettera b)".

Un elemento di criticità nel sistema tracciato dall'art. 55, per altro, può rinvenirsi nel fatto che non vi è corrispondenza nelle modalità con le quali l'amministrazione deve procedere per individuare i soggetti che partecipano alla co-programmazione e alla co-progettazione. Ed infatti, nella fase di programmazione, il legislatore delegato non ha veicolato l'azione amministrativa entro gli stessi spazi di imparzialità e trasparenza che connotano la fase della progettazione. Questa asimmetria non è di poca rilevanza, visto che è nella fase iniziale che devono essere individuate e quantificate le risorse disponibili, i bisogni da soddisfare, gli interventi all'uopo necessari e le modalità di realizzazione degli stessi.

La legge 117/2017, nell'art. 56, prende in considerazione anche il modello per così dire tradizionale di partenariato, ossia la convenzione⁴³. Per altro la convenzione è prevista come strumento eccezionale rispetto alla co-progettazione. Si tratta infatti di accordi che possono essere siglati solo con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, esclusivamente per lo svolgimento in favore di terzi di attività e servizi sociali di interesse generale e a condizione che il ricorso al mercato sia meno favorevole e non sia previsto alcun corrispettivo, ma il solo rimborso delle spese effettivamente sostenute⁴⁴. Per l'individuazione del soggetto contraente, l'amministrazione è tenuta a instaurare una procedura comparativa riservata alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, con l'osservanza "dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento". Vengono inoltre dettagliati, nel comma 3, i requisiti che devono presentare i candidati: oltre a quelli generali di moralità professionale, vi sono quelli attinenti alla struttura organizzativa e all'attività⁴⁵. Il legislatore delegato ha poi previsto nel comma 4 dell'art. 56, in maniera oltremodo puntuale, gli elementi che le convenzioni devono contenere, in particolare per quanto attiene al controllo sull'esecuzione della

⁴³ Occorre puntualizzare che, come illustrato dall'Autorità nazionale anticorruzione nelle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, cit., 14, la convenzione "rappresenta lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta l'operato dell'organizzazione con riferimento all'attività affidata".

⁴⁴ Il 4 comma specifica che la convenzione deve indicare "i rapporti finanziari, riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono, figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa" nonché le 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".

⁴⁵ Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

convenzione, nella duplice prospettiva della continuità delle prestazioni e del rispetto “dei diritti e della dignità degli utenti”⁴⁶.

Il Titolo VII dedicato ai rapporti con gli enti del Terzo settore si chiude con l’art. 57, ove viene disciplinato un regime speciale per l’affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Il modello è quello della convenzione regolata dai commi 2, 3, e 4 dell’art. 56, tuttavia l’affidamento è riservato alle associazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa nazionale di cui all’articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente. È altresì necessario che attraverso l’affidamento diretto venga garantito l’espletamento del servizio di interesse generale “in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza”.

4. Segue: La specialità del regime convenzionale per le attività e i servizi sociali di interesse generale e i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, nel quadro della giurisprudenza dell’Unione Europea e del Codice dei contratti pubblici.

Sia la disciplina sulle convenzioni, sia quella in tema di servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, risentono fortemente delle problematiche emerse nel corso del tempo in ordine alla compatibilità con il diritto dell’Unione europea dell’affidamento diretto dei servizi sociali e sanitari agli enti del Terzo settore, ed in particolare alle organizzazioni di volontariato⁴⁷.

La questione, come è noto, ha ricevuto un punto di svolta a seguito della decisione della Corte di giustizia UE dell’11 dicembre 2014, C-113/2013, Azienda sanitaria locale n. 5 «*Spezzino*», in tema di affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto sanitario, previsto dalla Legge Regione Liguria n. 41/2006, all’art. 75-ter. La Corte di giustizia ha riconosciuto che la partecipazione delle organizzazioni di volontariato all’erogazione dei servizi sanitari è espressione dei principi di sussidiarietà e solidarietà garantiti dalla Costituzione e che l’affidamento diretto non contrasta con le regole

⁴⁶ Si ricorda che già la legge quadro sul volontariato n. 266/1991, nel disciplinare all’art. 7 le convenzioni, stabiliva al comma 2, che dovessero contenere “disposizioni dirette a garantire l’esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti”, dovevano inoltre “prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese”.

⁴⁷ Per quanto attiene alla giurisprudenza europea si v. Corte di giustizia 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*; 29 novembre 2007, causa C-119/2006, *Commissione c. Italia*; 18 dicembre 2007, causa C-532/03 *Commissione c. Irlanda*; 23 dicembre 2009, causa C-305/08, *CoNISMa*; 29 aprile 2010, causa C-160/08, *Commissione c. Governo Germania federale*; 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*. Ci sia consentito, per una disamina generale della normativa e della giurisprudenza nazionale, rinviare a D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. It. dir. pubb. com.*, 2016, pp. 733 ss.

dell'Unione europea in materia di libera circolazione dei servizi e di concorrenza, ove sia previsto il solo rimborso delle spese effettivamente sostenute, in quanto mira a realizzare finalità sociali, contribuendo altresì al contenimento dei costi⁴⁸.

L'opzione contenuta nel Codice del Terzo settore si discosta dal percorso tracciato dalla giurisprudenza dell'Unione europea, prescrivendo la realizzazione di procedure comparative riservate sia per i servizi e le attività sociali di interesse generale, sia per i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Su questo punto, per altro, la Corte di giustizia ha avuto modo di soffermarsi anche successivamente alla sentenza 11 dicembre 2014, C-113/2013⁴⁹, e ha ribadito, nella decisione del 28 gennaio 2016, n. 50, causa C-50/2014, che, in presenza di tutte le condizioni illustrate nella decisione “Spezzino”, il diritto dell'Unione europea non richiede alle amministrazioni pubbliche di procedere ad un confronto competitivo tra più offerenti⁵⁰. Dunque, secondo l'approdo interpretativo se si è in presenza dei c.d. servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e gli organismi affidatari perseguono fini solidaristici e non lucrativi, ponendosi in rapporto di sussidiarietà con gli enti pubblici, e l'amministrazione è tenuta al solo rimborso delle spese sostenute, la normativa dell'Unione europea consente l'affidamento diretto. Le decisioni richiamate sono state adottate nel regime della disciplina sugli appalti dettata dalla Direttiva 2004/18/CE, che escludeva dalla propria applicazione i servizi sociali e sanitari. L'impostazione seguita nel 2004 è stata rivista con le nuove direttive in materia di contratti pubblici 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, recepite con d.lgs. n. 50/2016.

La direttiva 2014/24/UE prevede un regime alleggerito per gli appalti nei servizi sociali individuati nell'allegato XIV, il cui valore sia pari o superiore a 750.000 Euro, e attribuisce agli Stati la facoltà di individuare le norme procedurali più idonee a salvaguardare le specificità dei servizi da affidare⁵¹. Esclude

⁴⁸ In merito alla decisione si vedano i commenti di A. ALBANESE, *La corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro It.*, 2015, pp. 151 ss.; C. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urb. e app.*, 2015, pp. 379 ss.

⁴⁹ Il rinvio era stato promosso dal TAR Piemonte, sez. II, con ordinanza l'ordinanza n. 161/2014, nella quale si chiedeva alla Corte di pronunciarsi non solo sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici dell'affidamento diretto ad associazioni di volontariato, ma anche, ove la risposta al primo quesito fosse stata positiva, se fosse necessario una comparazione di offerte provenienti da operatori omogenei, al fine “di limitare il rischio dell'esposizione di costi inefficienti o non congrui”.

⁵⁰ Secondo la Corte “Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a previa comparazione delle proposte delle varie associazioni”.

⁵¹ La direttiva 2014/24/UE disciplina i servizi sociali nel Capo I, Titolo III, artt. da 74 a 77. L'art. 74 indica i servizi che rientrano in tale regime, facendo riferimento ai servizi sociali e agli altri servizi specifici indicati nell'allegato XIV. Nell'elenco di tale allegato figurano, tra l'altro, i servizi sanitari, i servizi sociali e i servizi connessi, l'assistenza sanitaria e culturale, i servizi di sicurezza sociale obbligatoria, i servizi di prestazioni sociali e gli altri servizi pubblici,

per altro i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza dalla sua disciplina, se “effettuato da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro”. Come si legge nel considerando n. 28, infatti, “il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure”, contenute nella stessa direttiva⁵². In fine la direttiva contiene la possibilità di indire appalti riservati per alcuni servizi sanitari, sociali e culturali⁵³, di durata non superiore a tre anni, a cui possono partecipare solo operatori che hanno come “obiettivo il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione di servizi sociali”, che reimpieghino il profitto eventualmente realizzato nell’attività o provvedano a distribuirlo o redistribuito “in base a condizioni partecipative”, che abbiano una struttura di gestione o un assetto proprietario basato su “principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi”, e che consentano “una partecipazione attiva dei dipendenti, degli utenti o dei soggetti interessati” (art. 77, direttiva 2014/24/UE). Un’ulteriore condizione prevista è che l’organizzazione non sia stata aggiudicataria negli ultimi tre anni, attraverso procedura riservata, del medesimo servizio.

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, ha recepito in modo letterale quanto contenuto nella direttiva 2014/24/UE, malgrado la normativa europea riconoscesse agli Stati membri un’ampia discrezionalità nell’organizzare la scelta dei fornitori dei servizi sociali⁵⁴, solo successivamente con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, correttivo del Codice dei contratti pubblici, si è proceduto a definire in maniera più completa il sistema di aggiudicazione, compresi i criteri di selezione delle offerte, e a coordinare la disciplina sui servizi sociali con le norme a carattere generale. Nel testo originario, tra l’altro, non vi era alcun raccordo fra la disciplina contenuta nell’art. 140, relativa ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali (Capo I, Titolo VI, Parte II del Codice) e l’art. 142, relativo anch’esso ai servizi sociali e ad altri servizi, ma nei settori ordinari, servizi questi ultimi normati al successivo Capo II⁵⁵.

sociali e personali. Il regime alleggerito è contemplato anche nella direttiva concessioni 2014/23/UE per i servizi sociali indicati nell’allegato IV, ai sensi dell’art.19, che rinvia agli artt. 31, paragrafo 3, 32, 46 e 47.

⁵² Il considerando n. 36 della Direttiva concessioni 2014/23/UE si esprime nell’identico senso.

⁵³ Si tratta dei servizi identificati con i codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

⁵⁴ Nel considerando 114 della Direttiva appalti 2014/24/UE, viene enunciato che “I contratti per servizi alla persona al di sopra di tale soglia dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell’importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un’ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato”. Nello stesso senso si esprime la direttiva 2014/23/UE, nel considerando n. 54.

⁵⁵ Per un commento sulla disciplina originaria degli appalti nei servizi sociali si veda L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urb. e app.*, 2016, pp. 1001 ss.; C. POLIDORI, *I contratti pubblici nel settore dei servizi sociali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 2017;

Per i servizi nei settori ordinari, di cui all'allegato IX del Codice dei contratti pubblici, che siano al di sopra della soglia comunitaria, l'articolo 142 prevede un regime semplificato per quanto attiene agli obblighi di pubblicità. Infatti, in alternativa al bando, l'amministrazione può rendere nota la sua intenzione di affidare i servizi mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e che reca l'invito agli operatori economici a manifestare il proprio interesse per iscritto⁵⁶. Possono inoltre essere raggruppati gli avvisi di aggiudicazione.

In merito alle procedure di aggiudicazione, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha operato una distinzione per quanto concerne i servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, i servizi di prestazioni sociali e altri servizi pubblici, sociali e personali, come individuati dall'allegato IX, nei settori ordinari⁵⁷. Ha specificato che a questi si applicano gli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65: le amministrazioni pubbliche pertanto sono tenute a selezionare gli operatori a cui affidare i servizi utilizzando gli stessi sistemi previsti in via ordinaria. Inoltre, per quanto riguarda l'aggiudicazione devono applicarsi le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80 e 83, utilizzando come criterio di selezione delle offerte solo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95. L'art. 142, comma 5-ter, specifica, inoltre, che l'affidamento “deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti”: in tal modo si sono prefigurati gli elementi in base ai quali valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Il decreto correttivo, si discosta dalla originaria opzione, che non aveva accolto la facoltà attribuita dalla normativa dell'Unione europea agli Stati, di individuare un regime differenziato per quei servizi sociali e sanitari, caratterizzati da una spiccata personalizzazione delle prestazioni. Il testo attuale del d.lgs. n. 50/ 2016 opera infatti una distinzione tra servizi appartenenti all'allegato IX, suddividendoli in due categorie. Per una prima categoria resta ferma la scelta originaria del Codice, per l'altra, che comprende i servizi espressamente nominati nel comma 5-bis, si applica un regime “che non è né quello

S. PICONE, *Appalti nei servizi sociali*, in R.GAROFOLI - G.FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti*, Roma, 2016, pp. 2237 ss.

⁵⁶ Deve precisarsi che, secondo i primi commentatori dell'art. 75, della direttiva 2014/24/UE, riprodotta testualmente nell'art. 140 del d.lgs. n. 50/2016, “la nozione di manifestazione di interesse... sembra introdurre possibili forme di negoziazione a formazione progressiva, quali ad esempio l'istruttoria pubblica per la coprogettazione”. Così è stato esposto da ITACA, Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, nel Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, 19 febbraio 2015, 133, reperibile al sito www.itaca.otg.

⁵⁷ Occorre evidenziare che l'art. 142, comma 5-bis, prevede che i servizi nello stesso menzionati possono essere forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili, includendo anche “altri servizi di organizzazioni associative”, il che rende non chiara la disposizione, oltre al fatto che, secondo il Codice del Terzo settore, le associazioni sindacali e le organizzazioni politiche non appartengono ai soggetti del Terzo settore, mentre possono rientrare le associazioni giovanili e le altre “organizzazioni associative”.

ordinario, né quello alleggerito europeo, ma intermedio”, poiché si applicano solo parte delle previsioni afferenti alle procedure di evidenza pubblica ordinarie⁵⁸. Il Consiglio di Stato ha espresso un giudizio decisamente critico nei confronti del nuovo assetto, invitando il legislatore delegato ad eliminare il comma 5-bis, considerato limitativo della concorrenza, soprattutto in merito all’esonero previsto in ordine all’applicazione dell’art. 59, che circoscrive a situazioni eccezionali il ricorso alla procedura competitiva con negoziazione e al dialogo competitivo.

L’art. 143 del d.lgs. n. 50/2016 è dedicato agli appalti riservati, tuttavia riproduce esattamente il contenuto della direttiva 2014/24/UE, cosicché non individua le figure specifiche del Terzo settore, né si riferisce a ciò che contraddistingue dette figure nel nostro ordinamento. Richiede che si tratti di organizzazioni che abbiano come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi sanitari, sociali e culturali, individuati dal comma 1; che i profitti siano reinvestiti o che siano distribuiti o redistribuiti, e ciò in “base considerazioni partecipative”, che le strutture di gestione o proprietà delle organizzazioni siano basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, “ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati”.

Da più parti è stato sottolineato come il Codice dei contratti pubblici abbia ignorato la necessità di coordinare la disciplina in esso contenuta con le norme al tempo in vigore in materia di affidamento e che sarebbe stato opportuno, attuando la legge di delega 106/2016, definire una compiuta normativa sul tema, visto la rilevanza che il sistema di convenzionamento assume per la gestione dei servizi sociali⁵⁹. Non può dirsi che le sollecitazioni abbiano ricevuto un’adeguata risposta: la normativa contenuta nel d.lgs. n. 117/2017 appare alquanto lacunosa in punto di procedimento di selezione dei soggetti del Terzo settore e persiste una mancanza di coordinamento con il d.lgs. 50/2016, in particolar modo per quanto attiene alle gare riservate.

A prescindere da ciò, risulta evidente che il decreto legislativo n. 117/2017 abbia introdotto una disciplina speciale, derogatoria rispetto a quella tracciata dalle direttive dell’Unione europea e dal Codice dei contratti pubblici, volto a realizzare un regime competitivo tra soggetti omogenei. Il legislatore delegato ha cercato di individuare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco, quello della tutela della concorrenza e quello di preservare le peculiarità delle associazioni di volontariato, in considerazione anche del fatto, posto in luce dal Consiglio di Stato, che “alcune attività degli enti del terzo settore sono

⁵⁸ In questo senso si veda il parere reso dal Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, sul decreto correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici.

⁵⁹ In questo senso L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, cit., p. 1013. Si vedano altresì le osservazioni espresse dall’Autorità nazionale anticorruzione, in occasione della consultazione indetta il 6 luglio 2015 sulle Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali, in www.anticorruzione.it, ove veniva sollecitato un intervento normativo in tema di affidamento dei servizi sociali nella legge di delega n. 106/2016.

anche erogate da imprenditori che operano in modo concorrenziale e che potrebbero subire ripercussioni nella loro attività, in considerazione del regime di favore di cui godono gli enti del Terzo settore”⁶⁰.

Tuttavia, emergono alcuni elementi di perplessità. In primo luogo altri organismi non tipizzati dal d.lgs. n. 117/2017 potrebbero essere assimilati alle associazioni di promozione sociale e alle organizzazioni di volontariato, ma si preclude agli stessi di poter stipulare convenzioni con le amministrazioni pubbliche. L’art. 4 prevede, infatti, che possano essere ricompresi nella categoria del Terzo settore “ogni altro ente costituito in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione che persegua, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma volontaria e di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritto nel registro unico nazionale del Terzo settore”. Se si voleva effettivamente creare un regime competitivo, doveva preservarsi il principio della massima partecipazione possibile, allargando la platea dei possibili soggetti abilitati a stipulare le convenzioni.

Deve, altresì, considerarsi, per quanto riguarda l’art. 57, che, sebbene sembri accogliere la giurisprudenza dell’Unione europea, in realtà ha un ambito di applicazione più ristretto di quello considerato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze 11.12.2014, causa C-133/2014 e 28.01.2016, causa C-50/2014, le quali si riferiscono al trasporto sanitario in generale e non solo a quello di emergenza ed urgenza⁶¹. Inoltre non tutte le associazioni di volontariato possono stipulare convenzioni per lo svolgimento di servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, ma solo quelle aderenti ad una rete associativa ai sensi dell’art. 41, comma 2.

Infine occorre evidenziare che il d.lgs. n. 50/2016, a differenza di quanto stabilito per le convenzioni contemplate nell’art. 56 del Codice, garantisce l’avvicendamento degli operatori del Terzo settore: in questo modo viene favorito l’accesso al mercato di nuovi soggetti e se ne incentiva lo sviluppo, evitando contemporaneamente fenomeni di fidelizzazione che potrebbero sfociare in corruzione.

Ed infatti se si tratta di appalti sotto soglia è prescritta l’attivazione di procedure negoziate tra operatori economici inclusi in specifici elenchi, previa osservanza del principio di rotazione sia negli inviti che negli affidamenti (art. 36, comma 2, lett. b) a cui fa rinvio il comma 5-octies, dell’art. 142), mentre se si tratta di gare riservate ai sensi dell’art. 143, è preclusa la partecipazione ad organismi che siano stati aggiudicatari

⁶⁰ Consiglio di Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405, parere sullo schema del decreto legislativo su “Codice del Terzo settore”, 26.

⁶¹ In particolare la decisione 28.01.2016, n. 50, causa C-50/2014, riguardava il servizio di trasporto per i soggetti dializzati, al fine di consentire l’accesso materiale alle strutture sanitarie nel caso in cui tali soggetti fossero impossibilitati a provvedervi di persona.

del medesimo servizio negli ultimi tre anni e i contratti riservati non possono avere una durata superiore a tre anni.

In definitiva le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 117/2017 sembrano comprimere da un lato il principio pluralista, non consentendo che le convenzioni vengano stipulate da soggetti diversi dalle associazioni di volontariato e dalle associazioni di promozione sociale, dall'altro sembrano non allinearsi agli approdi della giurisprudenza dell'Unione europea che, mettendo in primo piano i fondamenti costituzionali del Terzo settore e del rapporto tra questo e gli enti pubblici, sembrano rifuggire da soluzioni precostituite e valide una volta per tutte, lasciando aperta la possibilità per la pubblica amministrazione di procedere ad affidamenti diretti.

5. Finanza sociale e Terzo settore

La scarsità di risorse economiche dovuta alla crisi economico-finanziaria, i vincoli di bilancio e l'emergere di nuovi rischi e bisogni sociali hanno portato gli studiosi e *policy-maker* ad interrogarsi su come promuovere misure e interventi capaci di mobilitare risorse non pubbliche, per sostenere e integrare il *welfare* tradizionale⁶². A questo proposito è stata coniata l'espressione "secondo *welfare*", per intendere un sistema in cui i bisogni sociali possono trovare risposte concrete, anche attraverso l'apertura a forme di *partnership* tra le figure tradizionali del Terzo settore e soggetti non pubblici, come fondazioni bancarie e di comunità, aziende, sindacati, associazioni datoriali, assicurazioni⁶³. Uno dei tasselli fondamentali del secondo *welfare* è quello di far convergere, nei programmi e nelle attività di protezione sociale, misure di investimento da finanziarsi con risorse messe a disposizione da un insieme, il più ampio e variegato possibile, di attori economici⁶⁴.

⁶² Così F. MAINO, *Il secondo welfare: contorni teorici ed esperienze esemplificative*, in *Riv. Polit. Soc.*, 2012, p. 167.

⁶³ In merito alla nascita dell'espressione "secondo welfare" si veda F. MAINO - M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2013, reperibile al sito www.secondosettore.it, ove M. FERRERA, *Secondo welfare: perché? Una introduzione*, p. 9, enuncia che l'idea di utilizzare la locuzione ha avuto origine da un articolo di Dario Di Vico sul Corriere della Sera del 15 giugno 2010. Nel contributo l'autore afferma inoltre che "L'aggettivo «secondo» ha una duplice connotazione:

□ temporale: si tratta di forme che s'innestano sul tronco del «primo» *welfare*, quello edificato dallo Stato nel corso del Novecento, soprattutto durante il Trentennio Glorioso 1945-1975;

□ funzionale: il secondo *welfare* si aggiunge agli schemi del primo, integra le sue lacune, ne stimola la modernizzazione sperimentando nuovi modelli organizzativi, gestionali, finanziari e avventurandosi in sfere di bisogno ancora inesplorate (e in parte inesplorabili) dal pubblico. Soprattutto, il secondo *welfare* mobilita risorse non pubbliche addizionali, messe a disposizione da una vasta gamma di attori economici e sociali". Si v. inoltre M. FERRERA - F. MAINO, *Quali prospettive per il Secondo Welfare?*, in M. BRAY - M. GRANATA (a cura di), *L'economia sociale: una risposta alla crisi*, Roma, 2012, pp. 125 ss.; F. MAINO - M. FERRERA (a cura di), *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2015, reperibile al sito www.secondosettore.it.

⁶⁴ F. MAINO, *Il secondo welfare: contorni teorici ed esperienze esemplificative*, cit., p. 170.

La prospettiva è quella di fuoriuscire dalle logiche della beneficenza e della filantropia per istituire un sistema di finanza privata per il Terzo settore, che abbia i caratteri della stabilità o quanto meno della progettualità a lungo termine. Operazione questa più agevole per le imprese sociali, considerate un “ibrido” tra mercato e *non profit*⁶⁵, meno, evidentemente, per le altre figure del Terzo settore. Ciò che caratterizza l’impresa sociale e la distingue da altre organizzazioni del Terzo settore è, infatti, la capacità di raggiungere finalità sociali attraverso un modello economicamente sostenibile sul mercato⁶⁶, e questo non può che porre le imprese sociali in una posizione di maggior interesse per chi intende impegnare il proprio capitale.

Con legge delega 6 giugno 2016, n. 106 si è voluto imboccare una strada ben precisa: quella di rendere il Terzo settore appetibile per gli investitori e di definire un circuito di mobilitazione di risorse economiche private a favore di progetti di interesse per la collettività.

Per l’impresa sociale due sono state le indicazioni in tal senso. La prima è stata quella di prevedere “forme di remunerazione del capitale sociale e di ripartizione di utili”, entro determinati limiti e condizioni, l’altra è stata quella di consentire l’accesso “a forme di raccolta di capitali a rischio tramite portali telematici in analogia a quanto previsto per le start-up innovative”⁶⁷. Il decreto legislativo n. 112/2017 ha successivamente disciplinato la materia, stabilendo che le imprese sociali, costituite nelle forme di cui al Libro V del Codice civile, possono destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione per aumentare gratuitamente il capitale sociale⁶⁸, oppure per distribuire dividendi ai

⁶⁵ Per quanto riguarda l’impresa sociale si veda P. IAMICELI, *La disciplina dell’impresa sociale; potenzialità, limiti e prospettive*, in C. BORZAGA - F. ZANDONAI (a cura di), *L’impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni*, Roma, 2009, pp. 87 ss; F. ALLEVA, *L’impresa sociale italiana*, Milano, 2007; A. POGGI, *L’impresa sociale tra Stato e mercato e necessità di una “identificazione” all’interno del terzo settore*, in *Non profit*, n. 2/2002, pp. 227 ss.; C. BORZAGA - J. DEFOURNY, *The Emergence of Social Enterprise*, London, 2001. Da ultimo esamina l’impresa sociale dal punto di vista della libertà di iniziativa economica e dei principi costituzionali D. MONE, *L’impresa sociale nell’ordinamento costituzionale tra dimensione pluralistica e dimensione individuale*, in www.osservatorioaic.it, n. 3/2017. Per un esame, dal punto di vista economico, delle figure organizzative ibride nel Terzo settore v. B. PAGAMICI, *Impresa ibrida e terzo settore*, Padova, 2017, pp. 11 ss.

⁶⁶ Così A. RAPACCINI, *Finanziare l’impresa sociale, come?*, 21 maggio 2015, in www.vita.it. Il quale critica fortemente la posizione di chi ritiene contraddittorio rispetto alle finalità di interesse generale il perseguimento di interessi anche finanziari, sottolineando che vi possono essere investitori che non hanno intenti speculativi. Si vedano inoltre le osservazioni critiche sul d.lgs. 24 marzo 2016, n. 155, che ha introdotto nel nostro ordinamento la figura dell’impresa sociale di R. RANDAZZO - G. TAFFARI, *Impresa sociale: che fare?*, in *Coop. e Enti non profit*, n. 6/2013, pp. 12 ss.

⁶⁷ Tra i primi commentatori della riforma si veda G. DELLEDONNE, *Le novità in materia d’impresa sociale: i profili finanziari*; C. BORZAGA, *La riforma della legge sull’impresa sociale tra inutili zavorre e rischi di perdita di identità*, entrambe in *Non profit*, n. 3/2014, rispettivamente pp. 179 ss e pp. 245 ss.

⁶⁸ È specificato “nei limiti delle variazioni dell’indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall’ISTAT per il periodo corrispondente a quello dell’esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti”.

soci, “anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l’emissione di strumenti finanziari”⁶⁹ (art. 3, comma 3, lett. a). È inoltre stabilito per tutte le imprese sociali, indipendentemente dalla configurazione giuridica, che la medesima quota possa essere utilizzata per finanziare progetti di utilità sociale a favore di soggetti diversi dalle imprese sociali, “che non siano fondatori, associati, soci dell’impresa sociale o società da questa controllate” (art. 3, comma 3, lett. b). Si tratta di una previsione significativa dal punto di vista della circolarità delle risorse: infatti queste possono transitare dalle imprese sociali, che, come sopra detto, sono più appetibili per gli investitori, agli altri soggetti del Terzo settore.

L’art. 18, comma 8, del d.lgs. n. 112/2017 ha apportato modificazioni al Testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. n. 58/1998, prevedendo la possibilità per le imprese sociali di accedere alla raccolta di capitali di rischio attraverso portali telematici: si tratta del c.d. *equity based crowdfunding*⁷⁰. Il portale per la raccolta di capitali a rischio per le PMI diventa “portale per la raccolta di capitali per le PMI e per le imprese sociali”. Inoltre le imprese sociali vengono inserite nel novero dei soggetti per i quali le offerte al pubblico, condotte esclusivamente attraverso uno o più portali per la raccolta di capitali, possono avere ad oggetto la sottoscrizione di strumenti finanziari emessi dalle stesse, secondo quanto dispone l’art. 100-ter, comma 1, del d.lgs. n. 58/1998.

Pe quanto riguarda gli altri soggetti del Terzo settore, quelli che non assumono la qualifica di imprese sociali, la legge di delega 6 giugno 2016, n. 106, ha previsto, nell’art. 9, comma 1, lettera h), che venissero introdotti “meccanismi volti alla diffusione dei titoli di solidarietà e di altre forme di finanza sociale finalizzate a obiettivi di solidarietà sociale”.

I titoli di solidarietà non costituiscono una novità. Il d.lgs. n. 460 del 1997, dedicato al Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, prevedeva all’art. 29, che il Ministro del tesoro, di concerto con il Ministro delle finanze, adottasse un decreto volto ad individuare i soggetti abilitati all’emissione dei titoli di solidarietà, nonché le condizioni e i limiti di emissione. Il decreto ministeriale n. 328 dell’8 giugno 1999, dando attuazione all’art. 29, aveva definito i titoli di solidarietà come titoli obbligazionari a tasso fisso non convertibili, la cui emissione era riservata alle banche e agli enti di intermediazione regolati dal Testo Unico Bancario. I fondi raccolti attraverso i titoli di solidarietà dovevano essere destinati esclusivamente al finanziamento delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Per quanto concerne il regime tributario, era prevista la

⁶⁹ In misura comunque non “superiore all’interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato”.

⁷⁰ È stato introdotto per le start-up innovative dall’art. 30, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. n. 221/2012. La regolamentazione di dettaglio è stata predisposta dalla Consob nel “Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line”, delibera 26 giugno 2013, n. 18592. L’Italia è il primo Paese al mondo ad aver regolamentato il fenomeno con uno strumento normativo dedicato. Le start-up innovative possono avviare campagne di raccolta di capitale diffuso attraverso portali online autorizzati.

deducibilità dal reddito di impresa della differenza “tra il tasso effettivamente praticato ed il tasso di riferimento determinato con decreto del Ministro del tesoro di concerto, con il Ministro delle finanze”, purché i fondi raccolti fossero oggetto di gestione separata (art.29, comma 1).

Diverse critiche erano state espresse nei confronti della disciplina dei titoli di solidarietà, al punto che era stato sostenuto che si ci trovava “al cospetto di una mera variante, o combinazione strutturale, del vecchio doppio canale articolato nelle donazioni private e nelle agevolazioni fiscali”⁷¹. Un modello che avrebbe rallentato l’innovazione sociale, ostacolando la pianificazione dell’attività e deresponsabilizzando il Terzo settore rispetto all’effettivo raggiungimento degli obiettivi istituzionali.

Il Codice del Terzo settore detta per i titoli di solidarietà una disciplina decisamente più articolate e complessa. In parte viene modificata la precedente definizione: si tratta infatti di “obbligazioni ed altri titoli di debito, non subordinati, non convertibili e non scambiabili”, che non “conferiscono il diritto di sottoscrivere o acquisire altri tipi di strumenti finanziari e non sono collegati ad uno strumento derivato”; possono inoltre essere “certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario” (art. 77, comma 2). Le puntualizzazioni in senso negativo, ossia di ciò che non può caratterizzare i titoli di solidarietà, evidenzia l’intento del legislatore delegato di voler escludere alla radice che i titoli di solidarietà possano costituire, anche indirettamente, strumenti di finanza speculativa. Possono essere emessi da banche italiane, comunitarie ed extracomunitarie, autorizzate ad operare in Italia, al fine di favorire il finanziamento e il sostegno delle attività di interesse generale contemplate nell’art. 5 del d.lgs. n. 117/2017, svolte dagli enti del Terzo settore non commerciali⁷². Viene precisato che non si applicano commissioni di collocamento. Ai sensi del comma 4 dell’art. 77 le obbligazioni e i titoli di debito hanno scadenza non inferiore a 36 mesi, possono essere nominativi oppure al portatore, il che consente una più facile circolarità, e corrispondono interessi, con periodicità almeno annuale, in misura pari al maggiore tra il tasso rendimento lordo annuo di obbligazioni dell’istituto emittente, aventi analoghe caratteristiche e durata, collocate nel trimestre solare precedente la data di emissione dei titoli, e il tasso di rendimento lordo annuo dei titoli di Stato con vita residua simile a quella dei titoli. I certificati di deposito, invece, hanno scadenza non inferiore a 12 mesi, corrispondono interessi con periodicità almeno annuale, in misura pari al maggiore tra il tasso rendimento lordo annuo di certificati di deposito dell’emittente, aventi analoghe caratteristiche e durata, emessi nel trimestre solare precedente la data di emissione dei titoli e il tasso di rendimento lordo annuo dei titoli di Stato, con vita residua

⁷¹ In questo senso C. MIGNONE, *Finanza alternativa e innovazione sociale: prolegomeni ad una teoria dell’«impact investing»*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale in ricordo di Giovanni Gabrielli, 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, pp. 351 ss; R. RANDAZZO, *Finanza ed innovazione sociale: un nuovo glossario*, in *Enti non profit*, n. 1/2012, pp. 47 ss.

⁷² La definizione di enti del Terzo settore non commerciali è contenuta nell’art. 79, comma 5, del d.lgs. 117/2017.

similare a quella dei titoli. Gli emittenti possono applicare un tasso inferiore rispetto al maggiore tra i due tassi di rendimento sopra illustrati, a condizione che si riduca corrispondentemente il tasso di interesse applicato sulle correlate operazioni di finanziamento, secondo le modalità che verranno indicate attraverso decreto del Ministro dell'economia e delle finanze (art. 77, comma 4).

I titoli di solidarietà hanno lo scopo di creare della provvista, facendo ricorso al mercato finanziario, da utilizzare per fronteggiare le richieste di finanziamento che provengono dal terzo settore. L'intero capitale raccolto, infatti, ai sensi del comma 6, dell'art. 77, deve essere impiegato per finanziare iniziative che provengono dagli enti del Terzo settore. È poi stabilito che gli istituti di credito possano concedere a titolo di liberalità “una somma commisurata all'ammontare nominale collocato dei titoli”, a favore di enti del Terzo settore che presentino un progetto ritenuto meritevole. In questo caso, se la quota raggiunge almeno lo 0,6 per cento della raccolta, è prevista l'assegnazione di un credito d'imposta pari al cinquanta per cento della stessa erogazione liberale.

Su quest'ultima previsione si è soffermato il Consiglio di Stato nel parere n. 1405, del 14 giugno 2017, espresso dalla Commissione speciale, sullo schema del decreto legislativo. Diversi sono stati i rilievi svolti. In primo luogo il Consiglio di Stato ha manifestato perplessità in ordine alla previsione del credito d'imposta per le erogazioni liberali di importo non inferiore allo 0,6 per cento dell'ammontare nominale collocato dei titoli. Ha infatti osservato che, se la motivazione del legislatore delegato, in merito a beneficio fiscale, è stata quella di esprimere “un *favor* per l'opzione liberalità, ciò inevitabilmente determina, simmetricamente, una contrazione delle disponibilità da impiegare per finanziamenti... remunerativi ed una corrispondente dilatazione del peso sulla finanza pubblica del credito d'imposta riconosciuto”, che, secondo il Consiglio di Stato, avrebbe dovuto essere più accuratamente valutata⁷³. Nel parere viene, inoltre, censurata la scelta di rimettere alla discrezionalità dell'istituto di credito la valutazione di quali progetti sostenere a titolo di liberalità. Secondo il Consiglio di Stato sarebbe stato opportuno prevedere che fosse un soggetto terzo a riscontrare la meritevolezza dei progetti “onde evitare un circuito sostanzialmente autoreferenziale fra chi sceglie se effettuare la liberalità ed a favore di chi farla, fruendo corrispondentemente di un credito d'imposta (pur se pari alla metà del donato) che - come evidente - di per se stesso trasla sulla finanza pubblica (e perciò sulla collettività) la metà dell'importo donato, la quale viene così corrispondentemente socializzata senza che, in cambio, vi sia una qualche forma di riscontro “terzo” della meritevolezza del progetto a fronte del quale la donazione (che per metà è della collettività) viene effettuata”. Il Consiglio di Stato ha suggerito, a tal proposito, di affidare il

⁷³ Consiglio di Stato, comm. spec., cit., p. 33.

giudizio di meritevolezza dei progetti “ad un soggetto diverso dall'emittente stesso, preferibilmente di natura pubblica”⁷⁴.

Le osservazioni sono condivisibili, tuttavia pare stridere con il concetto di “dono”, sottinteso nell'atto di liberalità, l'idea di affidare ad un soggetto diverso dal donante la scelta di chi possa essere il beneficiario; a ciò va aggiunto che gli emittenti non applicano la commissione di collocamento e il credito d'imposta ha la funzione anche di compensare le mancate entrate degli istituti di credito, il che giustifica la scelta di rimettere agli istituti di credito la valutazione della bontà dei progetti.

Per favorire e sostenere lo sviluppo dei titoli di solidarietà sono previste una serie di agevolazioni finanziarie tra queste: l'esenzione per gli emittenti dalla contribuzione di vigilanza alla Consob, l'assoggettamento dei proventi dei titoli al medesimo regime fiscale previsto per i titoli di Stato, la disapplicazione delle norme antielusive che comportano la sterilizzazione dalla base di computo dell'aiuto alla crescita economica. I titoli, inoltre, non concorrono alla formazione dell'attivo ereditario, soggetto ad imposta di successione, e non rilevano ai fini della determinazione dell'imposta di bollo dovuta per le comunicazioni relative ai depositi titoli. Non sono invece previsti vantaggi di rilievo per gli investitori istituzionali.

L'art. 77 prevede una sorta di monitoraggio sui titoli di solidarietà. Ai sensi del comma 14, gli emittenti, entro il 31 marzo di ogni anno, devono comunicare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali il valore delle emissioni di titoli effettuate nell'anno precedente, le erogazioni liberali impegnate a favore degli enti del Terzo settore e gli importi erogati a titolo di liberalità e per i quali spetta il credito d'imposta, specificando l'ente beneficiario, le iniziative sostenute e gli importi impiegati per le iniziative oggetto di finanziamento.

Malgrado la disciplina contenuta nell'art. 77 sia puntuale nel definire le coordinate essenziali dei titoli di solidarietà, sarà operativa solo a seguito dell'emanazione da parte del Ministro dell'economia e del lavoro del regolamento che stabilirà le modalità attuative.

Per quanto concerne le forme di finanza sociale l'art. 78 detta il regime fiscale del *social lending*.

Il *social lending* (o *lending based crowdfunding*) è stato definito con provvedimento della Banca d'Italia dell'8 novembre 2016, recante disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche⁷⁵. Si tratta di uno strumento attraverso il quale una pluralità di soggetti può richiedere a una pluralità di potenziali finanziatori, tramite piattaforme *on-line*, fondi rimborsabili per uso personale o per finanziare

⁷⁴ Consiglio di Stato, comm. spec., cit., p. 34.

⁷⁵ La definizione è contenute nella sezione IX.

un progetto⁷⁶. Si differenzia dall'*equity based crowdfunding* previsto per le imprese sociali, ma anche dalle forme di *crowdfunding*, come *donation-based*, *reward based*⁷⁷, “in quanto finanziatori e imprenditori sottoscrivono (direttamente o indirettamente) un contratto di debito, con il quale i primi forniscono una somma in denaro e i secondi si impegnano a restituire il capitale (quasi sempre maggiorato da un tasso d’interesse) in un dato lasso temporale”⁷⁸. I soggetti finanziati generalmente sono famiglie, associazioni senza scopo di lucro e piccole e medie imprese (PMI), mentre gli investitori sono generalmente singoli investitori, società che offrono servizi di gestione patrimoniali, investitori istituzionali o banche.

Nel corso del tempo il *social lending* è diventato sempre più simile all’intermediazione tradizionale, si è infatti progressivamente ridimensionato il carattere puramente *peer-to-peer* che caratterizzava il funzionamento delle prime piattaforme⁷⁹.

Lo scopo dell’art. 78 è quello di favorire la raccolta di capitale, assoggettando la remunerazione del capitale al medesimo trattamento fiscale previsto per i titoli di Stato. In particolare il primo comma dell’articolo 78, stabilisce che i soggetti gestori dei portali *on-line*, che intervengono nel pagamento degli importi percepiti dai soggetti che prestano fondi attraverso tali portali, operano sugli stessi importi una ritenuta alla fonte a titolo di imposta con l’aliquota prevista per i titoli di Stato, ovvero un’imposta sostitutiva del 12,5 per cento per gli interessi cedolari percepiti fuori dall’esercizio di un’attività d’impresa. Il comma 2 specifica inoltre che, per i soggetti che non svolgono attività d’impresa, gli importi percepiti attraverso i portali costituiscono redditi di capitale.

Le disposizioni del Codice sul titolo di solidarietà e sul *social lending* sono tese ad accrescere i finanziamenti al Terzo settore in una prospettiva che è sicuramente connotata da solidarietà, ma che ha risvolti significativi per quanto riguarda lo sviluppo dell’attività creditizia. Il settore *non profit* non solo movimentava cifre consistenti ma, soprattutto, ha mostrato, anche durante la crisi economico-finanziaria, performance creditizie elevate e capacità di ripagare il debito sostanzialmente migliori rispetto a quelle delle imprese *profit*⁸⁰. In questo scenario le banche hanno sviluppato prodotti e servizi dedicati al Terzo settore, si sono inoltre affermate nei tempi recenti le c.d. banche etiche, le cui caratteristiche sono quelle, non solo di essere esse stesse figure del Terzo settore, ma anche di promuovere una cultura del risparmio connotata

⁷⁶ In merito si veda anche M. BOFONDI, *Il lending-based crowdfunding: opportunità e rischi*. *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)* Banca d’Italia, n. 375, marzo, 2017, reperibile al sito www.bancaditalia.it.

⁷⁷ Nel *donation-based crowdfunding* i finanziatori effettuano donazioni senza pretendere nulla in cambio. Nel *reward-based crowdfunding* i soggetti finanziati promettono ai finanziatori un compenso in natura. Nell’*equity-based crowdfunding* i finanziatori partecipano al capitale di un’impresa (tipicamente una start-up o una impresa di costruzioni) confidando nella futura distribuzione di dividendi e nella rivalutazione delle quote di partecipazione.

⁷⁸ M. BOFONDI, *Il lending-based crowdfunding: opportunità e rischi*, cit., p. 7.

⁷⁹ M. BOFONDI, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ Ricerca sul valore economico del Terzo Settore in Italia condotta da UniCredit Foundation nel 2012, reperibile al sito www.unicreditfoundation.org, p. 90.

da forte responsabilità sociale e tesa a raggiungere uno sviluppo sostenibile, in cui alla crescita economica si accompagna la volontà di generare progresso umano e sociale⁸¹. Lo sviluppo del *web* crea strumenti alternativi in punto di mezzi, sicuramente più agevoli, semplificati e rapidi, ma in fondo i meccanismi non si discostano da quelli tradizionali. In particolare il *social lending* permette “alle piccole e medie imprese e alle famiglie di indebitarsi per mezzo di un processo molto simile a quello che consente alle imprese di media e grande dimensione di emettere obbligazioni”⁸². I vantaggi per gli enti del Terzo settore sono quelli di poter utilizzare un canale di credito che li rende indipendenti dalle banche, ma anche di creare un rapporto diretto, senza intermediazione, quasi personalizzato, con i propri finanziatori, condividendo i progetti e gli obiettivi.

6. Segue: Il Social Bonus

Infine deve essere annoverato, tra gli strumenti di sostegno finanziario agli enti del Terzo settore da parte dei soggetti privati il Social Bonus, disciplinato nell’art. 81 del D. Lgs. n. 117/2017. Si tratta di un credito d’imposta che viene riconosciuto a chi effettua donazioni in denaro in favore degli enti del Terzo settore, che hanno presentato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali un progetto per sostenere il recupero degli immobili pubblici inutilizzati e dei beni, anche immobili, confiscati alla criminalità organizzata, che siano stati a loro assegnati⁸³. Ai sensi dell’art. 71 del Codice, infatti, lo Stato, le Regioni e Province autonome e gli Enti locali possono concedere in comodato agli enti del Terzo settore, escluse le imprese sociali, per un periodo non superiore a trent’anni, beni mobili ed immobili di loro proprietà, affinché vengano utilizzati per lo svolgimento delle loro attività. Il menzionato articolo recita, inoltre, che l’ente concessionario deve effettuare sull’immobile, a proprie cura e spese, gli interventi di manutenzione e gli altri interventi necessari a mantenere la funzionalità dell’immobile.

Una categoria particolare di immobili che possono essere dati in concessione è costituita da quelli culturali. Questi possono essere dati in uso a canone agevolato a enti del Terzo settore, che svolgono le attività indicate all’articolo 5, comma 1, lettere f), i), k), o z), del D. Lgs. 117/2017⁸⁴ “ai fini della

⁸¹ In Italia opera dal 1999 la Banca Popolare Etica che fa parte della network della Federazione Europea Banche Etiche ed Alternative (F.E.B.E.A.). A livello mondiale opera la Global Alliance for Banking on Values (G.A.B.V.).

⁸² M. BOFONDI, *Il lending-based crowdfunding: opportunità e rischi*, cit., p. 14.

⁸³ Occorre precisare che tra le attività considerate di interesse generale ai sensi dell’art. 5 del D. Lgs. 117/2007, vi è anche la “riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata” (comma 1, lett. z).

⁸⁴ La lettera f) riguarda interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni; la lettera i) l’organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse le attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale previste dal medesimo art. 5 del d.lgs. 117/2017; la lettera k) l’organizzazione e la gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale

riqualificazione e riconversione dei medesimi beni tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione a spese del concessionario⁸⁵.

La misura del credito d'imposta è pari al 65% dell'importo delle donazioni se effettuate da persone fisiche e al 50% se effettuato da persone giuridiche. L'art. 81, comma 5, indica, inoltre, una serie di obblighi di trasparenza nei confronti di chi usufruisce del bonus, volti a far conoscere gli interventi effettuati e le risorse impiegate. Anche in questo caso la disciplina di dettaglio, sulle modalità di attuazione delle agevolazioni e sulle procedure di approvazione dei progetti di recupero dei beni, è demandata ad un regolamento ministeriale.

Molti commentatori hanno visto nel Social Bonus una innovazione rilevante negli strumenti di supporto economico al Terzo settore: per vero il Social Bonus raccoglie l'eredità di un altro strumento già presente nel nostro ordinamento, ossia l'Art-bonus, introdotto dalla legge 29 luglio 2014, n. 106 come misura temporanea e, successivamente, reso permanente a seguito della legge di stabilità 2016⁸⁶. L'affinità tra i due non si sostanzia nel semplice fatto che per entrambi il meccanismo incentivante è il medesimo, cioè il "credito d'imposta", quanto piuttosto nella logica che li sorregge. Anche per il Social Bonus come per l'Art-bonus l'obiettivo è quello di trasformare progressivamente il patrimonio immobiliare e mobiliare pubblico, da consumatore di risorse pubbliche ad attrattore di risorse private⁸⁷, fatta salva, evidentemente, la necessaria distinzione che deve farsi in considerazione delle peculiarità dei beni afferenti alla dimensione culturale, rispetto ai beni pubblici in generale. Il coinvolgimento dei privati nella valorizzazione dei beni culturali appare, per certi versi, più facile, in considerazione dei risvolti di visibilità e anche di prestigio che i privati possono conseguire, tanto più che l'Art-bonus opera in favore delle persone fisiche e giuridiche che effettuano erogazioni liberali in denaro per interventi a favore non solo della cultura, delle fondazioni lirico-sinfoniche, ma in generale dello spettacolo, come sancisce l'art. 1

o religioso; in fine la lettera z) riguarda la riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.

⁸⁵ Come specificato dal comma 3, dell'art. 71, "la concessione d'uso è finalizzata alla realizzazione di un progetto di gestione del bene che ne assicuri la corretta conservazione, nonché l'apertura alla pubblica fruizione e la migliore valorizzazione. Dal canone di concessione vengono detratte le spese sostenute dal concessionario per gli interventi indicati nel primo periodo entro il limite massimo del canone stesso. L'individuazione del concessionario avviene mediante le procedure semplificate di cui all'articolo 151, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Le concessioni di cui al presente comma sono assegnate per un periodo di tempo commisurato al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e comunque non eccedente i 50 anni".

⁸⁶ In base alla versione previgente dell'art.1, comma 1, del d.l. n. 83/2014, era infatti possibile usufruire dell'Art-bonus soltanto per il triennio 2014-2016. L'art. 1, comma 318, della Legge di Stabilità 2016 ha eliminato questa limitazione temporale, rendendo così l'Art-bonus un'agevolazione di natura permanente e strutturale.

⁸⁷ In questo senso per i beni culturali L. COVATTA, *I beni culturali e il mercato. Introduzione a: I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, in *Aedon*, 1-2, 2012.

della legge n. 106/2014⁸⁸. Gli ambiti in cui opera l'Art-bonus risultano quindi, in un certo qual modo, più appetibili.

Deve soggiungersi che il Social Bonus e l'Art-bonus in parte si sovrappongono, dato che l'Art-bonus è riconosciuto anche nel caso in cui le erogazioni liberali in denaro siano effettuate per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici e siano destinate ai soggetti concessionari o affidatari dei beni oggetto di tali interventi, i quali possono essere soggetti del Terzo settore. Cosicché l'ambito in cui opera l'uno e l'altro può coincidere, tuttavia vi sono differenze per quanto concerne il regime, posto che il credito d'imposta per l'Art-bonus è del 65% sia per le persone fisiche che giuridiche, mentre per il Social Bonus, se l'erogazione liberale in danaro è effettuata da enti o società, il credito d'imposta è del 50%. Per altro l'art. 81, comma 1, puntualizza che il ricorso al Social Bonus rende inapplicabili le agevolazioni fiscali previste da altre disposizioni di legge.

Un discorso a parte deve essere sviluppato per quanto riguarda i beni confiscati alla criminalità organizzata. Come è noto la legge n. 196/1996 ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina speciale per il riutilizzo a fini sociali dei beni confiscati alle organizzazioni criminali. La normativa è stata progressivamente modificata, fino ad essere inclusa nel c.d. Codice antimafia, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che ha proceduto ad un riordino complessivo. Malgrado le opinioni favorevoli espresse nei confronti del sistema istituito, è stato sottolineato a più riprese come la scarsità delle risorse finanziarie, per procedere alla ristrutturazione e alla riconversione dei beni confiscati, fosse un ostacolo rilevante al riutilizzo dei beni⁸⁹. Il Codice del Terzo settore si muove quindi anche nell'ottica di rendere effettiva la fruizione del patrimonio sottratto alla criminalità organizzata da parte della collettività, in linea, tra l'altro, con la direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, che suggerisce di individuare degli strumenti efficaci per consentire il riutilizzo dei beni confiscati⁹⁰.

L'*excursus* di alcune delle previsioni del Codice tese a mobilitare risorse private a sostegno del Terzo settore mostra come la sfida che il legislatore delegato ha voluto affrontare sia quella di rendere il Terzo

⁸⁸ Per un primo commento sul tema G. PENNISI, *Art bonus. Un commento al decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, n. 11/2014. Si veda, inoltre, per una prospettiva generale del rapporto tra enti del Terzo settore e beni culturali G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Volontariato, non profit e beni culturali*, in www.federalismi.it, n. 10/2017.

⁸⁹ Sul tema si veda in particolare Corte dei Conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Deliberazione 23 giugno 2016, n. 5/2016/G, *L'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata e l'attività dell'agenzia nazionale (ANBSC)*, reperibile al sito www.corteconti.it.

⁹⁰ Nell'art. 10, par. 3, si chiede agli Stati membri di valutare "se adottare misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale". Per un commento sulla direttiva anche in tema di riutilizzo si veda A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 300 ss.

settore sempre meno dipendente dalla finanza pubblica. È stato costruito un regime improntato alla progettualità degli interventi che fa perno sull'attività piuttosto che sui soggetti, e che cerca di superare le logiche della fiscalità di favore e del credito agevolato pubblico sul quale faceva perno l'assetto della disciplina settoriale pregressa.

7. Organizzare la solidarietà: alcune osservazioni conclusive.

In una prospettiva economica è stato evidenziato che, nel corso della storia, si è assistito al progressivo sviluppo di tre modelli del Terzo settore. Nel modello più risalente nel tempo che si è affermato in Toscana, a partire dal XIII secolo, le organizzazioni del Terzo settore si caratterizzavano per essere espressione della spontanea forza aggregativa degli individui nella società. Si aveva quindi “un libero confluire di persone attorno a un progetto da realizzare assieme e per il perseguimento di interessi collettivi, ancorché non universalistici”. Il principio regolativo, su cui si reggeva siffatto modello, consisteva nella sussidiarietà orizzontale, i cui contorni trovano espressa collocazione nella dottrina sociale della Chiesa cattolica⁹¹.

Un secondo modello vedeva il Terzo settore configurarsi come fattore di sostegno e/o affiancamento degli enti pubblici, ed era rappresentato “da quelle realtà non profit create e/o supportate da soggetti collettivi-categoriali istituzionalizzati, quali il sindacato, gli enti locali, le IPAB (Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza) e così via”. Il principio regolativo di tale modello è stato indicato nella sussidiarietà verticale, per rappresentare la forte presenza pubblica dal lato dell'offerta dei servizi inerenti ai diritti sociali⁹².

⁹¹ Per una ricostruzione generale del principio di sussidiarietà orizzontale nella dottrina sociale della Chiesa L. ROSA, *Il principio di sussidiarietà nell'insegnamento sociale della Chiesa. La formazione del principio e la sua interpretazione*, in *Aggiornamenti sociali*, 1962, pp. 589 ss.; P. MAGAGNOTTI (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, Bologna, 1991; P. DURET, *Sussidiarietà orizzontale radici e suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, pp. 95 ss.

⁹² Pare opportuno sul tema rinviare a G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss, spec. p. 19, il quale pone in luce che il principio di sussidiarietà costituisce “principio o criterio procedurale” e che la sussidiarietà verticale “riguarda i rapporti tra enti pubblici rappresentativi e serve sia a distribuire poteri di comando verso la collettività sia compiti di erogazione di servizi e benefici”. La bibliografia sul principio di sussidiarietà è vastissima senza intenti di esaustività si vedano A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 603 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in A.A. CERVATI - S.P. PANUNZIO - P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, pp. 194 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 51 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2003; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, pp. 171 ss.; ID., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, pp. 405 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur., agg.*, XII, 2004; G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; D. DONATI - A. PACI (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per gestione dei beni comuni*, Bologna, 2010; G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà*

Infine gli anni '90 del secolo scorso, hanno visto l'affermazione di un terzo modello, in cui le organizzazioni del Terzo settore sono diventate anche “emanazione dei soggetti *for profit*”. Esempi di questo modello sono stati rinvenuti nelle “plurime espressioni della *corporate philanthropy* e delle fondazioni d'impresa”, nate all'estero ma affermatesi anche nel nostro Paese. Il principio guida in questo caso sarebbe quello della “restituzione”: l'impresa *for profit* sa che deve restituire alla società una parte del profitto ottenuto, perché esso è effetto anche di ciò che la società è stata in grado di offrire o donare all'impresa”⁹³. Al fondo di quest'ultimo modello sta, per altro, il superamento di vecchie concezioni che vedono come contrapposte e inconciliabili la categoria del *for profit* e del *non profit*, anzi vi è il superamento delle due categorie⁹⁴. Vi è la presa d'atto che all'interno dell'iniziativa economica privata, mossa da mere logiche individualistiche ed utilitaristiche, può esservi il perseguimento di un interesse estraneo al profitto, ma volto all'utilità generale⁹⁵. Ed in vero, già da tempo, la dottrina angloamericana ha posto in luce come il comportamento delle imprese, che di norma si ispira alla massimizzazione del profitto, tenda ad orientarsi a criteri di responsabilità sociale, perseguendo non solo gli interessi degli azionisti ma anche interessi terzi⁹⁶.

Il principio di sussidiarietà è uno dei principi cardine e ispiratori del Codice del Terzo settore, compare nella legge di delega n. 106/2016 all'art. 1, come elemento qualificante i soggetti del Terzo settore e poi nell'art. 2, come criterio a cui il Governo era tenuto ad attenersi nel dare attuazione alla legge di delega. Il principio di sussidiarietà è facilmente riconoscibile nelle sue declinazioni verticale ed orizzontale, ed in vero il Codice costituisce l'attuazione organica del disegno espresso a livello costituzionale dall'art. 118, nella misura in cui la valorizzazione delle comunità intermedie non è l'effetto di un ridimensionamento

orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea, Torino, 2010; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013.

⁹³ La descrizione dei tre modelli è ripresa da S. ZMAGNI, *Pubblica amministrazione e terzo settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, p. 9.

⁹⁴ Sul tema P. CONSORTI, *Nozione di terzo settore*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 27, il quale pone in evidenza come “L'accento posto nel passato più recente sull'elemento economico e sociale ha prodotto forse l'innovazione concettuale più profonda, spostando l'accento dalla dimensione solidaristica e volontaria che all'origine caratterizzava il terzo settore verso l'elemento produttivo e imprenditoriale”.

⁹⁵ B. CARAVITA, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, in www.federalismi.it, n. 4/2008, p. 31, sottolinea come “sul piano internazionale lo sviluppo degli enti non-profit ha determinato la perdita progressiva della distinzione tra enti a scopo di lucro ed enti a scopo lucrativo. Anzi essi appaiono come due processi che si avvicinano sempre di più; da una parte gli enti non profit tendono a svolgere attività economiche lucrative a sostegno dei propri fini, dall'altra si assiste ad un graduale avvicinamento del profitto economico alla solidarietà, sulla base di quei modelli di *corporate social responsibility* di derivazione americana e sperimentati anche nell'esperienza comunitaria”.

⁹⁶ La dottrina più risalente si deve a H.R. BOWEN, *Social Responsibilities of Businessmen*, New York, 1953. Per una ricostruzione dello sviluppo della tematica si veda A.B. CARROLL, *A History of Corporate Social Responsibility. Concepts and Practices*, in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, 2008, pp. 19 ss.; B. HARRIGAN, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century. Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business*, Cheltenham (UK), 2010, spec. p. 88 ss.

della presenza pubblica a cui si accompagna una deresponsabilizzazione delle istituzioni pubbliche nella cura dell'interesse generale, ma la premessa per la realizzazione di un quadro comune di azione per realizzare un sistema di garanzia dei diritti sociali in cui si condividono le responsabilità. In questa prospettiva si potrebbe parlare di “sussidiarietà circolare” intesa come “una cooperazione tra cittadini e istituzioni, una sorta di circolo virtuoso tra pubblico e privato sociale, in cui, senza rapporti di supremazia e gerarchia, si coamministra, assicurando lo sviluppo della persona umana”⁹⁷.

Il d.lgs. n. 117/2017, per altro, non sceglie un modello (del resto vi è sempre stata una ibridazione tra i diversi modelli), muove, invece, dal presupposto che il Terzo settore non può essere lasciato alla sola spontaneità dei gruppi sociali, non può svolgere un ruolo di supplenza rispetto a ciò che lo Stato non riesce a fare per mancanza di risorse, ma neppure può svolgere un ruolo di supplenza del mercato, ove non sussista un interesse economico a svolgere attività di interesse generale. Il Codice del Terzo settore unitamente ai decreti legislativi che hanno dato attuazione alla legge n. 106/2016, oltrepassa la logica del mero coinvolgimento del privato sociale all'interno degli interstizi aperti tra lo Stato-erogatore ed il mercato, nella misura in cui i soggetti del Terzo settore diventano catalizzatori di risorse economiche e protagonisti, alla pari con i soggetti pubblici e privati imprenditori, di progetti e interventi innovativi per lo svolgimento di attività di interesse generale che vanno anche oltre i bisogni sociali tradizionalmente intesi.

Tutto ciò può essere visto come ulteriore evoluzione di quel processo che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha visto la progressiva transizione dal *welfare state* alla *welfare society* o anche *community*, in cui i pubblici poteri hanno dismesso la funzione di esclusivi erogatori delle prestazioni sociali, aprendo la strada ad un sistema di servizi a più protagonisti sia istituzionali, sia della società civile⁹⁸. Ed in vero è indubbio che la riforma si ponga nel solco della crisi dello Stato sociale e che possa essere letta all'interno della cornice segnata dal mutamento delle modalità dell'intervento pubblico nelle politiche sociali dovuto ad una forte contrazione della finanza pubblica e ai vincoli di equilibrio di bilancio introdotti a livello costituzionale nel 2012. Viene di fatti individuato un nuovo equilibrio per la tenuta del sistema sociale, in cui Stato, mercato e *non profit* non sono più entità separate e solo occasionalmente collegate tra loro, ma trovano strumenti giuridici per mettere in campo soluzioni partecipate e frutto di collaborazione tra soggetti che si muovono al loro interno.

⁹⁷ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118 della Costituzione*, in *Studi in Onore di G. Berti*, Napoli, 2005, p. 179.

⁹⁸ G. VITADINI (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal welfare state alla welfare society*, Milano, 2002; si veda inoltre L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare State a welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2000, pp. 103 ss.; U. ASCOLI - C. RANCI (a cura di), *Il welfare mix in Europa*, Roma, 2003; F. CAFAGGI (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002.

Peraltro il Codice del Terzo settore segna anche il superamento di quell'impostazione, dominante fino a pochi anni fa, secondo la quale il mercato totalmente deregolato poteva costituire l'unica "fonte non solo del benessere sociale, ma anche del diritto, come motore della politica, insomma come unica alternativa liberale, democratica e moderna (...) a modelli immancabilmente bollati come ideologici, antistorici e dirigistici"⁹⁹. Il diritto sembra essersi riappropriato dei suoi spazi, almeno nella legge n. 106 del 2016 e nel decreto legislativo n. 117/2017, come strumento di sintesi dei diversi interessi espressi dalla società, al di là delle logiche del "lib" e di quelle del "lab", del profitto e del comando, come ha avuto modo di evidenziare P. Donati¹⁰⁰. Esistono, infatti, sfere relazionali sociali democratiche, reciproche e solidali, anche economiche, che si collocano al di là del mero scambio utilitaristico e della stessa relazione individuo/Stato. Il diritto, irresistibilmente attratto verso l'orizzonte individualista e libertario, sembra raccogliere la sfida di una nuova idea di economia, quella che riconosce nella spontanea solidarietà della comunità verso il singolo e viceversa, un valore e una risorsa. Occorre infatti precisare, come ha sottolineato la dottrina più avvertita anche nell'esaminare l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale al principio solidaristico espresso dall'art. 2 della Costituzione, che questo in se ricomprende due anime, quella doverosa che si concretizza nell'obbedienza ad un comando statale e quella spontanea, che è invece manifestazione della libertà sociale¹⁰¹. Quest'ultima contraddistingue la categoria del Terzo settore, poiché il soggetto, singolo o formazione sociale, si protende per sua iniziativa verso i consociati, "siano gli stessi aderenti o altri soggetti esterni della collettività, per soddisfare esigenze di solidarietà"¹⁰². Come è stato evidenziato "Il Terzo settore costituisce, infatti, attuazione del principio di solidarietà sociale che, per un verso, riconosce e garantisce i diritti fondamentali dell'uomo anche nelle "formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", per un altro, richiede l'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà" (art. 2

⁹⁹ G. ROSSI, *Il gioco d'azzardo*, Milano, 2008, p. 13.

¹⁰⁰ P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma – Bari, (1993) 2000, p. 299.

¹⁰¹ In merito si veda A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, in F. DAL CANTO - E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, vol. I, Torino, 2011, pp. 39 ss., spec. pp. 75-76, la quale mette in luce la distinzione tra solidarietà doverosa e solidarietà spontanea entrambe contemplate nell'art. 2 della Costituzione. Si veda altresì V. ONIDA, *Conclusioni*, in B. PEZZINI - C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, pp. 115 ss., spec. p. 116, secondo il quale il principio di solidarietà si esplica in due ambiti "[i]l primo, nel quale la collettività politica, dunque l'autorità pubblica, configura diritti e assume responsabilità di definire i modi in cui essi diventano effettivi, cioè vengono garantiti, o comunque definisce prestazioni doverose. Il secondo, in cui, al di là dei diritti garantiti e delle prestazioni doverose, la società è libera di esprimere le proprie energie di solidarietà, e deve essere incentivata a farlo". Per una ricostruzione generale si veda inoltre B. DE MARIA, *I doveri costituzionali*, in V. COCOZZA (a cura di), *Percorsi ricostruttivi per la lettura della Costituzione italiana. Approfondimenti*, Torino, 2015, pp. 77 ss., spec. p. 90 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI - M. CAVINO - E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, pp. 517 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1970.

¹⁰² Così G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del terzo settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e terzo settore*, cit., p. 36.

Cost.) e “l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3 Cost.)”¹⁰³.

È significativo, infatti, che la solidarietà, appaia tra i presupposti che giustificano secondo la Corte di giustizia l’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario alle associazioni di volontariato, come è significativo che la solidarietà appaia, declinata in diversi aspetti, nell’art. 1 della legge di delega n. 106/2016, che fa riferimento alla cittadinanza attiva, alla coesione e inclusione sociale, e poi nel Codice come dimensione interna ed esterna del Terzo settore, in quanto fondamento e fine dell’autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento delle attività di interesse generale¹⁰⁴, fino a divenire denominazione, forse “accattivante”, di uno degli strumenti di sostegno economico privato ai soggetti del Terzo settore: i titoli di solidarietà. Del resto già la Corte costituzionale in tema di volontariato si è soffermata sulla solidarietà spontanea, evidenziando come in forza di siffatto sentimento, divenuto, attraverso l’art. 2, principio costituzionale, “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”¹⁰⁵. Più di recente la Corte ha affermato che la partecipazione a forme volontarie e non doverose di solidarietà è espressione dei “valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza normativamente prefigurata dal Costituente”¹⁰⁶. La Consulta ha poi sottolineato, prendendo in considerazione le cooperative sociali, come “il paradigma dell’azione collettiva, che può trovare attuazione in molteplici campi”, che vanno dalla beneficenza pubblica all’agricoltura e all’industria, “comprende attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati, riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall’art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo e il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l’intera comunità nazionale e che, pertanto, deve essere congiuntamente perseguito, nel rispetto delle correlative competenze costituzionali, dallo Stato, dalle regioni e dalle province autonome”¹⁰⁷.

L’interpretazione data dalla Corte evidenzia come la solidarietà spontanea, nella nostra Costituzione, non solo sia riconosciuta come base della convivenza sociale, ma assuma un valore prescrittivo¹⁰⁸, come azione

¹⁰³ Così S. BENVENUTI - S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il “nuovo” Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in www.osservatorioaic.it, n. 2/2017, p. 9.

¹⁰⁴ L’art. 2 del Codice enuncia che i Terzo settore sono espressione della solidarietà e che l’attività da questi perseguita si caratterizza per i fini sociali che vengono perseguiti.

¹⁰⁵ Corte costituzionale sentenza n. 75/1992. Si veda E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 2348 ss.

¹⁰⁶ Corte costituzionale sentenza n. 309/2013.

¹⁰⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 202/1992.

¹⁰⁸ In merito si vedano in particolare le osservazioni di L. CARLASSARRE, *Solidarietà: un progetto politico*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2016, pp. 45 ss.

doverosa dello Stato nella promozione e valorizzazione del sentimento altruistico, che non può ascriversi al solo individuo, ma anche alle aggregazioni sociali, assumano queste forma di impresa o di enti del Terzo settore. Ed in vero non può non riconoscersi lo stretto legame che l'art. 2 della Costituzione costruisce tra la solidarietà e le formazioni sociali, quasi che l'uno sia al servizio dell'altro e viceversa. Come ha sottolineato in modo incisivo G. Berti, le formazioni sociali sono “la sintesi della propensione umana alla tolleranza ed alla comprensione degli altri, attraverso la conoscenza dei rispettivi bisogni ed aspirazioni”¹⁰⁹.

Orbene nel Codice del Terzo settore la solidarietà spontanea viene in un certo qual modo organizzata, trova gli strumenti e i meccanismi per potersi esprimere, cosicché il dovere inderogabile dello Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona, non è circoscritto all'erogazione di servizi e prestazione o all'imposizione di quegli obblighi che concretizzano la solidarietà doverosa, ma si sviluppa anche sul piano della valorizzazione, della promozione e della regolazione delle forme attraverso le quali si esprime la solidarietà spontanea, che possono essere le più diverse anche quelle che arrivano dal mercato finanziario, poiché in vero, come è stato osservato, fino ad ora si è assistito al paradosso per cui chi dava i propri risparmi per avere un ritorno economico era più tutelato rispetto a chi voleva conferire i suoi risparmi per un fine altruistico¹¹⁰.

¹⁰⁹ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 2004, p. 397.

¹¹⁰ G. VISINTINI, *Gli enti del libro I del codice civile: problematiche e prospettive*, in V. ZAMBRANO (a cura di), *Non profit persona mercato*, 2005, p. 44.