



**Dipartimento di Giurisprudenza,
Economia e Scienze Umane
Corso di Diritto Civile A.A. 2018/2019**

ITINERARI NELLA CITTA' DEL DIRITTO: LA RIFORMA DEL TERZO SETTORE



DOCENTE: Prof. Attilio Gorassini

Collaboratori: Angela Busacca, Grazia Benedetto, Pasquale Cuzzola, Carlotta Fusco, Roberta Silivestro, Marco Schirripa

GRUPPO I

Essere o Dover Essere: questo è il volontariato

Gruppo di lavoro:

Maria Ambroggio, Rosa Araniti, Chiara Borrello, Emanuele Carlo, Francesca De Luca, Valentina Giurleo, Domenica Iannone, Francesco Irtolo, Ylenia Irtolo, Antonietta Madaffari, Fortunato Marino, Elisabetta Martelli, Antonio Maurici, Maurizio Nigero, Marianna Palermo, Maria Teresa Polimeni, Antonio Rijli Marra, Roberta Scarcella, Domenica Serravite, Marco Trovato

Tutor:

dott.ssa Roberta Silivestro

Introduzione

Cap. I – Alle origini del volontariato

1. La genesi del volontariato
2. Evoluzione storica e tradizione cristiana nel volontariato
3. La legge 266/91 e la Corte Costituzionale
4. Uno sguardo sul “Lavoro”

Cap. II – La Riforma del Terzo Settore ed il volontariato

1. I Riferimenti Normativi
 - 1.1. Artt. 1-5 legge delega 106/2016
 - 1.2. Il Codice del Terzo Settore
2. Il volontario
 - 2.1. Il volontario: protagonista o semplice comparsa nelle Organizzazioni di volontariato?
 - 2.2. La logica del dono
 - 2.3. Principio di gratuità e obbligazione naturale
 - 2.4. Volontariato e gratuità del lavoro
3. Le Organizzazioni di Volontariato e i CSV
 - 3.1. Natura giuridica e scopo di CSV e OdV
 - 3.2. Il CSV quale ente intermedio Stato e individuo: dall’ «autocontrollo» all’intervento pubblico
4. Il volontariato nel Common Law
 - 4.1. L’evoluzione storico-normativa del volontariato nella tradizione inglese
 - 4.2. Il ruolo del volontario
 - 4.3. Un confronto tra i sistemi

Cap. III – Tra sussidiarietà e dovere di protezione

1. Evoluzione storico-antropologica
2. Il volontariato tra sussidiarietà e solidarietà
3. La *ratio* del volontario: essere o dover essere?

Conclusioni

*“La solidarietà è l’unico investimento
che non finisce mai”*

Henry David Thoreau

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca ha ad oggetto “il volontariato e le attività di volontariato”, alla luce della recente Riforma del 2017 che ha visto l’ingresso nel nostro ordinamento dell’ormai noto Codice del Terzo Settore (D. Lgs. 117/2017), il quale dedica ampio spazio a tale fenomeno. L’esigenza di un riassetto si è resa necessaria in seguito ad una graduale frantumazione del soggetto di diritto pubblico in diverse figure autonome, spesso non coordinate tra loro. A questo movimento di frantumazione, se ne è aggiunto un secondo di espansione del soggetto di diritto privato, in cui il soggetto privato stesso diviene sfera giuridica inviolabile da parte di qualsiasi entità collettiva. Non a caso, l’immagine di copertina rappresenta graficamente l’oggetto di ricerca del nostro lavoro: la mano raffigura lo Stato che sorregge l’uomo/volontario il quale, a sua volta, si fa carico del “peso” della comunità.

Attraverso il progetto che seguirà si tenterà di comprendere se il fenomeno del volontariato, quale realtà interna al Terzo Settore, possa divenire terreno fertile, spazio, realtà, in cui il settore pubblico ed il settore privato riescano a fondersi, determinando così una nuova dimensione unitaria, in cui il “vero” umanesimo dell’uomo possa dirsi raggiunto, realizzato; ovvero se il settore del volontariato costituisca luogo di sintesi tra il diritto pubblico ed il diritto privato, in cui il bene comune costituisce l’origine e la meta delle attività poste in essere dal protagonista dell’attività stessa: il volontario.

Da qui il titolo: “Essere o Dover essere: questo è il volontariato”. La ricerca, infatti, è volta a capire se il fenomeno del volontariato, quale luogo umano, possa essere inquadrato, per utilizzare la terminologia hummiana, nella categoria del *Sein* (essere) o del *Sollen* (dover essere). Secondo Hume, fra il mondo dell’essere – vale a dire ciò che è così com’è secondo le leggi della natura, che si impone di per sé e non va creato – e il mondo del dover essere – nel senso kantiano del termine, ciò che è richiesto dalla legge morale¹ – vi è una profonda frattura: che una cosa sia non significa anche che debba essere. Tra essere e dover essere non vi è una sequenzialità logica, vi è invece un salto, perché l’essere determina gli enti dal punto di vista ontologico (e inerisce ai fatti), mentre il dover essere dal punto di vista etico (e inerisce ai valori).

La trattazione affronterà un percorso, che rintraccia il suo punto di partenza in un’analisi storica del volontariato, dalle origini sino ai giorni nostri, con particolare attenzione nei confronti del contributo apportato dalla tradizione cristiana, la quale può essere considerata la “fondatrice” non soltanto di tale attività, ma altresì di ciò

¹ In http://www.treccani.it/enciclopedia/dover-essere_%28Dizionario-di-filosofia%29/

che ultimamente, anche all'interno dello stesso CTS, viene identificata come "logica del dono". L'attenzione, poi, volgerà verso il rapporto giuridico intercorrente tra l'attività di volontariato e il mondo del lavoro, sia autonomo, sia subordinato, da ricercare alla luce della regola benedettina "ora et labora".

Successivamente si entrerà nel vivo del Codice del Terzo Settore, in un confronto continuo con il contesto normativo precedente. Prendendo le mosse dal Codice, saranno analizzati i tre livelli in cui il volontariato può essere articolato: la figura del volontario, le Organizzazioni di Volontariato (e le attività di volontariato) ed i Centri di Servizio per il Volontariato. Non mancherà un breve confronto con il ruolo del volontario nei sistemi di common law, volto a rintracciare quelle analogie e differenze, che fungeranno da eventuale spunto per una proposta finale.

L'ultimo capitolo, infine, guarderà a quello che viene definito "Il" principio regolatore della materia del Terzo Settore, tanto caro ai costituzionalisti, e, perché no, anche ai civilisti: il principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.). L'indagine tenterà di comprendere quale sia il rapporto intercorrente tra lo stesso principio (inteso come fenomeno di cittadinanza attiva, di partecipazione e inclusione sociale e, più in generale, quale mezzo di realizzazione di scopi di utilità sociale, strumento di realizzazione dell'uomo) ed il volontariato.

Al termine di tale percorso, le conclusioni proveranno a racchiudere le risposte a quei quesiti iniziali sopra evidenziati, che già ora rintracciano il suo protagonista nell'essere umano.

Capitolo I

ALLE ORIGINI DEL VOLONTARIATO

1. La genesi del volontariato

In Italia più di 6 milioni di persone si dedicano ad attività di volontariato, prestando la propria opera, a titolo gratuito e a beneficio del prossimo e della comunità. Ci si chiede pertanto cosa spinga l'individuo verso questo tipo di attività. L'altruismo, inteso come inclinazione o amore verso il prossimo, è alla base dello spirito del volontariato. Quest'ultimo, dunque, può essere inteso come quella dinamica nella quale si dona il proprio tempo e le proprie risorse fisiche, economiche, morali o intellettuali, in cui vi è un soggetto che "dona" un bene (la cui natura attiene evidentemente al profilo umano dello stesso donante) ad un ricevente; "apparentemente" colui che dona non riceve nulla in cambio.

La donazione del proprio operato, così come accade all'interno del fenomeno "volontariato", però, finisce con l'assumere spesso la figura di ciò che un tempo costituiva la prima forma di lavoro, ovvero il baratto. Anche nelle comunità contadine dei nostri nonni, ritroviamo il principio della reciprocità; ancora oggi, infatti, nei piccoli contesti rurali, i beni prodotti, se in eccesso, vengono interscambiati attraverso il dono reciproco. Ecco che la donazione può assumere, verosimilmente, le caratteristiche del baratto, il che implica una rete di scambio non monetario. La stessa origine etimologica della parola "comunità" ne è una conferma: essa infatti è composta dalla preposizione "cum", che significa "con", indicando quindi l'esistenza di un legame, e dal nome "munus", il cui significato è quello di "dono".

Questo ci consente di comprendere come l'essere umano riceva un "qualcosa", un *quid*, dal semplice confronto con l'altro: un *quid* in grado di arricchire l'altro per la sua semplice presenza, per il suo semplice "esserci", per il solo "essere", un *quid* di cui entrambi gli individui, messi in relazione, sono portatori. Essi pertanto "parlano la stessa lingua", ciò che cambia sono solo le modalità attuate dall'uno piuttosto che dall'altro. Il volontario aiuta, il destinatario viene aiutato, entrambi in ultimo ricevono un dono.

2. Evoluzione storica e tradizione cristiana nel volontariato

Il volontariato, colto nelle sue origini storiche e culturali, non può che avere come fulcro la "persona umana". La stessa Dottrina sociale della Chiesa ha più

volte ribadito la centralità dell'essere umano, definito da Pio XII, in un radiomesaggio del 24 dicembre 1944², come “soggetto, fondamento e fine” della vita sociale. La nascita del volontariato può, allora, configurarsi come presa di coscienza, come una conquista comunitaria ottenuta a seguito del verificarsi di travagliate fasi storiche, che hanno condotto, soprattutto nella seconda metà del '900, all'affermazione del valore della solidarietà quale dimensione sociale e principio giuridico³.

È la partecipazione al tessuto sociale ad essere individuata come il mezzo attraverso il quale la persona si realizza. In questo senso, la Costituzione pastorale “*Gaudium et spes*” del 1966, ha specificato come l'uomo sia “per sua intima natura un essere sociale, e non può vivere né esplicare le sue doti senza relazioni con gli altri”⁴.

D'altro canto, è nutrita la produzione giuridica, anche a livello sovranazionale, volta ad affermare il valore della solidarietà e a condannare le disuguaglianze economiche e sociali. Si pensi all'art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale “Tutti gli esseri umani [...] devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”; ancora, secondo l'art. 29, “ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità”⁵. Si delinea, pertanto, l'attività di volontariato come vicenda sociale e politica o anche come opera filantropica, ovvero, atto di liberalità non dettato da motivazioni utilitaristiche.

In questo contesto, il volontario, oltre ad essere un soggetto la cui consapevolezza è il risultato culturale dell'incontro tra storia e tradizione cristiana, può caratterizzarsi, altresì, per la pura propensione d'animo al prossimo e al bene. Questa tendenza, ove sussista, si qualifica come vera e propria vocazione; non si trascuri, infatti, l'aspetto spirituale dell'individuo più volte richiamato dalla dottrina sociale della chiesa. Invero, “la rivelazione cristiana, proietta una luce nuova sull'identità, sulla vocazione e sul destino ultimo della persona e del genere umano”⁶.

Date queste premesse, diviene necessario trattare, più da vicino, del volontariato, come fenomeno culturale che affonda le proprie radici nella tradizione reli-

² Pontificio Consiglio Della Giustizia E Della Pace, “*Compendio della dottrina sociale della Chiesa*”. FIDAE, p 36.

³ A tal proposito basti pensare che, ai sensi dell'art. 2 della nostra Carta Costituzionale, “La Repubblica [...] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

⁴ *ibidem*, p 37.

⁵ Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo in https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf

⁶ Pontificio consiglio della giustizia e della pace, “, *ivi*, p 20. La vocazione, quindi, più concretamente, si configura come predisposizione naturale ad adottare un determinato stile di vita, più o meno radicale, costituendo, talvolta, il principale tra i motivi che fondano la scelta dell'individuo di dedicarsi al volontariato.

giosa cristiana. Punto di partenza è sicuramente rappresentato dal concetto di carità: tale nozione, sintetizzabile nella nota massima evangelica “ama il prossimo tuo come te stesso”, rappresenta il punto cardine attorno al quale nasce e si sviluppa la religione cristiana. San Paolo, nelle sue lettere, per indicare il concetto di carità, usa il termine greco “*agàpe*”, che sta ad indicare anche la nozione di “amore”, cioè la predisposizione emozionale ad adoperarsi per il prossimo senza la pretesa di ricevere qualcosa in cambio. Proprio in ciò consiste il volontariato: un’attività materiale e non, posta in essere senza l’attesa di una ricompensa e con il semplice fine di contribuire al beneficio in favore di soggetti individuati come deboli, emarginati, in difficoltà.

3. La legge 266/91 e la Corte Costituzionale

La prima normativa, che ha disciplinato il volontariato, è stata la legge quadro n. 266 del 1991. In primo luogo, essa ha fornito una spiegazione giuridica sulla “attività di volontariato”: l’art. 2 afferma che “per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito tramite l’organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà”; in secondo luogo ha individuato i caratteri essenziali di un organismo nuovo, che tale attività svolge: essa disciplina il rapporto tra il volontario e l’Organizzazione di Volontariato, qualificato come lavoro gratuito, che diventa un rapporto tipico, a differenza di ciò che accadeva prima della legge 266/91, quando veniva considerato un contratto innominato⁷.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 75/92, affronta i problemi di legittimità sollevati in merito alla legge 266/91. L’insegnamento della sentenza esclude innanzitutto la possibilità di configurare il volontariato come una “materia, seppure formata dalla confluenza di segmenti o di profili riconducibili a più settori di attività”. Il volontariato “costituisce un modo di essere della persona nell’ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell’azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui”. La stessa sentenza attribuisce altresì al legislatore statale la competenza normativa in merito all’individuazione della “connotazione essenziale delle attività e delle organizzazioni operanti in tale campo” (punto 2 cons. in dir.); ribadisce, successivamente, che ad esso spetta la definizione dei “requisiti essenziali attinenti ai caratteri strutturali, all’autonomia interna e alla trasparenza delle organizzazioni di volontariato” la cui ricorrenza “è

⁷ De Gotzen S., “*Spunti per una riflessione su recenti proposte di riforma della legge 266/91 sul volontariato, nella prospettiva delle riforme istituzionali*”. Istituzioni del Federalismo: rivista di studi giuridici e politici, 2/2003, pp. 287-319

configurata come condizione necessaria perché tali organizzazioni possano beneficiare delle agevolazioni e delle strutture di servizi⁸.

Dalla sentenza 75/92, si ricava anche un'indicazione su come impostare l'analisi dei vari aspetti della disciplina del volontariato, pur tenendo conto del mutato assetto costituzionale: la materia trattata dalla legge 266/91 può essere ripartita tra aspetti privatistici, di cui si ribadisce l'attinenza a diritti essenziali della persona, e aspetti di tipo pubblicistico, sia inerenti ai rapporti tra organizzazioni di volontariato e istituzioni pubbliche, sia inerenti alla previsione di strutture pubbliche di "governo" o di sostegno al volontariato. La *ratio* della legge 266/91 era fondata sul riconoscimento di un fenomeno che già esisteva, ma non aveva un nome: il volontariato. Il volontario, però, veniva inquadrato solo ed esclusivamente in riferimento ad un gruppo all'interno del quale prestava un servizio.

4. Uno sguardo sul "Lavoro"

Il fenomeno del lavoro, può intendersi come applicazione laica della famosa regola benedettina "*ora et labora*". La regola è sopravvissuta soprattutto grazie alla sua funzione pedagogica e si inserisce a pieno titolo nella tradizione cristiana, caposaldo della civiltà europea.

Ritornando al profilo storico, bisogna far presente, come nel 1890 la l. 6972 (c.d. legge Crispi), abbia istituito le "Istituzioni pubbliche di beneficenza", sostituendole alle "Opere pie". Con questo intervento, lo Stato, venne ad occuparsi della materia dell'assistenza ai più poveri e limitò in quest'ambito, come non mai, lo spazio d'azione della Chiesa Cattolica. Il carattere laico delle Istituzioni pubbliche di beneficenza è confermato dall'art. 78 della stessa legge, in base alla quale "le Istituzioni contemplate dalla presente legge esercitano la beneficenza verso coloro che ne hanno titolo, senza distinzione di culto religioso o di opinioni politiche".

⁸ La sentenza 75/92 sembra fornire varie indicazioni in merito alla individuazione della ripartizione tra Stato e Regioni delle competenze normative, relative alla disciplina del volontariato, utili anche nel mutato assetto costituzionale. Punto di partenza per tale ricognizione, sembra l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, secondo il quale, il volontariato non può essere considerato una materia: esso, come modo di azione generale di un soggetto come singolo o associato a scopo solidaristico, si pone "trasversalmente" alle diverse materie di intervento. Tale indicazione spiega come il volontariato non compaia in nessuna delle due elencazioni di materie di cui al nuovo testo dell'art. 117 Cost., né quella che concerne le materie di competenza esclusiva statale, né quella che concerne le materie di competenza concorrente; spiega, inoltre, come sia da escludere che il volontariato possa farsi rientrare nella competenza residuale regionale (le materie non elencate, secondo l'indicazione dell'art. 117, comma 4, Cost., sono di competenza primaria delle Regioni).

Ha così inizio quel processo sociale e legislativo che porterà, nel '900, all'affermazione dello Stato assistenziale e dell'idea secondo cui il soggetto pubblico, più di ogni altro, si fa carico delle esigenze dei cittadini collocati ai margini del tessuto sociale. Tuttavia, come già anticipato, negli ultimi decenni, soprattutto per ragioni di natura economica e sociale, lo Stato non è riuscito a far fronte alle varie istanze prospettatesi di volta in volta; alla crisi dello Stato Sociale è coincisa, quindi, la nascita del Terzo Settore e del volontariato.

Da qui la necessità di comprendere quali siano le differenze principali tra volontariato, lavoro subordinato e lavoro autonomo. La dottrina e la giurisprudenza ritengono che, i caratteri del lavoro subordinato, secondo quanto disposto dall'art 2094 c.c., siano la presunzione di onerosità della prestazione di lavoro, la soggezione e la retribuzione. In relazione al volontariato, invece, è possibile affermare l'assenza di tali elementi, in quanto esso si configura come un contratto a titolo gratuito dove l'elemento principale è l'"*affectionis vel benevolentiae causa*", in omaggio sia a principi di ordine morale o religioso sia in vista di vantaggi che si traggano o si spera di trarre dall'esercizio dell'attività stessa. In questa fattispecie, risulta rilevante la sussistenza della finalità di solidarietà. Su tale versante, la legge quadro del '91 sul volontariato, forniva per la prima volta, una definizione di lavoro gratuito, laddove definiva attività di volontariato "quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà"⁹.

Successivamente, il Codice del Terzo Settore, abrogando la legge 266/91, ha sancito un'apertura di questo campo nell'esplicazione dell'attività praticata; l'art 17 CTS infatti prescrive che "il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo Settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà". Da ciò, si evince dunque, la formula di tale modello, fondato sulla presunzione di gratuità prestata dal volontario.

In merito al lavoro autonomo, la caratteristica che contraddistingue questa fattispecie, può essere ritrovata nell'art 2222 c.c., il quale dispone che, il lavoratore autonomo è colui che svolge "un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione" e al quale spetta una retribuzione. Da ciò, si deduce che, l'elemento distintivo principale, tra volontariato e lavoro autonomo, è dato da quell'aspetto legato al mondo del mercato, che vede la gratuità nel primo caso e la presenza invece di un corrispettivo nel secondo. Trattasi di un fattore, che non si limita all'aspetto monetario, come può essere la retribuzione,

⁹ Menghini L., *L'attività di volontariato*, Ed. UTET, Torino, 2009, pp. 1567 ss.

ma che abbraccia quel concetto di benessere economico, insito nella natura stessa del fattore “lavoro”.

Ciò viene confermato dal comma 5 dell’art. 17 CTS, a norma del quale “La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con l’ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria”.

Ci si chiede pertanto quale sia il criterio discretivo, nonchè la *ratio* della previsione di una compresenza, all’interno degli Enti del Terzo Settore, di entrambe le figure, il lavoratore ed il volontario, alla luce di quella primaria qualifica che sin dall’inizio della Riforma ha rappresentato la pietra angolare della normativa: il no profit.

Capitolo II

LA RIFORMA DEL TERZO SETTORE ED IL VOLONTARIATO

1. I Riferimenti Normativi

Il Terzo Settore nasce da un'esigenza particolare di riordino organico all'interno di un quadro normativo frammentario con regimi giuridici e fiscali non coordinati tra loro nel quale si inserivano diverse discipline, tra cui leggi storiche come quella sul volontariato (266/1991), sulle associazioni di promozione sociale (383/2000), sulle cooperative sociali (381/1991), sulle Onlus (460/1997) nonché lo stesso il Codice Civile nella parte relativa a fondazioni e comitati.

Il Terzo Settore non è ricompreso solo ed esclusivamente nel Codice del Terzo Settore (CTS), in quanto la Legge Delega al Governo. n.106/2016 ha dato vita a:

- Il *D. Lgs. n. 40 del 2017*, "Istituzione e disciplina del servizio civile universale"
 - Il *D.lgs. n. 111 del 2017* "Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche";
 - Il *D. Lgs. n. 112 del 2017*, "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale";
 - Il *D. Lgs. n. 117 del 2017*, c.d. "Codice del Terzo Settore";
 - il *D. Lgs. n. 43 del 2018*, " Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 marzo 2017, n. 40, concernente: «Istituzione e disciplina del servizio civile universale» ";
 - Il *D. Lgs. n. 95 del 2018*, contenente "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale";
- Il *Dlgs. n. 105 del 2018*, denominato il "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante Codice del Terzo Settore".

1.1. I principi comuni: Artt. 1-5 L.106/2016

Per comprendere cosa sia il Terzo Settore da un punto di vista giuridico dobbiamo osservare la L. n. 106/2016 con la quale è stata delegata al Governo la Riforma del Terzo Settore, dell'Impresa Sociale e per la Disciplina del Servizio Civile Universale.

L'art. 1, rubricato "finalità ed oggetto", enuncia che il fine di tale legge è sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini, perseguire il bene comune ed elevare i livelli di cittadinanza attiva, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno

sviluppo della persona, in attuazione degli artt. 2, 3, 18 e 118 IV c. della Costituzione. Per perseguire tali fini non è sufficiente l'intervento del singolo, ma è necessaria la mediazione di un ente collettivo; quest'ultimo può anche essere unipersonale. Qualora, cioè, si volessero perseguire valori che non siano complessivi di sistema e che rientrino tra quelli indicati nell'art.1 CTS, allora sarà necessario ricorrere ad uno strumento formale soggettivo, che si discosti da quello proprio della persona, dato appunto dall'ente collettivo. Lo stesso articolo 1 comma 1 CTS definisce tale settore come “[...] il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale [...]”. Come si denota dalla lettura di tale comma il perseguimento del bene comune costituisce il pilastro ed al contempo lo scopo fondante il Terzo Settore¹⁰. Alle fondazioni bancarie, sebbene esse perseguano le stesse finalità della presente legge, “non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi”. Il fatto che le fondazioni bancarie rientrino in tale sistema lascia intendere che esse possano mirare al raggiungimento di una di quelle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, oltreché alla realizzazione di valori tipicamente economici.¹¹

¹⁰ Le fondazioni bancarie sono persone giuridiche no profit la cui attività rientra tra quelle concorrenti tra Stato e regioni (art. 117 c.2 Cost.); esse hanno un'origine molto antica: nascono come casse di risparmio sorte nell'Europa centrale del XIX secolo, per raccogliere i flussi di denaro provenienti dalla Rivoluzione Industriale. Da questa realtà occorre sottrarre le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche.

¹¹ L'attività di queste era diversa dall'attività bancaria vera e propria: innanzitutto le casse raccoglievano capitali con una sottoscrizione iniziale che poi, con successivi depositi, venivano distribuiti, le banche, invece, nascevano su iniziativa di gruppi ristretti per fini commerciali e speculativi; in più le casse erano indirizzate verso i ceti più umili, mentre le banche si interessavano dei ceti più alti. Agli inizi degli anni '90 è emersa la necessità di trasformare l'intero sistema bancario italiano per aggiornarlo rispetto alle regole della Comunità economica europea che si stavano delineando. Le casse di risparmio, che avevano originariamente natura pubblicistica, sono state, così, privatizzate per contrastare i famosi “aiuti di Stato”, i quali, se erogati dalle casse stesse, avrebbero fatto sorgere un contrasto con le norme dell'attuale Unione Europea. Per gestire la trasformazione da pubblicistiche a privatistiche, il Governatore Ciampi dispose la scorporazione delle fondazioni dalle banche. La legge delega Amato-Carli dispose che gli enti bancari diventassero S.p.a. sotto il controllo delle fondazioni, configurando le stesse come *holding* pubbliche che gestiscono il pacchetto di controllo della banca partecipata, ma non possono esercitare attività bancarie (piuttosto possono investire sul sistema sociale). Dopo una prima fase di ambiguità ('90-'97), in cui sono stati nascosti gli incentivi di Stato con diversi *escamotage*, nel 1999 il Dlgs. n. 153 ha chiarito alcuni punti affermando, all'art.1, la natura giuridica delle fondazioni quali enti privati senza scopo di lucro e la loro piena autonomia statutaria e di gestione. Le fondazioni devono operare obbligatoriamente nel mondo no profit, non possono più avere a che fare con le banche, pur potendo conservare una vocazione economica. Il decreto ha, inoltre, stabilito che ogni fondazione bancaria dovesse scegliere non più di cinque settori tra quelli indicati e potesse variarli ogni 3 anni. Essa può, così, erogare denaro o a organizzazioni no profit oppure a fondazioni operative che svolgono direttamente attività d'impresa in quei settori per il raggiungimento di uno

La l. n. 383 del 2001 (c.d. legge Tremonti bis) all'art. 1 ha apportato diverse modifiche al sistema, ribadendo il regime privatistico di questi enti. In questo modo è possibile giustificare la ragione per la quale gli stessi enti, pur facendo parte del Terzo Settore, non possano sottostare alla disciplina prevista dal CTS. Da un lato cioè, essi appartengono al Terzo Settore, viceversa salterebbe l'equilibrio del "mostro giuridico"¹² di Amato; dall'altro, non possono essere disciplinati come enti del Terzo Settore, perché, se così fosse, imploderebbe la disciplina del medesimo equilibrio.

L'art. 2 detta principi generali che forniscono al Governo criteri direttivi quali:

- a) *riconoscere l'esercizio del diritto di associazione;*
- b) *favorire l'iniziativa economica privata;*
- c) *assicurare l'autonomia statutaria;*
- d) *semplificare la normativa vigente.*

L'art. 3 si compone di 5 lettere le quali forniscono un'indicazione di come debba essere revisionata la disciplina contenuta nel codice civile in materia di associazioni e fondazioni¹³. In particolar modo le lettere d) ed e) prevedono da un lato, (lett. d) il principio per cui quelle fondazioni ed associazioni che svolgono attività di impresa devono essere soggette al libro V; dall'altro, (lett. e) si prevede una delega espressa affinché si applichino al Titolo II libro I le norme sulla trasformazione degli enti di diritto societario ex art. 42 bis ("disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6").

L'art. 4 dispone il riordino e la revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo Settore mediante la redazione di un codice per raccogliere e coordinare le relative disposizioni, con l'indicazione delle norme abrogate a seguito della loro entrata in vigore.

L'art. 5 costituisce il punto focale della nostra trattazione: esso prevede un riordino ed una revisione organica della disciplina vigente in materia di attività di volontariato, di promozione sociale e di mutuo soccorso, seguendo le linee guida fornite dagli articoli 2, 4 e 9 e principi e criteri direttivi, quali: l'*armonizzazione* delle diverse discipline vigenti in materia di volontariato e di promozione sociale,

dei cinque scopi sociali suddetti. Le fondazioni bancarie hanno l'obbligo di investire il 90% delle loro entrate in queste realtà e nell'ambito della regione di appartenenza.

¹² Così definito dallo stesso Giuliano Amato, il giurista creatore delle fondazioni bancarie.

¹³ Tra queste particolare importanza è rivestita dalle lettere a), d) ed e). La lett. a) prevede di "rivedere e semplificare il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica; definire le informazioni obbligatorie da inserire negli statuti e negli atti costitutivi; prevedere obblighi di trasparenza e di informazione, anche verso i terzi, attraverso forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell'ente anche mediante la pubblicazione nel suo sito internet istituzionale; prevedere una disciplina per la conservazione del patrimonio degli enti".

valorizzando i principi di gratuità, democraticità e partecipazione; la *previsione* del rimborso spese per le attività dei volontari, preservandone il carattere di gratuità e di estraneità dalla prestazione lavorativa; la *promozione* della cultura del volontariato, in particolare tra i giovani; la *sensibilizzazione* e il riconoscimento in ambito scolastico e lavorativo delle competenze acquisite dai volontari; la *revisione* del sistema dei Centri di Servizio per il Volontariato.

1.2. Il Codice del Terzo Settore

Il Codice del Terzo Settore (D.Lgs. 117/2017) è entrato in vigore il 3 luglio 2017 (in G.U. n. 179 del 2 agosto 2017 – s.o. n. 43)

Il CTS è composto da 12 titoli e da 104 norme che istituiscono gli Enti del Terzo Settore (ETS):

- Il *titolo I* e il *titolo II* recano disposizioni di carattere generale;
- Il *titolo III* è dedicato a tutti gli “enti del Terzo Settore in generale” determinando definizione, attività, raccolta fondi, devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento, iscrizione nel Registro, denominazione, scritture contabili e bilancio. Inoltre, attribuisce particolare attenzione alla disciplina della figura del volontario e dell’attività di volontariato;
- Il *titolo IV* è dedicato ai soli enti del Terzo Settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione;
- Il *titolo V* reca alcune disposizioni relative a “particolari categorie di enti del Terzo Settore” quali le Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale (APS), Enti filantropici, Imprese sociali, Reti associative, Società di mutuo soccorso;
- Il *titolo VI* disciplina il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore;
- Il *titolo VII* reca la disciplina relativa ai rapporti con gli enti pubblici;
- Il *titolo VIII* prevede disposizioni in materia di promozione e di sostegno degli enti del Terzo Settore stabilendo l’istituzione del Consiglio nazionale del Terzo Settore, la disciplina dei Centri di Servizio per il Volontariato e norme in materia di risorse finanziarie destinate agli enti medesimi;
- Il *titolo IX* reca disposizioni in materia di titoli di solidarietà degli enti del Terzo Settore e altre forme di finanza sociale¹⁴;

¹⁴ Ceolin M., *Il c.d. codice del terzo settore (D.lgs. 3 luglio 2017, n.117): un'occasione mancata?*, in " Le Nuove Leggi Civili Commentate ", 2018, p.2

- Il *titolo X* è dedicato al regime fiscale, che dispone la “cancellazione” della figura delle ONLUS, sostituendo la disciplina con altre norme di favore relative alle imposte sui redditi e indirette e ai tributi locali.;
- Il *titolo XI* disciplina gli organismi di vigilanza e controllo.;
- Infine, il *titolo XII* reca le disposizioni transitorie e finali.

Il 3 agosto 2018 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.lgs. 105/2018, un decreto correttivo (ovverosia di modificazione e integrazione) del Codice del Terzo Settore il quale attua mirate “correzioni sistemiche”, recependo altresì le indicazioni emerse dal costante confronto tra il Governo e le associazioni *non profit*.

2. Il volontario

2.1 Il volontario: protagonista o semplice comparsa nelle Organizzazioni di Volontariato?

Il Codice del Terzo Settore si occupa della figura del volontario nel Titolo III, in particolare agli artt. 17, 18, 19; nonché in ulteriori norme di carattere particolare del Titolo V, capi primo e secondo CTS. L’art. 17 co. 2 definisce il volontario come una “persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo Settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà”.

I tratti essenziali di questo articolo sembrano essere stati recuperati dalla L. n. 266/’91 ma l’obiettivo del legislatore del 2017 di pervenire ad una riforma definita “organica” non si può dire pienamente raggiunto; ciononostante, fin da una prima lettura della norma emergono alcune novità che caratterizzano il volontario. Innanzitutto, la libertà di scelta nello svolgimento di un’attività indirizzata *a favore della comunità e del bene comune* e, dunque, nei confronti di qualcuno che non rientra nella sfera dei rapporti familiari. La locuzione “*anche*”, utilizzata per esprimere il concetto che il volontario possa agire attraverso un ente del Terzo Settore, fa riemergere ancora una volta la famosa questione discussa a lungo, relativa al riconoscimento di figure di volontari non dipendenti dalle Organizzazioni di volontariato (OdV). Sebbene formalmente si riconosca, così, rilevanza giuridica sia

al volontario come facente parte di tali organizzazioni, sia al volontario cd. “*individuale*”¹⁵, la realtà sociale mostra una totale assenza di possibilità d’azione da parte del singolo in maniera individuale. Quest’ultimo, infatti, ad oggi non trova alcuna libertà di espressione se non all’interno di una delle OdV di cui vuole far parte. Ciò costituisce il protrarsi di quanto già statuito dalla L. 266/1991 all’art. 2 nella parte in cui prevedeva che l’attività di volontariato dovesse avvenire “tramite l’organizzazione di cui il volontario fa parte”.

Infine, una delle novità, su cui ci soffermeremo più approfonditamente in seguito, è la *gratuità* dell’attività. Non a caso, il c. 3 dell’art 17 precisa che l’attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo, tuttavia prevede un meccanismo di rimborso delle spese “effettivamente sostenute e documentate per l’attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall’ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario”. La necessità di documentare le spese effettivamente sopportate costituisce sicuramente una novità positiva, atteso che il rimborso forfetario si presta particolarmente bene a mascherare l’erogazione di vere e proprie retribuzioni con la conseguenza di indurre una metamorfosi del rapporto *inter partes* da relazione di volontariato a rapporto di lavoro retribuito, oltretutto in frode agli obblighi contributivi, perché “chi è pagato anche se poco e in nero, non è volontario”¹⁶.

Da ultimo, l’art. 19 CTS si occupa, come si evince dalla rubrica, di promuovere la cultura del volontariato “in particolare tra i giovani” attraverso apposite “attività scolastiche, universitarie ed extrauniversitarie” coinvolgendo anche le OdV e gli ETS.

2.2. La logica del dono

Secondo Marcel Mauss, uno dei padri fondatori dell’etnologia francese, il dono viene definito come una prestazione con carattere volontario e realmente libero e

¹⁵ Così anche l’art.2 della Carta dei Valori del Volontariato: “I volontari esplicano la loro azione in forma individuale, in aggregazioni informali, in organizzazioni strutturate; pur attingendo, quanto a motivazioni, a radici culturali e/o religiose diverse, essi hanno in comune la passione per la causa degli esseri umani e per la costruzione di un mondo migliore.”

¹⁶ Gorgoni M., *Il codice del Terzo Settore*. PACINI, Pisa, 2018, p.180. Nello specifico, il volontario può usufruire del rimborso delle spese sostenute, purché non superino l’importo “di 10 euro giornalieri e 150 euro mensili [...]” (art. 17, co.4); tuttavia, lo può fare anche sulla base di una mera autocertificazione resa ai sensi dell’art.46 d.P.R. 445/2000 (e non necessariamente, quindi, tramite la documentazione “classica” per mezzo di scontrini, fatture, ecc.). Sul punto le opinioni sono contrastanti: a fronte di chi vede nell’autocertificazione un modo per semplificare la procedura dei rimborsi, vi è chi teme che dietro questo meccanismo possa nascondersi una sorta di “frode”, una retribuzione occulta in violazione del principio di gratuità.

gratuito, che assume la forma del regalo, con conseguente trasferimento disinteressato di un bene da un donatore a un destinatario. Emerge l'importanza del dono, intendendolo come fatto sociale totale, in grado di coinvolgere gran parte delle dinamiche della comunità, creando, rafforzando e conservando, i legami comunitari tra individui, famiglie, tribù e sessi. Infatti, secondo Mauss, la società stessa è nata tra relazioni basate sul dono, che nonostante sia un atto unilaterale, disinteressato e volontario, richiede intrinsecamente di essere prima accettato e poi contraccambiato, divenendo così soggetto all'obbligo di restituzione¹⁷.

Grazie agli studi di diversi antropologi, fra i quali spiccano Boas e Malinowski, la nozione di dono viene riscontrata in diverse culture aborigene, che fanno di questo la base dei legami sociali, intercalati nello sviluppo e nella creazione della società stessa. Osservando tali società primitive, i due antropologi hanno evidenziato la presenza di una triplice obbligazione morale attorno al dono: dare, ricevere e ricambiare; solo attraverso questi tre elementi, il dono può avere una valenza sociale. Da ciò emerge che il dono non è assolutamente gratuito, poiché, se non ricambiato, genera un'asimmetria di *status* tra chi dona e chi riceve, creando eventualmente una sorta di supremazia a carico di chi compie l'azione di donare su colui che riceve. Mediante gli studi di Boas, infatti, si è scoperto che alcune tribù di nativi americani usavano i doni per stabilire la gerarchia tra coloro che facevano parte della tribù stessa: *donare* equivaleva a dimostrare la propria superiorità e *accettare*, senza ricambiare voleva dire subordinarsi, diventare servo.

Per Jacques T. Godbout il dono «non concerne soltanto momenti isolati e discontinui dell'esistenza sociale, ma la sua stessa totalità. Ancor oggi non è possibile avviare o intraprendere alcunché, niente può crescere e funzionare se non nutrito dal dono»¹⁸.

Il dono, nell'idea comune, si contrappone allo scambio: il primo, è una forma disinteressata e trasparente del "dare", mentre il secondo si configura in funzione dell'interesse, di un dare per avere; tuttavia, questa antitesi appare piuttosto debole se si considera che il dono, per quanto gratuito ed incondizionato, crea sempre un debito¹⁹ dal quale scaturisce l'instaurarsi di una relazione, una sorta di obbligazione naturale ancora più atipica, perché derivante non da un debito, bensì appunto

¹⁷ Mauss M., "Saggio sul dono Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche". EINAUDI ED - 1925.

¹⁸ Loccisano R. *Il dono fra reciprocità e dispendio*, Università di Modena e Reggio Emilia, corso di antropologia Prof. Gualtiero Harrison, 2004

¹⁹ Quest'ultimo termine in italiano sembra essere relegato quasi esclusivamente alla sfera economica o, se riferito a rapporti privati, ha spesso una connotazione negativa. Sembra quasi che si voglia inconsciamente negare la possibilità di potersi trovare in quello stato che, invece, è normale nei rapporti comuni tra persone, anche se non viene percepito come tale. Lo stato di debitore, appunto.

da una donazione. Non a caso Jacques T. Godbout definisce il dono come “ogni prestazione di beni o servizi effettuata, senza garanzia di restituzione, al fine di creare, alimentare o ricreare il legame sociale tra le persone”²⁰. Alla luce di ciò possiamo dire che tra dono e scambio non c’è una vera e propria contrapposizione, quanto piuttosto una semplice differenza quanto nello scambio il bene può essere venduto in cambio di un corrispettivo economico, mentre nel dono l’oggetto si limita ad avere un valore relazionale). Occorre tenere presente quanto sia essenziale, alla logica del dono, il momento della sua ricezione, d’altra parte qualcosa può considerarsi veramente un “dono” solo nella misura in cui è stato ricevuto ed accolto²¹.

Il volontario, come si evince, non esiste per se stesso, ma esiste in funzione degli esclusi e delle comunità per le quali si prodiga²²; egli rappresenta in se stesso il dono perché contribuisce, da un lato, a garantire a questi soggetti un accesso eguale al bene comune, incrementando la “giustizia sociale”²³; dall’altro, a favorire, attraverso attività di sensibilizzazione, processi di partecipazione dei cittadini alle attività di “interesse generale”. Gratuitamente il volontario dona il proprio tempo e la propria competenza per fare qualcosa di creativo ed utile per gli altri, per la comunità, per l’umanità intera. Ci si chiede a tal proposito di quale Valore alto egli sia portatore, al punto da consentire quell’accesso al bene comune da parte dello stesso e di chi viene da lui sostenuto.

Papa Benedetto XVI nell’enciclica *Caritas in Veritate* ha introdotto degli elementi innovativi all’interno della riflessione sociale cattolica, quali il principio di gratuità e la logica del dono; con tali principi viene espresso il valore della reciprocità e della fratellanza nel contesto sociale. La logica del dono pertanto rappresenta quel “nobile principio”, quella forza morale accanto ai principi della giustizia e della carità sociale. I volontari traggono dalla propria esperienza di dono motivi di arricchimento sul piano interiore e sul piano delle abilità relazionali.²⁴ Il dono è il farsi vicino all’altro, coinvolgersi nella sua vita, voler assumere una relazione con questo. Dalla relazione con gli altri il soggetto arricchisce se stesso rispondendo ad un proprio bisogno. Egli prova gratitudine, la stessa che prova anche l’altro, la cui mancanza è stata colmata dal volontario che si è donato a lui. È in questa relazione di reciproci bisogni che si realizza il dono. Nel donare vi è un

²⁰ V. *infra* Cit., p. 30

²¹ Negro D., *Dono e condivisione* in *I quaderni del sovvenire sul sostegno economico alla Chiesa cattolica*, n. I, 2015, p. 26

²² Frisanco R., In http://www.fondazioneterzopilastrointernazionale.it/wp-content/uploads/2014/12/13-Volontariato_e_gratuita.pdf

²³ Papa Benedetto XVI, *Caritas in Veritate* “[...] amare è donare, offrire del “mio” all’altro; ma non è mai senza la giustizia, la quale induce a dare all’altro ciò che è suo, ciò che gli spetta in ragione del suo essere e del suo operare. Non posso “donare” all’altro del mio, senza avergli dato in primo luogo ciò che gli compete secondo giustizia [...]”

²⁴ Art.3 Carta dei Valori del Volontariato

soggetto, il donatore, che nella libertà (non costretto, ma per generosità e per amore) fa un dono all'altro, indipendentemente dalla risposta dello stesso, il quale potrà accogliere o meno il dono.

2.3. Principio di gratuità e obbligazioni naturali

La novità più rilevante dell'enciclica *Caritas in Veritate* (CV) è l'affermazione che la reciprocità e la gratuità sono principi fondativi anche per l'economia e per il mercato, non solo per il mercato no profit, per il volontariato o l'economia sociale, ma per l'intera vita economica ordinaria, dalle banche alle imprese multinazionali. Se la dimensione tipica dell'umano è la sua apertura al dono-gratuità, e se l'economia è attività umana, allora un'economia autenticamente umana non può prescindere dalla gratuità. Da tale prospettiva il mercato è allora richiamato alla sua vocazione originaria, spesso tradita, di inclusione sociale, presente anche nella riflessione di Adam Smith e degli economisti classici, dove il contratto è sussidiario all'autentica promozione umana e al bene comune.

La gratuità vera pone il soggetto di fronte all'altro: essa è sempre potenzialmente una ferita e, per questo suo insopprimibile rischio tragico, la modernità l'ha espunta dai mercati e dall'economia, accontentandosi di categorie più innocue e trattabili.²⁵ Il requisito della gratuità assume un particolare significato riguardo all'attività di volontariato che può essere colto solo in relazione al fine di solidarietà, il quale non è solo assenza di lucro (gratuità) ma esclusiva volontà di soddisfare interessi altrui.²⁶

Individuata la causa dell'agire del volontario nel fine di solidarietà, occorre riflettere sul rapporto che si instaura tra volontario e beneficiario. Un punto è certo: nessun contratto è concluso tra i due soggetti né la prestazione del volontario costituisce adempimento di una promessa unilaterale o di un'obbligazione naturale.²⁷ Il volontario ed il beneficiario di fatto non concludono alcun negozio con cui il primo si obbliga ad eseguire, per un tempo indeterminato, prestazioni di fare a favore del secondo, senza corrispettivo.

Sono evidenti le differenze tra l'attività di volontariato e l'obbligazione naturale: la prima è costituita da una serie di atti, che non assumono rilevanza in sé, ma solo in quanto collegati e ripetuti nel tempo o occasionalmente; la seconda, di contro, disciplinata dall'art 2034 cc., si risolve in un singolo atto compiuto in esecuzione di un dovere morale o sociale.

²⁵ In [http://www.aclitrentine.it/acli/images/aste/vita_cristiana/Bruni%20\(15_01_2010\).pdf](http://www.aclitrentine.it/acli/images/aste/vita_cristiana/Bruni%20(15_01_2010).pdf)

²⁶ Galasso A., Mazzaresse S., *Il principio di gratuità*. GIUFFRÈ, MILANO, 2008, p.261

²⁷ *Ibidem*, p.263

L'attività del volontario si può concretizzare in un comportamento dotato di una particolare efficacia giuridica: essa crea un "contatto sociale".²⁸ Dallo svolgimento dell'attività può sorgere in capo al destinatario un particolare affidamento, meritevole di tutela giuridica, costituente fonte di obbligazione ex art 1173 cc. Alla luce di ciò, sarebbe più calzante ricostruire l'attività di volontariato come possibile fonte di obblighi di protezione²⁹ potendo così ipotizzare un equo temperamento tra la posizione giuridica del volontario e la tutela dell'affidamento del beneficiario.

2.4. Volontariato e gratuità del lavoro

Chi da tempo studia il fenomeno del volontariato ed il suo ruolo ribadisce che « l'azione volontaria rappresenta ancor oggi una forma di partecipazione e di coinvolgimento diretto di grande importanza per la buona convivenza civile e per l'integrazione sociale », ma conferma il rischio, aggravato dalla scarsità delle risorse pubbliche e dalla crescita della domanda sociale, di un appiattimento del volontariato in una logica di mero servizio sostitutivo dell'intervento pubblico, di una chiusura autoreferenziale nel proprio campo di attività, di una incapacità di giocare in rete e di progettare e concertare con il soggetto pubblico le linee degli interventi. Soprattutto nel Mezzogiorno, ma non solo, l'appiattimento sull'erogazione dello specifico servizio e la perdita di ogni ruolo politico ed innovatore sono diventati realtà oggettiva. Ciò sarebbe dipeso da importanti mutamenti sul piano culturale: i principali codici dell'azione volontaria, la gratuità ed il dono, avrebbero perso i caratteri di valori guida e tipizzanti; le organizzazioni avrebbero sempre più assunto una fisionomia di tipo prevalentemente economico-impresoriale.

Come superare queste criticità? In sostanza, si chiede al volontariato di rimanere se stesso, anche nel nuovo contesto politico, economico e sociale. Si è osservato che " il volontariato italiano sta certamente operando in un contesto difficile caratterizzato da risorse pubbliche sempre più scarse a fronte di una domanda sociale via via crescente, resa più complessa dal sommarsi dei vecchi bisogni con i nuovi, prodotti dalla crisi economica, dalle trasformazioni socio-demografiche, dai difficili processi di integrazione dei migranti, dalla crescente fragilità delle famiglie e, più in generale, dall'emergenza educative".

²⁸ Si tratta di una figura elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per disciplinare tutti quei casi in cui si instaura una relazione tra due soggetti non nascente da contratto e che, nonostante ciò, generi vincoli obbligatori fondati sul generale principio della buona fede sancito dall'art. 1175 cod. civ.

²⁹ Gli obblighi di protezione sono una categoria elaborata dalla dottrina tedesca (Schutzpflichten) ma ormai recepita anche nel nostro diritto privato. Si allude con questa formula ad una serie di obblighi che incombono su ciascuna delle parti di un rapporto obbligatorio e che hanno lo scopo di mantenere intatta la loro sfera giuridica nei confronti di possibili invasioni lesive a causa o in occasione dello svolgimento del rapporto.

Per risolvere la sua crisi di identità, il volontariato deve evitare l'omologazione con ogni altro soggetto economico, pur appartenente al Terzo settore. Se un gruppo intende basarsi sulla gratuità delle prestazioni degli aderenti e sulla difesa presso le istituzioni e la politica dei soggetti più deboli, rimarrà legittimamente nell'ambito del volontariato, se, invece, pur intendendo perseguire finalità solidaristiche, punta a rendere una grande mole di servizi, con notevoli risorse economiche e grande utilizzo di personale professionalizzato e semi retribuito, dovrà dar vita a cooperative od imprese sociali.

Per le sorti del volontariato è, dunque, decisiva la chiarezza. Il proprium OdV è costituito, dallo svolgimento di attività volte ad attuare fini di solidarietà senza perseguimento di fini di lucro con la precisazione che la qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di lavoro subordinato od autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte ed inoltre, l'organizzazione si può avvalere di dipendenti o lavoratori autonomi esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento (l.266/91). Cooperative ed imprese sociali si distinguono, invece, per la possibilità di utilizzare volontari solo eventualmente ed in numero non superiore alla metà del numero complessivo dei soci.

Discussa è invece la questione per la quale le OdV avrebbero la possibilità di svolgere attività commerciale "normale" rimanendo iscritte nei Registri. Il volontario però assumerebbe così sempre meno le caratteristiche di un volontario.

L'attività degli appartenenti alle organizzazioni di volontariato può essere svolta con eteronomia o autonomia e l'assenza della controprestazione ne fa un esempio di lavoro gratuito. A partire dagli anni '60, tuttavia, gli studiosi hanno avvertito l'esigenza di porre dei limiti più precisi al lavoro gratuito, per evitare che mascherasse lavoro oneroso privo di normale retribuzione. In tal senso si è formato un orientamento condiviso anche dalla giurisprudenza in base al quale alla gratuità è stato attribuito carattere eccezionale, aggiungendo che essa possa essere affermata in base alla prova della presenza nel lavoratore di finalità ideali e non lucrative ovvero dell'esistenza di specifici elementi soggettivi ed oggettivi, quali il tipo e le concrete modalità del rapporto, la qualità e le condizioni economiche e sociali delle parti, le relazioni intercorrenti tra le stesse.

Il problema si è spostato poi sulla configurazione dell'attività di volontariato quale generante rapporti giuridici di natura patrimoniale; inizialmente si è ritenuto che essa fosse oggetto di un contratto atipico di lavoro gratuito e poi quale oggetto di nuovo contratto tipico; entrambe le ipotesi sono state ritenute infondate. Si è considerata fondata la soluzione secondo la quale l'attività di volontariato può essere configurata come adempimento del vincolo associativo che intercorre fra gli aderenti ad un'associazione di volontariato.

La spontaneità, gratuità e l'esclusiva finalità solidaristica dell'attività in questione hanno portato ad escludere che il volontario ed il beneficiario concludano

un negozio con cui il primo si obbliga a fornire al secondo prestazioni di fare ed a negare che un simile obbligo possa nascere da una promessa unilaterale o da una obbligazione naturale. Dall'attività del volontario può sorgere, in capo al destinatario, un particolare affidamento che produce un'obbligazione di protezione: Oggi, però, visti i reali problemi del volontariato, i pericoli sembrano quelli opposti, e cioè quelli derivanti da una eccessiva compressione della libertà in questione da parte di organizzazioni protese a svolgere tutti i servizi acquisiti in convenzione ed in difficoltà nel ricambio dei volontari, che finiscono, come già visto, ad omologarsi in non pochi casi ai dipendenti.

La ratio di voler qualificare il volontario in una organizzazione di volontariato sta nel fatto che i requisiti chiesti dalla legge per la configurazione dell'attività di volontariato e delle relative organizzazioni garantiscono, per così dire, la genuinità delle scelte.

Quando si esce da tali schemi diviene difficile poter provare la presunzione di gratuità, ma, anzi, dà adito a forti sospetti di frode. La Corte di Cassazione nel 2008 ha negato la qualifica di volontari ai membri di una associazione che svolgevano attività di ausiliari del traffico davanti alle scuole, percependo un rimborso spese forfetario: in tal modo la Corte ha ribadito che o si è lavoratori o si è volontari, non è ammesso il semivolontariato.

3. Le Organizzazioni di Volontariato e i CSV

3.1. Natura giuridica e scopo di CSV ed OdV

La legge delega alla riforma del Terzo Settore n. 106/2016 presenta profonde innovazioni rispetto alle caratteristiche dei cd. enti senza scopo di lucro. Questi ultimi, alla luce di quanto previsto dall'art. 4 c. 1 del D.M. 1997, avevano come scopo esclusivo quello di sostenere e qualificare l'attività di volontariato; oggi, con l'introduzione del CTS, si valuta se lo scopo da essi perseguito possa essere più ampio: infatti, non basta più l'assenza dello scopo di lucro come carattere fondante ma è importante che l'ente persegua finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Pertanto, quale che sia la loro forma giuridica e il loro scopo statutario, le OdV e i CSV non potrebbero legittimamente darsi come fine quello di distribuire utili di gestione ai propri associati; anzi, questi utili, qualora esistenti, dovranno essere impiegati per scopi come il perseguimento del bene comune e della coesione e protezione sociale.

Le OdV e i CSV iniziano a valorizzare l'idea di un volontariato collettivo quale «formazione sociale intermedia»³⁰, in cui interesse privato e interesse generale si incontrano nel costituire un efficace modello di allocazione di risorse private a favore di scopi di utilità collettiva; tutto ciò segna una sorta di discontinuità rispetto a quanto un tempo previsto dall'art. 2 della legge-quadro n. 266/1991³¹.

Nel tempo il modello associativo è risultato essere quello più idoneo «a garantire la democraticità della struttura, la centralità dell'elemento personalista rispetto alla caratura patrimonialista della fondazione»³², e in questo senso può essere letto, oggi, l'art 32 CTS il quale prevede che possano essere iscritte nel registro solo le OdV costituite in forma di associazione riconosciuta o non riconosciuta.

Il Codice prevede che le OdV accreditino i CSV, costituiti anch'essi in forma di associazione; al fine di incentivare la promozione della cultura del volontariato (art. 19 Codice), le organizzazioni vincolano l'impiego delle risorse conferite dal Fondo Unico Nazionale ai CSV al fine di sostenerne e qualificarne l'attività. Con la legge delega n. 106/2016 si inizia a parlare dei CSV quali enti strumentali delle OdV poiché la loro costituzione risulta adesso finalizzata a fornire supporto tecnico, formativo e informativo per rafforzare il ruolo e la presenza dei volontari nei diversi ETS. Quello delle OdV, nella governance dei CSV, è un ruolo diventato determinante in quanto impone obblighi e vincoli, nel rispetto e in coerenza a determinati indirizzi strategici³³, al fine di soddisfare gli interessi della collettività e i bisogni delle stesse OdV presenti nel territorio.

Parte della dottrina ritiene che la forma giuridica associativa non sia del tutto incompatibile con lo svolgimento di attività di impresa; nella sostanza lo statuto di un ETS, solitamente in forma di associazione non riconosciuta, può sì prevedere tra i propri fini “attività di impresa”, ma come “ente non commerciale” e non iscritto nel Registro delle Imprese: solitamente in tali casi i servizi potranno essere erogati a titolo gratuito mediante convenzioni e le eventuali entrate potranno divenire fonti di finanziamento per le stesse organizzazioni.

Nessuna disposizione statutaria può vincolare ad avvalersi di lavoratori dipendenti o autonomi; anche l'art. 33 CTS afferma che è facoltativo e permesso nei limiti necessari all'attività svolta servirsi dell'impiego di lavoro retribuito, tenendo

³⁰ Renna M., *Il volontariato: notazioni a margine del codice del Terzo Settore*, in Riv.di studi giuridici Ianus, n. 17/2018, p. 56.

³¹ Il legislatore del 1991 promosse il principio della neutralità della forma giuridica imponendo alle ODV il solo limite della compatibilità con lo scopo solidaristico: in linea di principio, le ODV potevano strutturarsi conformemente sia allo schema associativo, sia a quello della fondazione che, ancora, a quello del comitato

³² Costanza M., *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato*, in Riv. Il Corriere Giuridico, 1991, p. 1072.

³³ Fici A., *I centri di servizio per il volontariato dopo la riforma del Terzo Settore*. Intervento per Assovoce-World Cafè, 2017.

sempre a mente che gli eventuali ricavi non vanno mai spartiti tra associati ma reinvestiti per finalità interne agli enti stessi.³⁴

3.2. Il CSV come ente intermedio tra stato e individuo: tra principio di «autocontrollo» e intervento pubblico

La nascita del volontariato moderno coincide con la riforma del Welfare State avvenuta nella seconda metà degli anni '70 a seguito del decentramento delle competenze dallo Stato alle Regioni e ai Comuni³⁵, il che ha valorizzato il volontariato come risorsa complementare ai servizi pubblici. Più avanti, con la legge-quadro n. 266/1991, lo Stato ha riconosciuto l'attività di volontariato come espressione di partecipazione e ne ha promosso lo sviluppo salvaguardandone «l'autonomia» e aprendo scenari di compartecipazione con gli enti locali in modo diffuso nel Paese.

Alla luce della nuova riforma del Terzo Settore, in particolare in base all'art. 64 Codice, i CSV sono posti sotto l'autorità dell'O.N.C (Organismo Nazionale di Controllo), fondazione di diritto privato costituita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; quest'organo provvede a verificare la correttezza delle attività dei CSV e a ripartire le risorse tra CSV, con preciso intento di garantire una perequazione territoriale. La riforma non esclude che i CSV possano avvalersi di risorse diverse da quelle provenienti dal Fondo Unico Nazionale, liberamente percepite e gestite, secondo il principio di “autocontrollo degli E.T.S”, con specifico “fine di garantire un'uniforme applicazione della disciplina legislativa, statutaria e regolamentare”³⁶ sull'intero territorio nazionale; pertanto alcuni dei compiti fondamentali dei CSV non possono ridursi più a quelli di assistenza e supporto alle organizzazioni, ma vanno ricompresi anche quelli di aiuto a tessere relazioni e legami di coesione sociale e sviluppo locale. Si desume dal testo dell'art 6 CTS, il quale enuncia che gli E.T.S «possono esercitare attività diverse da quelle di cui all'art.5 [...]», che possano rientrare anche le attività imprenditoriali nel principio di autocontrollo degli E.T.S, «capaci di realizzare profitti, sia pure non destinati ad arricchire i componenti ma a promuovere attività “altruista” in favore di soggetti esterni».³⁷

Tra gli obiettivi del CSV, spicca quello della promozione del volontariato giovanile con l'istituzione di una rete educativa che coinvolga soprattutto gli istituti

³⁴ Fici A., *Natura giuridica e modelli organizzativi dei centri di servizi per il volontariato*, in Rapporto di ricerca Euricse (European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises), n. 012/15.

³⁵ Frisanco R., *Volontariato e nuovo Welfare. La cittadinanza attiva e le amministrazioni pubbliche*, CAROCCI ED., Roma, 2013.

³⁶ Art. 92 CTS.

³⁷ De Giorgi M. V., *Terzo Settore. Il tempo della riforma*, in Riv. *Studium Iuris*, 2/2018, p. 143

scolastici di secondo grado³⁸; infatti, il CSV studia appositi percorsi di introduzione e orientamento all'attività di volontariato per mezzo di un apposito "Sportello Volontariato" a cui rivolgersi per ricevere informazioni e supporto quando si decide di diventare volontari³⁹. Il fine di ricomporre il rapporto tra Stato e cittadini, o meglio tra Pubblico e Privato secondo principi di equità, efficienza e solidarietà sociale. In parte inizia ad essere «riconosciuto un crescente ruolo del Terzo Settore nella erogazione dei servizi di Welfare, inserendosi come soluzione al fallimento dello Stato e al fallimento del mercato in materia».⁴⁰

Il Terzo Settore, in questo contesto, sembra riuscire meglio ad offrire servizi meno standardizzati, più vicini ai bisogni dei fruitori e ai loro territori. È evidente come ormai siano molti gli spazi d'intervento lasciati vuoti dallo Stato a causa delle crescenti difficoltà nel rispondere prontamente agli elevati bisogni sociali. Il fatto che gli E.T.S in parte mantengano rapporti di integrazione progettuale e di valutazione su quelli che sono gli obiettivi da soddisfare insieme con lo Stato, è una importante manifestazione del grande paradosso che oggi riconosce l'operato privato come sussidio per l'ambito pubblico.

In definitiva è il Terzo Settore stesso ad individuare i bisogni da soddisfare e definire le aree di intervento e di ricerca di soluzioni, il tutto improntato al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio. Più nello specifico «le organizzazioni non profit operano dentro la società quali recettori di nuovi bisogni sociali, mostrando la loro capacità di cogliere molto prima delle Istituzioni malesseri e nuove necessità»⁴¹.

³⁸ Durante l'esperienza diretta avvenuta giorno 2 Novembre 2018 al CSV "dei Due Mari" di Reggio Calabria, sono state illustrate delle buone prassi ormai consolidate negli anni e che coinvolgono direttamente i giovani delle classi quarte di vari istituti scolastici della provincia. In particolare, presentando il format "*Scatti di valore*", strutturato in più fasi, partendo da attività teoriche con lo scopo di riconoscere in sé i valori fondanti che spingono ad introdursi nel mondo del volontariato, per poi approcciarsi, in un periodo determinato dell'anno, ad un'attività concreta di volontariato come, ad esempio, quella che si è svolta presso il reparto di pediatria dell'ospedale di Reggio Calabria.

³⁹ Per il Dott. Giuseppe Bognoni, Presidente del CSV di Reggio Calabria, «Il territorio ha bisogno di una realtà che sappia interloquire con le istituzioni» e per rispondere ai bisogni del volontariato «non si può più contare su quei "piccoli" contributi che le amministrazioni danno», ma i CSV devono trovare altri sostegni economici per le proprie attività come le già classiche azioni di consulenza legale o fiscale svolte all'interno degli stessi CSV regionali.

Alla luce di quanto detto dal Presidente, emerge che l'obiettivo ultimo è quello di costruire un nuovo *Welfare* partecipativo, fondato su una *governance* sociale e non più esclusivamente pubblica e caratterizzato da un più ampio processo decisionale e attuativo delle politiche sociali

⁴⁰ Bozzi L., *Terzo Settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*, in Riv. Contratto e Impresa, 4/2017, p. 1270.

⁴¹ Ferioli, *L'accreditamento dei servizi sociali ed il Terzo Settore: una nuova sfida per il mondo del non profit?*, in Riv. Areté, 1/2010, p.91.

4. Il volontariato nel *Common Law*

4.1. L'evoluzione storico-normativa del volontariato nella tradizione inglese

La storia del volontariato nel Regno Unito è la storia di una progressiva secolarizzazione e formalizzazione dell'azione volontaria⁴². Le prime fondazioni di beneficenza sono, infatti, molto antiche: come in altre parti d'Europa, dal desiderio di ricchi benefattori di contribuire al benessere della società aiutando i bisognosi, nacquero molte fondazioni la cui opera era volta alla soddisfazione dei bisogni primari dei soggetti più deboli.

Nella tradizione inglese delle organizzazioni prive di finalità lucrative, la *charity* è la forma giuridica più utilizzata. Mentre, colloquialmente, il termine *charity* si riferisce al concetto di aiuto ai poveri e ai bisognosi, in termini legali, l'essenza di tale concetto sta proprio nel perseguimento di scopi di pubblica utilità (*public benefit*)⁴³. Nel XVII secolo, l'Inghilterra stava attraversando un periodo di forte cambiamento e di turbolenze sociali ed economiche tali da rendere necessario l'emanazione di una serie di provvedimenti, tra i quali la prima legge sulle *charity*, applicata tutt'ora in Gran Bretagna, ossia il *Charitable Uses Act* del 1601, adottato da Elisabetta I, per garantire l'ordine del Paese.

Un anno importante fu il 1891, in cui il Giudice Lord Macnaghten, con la sentenza *Pemsel*⁴⁴, definì i principali scopi caritativi giuridicamente rilevanti

- *the relief of poverty*;
- *the advancement of education*;
- *the advancement of religion*;
- *other purposes beneficial to the community*⁴⁵.

Il *Charities Act* 1993⁴⁶ propose una definizione compiuta di *charity*: “any institution, corporate or not, which is established for charitable purposes and subject

⁴² National Report – United Kingdom in ec.europa.eu/citizenship/pdf/national_report_uk_en.pdf

⁴³ Il sistema normativo britannico è basato sul diritto consuetudinario (*common law*): la tradizione legale, sviluppata dai tribunali nei secoli, costituisce la legge. La legge sulle *charity* è fondata, infatti, su un sistema di principi costantemente applicato ed adattato dai tribunali e dalla *Charity Commission*, la quale, in materia, gode degli stessi poteri dei tribunali. L'unico vantaggio sta nel fatto che tale legge è in grado di adattarsi abbastanza velocemente ai vari cambiamenti che intervengono nel mondo delle *charity*, rinnovandosi in maniera organica.

⁴⁴ V. Causa C-498/03 “*Kingscrest Associates Ltd Montecello Ltd contro Commissioners of Customs & Excise*”, conclusioni dell'avvocato generale d'Almeida da Costa presentate 22 febbraio 2005

⁴⁵ “il soccorso ai poveri, la promozione dell'istruzione, la promozione della religione e taluni altri scopi utili alla collettività”

⁴⁶ In <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/10>

to the control of the High Court in the exercise of the court's jurisdiction with the respect to charities"⁴⁷. La legge espressamente esclude dalla definizione qualsiasi associazione ecclesiastica "except a corporate aggregate having some purposes which are not ecclesiastical in respect of its corporate poverty held for those purposes"⁴⁸. Qualche anno più tardi fu la volta del *Charities Act 2006*⁴⁹, il quale mantenne in vigore, modificandole, le precedenti leggi esistenti in materia (*Charities Act 1992* e *Charities Act 1993*)⁵⁰. L'ultimo progetto di legge, promulgato nel 2012, è il *Charities Act 2011*⁵¹, che stabilisce come tutte le associazioni di beneficenza in Inghilterra e Galles sono registrate e regolamentate; esso sostituisce la maggior parte delle *Charities Act* del 1992, 1993 e 2006, nonché l'intero *Recreational Charities Act* del 1958⁵².

4.2. Il ruolo del volontario

Lo status legale dei volontari nel Regno Unito è una questione, al contempo, interessante e complessa. Anzitutto v'è da dire che non troviamo una definizione statutaria di volontariato né tantomeno un atto legislativo che faccia esplicito riferimento alla figura del volontario; tuttavia nel *Police Act* del 1997 troviamo la definizione di volontario: "a person engaged in an activity which involves spending time, unpaid (except for travel and other approved out-of-pocket expenses), doing something which aims to benefit some third party other than or in addition to a close relative"⁵³. Anche nei sistemi di *Common law*, si pone il binomio volontario-lavoratore: tutti quei diritti, quali le pari opportunità, le norme sull'orario di lavoro,

⁴⁷ "qualsiasi istituzione, societaria o no, che è istituita a fini caritatevoli e soggetta al controllo della High Court nell'esercizio della giurisdizione del tribunale con riguardo alle associazioni di beneficenza"

⁴⁸ "ad eccezione di un aggregato aziendale avente alcuni scopi che non sono ecclesiastici rispetto alla sua povertà aziendale detenuta a tali fini"

⁴⁹ In http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/50/pdfs/ukpga_20060050_en.pdf

⁵⁰ Diviso in quattro sezioni, contiene, nella Parte Prima, per la prima volta in un testo normativo (statutory), una definizione giuridica di charity e dei suoi fini costitutivi (charitable purposes); nella Parte seconda, dedicata alla regolamentazione della charities, specifica competenze e funzioni della Charity Commission, organo di nomina governativa ma non dipendente da alcun ministero, con compiti sia di promozione dell'attività delle charities che di controllo sulla loro amministrazione e gestione. La Parte terza disciplina le modalità e le tipologie di finanziamento delle charities (funding), mentre la Parte quarta contiene disposizioni varie.

⁵¹ In <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/25/contents>

⁵² Commissione di beneficenza per l'Inghilterra e il Galles, "About the Charities Act 2011".

⁵³ "persona impegnata in un'attività che implica l'impiego di un certo lasso di tempo, non retribuito (eccetto viaggi e altri costi sostenuti dal singolo), facendo qualcosa che vada a beneficio di soggetti terzi, oltre ai parenti".

le ferie, le malattie ecc. sono previsti esclusivamente in favore dei lavoratori dipendenti; eppure, rientra tra le “buone pratiche” (quindi non vi è alcun obbligo legale in tal senso) estendere tali diritti anche ai volontari⁵⁴.

Sul punto si registra una certa confusione: coloro che sono senza lavoro e rivendicano l'assegno di ricerca di lavoro possono fare volontariato senza restrizioni, anche se ci sono alcune regole che devono essere rispettate. Anzitutto, i volontari disoccupati che chiedono l'indennità per persone in cerca di lavoro devono comunicare al *JobCentre Plus* la loro intenzione di intraprendere attività di volontariato⁵⁵. I volontari disoccupati, quindi, possono fare volontariato per il numero di ore che preferiscono, ma, per continuare a beneficiare dell'indennità, devono essere ancora alla ricerca di un impiego retribuito; nello specifico, devono essere disposti a partecipare ad un colloquio entro 48 ore e ad iniziare a lavorare entro una settimana dall'avviso.

Ancora, il *JobCentre Plus* deve essere informato sulle spese (tutte le ricevute devono essere conservate), sul denaro ricevuto in aggiunta alle spese (poiché questo è considerato guadagno) e su qualsiasi altra cosa (diversa dal denaro) il volontario riceva. A causa delle implicazioni che potrebbero esserci da un punto di vista fiscale, una questione chiave riguarda, infatti, la remunerazione e i benefici eventualmente ricevuti dai volontari; il *Volunteering England*⁵⁶ specifica nel “*Volunteers and the Law*” che se i volontari ricevono soltanto il rimborso delle spese, questo rimborso sarà esente da tassazioni, se, viceversa, ricevono una qualche forma di pagamento, questo sarà tassabile.

Un altro aspetto importante riguarda l'assicurazione e la sicurezza dei volontari. Il *Volunteering England* afferma che, indipendentemente dalla struttura legale dell'organizzazione, è importante che i volontari siano adeguatamente assicurati; ad essi si applica, infatti, quanto previsto dalla *Section 3* della “*Health & Safety at Work Act*” del 1974, la quale impone un dovere generale a ogni datore di lavoro

⁵⁴ Sebbene non vi sia alcuna legge sul volontariato nel Regno Unito, nel 2000 è stato adottato il “*Compact Code of Good Practice on Volunteering*”. Il Codice, rivisto e ripubblicato nel 2005 aveva quale scopo quello di riconoscere il valore del volontariato e stabilire iniziative al fine di consentire a un numero maggiore di persone di coinvolgersi in attività di volontariato, incoraggiandoli ad affrontare i vari ostacoli che, nel fare volontariato, si possono incontrare. Si è rilevato che uno dei principali problemi, che spesso i potenziali volontari si pongono, riguarda la “regola delle sedici ore” secondo cui il fatto di dedicarsi ad attività di volontariato per più di sedici ore settimanali, inciderebbe, per chi cerca lavoro, sul suo diritto a ottenere l'indennità prevista.

⁵⁵ Il *Jobcentre Plus* è la parte del Department for Work and Pensions che offre un servizio di supporto a chi si trova in età lavorativa nel Regno Unito. I servizi sono forniti in prima istanza tramite consulenti interni e telefonia. Possono essere fatte richieste per prestazioni lavorative, indennità di disoccupazione, di sostegno al reddito ecc. . I clienti hanno, poi, la possibilità di venire a conoscenza della esistenza di posti vacanti tramite il *Jobmatch* universale .

⁵⁶ **Volunteering England** fa parte del **Consiglio nazionale per le organizzazioni di volontariato (NCVO)** a seguito di una fusione del 1° gennaio 2013.

"to ensure, as far as reasonably practical, that persons not in their employment, who may be affected by their undertaking, are not exposed to risks to their health and safety" e "to give information as might affect their health or safety"⁵⁷. In particolare, è previsto che le organizzazioni con cinque o più dipendenti mettano per iscritto la loro linea politica in materia di salute e sicurezza; quelle con un numero minore di dipendenti, invece, non sono formalmente tenute a farlo ma sarebbe bene che anch'esse prendessero seriamente in considerazione tale possibilità.

4.3. Un confronto tra i sistemi

Volendo guardare dall'alto, sono tre i modelli di regolamentazione del volontariato in Europa⁵⁸:

- Il primo modello, al quale appartiene il Regno Unito, si risolve in una serie di consuetudini, pratiche ed autoregolamentazione
- Il secondo modello presenta, invece, una regolamentazione sparsa in varie leggi in base alla natura della disposizione (es. Lettonia, Polonia e Francia)
- Il terzo modello, al quale appartiene l'Italia, è il più utilizzato in Europa e si caratterizza per l'unitarietà della legislazione, pur presentando al suo interno delle varianti

L'appartenenza del Regno Unito e dell'Italia a due diversi modelli si spiega storicamente: il primo, come tutti i Paesi di *Common Law*, affonda le sue radici in una tradizione di diritto non codificato; il secondo, invece, come tutti i Paesi di *Civil Law*, basa il suo sistema giuridico sulla fonte legislativa.

La traduzione in termini normativi della figura del volontario risente di questa diversa formazione dei sistemi: anzitutto, nel Regno Unito (di cui sopra) non esiste una legge nazionale che disciplini lo *status* giuridico dei volontari, mentre nel nostro Paese, di recente, è entrato in vigore il Codice del Terzo Settore, che dedica una parte proprio a questa figura, senza contare che già la L. 266/1991 se ne era occupata; inoltre, mentre nel Regno Unito rientra tra le "buone pratiche" applicare ai volontari la disciplina prevista per i lavoratori, nel nostro sistema per questi soggetti sono previste discipline differenti; infine, mentre nel Regno Unito troviamo il *JobCentre Plus* che, tra le altre cose, svolge una funzione di controllo su ciò che il volontario dichiara di aver ricevuto (denaro e non), nel nostro sistema non esiste un ente unico preposto a svolgere questa funzione, essendo lasciato al volontario

⁵⁷ "di assicurare, per quanto possibile, che le persone esterne, le quali potrebbe essere interessate alle loro iniziative, non siano esposte a rischi per la loro salute e sicurezza "e" a fornire informazioni che potrebbero influire sulla loro salute o sicurezza".

⁵⁸ ECNL, *Volunteering. European practice of regulation*. 2014, pp. 6-14

il compito di dichiarare all'ETS cui appartiene, le eventuali spese sostenute, anche attraverso una mera autocertificazione⁵⁹.

Ebbene, da quest'ultimo confronto emerge da un lato una lacuna nel nostro ordinamento che potrebbe essere colmata prevedendo una struttura, al pari del *Job-Centre Plus*, che possa contribuire a ridurre il rischio di "frodi"; dall'altro si constata una sorta di confusione presente nel sistema inglese, data da una vicinanza della figura del lavoratore a quella del volontario.

Aldilà delle differenze dal punto di vista normativo, è, però, possibile riscontrare un punto di unione: l'uomo e la sua innata propensione verso l'altro⁶⁰.

⁵⁹ Gli enti non hanno a disposizione strumenti diretti per accertare la veridicità delle dichiarazioni loro presentate né tantomeno sono previste sanzioni di carattere penale nel caso di dichiarazioni mendaci.

⁶⁰ Secondo un'indagine sul volontariato e sulla beneficenza condotta dall'University of London (Helping Out), il primo dei benefici del volontariato, da una prospettiva individuale, è il senso di soddisfazione nel vedere i risultati. In <http://openaccess.city.ac.uk/2547/>

Capitolo III

TRA SUSSIDIARIETA' E DOVERE DI PROTEZIONE

1. Evoluzione storico-antropologica

Il termine sussidiarietà deriva dal latino *subsidium* e nella terminologia militare romana stava ad indicare le truppe di riserva che rimanevano dietro al fronte, pronte ad intervenire in aiuto alle corti che combattevano nella prima *acies*. Per capire cosa sia la sussidiarietà dobbiamo introdurre quattro concetti connessi: *necessità* (un intervento sussidiario per essere possibile deve essere necessario, se non c'è necessità non c'è sussidiarietà), *proporzionalità* (se intervengo in un campo non posso strafare, devo agire entro i limiti, cioè l'intervento deve essere proporzionale alla carenza), *cooperazione* (io non posso effettuare un intervento sussidiario se non c'è leale cooperazione con altri soggetti) e *differenziazione* (l'intervento sussidiario è differente a seconda del contesto, del luogo, a seconda che sia orizzontale, verticale o bidirezionale⁶¹).

In relazione alla sua applicazione sociale, i primi cenni di una riflessione su un principio analogo sono già presenti nel pensiero aristotelico e vengono poi ripresi e rielaborati da San Tommaso come elemento di una netta concezione del bene comune, come risultato di una pluralità di apporti in un contesto comunitario, solidaristico e non conflittuale, all'interno del quale alla personalità umana è offerta la possibilità di svilupparsi. Tuttavia, è solo nella dottrina sociale della Chiesa che la tematica della sussidiarietà trova la sua esplicita formulazione e la sua fortuna⁶², costituendo una tra le più costanti e caratteristiche direttive della stessa dottrina, secondo la quale «è impossibile promuovere la dignità della persona se non prendendosi cura della famiglia, dei gruppi, delle associazioni, delle realtà territoriali locali, in breve, di quelle espressioni aggregative di tipo economico, sociale, culturale, sportivo, ricreativo, professionale, politico, alle quali le persone danno

⁶¹ L'intervento sussidiario è dello Stato verso l'ente locale e del Pubblico verso il privato. Può però accadere il contrario, può accadere cioè che l'intervento sussidiario sia dell'ente locale verso lo Stato, sia del privato verso il Pubblico. In questo caso parliamo di sussidiarietà bidirezionale o rovesciata.

⁶² Il principio di sussidiarietà è stato per la prima volta proposto dall'enciclica *Quadragesimo anno* del 15 maggio 1931, con una formulazione ancor oggi considerata come classica e che merita quindi di essere testualmente citata. Dopo aver constatato come "per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni", l'enciclica afferma con forza che, anche in questa nuova situazione, deve "restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale" secondo il quale "siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare".

spontaneamente vita e che rendono loro possibile una effettiva crescita sociale. [...] In base a tale principio, tutte le società di ordine superiore devono porsi in atteggiamento di aiuto («*subsidium*») — quindi di sostegno, promozione, sviluppo — rispetto alle minori. In tal modo, i corpi sociali intermedi possono adeguatamente svolgere le funzioni che loro competono, senza doverle cedere ingiustamente ad altre aggregazioni sociali di livello superiore, dalle quali finirebbero per essere assorbiti e sostituiti e per vedersi negata, alla fine, dignità propria e spazio vitale. Alla sussidiarietà intesa in senso positivo, come aiuto economico, istituzionale, legislativo offerto alle entità sociali più piccole, corrisponde una serie di implicazioni in negativo, che impongono allo Stato di astenersi da quanto restringerebbe, di fatto, lo spazio vitale delle cellule minori ed essenziali della società. La loro iniziativa, libertà e responsabilità non devono essere soppiantate»⁶³.

Con Giovanni Paolo II, poi, il principio di sussidiarietà è diventato un motivo ricorrente sia nel suo magistero scritto e orale, sia nei documenti della Santa Sede, con enunciazioni che, pur mantenendosi nel solco delle precedenti pronunce, non sono prive di novità. In particolare, il principio viene posto in piena luce dall'istruzione della Congregazione per la dottrina della fede *Libertatis conscientia*, dove esso viene definito, insieme al principio di solidarietà, come "intimamente legato" alla stessa "dignità dell'uomo" e criterio fondamentale "per valutare le situazioni, le strutture e i sistemi sociali".

Nell'ordinamento italiano, invece, la sussidiarietà è stata inizialmente recepita dalla l. n. 59/1997 (cosiddetta legge Bassanini) e dalla l. n. 265/1999, per poi trovare la sua compiuta formulazione nell'art. 118, ultimo comma, della riforma del Titolo V della Costituzione che dispone: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale". È la cosiddetta *sussidiarietà orizzontale* che concerne i rapporti tra i cittadini – e le loro formazioni – e le Amministrazioni pubbliche, attribuendo alle prime la facoltà di svolgere una funzione pubblica⁶⁴.

Lo scenario sociale è quello di un *welfare mix* o plurale che, sulla base del principio di sussidiarietà, attribuisce agli attori in campo – stato, mercato, Terzo

⁶³ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, "Compendio della Dottrina sociale della Chiesa", FIDAE, pp.53-54.

⁶⁴ L'art. 118, co 1., Cost., disciplina, invece, la sussidiarietà verticale, stabilendo che le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (l. cost. n. 12/2004). La norma indica il comune quale ente «a competenza amministrativa generale», poiché organismo territoriale più vicino ai cittadini e in grado di rappresentare meglio le necessità della collettività. Tale sussidiarietà, quindi, esprime la modalità d'intervento – sussidiario – degli enti territoriali superiori rispetto a quelli minori, ossia gli organismi superiori intervengono solo se l'esercizio delle funzioni da parte dell'organismo inferiore sia inadeguato per il raggiungimento degli obiettivi.

Settore, famiglie e reti informali – responsabilità specifiche di intervento nel sociale, cioè nel perseguimento del benessere soggettivo e intersoggettivo. In questo scenario il Terzo Settore si configura come una modalità positiva e propositiva, attraverso la quale la società civile emerge con una sua propria cultura specifica, fondata su codici simbolici propri come il dono, la reciprocità, la fiducia, la solidarietà.

Ci si chiede tuttavia se l'enunciato normativo sia sufficientemente chiaro nella sua formulazione così da poter essere immediatamente applicato oppure richiede ulteriori interventi legislativi e regolamentari. Secondo alcuni studiosi, l'art. 118 Cost. si riferisce alla sussidiarietà in termini di "principio"; ed un principio, per divenire tale, necessita di regole che lo applichino nei diversi rapporti della vita concreta, non essendo le enunciazioni di principio, auto-applicative; secondo altri autori, invece, l'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost. non dipenderebbe dalle istituzioni ma dai cittadini, spettando ad essi l'iniziativa e la determinazione delle modalità d'attuazione del principio stesso.

L'affermazione di un nuovo paradigma di rapporti tra istituzioni e cittadini è un'operazione molto complessa perché implica una trasformazione sociale: non dovrebbe cambiare solo la Pubblica Amministrazione ed il suo apparato, ma andrebbe ridefinito il modo di sentirsi cittadini, di vivere la comunità.

2. Il volontariato tra sussidiarietà e solidarietà

Il volontariato è da sempre attore e alimentatore di sussidiarietà così come concepita dall'art. 118, ultimo comma, della riforma del Titolo V della Costituzione. Secondo Renato Frisano, ricercatore sociale, studioso di volontariato e Terzo Settore, «l'origine latina del termine "sussidiarietà" sta ad indicare due significati prossimi, ma distinti: essere pronti ad intervenire e intervenire per sostenere. Tutti e due questi significati convergono nella enunciazione costituzionale del principio che mette al centro i cittadini attivi – considerandoli una risorsa e non "sudditi" – e le cui azioni sono "produttrici di diritto" senza per questo sminuire il valore delle amministrazioni pubbliche che devono sostenerle nell'interesse generale. Il principio costituzionale, quindi, rinforza e ribadisce in modo assoluto e definitivo l'importanza dell'azione volontaria»⁶⁵. La sussidiarietà dà vita, così, anche «ad un modo nuovo di esercitare la sovranità popolare definito cittadinanza attiva, che completa ed integra le forme tradizionali della partecipazione politica e della partecipazione amministrativa»⁶⁶.

⁶⁵ Frisano R. – Fondazione Italiana per il Volontariato, *Sussidiarietà orizzontale: verso un rapporto corretto fra Pubblica Amministrazione e Volontariato*, XI Festa del Volontariato – Lendinara, 4 giugno 2005, pp. 2-3.

⁶⁶ Art. 1 della "Carta della Sussidiarietà" presentata alla prima Convenzione nazionale della sussidiarietà da Cittadinanzattiva, Roma 2004.

In altre parole, sussidiarietà orizzontale significa che le funzioni pubbliche, laddove è possibile e conveniente, devono poter essere svolte in via primaria dagli stessi cittadini, attraverso le loro formazioni sociali, opportunamente sostenuti dalle Amministrazioni pubbliche. Per tale motivo oggi, si parla più comunemente di “sussidiarietà circolare”⁶⁷, cioè l’iniziativa dei cittadini rafforza l’iniziativa pubblica e viceversa.

Sempre Frisanco, proseguendo nel suo saggio, afferma che «si può parlare di una valenza plurima del volontariato nel concetto e nella pratica della sussidiarietà; in quanto è per sua natura:

a) un soggetto che interviene direttamente e autonomamente sui bisogni e i problemi della comunità, pronto a rispondervi sia in termini di tutela che in termini di servizi;

b) un soggetto attivatore della partecipazione dei cittadini, perché se i cittadini non si attivano il principio di sussidiarietà rimane solo un’intenzione;

c) una forma di cittadinanza attiva che applica il principio di responsabilità. La motivazione ad operare non deriva tanto da un generico altruismo nei confronti degli altri quanto dal riconoscere elementi di interesse comune per cui vale la pena costruire relazioni, preservare e arricchire “beni comuni”⁶⁸;

d) un soggetto che rappresenta la cultura dell’interesse generale e ne rende possibile il perseguimento; non basta che i cittadini partecipino e che agiscano prendendo delle iniziative concrete, ma è necessario che lo facciano per conto di un “interesse generale”».

Il volontario e l’organizzazione di volontariato sono i più vicini interpreti dell’interesse generale perché operano a esclusivi fini di solidarietà. Da ciò ne deriva una duplice inscindibilità: la sussidiarietà è inscindibile dalla solidarietà e per questo si parla di “libertà solidale”; il volontario è inscindibile dalle OdV.

Stando all’art. 2 Cost.⁶⁹, solidarietà significa non solo adempiere a doveri obbligatoriamente imposti dallo Stato, ma più in generale agire per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza l’animo e l’agire umano, al di là del personale calcolo utilitaristico o dell’imposizione di un’autorità legalmente costituita; la solidarietà, quindi, si presenta sotto due aspetti complementari: come

⁶⁷ Essa si basa sull’esistenza di un rapporto di reciprocità tra i due soggetti per cui l’uno non può fare a meno dell’altro. Infatti, un volontariato che opera separatamente, senza interagire con i servizi pubblici, serve a poco e disperde le proprie risorse. Perché il volontariato possa assolvere ai suoi ruoli in maniera libera e compiuta è necessario che le istituzioni assolvano al loro ruolo di garantire i diritti fondamentali dell’uomo, art. 2 Cost., e di promuovere l’uguaglianza fra tutti i cittadini, art. 3 Cost.

⁶⁸ Frisanco R., *op. cit.*, pp. 2-3.

⁶⁹ “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

principio sociale in quanto può essere incorporato nelle Costituzioni nazionali, nelle Carte e nei Trattati internazionali e tradotto istituzionalmente nelle politiche di solidarietà sociale o welfare, e come *virtù morale* essendo la solidarietà un valore che deve ispirare l'agire reciproco dei cittadini, singoli o associati, specie nei confronti delle persone o dei gruppi in condizioni di disagio o di difficoltà.

Non a caso, nella Carta dei Valori del Volontariato⁷⁰, si afferma che «Il volontariato è esperienza di solidarietà e pratica di sussidiarietà: opera per la crescita della comunità locale, nazionale e internazionale, per il sostegno dei suoi membri più deboli o in stato di disagio e per il superamento delle situazioni di degrado»⁷¹. Tuttavia, sussidiarietà non significa che tutti possono fare tutto e che tutti possono sostituire tutti ma che tutti sono connessi in una rete di contributi in risposta ai bisogni e chi interviene con uno specifico servizio lo fa o perché ne è direttamente responsabile o perché è provvisoriamente sostitutivo e, in tal caso, mentre agisce determina le condizioni per il suo superamento. Sussidiarietà significa che «le convenzioni stipulate con il Pubblico debbono rispettare l'autonomia e la flessibilità del volontariato [...] Significa farsi carico dei bisogni e dei problemi, evitando di operare isolatamente e coordinandosi con le altre risorse singole e collettive»⁷².

Viene così configurandosi un sistema integrato pubblico-privato in cui non vi è più una netta distinzione tra i due soggetti e il primo diviene promotore e facilitatore della rete associativa e partecipativa; in questo scenario il ruolo del volontariato ne esce rafforzato soprattutto nella sua valenza educativa di soggetto che fa mobilitazione delle coscienze, diffonde solidarietà, chiama a raccolta i cittadini aiutandoli ad essere sovrani ovvero a partecipare.

3. La ratio del volontario: essere o dover essere?

La motivazione non è un fatto osservabile ma si esplicita nelle azioni, si legge nei comportamenti e nei risultati: nel caso del volontariato la motivazione che spinge il volontario è leggibile dall'attività che egli stesso offre. Ci si chiede se si può, però, dar per scontato che le motivazioni alla base di questo genere di attività siano sempre parasociali e se il volontario sia sempre spinto, solo, da un sentimento

⁷⁰ La Carta dei Valori del Volontariato nasce nel 2001 da una riflessione nazionale a cui hanno partecipato numerosissime organizzazioni, coadiuvate da esperti e studiosi. La Carta, attraverso un enunciato di 24 punti, descrive l'identità e le finalità comuni del volontariato italiano, ne afferma la preziosa testimonianza e ne ribadisce il carattere solidale. La Carta si compone di tre sezioni: la prima raccoglie i principi fondanti, la seconda è dedicata ai volontari e la terza riserva l'attenzione alle organizzazioni di volontariato.

⁷¹ Art. 6 della "Carta dei Valori del Volontariato".

⁷² Frisanco R., *op. cit.*, p. 7.

altruistico. Non è possibile stabilire precisamente cosa spinga una persona ad aiutare gratuitamente un'altra poiché le motivazioni possono essere di varia natura e cambiano da soggetto a soggetto. Le motivazioni possono essere: conscie e inconscie, semplici e complesse, transitorie e permanenti, di natura personale, culturale, religiosa e politica ma si possono individuare delle macro categorie, una rosa di motivazioni che possono spiegare questi comportamenti.

Nelle ricerche psicologiche che si sono occupate dell'argomento⁷³, il modello più conosciuto, che individua sei classi di motivazioni al volontariato, è quello "funzionalista" di Mark Snyder⁷⁴ e collaboratori; stando a questo modello, il volontario nel compiere attività di volontariato, è spinto da:

- Valori personali: esprime la presenza di interesse umanitario per gli altri;
- Comprensione: permette di mettere in pratica abilità, capacità e conoscenze che altrimenti rimarrebbero inesprese;
- Valori sociali: permette relazioni significative con gli altri;
- Carriera: permette di avere vantaggi per la propria formazione professionale;
- Protezione: protegge l'Io dai sensi di colpa per essere più fortunato di altri o per sviare l'attenzione dai problemi personali;
- Miglioramento: vengono utilizzate le risorse positive dell'Io per accrescere la fiducia in sé stessi e l'autostima.

Molti autori hanno però sottolineato, oltre all'interesse per il prossimo e alla volontà di aiuto, espliciti da motivazioni solidaristiche che spingono il volontariato, anche alcuni aspetti egoistici che motivano lo svolgimento di tale attività; in particolare Daniel Batson, psicologo sociale americano, distingue tra *interesse empatico*, come motivazione puramente altruistica, e *uno stato di disagio personale*, come motivazione egoistica, per placare il quale, ci si confronta con la sofferenza altrui. Un altro aspetto che può rientrare tra le motivazioni egoistiche è il riconoscimento sociale di cui gode il volontario: è plausibile pensare che, visto che l'attività di volontariato risulta agli occhi della società positiva e benefica, queste qualità vengano trasferite su chi effettua l'attività e quindi venga giudicato più positivamente e favorevolmente rispetto al resto della società. Sarebbe per questo plausibile pensare che il volontariato accresca quella parte della persona narcisista che si alimenta e trae benessere dai giudizi positivi e dagli elogi che vengono dalla

⁷³ De Felice S. "Psicologia e volontariato". In www.benessere.com/psicologia/arg00/psicologia_volontariato.htm

⁷⁴ Professore di Psicologia presso l'Università del Minnesota.

società. Madre Teresa di Calcutta affermava: “Se fai il bene ti attribuiscono fini egoistici, non importa: fa’ il bene”⁷⁵.

Restano, poi, da spiegare aspetti più impalpabili ma che costituiscono la linfa vitale dello spirito volontaristico e divengono perfino gli strumenti principali d’azione del volontario: stiamo parlando di moti dello spirito, di sentimenti tipici dell’Ego umano come la Compassione⁷⁶, la condivisione della sofferenza e delle emozioni di qualcuno.

Ci accorgiamo che esistono, dunque, motivazioni che rispondono ad una solidarietà vissuta come legame sociale del volontario (verso l’esterno) e motivazioni che riguardano, invece, aree intime della persona, come la ricerca di significato della propria esistenza, la scoperta del Se e la realizzazione della propria pienezza umana.

A conclusione della nostra trattazione sorge spontaneo porsi la seguente domanda: ciò che muove il volontario è un essere o un dover essere? Essere o dover essere sono i concetti che entrano in gioco all’interno della c.d. “legge di Hume” (anche detta problema dell’essere o del dovere essere), principio filosofico metaetico per il quale bisogna operare in ogni momento la distinzione e la separazione tra “ciò che è” e “ciò che deve essere”⁷⁷.

Il tema dei diritti trova da sempre un punto di congiunzione con quello dei doveri. La dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, all’art. 29 c. 1 e 2 afferma che: “Ogni individuo ha doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità. Nell’esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell’ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica”.

All’interno della problematica dei diritti umani, la correlazione diritto-dovere assume una connotazione specifica, meritevole di un’attenta valorizzazione: anteporre la dimensione del dovere a quella dei diritti significherebbe sottovalutare la natura di questi ultimi e il riconoscimento della dignità.

Nella società i diritti umani regolano i rapporti tra individuo e Stato e quelli tra individuo ed individuo, dunque quando parliamo di doveri facciamo perciò riferimento ad un duplice concetto: dovere dello Stato e dovere del singolo. Come individua l’art. 2 Cost. è lo Stato, infatti, che si assume per primo il dovere di garantire i diritti; i doveri dello Stato, differentemente da quelli del singolo, non sono doveri individuali ma doveri di una collettività politicamente istituita nei confronti del singolo. In questo senso i doveri dello Stato possono ricondursi a tre categorie

⁷⁵ Verso tratto dalla preghiera “Dai il meglio di te”.

⁷⁶ Dal latino (“compator = cum + patior”, soffro con).

⁷⁷ In termini formali nell’economia di un discorso vanno separate le proposizioni descrittive (ovvero che dichiarano ciò che una cosa è) da quelle prescrittive (ciò che deve essere).

principali: *rispetto*, impegno a rispettare i diritti umani; *protezione*, impegno a proteggerli quando sono minacciati da gruppi sociali; *promozione*, impegno a promuovere i diritti, a prendersene cura attivamente.

Il legittimo agire dello Stato non esclude però un'azione da parte del singolo. Martin Luther King, infatti, sosteneva che la domanda più insistente e urgente della vita è: “Cosa stai facendo per gli altri?”. L'azione di dare aiuto nasce da una sensibilità “matura” della persona, investe tutte le componenti della sua personalità, si configura come una decisione che rientra in un proprio piano di vita e, dunque, contribuisce a “dare senso alla propria esistenza”.

Tutti i cittadini dovrebbero avere, perciò, il “diritto” di fare volontariato.

Il tema dei diritti e dei doveri trova il suo punto di incontro nel concetto di responsabilità, di cui ne rintracciamo un immediato riferimento all'interno del fenomeno familiare. Secondo l'art. 315 bis cc, rubricato “Diritti e Doveri del figlio” (c.d. Statuto del figlio), infatti, il figlio non ha solo il diritto di essere mantenuto, educato e istruito dai genitori, ma anche il dovere di “rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa”. Correlativamente, l'art. 316 cc, così come modificato dal d.lgs. 154/2013, concerne unitariamente la titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale in rapporto a tutti i figli [...] L'istituto della potestà genitoriale è stato anzitutto rinominato come “responsabilità genitoriale” a testimonianza dell'intento di abbandonare anche terminologicamente il riferimento ad un concetto di soggezione che il termine potestà immediatamente evocava e di incentrare la disciplina, più che sull'aspetto dei diritti e dei poteri dei genitori nei confronti del figlio minore, su quello dei doveri di cura finalizzati al perseguimento degli interessi del figlio stesso»⁷⁸. Il termine: *responsabilità* deriva dal latino *respònsus*, participio passato del verbo *respòndere*, “impegnarsi a rispondere” cioè, in un significato filosofico generale, a qualcuno o a se stessi, delle proprie azioni e delle conseguenze che ne derivano.

Nell'area della responsabilità rientra anche la capacità del volontario di promuovere dei comportamenti indirizzati verso valori di fratellanza e solidarietà universale, e allo stesso tempo di combattere contro atteggiamenti individualistici e di esclusione verso il prossimo.

Il volontariato si impegna, quindi, al fine di rimuovere le cause di disuguaglianze economiche, culturali, sociali, religiose e politiche e concorrere così all'allargamento, alla tutela e alla fruizione dei beni comuni. Il volontario in certi casi diventa un appiglio e un'ancora di salvezza per chi si trova in una situazione di grande problematicità e si fa carico del bisogno che vede, dell'iniziativa che valuta necessaria; tuttavia, la sua attività non si limita alla denuncia ma avanza proposte

⁷⁸ Autorino G., *Manuale di diritto di famiglia*, GIAPPICHELLI ED. – Torino 2016, pp. 495-497

e, se è necessario, coinvolge anche i membri della sua comunità. Il senso di responsabilità, dunque, si esercita nei confronti della persona, della società, del territorio, dell'ambiente, dei beni culturali, di tutto ciò che concorre a creare una vita più liberante e più umana.

Conclusioni

L'indagine affrontata nel corso della trattazione ha preso le mosse da una domanda: ci si è chiesti cioè se il volontariato, possa essere inquadrato nella categoria dell'*Essere* o del *Dover essere* e se, nello specifico, all'interno del Terzo Settore, luogo in cui emerge la compresenza tanto del diritto pubblico quanto del diritto privato, una sintesi di tale rapporto possa avvenire all'interno della realtà del volontariato, ricompresa dalla Riforma del 2017. In particolar modo si è voluto verificare se il volontariato costituisca un "sotto-settore", in cui è possibile affermare la fusione tra il settore pubblico ed il settore privato. Per tentare di dare una risposta a tale quesito si è reso necessario, quindi, approfondire la conoscenza del fenomeno volontariato, quale realtà interna al Terzo Settore.

La ricerca ha portato alla luce una serie di spunti interessanti, in virtù dei quali è possibile affermare che il volontariato rappresenta, oggi, uno strumento particolarmente importante nell'ambito del nostro ordinamento, in grado di supplire spesso ad una serie di "mancanze" da parte dello Stato.

Come è stato affermato all'inizio del presente lavoro, quello che stiamo vivendo costituisce un periodo particolarmente delicato per il diritto, caratterizzato da un lato, dalla frantumazione del soggetto di diritto pubblico, dall'altro, da una espansione del soggetto di diritto privato. Per effetto della globalizzazione e del sopravvento dell'unione monetaria, anche i valori più alti sono divenuti oggetto di mercificazione. Specie dopo la nascita dell'Unione Europea, la sovranità è divenuta oggetto di trasformazioni decisive attraverso le quali la "grande dicotomia" pubblico-privato ha perso, via via, di significato. Lo Stato, divenuto soggetto tra soggetti, ha sentito in modo sempre più stringente - per "restare al passo" con una realtà dominata dal dio denaro - la necessità di delegare al privato materie che prima rientravano nell'ambito delle sue competenze. Lo Stato sociale, a questo punto, entrato in crisi, non è più in grado di fornire quei servizi di welfare che in passato avevano costituito una delle sue prerogative. Infatti, se in origine, era lo Stato che si faceva carico del superiore interesse della collettività, e il diritto privato era relegato nel regno dell'autonòmos, oggi, la situazione pare essersi invertita: gli strumenti del diritto pubblico sono messi al servizio del diritto privato; di converso, ciò che prima apparteneva al diritto pubblico è ora messo a disposizione del diritto privato. Tale dinamica in seno al volontariato emerge piuttosto chiaramente, fermo restando che esiste una tavola di valori condivisi che sorregge tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico.

Dal primo capitolo, il quale ha avuto come punto di partenza una breve ricostruzione delle origini del volontariato, è emerso come la società stessa si sia formata sulla base di relazioni che trovano il loro punto sorgivo nel dono. Non è un caso, infatti, che proprio nell'ambito delle prime comunità siano state rintracciate

quelle primigenie forme di scambio denominate tradizionalmente “baratto”, avente ad oggetto beni di consumo, il quale è stato soppiantato dall’introduzione del denaro. Accanto al tradizionale “baratto” abbiamo appositamente voluto collocare ciò che da noi è stato definito un “baratto umano”, tuttora rintracciabile all’interno del volontariato. Esso, infatti, si sostanzia in uno scambio che, pur non essendo monetario, genera comunque ricchezza: colui che dona riceve in cambio un *quid pluris* che lo spinge, naturalmente, ad accostarsi all’altro. Storicamente questa attenzione al bisogno del prossimo si è affermata con l’avvento del cristianesimo che, per primo, ha posto al centro la persona in quanto tale, elevata a “fondamento e fine” della vita sociale, portatrice di un valore così alto che il diritto non ha potuto fare altro che riconoscerla e tutelarla.

Il volontariato costituisce un modo di essere della persona nell’ambito dei rapporti sociali, un mezzo attraverso cui la stessa trova compimento e realizzazione. Da questo punto di vista, esso può essere sicuramente accostato al significato originario e originale del “lavoro”, il quale - come è emerso nel corso della ricerca - ha iniziato ad essere guardato come possibile strumento di realizzazione della persona grazie all’affermazione della regola benedettina “ora et labora”. Evidente è risultata la distinzione tra lavoro e volontariato con riferimento al fattore economico: mentre il lavoratore riceve un corrispettivo, il volontario presta il suo servizio in modo assolutamente gratuito (art. 17, c.5). Oltre alla retribuzione un secondo elemento discrezionale è rappresentato dal benessere, economico per il lavoratore, strettamente personale per il volontario. Nonostante tali differenziazioni immediate e per qualcuno scontate, ciò che è emerso nel corso della trattazione è, al contrario, una strana vicinanza tra “lucratività e non lucratività” all’interno del fenomeno volontariato. La Dott.ssa Poletto, Presidente della CDO – Opere Sociali, nel corso di un suo seminario, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell’Università Mediterranea di Reggio Calabria, ha affermato che il concetto di non lucratività non vuol significare assenza di denaro, quanto piuttosto che lo stesso denaro non viene “portato a casa” da parte di chi opera sul campo. Quanto dichiarato dalla Presidente ha confermato ciò che era già emerso a partire dalla L.266/1991 e confermato poi dallo stesso Codice del Terzo Settore: il primo aspetto da sottolineare ruota attorno alla domanda sul come sia possibile la compresenza del volontario e del lavoratore, all’interno delle Organizzazioni di Volontariato, ovvero di realtà la cui essenza risiede nella qualifica “non profit”. Il secondo, pertanto, conferma la presenza del mercato anche all’interno della realtà del volontariato.

Nel secondo capitolo la ricerca si è concentrata sulla riforma del Terzo Settore, concretizzatasi appunto nel CTS. Ci siamo soffermati sull’analisi dei tre livelli di cui il volontariato è composto: volontario, OdV, e CSV.

Guardando al primo e secondo livello, è possibile affermare che il volontario non possa operare singolarmente, ma solo tramite l'organizzazione cui appartiene. Tale previsione, già presente nella L. 266/1991 è stata ripresa nel CTS, il quale però, rispetto a questa, ha anche identificato la figura del volontario come singolo (art. 17 c. 2). Emerge pertanto una inscindibilità tra la figura del volontario e l'Organizzazione di Volontariato di riferimento, tanto quanto sussiste un rapporto inscindibile, in una prospettiva più alta, tra il Terzo Settore e gli enti collettivi.

Spostandoci verso il terzo livello, anche i CSV sono portatori di quella non lucratività, per la quale emerge il contrasto tra volontari e lavoratori, entrambi presenti all'interno dei Centri di Servizio. Che ciò stoni con la natura stessa di tale fenomeno è stato altresì confermato da un confronto tra il sistema di Common Law e quello di Civil Law in merito al ruolo del volontario. Tale raffronto ha riscontrato una lacuna nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade nel sistema anglosassone, circa la presenza di un Istituto (nello specifico trattasi del Job Centre Plus), che eserciti un controllo volto a limitare il rischio di frodi. Il che sottolinea l'inclinazione economico-fiscale già riconosciuta dall'ordinamento inglese.

Nel corso del terzo capitolo, infine, ci siamo soffermati sul principio di sussidiarietà, il quale ha trovato la sua compiuta formulazione nell'ultimo comma dell'art. 118 Cost. Esso ha dato vita ad una sorta di welfare mix che attribuisce ai protagonisti principali, Stato, mercato e Terzo Settore, il compito di collaborare al fine di perseguire il benessere individuale ed al contempo quello collettivo. In linea generale, il principio di sussidiarietà prevede l'esercizio delle funzioni pubbliche da una prospettiva più vicina ai cittadini. Evidente si mostra il collegamento immediato alla realtà del volontariato: il volontario e l'Organizzazione di Volontariato rappresentano sicuramente i più vicini interpreti dell'interesse generale. Non a caso, oggi, si parla più comunemente di "sussidiarietà circolare", proprio per sottolineare quel "concorso virtuoso" tra cittadini e istituzioni. Tuttavia, ciò che è nato e si è sviluppato come un concorso di funzioni da esercitare, da parte sia del pubblico che del privato, oggi manifesta tutta la carenza statale, in cui è lo stesso apparato a conferire ciò che potremmo definire una vera e propria delega in bianco nei confronti del privato, chiamato pertanto a riempire di contenuto gli stessi poteri attribuitigli implicitamente. È quanto emerso dall'interno del volontariato stesso, dove è il volontario, unitamente alle OdV, ad individuare il bisogno cittadino e a tentare di risolverlo. Ecco perché più che di sussidiarietà circolare, si è preferito parlare di una vera e propria "sussidiarietà invertita", in cui è il potere "dal basso" a sopperire alle carenze che si verificano "dall'alto".

Giunti a questo punto, risulta più chiara l'immagine di copertina: il volontario, costituendo *il trait d'union* fra lo Stato e la comunità, è posto in quella zona d'ombra (colorata in grigio) in cui è chiamato ad operare per soddisfare i bisogni della comunità, laddove lo Stato non se ne fa carico. Sebbene apparentemente ci sia

questa mano che sorregge il tutto, il vero peso è sorretto dall'uomo, nello specifico il volontario.

Indagando infine sulle motivazioni che spingono a compiere attività di volontariato, siamo giunti alla conclusione che, al di là di quelle meramente contingenti (che possono essere di natura altruistica, egoistica o spirituale), vi è un *quid*, un'invariante che accomuna tutti gli esseri umani: l'uomo è ontologicamente relazione, si muove perché spinto da un bisogno innato di donarsi all'altro. C'è, dunque, un continuo ritorno del dono dall'oggetto al soggetto, che nasce da questo *quid* innato.

Alla luce di quanto sopradetto, dunque, è possibile affermare che il volontariato costituisce quella realtà, interna al Terzo Settore, in cui si verifica quella sintesi tra settore pubblico e settore privato, che rintraccia il suo punto d'origine nell'uomo, quale *logos* del diritto. Il volontario “è” e non “deve essere”, non perché debba rispondere ad un qualche dovere morale, ma perché è la sua stessa natura, in lui insita, a spingerlo verso l'altro, possessore del suo stesso *quid*, del suo stesso *Logos*, del suo stesso oltre, che nell'altro⁷⁹ trova compimento.

Il volontario, dunque, svolge un'attività che è tipica del fare la quale si inquadra all'interno della solidarietà, la quale parte dalla biologia per poi spostarsi nel campo tipico dell'etica. La solidarietà biologica nasce dalla famiglia, il rapporto tra genitori e figli che è insieme diritti e doveri.

La solidarietà appartiene all'essere ma non basta per essere volontario, l'essere deve diventare un dovere attraverso la scelta della programmazione dell'atto di volontà altrimenti non rileva a livello giuridico. Perché c'è questa doverosità che deve appartenere necessariamente? Lo Stato non ha svolto il suo ruolo, perciò il dovere di quest'ultimo dovrà essere rintracciato nella realtà del volontariato, in particolare negli ETS. Da ciò si rileva come l'attività di volontariato non può essere svolta se non che attraverso l'ente. In caso contrario, si tratterebbe di un'obbligazione naturale non rilevante giuridicamente. Se l'atto di volontà è motivo, nel volontariato dobbiamo cercare la causa dell'atto: è difficile comprenderla perché è molto vicina ai motivi, deve esserci un qualche sistema di controllo e cioè il meccanismo che viene esplicitato dall'ente, tenuto a garantire che la promessa del volontario è fatta a quel fine, tant'è che controlla l'azione del volontario per garantire che tale promessa fatta sia mantenuta.

La causa del volontario è la volontà di fare del bene per gli altri e per sé; è proprio questa caratterizzazione a identificare la genesi della solidarietà biologica e anche l'evoluzione della solidarietà giuridica ed è proprio in quest'ultima che ritroviamo l'essere per l'altro. In questa visione, il volontariato “è” e non “deve

⁷⁹ L'espressione “l'oltre dell'altro” è del Prof. A. Gorassini. in A. Gorassini, *Lezioni di Biodiritto* (a cura di F. Tescione). Giappichelli 2008.

essere”: affermazione corretta, ma nel senso che il volontariato ciò che il volontario stesso ha scelto che deve essere.

GRUPPO II

Associazioni e fondazioni

Gruppo di lavoro:

Miriam Amaddeo, Giulia Arconti, Sara Bartolomei, Salvatrice Cantelli, Viviana Condò, Anna Iaria, Rita Idone, Pasquale Idotta, Consolata Labocchetta, Giovanni Labrini, Samantha Lessio, Marianna Loprevite, Francesco Marrara, Marco Papandrea, Picone Fabiola, Fortunata Pizzi, Francesca Porpiglia, Giuseppe Raffa, Gianfranco Romano, Davide Sabatini, Francesca Sartiano, Davide Scerra, Maurizio Scopelliti, Samuele Ventura

Tutor:

dott. Pasquale Cuzzola

Indice

CAPITOLO 1– *Introduzione*

- 1.1 Dal fallimento dello Stato e del Mercato all'ascesa del Terzo Settore
- 1.2 Associazioni e Fondazioni: confronto e coordinamento fra la disciplina del Codice del Terzo Settore. Il principio di sussidiarietà come chiave interpretativa dell'intera disciplina

CAPITOLO 2 - *Le associazioni e le fondazioni tra il Codice Civile ed il Codice del Terzo settore*

- 2.1 Attività e finalità degli Enti del Terzo Settore
- 2.2 Il riconoscimento delle associazioni e delle fondazioni
- 2.3 Le fondazioni e le associazioni: scioglimento e destinazione
- 2.4 Trasformazione, fusione e scissione degli Enti del Terzo Settore
- 2.5 Il Legislatore tra vecchi timori e nuove prospettive
- 2.6 La visione paternalistica dello Stato

CAPITOLO 3 - *Il principio di sussidiarietà*

- 3.1 Le radici profonde della sussidiarietà: la Dottrina Sociale della Chiesa
- 3.2 Unione Europea e principio di sussidiarietà
- 3.3 Il principio di sussidiarietà oggi
- 3.4 Il principio di sussidiarietà nel Codice del Terzo Settore
- 3.5 Applicazione pratiche del principio di sussidiarietà

CONCLUSIONI

Introduzione

1.1 Dal fallimento dello Stato e del Mercato all'ascesa del Terzo Settore

Prima di addentrarci in un'analisi della nuova disciplina sulle associazioni e fondazioni del Terzo Settore, è necessario inquadrare queste due strutture proprio in questa complessa realtà cercando di comprenderne la natura e le origini storiche. Per capire cosa sia il Terzo Settore e come questo si sia nel tempo sempre più affermato arrivando a rivestire un ruolo molto rilevante nelle società democratiche occidentali, bisogna partire dal fallimento storico del Welfare State e dal naufragio dell'idea liberale per cui il Mercato, perseguendo interessi individuali, sia in grado autonomamente di raggiungere la giustizia e l'efficienza sociale. Il concetto di Welfare State (o di Stato Sociale), nato nel 1942 in Inghilterra sulla base delle teorie di J. M. Keynes, capovolve la visione liberale dello Stato minimo portando ad affermare una concezione, a volte accusata di paternalismo, di Stato Sociale. Lo Stato, insomma, da regolatore minimo della vita socio-economica dei suoi cittadini diventa un vero e proprio operatore sociale assicurando cure mediche, scuola ed assistenza. Si tratta di un sistema in cui lo Stato promuove la sicurezza, l'assistenza, la previdenza e il benessere sociale ed economico; si parla di «*Stato imprenditore*» per indicare un'attività di carattere dirigistico (pianificazione e programmazione) volta a disciplinare la vita economica di tutti i cittadini⁸⁰. A partire dalla metà degli anni Sessanta lo Stato sociale entrò in crisi e si iniziò a parlare di «*Stato assistenziale*»⁸¹. La degenerazione del modello dello Stato sociale fu dovuta

⁸⁰ <https://alleanzacattolica.org/il-welfare-state/>

⁸¹ Il termine “Stato assistenziale” viene spesso usato per indicare una deriva negativa dello Stato Sociale che porta quest'ultimo ad erogare, in modo poco efficiente, una enorme quantità di servizi talvolta non totalmente indispensabili. Questo conduce ad un aumento incontrollato della spesa pubblica che può essere sostenuto solo attraverso un aumento del debito pubblico o della pressione fiscale. Questo fenomeno lo ritroviamo nel nostro paese dove nel 1960, secondo il Ministero di Economia e Finanze (vedasi. “*La spesa dello Stato dall'Unità d'Italia: Anni 1862-2009*”,

principalmente ad una inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato⁸² e un progressivo aumento della corruzione, della inefficienza e delle logiche burocratiche e clientelari all'interno degli apparati pubblici. La crisi dello Stato sociale in Italia venne fronteggiata, nei primi anni Novanta, attraverso la stagione delle politiche di liberalizzazione e privatizzazione, per cui l'interventismo statale – caratteristico dell'Italia del secondo dopoguerra - ebbe un notevole ridimensionamento. Ciò comportò l'acuirsi dei conflitti e delle diseguaglianze sociali ma fu anche il terreno fertile per tutte quelle esperienze che oggi possiamo giuridicamente, oltre che sociologicamente, definire di Terzo Settore, cioè i cosiddetti *enti intermedi*. Accanto al fallimento dello Stato però, negli stessi anni si assiste anche al fallimento del Mercato. Con tale espressione, forse troppo spesso enfatizzata ideologicamente⁸³, si fa riferimento al definitivo crollo sul piano teorico e pratico dell'idea dei mercati efficienti, cioè l'idea degli economisti classici della capacità del Mercato di autoregolarsi. Coerentemente con questa elaborazione teorica, negli ultimi decenni del secolo scorso si è assistito ad una forte spinta alla deregolamentazione, sul convincimento che l'attività normativa dello Stato possa costituire solo

2011), il rapporto tra spesa pubblica e PIL era del 30%, nel 1970 crebbe al 41% arrivando nel 1990 al 52%. L'insostenibilità di questa continua crescita di spesa pubblica nel lungo termine ha condotto ad un progressivo taglio, non sempre intelligente, della spesa pubblica con non pochi contraccolpi sulla qualità della vita dei cittadini soprattutto se appartenenti alle classi sociali meno agiate.

⁸²Papa Giovanni Paolo II, Enciclica *Centesimus Annus* 1991

⁸³ Questa precisazione sorge dall'esigenza di porre a vaglio critico quella che è divenuta una vera e propria retorica di demonizzazione del "mercato", termine omnicomprensivo con valenza più di capro espiatorio che nozione scientifica. L'impresa viene associata allo sfruttamento, il profitto all'accumulazione, il denaro a "nuovo" idolo, etc. Queste posizioni sembrano estremamente parziali e incapaci di cogliere a pieno il valore positivo delle dinamiche economiche. Lo stesso Papa Francesco, non esattamente allineato al pensiero dei poteri forti, non ha mai condannato il profitto in sé, ma solo se e in quanto non redistribuito. Da tempo gli economisti hanno superato la teoria dei mercati efficienti, ma invece di far saltare il sistema invocando o profetizzando la fine del capitalismo come sistema economico, si sono concentrati sull'individuazione di problematiche specifiche (come la diseguaglianza), dalla cui risoluzione può anzi sorgere un capitalismo più autentico e rinnovato. L'idea, insomma, non è quella di rigettare il capitalismo come sistema economico, ma semplicemente salvarlo da sé stesso. Fra tutti, si veda T. PIKETTY, *Il Capitale nel XXI secolo*, ed. Bompiani, 2014 e C. CROUCH, *Salviamo il capitalismo da sé stesso*, ed. Il Mulino, 2018.

un ostacolo alla libertà di iniziativa economica privata, se non addirittura la causa di inefficienze sociali. Nonostante questa idea fosse già da tempo messa in discussione in seno alla comunità degli economisti, fu con la crisi del 2007-2008 (che affonda le sue radici nell'esplosione della bolla dei *mutui sub-prime* negli Stati Uniti alla fine degli anni '90), che la reazione al cosiddetto neoliberismo fu massiccia e generalizzata, a partire dall'osservazione di una realtà caratterizzata dall'incremento della diseguaglianza, dei livelli di povertà per tutti i *left behind*⁸⁴ rispetto al fenomeno della globalizzazione.

Il *government failure* e il *market failure*, quindi, pongono le basi per un grande sviluppo dei cosiddetti enti intermedi che fanno della partecipazione e della cittadinanza attiva il proprio elemento peculiare e identitario, e che, svolgendo una serie di attività di rilevante interesse sociale, danno concretamente attuazione a quel processo di *rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana* (art 3, II c. COST.). Lo Stato in tal modo delega ad un altro attore sociale il compito di perseguire una pluralità ampia ed eterogenea di attività dirette alla soddisfazione dei bisogni della collettività. La necessità di un simile trasferimento di compiti è dovuta, però, non soltanto alla crisi della finanza pubblica e cioè al fatto che *lo Stato non ce la fa*, ma anche al fatto che il Mercato (termine generico che definisce il secondo tipico attore sociale, cioè i consociati considerati nella loro dimensione privatistica, normalmente organizzata nella

⁸⁴Gli economisti sono concordi nel ricondurre l'attuale rabbia sociale a cause molto più profonde del "semplice" scoppio della bolla degli strumenti derivati creati sulla spazzatura finanziaria (letteralmente junk bond) rappresentata dai mutui sub-prime diffusisi in USA a partire dagli anni '80 (peraltro a partire dall'idea che "la casa non si nega a nessuno"). Piuttosto, l'estrema pervasività della crisi da cui stiamo a fatica uscendo è effetto di un intreccio di fattori che riguardano non (sol)tanto la tendenza del Mercato a esplodere, quanto l'incapacità dello Stato-regolatore a prendersi cura della condizione dei propri conti pubblici oltre che dei bisognosi, che non sono soltanto i poveri in senso stretto, ma tutti coloro che per varie circostanze sono rimasti tagliati fuori dai benefici diffusi delle ultime conquiste sociali: rivoluzione tecnologica, globalizzazione, accesso alla conoscenza, etc.

forma dell'impresa) è anch'esso altrettanto incapace, autonomamente, di garantire non solo giustizia e equità sociale, ma neanche efficienza.

In questa precisa e duplice crisi va individuata anche la *ratio* economico-sociale del Terzo Settore, recepita poi nel diritto positivo; esso, infatti, va considerato come un complesso di realtà alquanto diversificate, ma accomunate dall'essere *terze*, cioè capaci di coprire il vuoto lasciato da un *pubblico* (primo settore) *che non può* e un *privato* (secondo settore) *che non sa, o non vuole*. Il Terzo Settore, quindi, diventa a tutti gli effetti coprotagonista della vita economico-sociale, ma nel far questo produce due effetti particolarmente pervasivi: da un lato modifica il sistema economico, dall'altro modifica sé stesso. Potremmo dire, forse, che mentre umanizza l'economia, mercantilizza l'umano. Sotto il primo profilo, "l'ideologia del Terzo Settore", si inserisce perfettamente nella nozione di Economia Sociale di Mercato. Tale concetto, per certi versi latente nel costituzionalismo di metà novecento, è formalizzato nel Trattato di Lisbona (art. 3, comma 3 TUE) e sta ad indicare un sistema economico alternativo tanto al liberismo deregolato (assimilabile alla famosa espressione "libera volpe in libero pollaio") quanto al socialismo collettivista⁸⁵. Si tratta di un modello vicino all'ordoliberalismo di matrice tedesca che pone contestualmente come obiettivi da raggiungere tanto i dogmi dell'economia classica (piena occupazione, concorrenza, stabilità dei prezzi, etc.) quanto interessi generali di rango costituzionale (come il progresso sociale e scientifico, la tutela dell'ambiente, la lotta alla discriminazione e all'esclusione sociale, la coesione e la solidarietà). Di converso, taluni⁸⁶ hanno sottolineato come questo stato di cose possa essere analizzato anche da un altro punto di vista, cioè quello della mercantilizzazione delle dinamiche sociali. Si osserva, infatti, come l'idea di un Terzo Settore responsabile delle sorti economiche di un paese e di conseguenza regolato rigidamente, sia l'effetto quasi inconsapevole della tendenza incancell-

⁸⁵ *Il diritto della concorrenza dell'UE di M. Libertini*

⁸⁶ M. Gorgoni, *Il Codice del Terzo settore*, ed. Pacini Giuridica, 2018, pag. 20

bile del Mercato a ricondurre alle regole dello scambio anche le relazioni interpersonali; come dire, insomma, tutto è economia, tutto è scambio, tutto è incontro/scontro di interessi individuali. In particolare, si rifiuta concettualmente l'idea che la cultura del dono, la categoria della gratuità, la dimensione dedizionale e associazionale possano essere inquadrati in una logica economicistica e istituzionalizzata come vorrebbe il Codice del Terzo Settore. Fondamentalmente, si è preoccupati dell'eventualità che la dimensione valoriale della disciplina del Terzo Settore venga attratta, e successivamente soppiantata, dalla logica dello scambio, inteso come *do ut des*, come principio dell'*homo oeconomicus*. Per comprendere meglio quanto stiamo affermando si pensi che ad oggi negli Stati Uniti il *Third Sector* impiega l'11% della forza lavoro contribuendo alla produzione, nel 2015, del 6% del PIL del paese (rispetto al 3% nel 1960). Quindi, senza tener conto del volontariato, si sta parlando di circa 5-10 milioni di impiegati a tempo pieno, una realtà che vale centinaia di miliardi di dollari all'anno. Si pensi solo che il settore *nonprofit* ha superato il formidabile complesso militare industriale degli States in termini di dimensioni già nel lontano 1993.⁸⁷ Ogni anno, sette americani su dieci donano ad almeno una causa caritatevole, in questo modo i contributi sono da due a venti volte più alti negli Stati Uniti che in altri paesi di ricchezza e modernità comparabili. La cultura filantropica del dono negli USA è in parte spiegabile con l'esigua rilevanza che in quel paese riveste il sistema di welfare state rispetto agli Stati del vecchio continente, dove molto spesso domina, piuttosto, una cultura di stampo statalista-assistenzialista che ha dunque rallentato talvolta l'ascesa di questa realtà. Insomma, paradossalmente dove lo Stato è socialmente meno presente, il Terzo settore prospera, crea ricchezza, posti di lavoro ed efficienza sociale. È anche vero, però, che in Italia, dove lo Stato è senz'altro molto presente, esistono (secondo gli ultimi dati Istat) 340mila organizzazioni non profit che impiegano 800mila addetti, per un giro d'affari complessivo di 64 miliardi di fatturato pari

⁸⁷ How Philanthropy Fuels American Success <https://www.philanthropyroundtable.org/philanthropy-magazine/article/how-philanthropy-fuels-american-success>

4,3% del Pil. Insomma, si teme che questi numeri mostrino esclusivamente come la collettività impegnata nel Terzo Settore sia semplicemente fatta di persone che, gloriandosi della vetrina dei principi, in realtà non siano mossi da altro che *business as usual*. Come vedremo nella conclusione, questa impostazione non è condivisibile su un piano teorico (cade il concetto tradizionale di profitto) quanto pratico (gli ETS sono effettivamente portatori di notevole impatto sociale).

1.2 Associazioni e Fondazioni: confronto e coordinamento fra la disciplina del Codice Civile e del Codice del Terzo Settore. Il principio di sussidiarietà come chiave interpretativa dell'intera disciplina.

Una volta presentato, in termini di premessa, l'orizzonte entro cui nuovi soggetti giuridici si muovono, è bene procedere con l'analisi di specifiche problematiche di ordine sistematico che riguardano le scelte, e le non-scelte, del Legislatore della riforma.

In primo luogo, la legge delega 106/2016 aveva fatto sperare in una revisione organica del Titolo II del Libro I, ma ad oggi questo obiettivo non sembra essere stato rispettato: sul piano del diritto positivo l'unica modifica tangibile è l'introduzione dell'art. 42 bis nel Codice Civile. Perché il Legislatore ha preferito definire nuove categorie di associazioni e fondazioni che si affiancano a quelle ordinarie, piuttosto che armonizzare la disciplina e prevedere un'unica nuova tipologia? La soluzione si ricava dalla consapevolezza del cambiamento della realtà socio-economica, oggetto di intervento da parte del Legislatore, il quale ha scelto di non cristallizzarla nel Codice Civile per evitare di comprometterne la (tutto sommato presente) coerenza interna, ma abbia piuttosto preferito relegarla ad una specifica fonte normativa sempre ridefinibile senza particolari conseguenze sul profilo sistematico? È pur vero, però, che gli ETS hanno delle specificità tali da richiedere una disciplina *ad hoc*, per cui l'esistenza di una disciplina generale (quella del Codice Civile) è comunque utile per ricomprendere le forme organizzative che non possono entrare nella nozione di ETS: si potrebbe parlare, allora, di *funzione*

residuale della disciplina codicistica come scelta razionale e sistematica comprensibile.

In secondo luogo, molti profili di criticità sono stati giustamente avvertiti con riferimento alla dinamica, in netta controtendenza rispetto al passato, di soggetti giuridici (le associazioni) che mentre fino alla Riforma si ponevano al riparo dal radar del controllo governativo operato attraverso la procedura del riconoscimento, adesso fanno a gara per porsi sotto l'ala della nuova disciplina attraverso l'iscrizione al Registro Unico del Terzo Settore, in larghissima parte allo scopo esclusivo di partecipare dei benefici, soprattutto di natura fiscale, che la qualifica di Ente del Terzo Settore riserva loro. Una questione ulteriore che si pone è, però, la seguente: cosa succede se una associazione già riconosciuta in base alla disciplina ordinaria del Codice Civile vuole essere riconosciuta come ETS? Si ha una automatica sostituzione di regime o si cumulano le due discipline? In quest'ultimo caso, una domanda che sorge spontanea è: *quid iuris* per le differenti cause di estinzione previste per le associazioni riconosciute e l'ETS?

In terzo e ultimo luogo, ci interroghiamo criticamente sulla relazione fra disciplina del Terzo Settore e Principio di Sussidiarietà. Come verrà ampiamente argomentato in seguito, la filosofia di fondo della disciplina si regge sull'idea che lo Stato intervenga solo se, e nella misura in cui, gli enti intermedi non siano in grado autonomamente di perseguire la soddisfazione dei bisogni collettivi. Questa idea viene motivata sulla base di un'asserita scelta per la collaborazione, una sorta di alleanza fra lo Stato e i privati in associazione fra loro, nel segno di unco-protagonismo nella vita economico-sociale. Siamo sicuri, però, che ciò non si traduca esclusivamente in un esercizio retorico buono per mascherare il vero motivo alla base di questa "delega di funzioni"? Segnatamente, non è che dietro l'ideologia della sussidiarietà si cela semplicemente l'incapacità dello Stato di garantire la soddisfazione delle esigenze della collettività, a fronte del su accennato *government failure*? Ma anche a non voler problematizzare l'impianto assiologico, ci si deve chiedere: la sussidiarietà funziona?

2. Le associazioni e le fondazioni tra il Codice Civile ed il Codice del Terzo settore

Le associazioni sono organizzazioni stabili di individui che si riuniscono per perseguire assieme uno scopo comune a condizione che lo stesso non sia vietato *ai singoli dalla legge penale* (art.18 Cost.). Si possono ricondurre all'interno delle formazioni sociali ex art.2 Cost., le associazioni, le quali rappresentano uno degli strumenti idonei al perseguimento della crescita della personalità dell'individuo, della partecipazione alla vita politica (art. 49) e a quella sindacale (art. 39), della professione del proprio culto (art. 19), in linea con il tipo di società pluralista che intende disegnare. Già il Legislatore del '42, annoverando tra le persone giuridiche private le fondazioni e le associazioni (riconosciute e non), realizzava una vera e propria dicotomia fondata sui seguenti requisiti: *requisito oggettivo*, inteso come patrimonio per uno scopo; *requisito soggettivo*, comune ad entrambe anche se punto focale delle associazioni. Si tratta di requisiti coesistenti in entrambe le figure, ma è differente l'attenzione posta sino ad ora dall'opinione propria dei giuristi, da tempo radicata nel mondo del diritto, dalla quale emerge la stessa definizione di associazione, intesa come "ente caratterizzato da un insieme di persone legate dal perseguimento di uno scopo comune", e di fondazione intesa, invece, come "patrimonio preordinato al perseguimento di un determinato scopo". Grazie alla Riforma del Terzo Settore, questa visione muta, tenendo presenti entrambi gli

elementi, senza alcuna prevalenza dell'uno o dell'altro.⁸⁸ Il Codice Civile li disciplina nel Libro I, Titolo II, mancando una regolamentazione specifica e distinta per entrambe. Questo fu uno dei motivi che diede luogo all'esigenza di attuare una riforma che potesse riordinare e razionalizzare una disciplina che risultava da un lato datata, dall'altro frammentaria.⁸⁹ Nelle associazioni è prevalente l'elemento personale, nelle fondazioni il patrimonio; lo scopo è interno per le prime, esterno per le seconde; la volontà, attraverso l'atto costitutivo, proviene dagli associati nelle prime, dal fondatore nelle seconde. A conferma di ciò, la previsione che la fondazione si possa costituire anche mediante un testamento, tipico atto unilaterale. La formalità prevista per entrambe le persone giuridiche è la costituzione mediante atto pubblico – comprendente atto costitutivo e statuto- ad eccezione delle associazioni non riconosciute che, al contrario, sono prive di personalità giuridica e non hanno un riconoscimento istituzionale; inoltre, non godono di autonomia patrimoniale perfetta, cioè, nel loro caso, non c'è separazione assoluta tra patrimonio dei membri e patrimonio dell'ente. L'ipotesi di revoca dell'atto di fondazione, vista la nuova disciplina introdotta per il riconoscimento, è ormai molto remota, poiché per l'art.1 del *D.P.R. 361/2000* il riconoscimento si ottiene, di regola, con l'iscrizione nel *registro delle persone giuridiche*, istituito presso le prefetture.

Inoltre, il Codice Civile del 1942 predispose due diverse forme associative: l'associazione *riconosciuta* e quella *non riconosciuta*. Inizialmente, quest'ultima ha avuto maggiore diffusione per arginare il pericolo di intromissioni dello Stato: i sindacati, per esempio, hanno fatto questa scelta pur nella consapevolezza che ciò avrebbe comportato la rinuncia «*alla possibilità di stipulare contratti collettivi di*

⁸⁸Si parla, infatti, di principio della “porta aperta” intesa come procedura di ammissione di nuovi membri, propria delle associazioni, e ora estesa anche alle fondazioni. Da qui il venir meno della centralità dell'ente patrimoniale a favore della valorizzazione anche di quello soggettivo e, dunque, la frantumazione dell'originaria e preminente distinzione, propria della visione del Legislatore del '42.

⁸⁹ Bozzi L., Terzo Settore: osservazioni a “prima lettura” su una riforma culturale prima che giuridica – *Contratto e Impresa*, n.4/2017.

*lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce».*⁹⁰ La nuova disciplina inerente gli enti del Terzo settore, attuata con d.lgs. 3 luglio 2017 n.117, comprende, identificandole come “*enti atipici*” (o “*sui generis*”), anche le fondazioni, conducendo ad una sostanziale equiparazione con le associazioni (riconosciute e non) e, superando l’originaria dicotomia, rende ancor più labili, se non del tutto inesistenti, i confini tra le due tipologie.⁹¹ Nel Terzo settore, la partecipazione degli associati alla realizzazione di uno scopo è considerata momento fondamentale, sia che si tratti della semplice unione intorno ad un’idea, sia che riguardi una partecipazione che dipende dall’esercizio di *prestazioni economicamente valutabili*. Invece, per quanto concerne le fondazioni, l’elemento costitutivo – che sino all’entrata in vigore della riforma attuata con legge delega 106/2016 era determinato per lo più dall’assenza dello scopo lucrativo – si orienta sul concetto di *utilità sociale*. Su quest’ultimo requisito si incentra l’intera disciplina del Codice del Terzo settore la quale diventa così il nucleo fondante sia degli enti elencati dall’art.4 (*enti nominati*), sia delle fondazioni inquadrate in questo contesto come nuovi enti specifici del Terzo settore e veri e propri enti atipici, parafrasando le parole dell’avvocato Poletti.

2.1 Attività e finalità degli Enti del Terzo Settore

Per essere qualificati enti del Terzo settore non basta essere fondazioni o associazioni *senza scopo di lucro* ma occorre svolgere in via esclusiva o principale un’attività di *interesse generale*: non si deve confondere lo scopo dell’ente con l’attività

⁹⁰ Torrente A., Schlesinger P., Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, ventunesima edizione 2013, p.150

⁹¹ Gorgoni M., Il Codice del Terzo settore commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017 n.117, Pacini giuridica, 2018. G. Ponzanelli p.1

che lo stesso svolge per realizzarlo⁹². Seguendo la normativa codicistica le associazioni - pur non avendo come obiettivo lo scopo economico - possono svolgere un'attività economica di scambio e/o produzione di beni e servizi non solo in via secondaria, ma anche in via principale, con la condizione essenziale che sia escluso il cosiddetto *lucro soggettivo*⁹³. Gli enti del Terzo settore si caratterizzano ormai quasi esclusivamente in ragione delle finalità perseguite e delle attività svolte: non basta semplicemente che le finalità non siano lucrative, ma è necessario che siano civiche, solidaristiche e di utilità sociale⁹⁴. Proprio questo requisito teleologico può essere considerato come quello che Falzea definisce “componente di valore dell'effetto” delle norme giuridiche⁹⁵, in questo caso delle norme della nuova disciplina. “È interessante capire lo stretto rapporto tra finalità e attività: la prima identifica l'ente ex ante, mentre nella seconda si può rintracciare quel *quid pluris* che contribuisce a spiegar meglio la nozione di Terzo settore: ciò che conta, concretamente, sarà l'attività svolta”⁹⁶. In considerazione della centralità dell'attività svolta, si pone la questione dell'invarianza strutturale.

Tuttavia struttura e attività non sono, da sole, sufficienti per identificare le ETS: sono entrambi elementi necessari da cui l'ente stesso non può prescindere nella realizzazione del suo scopo.

Seguendo la teoria di Falzea, siamo portati a concludere che, allo stesso modo in cui la componente di valore dell'effetto modella la componente di fatto dell'effetto, lo scopo civico, solidaristico e di utilità sociale dell'ente plasma la struttura e l'attività nei modi in cui queste maggiormente si attagliano alla suddetta finalità.

⁹² Torrente A., Schlesinger P., Manuale di diritto privato, Giuffrè editore, ventunesima edizione

⁹³ Non distribuzione tra gli associati degli utili eventualmente conseguiti tramite lo svolgimento di tale attività.

⁹⁴ Art. 4, Codice del Terzo settore, Decreto Legislativo 117/2017.

⁹⁵ Falzea A., Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Il dogmatica giuridica, Giuffrè editore, Milano, 1997

⁹⁶ Bozzi L., Contratto e Impresa Vol.33, n.4, 2017, p.1263

La disciplina sugli ETS ha lasciato in sospeso il discorso relativo alla riforma del Codice Civile inerente la struttura delle associazioni e le fondazioni adattandola, tuttavia, alla nuova disciplina del Codice del Terzo settore attraverso l'iscrizione al RUNTS. Dunque, le strutture invarianti sono sostanzialmente due:

- la *struttura dell'impresa*, la quale risulta essere in grado di realizzare un incremento patrimoniale;
- la *struttura soggettiva* delle associazioni e delle fondazioni non improntata al profitto.

In questa direzione si è espressa la Corte di Giustizia UE⁹⁷, secondo la quale non è la struttura dell'organismo ciò che lo rende qualificabile in termini d'impresa, bensì l'esercizio della sua attività in termini economici: il tema della struttura appare ridimensionato in favore di una valorizzazione dell'attività dell'ente⁹⁸. In ragione di ciò si può affermare che non interessa tanto la *distribuzione degli utili*⁹⁹, quanto lo scopo che l'ente si dà rispetto al perseguimento di alcuni interessi. Da qui, come precedentemente affermato, le associazioni e le fondazioni - pur rimanendo invariate nella loro forma - entrano a far parte della disciplina del Terzo settore insieme agli enti di cui all'art. 4 del Codice del Terzo settore.

2.2 Il riconoscimento delle associazioni e delle fondazioni

⁹⁷ Corte di Giustizia dell'UE, 14 settembre 2006 (in causa C- 386/04); 23 aprile 1991 (in causa C-41/90)

⁹⁸ Gorgoni M., *Il Codice del Terzo settore commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017*, Pacini giuridica, 2018, p. 123

⁹⁹ L'art. 8 del CTS enuncia: «il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale». Non si tratta di un divieto di divisione degli utili, bensì di un vincolo di destinazione sul patrimonio, il quale non integra ma è funzionale al perseguimento dello scopo.

Il sistema cosiddetto “*concessorio*”¹⁰⁰ era fondato (prima della riforma avvenuta con DPR 361/2000) sulla modalità di accesso all’acquisizione della personalità giuridica per mezzo del D.P.R. e, nell’ambito della provincia, tramite delega del governo ai prefetti¹⁰¹. Dunque, vi era la necessità di un *atto amministrativo* ad ogni singolo ente, che inglobava una piena discrezionalità da parte dell’autorità governativa (o regionale) e che valutava l’opportunità organizzativa ed il merito dell’operazione di privato.¹⁰² Questo orientamento e procedimento, a partire dagli anni ’90, iniziò ad essere accantonato in funzione di una sequela di aggiornamenti che - pur non essendo perseguiti tempestivamente in quanto riforme legislative di non semplice attuazione - perseguivano lo scopo di semplificare e rendere più celere la procedura posta alla base del riconoscimento, attribuendo tale potere non più all’autorità governativa, ma alla *pubblicità-costitutiva* ottenuta mediante iscrizione all’interno del registro delle persone giuridiche e nel Registro Unico Nazionale. Il passaggio dal sistema “*concessorio*” a quello “*normativo*” - in cui l’attribuzione della personalità giuridica viene effettuata per legge - muta profondamente la concezione di esclusività preposta nelle mani della burocrazia amministrativa che effettuava controlli di legittimità e di merito.¹⁰³ Il tutto culmina, infine, nel *D.P.R. 361/2000* il cui obiettivo era quello di predeterminare la scadenza e sollecitare le tempistiche previste per la procedura propria del riconoscimento, ovvero di puntualizzare i requisiti che lo condizionano¹⁰⁴.

¹⁰⁰ V. in part. F. GALGANO, *Riconoscimento della personalità giuridica e discrezionalità dell’autorità governativa*, in *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* n. 2/2004, 1969, I pag. 46 ss. (e poi *ID*, *DELLE PERSONE GIURIDICHE*, *In commentario del cod. civile a cura di A. SCALOJA e G. BRANCA* (art. 11-35), Bologna-Roma, 1969).

¹⁰¹ Ex art. 12 c.c. (abrogato): “Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica.”

¹⁰² Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n.3367 “*Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*”.

¹⁰³ ZOPPINI A., *Le Fondazioni: dalla tipicità alle tipologie. Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, Jovene, 1995.

¹⁰⁴ Art. 1 co. 3 DPR 361/2000: “*Ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell’ente*,

Quanto menzionato all'interno dell'art 1 del D.P.R. risultava essere in netto contrasto con il vecchio art.12 cod. civ. che di fatto venne abrogato. Si arrivò così al decisivo passaggio al regime “*normativo*” che designò l'effettivo riconoscimento delle associazioni, fondazioni ed altri enti di carattere privato grazie all'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche e istituito presso le prefetture.

In deroga al suddetto art.1 D.P.R. 361/2000, l'art. 22 del Codice del Terzo settore prevede una differente modalità di acquisizione della personalità giuridica, non più mediante l'iscrizione nel Registro delle Persone giuridiche, bensì nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore. Il riconoscimento ai sensi del Codice Civile delle associazioni e delle fondazioni non è speculare all'iscrizione al RUNTS: è vero, infatti, che, nella prassi, la gran parte degli ETS è rappresentata da associazioni non riconosciute. L'iscrizione a quest'ultimo non serve solo a qualificare l'ente quale «*ente del Terzo settore*» ma - nel caso di specie delle associazioni e fondazioni appartenenti al Terzo settore – a tenere in considerazione il criterio di patrimonialità: un *patrimonio minimo* di € 15.000 per le associazioni e di € 30.000 per le fondazioni.¹⁰⁵ Ciò rappresenta un'ulteriore deroga al D.P.R. 361/2000.

Il requisito patrimoniale si configura come un elemento peculiare per gli enti del Terzo Settore. La *ratio* della previsione del patrimonio minimo è strettamente correlata al perseguimento di determinate finalità, caratterizzate per il loro rilievo pubblico. Siamo portati a ritenere che, al contrario rispetto a quanto è previsto nel Codice Civile per le persone giuridiche di diritto privato che possono perseguire scopi che non hanno alcun rilievo pubblico, gli Enti del Terzo Settore svolgono attività che interessano particolarmente al Legislatore; proprio per questo rivolge

che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo.”

¹⁰⁵ Il Legislatore prefissando una somma ha voluto ovviare alla disomogeneità dei dati forniti dalla Regioni circa l'entità costituente il patrimonio adeguato. Gorgoni M., Il Codice del Terzo Settore commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017 n.117, Pacini giuridica, 2018 pag.211

particolari attenzioni al requisito patrimoniale. Tale patrimonio deve essere necessariamente adeguato al proficuo soddisfacimento delle finalità che gli Enti si prefiggono.

Di enorme rilevanza sistematica e di impatto pratico, è il *decreto correttivo* del Codice del Terzo settore – pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 10 settembre 2018 – il quale al *comma 1-bis*, ha inserito all’art. 22 l’acquisto della personalità giuridica da parte di associazioni e fondazioni del Terzo settore. Il *comma 1-bis* consente anche agli enti con personalità giuridica (già ottenuta ai sensi del D.P.R. 361/2000) di iscriversi al registro unico mediante la procedura di cui all’art. 22. In tal modo, si sospende l’efficacia della loro iscrizione presso i registri delle persone giuridiche di prefetture e regioni, con la conseguenza che l’unica autorità di riferimento diviene quella che tiene il registro unico nazionale del Terzo settore. A quest’ultima (e non alle prefetture) andranno ad esempio notificate le modifiche statutarie ai fini della loro approvazione. L’efficacia dell’iscrizione presso i registri delle persone giuridiche riprenderà vigore nel caso di cancellazione dell’ente dal RUNTS. Ricordiamo, tuttavia, che 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 (art.4 CTS). D’altronde, queste cinque famiglie costituiscono gli *enti nominati*, ai quali è dedicato il Titolo V del Codice del Terzo settore, con esclusione dell’impresa sociale la quale dispone di una disciplina a sé stante.¹⁰⁶

Il Codice del Terzo settore, appellandosi direttamente al Libro I del Codice Civile, ammette la possibilità di costituire associazioni (riconosciute e non), fondazioni ed altri enti di carattere privato diverso dalle società. In sostanza gli enti del terzo settore si possono suddividere in enti nominati (le particolari categorie di enti), enti atipici (associazioni, riconosciute e non, fondazioni) e altri enti di carattere privato (doppiamente atipici), categoria nella quale rientrano i comitati.¹⁰⁷ Da ultimo, con

¹⁰⁶D. Lgs. 3 luglio 2017 n.112

¹⁰⁷ Gorgoni M., Il Codice del Terzo Settore commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017 n.117, Pacini giuridica, 2018 p. 206-207

riferimento all'art. 14, Codice Civile che richiede l'atto pubblico per la costituzione di associazioni riconosciute, anche l'ente del Terzo settore che intenda conseguire personalità giuridica deve utilizzare l'*atto pubblico* per la sua costituzione. L'acquisto della personalità giuridica, ai sensi del Codice del Terzo settore, non rileva sulla distinzione tra associazioni riconosciute e non riconosciute tranne che per l'autonomia patrimoniale perfetta.

2.3 Le fondazioni e le associazioni: scioglimento e destinazione

Il Codice del Terzo settore all'art.49 assegna all'ufficio del Registro unico nazionale un potere di iniziativa in presenza di cause di *scioglimento* o *estinzione* dell'ente. La comunicazione, rivolta agli amministratori e al presidente del tribunale territorialmente competente, risulta strumentale alla procedura di liquidazione delle disposizioni attuative del Codice Civile (art.11). Trovandosi di fronte alla complessità dell'*iter* procedurale di estinzione degli Enti del Terzo settore, il Legislatore, disciplinando tale fase solo incidentalmente, ha riposto la propria attenzione sul deferimento nel caso di perdita della qualifica di ente nel Terzo settore. L'ufficio del Registro, nei casi di *estinzione* o *scioglimento*, si aggiunge ai soggetti legittimati a sollecitare il presidente del tribunale per la nomina dei liquidatori: non devono rimanere iscritti tutti gli enti che non sono in attività o per i quali la stessa sia impedita. Chiusa la procedura di liquidazione, il presidente del tribunale provvede alla *comunicazione* presso l'Ufficio del Registro per la conseguente cancellazione dell'ente. Il provvedimento di cancellazione, ai sensi dell'ultimo comma dell'art.50, è impugnabile dinnanzi al TAR.

Il Codice del Terzo settore, all'art. 25 comma 1 lett. h, sancisce che l'assemblea delle associazioni, riconosciute e non, «*delibera lo scioglimento, la trasformazione, la fusione o la scissione dell'associazione*». Il comma 3 dello stesso articolo attribuisce le stesse competenze all'organo assembleare o all'organo di indirizzo delle fondazioni del terzo settore. L'art. 22 comma 5, invece, prevede per gli *enti*

personificati l'obbligo dell'organo di amministrazione – in caso di inerzia, l'organo di controllo – di convocare l'assemblea dell'associazione per deliberare lo scioglimento qualora il patrimonio minimo sia diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite: in poche parole è stata introdotta una nuova causa di scioglimento dell'ente nel caso in cui si verifichi la riduzione del patrimonio. La ricostituzione del patrimonio minimo non pare adattarsi alla fondazione. La fondazione si estingue per le *cause* previste nell'atto costitutivo e nello statuto ovvero quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile. Tuttavia, quando lo scopo è esaurito, è divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa può dichiarare estinta la fondazione quindi provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore. Il Legislatore enuncia, in ultima istanza, sia il *divieto di ripartizione degli utili* – in relazione agli enti dotati di personalità giuridica – sia la *destinazione del patrimonio* in assenza di scopo di lucro (art.8 CTS), nonché l'obbligo di *devoluzione del patrimonio* in caso di estinzione e scioglimento (art.9 CTS).

2.4 Trasformazione, fusione e scissione degli Enti del Terzo Settore

La legge delega 106/2016, almeno nelle intenzioni del Legislatore, avrebbe dovuto implicare una riforma globale della disciplina del Terzo settore così come presentata all'interno del Codice Civile. La suddetta legge delega, nonostante i buoni propositi, non riuscì completamente nell'intento riformatore o quantomeno non con degli interventi organici da cui trasparisse una comunanza di obiettivi. Allo stato attuale, l'unico intervento degno di nota sembra essere l'introduzione dell'*art. 42 bis* del Codice Civile operata dall'*art. 98* della legge delega. Quest'ultimo presenta la particolarità di modificare direttamente la disciplina contenuta nel

Codice Civile introducendo l'art. 42-bis rubricato «*Trasformazione, fusione e scissione*». ¹⁰⁸ Risulta, però, pregiudiziale la mappatura della valenza normativa ascrivibile allo stesso, che al primo comma è circoscritta agli enti del titolo II del libro I del Codice Civile, mentre al quarto comma sembra estenderla agli Enti del Terzo settore, evocando il relativo Registro.

2.5 Il Legislatore tra vecchi timori e nuove prospettive

Il Legislatore, consapevole della mutevolezza della realtà socio-economica, ha scelto di non cristallizzare la materia degli ETS nel Codice Civile. Piuttosto ha preferito dedicarle una specifica normativa - sulla scia delle c.d. *leggi a prova*¹⁰⁹- sempre ridefinibile senza particolari conseguenze sul piano sistematico. A riprova di ciò, l'art. 5 della Legge delega 106/2016 “riordina” in un unico elenco le attività consuete del *no profit* (dalla sanità all’assistenza, dall’istruzione all’ambiente), ne

¹⁰⁸ Si registra un'applicabilità più ampia della norma codicistica che riguarda non solo le associazioni e le fondazioni citate nell'art. 3, comma 1, lett. e) della legge delega 106/2006 la quale indica principi e criteri direttivi riguardanti le operazioni straordinarie. Le operazioni straordinarie oggetto di disciplina sono la trasformazione, fusione e scissione. La *trasformazione* consiste nell'adozione di un tipo sociale diverso da quello originario ovvero nel mutamento dello scopo dell'ente o della società. In quest'ultima ipotesi si verifica una “*trasformazione eterogenea*”. In realtà considerando la trasformazione tra enti del Terzo Settore, l'attività dovrà comunque rimanere tra quelle di interesse generale elencate all'articolo 5 del D. Lgs. 117/2017, caratterizzate dall'assenza dello scopo di lucro. Dunque, la dizione “*trasformazioni reciproche*” sta ad indicare che la norma non si applica alle trasformazioni eterogenee. La trasformazione poi è detta “*diretta*” poiché la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto un'operazione consentita la *trasformazione omogenea*, dunque il mutamento del modello organizzativo del gruppo sociale, il quale comporta la sola modificazione dell'atto costitutivo per eliminare gli elementi in contrasto con il nuovo tipo di soggetto previsto. Da ciò deriva la continuità del soggetto trasformato e dell'attività svolta. La fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società o mediante l'incorporazione di una o più società in un'altra (c.d. società incorporante). Non c'è ragione di escludere che si possa operare a norma dell'articolo 2501 del Codice Civile e con le forme ivi previste. Le scissioni sono estranee alle previsioni della legge delega, ma sono disciplinate all'articolo 42-bis insieme alle fusioni.

¹⁰⁹ Una legge che prevede un revisione della materia con cadenze di tempo prestabilite, per permettere un eventuale adattamento della stessa ai mutamenti che potrebbero intervenire nella realtà.

aggiunge alcune emerse negli ultimi anni (*housing*, agricoltura sociale, legalità, commercio equo ecc.) e prevede la possibilità di un eventuale aggiornamento a cadenza triennale. Analizzando l'operato del Legislatore, emergono differenti ragioni a sostegno di questa scelta normativa: *in primis* il Codice Civile è connotato da una spiccata stabilità normativa, la quale è conseguenza del retaggio culturale tipico degli ordinamenti di *Civil Law*¹¹⁰. Il Legislatore del '42, sotto l'influenza del *Code Civil* del 1804, aveva trattato la materia in modo marginale finendo esclusivamente per rimarcare la profonda differenza che intercorre tra questa realtà ed il mondo produttivo-imprenditoriale del Libro V¹¹¹. Oggi assistiamo ad un mutamento di prospettiva: sulla scia di quanto affermato dal Consiglio di Stato «*cambia [...] l'idea di codificazione [...] Si è in una fase storica nella quale all'idea regolativa del Codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore. Le codificazioni incentrate sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile stanno, quindi, lasciando spazio a microsistemi ordinamentali, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, ma improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica*»¹¹². Si comprende adesso perché il Legislatore non abbia provveduto ad attuare quanto si era proposto inizialmente nella Legge Delega, revisionando la disciplina del Titolo II del Libro I del Codice Civile. Infatti, l'unica ingente modifica è individuabile nell'introduzione dell'art. 42-*bis*. Ai sensi di chi scrive, tale reticenza è sintomatica di un latente timore reverenziale che il Legislatore nutre nei confronti della struttura del Codice, un monumento del diritto moderno. Ciò nonostante, il Codice del

¹¹⁰ Sebbene taluno non sia d'accordo: "Riguardo alle esperienze di *civil law* basterà ricordare come nessuno creda più che il codice civile sia la cifra riassuntiva di tutti gli elementi strutturali del sistema giuridico." A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati* terza edizione, 2017, UTET giuridica, pag.35

¹¹¹ È per tali ragioni che ciò che noi oggi chiamiamo Terzo settore è stato rappresentato come "un figlio illegittimo della codificazione francese".

¹¹² Parere della Sezione consultiva del Consiglio di Stato, emesso nell'Adunanza del 14 febbraio 2005, sullo schema di decreto legislativo recante: Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni. Codice delle assicurazioni

Terzo settore non disciplina la materia solo dal punto di vista privatistico ma coinvolge una varietà di settori (diritto amministrativo, tributario, commerciale, ecc.). Si comprende così la scelta di dedicare alla disciplina uno spazio legislativo proprio a garanzia di una maggiore organicità e sistematicità alla materia. Tuttavia, tale prospettiva rischia di essere riduttiva poiché il Legislatore, conscio dei propri limiti, decide consapevolmente di non osare prendendo una posizione decisa trattandosi di una materia ancora *in fieri*.

2.6 La visione paternalistica dello Stato

Occorre soffermarsi sulla mentalità che ha guidato, da un lato, il Legislatore del Codice Civile del 1942, dall'altro, quello del Codice del Terzo settore, con particolare riferimento al profilo del riconoscimento e, quindi, all'acquisto della personalità giuridica e alle implicazioni che esso comporta. Il pensiero liberal-ottocentesco guardava con diffidenza al fenomeno degli enti *senza finalità economiche* poiché i corpi intermedi erano considerati come un ostacolo a quel rapporto diretto tra cittadino e Stato. Inoltre, era diffuso il timore che l'accumulo di patrimoni immobiliari nelle mani di organizzazioni non lucrative potesse risolversi in un loro inefficiente uso, con conseguenze negative sul piano del benessere collettivo e dello sviluppo economico.¹¹³ Il Codice Civile del 1942 era ostile nei confronti degli enti intermedi¹¹⁴ e ciò spiega il permanere di un disegno politico volto a contenere e controllare il fenomeno associativo. Il nostro Codice, figlio del precedente

¹¹³Torrente A., Schlesinger P., Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, ventunesima edizione, p. 147-148

¹¹⁴Ponzanelli G., autori vari in Gorgoni M., Il Codice del Terzo Settore commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017 n.117, Pacini giuridica, 2018, p.1

Codice del 1865, anche per questo aspetto può dirsi influenzato dal Codice napoleonico.

Tuttavia le idee ispiratrici delle varie codificazioni erano in parte diverse.

Gli sforzi di Napoleone, per quanto concerne il *Code* del 1804, erano tesi a rafforzare l'entità dello Stato francese: tale istituzione aveva subito durissimi colpi con la Rivoluzione francese che aveva abbattuto l'*ancien régime*, con il Terrore robesperriano e il fallimentare tentativo di "governo costituzionale" ad opera del Direttorio. Tali sforzi non furono vani: il *Code Civil des Français* riflette infatti l'aspetto fondamentale di un potere politico fortemente deciso ad una codificazione di regole d'insieme a carattere non casistico, non frammentario, non provvisorio. È solo con questa forza capillare che lo Stato può vantare un rapporto diretto, altrettanto forte, con il cittadino, senza l'intermediazione di "formazioni sociali" che ne avrebbero diminuito il potere. Nel codice napoleonico dunque, l'avversione colpiva il fenomeno associativo inteso nella sua globalità.

Il codice del 1942 appare, invece, parzialmente più liberale e pluralista rispetto alle istanze "stataliste" napoleoniche.

Seppur in pieno regime fascista, si è riusciti ad andare oltre la tradizionale diffidenza verso tutti i corpi intermedi: solo quelli che si fossero sottratti al riconoscimento - e di conseguenza al controllo statale - avrebbero "meritato" l'ostilità della struttura fascista. Tale riconoscimento, sostanzialmente rimesso, nell'originaria impostazione codicistica, ad una valutazione discrezionale dell'autorità governativa, avrebbe fatto acquisire all'ente una posizione giuridica più favorevole rispetto a quello non riconosciuto. Infatti, solo agli enti riconosciuti erano accessibili gli acquisti *mortis causa* (art.600 c.c.), a *titolo di donazione* (art.786 c.c.) e quelli *immobiliari* seppur subordinatamente all'ottenimento di *autorizzazione governativa* (art 17 c.c.). Tale sistema era finalizzato ad assoggettare gli enti collettivi al controllo pubblico, mentre gli altri avrebbero avuto una posizione marginale.

Il Legislatore, tenendo conto della mutata realtà sociale, ha parificato la disciplina dell'associazione (riconosciuta e non) con la L. 127/1997 la quale, all'art. 13 stabilisce che *“l'art. 17 del cod. civ. e la legge 21 giugno 1896, n. 218, sono abrogati; sono altresì abrogate le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni.”* In questo modo vennero abrogati sia l'art. 17 sia gli articoli 600 e 786 del Codice civile, permettendo così alle associazioni non riconosciute di effettuare liberamente qualsiasi tipo di acquisto.¹¹⁵ Fino a tale intervento, si profilava un meccanismo volto alla concessione di benefici - di natura patrimoniale - in cambio di un'ingerenza nella struttura associativa. Il Codice del Terzo settore prevede una serie di *benefici* sia di natura patrimoniale (ad esempio art. 71) che fiscale (ad esempio art. 81) per gli enti che si iscrivono al RUNTS. In tal senso, l'art. 93 del D.lgs. 117/2017, prevede un controllo, particolarmente incisivo, finalizzato ad accertare:

- a) La sussistenza e la permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore;
- b) Il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche di utilità sociale;
- c) L'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore;
- d) Il diritto di avvalersi dei benefici anche fiscali e del 5 per mille derivanti dall'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore;
- e) Il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite.

Alla luce di ciò, resta ancora il dubbio se lo Stato con queste agevolazioni voglia davvero incentivare la formazione di tali enti oppure, attraverso il previsto controllo, intenda ancora esercitare un'influenza strisciante che riprenda il meccani-

¹¹⁵ Torrente A., Schlesinger P., Manuale di diritto privato, Giuffrè editore, ventunesima edizione, p. 157

smo disegnato inizialmente con il Codice civile del 1942. D'altronde, con l'introduzione del Codice del Terzo Settore è stato precisato che le forme organizzative previste dal previgente Codice Civile possano operare come Enti del Terzo Settore solo ed esclusivamente nel momento in cui vengano riconosciute ed iscritte nel RUNTS. Ad oggi, le associazioni non riconosciute non trovano spazio in questo contesto in quanto - necessitando di iscrizione - dovranno agire esclusivamente in qualità di associazioni riconosciute.

Il Legislatore, da un lato, ha favorito il proliferare delle *formazioni sociali* disgregando il controllo diretto ed accentrato esercitato dall'autorità governativa; dall'altro, ha inteso ricondurre nuovamente il fenomeno associativo – inerente il campo privatistico - sotto la *supervisione statale*.

Piuttosto che inquadrare i rapporti tra Stato e cittadino in un'ottica paternalistica, si ritiene che i due poli debbano considerarsi legati dal c.d. *principio di sussidiarietà*, disciplinato dalla nostra Costituzione all'art. 118. L'ultimo comma di tale articolo, puntando sull'*attivismo* inteso quale peculiarità delle *formazioni sociali*, rappresenta lo stimolo attraverso il quale superare quel farraginoso «*paternalismo statale*» che impedisce ai cittadini di organizzarsi e di autodeterminarsi all'interno della società civile.

3. Il principio di sussidiarietà

3.1 Le radici profonde della sussidiarietà: la Dottrina Sociale della Chiesa

Il principio di sussidiarietà ha radici profonde. Tralasciando fonti molto risalenti quali Aristotele o Tommaso D'Aquino, è opportuno concentrarsi su quella che viene oggi conosciuta come “*Dottrina Sociale della Chiesa*” che ha spianato la strada alla “*riforma solidale*” del rapporto Stato-cittadino.

Nell'Enciclica *Quadragesimo Anno* Papa Pio XI offre un'efficace descrizione del principio di sussidiarietà: *“siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle”*.¹¹⁶ Aggiunge poi: *“è necessario che l'autorità suprema dello Stato rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento per poter eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei sola spettano [...] di direzione, cioè, di vigilanza, di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità”*.¹¹⁷

Papa Pio XI detta una sorta di parallelismo tra Stato e Chiesa: come *“non deve la Chiesa senza giusta causa ingerirsi nella direzione delle cose puramente umane”*¹¹⁸ in nome di una sorta di *“sussidiarietà divina”*, così è ingiusto per lo Stato avocare a sé *“quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare”*.

In questo modo poteva realizzarsi, a detta del Pontefice, l'istanza di *“restaurazione dell'ordine sociale”*: solo uno Stato *“non oppresso da una infinità di carichi e di affari”*, avrebbe potuto offrire un aiuto esclusivamente *“suppletivo”*, senza *“distruggere e assorbire le membra del corpo sociale”*.

3.2 Unione Europea e principio di sussidiarietà

¹¹⁶ Papa Pio XI, 1931, *Quadragesimo Anno*, n. 80

¹¹⁷ Papa Pio XI, 1931, *Quadragesimo Anno*, n. 81

¹¹⁸ Papa Pio XI, 1922, *Ubi Arcano*

Guardando al dato positivo, prima ancora della legge costituzionale del 2001 di riforma del Titolo V della Costituzione, ad aprire la strada alla normatizzazione del principio di sussidiarietà è stata l'Unione Europea (limitandosi, però, alla sola sussidiarietà verticale). L'allora Comunità Europea iniziò ad avvertire l'esigenza di una previsione normativa a riguardo, fin dal rapporto Tindemans del 1975¹¹⁹ e successivamente con il progetto di Trattato sull'Unione Europea di Spinelli del 1984. Solo con l'atto Unico Europeo del 1986, però, il principio di sussidiarietà, comunque mai espressamente menzionato dall'atto, iniziò ad assumere un certo rilievo, seppur solo in materia di ambiente. La svolta decisiva si ebbe con il Trattato di Maastricht del 1992 che inserisce formalmente il principio nel sistema dell'Unione Europea, sia prevedendolo nel Preambolo, sia definendolo nell'art. 3 B del TCE.¹²⁰ Non è più un principio che risponde ad una logica economica o settorialmente confinato, ma deve essere inteso come carattere squisitamente politico: “un principio atto a promuovere il *Welfare* come garanzia democratica”.¹²¹

Successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997, il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità stabilisce l'obbligo per tutte le istituzioni UE di verificare che il principio di sussidiarietà venga rispettato.

¹¹⁹ Leo Tindemans, 1975, Rapporto al Consiglio Europeo, Capitolo IV: “[...] In questa prospettiva propongo che il Consiglio europeo decida la creazione di una *Fondazione europea*, che sarà alimentata parzialmente grazie a sussidi della Comunità o degli Stati ma che finanzia una parte importante delle sue attività grazie a fondi privati. Essa avrà per scopo di promuovere, sia direttamente sia aiutando gli organismi esistenti, tutto ciò che può contribuire ad una migliore comprensione fra i nostri popoli, ponendo l'accento sul contatto umano: attività della gioventù, scambi universitari, dibattiti e colloqui scientifici, riunioni di categorie socio-professionali, attività culturali e di informazione.”

¹²⁰ “La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato.”

¹²¹ Delors, J. (1991). *Subsidiarité: défi du changement*. Maastricht: Institut Européen d'Administration Publique

Oggi, a seguito del Trattato di Lisbona, il principio trova enunciazione all'art. 5 par. 3 del TUE.¹²² Gli è inoltre dedicato un apposito Protocollo, il numero 2.

La modifica con il Trattato del 2007 si era resa necessaria per l'aumento del numero degli Stati che hanno aderito all'Unione Europea e per l'introduzione della moneta unica. Tuttavia, non tutti gli Stati membri hanno adottato l'euro. Questa è una delle tante ragioni per cui si spiega il riferimento ai "Parlamenti nazionali" di cui all'art. 5, par.3 del TUE: era dunque forte l'esigenza di prevedere un meccanismo di controllo differenziato tra Paesi aderenti e non. Tale controllo, nell'ottica del principio di sussidiarietà, non poteva essere esercitato dagli enti sovranazionali, ma doveva essere appannaggio, per l'appunto, dei vari Parlamenti nazionali.

3.2 Il principio di sussidiarietà oggi

Il principio di sussidiarietà può essere definito come quel principio regolatore secondo il quale, se un ente inferiore è capace di svolgere bene un compito, l'ente superiore non deve intervenire, ma può eventualmente sostenerne l'azione. Si tratta di un principio caratterizzato da implicazioni positive e negative. Sotto il profilo positivo, lo Stato e altri enti pubblici dovrebbero offrire sostegno alle entità sociali

¹²² Trattato sull'Unione Europea, art. 5 par. 3: "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene, soltanto se e in quanto, gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello **centrale** né a **livello regionale e locale**, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I **parlamenti nazionali** vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo." Si noti come nell'attuale formulazione, rispetto alla precedente disposizione così come introdotta da Maastricht (vd. *supra* nota 40), vengono aggiunti i riferimenti ai livelli centrale, regionale e locale e all'intervento dei parlamenti nazionali

minori. Per quanto concerne il profilo negativo, lo Stato è spinto ad astenersi dall'intervenire in determinati settori, per non ostacolare chi potrebbe soddisfare un determinato bisogno in maniera migliore rispetto ad un'eventuale azione statale. Il principio di sussidiarietà è inserito a pieno titolo nel nostro ordinamento nell'art. 118 della Costituzione¹²³, che lo disciplina sotto un duplice aspetto:

- Nel primo comma in senso verticale: si esplica nell'ambito di distribuzione di competenze amministrative tra diversi livelli di governo territoriali (livello sovranazionale: Unione Europea-Stati membri; livello nazionale: Stato nazionale-regioni; livello subnazionale: Stato-regioni-autonomie locali) ed esprime la modalità d'intervento – sussidiario – degli enti territoriali superiori rispetto a quelli minori, ossia gli organismi superiori intervengono solo se l'esercizio delle funzioni da parte dell'organismo inferiore sia inadeguato per il raggiungimento degli obiettivi.¹²⁴

- Nell'ultimo comma in senso orizzontale: si svolge nell'ambito del rapporto tra autorità e libertà e si basa sul presupposto secondo cui alla cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale provvedono direttamente i privati cittadini (sia come singoli, sia come associati), e i pubblici poteri intervengono in funzione 'sussidiaria', di programmazione, di coordinamento ed eventualmente di gestione.¹²⁵

¹²³ “Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere *b)* e *h)* del secondo comma dell'articolo [117](#), e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.”

¹²⁴ Enciclopedia Treccani, “Principio di sussidiarietà”.

È quest'ultimo tipo di sussidiarietà che riguarda da vicino il Terzo Settore. La *ratio* dell'operatività del principio di sussidiarietà è il perseguimento dell'interesse generale, il quale non è individuato di volta in volta dai cittadini che si attivano, ma è predeterminato dal Legislatore. Nel Terzo Settore, è il Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n. 117, all'art. 5, ad individuare ventisei attività di interesse generale¹²⁶.

126 a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;

b) interventi e prestazioni sanitarie;

c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;

d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa;

e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi;

f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni;

g) formazione universitaria e post-universitaria;

h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale;

i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;

j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni;

k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso;

l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa;

m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore;

n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n. 125, e successive modificazioni;

o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel

Difficilmente lo Stato potrebbe lasciare al privato l'opportunità di individuare arbitrariamente queste attività generali. La necessità dello Stato, infatti, è quella di restare aggrappato a funzioni che, a monte, dovrebbero essere di sua competenza in quanto di rilievo pubblico; per la stessa necessità giustifica il suo intervento sussidiario.

“È pur vero che, anche se postula il rispetto delle libertà degli individui e dei gruppi, il principio di sussidiarietà non mette in discussione il ruolo e l'importanza dello Stato: anzi, si preoccupa di valorizzarlo al massimo, pur provvedendo a una ridefinizione e ad una razionalizzazione dei ruoli nella dinamica delle relazioni tra

rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile;

p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106;

q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi;

r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti;

s) agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n. 141, e successive modificazioni;

t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche;

u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo;

v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata;

w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e i gruppi di acquisto solidale di cui

all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

x) cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184;

y) protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni;

z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.

lo Stato e i cittadini, tra il pubblico e il privato. In tal senso, il principio di sussidiarietà «fotografa» una certa idea dello Stato: nell'ottica di un'organizzazione sociale ispirata al principio di sussidiarietà, lo Stato emerge quale garante finale dell'interesse generale. [...] Dal principio di sussidiarietà (orizzontale, in particolare) si può ricavare un *nuovo* modo di pensare e di «vivere» lo Stato. L'idea di fondo, infatti, è che non esistono più funzioni che siano naturalmente di appartenenza pubblica; vi è un onere di conferma, di legittimazione da parte dello Stato dei compiti e delle funzioni che lo Stato stesso ritiene di dover assumere e svolgere; vi è un onere di dimostrazione dell'impossibilità di rispettare la sfera dell'autonomia dei privati e della loro capacità di assolvimento di attività di interesse pubblico.»¹²⁷

Così, trasversalmente, lo Stato non tralascia di accordare tutela ai soggetti beneficiari delle già menzionate attività: qualora l'ente privato non riuscisse ad assolvere al compito affidatogli, il destinatario, beneficiario dell'attività, potrà giovare comunque dell'intervento sussidiario statale. La tutela, che assume così carattere personale, viene assicurata anche e soprattutto con il controllo dell'autorità governativa sugli enti del Terzo settore: oltre ad accertare la sussistenza di tutti i requisiti che hanno permesso, *ex ante*, allo stesso ente di essere registrato nel "RUNTS", i suddetti controlli sono finalizzati a verificare che le risorse pubbliche, finanziarie, strumentali loro attribuite siano impiegate in maniera corretta.¹²⁸ In tal modo si può evitare, ad esempio, che queste risorse vengano in tutto o in parte distratte da chiunque ne abbia la disponibilità. Ciò non toglie che chi opera all'interno del

¹²⁷ Tommaso Edoardo Frosini, in Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 2, a cura di Angelo Falzea, Paolo Grossi, Enzo Cheli, Renzo Costi

¹²⁸ Art. 93, c. I, D. Lgs. n.117/2017 "I controlli sugli enti del Terzo settore sono finalizzati ad accertare:

a) la sussistenza e la permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; b) il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;

c) l'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; d) il diritto di avvalersi dei benefici anche fiscali e del 5 per mille derivanti dall'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore; e) il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite.

Terzo Settore possa comunque riuscire a trarre, seppur in via indiretta, dei vantaggi economici. Attività del genere, infatti, possono rivelarsi un'ottima vetrina agli occhi della collettività. Si immagini, ad esempio, un avvocato che, oltre ad esercitare la sua professione, rivesta un ruolo di vertice nell'ambito di un ETS. È probabile che dall'impegno profuso all'interno dell'ente possa derivargli un importante bacino d'utenza da cui attingere nuovi clienti. Da un punto di vista giuridico, il profitto economico che da questi potrebbe trarre non andrà ad inficiare la gratuità dell'attività che presta nell'ambito del Terzo Settore. Può dirsi lo stesso per quanto concerne il profilo etico? Se il soggetto volesse solo sfruttare la propria posizione verticistica, sarebbe evidente il rischio di mera strumentalizzazione del Terzo Settore. Altrettanto evidente, tuttavia, è la difficoltà di accertare le effettive intenzioni di tali soggetti. Proprio per questo, la domanda che ci si dovrebbe porre è: conviene correre questo rischio? Ciò che importa è il perseguimento delle attività di interesse generale. Se anche questo passasse attraverso un'eventuale strumentalizzazione, i destinatari di tali attività, quando adeguatamente realizzate, comunque beneficerebbero dei conseguenti vantaggi sociali. Che non sia proprio l'efficienza sociale il discrimine tra il "giusto profitto" ed il mero arricchimento? Solo lo Stato potrebbe vagliare questo discrimine. È grazie a questo tipo di controllo, oltre alla verifica dei già citati requisiti di cui all'art. 93 CTS e alla predeterminazione delle attività di cui all'art. 5 CTS, che pare emergere una sorta di "strascico" della funzione pubblica statale, specchio della sussidiarietà da intendersi, in questa disamina, come non definitiva rinuncia dello Stato alle sue funzioni.

3.4 Il principio di sussidiarietà nel Codice del Terzo Settore

Il principio di sussidiarietà è codificato anche nella normativa del Terzo settore, in cui si prevedono forme di sussidi statali che sembrerebbero però andare oltre la semplice sussidiarietà di cui all'art.118 u.c. Cost. Prendendo in considerazione

l'art. 72 del Codice del Terzo Settore¹²⁹ emerge come sia lo Stato che, dopo aver prestabilito le attività di interesse generale nell'art. 5, decide di istituire un Fondo per dare sostentamento ad Enti del Terzo Settore affinché le svolgano. Altre norme

129 1. Il Fondo previsto dall'articolo 9, comma 1, lettera g), della legge 6 giugno 2016, n. 106, è destinato a sostenere, anche attraverso le reti associative di cui all'articolo 41, lo svolgimento di attività di interesse generale di cui all'articolo 5, costituenti oggetto di iniziative e progetti promossi da organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale e fondazioni del Terzo settore, iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

2. Le iniziative e i progetti di cui al comma 1 possono essere finanziati anche in attuazione di accordi sottoscritti, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

3. Il Ministro del lavoro e delle politiche sociali determina annualmente con proprio atto di indirizzo gli obiettivi generali, le aree prioritarie di intervento e le linee di attività finanziabili nei limiti delle risorse disponibili sul Fondo medesimo.

che costituiscono attuazione del principio di sussidiarietà, come specificato dalla legge delega 106 del 2016, sono l'art.73¹³⁰ e l'art. 76¹³¹.

130 1. A decorrere dall'anno 2017, le risorse finanziarie del Fondo nazionale per le politiche sociali, di cui all'articolo 20, comma 8, della legge 8 novembre 2000, n. 328, destinate alla copertura degli oneri relativi agli interventi in materia di Terzo settore di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di cui alle seguenti disposizioni, sono trasferite, per le medesime finalità, su un apposito capitolo di spesa iscritto nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nel programma «Terzo settore (associazionismo, volontariato, Onlus e formazioni sociali) e responsabilità sociale delle imprese e delle organizzazioni», nell'ambito della missione «Diritti sociali, politiche sociali e famiglia»:

a) articolo 12, comma 2 della legge 11 agosto 1991, n. 266, per un ammontare di 2 milioni di euro;

b) articolo 1 della legge 15 dicembre 1998, n. 438, per un ammontare di 5,16 milioni di euro;

c) articolo 96, comma 1, della legge 21 novembre 2000, n. 342, per un ammontare di 7,75 milioni di euro;

d) articolo 13 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, per un ammontare di 7,050 milioni di euro;

2. Con uno o più atti di indirizzo del Ministro del lavoro e delle politiche sociali sono determinati annualmente, nei limiti delle risorse complessivamente disponibili, gli obiettivi generali, le aree prioritarie di intervento, le linee di attività finanziabili e la destinazione delle risorse di cui al comma 1 per le seguenti finalità:

a) sostegno alle attività delle organizzazioni di volontariato;

b) sostegno alle attività delle associazioni di promozione sociale;

c) contributi per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e beni strumentali.

3. In attuazione degli atti di indirizzo di cui al comma 2, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali individua, mediante procedure poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, i soggetti beneficiari delle risorse, che devono essere iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

1311. Le risorse di cui all'articolo 73, comma 2, lettera c), sono destinate a sostenere l'attività di interesse generale delle organizzazioni di volontariato attraverso l'erogazione di contributi per l'acquisto, da parte delle medesime, di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e di beni strumentali, utilizzati direttamente ed esclusivamente per attività di interesse generale, che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diverse utilizzazioni senza radicali trasformazioni, nonché, per le sole fondazioni, per la donazione dei beni ivi indicati nei confronti delle strutture sanitarie pubbliche.

2. Per l'acquisto di autoambulanze e di beni mobili iscritti in pubblici registri destinati ad attività antincendio da parte dei vigili del fuoco volontari, in alternativa a quanto disposto al comma 1, le organizzazioni di volontariato possono conseguire il predetto contributo nella misura corrispondente all'aliquota IVA del prezzo complessivo di acquisto, mediante corrispondente riduzione del medesimo prezzo praticata dal venditore. Il venditore recupera le somme corrispondenti alla riduzione praticata mediante compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n.241.

Sembrerebbe, *in prima facie*, che la disposizione sia ispirata alla logica del dono. Ma non è, forse, il dono, caratterizzato da uno spirito di liberalità? Questo spirito si ritrova in previsioni del genere? Lo Stato ha sicuramente interesse e trae vantaggio nel vedere realizzate queste attività delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore, ma il concreto aiuto che fornisce loro non può essere considerato una delega di funzioni dovuta all'incapacità dello Stato di soddisfare autonomamente i bisogni della collettività perché in realtà interviene in via sussidiaria, in virtù di una collaborazione, per sostenere delle attività di interesse generale che realizzano, come già esplicitato, una finalità di rilievo pubblico. Ad ogni modo, le associazioni e le fondazioni non possono essere considerate come semplici delegate dello Stato all'assolvimento di una finalità pubblica, in quanto l'art.118 u.c. consente loro di attivarsi "*autonomamente*", di propria iniziativa, senza attendere che la pubblica amministrazione chieda loro di farlo e stabilisca come farlo. Per tale ragione è quindi da escludere la concezione della sussidiarietà "*in senso negativo*" che porta a considerare i cittadini come soggetti passivi a cui i soggetti pubblici dislocano il proprio potere.¹³² Lo Stato ha ormai abbandonato l'idea di una gestione centralizzata dei servizi sociali e si è limitato a regolare le possibili interazioni fra i diversi soggetti, assicurando un'effettiva condivisione di diritti e responsabilità.

La sussidiarietà va dunque intesa come una sorta di alleanza tra Stato e formazioni sociali e potremmo definirla come "*circolare*"¹³³, ovvero un principio che comporta una condivisione di risorse pubbliche e private per il perseguimento di fini di pubblica utilità. Possiamo quindi affermare che i soggetti pubblici, pertanto, non si astengono dall'assolvimento delle responsabilità loro attribuite per trasferirle ai

3. Per le organizzazioni di volontariato aderenti alle reti associative di cui all'articolo 41, comma 2, la richiesta e l'erogazione dei contributi di cui al comma 1 deve avvenire per il tramite delle reti medesime.

4. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali sono stabilite le modalità per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo.

¹³²S. Cassese, L'arena pubblica. Nuovi Paradigmi per lo Stato, in Riv. trim dir. pubb., 2001, 602.

¹³³P. Donati, Il Terzo Settore e la riorganizzazione dello Stato sociale, p. 21 Fondazione CARI-SAP 2015

cittadini, ma le assolvono insieme con (anziché per conto dei) cittadini, quindi gli uni e gli altri si sostengono (si sussidiano) a vicenda nel perseguimento dell'interesse generale. Questa nuova visione della sussidiarietà potrebbe contribuire alla costruzione di un diritto fondato su un nuovo paradigma pluralista e paritario anziché su quello bipolare e gerarchico tradizionale, come un rapporto tra due poli separati e in contrapposizione, che viene meno nel momento stesso in cui si riconosce ai cittadini il ruolo di soggetti autonomamente attivi nel perseguimento dell'interesse generale.¹³⁴ Il risultato della interazione tra quello che viene effettuato da parte delle amministrazioni e quello da parte dei cittadini non è una semplice somma aritmetica; semmai, è più simile al risultato che si ottiene mescolando fra loro i colori base. Supponendo che la pubblica amministrazione sia il giallo ed i cittadini il blu, il risultato che emerge applicando il principio di sussidiarietà orizzontale non è una semplice mescolanza fra due colori, si tratta bensì di un colore nuovo, il verde¹³⁵. Nessuno è però in grado di prevedere, preventivamente, quali saranno i risultati di tale collaborazione, le varie sfumature di verde che potrebbero emergere. Questa metafora è volta a chiarire che i rapporti che si instaurano in base al principio di sussidiarietà circolare sono rapporti fra soggetti autonomi, distinti, ciascuno dei quali mantiene la propria identità, il proprio ruolo e si assume le proprie responsabilità perché il verde, che metaforicamente nasce dalla mescolanza di pubblico e di privato sulla base della sussidiarietà orizzontale, non è un nuovo soggetto, pubblico o privato o misto in cui confluiscono i soggetti coinvolti nel rapporto di sussidiarietà, bensì è un nuovo modo di amministrare; non è una nuova struttura, ma una funzione pubblica svolta in modo nuovo. L'attuazione del principio, infatti, pur ancorato ai principi tradizionali del nostro ordinamento, si configura come una nuova e più moderna forma di esercizio della sovranità popolare in

¹³⁴ S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi Paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, 604.

¹³⁵ Gregorio Arena, "Il principio di sussidiarietà nell'art. 118, u.c. della Costituzione", Roma, ottobre 2003, pp. 22-23

quanto cittadini privi dei diritti fondamentali non potrebbero attivarsi certo nell'interesse generale.

Non è detto, tuttavia, che questa sorta di alleanza che si genera tra pubblico e privato porti sempre ad esiti positivi. Può darsi che i colori, a cui si faceva prima riferimento, possano essere talvolta tanto tenui, tanto spenti da non potersi mescolare insieme. Come un celeste mescolato ad un giallo difficilmente potrà dar vita ad un verde, allo stesso modo dei cittadini che non riescano ad agire in collaborazione con la pubblica amministrazione, difficilmente riusciranno a gestire la “*cosa pubblica*”.

3.5 Applicazioni pratiche del principio di sussidiarietà

Si è già detto che pubblico e privato non devono essere intesi come due addendi di una somma aritmetica; si provi ad immaginarli, invece, come fattori di un prodotto aritmetico. È più facile così comprendere da un lato, quanto ampi possano potenzialmente essere gli effetti positivi di una proficua collaborazione tra pubblica amministrazione e cittadino: l'impegno profuso dal privato si moltiplicherà al ruolo “assistenzialista” svolto dallo Stato. Dall'altro lato si possono evincere le conseguenze fortemente negative del mancato operato di uno o di entrambi i poli: la presenza di almeno uno 0 (numero che corrisponderebbe, metaforicamente, ad una “mancanza” o statale o privata) tra i fattori di una moltiplicazione, comporterà sempre e solo il medesimo prodotto, cioè 0. Anche il più encomiabile dei lavori di un cittadino sarà inevitabilmente frustrato da una pubblica amministrazione inadempiente.¹³⁶ È evidente, dunque, quanto sia necessaria la coesistenza di entrambi

¹³⁶ Vedasi a titolo di esempio il comunicato stampa di Claudia Fiaschi, Presidente del Forum del Terzo settore: “siamo molto preoccupati perché nel testo della legge di bilancio in discussione in Parlamento non troviamo le nostre richieste sugli adeguamenti della normativa fiscale del Terzo

i fattori. Una concreta dimostrazione con esiti positivi di questa metafora matematica si può rinvenire nella stipula, del 28 Novembre 2017, del Protocollo di Intesa tra Ministero del lavoro e delle Politiche sociali, l’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC), l’Agenzia del demanio e l’Associazione nazionale comuni italiani (ANC) per destinare agli enti del Terzo settore beni immobili pubblici inutilizzati e i beni mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata, da utilizzare esclusivamente per lo svolgimento delle attività di interesse generale previste dal Codice del Terzo settore.

Questo Protocollo è stato stipulato per dare attuazione agli art.81¹³⁷ e 83¹³⁸ che prevedono il cosiddetto “social bonus” (un credito di imposta del 65 % per le persone fisiche e del 50 % per gli enti e le società per favorire il recupero di beni pubblici inutilizzati).

settore. Si tratta di questioni di grandissima importanza per l’operatività di oltre 340 mila organizzazioni. Avevamo apprezzato, in tal senso, le assicurazioni fornite dal Ministro Di Maio nel corso dell’ultima assemblea del Forum nonché le dichiarazioni del Sottosegretario Durigon. Purtroppo, ad oggi, non vediamo nei testi in discussione alle Camere le misure fiscali richieste”.

137 1. È istituito un credito d'imposta pari al 65 per cento delle erogazioni liberali in denaro effettuate da persone fisiche e del 50 per cento se effettuate da enti o società 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 mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata assegnati ai suddetti enti del Terzo settore e da questi utilizzati esclusivamente per lo svolgimento di attività di cui all'art. 5 con modalità non commerciali. Per le suddette erogazioni non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 83 né le agevolazioni fiscali previste a titolo di deduzione o di detrazione di imposta da altre disposizioni di legge.

2. Il credito d'imposta spettante ai sensi del comma 1 è riconosciuto alle persone fisiche e agli enti non commerciali nei limiti del 15 per cento del reddito imponibile ed ai soggetti titolari di reddito d'impresa nei limiti del 5 per mille dei ricavi annui. Il credito d'imposta è ripartito in tre quote annuali di pari importo. [...]

138 1. Dall'imposta lorda sul reddito delle persone fisiche si detrae un importo pari al 30 per cento degli oneri sostenuti dal contribuente per le erogazioni liberali in denaro o in natura a favore degli enti del Terzo settore non commerciali di cui all'articolo 79, comma 5, per un importo complessivo in ciascun periodo d'imposta non superiore a 30.000 euro. L'importo di cui al precedente periodo è elevato al 35 per cento degli oneri sostenuti dal contribuente, qualora l'erogazione liberale in denaro sia a favore di organizzazioni di volontariato. La

Secondo l'ex Sottosegretario firmatario del Protocollo, Luigi Bobba: “un'organizzazione del Terzo settore, che abbia presentato un progetto al Ministero – continua il Sottosegretario – e che riceva in comodato gratuito, per un determinato numero di anni, un bene pubblico, mette in moto un percorso virtuoso. Con tali progetti gli ETS concorreranno, quindi, alla valorizzazione e allo sviluppo di attività ad alto valore sociale”. È lo stesso ex Sottosegretario che riconosce che la stipula dell'accordo: “rappresenta un ulteriore importante risultato nel processo di riforma del Terzo settore e di applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà”.¹³⁹

detrazione è consentita, per le erogazioni liberali in denaro, a condizione che il versamento sia eseguito tramite banche o uffici postali ovvero mediante altri sistemi di pagamento previsti dall'articolo 23 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241.

2. Le liberalità in denaro o in natura erogate a favore degli enti del Terzo settore non commerciali di cui all'articolo 79, comma 5, da persone fisiche, enti e società sono deducibili dal reddito complessivo netto del soggetto erogatore nel limite del 10 per cento del reddito complessivo dichiarato. Qualora la deduzione sia di ammontare superiore al reddito complessivo dichiarato, diminuito di tutte le deduzioni, l'eccedenza può essere computata in aumento dell'importo deducibile dal reddito complessivo dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il quarto, fino a concorrenza del suo ammontare. Con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono individuate le tipologie dei beni in natura che danno diritto alla detrazione o alla deduzione d'imposta e sono stabiliti i criteri e le modalità di valorizzazione delle liberalità di cui ai commi 1 e 2.

3. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano a condizione che l'ente dichiari la propria natura non commerciale ai sensi dell'articolo 79, comma 5, al momento dell'iscrizione nel Registro unico di cui all'articolo 45. La perdita della natura non commerciale va comunicata dal rappresentante legale dell'ente all'Ufficio del Registro unico nazionale del Terzo settore della Regione o della Provincia autonoma in cui l'ente ha la sede legale, entro trenta giorni dalla chiusura del periodo d'imposta nel quale si è verificata. In caso di mancato tempestivo invio di detta comunicazione, il legale rappresentante dell'ente è punito con la sanzione amministrativa da 500 euro a 5.000 euro.

4. I soggetti che effettuano erogazioni liberali ai sensi del presente articolo non possono cumulare la deducibilità o detraibilità con altra agevolazione fiscale prevista a titolo di deduzione o di detrazione di imposta da altre disposizioni di legge a fronte delle medesime erogazioni.

5. Dall'imposta lorda si detrae un importo pari al 19 per cento dei contributi associativi per un importo superiore a 1.300 euro versati dai soci alle società di mutuo soccorso che operano esclusivamente nei settori di cui all'articolo 1 della legge 15 aprile 1886, n.3818, al fine di assicurare ai soci un sussidio nei casi di malattia, di impotenza al lavoro o di vecchiaia, ovvero, in caso di decesso, un aiuto alle loro famiglie.

6. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli enti del Terzo settore di cui al comma 1 dell'articolo 82 a condizione che le liberalità ricevute siano utilizzate ai sensi dell'articolo 8, comma 1.

¹³⁹<http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/Social-Bonus.aspx>

Conclusioni

Giunti alla conclusione di questo percorso è opportuno fermarci un momento per riflettere su un fenomeno interessante che si nasconde dietro la nuova disciplina del Codice del Terzo Settore e che rispecchia forse l'assunzione da parte del legislatore di una maggiore consapevolezza delle problematiche e delle sfide che questa multiforme realtà porta con sé.

Stiamo parlando di un fenomeno di avvicinamento tra le varie forme organizzative che sta conducendo via via ad un progressivo assottigliamento delle loro tradizionali differenze, mettendo così in crisi le classiche categorie codicistiche dell'associazione e della fondazione. Ma concretamente come sta accadendo tutto ciò? E soprattutto perché accade?

Innanzitutto tale processo si sta svolgendo seguendo due linee direttrici, due tendenze: da un lato le fondazioni sono sempre più attratte dall'orbita gravitazionale delle associazioni, dall'altro la disciplina di entrambe viene spesso contaminata dalla normativa societaria, implicando ciò un progressivo avvicinamento di queste due figure alle società del libro V del Codice Civile.

Iniziando dalla prima tendenza, da una semplice analisi del CTS, si nota sin da subito la volontà del Legislatore di accomunare le figure delle associazioni e delle fondazioni, sotto un'unica normativa, dedicando loro espressamente un apposito Titolo del Codice, il quinto. Tale Titolo V si apre, all'art. 20, proprio con una chiara manifestazione di tale intento affermando come principio generale quello secondo cui tutte le sue disposizioni *si applicano a tutti gli ETS costituiti in forma di associazioni riconosciute e non, o di fondazioni.*

Proseguendo oltre, notiamo come le successive disposizioni del codice, che riguardano l'ordinamento e l'amministrazione di questi enti, in prima battuta sembrano quasi sempre riferirsi alle sole associazioni senonché, in seconda battuta dispongono espressamente l'estensione totale o parziale di tali norme, ove compatibili,

anche alle fondazioni. Così è nell'art.23 IV comma¹⁴⁰, 24 VI comma, 25 III comma, 26 VIII comma. Insomma laddove la disciplina delle fondazioni non appaia completamente coincidente con quella delle associazioni, comunque quest'ultima risulta esserne il punto di partenza su cui viene successivamente modellata. Il Legislatore sembra dunque non operare più per compartimenti stagni avvicinando quanto più possibile queste due figure. Il risultato è che tale processo tende a modificare principalmente le fondazioni "aprendole", attribuendo loro caratteri tipici delle associazioni. L'art 23, sull'ammissione di nuovi associati, è al riguardo emblematico in quanto tende ad assegnare alle fondazioni, al pari delle associazioni, i tratti tipici di un ente partecipativo estendendo loro, al IV comma, il principio della *porta aperta* ove ciò sia compatibile con lo statuto. Il modello di riferimento pare essere proprio quello delle *fondazioni di partecipazione* nato dalla prassi negli anni '90 e che ha riscosso molto successo nel tempo proprio grazie alla sua natura ibrida che lo pone a metà strada tra le classiche categorie di associazione e fondazione.

Se a ciò aggiungiamo che il nuovo art. 42-bis c.c. concede alle fondazioni e alle associazioni riconosciute e non, la possibilità di effettuare reciproche trasformazioni, fusioni e scissioni, ci rendiamo presto conto di come queste due forme diventino quasi tra di loro interscambiabili rendendo sempre più fluide le loro differenze.

Per quanto riguarda, invece, la seconda tendenza su esposta, notiamo come il Legislatore, nel delineare la nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni del Terzo Settore, faccia spesso ricorso, talvolta in modo esplicito, talaltra sotto forma di ispirazione, alla normativa societaria del Libro V del codice civile. Concretamente si pensi al già citato art. 23 sull'ammissione di nuovi associati che di fatto sembra essere una copia dell'art. 2528 c.c. rubricato non a caso "ammissione e

¹⁴⁰ "Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche alle fondazioni del terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili e dove non derogate dallo statuto."

carattere aperto delle società”. Si pensi poi all’art. 21 che ricalca la disciplina dell’art. 2328 c.c. quando dispone che, in caso di difformità tra le disposizioni dell’atto costitutivo e quelle dello Statuto a prevalere debbano essere le seconde; oppure si guardino, a titolo esemplificativo, gli artt. 26 II, III, VIII comma, 27 II, III comma, 28 I comma, 29 I, III comma che in questo caso rinviano direttamente alla disciplina societaria del Libro V del Codice Civile indicando espressamente gli articoli di riferimento (artt. 2382, 2475-ter, 2393, 2394, 2395 ecc.). Insomma, se da un lato osserviamo un progressivo ammorbidimento della tradizionale dicotomia tra associazioni e fondazioni, dall’altro notiamo un loro speculare avvicinamento anche a strutture apparentemente molto lontane come le società.

A ben guardare da una distanza ancora maggiore è possibile scrutare un’ulteriore e più sottile tendenza, si sta assistendo, infatti, ad un progressivo affievolimento delle distanze tra il mondo no profit e il mondo profit.

Se da un lato il Terzo Settore comunemente viene equiparato al mondo del no profit, dall’altro non si può non sottolineare come il discrimine fra profit e no profit sia esso stesso anacronistico, alla luce proprio della Riforma.

L’Ente del Terzo Settore, infatti, che saremmo portati a considerare ente no profit, può svolgere, per espressa previsione di legge attività commerciale, cioè l’attività di produzione o scambio di beni o servizi che ricordiamo essere elemento identitario dell’imprenditore, anche se la legge si affretta a precisare che il lucro soggettivo va statutariamente escluso per gli ETS.

Se l’ETS può svolgere “attività d’impresa”, e viene infatti disciplinato in molti casi, come detto, con diretti rinvii al Libro V del Codice Civile, dovendo rispettare, tuttavia, il requisito teleologico che li identifica, allora ne deriva un necessario mutamento della chiave interpretativa del concetto di profitto.

Si diffonde quindi un’idea per certi versi innovativa se non rivoluzionaria: il profitto non è antitetico alla soddisfazione degli interessi generali se, e nella misura in cui, sia socialmente redistribuito.

Ecco, dunque, che l'espansione del campo del Terzo Settore può essere interpretata come il segno di un nuovo modo di intendere le relazioni economiche: non più lotta per una rendita predatoria, ma incontro e scambio in una logica insieme di egoità e comunità.

Il discorso fin qui svolto ci porta ad osservare la nascita di forme organizzative sempre più elastiche, seguendo una nuova e più moderna prospettiva, secondo la quale la forma non deve essere nella sua rigidità un ostacolo allo svolgimento di un'attività, ma deve su di essa plasmarsi. Ci troviamo davanti, pertanto, ad un processo di neutralizzazione delle forme che ben si confà ad una realtà così dinamica e multiforme come quella del Terzo Settore. Parliamo, infatti, di un ambito in cui l'ecclettismo e la creatività dei suoi operatori portano all'insorgere continuo di nuove attività un tempo impensabili (commercio equo-solidale, agricoltura sociale ecc.), un ambito dunque che richiede necessariamente un progressivo abbattimento delle barriere tra le tradizionali strutture organizzative. Il Legislatore sembra stavolta aver compreso tale sfida mostrando, con questa nuova disciplina ibrida, una certa consapevolezza riguardo la complessità del mondo, quello del Terzo Settore, che si è accinto a disciplinare.

GRUPPO III

Particolari categorie di enti del libro V del Codice del Terzo Settore

Gruppo di lavoro:

Cristina Agostino, Giuseppe Manuele Agostino, Elisa Arcadi, Giorgia Calandrucchio, Antonino Caridi, Angela Catanea, Laura Crucitti, Luana Falcone, Veronica Falcone, Stefania Fuda, Leo Iaria, Mariateresa Iaria, Rocco Italiano, Mirko Lamberti, Maria Miceli, Elisa Minniti, Rebecca Minniti, Maria Morabito, Mariachiara Pansera, Gianmarco Romano, Ideale Romano, Simonetta Romeo, Marialuisa Russo, Francesca Siciliano, Cristina Sorrenti, Valeria Zema

Tutor:

dott.ssa Carlotta Fusco

prof.ssa Angela Busacca

PARTE I

Profili generali degli ETS del titolo V

1. Gli ETS: dalla frammentarietà alla (proposta di) unità del Codice del Terzo Settore
2. ETS e rapporti di lavoro
- 3.

PARTE II

Le categorie di ETS del titolo V

1. Premessa
2. Le Associazioni di Promozione Sociale
3. Le Società di Mutuo Soccorso
4. Le Reti Associative

PARTE III

Gli Enti Filantropici

1. Nascita, evoluzione ed istituzionalizzazione degli Enti Filantropici
2. Forma degli Enti Filantropici: *Natura e Ratio*
3. Attività degli Enti Filantropici
4. I destinatari dell'attività
 - 4.1.(segue) la nozione di soggetto svantaggiato nella Costituzione
 - 4.2.(segue) il concetto di svantaggio nella normativa sulle "ONLUS"
5. Risorse degli Enti Filantropici
6. Vincoli di Trasparenza
7. Il Bilancio Sociale come strumento di valutazione dell'impatto sociale e mezzo di comprensione della dimensione *sociale* degli ETS
8. Cenni al panorama Internazionale

PARTE IV

L'Impresa Sociale

1. Caratteri e disciplina dell'Impresa sociale
2. L'attività svolta tra interesse generale e carattere imprenditoriale
3. Struttura, *Governance* e controllo dell'impresa
4. L'attività lavorativa prestata nell'impresa: profili soggettivi
5. Le c.d. Operazioni straordinarie
6. Le modifiche apportate nel 2018
7. Conclusioni

PARTE I:

PROFILI GENERALI DEGLI ETS DEL TITOLO V

1. Gli ETS: dalla frammentarietà alla (proposta di) unità del Codice del Terzo Settore

La moltiplicazione, a volte incontrollata, di variegate forme di soggettività di diritto speciale nonché le dimensioni del settore non profit, manifestava, già a partire dagli anni '90, la necessità di un intervento legislativo di riordino, revisione ed unificazione delle diverse normative che si indirizzavano a regolare i diversi fenomeni senza una organizzazione a sistema.

In una diffusa condizione di incertezza normativa, infatti, uno dei pochi indici di rilevanza normativa può rinvenirsi nello schema fornito dal decreto legislativo 4 dicembre 1997 n.460 che, tuttavia, si era limitato ad incidere sul regime tributario da applicare agli enti non lucrativi. Deve considerarsi, peraltro, che la disciplina codicistica risultava caratterizzata da una forte ostilità nei confronti degli enti intermedi, a tal punto che per evitare un vero e proprio groviglio di leggi speciali, si intervenne con il d.p.r. 10.2.2000, n.361 determinando così un passaggio da un sistema concessorio a carattere nazionale ad uno provinciale.

Da qui, la lunga attesa per un processo di riforma generale di tutte le organizzazioni intermedie: una sorta di codice del settore, che svolgesse una primaria funzione ordinante e che costituisse la base per un ulteriore rilancio della figura. La necessità di pervenire ad una visione unitaria dell'intero sistema ha dato spinta alla nozione di "Terzo Settore", termine coniato per la prima volta da Amitai Etzioni¹⁴¹, inteso quale sinonimo di enti senza scopo di lucro, nell'intento di descrivere l'emersione di una nuova forma giuridica organizzata, alternativa rispetto alla società per azione e all'ente pubblico.

Il termine si è diffuso in Italia intorno alla fine degli anni '80 del secolo scorso, grazie agli studi di sociologi ed economisti che per primi hanno dato attenzione alla materia. Sul piano giuridico il legislatore ha utilizzato l'espressione Terzo settore nell'articolo 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".

¹⁴¹ Utilizzata per la prima volta nel 1973 da Amitai Etzioni nel suo scritto "The Third Sector and Domestic Mission" e recepita poi in Europa da Jacques Delors qualche anno più tardi, è stata lungamente impiegata come sinonimo di enti senza scopo di lucro per descrivere un ente diverso da quello societario, in una contrapposizione tra pubblico e privato, allorché il modello bipolare Stato/imprese for profit poteva considerarsi un dogma.

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 a dare attuazione alla legge delega. Il principio di sussidiarietà è facilmente riconoscibile nelle sue declinazioni verticale ed orizzontale, ed invero il codice costituisce l'attuazione organica del disegno espresso a livello costituzionale dall'art. 118, nella misura in cui la valorizzazione delle comunità intermedie è 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 co-amministra, assicurando lo sviluppo della persona umana"¹⁴². L'idea di una sussidiarietà circolare può anche andar bene, però impone una riflessione più ampia e diversa: non c'è più differenza tra i soggetti nella posizione in cui si collocano, cioè i soggetti presentano una sorta di parità di posizione che non è facile da giustificare, soprattutto perché appiattisce fino in fondo la differenza tra pubblico e privato, perché a questo punto l'ente pubblico (anche la stessa UE) si troverebbe ad entrare in questo rapporto circolare di sussidiarietà e quindi porsi sullo stesso piano del privato. In definitiva, la circolarità comporta sempre una parità di situazioni, perché altrimenti non è facile "circolare". Il potere dunque è simile, e questo sistema non è facile da conciliare con il principio classico della sussidiarietà, perché sussidiarietà di per sé significa sostituirsi per fare una cosa che l'altro non fa. Il punto di svolta è rappresentato dalla legge 6 giugno 2016 n.106 con la quale il legislatore si è posto l'obiettivo di dar vita ad un unico e unitario Codice del Terzo settore; non quindi una semplice raccolta delle leggi già esistenti, bensì un'armonizzazione e una semplificazione della legislazione disorganica e frammentaria sino ad allora esistente. È implicita nell'idea stessa del Codice del Terzo Settore la necessità di ricondurre la molteplicità di categorie tra loro differenti ad una idea di sistema. L'obiettivo è quello di dettare una uniforme disciplina comune di carattere generale suscettibile di essere derogata dalle specifiche disposizioni dettate per le singole categorie e di essere integrata dal rituale rinvio al codice civile.

Sulla base di questa legge, compito del governo era quello di adottare entro dodici mesi "uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore", definito come "il complesso degli enti privati costituiti con finalità civiche, solidaristiche di utilità sociale che, senza scopo di lucro, 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, in coerenza con le finalità stabilite nei rispettivi Statuti o atti costitutivi". Nel dare attuazione alla delega il decreto legislativo n.117/2017 ha finalmente creato una categoria, appunta quella indicata

¹⁴² Corso di Diritto Civile, ATTILIO GORASSINI, anno accademico 2018/2019.

come “degli enti del Terzo settore”, della quale partecipano solo i soggetti che la normativa ammette all’iscrizione al Registro Unico Nazionale.

In ragione delle caratteristiche loro riconosciute, gli enti del Terzo settore si palesano come fattispecie diversa tanto dalle società di cui al libro V, quanto dagli enti del libro I del Codice civile, ma non per questo “avulsi dal contesto generale del diritto privato degli enti giuridici, di cui costituiscono anzi un sub-sistema normativo”. Al riguardo, l’articolo 4 del Codice identifica come enti del Terzo settore “[...] 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”. L’elencazione, lungi dal compiere una restrittiva tipizzazione delle categorie ricomprese e perseguendo l’obiettivo di una quanto più ampia possibile inclusione, affianca agli enti del Terzo settore “tipici” enti “atipici” laddove rinvia ad “altri enti di carattere privato”, aventi forma giuridica differente da quella societaria, in quanto riservata alle imprese sociali, purché 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 scambi di beni o servizi, ed iscritti nel Registro unico nazione del Terzo settore”.

Risultano, infatti, escluse dalle disposizioni del codice, ma prima ancora dallo stesso ambito di operatività del cd. Terzo Settore, le fondazioni di origine bancaria, nonché le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30/03/2001, 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 gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile alla cui disciplina si provvede ai sensi dell’art. 32, comma 4”.

Nel titolo V del Codice si individuano particolari categorie di enti appartenenti al Terzo Settore destinatari di una particolare disciplina, alla cui definizione concorrono una pluralità di elementi, quali la forma giuridica costitutiva, lo scopo perseguito, l’attività svolta, l’assolvimento di specifici oneri pubblicitari. Ad ogni capo in cui il titolo V è suddiviso, corrisponde una diversa tipologia di enti del Terzo Settore, ovvero, nell’ordine proposto, quella delle organizzazioni di volontariato, delle associazioni di promozione sociale, degli enti filantropici, delle imprese sociali, delle reti associative ed infine delle società di mutuo soccorso. Come riportato nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, “l’individuazione delle categorie non soltanto corrisponde all’assetto normativo previgente, dove per ogni famiglia vigeva un autonomo provvedimento normativo, ma soddisfa anche esigenze di sistemazione e razionalizzazione del sistema normativo degli enti del Terzo Settore, con particolare riferimento alla materia fiscale”. Non per tutte le categorie di enti è stata prevista una normativa ex novo: tutti continuano ad

essere disciplinati da leggi precedenti (le società di mutuo soccorso sono sottoposte ancora alla disciplina ottocentesca), ad eccezione delle reti associative per cui è stata predisposta una nuova regolamentazione.

Ad una prima veloce lettura appare subito chiaro come questi enti possono essere classificati sulla base di una serie di criteri: partecipazione, attività e reperimento risorse. Rinviano alle considerazioni che seguono una più attenta disamina delle caratteristiche delle diverse categorie di enti, si propone di seguito una tabella che evidenzia, in chiave di lettura sinottica, analogie e differenze tra le diverse categorie.

DENOMINAZIONE E ACRONIMO	FORMA GIURIDICA DI COSTITUZIONE	CARATTERISTICHE DELL'ATTIVITA' DI INTERESSE GENERALE	COMPOSIZIONE DELLA BASE SOCIALE	REQUISITI ESSENZIALI DI GOVERNANCE	REPERIMENTO RISORSE
Associazione di promozione sociale (APS) Art.35	associazione riconosciuta e non riconosciuta.	<ul style="list-style-type: none"> - In favore di associati, loro familiari o non associati (attività di fare); - Prevalentemente mediante volontari associati; - Lavoratori (eventualmente) impiegati in un numero non superiore al 50% dei volontari o al 5% degli associati. 	Almeno sette persone fisiche o tre APS. - Possono ammettersi altri o enti senza scopo di lucro ma in numero non superiore al 50% di APS.	Non sono APS i circoli privati e le associazioni di cui all'art. 35, co.2 .	<ul style="list-style-type: none"> - Contributi da parte degli associati, eredità, donazioni, contributi dello Stato, degli enti Locali od organismi internazionali; - Entrate derivanti da attività commerciali marginali, proventi derivanti dalla cessione di beni e servizi agli associati e a terzi, anche ma non solo, attraverso lo svolgimento di attività di natura commerciale, produttiva e agricola; - Entrate compatibili con le finalità sociali dell'associazionismo e di promozione sociale.

DENOMINAZIONE E ACRONIMO	FORMA GIURIDICA DI COSTITUZIONE	CARATTERISTICHE DELL'ATTIVITA' DI INTERESSE GENERALE	COMPOSIZIONE DELLA BASE SOCIALE	REQUISITI ESSENZIALI DI GOVERNANCE	REPERIMENTO RISORSE
Enti Filantropici, art. 37	Associazione riconosciuta e fondazione.	- Consiste nell'erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale;		- Obbligo di indicare nello statuto i principi guida della loro attività (art. 38, co.2); - Contenuto minimo del bilancio sociale (art. 39).	- A tal fine, si avvalgono principalmente di contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite e raccolte fondi.

DENOMINAZIONE E ACRONIMO	FORMA GIURIDICA DI COSTITUZIONE	CARATTERISTICHE DELL'ATTIVITA' DI INTERESSE GENERALE	COMPOSIZIONE DELLA BASE SOCIALE	REQUISITI ESSENZIALI DI GOVERNANCE	REPERIMENTO RISORSE
Imprese sociali, art. 40	Ass.ne riconosciuta o non riconosciuta, fondazione, società (di ogni tipo, anche cooperativa e consortile), società unipersonale (ad esclusione di quella con socio unico persona fisica). Le cooperative sociali di cui alla legge 381/1991 sono imprese sociali di diritto.	<ul style="list-style-type: none"> - Attività di interesse generale in forma di impresa; - Inserimento lavorativo di persone svantaggiate o lavoratori molto svantaggiati in una attività di impresa; - Sviluppo e attuazione di nuove idee, siano esse prodotti, servizi o modelli di organizzazione, concepite per rispondere alle nuove esigenze e sfide sociali, territoriali ed ambientali. 		<ul style="list-style-type: none"> - Possibilità (per le imprese sociali in forma societaria) di destinare una quota inferiore al 50% degli utili e avanzi di gestione annuali a rivalutazione del capitale sociale o alla distribuzione di dividendi ai soci in misura non superiore all'interesse massimo dei BPF aumentato di due punti e mezzo; - Le imprese sociali non possono essere controllate da enti con scopo di lucro o da enti pubblici. 	<ul style="list-style-type: none"> - Fondi strutturali (fondo sociale europeo e fondo europeo di sviluppo regionale); - Fondi diretti; - Fondi nazionali e concessione di contributi in conto capitale; - Raccolta di capitale attraverso piattaforme di crowdfunding.

DENOMINAZIONE E ACRONIMO	FORMA GIURIDICA DI COSTITUZIONE	CARATTERISTICHE DELL'ATTIVITA' DI INTERESSE GENERALE	COMPOSIZIONE DELLA BASE SOCIALE	REQUISITI ESSENZIALI DI GOVERNANCE	REPERIMENTO RISORSE
Reti associative, art. 41	Associazione riconosciuta o non riconosciuta.	Coordina-mento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti ETS loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali.	Almeno (anche indirettamente) cento ETS o venti Fondazioni del TS con sede legale od operativa in almeno cinque Regioni o province autonome.	Gli atti costitutivi o gli statuti disciplinano l'ordinamento interno, la struttura di governo e la composizione e il funzionamento degli organi sociali nel rispetto dei principi di democrazia, pari opportunità ed uguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali.	Viene istituito un Organismo nazionale di controllo (ONC) che amministra un Fondo Unico Nazionale. ONC determina l'ammontare del finanziamento stabile triennale e determina eventuali contributi integrativi.
Reti associative nazionali	Vedi sopra	Anche il controllo degli ETS ad esse aderenti.	Almeno (anche indirettamente) 500 ETS o 100 Fondazioni del TS con sede legale od operativa in almeno dieci Regioni o Province autonome	Vedi sopra	Vedi sopra

DENOMINAZIONE E ACRONIMO	FORMA GIURIDICA DI COSTITUZIONE	CARATTERISTICHE DELL'ATTIVITA' DI INTERESSE GENERALE	COMPOSIZIONE DELLA BASE SOCIALE	REQUISITI ESSENZIALI DI GOVERNANCE	REPERIMENTO RISORSE
Società di mutuo soccorso, artt 42,43,44	Sui generis.	Assistenza, prestazioni socio sanitarie, erogazioni di sussidi e contributi economici per spese sanitarie e situazioni di disagio esclusivamente in favore dei soci e dei loro familiari conviventi e in forma non imprenditoriale.	Persone fisiche e SMS i cui soci sono persone fisiche siano beneficiari delle prestazioni .	Tutti gli amministratori devono essere soci.	Istituzione o gestione dei fondi sanitari integrativi.

L'inquadramento di un ente in una tipologia particolare del terzo settore, e dunque la scelta di costituire un ETS "tipico", è circostanza importante, perché alcune tipologie particolari di ETS godono di un trattamento più favorevole a livello fiscale e di sostegno pubblico, nonché nei rapporti con gli enti pubblici. Inoltre, le tipologie particolari sono tra loro alternative, sicché un ETS non potrebbe contemporaneamente appartenere a due tipologie particolari, come dimostra il fatto che un ente può iscriversi ad una sola sezione del RUN (articolo 46, comma 2, CTS), a meno che non sia una rete associativa, alla quale è invece consentito iscriversi a due sezioni del RUN (articolo 46, comma 2, CTS). Non includiamo in questa

tabella l'ente religioso civilmente riconosciuto, perché esso propriamente non è un ETS, anche se le norme del CTS sono ad esso applicabili (articolo 4, comma 3, CTS), ciò comporta che delle opportunità offerte della nuova disciplina del terzo settore potranno anche in principio avvalersi gli enti religiosi ¹⁴³.

Le reti associative possono iscriversi in due sezioni del RUN, ma non anche in più di due sezioni, posta l'incompatibilità tra l'iscrizione in due sezioni che è in generale stabilita dall'articolo 46 comma 2.

Lasciando ai commentatori della riforma del terzo settore le considerazioni di carattere generale sugli obiettivi e sugli scopi del loro lavoro, siamo andati a ricercare, all'interno dei decreti delegati che l'hanno disciplinata, alcune piccole incongruenze o aspetti atipici rispetto ai comportamenti fino ad oggi adottati da parte degli enti senza scopo di lucro. Seppure emblematica è la definizione del Terzo settore come quel complesso di enti che perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che realizzano attività di interesse generale, viene il dubbio che, dietro tanto sforzo definitorio vi sia una "non definizione", foriera di problemi interpretativi rimasti irrisolti anche alla luce del testo finale del Codice. Si potrebbe sostenere che il problema sia risolto dall'iscrizione o meno nel RUN; in modo che possano essere definiti ETS quegli enti che risultano iscritti. Altra soluzione potrebbe essere quella di desumere le predette finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, in base all'oggettivo svolgimento delle attività di interesse generale indicate tassativamente dal legislatore delegato. Ma tale soluzione, anziché tacitare, conferma i dubbi sull'opportunità dell'impiego eccessivo di elementi definitivi incerti.

Ulteriori criticità potrebbero riguardare le caratteristiche degli enti del terzo settore: ad esempio gli articoli 32, 35 e 41 del CTS, rispettivamente per le organizzazioni di volontariato, per le associazioni di promozione sociale e per le reti associative che prevedono un numero minimo di associati. Ma cosa accade se, nel corso dell'attività, si dovesse scendere sotto questo minimo? Si perde la qualifica tipizzata e si diventa ente del terzo settore come categoria di carattere generale. E se così fosse, questa mutazione, che comporta, ad esempio, l'iscrizione ad una diversa sezione del registro (vedi articolo 46 comma 1), da che data avrebbe luogo?

Ma vediamo anche un altro aspetto legato a questi limiti numerici. L'articolo 33 per le ODV e l'articolo 36 per le APS indicano un numero massimo di "lavoratori" impiegabili in proporzione alle risorse volontarie o agli associati presenti. Va detto che non si specifica se debba trattarsi di lavoratori subordinati o autonomi, ma, proprio perché non indicato, potrebbero essere tutti dipendenti. Ci sono, tuttavia, altrettanti aspetti positivi e interessanti. Certamente lo è l'idea stessa di riordino

¹⁴³ Le reti associative possono iscriversi in due sezioni del RUN, ma non anche in più di due sezioni, posta l'incompatibilità tra l'iscrizione in due sezioni che è in generale stabilita dall'articolo 46 comma 2.

della disciplina. Lo sono i tanti rimandi all'autonomia statutaria nella struttura degli enti; lo è, se in sede interpretativa non se ne ridurrà la portata, anche l'impianto fiscale, che tra le altre cose prevede anche la detassazione degli utili non divisibili delle imprese sociali. Anche l'introduzione della valutazione di impatto, se si concretizzerà in uno strumento non rigido utilizzato nei rapporti tra gli enti e la pubblica amministrazione, sarà una novità importante e positiva. È presto per capire quali effetti avrà questa riforma. Essa andrà a disciplinare un mondo diverso e variegato, che da anni si è dovuto abituare a nascere e crescere tra regole non chiare e soprattutto non armonizzate, rispondendo a tanti soggetti diversi- regioni, comuni, agenzie fiscali e previdenziali, ministeri- che spesso si sovrappongono nella richiesta di informazioni o dettano regole contraddittorie. Questi enti hanno bisogno soprattutto di chiarezza e semplicità, che saranno favorite da un'attuazione completa e rapida della riforma.

Ad oggi, quel che è certo, è che il Codice del Terzo settore ha segnato anche il superamento di quella 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 immanicabilmente bollati come ideologici, antistorici e dirigistici”¹⁴⁴.

Il diritto sembra essersi riappropriato dei suoi spazi, almeno nella legge n.106/2016 e nel decreto legislativo n.117/2017, come strumento di sintesi dei diversi interessi espressi dalla società, al di là delle logiche del profitto e del comando. Il diritto, irresistibilmente attratto verso l'orizzonte individualista e liberatorio, 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 ribadito dalla Corte costituzionale che il principio solidaristico espresso dall'articolo 2 della Costituzione ricomprende in se due anime, quella doverosa che si concretizza nell'obbedienza ad un comando statale e quella spontanea, che è invece manifestazione della libertà sociale¹⁴⁵.

Quest'ultima contraddistingue la categoria del Terzo settore, poiché il soggetto, singolo o formazione sociale, si protende per una sua iniziativa verso i consociati, “siano gli stessi aderenti o altri soggetti esterni della collettività, per soddisfare esigenze di solidarietà”. 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 Cost) e “ l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art 3 Cost)”. L'esigenza di una nuova governance della solidarietà fa sì che il concetto appaia declinato in diversi aspetti, nell'articolo 1 della legge di delega n. 106/2016, che fa

¹⁴⁴ G.ROSSI, *il gioco d'azzardo*, Milano, 2008.

¹⁴⁵ G.ROSSI, *il gioco d'azzardo*, Milano, 2008.

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 generale¹⁴⁶, 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'articolo 2 Cost., "la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di una autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"¹⁴⁷. Su queste considerazioni può dirsi che 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 altruistico¹⁴⁸.

¹⁴⁶ G.ROSSI, *il gioco d'azzardo*, Milano, 2008.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ G.VISINTINI, *Gli enti del libro I del codice civile: problematiche e prospettive*, in V.ZAMBRANO (a cura di), *Non profit persona mercato*, 2005, pp.44.

2. ETS e rapporti di lavoro

Come sappiamo, il Codice del Terzo settore (CTS) introduce nel nostro ordinamento giuridico una nuova normativa rivolta a determinati soggetti giuridici privati che ottengono la qualifica di enti del Terzo settore (ETS).

Questi enti, pur mantenendo alcune specificità di disciplina, presentano tratti comuni che riguardano in particolare le regole giuridiche applicabili ai rapporti di lavoro instaurati all'interno di essi. Quindi le disposizioni normative introdotte dal Codice incidono nella realtà del Paese non solo sotto il profilo sociale ed economico, ma anche sotto quello occupazionale; e del resto l'art 1 del CTS indica espressamente, tra le finalità perseguite, quella di "valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa".

Il Terzo settore mantiene ancora la sua tradizionale impostazione di *labour intensive*, cioè nonostante una significativa presenza di attività svolte a titolo volontario, esso continua ad attrarre forza lavoro, regolarmente retribuita e in possesso delle abilità tecniche e competenze specialistiche necessarie a svolgere un'attività di lavoro professionalizzata. La prestazione di lavoro resa negli ETS, pertanto appare caratterizzata dalla secca alternativa lavoro gratuito/lavoro oneroso – lavoro associato/lavoro subordinato, ma assume importanza soprattutto per la particolare declinazione che la dimensione occupazionale riveste in tali enti.

Proprio perché la loro identità giuridica si rinviene proprio nel perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di attività di interesse generale in "forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi" ed in considerazione della peculiare connotazione solidaristica, spesso gli obiettivi sociali sono perseguiti dall'ente mediante il ricorso a modalità collaborative non onerose, quali le attività di volontariato, che sono caratterizzate dai tratti tipici della spontaneità e gratuità, e divenute nel tempo lo strumento privilegiato per la fornitura gratuita di prestazioni e servizi.

La finalità di utilità sociale, di cui si parla nell'art 1 del Codice, si realizza con l'attività di interesse generale volta a favorire l'inclusione e l'integrazione nel mercato del lavoro dei soggetti svantaggiati e con disabilità. Il legislatore del 2017 rimodula non solo le modalità attraverso cui è possibile perseguire questo obiettivo, ma anche le tipologie di persone protette, giungendo a ricomprendervi l'ampia platea di soggetti richiamati nella categoria dei "lavoratori molto svantaggiati".

Si rinvengono numerose disposizioni che contengono previsioni rivolte ai volontari e alle persone svantaggiate, innovate dai d.lgs. n. 95 e 105 del 2018.

Per quanto riguarda il **volontariato**, la nuova normativa realizza armonizzazione e il coordinamento delle diverse discipline vigenti in materia di volontariato e di promozione sociale, e introduce criteri e limiti relativi al rimborso spese per le

attività dei volontari, preservando il carattere di gratuità e di estraneità della prestazione lavorativa. I rimborsi devono riguardare le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata presso gli ETS, e non devono mascherare l'erogazione di compensi (cioè il rapporto associativo non deve mascherare un rapporto di lavoro).

Tutti gli ETS possono avvalersi di volontari nello svolgimento delle proprie attività, e sono tenuti a iscrivere in un apposito registro i volontari che svolgono la loro attività in modo non occasionale. Ne discende che volontari e lavoratori possono coesistere, e in modo cospicuo.

Il CTS conferma la demarcazione tra lo status di volontario e quello di lavoratore, disponendo l'assoluta incompatibilità della qualità di volontario con qualsiasi forma di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria. Questa incompatibilità è funzionale a evitare che qualunque rapporto lavorativo possa essere dissimulato in forma di rapporto volontario.

In particolare, riguardo alle organizzazioni di volontariato (ODV) e alle associazioni di promozione sociale (APS), il CTS prevede non soltanto che le stesse debbano avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati, ma anche che possano assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura in via marginale. Inoltre, prevede l'obbligo di rispettare un numero massimo di lavoratori impiegabili, che non può essere superiore al 50% del numero dei volontari o, nel caso delle APS, al 5% del numero degli associati. Quindi esiste una precisa percentuale numerica dei lavoratori (subordinati o autonomi) occupabili, ma questo contingentamento del numero dei lavoratori rispetto a quello dei volontari, impegnati nelle ODV e APS, può determinare delle criticità laddove una riduzione del numero dei volontari possa, ad esempio, costituire causa di licenziamento del lavoratore in sovrannumero.

Al fine di incentivare lo svolgimento di attività di volontariato presso gli ETS da parte dei lavoratori subordinati, il legislatore del 2018 ha riconosciuto a questi ultimi il diritto di usufruire di forme di flessibilità orarie e turnazioni previste da contratti e accordi collettivi, compatibili con l'organizzazione aziendale.

Per quanto riguarda l'assetto delle misure apprestate dal legislatore del 2017 per favorire l'inclusione lavorativa dei **soggetti svantaggiati o disabili**: si tratta di una finalità sociale da tempo presente e perseguita adesso con l'ampliamento delle categorie delle persone protette, includendo coloro che presentano notevoli difficoltà nell'accesso al mercato del lavoro e al mantenimento dell'occupazione.

Nella categoria dei soggetti protetti rientrano: i lavoratori molto svantaggiati, le persone svantaggiate o con disabilità, le persone beneficiarie di protezione inter-

nazionale e quelle senza fissa dimora, che versano in condizione di povertà. Anticipando brevemente alcune considerazioni che saranno poi approfondite in seguito, possiamo ricordare come il Regolamento UE n. 651 del 2014, al fine di favorire l'inserimento o il reinserimento lavorativo dei soggetti di più difficile collocazione nel mercato del lavoro, ha semplificato le procedure per la concessione di aiuti di Stato volti alla creazione di posti di lavoro e ha ridefinito il perimetro dei *lavoratori svantaggiati* così come quello dei *lavoratori molto svantaggiati*.

È riconosciuto come **lavoratore molto svantaggiato** chiunque rientri in una delle seguenti categorie:

- lavoratore privo da almeno 24 mesi di impiego regolarmente retribuito;
- lavoratore privo da almeno 12 mesi di impiego regolarmente retribuito che appartiene a una delle categorie di cui alle lettere da b) a g) della definizione di "lavoratore svantaggiato".

La definizione di **lavoratore svantaggiato** è contenuta nell'art 2 comma 4 del suddetto Regolamento UE, che ricomprende chiunque soddisfi una delle seguenti condizioni:

- b) avere un'età compresa tra i 15 e i 24 anni;
- c) non possedere un diploma di scuola media superiore o professionale, o aver completato la formazione a tempo pieno da non più di 2 anni e non aver ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito;
- d) aver superato i 50 anni di età;
- e) essere un adulto che vive con una o più persone a carico;
- f) essere occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera il 25% della disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro;
- g) appartenere a una minoranza etnica di uno Stato membro e avere la necessità di migliorare la propria formazione linguistica, professionale ed esperienza lavorativa.

Il Regolamento del 2014 riflette, nel complesso, le priorità occupazionali definite nella strategia Europa 2020.

Infine, riguardo al **trattamento retributivo** dei lavoratori occupati negli ETS, oltre alla garanzia del minimo contrattuale previsto dalla normativa del 2017, è previsto che non si possano retribuire i lavoratori subordinati o autonomi con retribuzioni o compensi superiori del 40% rispetto a quelli previsti dai contratti collettivi per le stesse qualifiche.

PARTE II:

LA CATEGORIE DI ETS DEL TITOLO V

1. Premessa

La finalità del D.lgs.3 luglio 2017, n.117, meglio noto come “Codice del terzo settore” può individuarsi come il tentativo di una “sistematizzazione” delle diverse normative indirizzate alla regolamentazione di una variegata fenomenologia di enti accomunati dall’afferenza al mondo del non-profit e del volontariato e, più in generale, dal perseguire una finalità di carattere sociale o solidaristiche, senza scopo di lucro.

In particolare, nella sistematica del Codice TS, il Titolo V (artt. 32-44) prevede “particolari categorie di Enti del Terzo Settore”, trattando in sequenza alcune categorie di enti già esistenti ed altre figure del tutto nuove, nell’ottica di una razionalizzazione del sistema; la stessa collocazione topografica all’interno del Codice, peraltro, immediatamente precedente le norme dedicate al Registro Unico Nazionale, evidenzia la scelta del legislatore, quasi di “chiusura” e tipizzazione delle caratteristiche degli enti che possono ricondursi al Terzo Settore.

Da una prima osservazione ed analisi del Titolo V, emerge che, superato il capo I dedicato, in chiave generale, alle organizzazioni di volontariato, i capi successivi individuano delle categorie o figure specifiche, dettando, alle volte, una disciplina precisa, e rinviando invece, in altre occasioni, alla disciplina già esistente in norme speciali che vengono richiamate dal Codice e con essi correlate.

In particolare, si tratta di Associazioni di Promozione Sociale, Enti filantropici, Imprese Sociali, Reti Associative e Società di Mutuo Soccorso. La variegata fenomenologia degli enti proposti rende difficile ogni tentativo di catalogazione, sicché potrebbe apparire preferibile una esposizione singolare ed atomistica, eppure, guardando all’attività svolta ed ai caratteri delle azioni poste in essere nella comune finalità solidaristica o sociale, ci è sembrato di poter individuare una possibile tripartizione legata all’elemento predominante, individuato nell’erogare un servizio, un sostegno materiale o nel finalizzare una attività produttiva a settori di utilità sociale.

Nelle pagine che seguono, pertanto, abbiamo individuato un criterio distintivo legato alle diverse tipologie di attività che gli enti svolgono e che ci permette di identificare enti che hanno la principale caratteristica nelle attività di “fare” (Associazioni di Promozione Sociale, Reti Associative e Società di Mutuo Soccorso), enti che hanno la principale caratteristica di “dare” (Enti filantropici), enti che hanno la principale caratteristica nel “produrre” (Imprese sociali). Si tratta di una tripartizione basata su di un criterio che ci è parso utile ad individuare delle categorie omogenee, pur nella consapevolezza della limitatezza della stessa idea

di categorizzazione legata solo all'attività, che potrebbe lasciare in ombra altre caratteristiche legate, ad esempio, all'impiego di personale ed alla qualificazione delle risorse umane impegnate oppure legate a profili tributari e fiscali ed ai regimi agevolati dei quali godono gli ETS e che richiedono, pertanto, una maggiore attenzione proprio per evitare fenomeni di abuso e di frode.

2. ASSOCIAZIONI DI PROMOZIONE SOCIALE

Ai sensi dell'art 2 della l. 7 dicembre 2000 n. 383 «sono considerate associazioni di promozione sociale le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni, costituiti al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati. Non sono considerate associazioni di promozione sociale, ai fini e per gli effetti della presente legge, i partiti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni dei datori di lavoro, le associazioni professionali e di categoria e tutte le associazioni che hanno come finalità la tutela esclusiva di interessi economici degli associati. Non costituiscono altresì associazioni di promozione sociale i circoli privati e le associazioni comunque denominate che dispongono limitazioni con riferimento alle condizioni economiche e discriminazioni di qualsiasi natura in relazione all'ammissione degli associati o prevedono il diritto di trasferimento, a qualsiasi titolo, della quota associativa o che, infine, collegano, in qualsiasi forma, la partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale».

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il Decreto Legislativo 117 del 3 luglio 2017 noto come “Codice del Terzo settore” con il quale si prevede l'abrogazione della Legge 383/2000, intervenendo su aspetti quali:

- i requisiti per qualificarsi come associazione di promozione sociale,
- la fiscalità dei ricavi delle associazioni di promozione sociale e
- le modalità di determinazione del reddito.

Alla luce del comma 1 dell'art. 35 CTS «Le associazioni di promozione sociale sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre associazioni di promozione sociale per lo svolgimento in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi di una o più attività di cui all'articolo 5, avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati.». Ferma restando l'invariabilità del comma 2, la riforma dispone al comma successivo che «gli atti costitutivi delle associazioni di promozione sociale possono prevedere l'ammissione come associati di altri enti del Terzo settore o senza scopo di lucro, a condizione che il loro numero non sia superiore al cinquanta per cento del numero delle associazioni di promozione sociale.». **Questa previsione non si applica agli enti di**

promozione sportiva riconosciuti dal CONI che associano un numero non inferiore a 500 associazioni di promozione sociale.

Ai sensi dell'art. 101, comma 3, del D.lgs. 117/2017 agli APS di nuova costituzione si continua ad applicare la legge 383/2000 fino a quando non entrerà in vigore il Registro Unico Nazionale Terzo Settore (ovvero, ai sensi dell'art. 53 del medesimo D.Lgs. 117/2017, a decorrere dal 4 febbraio 2019). In attesa di tale termine continua perciò a valere in toto la precedente disciplina ed è necessaria la registrazione nel registro speciali delle attuali APS.

Normalmente, la rappresentanza legale¹⁴⁹ dell'associazione è attribuita al Presidente (il quale insieme ad assemblea e organo amministrativo ed eventuali organi amministrativi facoltativi compone gli organi dello statuto) che avrà anche la rappresentanza processuale; al riguardo, infatti, «le associazioni di promozione sociale anche non riconosciute sono rappresentate in giudizio dai soggetti ai quali, secondo lo statuto, è conferita la rappresentanza legale»¹⁵⁰. Tuttavia non è escluso che il presidente possa delegare le proprie funzioni ad un altro componente dell'organizzazione.

Il principio di democraticità è il fulcro di tutti gli enti associativi: nel caso delle APS, la legge prescrive che le norme relative all'ordinamento interno dell'associazione si uniformino ai principi di uguaglianza, assicurando la partecipazione di tutti i soci alla vita dell'ente ed escludendo la temporaneità della partecipazione alla vita associativa.

La denominazione di una APS, in relazione agli scopi stabiliti nello Statuto ed ai propri obiettivi non deve essere ingannevole, non deve utilizzare nomi o indicazioni già esistenti, generando confusione; deve infine distinguersi per la sua «innovatività» in modo da differenziarsi dalle organizzazioni che hanno la stessa qualificazione giuridica¹⁵¹. Riguardo all'atto costitutivo delle APS, l'art. 3 stabilisce che «le associazioni di promozione sociale, si costituiscono con atto scritto (...)». Emerge, quindi, come le APS abbiano come unico obbligo di forma, a pena di nullità, quello di essere costituite con atto scritto; ovviamente, qualora l'APS fosse costituita con la forma giuridica dell'associazione riconosciuta, occorrerà fare riferimento alla disciplina codicistica.

La funzione essenziale dell'atto costitutivo è quella di conferire un interesse collettivo in capo a dei soggetti e svolgere attività destinate a realizzarlo; si tratta, quindi, di un vero e proprio contratto plurilaterale, con comunione di scopo o di interesse¹⁵².

Il legislatore, dunque, non attribuisce grande rilevanza alla forma giuridica assunta dall'organizzazione, né tantomeno alla circostanza che l'organizzazione in questione sia in possesso della personalità giuridica, focalizzando l'attenzione su due

¹⁴⁹ L.383/2000 art. 6.

¹⁵⁰ Randazzo R., «Le associazioni di promozione sociale», in Enti non profit, inserto, n°7/2010, p. VI.

¹⁵¹ Idem, p. V.

¹⁵² Idem, p. IV.

elementi principali:

- il possesso dei requisiti statutari indicati dalla legge n. 383/2000;
- l'iscrizione nei registri appositamente istituiti che consente il monitoraggio dell'Autorità amministrativa, l'acquisizione delle informazioni sulle attività delle APS e la possibilità per queste ultime di accedere alle agevolazioni e ai vantaggi fiscali ad esse riservati.

L'iscrizione nel registro nazionale è condizione necessaria alle associazioni di promozione sociale per usufruire dei benefici fiscali previsti dalla legge¹⁵³: ha una funzione dichiarativa ed è consentita solo ed esclusivamente alle associazioni costituite come APS che operano da almeno un anno e che svolgono attività di utilità sociale. L'iscrizione è disposta entro 60 giorni dalla presentazione della domanda, ove entro tale termine la stessa non sia stata rigettata. L'iscrizione nel registro nazionale delle associazioni a carattere nazionale comporta il diritto di automatica iscrizione nel registro dei relativi livelli di organizzazione territoriale e dei circoli affiliati, conferendo a tali soggetti i benefici connessi alla iscrizione.

In virtù dell'art. 6 dovranno essere cancellate le associazioni che:

- ne facciano espressa richiesta con le stesse modalità prescritte dall'art. 2 dello stesso regolamento;
- perdano i requisiti per l'iscrizione;
- non comunichino le variazioni intervenute ai sensi dell'art. 3 del regolamento.

Infatti le APS iscritte al registro nazionale devono comunicare entro 90 giorni qualsiasi modificazione dello statuto; il trasferimento della sede e le deliberazioni di scioglimento al Ministero, pena la cancellazione dai registri. Si noti come i termini indicati non hanno carattere perentorio e, come tali, dalla loro inosservanza non deriva alcun pregiudizio in ordine alla validità ed effettività dell'associazione.

L'art. 10 della legge n. 383/2000, stabilisce che contro i provvedimenti di rifiuto e di cancellazione è ammesso ricorso, nel caso in cui si tratti di un'associazione nazionale, al Ministero per la solidarietà sociale, che decide, previa acquisizione del parere dell'Osservatorio Nazionale e degli osservatori regionali dell'associazionismo. In ogni caso, avverso i provvedimenti di rifiuto di iscrizione e di cancellazione è ammesso, entro 60 giorni, ricorso al TAR competente.

Per quanto concerne gli statuti, oltre a dover regolare le modalità di ammissione e di esclusione degli associati, ispirandosi sempre e comunque a principi di trasparenza e democraticità, non possono prevedere alcuna limitazione o discriminazione - anche di natura economica - con riferimento all'ammissione o all'esclusione degli associati, né prevedere il diritto di trasferimento della quota associativa, o far dipendere la partecipazione alla vita associativa, alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale.

Le APS hanno l'obbligo di predisporre un bilancio o un rendiconto annuale e di sottoporre quest'ultimo all'approvazione degli organi competenti. Ovviamente l'organo deputato all'approvazione del bilancio è l'assemblea, che deve essere

¹⁵³ Idem, p. VIII.

convocata almeno una volta l'anno oppure quando ne è fatta richiesta da almeno un decimo degli associati. Essa è un organo necessario per la vita dell'associazione ed al suo interno vengono assunte le decisioni fondamentali per la vita dell'ente. L'assemblea è l'organo composto da tutti gli associati e si caratterizza per la funzionalità di attuare lo scopo dell'ente; il suo operare è giuridicamente doveroso, tanto che la sua inerzia continua comporta lo scioglimento dell'associazione.

“In base al combinato disposto degli artt. 2 e 32, l. 7 dicembre 2000, n. 383 le associazioni di promozione sociale hanno una dimensione localistica in quanto possono ubicare la loro sede in tutte le parti del territorio urbano, essendo la stessa compatibile con ogni destinazione d'uso urbanistico, a prescindere dalla destinazione d'uso edilizio impressa funzionalmente e specificamente al singolo fabbricato, sulla base del permesso di costruire”¹⁵⁴.

L'art. 2 stabilisce espressamente che nello statuto devono essere previste le modalità di scioglimento dell'associazione; inoltre in caso di scioglimento, le stesse hanno l'obbligo di destinare il patrimonio residuo a finalità di utilità sociale. Dalla lettura dell'art. 1 della legge n. 383/2000 emerge quali siano le intenzioni del legislatore e soprattutto le ragioni che hanno portato all'approvazione della suddetta legge; si dispone, infatti, che «la Repubblica riconosce il valore sociale dell'associazionismo liberamente costituito e delle sue molteplici attività come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo; ne promuove lo sviluppo in tutte le sue articolazioni territoriali, nella salvaguardia della sua autonomia; favorisce il suo apporto originale al conseguimento di finalità di carattere sociale, civile, culturale e di ricerca etica e spirituale»¹⁵⁵.

Circa l'oggetto sociale dell'associazione, è utile prendere in considerazione il requisito indicato dall'art. 3 che stabilisce come nello statuto dell'associazione debba essere esplicitata «l'assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non possono, in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette». Da ciò si evince chiaramente che per qualificare un ente come «non profit» non basti la circostanza che non vengano distribuiti utili, ma è necessario che l'attività svolta presenti una «utilità sociale» che può essere a carattere di solidarietà e/o mutualità.

Il concetto di «utilità sociale» è un concetto metagiuridico alla cui formazione concorrono fattori di natura sociologica, economica e politica; per cui non sempre risulta agevole darne una definizione dettagliata e definitiva. Tuttavia, diversamente da quanto previsto dalla normativa sulle fondazioni bancarie, dalla normativa sulle ONLUS ed, in ultimo, dal D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 che istituisce e disciplina le imprese sociali, la legge n. 383/2000 non redige un elenco tassativo delle attività e dei settori ritenuti meritevoli, ma si limita ad evidenziare come le organizzazioni non indicate dall'articolo devono «svolgere una attività di utilità sociale in favore

¹⁵⁴ Vedi Massima T.A.R. SEZ. I., Lecce, 13/09/2017, n°1447, redazione Giuffrè, amm. 2017.

¹⁵⁵ Legge 7/12/2000 n°383, art. 1 "Disciplina delle associazioni di promozione sociale" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 300 del 27 dicembre 2000.

degli associati o di terzi»; il requisito dell'utilità sociale dovrà quindi essere valutato di volta in volta, a seconda degli scopi statutari e delle attività concretamente poste in essere¹⁵⁶.

Un ulteriore elemento importante è la **gratuità** dell'attività prestata¹⁵⁷. Per le APS l'art. 18, comma 1 della l. 383/2000 dispone che le stesse «si avvalgono prevalentemente delle attività prestate in forma volontaria, libera e gratuita dai propri associati per il perseguimento dei fini istituzionali» e il comma successivo precisa, tuttavia, che possono «in caso di particolare necessità, assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo, anche ricorrendo a propri associati». Secondo la nuova normativa, le associazioni di promozione sociale possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura, anche dei propri associati, solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al 50% del numero dei volontari o al 5% del numero degli associati.

Si evidenzia come nella precedente formulazione i collaboratori retribuiti potevano essere impegnati in qualsiasi attività organizzata dall'associazione di promozione sociale, ivi incluso l'eventuale esercizio di attività commerciali. L'attuale formulazione invece prevede che il ricorso a collaborazioni retribuite avvenga *“solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità”*.

Al fine di perseguire gli scopi previsti, tra le risorse economiche si prevedono espressamente *“i proventi delle cessioni di beni e servizi agli associati e a terzi, anche attraverso lo svolgimento di attività economiche svolte in maniera ausiliaria e sussidiaria e finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali”*.

Sono consentite attività commerciali, artigianali o agricole, purché svolte in via strumentale rispetto alla missione associativa¹⁵⁸.

Il legislatore prevede, in vista di una determinata finalità di intervento sociale nel settore non profit, la facoltà di optare tra associazioni di promozione sociale e organizzazioni di volontariato. Queste due tipologie, apparentemente molto simili, rivelano differenti elementi che devono essere tenuti in considerazione: nelle prime, la già ricordata legge quadro n. 383/2000 comprende le associazioni riconosciute e non, i movimenti, i gruppi con finalità sociale e senza scopo di lucro, escludendo palesemente i partiti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni dei datori di lavoro, professionali e di categoria e tutti i circoli o associazioni che discriminino sulle condizioni di ammissione; nelle seconde, la legge di riferimento n.266/1991, in tema di organizzazioni di volontariato, invece, oltre al fine di solidarietà e di assenza di lucro, dispone un generico richiamo agli organismi che si avvalgono prevalentemente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite

¹⁵⁶ Randazzo R., *“Le associazioni...”*, cit., pp. V-VI.

¹⁵⁷ Pesticcio P., *“La contestuale iscrizione nei registri del volontariato e della promozione sociale”*, in Enti non profit, n°8-9/2009, p. 37.

¹⁵⁸ Manetti G., *“Associazione di promozione sociale: una proposta di bilancio”*, in Enti non profit, n°5/2008, schede operative, p. 349.

dei propri aderenti. Si sottolinea come le associazioni di promozione sociale svolgono, in forma continuativa, attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati, ove per attività di utilità sociale si intendono le attività volte al conseguimento di finalità di valenza collettiva. Per il perseguimento dei fini istituzionali le associazioni di promozione sociale si avvalgono prevalentemente delle attività prestate in forma volontaria, libera e gratuita dai propri associati, ai quali possono essere unicamente rimborsate dall'associazione medesima le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata. Le associazioni possono inoltre, in caso di particolare necessità, assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo, anche ricorrendo a propri associati. Per l'espletamento dell'attività, i lavoratori appartenenti alle associazioni iscritte negli appositi registri usufruiscono delle forme di flessibilità dell'orario di lavoro o delle turnazioni previste dai contratti o dagli accordi collettivi, compatibilmente con l'organizzazione aziendale. Contrariamente, la legge n. 266/1991 obbliga il socio volontario a non essere retribuito in alcun modo per l'attività svolta: difatti, la qualità di volontario «è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro autonomo o subordinato e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte». Anche l'atto costitutivo delle organizzazioni di volontariato contempla un contenuto obbligatorio minimo più ridotto rispetto a quello delle associazioni, per le quali è inoltre richiesta necessariamente la forma scritta. Sia nell'una che nell'altra disciplina, l'accesso ai contributi statali, alle agevolazioni fiscali e alle convenzioni, è subordinato all'iscrizione di registri creati ad hoc; ma, mentre per le organizzazioni di volontariato è compito solo delle regioni e delle province autonome istituirli, per le associazioni di promozione sociale questo dovere è assolto anche dal Dipartimento per gli affari sociali, con la creazione di un registro nazionale, nel quale l'iscrizione è consentita solo alle associazioni di carattere nazionale, cioè quelle che svolgono attività in almeno cinque regioni e venti province. Inoltre, Le ODV possono assumere dei lavoratori dipendenti od avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo «esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da esse svolta» (art. 3, comma 4 della legge n.266/1991). Dunque, l'attività deve essere prestata in via prevalente dai soci volontari, i quali non possono essere in alcun modo retribuiti - nemmeno indirettamente - per i servizi prestati, al di fuori del solo rimborso-spese sostenuto a seguito dell'attività prestata¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Pesticcio P., *“La contestuale iscrizione...”*, cit. pp. 36-37.

3. Le Società di Mutuo Soccorso

Le società di mutuo soccorso vengono introdotte dalla legge 15 aprile 1886 n° 3818 che individua come scopo principale quello di assicurare ai soci un sussidio di fronte al verificarsi di particolari eventi. Gli articoli 1 e 2 della legge suddetta dispongono ai soci sussidi nei casi di malattia, vecchiaia, disoccupazione venendo anche in aiuto delle famiglie dei soci defunti, quindi ai sensi della legge n° 3818 del 1886 e delle successive modifiche, le società di mutuo soccorso sono un soggetto non lucrativo con personalità giuridica che persegue finalità di interesse generale sulla base del principio costituzionale della sussidiarietà. Secondo il principio della reciprocità e del mutuo sostegno, esse svolgono la propria attività esclusivamente in favore dei soci e dei loro familiari (sono dette per questo enti ‘a mutualità pura’), con l’obiettivo prioritario di rispondere ai loro bisogni nel campo reddituale e della salute, a fronte di un conferimento contributivo annuo per l’adesione ad un piano assistenziale.

Il movimento mutualistico nasce in Italia nella metà del XIX secolo, in particolare alcune società sorsero in Piemonte, Lombardia e Toscana; a fine Ottocento erano già attive a Roma quattro società di Mutuo Soccorso, a tre delle quali fu dato il nome della provincia di provenienza. La quarta, la Società Marchigiana di Mutuo Soccorso, Alberico Gentili, fu la sola a non assumere il nome del Paese d’origine dei fondatori.

La società gentiliana fu legalmente costituita con atto notarile; la struttura organica della società era costituita dall’assemblea, dal consiglio, dal collegio dei sindaci e dalla direzione composta dal presidente, dal vice presidente, dal cassiere e dal segretario. Tutte le cariche erano gratuite tranne quella del medico sociale.

La società gentiliana si differenziava dalle altre in quanto non era aperta ad un sola categoria di lavoratori, ma a tutti: infatti in essa erano ammessi come soci effettivi parrucchieri, studenti, falegnami, sarti...

Va dato merito alle società di mutuo soccorso marchigiane attive a Roma, tra le quali l’Alberico Gentili, di avere migliorato le condizioni dei lavoratori e innestati i valori della fratellanza e solidarietà, attuando e diffondendo i metodi della democrazia espressa concretamente dalla parità di voto nelle assemblee¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Marcelli G., “*Frammenti di storia del movimento mutualistico: la società marchigiana di Mutuo Soccorso «Alberico Gentili»*», attiva a Roma dal 1887 al 1839, p.470,475.

L'impianto normativo della legge 15 aprile 1886 n° 3818 necessitava di cambiamento e innovazioni dirette a rendere maggiormente efficienti strutture dedicate allo svolgimento di attività di assistenza socio-sanitaria e all'erogazione di sussidi e contributi economici; infatti le disposizioni sulle società di mutuo soccorso hanno subito una profonda modifica ad opera del D.L. 18 ottobre 2012 n° 179, detto 'Crescita bis', che ha introdotto importanti cambiamenti per quanto concerne obiettivi, caratteristiche dei soci e modalità di svolgimento delle attività. La nuova impostazione normativa rafforza la collocazione delle società di mutuo soccorso all'interno della categoria degli enti non profit considerato il divieto di svolgere attività meramente erogative. L'intervento normativo ha ridefinito l'ambito di intervento delle società di mutuo soccorso individuando, da un lato, finalità più articolate delle precedenti e più attente ai nuovi bisogni della collettività e dall'altro, riducendo l'intervento che vietava lo svolgimento di iniziative. Tuttavia ha limitato fortemente la possibilità di intervento delle mutue nei settori non sanitari che in passato erano quelli dell'educazione, dell'avvio al lavoro e delle attività tipiche degli istituti di previdenza economica.

Tra le diverse novità che riguardano le società di mutuo soccorso vi è l'introduzione della *vigilanza* che si distingue in: *attività di revisione* e di *ispezione straordinaria*; quest'ultima è di competenza esclusiva del Ministero dello Sviluppo Economico. La vigilanza sulle società di mutuo soccorso ha lo scopo di accertare la conformità dell'oggetto sociale, cioè della o delle diverse attività da quest'ultime esercitate. In caso di accertata violazione delle suddette disposizioni, gli uffici competenti del Ministero dispongono la perdita della qualifica di società di mutuo soccorso e la cancellazione dal Registro delle imprese e dall'albo delle società cooperative¹⁶¹.

Con il decreto 'Crescita bis' viene introdotta anche la figura del *socio sostenitore* che può essere anche persona giuridica (fondazioni...). Questi può designare fino ad un terzo degli amministratori della società di mutuo soccorso da scegliersi tra i soci ordinari. I conferimenti dei soci sostenitori possono avere solo finalità altruistica o solidaristica, oppure parzialmente mutualistica (se, per esempio, sono dei soci che pagano contributi più alti per avere le stesse prestazioni dei soci normali), ma non lucrativa.

Per quanto riguarda gli amministratori di una società di mutuo soccorso devono essere scelti fra i soci ordinari di essa. Quando vi sia fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento degli obblighi degli amministratori o dei sindaci della società di mutuo soccorso, i fatti possono essere denunciati al tribunale civile

¹⁶¹ Agostini S., "Società di mutuo Soccorso: disciplinata l'attività di vigilanza" pp.30-31.

da parte di tanti soci che rappresentano un ventesimo del numero complessivo dei soci della società.

Le innovazioni normative non intervengono in alcun modo sulla disciplina fiscale delle società di mutuo soccorso. Devono ritenersi ancora attuali gli orientamenti dottrinale e di prassi che hanno ricondotto le società di mutuo soccorso nell'ambito degli enti non commerciali. Tale qualificazione risulta rafforzata indirettamente da alcune previsioni normative introdotte dal decreto 'Crescita bis', ad esempio alle norme che prevedono da parte delle società di mutuo soccorso esclusivo svolgimento di attività erogative in campo assistenziale e sanitario, escludendo, al contempo lo svolgimento di ogni attività di impresa. A norma dell'art. 43 cod. del terzo settore le società di mutuo soccorso - già esistenti alla data di entrata in vigore del presente codice - che nei successivi tre anni da tale data si trasformano in associazioni del terzo settore o in associazioni di promozione sociale mantengono, in deroga all'art 8 co. 3, della legge 15/4/1886 n° 3818, il proprio patrimonio.

La situazione è cambiata con la riforma del terzo settore (legge delega n. 106/2016 e relativi DD.LL.) per cui attualmente le società di mutuo soccorso hanno l'obbligo di iscriversi nella sezione imprese sociali del registro delle imprese solo se, come prevede il co. 2 dell'art. 44 del cod. del terzo settore, ricevono un versamento di contributi associativi annui superiore a 50.000 € e gestiscono fondi sanitari integrativi.

Come le altre imprese sociali, anche le società di mutuo soccorso, sono iscritte automaticamente nel registro unico nazionale del terzo settore ed acquisiscono la qualifica di "ETS", enti del terzo settore.

Se, al contrario, non ricevono un versamento di contributi associativi annui superiori a 50.000 € e non gestiscono fondi sanitari integrativi, esse devono sempre iscriversi nel registro delle imprese e solo successivamente acquisire la qualifica di ETS¹⁶².

L'art. 3 della l. n. 3818/1886 stabilisce che la costituzione della società di mutuo soccorso avvenga per atto notarile, cioè per atto pubblico. Lo statuto o l'atto costitutivo deve determinare espressamente:

- La sede della società, la sua durata, gli scopi e l'attività per cui è costituita;
- I requisiti, le modalità di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci;
- I diritti e i doveri dei soci, in particolare i conferimenti iniziali e i contributi periodici al cui versamento essi sono tenuti;

¹⁶² Visconti G., *“La disciplina della società di mutuo soccorso dopo la riforma del terzo settore”*, pp.31-32.

- Le norme per l'impiego del patrimonio sociale, le norme per il funzionamento dell'assemblea, degli organi amministrativi e del collegio sindacale;
- Le norme sullo scioglimento della società e sulle modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto.

Il co. 2 dell'art. 23 del D.L. n. 79/2012 stabilisce che le società di mutuo soccorso sono persone giuridiche, che acquisiscono la personalità giuridica e, di conseguenza, la responsabilità patrimoniale dei loro soci è limitata a quanto conferito in esse.

Le società di mutuo soccorso non registrate, cioè quelle senza personalità giuridica vengono definite "irregolari". Queste sono associazioni non riconosciute con le stesse finalità della società di mutuo soccorso riconosciute e previste dalla legge o con finalità simili.

Come detto in precedenza, quando si parla di società di mutuo soccorso, si tratta di società non lucrative, con finalità mutualistiche e di solidarietà, basate sul principio di sussidiarietà previsto dalla costituzione all'art. 118 comma 4. Pertanto lo svolgimento delle finalità proprie delle società di mutuo soccorso verso i soci ed i loro familiari conviventi consiste in una o più delle seguenti attività:

- erogazione di trattamenti e prestazioni socio-sanitari in caso di malattia, infortunio ed invalidità al lavoro;
- erogazione di sussidi per le spese sanitarie sostenute dai soci per la diagnosi di una malattia;
- erogazione di servizi di assistenza familiare;
- erogazione di contributi economici e di servizi di assistenza ai soci che si trovino in forte disagio economico.

Un'ulteriore novità introdotta dalla citata riforma sul terzo settore consiste nel ritenere che le società di mutuo soccorso possano acquisire la qualifica di ONLUS (Organizzazione non lucrativa di utilità sociale), in quanto si tratta di enti di carattere privato che perseguono esclusivamente finalità di carattere sociale. Questa possibilità sarà valida fino al 2019, poichè dal 2020 in poi la qualifica ONLUS sarà abrogata e sostituita da quella di ETS, ente del terzo settore.

4. Le Reti Associative

Il Codice del Terzo settore ha aggiornato il concetto di associazioni di 2° livello, introducendo nell'art. 41 dei nuovi soggetti: le reti associative.

Le Reti associative sono enti del Terzo settore costituiti esclusivamente nella forma giuridica dell'associazione riconosciuta o non riconosciuta. La forma giuridica associativa però non è l'unico elemento richiesto, giacché sono individuati anche altri parametri in base ai quali queste reti si distinguono in due tipologie:

- ❖ Reti associative: che associano un numero non inferiore a 100 enti del Terzo settore o almeno 20 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno 5 Regioni o Province autonome.
- ❖ Reti associative nazionali: che associano un numero non inferiore a 500 enti del Terzo settore o almeno 100 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno 10 Regioni o Province autonome.

Anche le associazioni del Terzo settore formate da un numero non inferiore a 100.000 persone fisiche associate e con sedi in almeno 10 Regioni o Province autonome vengono equiparate alle Reti associative nazionali.

Gli atti costitutivi/statuti di tali enti sono atti pubblici che disciplinano l'ordinamento interno, la struttura di governo (*governance*), la composizione e il funzionamento degli organi sociali, sempre nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali. Questi atti costitutivi/statuti possono disciplinare: il diritto di voto degli associati in assemblea, le modalità e i limiti delle deleghe di voto in assemblea e le competenze dell'assemblea degli associati, anche in deroga a quanto stabilito rispettivamente dagli artt. 24 (commi 2 e 3) e 25 del Codice.

Notiamo come il legislatore ha voluto riportare nell'art 41 i principi essenziali di democraticità, pari opportunità e uguaglianza mentre negli altri enti no, dando per scontato che per questi ultimi i relativi principi derivino dalla disciplina del libro I del Codice civile. Ma perché ha fatto questo? La prima risposta che viene in mente è che, essendo un ente nuovo, il legislatore abbia voluto dare maggiori indicazioni. In parte è così, ma con molta probabilità il motivo principale è che il legislatore ha voluto da un lato assicurare il rispetto dei diritti degli associati e dall'altro il riconoscimento velato di una certa responsabilità nel caso in cui vengano tenute condotte illecite.

Quindi la maggiore attenzione verso i diritti degli associati da parte del legislatore è evidente. Ma dobbiamo anche evidenziare, al tempo stesso, la scarsa attenzione per le modalità di gestione delle risorse e del bilancio: infatti nel Capo V del Codice non troviamo alcuna norma specifica in merito. Non c'è, come per gli altri enti, una norma intitolata "Risorse" o "Bilancio sociale". Questo potrebbe far credere che il legislatore abbia dimenticato di disciplinare l'aspetto patrimoniale, ma più probabilmente è stata una scelta mirata a far intendere che questi enti, dato che non lavorano direttamente a vantaggio di qualcuno ma lavorano sugli enti associati, hanno un certo margine di manovra riguardo alla gestione delle risorse.

È possibile capire quanto appena detto solo se si prende in considerazione una particolarità importante della rete associativa, e cioè: la rete associativa non agisce direttamente, ma agisce di supporto ai propri associati. Questo è particolarmente

rilevante anche sul piano delle responsabilità, infatti se un ente associato fa parte della rete e commette un illecito, sarà l'ente a rispondere e non la rete. La rete fa da sostegno, da supporto all'ente.

Esistono diverse tipologie di reti associative (ODV, APS, Società di mutuo soccorso, Fondazioni, ...), ciascuna delle quali presenta una struttura chiara e differente rispetto alle altre.

L'art 41 del Codice, in attuazione dell'art 4 comma 1 lettera p) della legge delega n. 106 del 2016, riconosce e valorizza le reti associative di secondo livello, intese come organizzazioni che associano enti del Terzo settore anche allo scopo di accrescere la loro rappresentatività presso i soggetti istituzionali.

Le Reti associative NON nazionali svolgono, anche attraverso l'utilizzo di strumenti informativi idonei a garantire conoscibilità e trasparenza in favore del pubblico e dei propri associati, attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli ETS loro associati e delle loro attività di interesse generale.

In merito alle attività di interesse generale, il legislatore le ha incluse praticamente tutte: quelle sociali e sanitarie, formazione, salvaguardia dell'ambiente, cultura (editoria compresa), attività di turismo, cooperazione internazionale, commercio equo, agricoltura sociale, ecc.

Le Reti associative nazionali invece, oltre alle proprie attività statutarie, svolgono:

- **monitoraggio** dell'attività degli enti ad esse associati, eventualmente anche con riguardo al suo **impatto sociale**, e predisposizione di una relazione annuale al Consiglio nazionale del Terzo settore;
- promozione e sviluppo delle attività di **controllo**, anche sotto forma di autocontrollo e di **assistenza tecnica** nei confronti degli enti associati;
- promozione di **partenariati e protocolli di intesa** con le P.A. e i privati. Quest'ultimo compito è stato introdotto con la riforma del Terzo settore dal legislatore che ha voluto istituzionalizzare e riconoscere il nuovo ruolo delle reti associative.

Ci sono poi funzioni svolte da entrambe le tipologie di reti associative (nazionali e non nazionali). Esse infatti possono redigere:

- **Codici di comportamento** che definiscono i requisiti di eleggibilità degli amministratori delle associazioni aderenti alla rete.
- **Modelli standard tipizzati di atto costitutivo e statuto** che, se approvati con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, consentono l'iscrizione dell'ETS aderente alla rete nel RUNTS entro 30 giorni (e non 60 giorni) dalla presentazione della domanda, verificata la regolarità formale della documentazione.

Le reti associative nazionali possono svolgere, insieme ai Centri di servizio per il volontariato (CSV), **attività di autocontrollo** degli aderenti. È necessario però un successivo decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che indichi i criteri, i requisiti e le procedure per l'autorizzazione all'esercizio delle attività di

controllo da parte delle reti associative nazionali e dei CSV, nonché le forme di vigilanza da parte del Ministero sulle reti e sui CSV autorizzati.

L'art 96 comma 6 del Codice dispone infatti che le reti associative nazionali e i CSV debbano possedere i requisiti tecnici e professionali, stabiliti con il decreto autorizzatorio, tali da garantire un efficace espletamento delle attività di controllo. L'attività di controllo, esercitata dalle reti associative nei confronti dei propri aderenti, deve essere finalizzata ad accertare:

- ◆ sussistenza e permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione nel RUNTS;
- ◆ perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;
- ◆ adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione nel RUNTS.

Ma soprattutto l'attività di controllo deve mirare a correggere e migliorare il lavoro degli associati (ecco perché deve essere vissuta come un supporto).

Per quanto riguarda l'organizzazione delle reti associative, i commi 7-10 dell'art 41 del Codice contengono previsioni circa il contenuto degli atti costitutivi e degli statuti di tali enti. In particolare, per agevolare le assemblee delle reti associative, è previsto che l'atto costitutivo/statuto possa disporre l'utilizzo di mezzi di telecomunicazione (cioè tutti quei dispositivi tecnici di trasferimento delle informazioni che permettono la comunicazione a distanza) oppure del voto per corrispondenza o in via elettronica, purché sia possibile verificare l'identità dell'associato che partecipa e vota.

Non solo, è previsto anche che l'atto costitutivo/statuto di associazioni con numero di associati non inferiore a 500 possa prevedere e disciplinare la costituzione e lo svolgimento di assemblee separate, riguardo a specifiche materie o in presenza di particolari categorie di associati o dello svolgimento dell'attività in più ambiti territoriali. A tali assemblee verranno applicate le disposizioni di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 2540 del Codice civile, in quanto compatibili.

Le disposizioni relative all'organizzazione delle reti associate, contenute nell'art.41 del CTS, da un lato danno l'idea di voler richiedere una **maggiore strutturazione della governance** dell'organizzazione nell'ottica della responsabilità sociale ricoperta, dall'altro lato sembrano voler concedere **maggiore elasticità ai sistemi di rappresentatività** nel funzionamento dell'assemblea, visti anche i numeri degli associati.

A questo punto non possiamo non ricordare l'estrema importanza assunta dal **Registro Unico nazionale del Terzo settore (RUNTS)**. L'iscrizione delle reti associative nel registro avviene mediante presentazione della domanda da parte del rappresentante legale all'Ufficio statale del RUNTS. Condizione necessaria per l'iscrizione è che i rappresentanti legali e gli amministratori della rete non abbiano riportato condanne penali, passate in giudicato, per i reati che comportano l'interdizione dai pubblici uffici.

Le reti associative sono l'unico ente che può iscriversi in due o più sezioni del RUNTS.

Tutt'oggi il Registro non è ancora operativo e pertanto il requisito dell'iscrizione si intende soddisfatto con l'iscrizione della rete associativa in uno dei registri attualmente previsti dalla normativa di settore (volontariato, APS, onlus).

L'iscrizione nel registro, insieme alla costituzione e operatività dell'ente da almeno 1 anno, sono condizioni necessarie per accedere alle risorse del **Fondo** previsto dall'art. 72 del Codice del Terzo settore. Tali risorse però possono essere destinate solo a ODV, APS e fondazioni del Terzo settore che si iscrivono presso l'Ufficio statale del RUNTS e non presso quello regionale o provinciale (per le province autonome). Le risorse non possono essere destinate alle altre tipologie di ETS.

Più precisamente le risorse del Fondo sono destinate allo svolgimento di attività di interesse generale, tramite anche le reti associative, per iniziative e progetti promossi da ODV, APS e fondazioni del Terzo settore.

Gli obiettivi, definiti dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali annualmente per un triennio, sono:

- sostegno alle attività delle ODV;
- sostegno alle attività delle APS;
- contributi per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e beni strumentali e per le donazioni effettuate da ODV e fondazioni a favore di strutture sanitarie pubbliche.

Riguardo invece alle agevolazioni fiscali, le reti associative possono avvalersi del trattamento tributario agevolato generale previsto per gli ETS.

Le reti associative sono una nuova categoria di enti del Terzo settore molto particolare. Particolare perché, a differenza degli altri ETS, non nasce da un'esigenza per il progresso e il bene comune ma nasce come risposta alla criticità e insufficienza delle singole imprese nazionali sottoposte a una forte concorrenza internazionale. Quindi il legislatore crea questo ente per garantire momenti di confronto istituzionale, realizzando occasioni di scambio, condivisione e coordinamento nella gestione di iniziative e progetti.

Di conseguenza, il legislatore ha voluto accordare uno specifico riconoscimento alle reti associative, valorizzando il loro ruolo in specifici contesti.

L'affermazione del ruolo delle reti, quale soggetto chiave nel contesto degli ETS, è legata alla nascita del **Consiglio nazionale del Terzo settore** (art. 59 Codice). Si tratta di un nuovo organismo a cui sono state assegnate importanti attribuzioni anche attraverso il diretto intervento delle reti. Infatti, esso è composta da 15 rappresentanti delle reti associative, di cui 8 delle reti associative nazionali, che siano espressione delle diverse tipologie organizzative del Terzo settore.

Un esempio di rete associativa è l'**AVIS** (associazione volontari italiani del sangue): l'AVIS Nazionale sta procedendo all'adeguamento alla riforma del Terzo settore, con particolare riferimento all'assunzione della nuova qualifica di rete associativa nazionale.

La legge n.106/2016 chiedeva una valorizzazione delle reti associative attraverso l'assegnazione di compiti apprezzabili sotto differenti profili (organizzativi, di

promozione, di controllo e autocontrollo), e il d.lgs. n.117/2017 ha risposto a tale richiesta assegnando specifiche competenze a tale soggetto [...]¹⁶³

Ovviamente questo ha comportato un **aumento delle responsabilità**, che è stato avvertito dalle reti associative come un onere aggiunto a quelli già previsti dalla riforma del Terzo settore. Tale onere però risulta necessario per insegnare loro a essere più trasparenti, più precisi nella redazione dei bilanci, più tempestivi nella

comunicazione di eventuali variazioni sociali e più efficaci nel racconto delle attività che vengono realizzate.

Detto questo, si può intuire come, con molta probabilità, alle reti associative sarà richiesta una capacità di rinnovarsi e di strutturarsi in termini di organizzazione, preparazione e professionalità.

¹⁶³ P.A.Pesticcio, Osservazioni conclusive, in «Il Codice del Terzo settore e le Reti associative», 10 (2018), pp. 12-17.

PARTE III:

GLI ENTI FILANTROPICI

1. NASCITA, EVOLUZIONE ED ISTITUZIONALIZZAZIONE DEGLI ENTI FILANTROPICI

Nell'ambito della classificazione basata sulle attività che è stata proposta in premessa, gli enti filantropici possono classificarsi come enti che svolgono una attività di “dare”.

Prima ancora di analizzare le caratteristiche tecniche degli enti filantropici, tuttavia, appare utile, al fine di condurre un corretto inquadramento sistematico degli stessi ed a comprendere le precise scelte operate dal legislatore per la disciplina specifica, considerare una serie di aspetti preliminari, per tracciare una sorta di itinerario che partendo dalla “nascita” di tali enti, ne segua l'evoluzione per giungere sino alla istituzionalizzazione come ETS nel codice del terzo settore.

La crisi che l'Italia ha vissuto negli ultimi anni (a partire dal 2008) dal punto di vista economico, politico e culturale, ha comportato un necessario cambiamento di paradigma relativo al concetto di “*Welfare State*”: dai vecchi dogmi del *welfare capitalism* – welfare come bene privato- e del *welfare state* – welfare come bene pubblico- si passa ad un nuovo sistema di “*welfare integrato di comunità*”, capace di mettere la persona al centro di una rete in cui enti pubblici, imprese, fondazioni e persone fisiche siano partner in nuovi processi collaborativi e generativi di una nuova filantropia istituzionale. Tutto ciò, ha favorito la proliferazione di enti privati che si sono sostituiti allo Stato nell'adempimento di doveri di assistenza sociale.¹⁶⁴

In questo scenario emerse e conquistò una valenza sociale sempre più marcata l'attività filantropica. Quest'ultima, in Italia, rimase per molto tempo relegata all'ambito ed all'operato delle istituzioni ecclesiastiche, principalmente per via della corrispondenza, dei connotati fondamentali del concetto di filantropia ai principi fondamentali delle confessioni religiose (principalmente quella cattolica); tali connotati fondamentali del concetto di filantropia, infatti, possono identificarsi come una predisposizione d'animo di solidarietà e di amore verso il prossimo che si traduce in sforzo operoso a promuovere la felicità e il benessere degli altri.

¹⁶⁴ <https://www.periodicimaggioli.it/fondazioni-enti-filantropici-e-collaborazione/>

Carola Carazzone- “Cambiare paradigma. Fondazioni e enti filantropici alla prova della collaborazione”

Prima dell'avvento del d.lgs. n.117/2017, gli enti filantropici rappresentavano una dimensione appartenente alla prassi, nata dall'esigenza appena esposta, in cui operavano rendendo manifesti e realizzando gli scopi di assistenza sociale, attraverso la distribuzione di denaro, beni e servizi, verso soggetti appartenenti a fasce sociali o a realtà disagiate. In assenza di una specifica e autonoma disciplina normativa, essi si servivano delle forme associative e della generale disciplina privatistica. Nello specifico, la forma più confacente e idonea alla gestione degli ingenti patrimoni che si occupavano di costituire, gestire e distribuire, era rappresentata dalla fondazione; non appare casuale che la scelta cadesse su una forma di ente, nella quale, secondo l'ordinaria disciplina presente nel codice civile, prevale l'elemento patrimoniale, rispetto alla forma associativa.

Il processo di evoluzione e moltiplicazione delle organizzazioni filantropiche in Italia è stato catalizzato da esempi internazionali che l'Italia ha recepito. Uno dei fenomeni di cui essa si fece recettiva fu quello, di derivazione statunitense, delle "*community foundations*". Queste realtà, sviluppatasi negli Stati Uniti d'America all'inizio del Novecento, sono ad oggi tra le realtà filantropiche più interessanti, tanto sulla scena internazionale quanto su quella nazionale; si tratta di enti che hanno lo scopo di erogare contributi, generalmente in danaro, in favore di altri enti non-profit e singoli, per la realizzazione di specifici progetti di utilità sociale a beneficio delle collettività di determinati territori. Il loro patrimonio è costituito, come oggi lo è quello degli enti filantropici, da cospicue contribuzioni, donazioni e lasciti testamentari provenienti "dal basso" e non più per il tramite di una singola, grande donazione derivante da un soggetto che "dall'alto" garantisce le risorse necessarie alle attività, in quanto padre fondatore dell'organizzazione. Su queste considerazioni, può ben dirsi che le *community foundations* hanno favorito quindi lo sviluppo dell'atto del dono agendo da "intermediari filantropici".

Un aspetto che merita particolare approfondimento è la valutazione della proliferazione di queste organizzazioni nelle aree dell'Italia maggiormente colpite dalla crisi economica e culturale vissuta negli ultimi anni. Questo è un fattore certamente non casuale, ma prodotto da uno specifico progetto pensato da Fcs (**Fondazione Con il Sud**, nata nel 2006 dall'unione di Fondazioni di origine bancaria e organizzazioni del Terzo settore, per favorire percorsi di infrastrutturazione sociale nelle regioni del Mezzogiorno) per risollevare, tramite l'operato ed il sostegno di queste fondazioni, le aree del Sud Italia messe in ginocchio dalla crisi. È la stessa Fcs, nella persona del suo Presidente, che definisce questo progetto per la nascita di **Fondazioni di Comunità nel Mezzogiorno**, come una "provocazione culturale straordinaria, per il Sud abituato a chiedere soldi altrove".¹⁶⁵ Nel giro di pochi anni (dal 2009 al 2014), infatti, sorgono numerose *community foundations* in tutto il Sud dell'Italia grazie anche alla predisposizione, da parte di Fcs, di un bando permanente, per aiutare le comunità meridionali locali che intendono dar vita a una *community foundation* nel quale non pone vincoli sul modello da seguire nella

¹⁶⁵ Lorenzo Bandera – "*Terzo Rapporto sul secondo welfare in Italia 2017*"

costituzione delle Fondazioni, ma lascia le comunità libere di costituirsi secondo lo schema più confacente alle esigenze territoriali del luogo in cui sorgono.

Questo panorama, si è fatto terreno fertile per la produzione di un processo normativo sugli enti filantropici che ha trovato propulsione nella c.d. “legge sul dopo di noi” approvata nel luglio 2016. In particolar modo si è trattato di un intervento normativo che ha richiamato espressamente il ruolo chiave delle ONLUS filantropiche, prevedendo all’art. 6 la possibilità di costituire dei fondi in favore di persone con disabilità grave, utilizzando l’istituto della donazione modale attraverso “intermediari filantropici”: organizzazioni non lucrative che svolgono attività di beneficenza.

Su queste considerazioni, il riconoscimento giuridico degli enti filantropici, come nuova categoria nel diritto, può considerarsi il risultato finale della traduzione, in termini di diritto positivo, di una voce che nasce nel tessuto sociale, grazie anche all’esistenza di ASSIFERO (rete associativa, nata nel 2003, che rappresenta la categoria delle fondazioni e degli enti filantropici italiani) che ha creato un’importante rappresentazione di un fenomeno proliferante, e si innalza sino ad arrivare al legislatore che decide di ascoltarla e formalizzarla, appunto con il D.lgs. 117/2017.

Nasce così la normativa sugli Enti filantropici e nelle pagine che seguono, cercheremo di analizzare i punti salienti della attuale disciplina tracciata dagli artt. 37-39 CTS, con il tentativo di approfondire alcuni profili in relazione agli elementi costitutivi della fattispecie.

2. FORMA DEGLI ENTI FILANTROPICI: NATURA E RATIO

Art. 37, comma 1

1. **Gli enti filantropici sono** enti del Terzo settore **costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione** al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale.

Da una prima lettura dell’art.37, è evidente che il legislatore ha voluto, già con l’utilizzo delle prime parole, porre all’anticamera della definizione di Ente Filantropico uno specifico aspetto, prevedendo un preciso vincolo relativo alla forma di costituzione. In realtà vedremo che l’esigenza di porre vincoli, tanto formali, quanto sostanziale, è una tendenza che si ripete nella definizione di questi enti e la ragione ci risulterà più chiara nel proseguo dell’esposizione. In particolare, rimanendo al primo capoverso di questo articolo, si prevede la necessità di costituire questi enti esclusivamente nella forma di *associazione riconosciuta o fondazione*. Di fronte a questa scelta, è necessario indagare sulle ragioni che hanno portato a cristallizzare questi elementi nella fattispecie; appare utile, in tal senso, iniziare a tracciare una figura che contenga, quantomeno, i tratti generali della disciplina di

queste due forme di costituzione, per comprendere in che modo queste si sposano con le esigenze degli enti filantropici.

Il primo punto a cui bisogna accennare è che nel nostro ordinamento vi è coesistenza di associazioni riconosciute e non riconosciute, è lo stesso codice del terzo settore a ribadirlo ad ogni norma di definizione delle particolari categorie di ETS, le quali possono essere costituite in entrambe le forme. Ciò non vale per gli Enti filantropici. La differenza tra i due tipi di associazione è, come si evince dalla definizione, determinata dal procedimento di riconoscimento, ottenuto dalle prime e assente per le seconde, le quali si presentano come una diretta applicazione della libertà di associazione prevista all'art 18 della Costituzione. Dal punto di vista sostanziale, il principale effetto che deriva dal riconoscimento è la personalità giuridica, concetto ormai riducibile alla sola acquisizione della titolarità dell'autonomia patrimoniale perfetta. Quest'ultima comporta la costituzione di un patrimonio, separato da quello dei singoli associati, con cui l'ente risponde a tutte le obbligazioni assunte nell'esercizio delle proprie attività. E' proprio questa la caratteristica che accomuna le associazioni riconosciute con le fondazioni, che, infatti, devono acquistare necessariamente la personalità giuridica subito dopo la loro costituzione.

In entrambi i casi, pertanto, il riconoscimento ha la funzione di permettere un controllo sui benefici derivanti dalla responsabilità limitata, collegata all'acquisto della personalità giuridica, di modo che essi siano concessi ad enti che dimostrano di poter far fronte alle loro obbligazioni. Tutto ciò è posto al fine di tutelare sia il patrimonio dei singoli associati che compongono l'organizzazione, che i terzi che con tali enti giuridici entrano in contatto.

Proprio per questa ragione, le due forme precedentemente descritte paiono le uniche, nel panorama delle forme associative del diritto privato, che riescono a garantire e rendere controllabile la gestione dei cospicui patrimoni ed il considerevole flusso di denaro con cui gli enti filantropici sono, per loro natura, costantemente a contatto.

3. ATTIVITA' DEGLI ENTI FILANTROPICI

Art. 37, comma 1

1. **Gli enti filantropici sono** enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione **al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento**, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale.

L'interpretazione dell'art. 37 del CTS impone, altresì, una lettura sistematica dello stesso, quantomeno comprensiva di una comparazione con gli articoli appartenenti

allo stesso titolo V. Da quest'ultima operazione emerge che una particolare attenzione deve essere dedicata all'attività svolta dagli enti filantropici, la quale si presenta come un elemento caratterizzante della fattispecie, che ci permette di differenziarli da tutti gli altri enti appartenenti alla stessa categoria particolare. Gli Enti Filantropici sono costituiti al fine di svolgere un'attività di erogazione di fondi: è questo il nucleo della loro "identità operativa". Dalla comparazione è evidente che tra le attività svolte dagli altri enti, prevale l'attività operativa, ossia lo svolgimento diretto e immediato delle attività di interesse generale di cui all'art. 5. La dimostrazione di quanto premesso, inizia a prospettarsi già a partire dall'analisi letterale delle singole definizioni dei diversi Enti. Basti considerare che la formulazione linguistica utilizzata in maniera ricorrente nelle definizioni di ODV e APS è quella di "enti costituiti al fine di *svolgere* una o più *attività* di interesse generale". Analoga formula, la ritroviamo anche nella definizione di Impresa Sociale: qualsiasi ente di diritto privato che *svolge* prevalentemente *attività* di impresa di interesse generale. In tutte le definizioni, dunque, prevale l'opera diretta e immediata degli enti, espressa attraverso il costante utilizzo del verbo (che semanticamente esprime l'azione) "*svolgere*" che, seguito dalla locuzione "attività", non lascia dubbi circa l'opera concreta di esecuzione delle azioni necessarie alla realizzazione delle finalità.

Non può dirsi lo stesso, invece, per gli Enti Filantropici, i quali, per espressa previsione, sono costituiti per "**erogare**" danaro beni e servizi. A questo punto, la scelta di utilizzare la stessa formula per quasi la totalità degli enti definiti nello stesso titolo, e di ricercarne una diversa per gli enti filantropici, mette ancor più in evidenza la volontà del legislatore di differenziare questi enti rispondendo, con buona ragione, alla necessità di esprimere il loro ruolo di "enti mediatori" che intervengono erogando risorse al fine di rendere possibile lo svolgimento di queste attività, il quale, però, avviene ad opera di altri soggetti che coadiuvano l'ente filantropico, nella realizzazione concreta delle proprie finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

La ratio di questa precisa scelta, si rintraccia nelle radici storiche di questi enti, e deve essere inquadrata come il **riconoscimento** di un elemento che ha sempre caratterizzato le organizzazioni filantropiche sviluppatasi nel tempo (ad esempio, le fondazioni di comunità e di origine bancaria, antesignane degli enti filantropici) e non come un elemento costitutivo introdotto *ex novo*, al pari della nuova fattispecie. In effetti, come abbiamo visto, queste organizzazioni si sono sempre distinte per la loro capacità di costituzione, gestione e distribuzione di ingenti patrimoni, per la realizzazione di progetti di utilità sociale.

Dunque, proiettando in un panorama generale quanto sino ad ora emerso, e volendo inquadrare la loro attività nell'attuale distinzione tra le macrocategorie in cui oggi, secondo gli studiosi, si dividono gli ambiti di attività degli ETS, cioè "*operating*" e "*grant-making*", le organizzazioni filantropiche rientrano sicuramente nel secondo modello.

Il loro schema d'azione pare essere scandito in tre principali fasi:

- **approccio di ricerca:** durante cui individuano gli ambiti sociali disagiati, fase in cui hanno un'ampia libertà di scelta;
- **approccio di sperimentazione:** per il quale compiono l'ideazione di progetti in cui propongono strategie che mirano alla risoluzione o, almeno, marginalizzazione dei problemi sociali;
- **approccio di risoluzione:** attraverso il finanziamento e la collaborazione nella realizzazione di progetti volti a rispondere alle specifiche esigenze e ai specifici bisogni individuati nella società.

Un'ulteriore particolare attività che gli enti filantropici sono legittimati ad esercitare, insieme a quella erogativa di danaro, beni e servizi è, secondo la disposizione dell'art.37, **l'attività d'investimento**. In relazione a questa precisazione, contenuta in un inciso nella disposizione, purtroppo, nessun chiarimento proviene dallo stesso legislatore. Nel totale silenzio dello stesso, risulta difficile capire in che modo possa l'attività di questi enti inserirsi nell'ampia e complessa dimensione finanziaria in cui si cala l'attività d'investimento. Ogni tentativo di costruzione di una dimensione ideale in cui trovare delle risposte, assume, in definitiva, la natura di congettura, in cui rimane sempre uno spazio di inesattezza e incomprensione. Ciò che si auspica, è un nuovo intervento in tal senso che possa, in tempi brevi, presentarsi quantomeno come atto di interpretazione autentica, volto a chiarire il significato di quell'inciso e ad armonizzare l'attività di investimento di questi enti con la dilagante normativa in materia finanziaria. Nel frattempo, l'unico tentativo possibile è la ricostruzione delle ragioni che hanno portato il legislatore a inserire questa tra le attività tipiche degli Enti Filantropici. In questa operazione, tornano ad aiutarci le fondazioni di comunità, con la loro eloquente evoluzione storica.

Nella loro concezione "classica", le Fondazioni di Comunità, si basavano sull'assunto che siano le rendite del patrimonio, e non il patrimonio in quanto tale, a finanziare parte delle attività sostenute dalle Fondazioni. È questo un modo per garantire alla comunità un "fondo di garanzia a lungo termine" che permetta di affrontare non solo le situazioni di bisogno contingenti, ma anche quelle che potrebbero interessare le generazioni future.¹⁶⁶ Risulta pertanto ovvio il fatto che tanto più ampio sarà il patrimonio, tanto maggiori potranno essere gli investimenti effettuabili attraverso di esso; e più alti saranno i rendimenti degli investimenti effettuati, tanto più ampie, numerose e durature potranno essere le attività sostenute dalla Fondazione in favore della comunità nel lungo periodo.

¹⁶⁶ G.P. Barbetta, *Le fondazioni – Il motore finanziario del terzo settore*, Il Mulino, Bologna 2013.

Coloro che guidano l'ente, devono quindi essere in grado non solo di coinvolgere il maggior numero possibile di donatori al fine di rafforzare il patrimonio, ma anche di stabilire strategie e regole che permettano di ottenere rendimenti adeguati all'attività erogativa, tramite l'attività d'investimento.

Per moltissimi anni il modello impiegato nell'esercizio dell'attività di investimento delle FC è stato quello inaugurato, in questo ambiente, dalla fondazione bancaria Cariplo (modello basato su un ampio patrimonio, rendimenti sufficienti per effettuare erogazioni adeguate, ricorso ai bandi a raccolta). Tuttavia, anche questo modello oggi sembra mostrare segni di cedimento nel non essere più adeguato per le realtà della filantropia attuale.

Ancora una volta, dunque, possiamo concludere che il legislatore nella formulazione della disciplina inserisce *per riconoscimento*, elementi nella fattispecie che recepisce dalla prassi e dall'evoluzione delle organizzazioni filantropiche già esistenti ed operanti.

Quanto ai **soggetti che svolgono l'attività** tipica dell'Ente Filantropico, bisogna precisare che tali enti, non incontrano limiti relativi al numero di lavoratori che possono impiegare nell'attività, non essendo sottoposti ai vincoli circa la loro "base di costituzione", che invece riguardano altre figure particolari del terzo settore, come le ODV e le APS. Allo stesso tempo, essi possono liberamente avvalersi di volontari, naturalmente applicando loro la relativa normativa del CTS.¹⁶⁷

In definitiva, cercando di tracciare gli elementi oggettivi dell'**atto filantropico**, con riguardo ad una valutazione etico-morale, bisogna chiarire che, perché questo assuma connotazioni filantropiche, è necessario non soltanto che il risultato pragmatico conseguito sia benefico, ma che esso discenda da un obiettivo filantropico deliberatamente e premeditatamente assunto. Bisogna ridare, dunque, centralità all'antefatto dell'azione, ossia a quei motivi che hanno portato al compimento dell'atto e che ne hanno qualificato la sua stessa *natura*. Il corollario che il legislatore pone alla base di questi enti è, pertanto, **l'autenticità dell'azione filantropica**: si presenta come autentica, dunque, la filantropia che non strumentalizza la propria azione per scopi commerciali, diretti o indiretti, personali o illeciti (come l'occultamento di ricchezze).¹⁶⁸

In una impostazione ideale, l'ente filantropico è il prodotto materiale di un'alchimia perfetta tra finalità benefiche e azione esecutorie di beneficenza.

4. I DESTINATARI DELL'ATTIVITA'

Art. 37, comma 1

¹⁶⁷ Le fondazioni filantropiche nella riforma del terzo settore - Antonio Fici

¹⁶⁸ L'attività erogativa tra beneficenza e filantropia- Luigi Maruzzi

1. **Gli enti filantropici sono** enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione riconosciuta o di fondazione al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, **a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale.**

Un particolare riguardo, in questo percorso volto alla scoperta della fisionomia degli enti filantropici, merita la selettività della fattispecie in relazione ai beneficiari dell'attività degli enti filantropici.

Gli enti filantropici hanno quale funzione essenziale, quella erogativa (di denaro, beni o servizi, anche di investimento) a beneficio di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale. Dopo una disamina sulla natura della loro attività di erogazione, è giunto il momento di capire quale sia concretamente l'ambito di destinazione della stessa, con particolare riguardo al concetto di svantaggio. Con riferimento alla normativa del CTS appare difficile individuare quali siano effettivamente "le categorie di persone svantaggiate" a cui si riferisce il legislatore, considerando che quest'ultimo non si è premurato di fissare il nucleo ed i limiti del concetto di "svantaggio"; vengono quindi a crearsi problemi di inquadramento che non trovano soluzione nemmeno riferendosi al contenuto generale dello stesso CTS; appare necessario, pertanto, per cercare di ricostruire il significato della categoria, fare riferimento, in ottica di sistema, a fonti esterne ed alle elaborazioni antecedenti al Codice.

4.1 (segue) LA NOZIONE DI SOGGETTO SVANTAGGIATO NELLA COSTITUZIONE

Nella Costituzione non vi è una definizione diretta di "soggetto svantaggiato", ma sono individuate alcune categorie di soggetti che, per diverse ragioni, possono considerarsi poste in una posizione di debolezza rispetto alla generalità dei consociati e che, proprio per la loro posizione, sono meritevoli di un particolare riguardo. Questa impostazione può essere mantenuta per riportare sempre, nella disciplina positiva, una interpretazione "costituzionalmente orientata" e che permetta di individuare le dovute differenziazioni di trattamento quando si presentano situazioni che lo richiedono, proprio per la realizzazione concreta del principio di uguaglianza in chiave di garantismo dinamico, come previsto dall'art.3.

I parametri utilizzati dalla Carta costituzionale, per individuare le condizioni di svantaggio di alcune categorie, sono diversi.¹⁶⁹ Tra questi, troviamo:

- **le condizioni di debolezza economica**, in base alle quali nascono, ad esempio, le norme contenute negli articoli **32** (in cui è stabilita la tutela degli

¹⁶⁹ linee interpretative sulla nozione di soggetto svantaggiato - Agenzia per il terzo settore,

indigenti, assicurandone cure gratuite nel caso di malattie) e **34** (riferito ai soggetti privi di mezzi ai quali viene riconosciuto il diritto all'istruzione, reso effettivo con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze per consentire il raggiungimento dei gradi più alti degli studi;

- **le condizioni fisiche o psichiche**, che mettono i soggetti che soffrono di un disturbo ad esse riferito, in stato di fragilità e debolezza, (per cui spicca la tutela della Costituzione, per gli “inabili al lavoro” e i “minorati”, ai quali vengono riconosciuti ugualmente il diritto all'educazione e all'avviamento professionale);
- **i fattori socio-relazionali**, come nel caso dei detenuti, in riferimento ai quali rilevano **l'art. 13** (il quale vieta “ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”) e **l'art 27** (stabilendo che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”).

Inoltre, all'**art. 10**, una tutela particolare è assicurata ai migranti o a rifugiati per motivi politici.

4.2 (segue) IL CONCETTO DI SVANTAGGIO NELLA NORMATIVA SULLE “ONLUS”

Un ulteriore riferimento, più vicino al nostro campo d'indagine e che potrebbe risultare utile per continuare ad identificare meglio questa categoria di soggetti è l'art. 10 della previgente disciplina ONLUS (D.lgs 460/1997). In esso, la condizione di svantaggio si identifica in ragione alle condizioni fisiche, psichiche, sociali, economiche e familiari dei soggetti. Un aiuto ulteriore ci viene offerto dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 168/E del 26 giugno 1998 che, in chiarimento dei concetti indicati nel citato art. 10, stabilisce come “il concetto di svantaggio costituisce un giudizio complessivo inteso ad individuare categorie di soggetti in condizioni di obiettivo disagio, connesso a situazioni psico-fisiche particolarmente invalidanti, a situazioni di devianza, di degrado o grave disagio economico-familiare o di emarginazione sociale.

Situazioni di svantaggio possono, pertanto, riscontrarsi, ad esempio, nei seguenti casi:

- disabili fisici e psichici affetti da malattie comportanti menomazioni non temporanee;
- tossico-dipendenti;
- alcolisti;
- indigenti;

- anziani non autosufficienti in condizioni di disagio economico;
- minori abbandonati, orfani o in situazioni di disadattamento o devianza;
- profughi;
- immigrati non abbienti”.

Tuttavia, l’elenco formulato dalla circolare, non ha assolutamente carattere tassativo o esaustivo, ma si pone l’obiettivo di indicare una serie di casi a titolo esemplificativo, indicando categorie disagiate utili a costituire un parametro per la individuazione del concetto di “svantaggio” in senso generale.

Alla luce della normativa indicata, si può affermare che, avuto riguardo alle diverse cause della condizione di svantaggio, quest’ultima, dunque, può rappresentare una *condizione provvisoria*, perché riferibile ad un soggetto solo per un determinato periodo di tempo (si pensi ai detenuti) o una *condizione permanente*, perché riferibile ad uno stato di irreversibilità (si pensi alla condizione di disabilità derivante da fattori fisici o psichici non curabili) e, talvolta, caratterizza l’individuo anche sotto più profili: è il caso, ad esempio, della persona che si trovi in condizione di disabilità e sia anche priva dei mezzi di sussistenza.

Infine, è presupposto, nei preindicati riferimenti normativi, che ogni condizione di svantaggio debba essere verificata nel caso concreto, affinché condizioni “presunte” di svantaggio corrispondano effettivamente ad una situazione di particolare debolezza che merita tutela ed attenzione. Posto ciò, si ammette che della nozione di “soggetti svantaggiati” possa essere data un’interpretazione estensiva, che prende le mosse dagli spunti normativi appena citati e determina una interpretazione che, comportando l’ampliamento del novero di tali soggetti, ha per effetto pratico quello di determinare la necessità di un corrispondente incremento del numero delle organizzazioni suscettibili di assumere la qualifica di enti del terzo settore.

5. RISORSE ENTI FILANTROPICI

Art. 38

Risorse

1. **Gli enti filantropici traggono le risorse** economiche necessarie allo svolgimento della propria attività principalmente **da contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali ed attività di raccolta fondi.**

Secondo l'art. 38, comma 1 gli Enti filantropici possono trarre le risorse per la costituzione del loro patrimonio, con cui svolgono la loro attività benefica, da una molteplicità di fonti.

Innanzitutto, essi possono avvalersi di contributi pubblici e privati:

- per **contributi privati** si intendono le quote e i contributi degli associati, le entrate derivanti da attività commerciali e produttive, finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali, e le entrate derivanti da iniziative promozionali (quali feste o sottoscrizioni, anche a premi);
- per **contributi pubblici** si intendono contributi dello Stato, delle Regioni, di Enti Locali o istituzioni pubbliche, dell'Unione Europea e di Organismi Internazionali.

Altre fonti di costituzione del loro patrimonio sono rappresentate da **donazioni e lasciti testamentari**. Bisogna necessariamente anticipare che la disciplina di tali risorse, risulta molto più complessa rispetto alle prime e, come emergerà, crea disordini ed apre crepe nel terreno del diritto, che attualmente sono ancora in corso di riequilibrio.

Punto di partenza è la precisazione che oggetto di donazioni e lasciti testamentari, possono essere: beni mobili (ad es. gioielli, opere d'arte o arredi), beni immobili (ad es. appartamenti, fabbricati o terreni) o denaro. Anche se, in senso generale, vi è la possibilità da parte del disponente di devolvere anche l'intero patrimonio a tali Enti; per comprendere meglio la dimensione che queste risorse assumono nel patrimonio degli Enti Filantropici, e degli ETS in generale, oltre all'individuazione del loro oggetto, devono essere accennate alcune distinzioni circa i limiti posti dal diritto per gli atti *inter vivos* e quelli posti per gli atti *mortis causa*, considerando che le donazioni possono rientrare nella prima categoria e i lasciti testamentari, rientrano nella seconda.

Partendo dall'esame degli atti *inter vivos*, si nota che questi sono soggetti a regole molto stringenti. Nello specifico, per quanto riguarda le donazioni, spiccano l'obbligo di conformarsi ai vincoli formali ed il rispetto delle regole stabilite per la circolazione dei beni immobili, quando questi siano ad oggetto della donazione. L'unico caso di donazione in cui si affievolisce la conformazione ai predetti vincoli, è quello della donazione di modico valore. Per quest'ultima, infatti, la legge non richiede il rispetto di forme solenni come: l'atto pubblico, l'intermediazione

del notaio, o la necessità di accettazione formale da parte del soggetto beneficiario.¹⁷⁰

Per ciò che riguarda gli atti *mortis causa*, invece, il legislatore pone vincoli meno stringenti: per questi non c'è alcuna limitazione formale o documentale neppure in ordine agli immobili e anche i limiti legati al rispetto della quota riservata ai soggetti legittimari, possono essere momentaneamente disattesi dal testatore, rimandando al momento dell'apertura della successione la valutazione circa la reale sussistenza della lesione della quota e, dunque, della lesione dei diritti degli eredi legittimari.

Alla luce di quanto accennato su donazioni e lasciti testamentari, sorge il dubbio nell'ipotesi in cui la donazione o il lascito, nei confronti dell'ente filantropico, siano stati effettuati in violazione dei vincoli sopraindicati o, caso ancor più pungente, in violazione della quota degli eredi legittimi. Per comprendere la dimensione del problema, bisogna affrontare in concreto quest'ultimo caso. In generale, secondo le norme del nostro ordinamento, gli eredi legittimari a cui viene violato il loro diritto successorio nei limiti e nel *quantum* posto dalla loro quota legittima, possono esercitare *l'azione di riduzione* o richiedere la restituzione del bene. A questo punto, però, considerando che il bene oggetto del lascito è stato indirizzato ad un Ente filantropico, con lo scopo che questo lo utilizzi per realizzare un fine civico, solidaristico e di utilità sociale (dunque un interesse pubblico), ci sarebbe da chiedersi se la destinazione dei beni a tali finalità di interesse generale, affievolisca, o addirittura prevalga, sull'interesse privato dell'erede. Se, dunque, l'erede possa ottenere ugualmente e pienamente, la reintegrazione della propria quota e con quali modalità. Una riflessione posta su una base più o meno analoga è quella, su cui si sono concentrati gli interpreti, per l'esame dei problemi concernenti la circolazione degli immobili di provenienza donativa. Questa riflessione ha focalizzato l'attenzione degli interpreti sulle peculiari modalità con cui si attua la tutela del legittimario e, più precisamente, sulla natura e le caratteristiche dell'azione di riduzione. Si è così evidenziato che essa è:

- un'azione di accertamento costitutivo, in quanto verifica l'esistenza della lesione della legittima e delle altre condizioni dell'azione di riduzione e dall'accertamento consegue, per legge, l'inefficacia delle disposizioni lesive nei confronti del legittimario leso;
- un'azione personale, in quanto è diretta verso i destinatari delle disposizioni riducibili (erede, legatario, donatario);

¹⁷⁰ Lasciti testamentari e donazioni a favore degli enti non-profit - Dott. Giuseppe Minniti;

- un'azione con effetti retroattivi reali, in quanto i suoi effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione, non solo tra le parti ma anche nei confronti dei terzi.¹⁷¹

I risultati conseguibili attraverso tale azione, mettono in crisi i beneficiari di donazioni o lasciti patrimoniali che, nel nostro caso sono gli enti filantropici. Questi ultimi non vengono tutelati poiché, secondo la normativa vigente, una tutela più ampia deve essere garantita in capo ai familiari del *de cuius* (sostanzialmente sono questi che hanno diritto a ricevere una determinata quota del patrimonio del *de cuius*, anche contro la volontà di quest'ultimo). Non si è ancora arrivati a una disciplina uniforme che vada a contemperare l'esigenza degli eredi con l'esigenza di sicurezza delle donazioni e dei lasciti agli enti non-profit.

Si auspica, pertanto, un intervento del legislatore o, almeno, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale che tenti di bilanciare gli interessi in gioco, trovando un punto di incontro tra l'esigenza di tutelare gli eredi e, allo stesso tempo, gli enti che ricevono donazioni o lasciti per la realizzazione del bene comune.

Ancora in tema di risorse degli Enti filantropici, una menzione necessaria riguarda l'ultima attività indicata all'art. 38: **l'attività di raccolta fondi**.

La raccolta fondi è il complesso delle attività e delle iniziative poste in essere dall'ente al fine di finanziare le proprie attività di interesse generale; essa consiste quindi in una metodologia secondo cui si fa ricorso a raccolte pubbliche occasionali, le quali inquadrano diverse casistiche (raccolta di fondi in occasioni di iniziative organizzate dall'ente, manifestazioni in cui vengono offerte al pubblico cibi e bevande o in cui vengono messi in vendita oggetti prodotti dagli associati).

Esaurito l'esame delle modalità attraverso le quali gli enti filantropici traggono le proprie risorse, vi è la necessità di precisare che quelle indicate all'art. 38 comma 1, non sono le uniche attività esercitabili da tali enti. Infatti gli EF, pur essendo al pari di tutti gli ETS organizzazioni che perseguono le loro finalità sociali senza scopo di lucro, non hanno preclusa la possibilità di svolgere attività remunerative, capaci cioè di generare un profitto, o esercitare una vera e propria attività d'impresa produttiva di utili. Quel che è loro inibito è distribuire eventuali utili o avanzi di gestione a fondatori, associati, lavoratori, amministratori (etc.), poiché le entrate di qualsiasi natura, ed in generale il patrimonio dell'ente, devono essere utilizzati per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali. Così dispone infatti l'art. 8, comma 1, CTS.¹⁷² Tutto ciò, naturalmente, non impedisce all'EF neppure di retribuire i propri lavoratori o i componenti dei propri organi sociali, ma soltanto gli vieta di corrispondere loro salari o

¹⁷¹ - Mariano Robles - Gli acquisti immobiliari con "Provenienza donativa" [Mengoni 2000, 232]

¹⁷² Le fondazioni filantropiche nella riforma del terzo settore - Antonio Fici

compensi tali, per entità o assenza di giustificazione, da violare o aggirare il divieto di distribuzione degli utili di cui all'art. 8.

6. VINCOLI DI TRASPARENZA

Art. 38 comma 2

Risorse

2. Gli atti costitutivi degli enti filantropici indicano i **principi ai quali essi devono attenersi in merito alla gestione del patrimonio, alla raccolta di fondi e risorse in genere, alla destinazione, alle modalità di erogazione** di denaro, beni o servizi e alle attività di investimento a sostegno degli enti di Terzo settore.

Art. 39

Bilancio sociale

1. **Il bilancio sociale degli enti filantropici deve contenere l'elenco e gli importi delle erogazioni deliberate ed effettuate nel corso dell'esercizio, con l'indicazione dei beneficiari diversi dalle persone fisiche.**

Come abbiamo notato, da uno sguardo ravvicinato alle norme codicistiche, la disciplina degli enti filantropici è gemmata da una serie di vincoli. Sono già emersi, infatti, e sono stati qualificati nei paragrafi precedenti, alcuni di essi afferenti alla loro *forma di costituzione* ed alla specificità della *forma d'azione*. Entrambe le categorie già affrontate, però, non esauriscono tutti obblighi posti a carico di questi particolari enti, ed è opportuno, a questo punto, soffermarsi sull'ultima famiglia di vincoli posti a loro carico: **i vincoli di trasparenza.**

L'obiettivo del legislatore è quello di definire compiutamente questi enti, ed è a tal fine che inserisce una serie di puntuali disposizioni in materia di *trasparenza*. Per la generalità degli Enti, tali vincoli si esauriscono nella necessità di rispettare determinate formalità circa la forma e i contenuti degli atti costitutivi. Gli enti filantropici, invece, oltre al rispetto generale della disciplina contenuta nel titolo IV del Codice, hanno ulteriori obblighi specifici, legati ad esigenze dettate dalla loro natura. Nello specifico, dalla combinazione degli articoli 38 comma 2 e 39, si desume che questi hanno:

- **l'obbligo di indicare i principi** a cui si dovranno attenere in merito alla gestione del patrimonio, alla raccolta di fondi e risorse in genere, alla destinazione, alle modalità di erogazione di denaro, beni o servizi e alle attività di investimento a sostegno degli enti di Terzo settore;
- **l'obbligo di redigere un bilancio sociale** in cui indicare l'elenco degli importi delle erogazioni deliberate ed effettuate nel corso dell'esercizio e dei beneficiari degli stessi.

Dall'analisi della portata dei precisi obblighi di trasparenza, è chiaro che la *ratio* di queste norme è quella di porre un'articolata serie di strumenti di prevenzione a tutela dei terzi che si rapporteranno con questi enti, i quali avranno la possibilità di conoscere, quantomeno, i loro principi d'azione e di avere un quadro concreto del loro operato sociale, stigmatizzato nella redazione del bilancio. Inoltre, la necessità di rendere conoscibili a terzi questi aspetti fondamentali della loro identità, si presenta come un tentativo strategico del legislatore con cui mira ad evitare l'abuso e la frode della legge, tentativi a cui questi enti si espongono particolarmente per via dell'aura di favore normativo che li caratterizza.

7. IL BILANCIO SOCIALE COME STRUMENTO DI VALUTAZIONE DELL'IMPATTO SOCIALE E MEZZO DI COMPrensIONE DELLA DIMENSIONE SOCIALE DEGLI ETS

L'indagine relativa alla natura del bilancio sociale, ci permette di comprendere la prospettiva sotto cui il legislatore osserva gli enti filantropici e, in generale, l'intera dimensione delineata dal "Terzo settore". Il bilancio sociale nasce come mezzo di trasparenza e si inserisce come risposta ad un'esigenza di *comunicazione* tra le amministrazioni pubbliche e i cittadini. A partire dagli anni Novanta, infatti, si avvia una fase d'intensa attività normativa che esprime il tentativo di responsabilizzare e rendere trasparente l'attività degli enti pubblici nei confronti dei cittadini,

che culmina con il D.lgs 267/2000¹⁷³ il quale impone alla pubblica amministrazione, l'esplicito *dovere di informare e comunicare con il cittadino*. E' in queste circostanze che il bilancio sociale risulta lo strumento più idoneo a soddisfare tale esigenza e verrà, perciò, utilizzato nella prassi per includere in un documento unitario obiettivi, progetti e risultati raggiunti quali frutti dell'amministrazione e dell'operato del singolo ente pubblico nei confronti della comunità. Si avvia, in tal modo, la sperimentazione di un percorso di rendicontazione sociale, a cui hanno preso parte operativamente moltissime amministrazioni, anche comunali, in tutta Italia.

La configurazione del bilancio sociale, e la sua evoluzione nell'ambito pubblico, è necessaria al fine di ricostruire le ragioni per cui il legislatore, con il codice del terzo settore, sceglie di imporre l'obbligo di utilizzare tale strumento ad alcune categorie di ETS.

La prima implicazione che si prospetta, dalla considerazione di questo impianto nel Terzo Settore è che ci troviamo di fronte ad una delle caratteristiche che ne costituiscono il suo carattere *ibrido* che avvicina e interseca "pubblico" e "privato"; carattere che oltre ad essere evidente già nelle finalità (civiche, solidaristiche e di utilità sociale) perseguite dagli ETS è necessariamente presente anche nei mezzi di controllo e responsabilizzazione imposti per questi ultimi.

Un'ulteriore spunto di riflessione ed approfondimento, che ci permette di cogliere i caratteri generali dell'ambito in cui si inseriscono gli EF, è rappresentato dalla disposizione con cui si delineano le caratteristiche ed i contenuti del bilancio sociale. In particolare, ad attirare l'attenzione nella disposizione dell'art. 39 del CTS è l'inciso che precisa che il bilancio sociale deve contenere[...] l'indicazione dei beneficiari "diversi dalle persone fisiche". Anche questa formula corrisponde ad una precisa scelta operata del legislatore che merita di essere approfondita per comprenderne la ratio. Nell'attuazione di questo tentativo, l'art. 39 impone una lettura combinata con il comma 2 dell'art 1 del D.lgs 112/2017, il quale precisa che non possono acquisire la qualifica di impresa sociale le società costituite da un unico socio persona fisica.

In entrambe le disposizioni ciò che emerge è la volontà del legislatore di allontanare dai caratteri costitutivi degli ETS la dimensione individuale della singola persona fisica, tanto da vietare che una realtà unipersonale possa dare vita ad un ente come l'impresa sociale e limitare la capacità erogativa degli Enti Filantropici al punto da precludere al singolo individuo di esserne il diretto beneficiario.

L'intenzione è quella di porre al terzo settore un carattere di unitarietà che lo qualifichi come una struttura edificata su pilastri di collettività e globalità, capace di

¹⁷³ D.Lgs 267/00 , Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli enti locali

reintegrare un concetto di comunità che trascenda dalla stretta dimensione individualistica e restituisca vigore a principi indeboliti dalla crisi pluridirezionale vissuta dall'Italia negli ultimi anni, come l'altruismo e la solidarietà.

Una diversa ottica, oltre quella squisitamente tecnica, sotto la quale si può osservare il bilancio sociale che gli EF hanno l'obbligo di redigere, è quella relativa ad un approccio funzionale, nel quale questo può essere utilizzato come strumento di valutazione della capacità sociale delle organizzazioni filantropiche e del loro impatto sociale.

Nei servizi di qualità sociale, il passaggio dal modello di *welfare state*, basato sul principio distributivo, al *welfare society*, basato sul principio produttivo, ha fatto sì che il rendicontare, cioè il dare conto dell'uso delle risorse, non fosse più sufficiente e che questo dovesse essere accompagnato da un'attività di valutazione del loro impiego, intesa come un'operazione atta a dare valore all'uso che viene fatto di tali risorse. Chi finanzia, chi dona, vuole sapere se la propria elargizione porterà un cambiamento positivo nella realtà sociale in cui l'ente va ad operare, se produrrà impatto sociale e, di riflesso, anche la società ha bisogno di individuare quali siano quei soggetti che concretamente hanno la capacità di produrre un progresso sociale.

Importante nella valutazione dell'impatto sociale è la trasparenza fornita dal **bilancio sociale**, che rappresenta uno strumento di rendicontazione delle responsabilità, dei comportamenti e dei risultati sociali, ambientali ed economici delle attività svolte dall'ente. Il fine del bilancio sociale è quello di offrire, a tutti i soggetti interessati, un'informazione strutturata e puntuale che la sola informazione economica contenuta nel bilancio di esercizio non potrebbe fornire. Esso agevola, dunque, lo sviluppo di un sistema informativo di natura non esclusivamente contabile che è, quindi, utile per la rendicontazione, per l'affinazione dei processi di pianificazione, programmazione e controllo e per l'espressione di una pluridimensione dei risultati raggiunti: non solo economici ma anche sociali e ambientali. Esso, oltre a quella formale, ha dunque una funzione strategica poiché è in grado di fornire importanti basi di valutazione sull'effettivo impatto sociale della missione condotta dall'ente ed è uno strumento che permette allo stesso di perseguire, nel tempo ed in condizioni di auto-sostenibilità, le sue finalità.

Tuttavia, la valutazione dell'impatto sociale è definibile come una valutazione qualitativa e quantitativa sul breve, medio, lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato: l'ente deve rendere conto, tenuta in considerazione la sua responsabilità sociale, delle modalità con le quali raggiunge i propri obiettivi. La VIS (Valutazione Impatto Sociale) non è, e non deve essere pensato come tale, uno strumento per giudicare l'operato dell'ente ma è, appunto, una valutazione dell'efficienza dello stesso, basata su dati oggettivi.

Fondamentale quindi, per tali enti, è la predisposizione di strumenti che possano, con approcci differenti e plurali, rendere possibile la valutazione della trasformazione sociale prodotta, ma anche la individuazione e il reindirizzamento di quei modelli organizzativi disallineati dal fine per il quale erano stati creati. Come è emerso, adattando la riflessione nel contesto dell'attuale impostazione degli Enti filantropici, uno di questi strumenti può essere rappresentato dalla trasparenza prodotta tramite la redazione del bilancio sociale. Dunque, non essendoci in Italia dopo la chiusura dell'Agenzia per il non-profit, soggetti terzi che possano farsi carico di valutazioni oggettive del loro operato, tramite criteri di misurazione, gli Enti sono chiamati ad auto-valutarsi, misurando la propria forza attraverso la messa in evidenza del valore sociale generato. Il processo formativo di un modello di misurazione è, però, ancora in corso di formazione. Pertanto, risulta difficile dare una connotazione critica dell'impatto sociale prodotto da tali enti, anche perché, con preciso riferimento alla categoria degli "Enti Filantropici", è brevissimo l'arco di tempo che ci divide dall'introduzione di questa nuova figura nel diritto. Serve osservare il fenomeno nella sua estensione spazio-temporale, per valutare concretamente il risultato dell'esperimento posto dal legislatore con la loro introduzione nel mondo giuridico, anche per capire se, effettivamente, i risultati raggiunti, coincideranno con le intenzioni poste dallo stesso legislatore al momento in cui ha assunto questa precisa scelta.

Cio' a cui ci possiamo limitare in questo momento, è esprimere solidarietà rispetto all'intenzione del legislatore di razionalizzare la materia. Inoltre, il riconoscimento giuridico e la disciplina di nuovi soggetti, tracciano l'ordine, l'organizzazione e la certezza tipici del diritto, tradizionalmente utili ad individuare ed evitare, attraverso la possibile applicazione del parametro normativo, eventuali abusi. Nella speranza che questo valga anche nella precisa realtà degli Enti Filantropici.

8. CENNI AL PANORAMA INTERNAZIONALE

A margine del percorso relativo all'evoluzione ed alla regolamentazione degli enti filantropici nel panorama nazionale, appare opportuno una piccola "deviazione" dall'itinerario proposto, oltrepassando il punto di osservazione utilizzato fino ad ora per analizzare dall'interno il fenomeno della filantropia; con un cambio di prospettiva, che date le esigenze del presente contributo può solo essere accennato, appare opportuno superare il contesto nazionale e affacciarsi sul panorama internazionale, per meglio comprendere le dimensioni e i confini del fenomeno filantropico, di cui gli EF italiani sono solo una particella.

Il tentativo più frequente che si può osservare da questo punto di vista, è quello di una continua ricerca d'attenzione istituzionale da parte delle realtà e delle organiz-

zazioni filantropiche (richiesta che probabilmente, proprio attraverso il riconoscimento di queste nuove figure nel diritto, l'Italia ha accolto). Può riportarsi a questa esigenza il Centro europeo della filantropia (European Foundation Center, EFC) il quale, presieduto dal 2017 dall'italiano Massimo Lapucci, rappresenta l'importanza del fenomeno filantropico negli stati d'Europa, portandolo sino alla conferenza internazionale della filantropia, tenuta ogni anno, ed a cui partecipano tutti gli stati del mondo.

Questo ci fa quantomeno comprendere che quella della filantropia è una forza attrattiva e dilagante che assume dimensioni sempre più ampie e si pone obiettivi sempre più imponenti: dopo la conquista di una larghissima fetta, in cui si è sostituita alle istituzioni, nella lotta alla riconquista del bene comune a livello Nazionale, ciò a cui punta ora, è una sfida ancora più grande: “quella di contribuire a formare nei singoli Paesi e in Europa una cittadinanza più consapevole, che rimetta al centro il bene comune, sapendo guardare sempre alla dimensione globale”.

PARTE IV:

L'IMPRESA SOCIALE

1. CARATTERI E DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE

Impresa sociale è il *nomen iuris* di un'altra particolare tipologia di soggetti rientranti nel titolo V del Codice del Terzo Settore, per i quali nella classificazione che abbiamo proposto, possiamo individuare il tratto caratterizzante proprio nell'attività imprenditoriale, intesa come dinamismo produttivo nella dinamica economica.

Si tratta di una struttura organizzativa così denominata poiché coniuga in sé i caratteri dell'imprenditorialità e della socialità: pur svolgendo in un'ottica imprenditoriale che richiama l'art. 2082 del c.c., un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi, l'impresa sociale si caratterizza per l'assenza di scopo di lucro e per il perseguimento di finalità di utilità sociale e interesse generale¹⁷⁴. Proprio quest'aspetto teleologico ha portato il legislatore ad annoverare espressamente tale fattispecie tra gli enti "nominati" del Terzo Settore all'art. 4 CTS, sebbene non si rinvenga nel Codice una disciplina specifica dal momento che il legislatore, all'art. 40, rinvia alla disciplina già esistente. Tale articolo, infatti, è funzionale a chiarire che le imprese sociali, quali enti del terzo settore, sono comunque assoggettate all'applicazione delle norme del codice, per quanto non derogate e compatibili con la richiamata disciplina particolare e, per gli aspetti non disciplinati, dalle norme del codice civile e delle relative disposizioni di attuazione, concernenti essenzialmente la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita.

Il D.lgs. 112/2017, approvato in attuazione della legge delega 106/2016 in materia di revisione della disciplina dell'impresa sociale, si colloca nella più ampia riforma del terzo settore di cui, anzi, costituisce una delle novità più attese. Da tempo ormai era da tutti avvertita la necessità di cambiamento: il decreto 155/2006 che per primo aveva dato una disciplina positiva per l'impresa sociale, infatti, anziché promuovere, aveva finito per soffocare le potenzialità dell'istituto prevedendo una disciplina poco attrattiva, piuttosto stringente, non controbilanciata dal riconoscimento di adeguate forme di agevolazione ed inidonea a vincere la concorrenza delle cooperative sociali. Pertanto, il legislatore della riforma ha inteso, attraverso un'opera di chiarificazione e sistemazione, rimediare alle lacune e alle criticità

¹⁷⁴ Fici A., *La nuova disciplina dell'impresa sociale nella prospettiva dei suoi diversi stakeholders*, in *Impresa sociale*- Rivista fondata dal Gruppo Cooperativo CGM, n. 11/2018, pubblicata da *Iris Network*.

della normativa precedente, ora espressamente abrogata, proprio al fine di “rilanciare” l’impresa sociale quale modello organizzativo del terzo settore imprenditoriale.

Nonostante le novità introdotte dalla riforma, l’impianto complessivo della disciplina non è stato rivoluzionato. Il d.lgs. 112/2017 all’ art. 1, infatti, conferma il principio di neutralità della forma giuridica: la locuzione “impresa sociale” non definisce un peculiare tipo giuridico, ma una qualifica normativa di cui possono avvalersi una varietà di Enti, potrà trattarsi di società di capitali o di persone (Libro V c.c.) ovvero di enti non societari con o senza personalità giuridica (Libro I c.c.). Ciò assume un particolare rilievo poiché, da un lato, legittima anche gli enti non societari a svolgere attività d’impresa e, dall’altro, evidenzia come lo scopo di lucro soggettivo non sia un requisito indefettibile delle strutture societarie. Restano fuori dalla nozione di impresa sociale le società costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche, gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l’erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati. Rispetto al passato rimane immutata la disciplina prevista per gli enti religiosi ai quali le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all’art.2, a condizione che per tali attività adottino un regolamento (in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata), costituiscano un patrimonio destinato e tengano le scritture contabili ai sensi dell’art. 9 dello stesso decreto. Il legislatore prevede poi che acquisiscono la qualifica di impresa sociale *ope legis*, a prescindere dalla ricorrenza dei requisiti di qualificazione stabiliti dagli artt. 2 e 13 dello stesso decreto, le cooperative sociali e i loro consorzi¹⁷⁵, rispetto ai quali le disposizioni del decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica prevista dalla Legge n. 381 del 1991 ed in quanto compatibili.

Al fine di acquisire e mantenere la qualifica di impresa sociale, gli enti sono tenuti a svolgere, una delle attività d’impresa di interesse generale elencate dall’art. 2 co. 1. Accanto ai settori “tradizionali”, tra cui ad esempio interventi e servizi sociali, interventi e prestazioni sanitarie, interventi di tutela e valorizzazione del patrimo-

¹⁷⁵ Uno studio, di recente approvato dalla “Commissione Studi d’Impresa” del “Consiglio Nazionale del Notariato”, ci ha informato che fino a Luglio 2018 nel nostro Paese erano attive più di mille imprese sociali e che all’albo delle società cooperative risultavano iscritti circa ventitremila cooperative sociali. Ciò significa che - poiché le cooperative sociali acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali - la stragrande maggioranza delle imprese sociali sarà costituita proprio dalle cooperative sociali. Nonostante ciò, il legislatore delegato del 2017 ha dedicato all’impresa sociale un intero provvedimento normativo (D.Lgs. 112/2017), limitandosi di dettare non più di qualche disorganico cenno alle cooperative sociali. Lo stesso studio è riuscito a ricavare la seguente gerarchia delle cinque fonti del diritto delle cooperative sociali: 1) L. 381/1991 sulle cooperative sociali; 2) la disciplina comune delle cooperative a mutualità prevalente; 3) la disciplina comune delle cooperative; 4) D.Lgs. 112/2017; 5) D.Lgs. 117/2017, in forza del combinato disposto degli artt. 3, comma 1 e 40, comma 2.

nio culturale e del paesaggio, formazione universitaria e post-universitaria, già presenti nella precedente normativa, il legislatore con la riforma del 2017 ha ampliato l'elenco delle attività con delle integrazioni volte ad aiutare le imprese sociali ad esprimere meglio il proprio potenziale, introducendo il settore della ricerca scientifica, del *social housing*, dell'agricoltura sociale, del microcredito¹⁷⁶, dell'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche e delle attività legate alla riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o confiscati alla criminalità organizzata. Tuttavia l'elenco non è tassativo poiché può essere aggiornato, e dunque altre attività essere aggiunte, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ciò al fine di garantire una normativa più flessibile diretta ad un effettivo adeguamento ai mutamenti socio-economici.

2. L'ATTIVITÀ SVOLTA TRA INTERESSE GENERALE E CARATTERE IMPRENDITORIALE

L'attività di interesse generale deve essere esercitata in maniera "stabile", cioè non occasionale, e "principale", intendendosi tale l'attività che produce ricavi superiori al 70% dei ricavi complessivi. L'impresa sociale può dunque svolgere anche attività diverse da quelle di interesse generale purché i relativi ricavi non eccedano la soglia del 30%.

Lo stesso art.2 stabilisce che l'interesse generale ricorre anche quando, a prescindere dall'oggetto di attività, nelle imprese sociali siano occupati nella misura minima del 30% del totale dei dipendenti, lavoratori molto svantaggiati, persone svantaggiate o con disabilità, beneficiarie di protezione internazionale, ovvero senza fissa dimora purché versino in condizioni di povertà tali da non poter reperire e mantenere un'abitazione in autonomia. L'inserimento di tali soggetti nel mondo del lavoro costituisce un obiettivo di politica sociale particolarmente meritorio ed idoneo di per sé a dare una connotazione sociale all'impresa.

Altro requisito essenziale per assumere la qualifica di impresa sociale è poi l'assenza dello scopo di lucro (non *distribution constraint*). Ovviamente il lucro in questione non è quello cd. oggettivo il cui conseguimento, essendo legato al normale svolgimento dell'attività imprenditoriale, è possibile in quanto risorsa da

¹⁷⁶ L'attività di erogazione del microcredito è accessibile solo ad enti che rivestano la "forma di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative": è richiesto che anche l'impresa sociale, per svolgere attività imprenditoriale nel settore del microcredito, debba adottare la forma giuridica della società di capitali, lucrativa o mutualistica.

reimpiegare nell'attività o da destinare ad altre attività di rilevanza sociale. Piuttosto ad essere vietato è il lucro soggettivo¹⁷⁷ inteso come arricchimento personale ed egoistico da parte di coloro che, a vario titolo, partecipano all'attività dell'impresa. Il d.lgs. n.155/2006 concepiva l'impresa sociale come un soggetto caratterizzato da un divieto assoluto, diretto o indiretto, di distribuzione degli utili, indipendentemente dalla forma giuridica da essa assunta. A ben vedere tale divieto costituiva un vero e proprio limite all'attrazione degli investimenti privati o, meglio, allo sviluppo dell'ecosistema dell'imprenditoria sociale: è su tale aspetto che il d.lgs. n.112 ha inciso notevolmente.

Più specificatamente il legislatore all'art 3 afferma che di regola l'impresa sociale destina gli utili e avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio, vietando a tal fine la distribuzione, anche indiretta degli stessi a fondatori, soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori e altri componenti degli organi sociali, anche qualora sopravvenga un recesso o qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto (art. 3 co. 2). Tuttavia tale divieto non è assoluto : il comma 3 , al fine di attrarre capitali di rischio per il finanziamento dell'impresa sociale, permette a quella costituita in forma societaria di destinare una quota inferiore al 50% degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci oppure alla distribuzione di dividendi ai soci in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo. . Ciò equivale a dire che le “finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”, che connotano l'impresa sociale, perdono il carattere dell'esclusività poiché ad esse si affiancano infatti- rispetto al medesimo art. 3, che continua ad evocare l'assenza di scopo di lucro- anche finalità di tipo egoistiche (lucrative o mutualistiche che siano)¹⁷⁸.

Ciascuna impresa (in qualsiasi forma costituita), può destinare la medesima quota ad erogazioni gratuite in favore di enti del Terzo Settore diversi dalle imprese sociali, che non siano fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società da questa controllate, finalizzate alla promozione di specifici progetti di utilità sociale. Con tale disposizione il legislatore intende rafforzare le connessioni tra gli enti appartenenti al Terzo settore e creare fra di loro una rete di cooperazione anche sotto il profilo economico, facendo dell'impresa sociale uno strumento di supporto finanziario del terzo settore non imprenditoriale: la prospettiva è quella dell'impresa sociale che produce utili sul mercato e ne destina parte per la promozione di

¹⁷⁷ L'esclusione del lucro soggettivo è riaffermata: (i) sia con riferimento ad ogni fase della vita dell'ente, cfr. l'art. 3, comma 2, D.Lgs. 112/017; (ii) sia con riferimento all'eventuale scioglimento individuale del rapporto associativo, cfr. l'art. 3, comma 2, D.Lgs. 112/2017; (iii) sia con riferimento all'ipotesi di estinzione o scioglimento dell'ente, cfr. art. 9 D.Lgs. 117/2017.

¹⁷⁸ Granelli C.- *Impresa e Terzo Settore: un rapporto controverso*, in Riv. Jus Civile, p. 726.

iniziative socialmente utili intraprese da ODV o APS o altri ETS di natura erogativa.

3. STRUTTURA, GOVERNANCE E CONTROLLO DELL'IMPRESA

Quanto alla *governance*¹⁷⁹ (struttura proprietaria e disciplina dei gruppi) il legislatore ha mantenuto l'impianto del d.lgs. 155/2006 presumendo che si abbia attività di direzione e di coordinamento qualora il soggetto detenga la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo amministrativo dell'impresa sociale. Le modifiche concernono da un lato, l'assimilazione dell'attività di direzione a quella di coordinamento, dall'altro lato, l'estensione, oltre che alle amministrazioni pubbliche e agli enti aventi scopo di lucro, anche alle società unipersonali del divieto di detenere la direzione, il coordinamento o il controllo dell'impresa sociale, riconfermando l'annullabilità delle decisioni assunte in violazione di tale divieto e l'impugnabilità entro il termine di 180 gg. Il decreto inoltre all'art. 4 co.1 rinvia, in quanto compatibili, alle norme di cui al capo IX del titolo V del libro V e l'articolo 2545-septies del codice civile.

In merito alla costituzione, non si rinvencono rilevanti variazioni rispetto alla disciplina precedente. L'art. 5 prevede che l'impresa sociale debba costituirsi mediante atto pubblico. Gli atti costitutivi, oltre a quanto previsto per ciascun tipo di organizzazione, devono esplicitare il carattere sociale dell'impresa mediante l'indicazione dell'oggetto sociale e dell'assenza di scopo di lucro; tali atti, le loro modifiche e gli altri documenti devono essere depositati presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, per l'iscrizione nell'apposita sezione. Tale disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 11 del Codice del Terzo Settore, che dopo aver previsto l'obbligo per gli ETS di iscrizione nel costituendo Registro unico nazionale, specifica che per le imprese sociali tale requisito è integrato mediante l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese¹⁸⁰. In questo contesto si colloca il Decreto interministeriale del 16 marzo 2018 con cui il Ministero dello Sviluppo economico definisce gli atti e i documenti che le imprese sociali sono tenute a presentare al registro delle imprese e le modalità per l'esecuzione di tali adempimenti.

¹⁷⁹ RANDAZZO R., TAFFARI G., GIOVINE E., *La disciplina dell'impresa sociale nel percorso della riforma*, in Riv. *Cooperative e Enti non profit*, N. 11-12/2017, pp. 6-7.

¹⁸⁰ Invero, l'art. 11, comma 2, D.Lgs. 117/2017 impone l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese non già a tutti "gli enti del Terzo Settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa", bensì ai soli "enti del Terzo Settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale". Si sottraggono da tale obbligo, quindi, gli ETS che svolgono un'attività d'impresa *non commerciale*, quando è svolta a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi.

La denominazione dell'impresa dovrà necessariamente riportare la locuzione "impresa sociale", e tale obbligo si estende non solo alla denominazione sociale ma anche agli atti ed alla corrispondenza dell'impresa (art. 6).

Dall'art.7 co. 1 deriva la possibilità di riservare la nomina di componenti degli organi sociali anche a soggetti esterni all'impresa sociale, anche se la nomina della maggioranza dei componenti dell'organo amministrativo è riservata all'assemblea degli associati o dei soci dell'impresa sociale. Mentre al co. 2 è inserita una innovazione rispetto alla disciplina precedente: la possibilità per soggetti nominati da enti pubblici o lucrativi di assumere le cariche sociali, ma non la presidenza dell'impresa.

Per quanto concerne l'ammissione ed esclusione di soci o associati, all'art. 8 è previsto che le rispettive modalità vengano regolate dagli atti costitutivi o dagli statuti dell'impresa sociale secondo il principio di non discriminazione, tenendo conto delle peculiarità della compagine sociale e della struttura associativa o societaria e compatibilmente con la forma giuridica in cui l'impresa sociale si è costituita.

Interessanti sono state le modifiche relative alla tenuta delle scritture contabili delle imprese sociali. Difatti, a fronte dell'antecedente e generico obbligo di redazione e pubblicazione di un documento che rappresentasse adeguatamente la situazione patrimoniale ed economica dell'impresa, l'attuale disciplina all'art 9. prevede che l'impresa sociale depositi presso il registro delle imprese un vero e proprio bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli articoli 2423 e seguenti (redazione del bilancio), 2435-bis (bilancio in forma abbreviata) o 2435-ter (bilancio delle micro-impresе) del codice civile, in quanto compatibili; l'intento è assoggettare l'ente ad un più gravoso onere di rendicontazione garantendo così una maggiore trasparenza ed affidabilità del sistema. Inoltre è richiesto che l'impresa sociale depositi presso il registro delle imprese e pubblici nel proprio sito internet, il bilancio sociale redatto secondo le linee guida adottate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Il bilancio sociale è divenuto un strumento di rendicontazione e valutazione dell'impatto sociale¹⁸¹ generato dall'impresa sociale. A tal proposito, un elemento di assoluta novità contenuto nella legge delega 106/2016 è il riferimento alla valutazione dell'impatto sociale delle attività realizzate dagli enti del Terzo Settore; infatti all'art 7 co. 3 è previsto che il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, sentito il parere non vincolante del neonato

¹⁸¹ " L'impresa sociale si caratterizza pertanto per essere un operatore economico il cui principale obiettivo non è generare utili, ma esercitare un impatto sociale, attraverso l'innovazione sociale, intesa come capacità di sviluppare e attuare nuove idee, siano esse prodotti, servizi o modelli di organizzazione, concepite per rispondere alle nuove esigenze e sfide sociali, territoriali ed ambientali". GORGONI M., *Di particolari categorie di enti del Terzo Settore*, in *Il Codice del terzo settore*, Pacini giuridica 2018, p.291.

Consiglio Nazionale del Terzo Settore, predisponga sistemi di valutazione “qualitativa e quantitativa, sul breve, medio, lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all’obiettivo individuato”. Tale disposizione evidenzia come il valore sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo Settore non risieda tanto nella forma giuridica delle organizzazioni stesse o nella mera indicazione delle finalità di interesse generale espressa nella legge o negli statuti, ma dipenda dai risultati prodotti effettivamente da quelle attività, verificabili in termini di interesse generale¹⁸².

Rilevanti sono state le modifiche introdotte dal d.lgs. 112/2017 in tema di controllo, sia interno sia esterno, dell’impresa sociale¹⁸³. Quanto al controllo interno, l’art. 10 impone per tutte le imprese sociali, “fatte salve le disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica in cui l’impresa sociale è costituita”, la nomina obbligatoria di uno o più sindaci aventi i requisiti e privi delle cause ineleggibilità e decadenza di cui agli artt. 2397 co.2 e 2399 cc.. Accanto alle funzioni tipiche di vigilanza sull’osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile, e sul suo concreto funzionamento, il legislatore attribuisce a tali soggetti anche poteri di monitoraggio rispetto al perseguimento delle finalità sociali dell’impresa, e di attestazione della conformità del bilancio sociale alle linee guida di cui all’art. 9 co. 2. Quanto invece al controllo esterno, nel caso in cui l’impresa sociale superi per due esercizi consecutivi due dei limiti indicati nel primo comma dell’articolo 2435-bis del codice civile relativi a totale dell’attivo dello stato patrimoniale, ricavi delle vendite e delle prestazioni, media dei dipendenti occupati durante l’esercizio, la revisione legale dei conti è esercitata da un revisore legale o da una società di revisione legale, o da sindaci iscritti nell’apposito registro dei revisori legali.

4. L’ATTIVITÀ LAVORATIVA PRESTATATA NELL’IMPRESA: PROFILI SOGGETTIVI

Per quanto attiene il coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti all’attività degli enti, la nuova disciplina sembra voler valorizzare la natura *multi-stakeholders* dell’organizzazione dell’impresa. All’art.11 si prevede che tale coinvolgimento debba essere menzionato nei regolamenti aziendali o negli statuti dell’impresa stessa; deve inoltre consentire a tali soggetti di esercitare un’influenza sulle decisioni inerenti l’attività dell’impresa, con particolare riferimento alle questioni che incidono direttamente sulle condizioni di lavoro, sulla qualità dei beni e dei servizi. Le modalità individuate dalla singola impresa devono tener conto, fra

¹⁸² Benvenuti S., *Finalmente una disciplina organica del Terzo Settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017- Fascicolo 3/2017, pp. 12-13.

¹⁸³ RANDAZZO R., TAFFARI G., GIOVINE E., *La disciplina dell’impresa sociale nel percorso della riforma*, in *Riv. Cooperative e Enti non profit*, N. 11-12/2017, pp. 63-64.

tutti gli altri elementi, dei contratti collettivi di cui all'art.51 del d.lgs. 81/2015, della natura dell'attività esercitata, delle categorie di soggetti da coinvolgere e delle dimensioni dell'impresa sociale. Al comma 4 il suddetto articolo individua delle previsioni che dovranno obbligatoriamente essere contenute negli statuti: casi e modalità di partecipazione di lavoratori e utenti, anche tramite loro rappresentanti, all'assemblea degli associati o dei soci; e, per le imprese che superano due dei limiti indicati all'art 2435bis cc, ridotti della metà, la nomina da parte dei lavoratori di almeno un componente dell'organo di amministrazione e di controllo. Questa disciplina non trova applicazione per le imprese sociali costituite in forma di società cooperativa a mutualità prevalente e gli enti religiosi.

Il d.lgs. 112/2017, all'art.13, disciplina il lavoro nell'impresa sociale sancendo il principio della non inferiorità del trattamento economico e normativo riservato ai lavoratori dell'impresa stessa rispetto a quanto previsto dai contratti collettivi. Come gli altri enti del terzo settore, anche le imprese sociali possono avvalersi dell'attività di volontari. Tuttavia, se con il d. lgs.155/2006 il loro impiego era consentito "nei limiti del 50% dei lavoratori a qualunque titolo impiegati nell'impresa sociale", l'attuale decreto dispone che il numero degli stessi non possa essere superiore alla totalità dei dipendenti, limite questo volto ad evitare l'elusione delle norme giuslavoristiche. È fatto obbligo alle imprese sociali di tenere un apposito registro dei volontari impiegati, di assicurare i medesimi contro gli infortuni e le malattie connesse allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi.

5. LE CD. OPERAZIONI STRAORDINARIE

Una delle tematiche affrontate in sede di riforma del terzo settore è stata anche quella relativa alle cd. operazioni straordinarie. Il codice del terzo settore ha modificato ,con l'inserimento dell'art 42bis, la disciplina del codice civile relativa alle operazioni straordinarie degli enti non lucrativi di cui al libro I, nonché degli enti del terzo settore non aventi forma societaria; tuttavia con specifico riferimento alle imprese sociali il legislatore ha preferito dettare un'apposita regolamentazione, al fine di evitare che risorse destinate a finalità di interesse generale vengano distratte a favore di soggetti con fini lucrativi. A tal proposito, l'art 12 del d.l.gs. 112/2017 prevede che gli enti che esercitano un'impresa sociale, nel caso in cui intendano attuare operazioni straordinarie quali trasformazione, fusione, scissione devono farlo in maniera tale da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte degli enti risultanti dagli atti posti in essere (la forma giuridica che ne viene fuori deve cioè conservare il carattere della non lucratività). Inoltre con riferimento alla cessione dell'azienda, o di un ramo di essa, è previsto che la stessa debba essere realizzata, previa relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede l'impresa sociale, attestante il valore effettivo del patrimonio

dell'impresa, in modo da preservare il perseguimento delle finalità di interesse generale da parte del cessionario. Gli atti di cui al comma 1 devono essere posti in essere in conformità alle disposizioni dell'apposito decreto adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore. In ogni caso ai fini del perfezionamento delle operazioni in questione è necessaria la previa autorizzazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali che s'intende concessa secondo un meccanismo di "silenzio-assenso", decorsi 90 giorni dalla ricezione della notificazione in merito all'intenzione di procedere all'effettuazione dell'operazione stessa. Per quanto riguarda la devoluzione del patrimonio, l'art 12 comma 5, prevede che in caso di scioglimento volontario dell'ente o di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, il patrimonio residuo è devoluto ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o al "Fondo per la promozione e lo sviluppo dell'impresa sociale"¹⁸⁴.

In attuazione del menzionato articolo, in data 27/04/2018 è stato emanato il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali recante "Disposizioni in materia di Trasformazione, Fusione, Cessione di azienda e devoluzione del patrimonio da parte delle imprese sociali"; esso definisce le modalità procedurali nonché la documentazione da allegare all'istanza di autorizzazione ad effettuare le operazioni straordinarie di gestione.

Rispetto a quanto previsto dal d.lgs. 155/2006 sulle procedure concorsuali, l'attuale disciplina tratta con maggiore rigore tale materia, dal momento che il d.lgs. n.112/2017 pur confermando in casi di insolvenza l'assoggettamento dell'impresa sociale alla liquidazione coatta amministrativa, all'art 14 aggiunge la previsione di un apposito Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali sia per l'attivazione della procedura concorsuale sia per la nomina del commissario liquidatore. Si tratta di una novità che, attraverso il coinvolgimento dell'autorità vigilante sull'impresa sociale, è funzionale a garantire un maggiore rigore della liquidazione e il rafforzamento dei presidi a tutela delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Circa i criteri e le modalità di remunerazione dei commissari liquidatori e dei membri del comitato di sorveglianza è prevista l'emanazione di un Decreto interministeriale. L'eventuale patrimonio residuo all'esito della procedura di liquidazione deve essere devoluto, ai sensi del comma 8 dell'art 15, al fondo istituito ai sensi dell'art.16 dall'ente o dall'associazione cui l'impresa sociale aderisce o, in

¹⁸⁴ Colombo G.M., *Le operazioni straordinarie delle imprese sociali*, in *Cooperative e Enti non profit*, n. 8-9/2018, p. 8

mancanza, dalla Fondazione Italia Sociale¹⁸⁵, salvo quanto specificamente previsto in tema di società cooperative.

Un'adeguata disciplina dell'impresa sociale deve contenere anche norme che istituiscono forme di controllo pubblico atte a garantire che la qualifica di impresa sociale sia utilizzata solo da enti realmente tali. L'art 15 è dedicato proprio alle funzioni di monitoraggio, ricerca e controllo dell'operato delle imprese sociali, funzioni che fanno capo principalmente al Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali che le esercita tramite l'ispettorato nazionale del lavoro. Se nel corso dall'attività ispettiva vengono accertate violazioni del Decreto, scatta un meccanismo sanzionatorio ispirato a criteri di gradualità e proporzionalità: dalla diffida a regolarizzare comportamenti illegittimi entro un congruo termine si arriva, in caso di irregolarità insanabili o non sanate, alla perdita della qualifica di impresa sociale e alla devoluzione del patrimonio residuo o al fondo di cui all'art 16 o alla Fondazione Italia Sociale. Tali provvedimenti sono comunque impugnabili innanzi al giudice amministrativo.

Nell'ambito della disciplina dell'impresa sociale un tema di grande rilievo è poi quello della fiscalità; da questo punto di vista, sotto la precedente normativa, l'assunzione della qualifica di impresa sociale aveva un effetto sostanzialmente neutro: nessuna agevolazione era prevista né per le imprese né per gli aderenti. Quest'aspetto non ha sicuramente aiutato la piena affermazione dell'istituto, come dimostra il ristretto numero di imprese sociali costituite dal 2006 ad oggi. Ecco perché il legislatore della riforma ha tentato di introdurre delle misure agevolative e di sostegno nella speranza che possano contribuire al "decollo" dell'impresa sociale¹⁸⁶. Tra queste vi è innanzitutto l'introduzione del "Fondo per lo Sviluppo delle Imprese Sociali": l'art 16 dispone che le imprese sociali possono destinare una quota non superiore al 3% degli utili netti annuali, dedotte eventuali perdite, a fondi istituiti dagli enti e dalle associazioni di cui all'articolo 15, comma 3, nonché dalla Fondazione Italia Sociale, specificamente ed esclusivamente destinati alla promozione e allo sviluppo delle imprese stesse attraverso azioni ed iniziative di varia natura, quali ad esempio il finanziamento di attività di formazione dei lavoratori dell'impresa.

Di fondamentale importanza sono però le misure fiscali e di sostegno economico all'impresa sociale introdotte dall'art. 18 che prevede: la detassazione degli utili e avanzi di gestione destinati allo svolgimento di attività statutaria o ad incremento

¹⁸⁵ La Fondazione Italia Sociale è un ente, istituito con D.P.R. del 28 Luglio 2017, con lo "scopo di sostenere, mediante l'apporto di risorse finanziarie e di competenze gestionali, la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di enti del Terzo Settore, caratterizzati dalla produzione di beni e servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti, in particolare, ai territori e ai soggetti maggiormente svantaggiati".

¹⁸⁶ Fici A., *La nuova disciplina dell'impresa sociale: una prima lettura sistematica*, in *Riv. Impresa sociale* – n. 9 / 09-2017, p. 12.

del patrimonio; una detrazione d'imposta pari al 30% della somma investita, in favore dei soggetti che intendono effettuare investimenti nel capitale delle imprese sociali; la possibilità per le imprese sociali costituite in forma di società di raccogliere capitali attraverso piattaforme online (c.d. *crowdfunding*)¹⁸⁷.

6. LE MODIFICHE APPORTATE NEL 2018

Recentemente a coronamento della riforma, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali il decreto legislativo n° 95/2018 che ha “arricchito” la disciplina in materia di impresa sociale con disposizioni integrative e correttive. Gli interventi principali riguardano innanzitutto l'utilizzazione dei lavoratori molto svantaggiati: viene infatti fissato il limite temporale di 24 mesi dalla data di assunzione, varcato il quale un lavoratore “molto svantaggiato” non potrà più considerarsi tale e non potrà più, conseguentemente, essere computato in quella soglia minima del 30%. Sono introdotti limiti più stringenti all'impiego di volontari, prevedendo che la loro azione debba essere aggiuntiva e non già sostitutiva di quella dei lavoratori impiegati; è inserita all'art 12 una clausola di salvaguardia della normativa in tema di società cooperative, volta a garantire che le operazioni straordinarie avvengano nel rispetto delle finalità tipiche e dell'identità specifica dell'impresa sociale in forma cooperativa. Di grande interesse pratico per le imprese sociali già costituite prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 112/2017 (cioè entro il 19 luglio 2017) sono le modifiche apportate all'**articolo 17, comma 3**: il termine finale entro il quale esse sono tenute ad adeguarsi alla nuova normativa non è più di 12 mesi, bensì di 18. Rilevanti sono stati anche gli interventi correttivi sul versante fiscale, di cui all'art 18: l'agevolazione sugli investimenti nel capitale di società imprese sociali, consistente nella detrazione o deduzione di un importo pari al 30% della somma investita (entro tetti massimi), si applica adesso a condizione che l'investimento sia mantenuto per almeno 5 anni e sia effettuato nel capitale di una società che, a prescindere da quando sia stata costituita, abbia acquisito la qualifica di impresa sociale da non più di 5 anni. La misura premia dunque gli investimenti in “nuove” imprese sociali anche se risultanti da “conversione” di soggetti già esistenti¹⁸⁸.

L'impresa sociale pur essendo stata appositamente concepita dal legislatore per lo svolgimento di attività imprenditoriali, non è, nel panorama degli enti del Terzo Settore, l'unico soggetto che può esercitare attività d'impresa di interesse generale:

¹⁸⁷ Le società imprese sociali sono state infatti incluse tra i soggetti in favore dei quali i soggetti autorizzati alla gestione di portali per la raccolta di capitali possono operare ai sensi dell'art. 50-quinquies e i cui strumenti finanziari possono essere oggetto di offerta al pubblico ai sensi dell'art. 100-ter del Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (TUF).

¹⁸⁸ Rassegna di documentazione- *Approvato il decreto correttivo sull'impresa sociale*, in *Panorama definitivo*, Cooperative e Enti Non Profit, n. 8-9/2018, pp. 66

da qui la possibilità di enucleare la categoria delle “imprese del Terzo Settore” che comprende le imprese sociali ma non si esaurisce in esse. Il riconoscimento, come enti del terzo settore, di fattispecie che svolgano la loro attività d’interesse generale in forma d’impresa, è giustificato dal contenuto di alcune disposizioni del Codice del Terzo Settore, in particolare dall’art. 4 dove, nel definire gli enti del Terzo Settore, il legislatore fa riferimento sia alle imprese sociali sia alla inclusione della produzione o scambio di beni o servizi tra le possibili forme di svolgimento dell’attività d’interesse generale; dall’ art. 5 dove, nell’ elencare le attività di interesse generale il cui svolgimento contraddistingue gli enti del terzo settore, non specifica le modalità di esercizio, ammettendo anche quindi quella imprenditoriale; inoltre, dall’ art.8 e dal riferimento ad eventuali ricavi e utili conseguibili dagli enti del terzo settore, poiché si tratta di termini tecnici che evocano i profili di gestione economica; infine, dalla previsione dell’obbligo di iscrizione, oltre che nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, nel registro delle imprese, per gli enti del terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente e principalmente in forma di impresa commerciale (art. 11, comma 2, CTS) nonché dall’imposizione ai medesimi enti dell’obbligo di tenuta delle scritture contabili di cui all’art 2214 c.c. e di deposito del bilancio di esercizio presso il registro delle imprese (art. 13, comma 4 e 5, CTS). Da tali norme emerge chiaramente la compatibilità dell’attività d’impresa con lo svolgimento di attività civiche, solidaristiche o di utilità sociale, e dunque la possibilità per gli enti del Terzo Settore anche diversi dall’impresa sociale, di esercitare un’attività economica con le caratteristiche di cui all’art. 2082 c.c.: con metodo economico potranno svolgersi sia le attività “diverse” di cui all’ art. 6 del CTS, sia quelle propriamente di “interesse generale” di cui all’ art. 5. Ciò che differenzia tali realtà è che l’impresa sociale è necessariamente legata all’attività d’impresa, poiché lo svolgimento di una o più imprese di interesse generale costituisce un requisito essenziale; mentre per gli altri enti del terzo settore l’imprenditorialità è soltanto eventuale. Diverso è anche il regime tributario: solo alle imprese sociali si applicano le agevolazioni fiscali di cui all’art 18, comma 1, d.lgs. 112/2017, mentre gli altri enti del terzo settore diversi dall’impresa sociale non ne sono beneficiari; ed infine diversa è anche la forma giuridica nella quale essi possono costituirsi, poiché gli altri enti imprenditoriali del terzo settore (diversi dall’impresa sociale) si presentano come associazioni o fondazioni, mentre l’impresa sociale può assumere anche la forma societaria. La disparità di trattamento, che emerge dalle suddette considerazioni, rispecchia perfettamente la volontà del legislatore di favorire l’impresa sociale rispetto alle altre imprese del terzo settore, o meglio di promuovere la costituzione di imprese sociali e la conversione di enti del terzo settore già imprenditoriali in imprese sociali¹⁸⁹.

Da tale trattazione è possibile ricavare come, sebbene il legislatore abbia dettato con specifico riferimento all’impresa sociale, una corposa disciplina - rispetto a

¹⁸⁹ FICI A., *L’impresa sociale e le altre imprese del terzo settore*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, Fascicolo 1, giugno 2018, Il Mulino, Bologna, pp. 37-40.

quella dettata dal D.Lgs. 117/2017 per gli altri ETS che svolgano attività d'impresa- però, questo non implica un'organicità della stessa. Infatti il D.Lgs. 112/2017 dichiara applicabili all'impresa sociale anche le norme del Codice del Terzo Settore e del Codice Civile qualora ricorrano le condizioni sopra esposte facendo, comunque, "salve le disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita". Si tratta di rilievi, questi, che inducono ad una rapida e sgradevole conclusione. Il Codice del Terzo Settore non esaurisce in sé la disciplina degli enti che esso stesso qualifica come ETS e ciò è confermato dal fatto che all'interno della stessa codificazione vi sia, di regola, "una norma di rinvio" ad una specifica disciplina, ad es.: la regolamentazione della società di mutuo soccorso, come si è detto, rimane in buona parte consegnata alla L. 3818/1886; quella delle cooperative sociali e dei relativi consorzi alla L. 381/1991 ed, infine, quella della imprese sociali al D.Lgs. 112/2017. Ciò significa che l'interprete qualora fosse intenzionato a ricostruire nella sua interezza la disciplina del terzo settore non può fare esclusivo riferimento al Codice del Terzo Settore, ma è costretto ad un'opera di coordinamento con altri testi normativi.¹⁹⁰ Tale opera di coordinamento si mostra impraticabile, non solo per la necessità di continuare a far riferimento ad una pluralità di documenti normativi disorganici ed incompleti, ma anche perché il legislatore delegato ha voluto dettare una disciplina connotata da un elevato tasso di disomogeneità rispetto alle singole figure "nominate" degli ETS, vanificando l'ingenua speranza nutrita dagli autori delle grandi codificazioni: la creazione di codici che fossero completi, chiari e coerenti da non richiede alcuna opera di interpretazione.

CONCLUSIONI

A margine delle considerazioni svolte, al fine di dare un senso unitario allo studio delle particolari categorie di ETS, è doveroso fare emergere alcune considerazioni che hanno preso forma nello svolgimento del nostro lavoro. In primo luogo, è necessario precisare che il criterio proposto sino a questo punto che ci ha permesso di differenziare gli enti secondo il tipo di attività da essi svolta (dare, fare, produrre) risulta finalizzato, nell'economia del presente lavoro, a presentarsi come un criterio classificatorio, l'unico utile ad aiutarci nel tentativo di tracciare l'ordine potenziale utilizzato dal legislatore per improntare la disciplina. Così, se attraverso un approccio di scissione dei singoli elementi costitutivi abbiamo analizzato con metodo scientifico le singole realtà, ora risulta opportuno compiere il processo inverso per passare ad un approccio compositivo, che non miri più a scindere gli elementi, ma a comporli in una dimensione complessiva e unitaria. Se il primo approccio ci ha permesso di compiere un'analisi guidata e razionale di ogni singolo

¹⁹⁰ Granelli C.- *Impresa e Terzo Settore: un rapporto controverso*, in Riv. Jus Civile, pp. 733-734.

ente, il secondo ci porterà a cogliere l'essenza fondamentale dell'intero Terzo settore. In tal senso, è utile precisare che il Terzo settore nasce come una risposta naturale e istintiva alla crisi vissuta dall'Italia negli ultimi anni, che ha portato tra i suoi effetti alla frammentazione ed all'indebolimento del senso di comunità. In un momento nel quale sembra irreversibile la frantumazione del soggetto pubblico e la perdita della centralità e del ruolo da esso svolto nei confronti dei consociati, soprattutto nei confronti delle fasce più deboli, l'individuo stesso avverte una spinta a sopperire da solo ai propri bisogni e si trova a chiudersi in una sfera egoistica in cui esclude l'elemento collettivo. Dunque, in questa dimensione in cui l'individuo si trova isolato di fronte alla comunità, a dover sopperire a bisogni sociali a cui non risponde sufficientemente lo Stato, lo strumento associativo si presenta come mezzo utile a coprire quelle crepe createsi tra il "pubblico" e il "privato" ed a superare il rischio di una chiusura egoistica della società. Nasce un complesso ibrido, che prende le caratteristiche dell'uno e dell'altro ambito, pur rimanendo distinto da entrambi, che ha come fine la ricostituzione del bene comune: il Terzo Settore. L'aspetto peculiare di questo settore si rinviene nella importanza che esso restituisce alla comunità: è qui che si trova il suo nucleo centrale ed assiologico; il singolo- persona fisica, non può perseguire le finalità proprie del settore, non è possibile la manifestazione del singolo ma è necessaria la mediazione di un ente collettivo che si qualifichi come una comunità nella comunità. E' proprio da questa prospettiva che si riescono a cogliere le sfumature che caratterizzano il concetto di comunità e lo differenziano da quello di associazione, perché è al primo che si auspica un ritorno. La comunità, rappresenta una propensione naturale dell'essere umano che, da "animale sociale", avverte la necessità di comunicare e interagire con il prossimo per completarsi e realizzarsi. Nascono da questo bisogno le prime comunità, che dal punto di vista temporale hanno radici molto profonde. Infatti, è già nella preistoria che gli uomini si aggregavano per formare una comunità aiutandosi a vicenda per sopravvivere, così come è nell'ambito religioso che si configura la loro dimensione ancestrale, con le prime comunità cristiane all'epoca di Gesù. Al contrario, l'associazione è una realtà transitoria, razionale e soprattutto recente. Questa si inserisce come una realtà interna, concentrica alla comunità, in cui i soggetti si organizzano in gruppi per realizzare obiettivi comuni e contingenti. Infine, aspetto peculiare della comunità è la comprensione, la quale deriva dalla conoscenza reciproca e dallo spirito solidale verso il prossimo. E' esattamente a questi valori che tendono gli ETS i quali, alla luce di quanto premesso, non possono essere considerati solo alla stregua di un mero elemento negativo, la non lucratività, ma meritano di essere valutati, coerentemente con quanto sostenuto da Raffaele Di Raimo in un suo scritto, per il loro sostrato teleologico e dunque per i valori di solidarietà, assistenza e volontariato, i quali sono innanzitutto categorie dello spirito e attraverso cui possiamo cogliere il vero senso del Terzo settore¹⁹¹. In questa prospettiva, è chiaro che le sub-unità costitutive di questo "nuovo orizzonte" non possono e non devono essere le singole persone, ma la collettività. Il

¹⁹¹ Raffaele Di Raimo- *Impresa, profitto e categorie dello spirito*.

terzo settore, nella sua base costitutiva fatta di associazioni e organizzazioni di persone, funge da esempio per dimostrare la forza che l'unione, la collaborazione, la combinazione di sforzi ed intenti, assumono nella comunità. Con la speranza, rinvenuta anche nelle intenzioni del legislatore, che questo sia utile a rivitalizzare quelli che sono valori fondamentali del nostro Stato.

GRUPPO IV

Il terzo settore: un nuovo quartiere o un rattoppo di periferia?

Gruppo di lavoro:

Federica Borrello, Ilaria Bruno, Simona Maria Teresa Chiricosta, Maria Condemi, Valentina Denaro, Sara Fazzari, Sara Ferraro, Maria Forgione, Annunziata Laganà, Gina Mazzone, Giovanni Pace, Gabriele Polito, Jessica Porcino, Simona Antonia Romeo, Laura Sotira, Adele Spataro, Paola Spinelli, Mariateresa Tripodi

Tutor:

dott.ssa Grazia Benedetto

dott. Marco Schirripa

Introduzione

Cap. I – Indagine sul fenomeno del Terzo Settore

§ 1.1 – Origine ed evoluzione storica

§ 1.2 – Dicotomia pubblico-privata: sbiadiscono i confini

§ 1.3 – Come risponde la cittadinanza attiva alla crisi degli enti pubblici?

§ 1.4 – Il perseguimento degli interessi generali corrisponde alla realizzazione degli interessi individuali?

Cap. II – Terzo Settore ed enti pubblici: il rilancio del partenariato

§ 2.1 – Una finestra di dialogo: l'art. 55 del d.lgs. 117/2017

§ 2.2 – L'affidamento dei servizi sociali e sanitari

§ 2.3 – Le concessioni

§ 2.4 – Le convenzioni

Conclusioni

Introduzione

Le organizzazioni sociali, fin dalla loro origine, hanno avuto lo scopo di realizzare quelli che vengono definiti “bisogni collettivi” e, l’uomo, nel corso dei secoli, si è dato una struttura organizzativa-normativa finalizzata alla concreta realizzazione di questi ultimi.

Attualmente, il mondo del c.d. “Terzo Settore”, appare essere una realtà che si autogenera dalle particolari necessità collettive, alle quali lo Stato non riesce a rispondere adeguatamente. Quest’ultimo, cerca di aprire un varco tra le due macro aree giuridiche, che da sempre hanno caratterizzato il mondo del diritto: quella pubblicistica e quella privatistica.

Nel Terzo Settore, i confini si sbiadiscono e i contorni si sfumano, ciò che in precedenza era minuziosamente catalogato in periferie distaccate, subisce una contaminazione da quartieri opposti, dando vita ad aree nuove ed ancora sconosciute agli occhi dell’operatore giuridico, il quale ha tentato di regolamentare questa nuova mutevole realtà, attraverso la creazione di una specifica e giovane normativa, dettata dal Codice del Terzo Settore.

Si tratta di una normativa che riflette tutte le esigenze sociali di uno Stato governato dal principio di sussidiarietà che a sua volta legittima e promuove l’autonomia dei singoli cittadini, delle associazioni e degli enti, trattenendo per sé un ruolo di soccorso e di intervento solo nei casi di necessità ed insuccesso.

Il privato occupa sempre di più un ruolo emergente mentre lo Stato opera nelle retrovie limitandosi a funzioni di soccorso, assistenza, e controllo.

Siamo dinanzi ad un mutamento radicale e senza precedenti storici che produce un vero e proprio terremoto alle fondamenta della materia giuridica, chiamata ad adattarsi alle dinamiche sociali e alla necessità di un intervento rapido e concreto per far fronte al moltiplicarsi degli interessi individuali e collettivi.

Abbiamo analizzato una delle molteplici sfaccettature legate alla normativa del Terzo Settore, ovvero il rapporto che quest’ultimo intrattiene con gli Enti Pubblici. Due mondi apparentemente diseguali e lontani ma che, per forza di eventi e necessità collaborano e cooperano in stretta sinergia affinché si possa pervenire al raggiungimento del benessere collettivo. Ma qual è il limite che determina il confine tra il mondo ibrido del Terzo Settore e quello del diritto pubblico? Quando è necessario un intervento statale? In che modo salvaguardare gli interessi delle fasce più deboli evitando che il terzo settore si trasformi in un’attività meramente lucrativa?

Addentrandoci nei meandri della normativa che è stata confezionata per questa nuova realtà sociale, ed avendo come punti cardine: il Codice del Terzo Settore, la Carta Costituzionale, il Codice Civile ed ancora una complicata comparazione, tra gli istituti che vengono odiernamente applicati dal Terzo Settore ma che sono mutuati dal diritto pubblico, cercheremo di delineare con maggiore chiarezza il complesso rapporto fra i protagonisti di questa sintetica trattazione.

Quest'analisi prosegue verso mete tecniche, che profumano di diritto tangibile: affidamenti di servizi sociali, concessioni, convenzioni, appalti, patti di collaborazione e molto altro. Fattispecie concrete nelle quali si declina in atti ciò che viene enunciato ai sensi dell'art 55 D.lgs. 117/2017 a proposito di co-programmazione e co-progettazione.

Infine, si è tentato di delineare nel modo più semplice e completo possibile, i chiaroscuri presenti nel Terzo Settore, aprendo una finestra a vista sull'incongruente ma affascinante rapporto che li lega in modo evidente e sinallagmatico con gli Enti Pubblici.

CAPITOLO I:

INDAGINE SUL FENOMENO DEL TERZO SETTORE

1.1 *Origine ed evoluzione storica*

Al fine di indagare l'evoluzione storica relativa alla realtà del Terzo Settore è prodromico precisare che lo studio affrontato è apparso ricco di sfumature, talvolta nebbioso e poco lineare.

Tuttavia, a facilitare la comprensione dei meccanismi che governano la dimensione giuridica sottoposta ad analisi è stato utile adoperare un approccio metodologico graduale sperimentato durante il Corso di Diritto Civile.

Dunque, non possiamo che iniziare la disamina analizzando l'arco temporale che va dalla metà del 1800 in avanti.

In quell'epoca, il modello di Stato Assoluto, massima rappresentazione dell'*ancien regime*, inizia ad essere corroborato dai principi che costituiranno, in tempi successivi, la matrice dello Stato Moderno.

Proprio all'interno dello Stato Liberale iniziano a configurarsi gli elementi tipici che rappresenteranno una forma embrionale di Pubblica Amministrazione¹⁹² più vicina a quella odierna. In particolare questa fase storica è peculiarmente rappresentata dalla borghesia, in qualità di ceto e base sociale.

La fisiologica evoluzione dello Stato liberale è lo Stato Borghese, il quale applicando i principi di matrice liberale ad esso connaturati si astiene dall'intervenire nella vita economica e sociale dei sudditi e si impegna a provvedere solamente all'"essenziale": difesa, polizia, ordinamento giudiziario e giurisdizione.

¹⁹² L. Salamone, L'evoluzione del fenomeno amministrativo e modelli di Stato tra il XIX e il XX secolo, Diritto.it, pp. 5 e ss.

Dalla compagine storica sottoposta alla nostra attenzione, la Pubblica Amministrazione in questo periodo storico tende a cedere ai privati tutte le imprese che in origine erano di dominio pubblico e inizia a porre in essere la liquidazione dei grandi patrimoni terrieri. E' proprio in questa fase che inizia a porsi il divieto di aiuto pubblico, diretto e non, all'imprenditoria privata.

La logica che presiede a tale divieto costituisce la base della netta separazione tra ciò che è "Pubblico" e ciò che è "Privato".

Cambia il modello di Stato e con esso anche il ruolo della Pubblica Amministrazione: si passa dallo Stato Liberale a quello Sociale mentre la Pubblica Amministrazione assume un ruolo centrale sul piano economico. Nel frattempo nascono gli Stati Europei, enti autoritativi che si occupano di fornire direttamente beni e servizi ponendo al centro della loro attività il benessere del singolo individuo. Si delinea quello che viene definito "Stato Assistenziale".

Questo modello, con i precisi contorni sin qui cristallizzati, entra in crisi negli anni Settanta, quando diviene impossibile garantire in modo equo e costante tutti i servizi pubblici principali senza mettere a repentaglio il meccanismo di economicità ed efficienza che sta a presidio del sistema ordinamentale.

Alla luce dei dati storici reperiti durante le indagini condotte¹⁹³, è stato possibile comprendere che per superare la crisi dello Stato Interventista, la *governance* ha dovuto delegare verso il basso la responsabilità nella produzione di servizi sociali e nelle materie di fornitura ai cittadini, i quali senza profitto alcuno hanno colto la richiesta e si sono adoperati per corrispondere e soddisfare le esigenze di tutela e benessere della collettività.

L'ente pubblico non è più in grado di perseguire gli interessi delle sue comunità ed è costretto ad una forzata collaborazione con i privati. Nasce, così, nella seconda metà del XX secolo quello che viene convenzionalmente definito "*Welfare Mix*"¹⁹⁴.

¹⁹³ Estensione online del corso Messori-Razzoli, Percorsi di Diritto e Legislazione socio-sanitaria, Clitt 2012. I servizi vengono gestiti dalle Istituzioni Pubbliche e dal "privato sociale", il Terzo Settore, un "mercato" rivolto alla collettività, che ha natura privatistica ma in cui è assente la finalità lucrativa (No Profit)

¹⁹⁴ Il nuovo termine coniato definisce un sistema di collaborazione combinato e coordinato tra Stato, Mercato e Settore No Profit, in cui i protagonisti di questi ambiti uniscono le proprie energie, i propri sforzi e le proprie competenze per sopperire alle mancanze della Pubblica Amministrazione.

Unitamente alla nascita di tale tipologia di Stato si costituiscono i principi guida del sistema: efficienza, efficacia ed economicità¹⁹⁵.

La fine del XX secolo, invece, si caratterizza per la nascita di un nuovo modello qualificato dagli studiosi come “Stato Regolatore”¹⁹⁶: in questo, enti di Diritto Pubblico, enti di Diritto Privato, Terzo Settore e cittadini organizzati partecipano in modo paritario al processo di *governance* e all’elaborazione e all’implementazione delle politiche pubbliche mentre lo Stato assume un mero ruolo di garanzia.

La tipologia di Stato esaminata è stata identificata dalla dottrina¹⁹⁷ come un modello mutuato dalla politica anglosassone ossia una “arena pubblica” in cui l’attività di governo si caratterizza da una serie di organizzazioni disposte in modo “circolare”; altra parte della dottrina per converso ha ritenuto il modello regolatore una “arena delle organizzazioni” ricomprendendo al suo interno, invece, l’insieme delle organizzazioni pubbliche e private che operano in un sistema relazionale fondato sulla competizione e finalizzato alla conquista del mercato. Proprio quest’ultimo ha un ruolo cruciale poiché rappresenta lo spazio virtuale all’interno del quale tali enti reperiscono le risorse necessarie per la loro sopravvivenza. L’indagine storica del fenomeno ci ha indotto a ritenere che il nuovo “Stato Regolatore”, per come definito nei più recenti studi, può e di fatto costituisce una valida alternativa al precedente modello di Welfare State, oppure una più congrua sua rivisitazione, che tende a concretizzare i principi cardine della democrazia e a darvi attuazione passando attraverso il riconoscimento del reale valore di una organizzazione di qualità.

¹⁹⁵ Concetti cardine ripresi e ridelineati da Massimo Severo Giannini, ministro per la Funzione Pubblica, in un Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato, trasmesso alle Camere nel 1979. In esso egli definisce “l’efficacia: il rapporto tra i risultati ottenuti e gli obiettivi prestabiliti”, e “l’efficienza: il rapporto tra le risorse impiegate e i risultati ottenuti”. La legge del 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme sul procedimento amministrativo, all’art. 1 recita che: “l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”, delineando in questo modo i principi generali dell’attività amministrativa.

¹⁹⁶ A. La Spina, *Lo Stato Regolatore*, “Questo si avvarrà per lo più di politiche regolative. La regolazione si riferirà di norma ad ambiti di attività svolte dai privati, per garantirne condizioni di funzionamento efficiente. Uno Stato regolatore è altresì responsabile della valutazione dell’efficacia delle proprie misure, nonché della prevenzione di eventuali effetti indesiderabili su altre sfere sociali delle misure medesime”.

¹⁹⁷ S. Cassese, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim, diritto pubbl.*, 2001, 601 e ss.

1.2 Dicotomia pubblico-privata: sbiadiscono i confini

I criteri che governano l'ambito del diritto pubblico e del diritto privato non sono, né sono mai stati, univoci e immutabili.

Ciò porta a configurare, in modo diretto o indiretto, la linea di confine tra i due settori dell'ordinamento giuridico come "accessoria" nel senso che è influenzata dalle scelte politiche che attengono la sfera economica del paese, il quale, a sua volta, vive in questa fase storica una profonda crisi.

Il tema relativo alla dicotomia del diritto pubblico e del diritto privato è stato più di recente attenzionato da diversi studiosi della dottrina contemporanea, i quali ne hanno da ultimo ravvisato il declino.¹⁹⁸

Inoltre, è utile precisare che sebbene l'universo giuridico si possa distinguere nelle sfere del diritto pubblico e del diritto privato, autorevole dottrina¹⁹⁹ ha ritenuto che nessun ente può legittimamente essere escluso da questo universo: le due categorie sono reciprocamente esclusive, per ciò intendendosi che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda.

Come si desume dalla storia del pensiero politico e sociale, il distinguo così tracciato si è infine cristallizzato a seguito del continuo e costante uso che ne è stato fatto nella prassi.

Dunque, prendendo le mosse da un'indagine storica, è stato possibile rilevare che i primi mutamenti del fenomeno giuridico hanno avuto luogo a partire dalla metà del '700.

Nei rapporti tra governanti e governati, da sempre caratterizzati dalla tipicità della posizione giuridica dei privati, emerge e diviene preponderante la posizione giuridica del polo pubblicistico. Quest'ultimo, almeno fino a quel momento, ha fatto fatica ad emergere.

¹⁹⁸ Quarto Congresso nazionale della Società Italiana per la Ricerca del Diritto Comparato (SIRD), Trento, 24-26 settembre 2015.

¹⁹⁹ Bobbio, N., Pubblico/privato, in Enciclopedia Einaudi, Torino, 1981, in atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015.

Nel percorso storico che ci accingiamo a comporre la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato assume dignità teoretica attraverso il dialogo tra i filosofi dell'epoca²⁰⁰. I postulati mutuati dall'ambito filosofico ci consegnano un principio alla luce del quale l'universo giuridico sottoposto alla nostra analisi, esce dallo stato di natura per entrare in uno stato giuridico che possa sanare le imperfezioni e le provvisorietà del diritto pubblico, nonché sancisca definitivamente la garanzia del “*mio e del tuo per mezzo di leggi pubbliche*”.

Nel prosieguo della nostra analisi storica sulla dicotomia pubblico-privata, poi, la vera e propria distinzione in forma di “*rami*” dei due ambiti, è stata effettuata al fine di semplificare e riempire di contenuto delle soggettività giuridiche che si pongono agli antipodi²⁰¹. Il diritto pubblico disciplina l'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici regolandone la loro azione e imponendone il comportamento cui sono tenuti²⁰²; il diritto privato, invece, costituisce l'insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria vita.

Ma i rami del diritto così configuratisi alla fine dell'800, nei tempi seguenti verranno considerati una bipartizione a priori del diritto e fungeranno da contenitori di molteplici realtà.

Durante la seconda metà dell'800 si delineano in modo netto i confini del diritto pubblico e del diritto privato: lo Stato è autorità, unità rigida in cui la costruzione al suo interno vede i diritti pubblici soggettivi da un lato ed al polo opposto il diritto soggettivo.

Il secolo successivo, invece, è l'epoca in cui gli operatori del diritto iniziano a svolgere una decostruzione teorica degli ambiti del pubblico e del privato. La situazione di incertezza che si ingenera determina l'aumento delle cd. zone grigie, per tali intendendosi veri e propri spazi giuridici all'interno dei quali vengono ad essere ricompresi istituti inizialmente facenti parte dell'ambito pubblico o di quello privato e che inducono il giurista contemporaneo ad interrogarsi circa le finalità che questi nuovi spazi dovranno perseguire.

Il fenomeno così appalesatosi profila la nascita di un vero e proprio *tertium genus* del diritto sociale che si accompagna ad una manifesta metamorfosi del diritto privato contraddistinta dalla “*socializzazione o pubblicizzazione*” del settore. Più propriamente alcuni studiosi parlano di una generale tendenza a burocratizzare la vita

²⁰⁰ Kant, I., Principi metafisici della dottrina del diritto, cit., in atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015.

²⁰¹ Savigny, F., K., Sistema del diritto romano attuale, trad. it. di Vittorio Scialoja, Torino, 1886, in atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015.

²⁰² Torrente, A., Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, Milano, 2017

economica che trasforma ciò che prima era considerato di diritto privato in pubblico.²⁰³

Al contempo, la sfera pubblicistica si espande a dismisura fino a ricomprendere la sfera del diritto privato attraverso la sua “*costituzionalizzazione*”.

Il diritto pubblico ed il diritto privato nell'epoca moderna sono stati considerati portatori di valori diversi ma tale configurazione ha, nel tempo, determinato confusione ed inutili sovrapposizioni dei due ordini benché effettivamente sorretti da corollari di diverso genere. Attraverso un *focus* dei due settori in esame è stato possibile fare chiarezza sul punto e constatare come il diritto pubblico si occupava, e di fatto, si occupa, di tutelare interessi superiori atti alla realizzazione dei bisogni preminenti della collettività, mentre il settore del diritto privato si occupava e si occupa ancora oggi, nonostante la sovrapposizione di taluni istituti, del rapporto fra privati. Un rapporto, quest'ultimo, fondato sull'*autonòmos* e sulla parità fra le parti.

E' bene precisare che nonostante le peculiarità dei due settori poc'anzi rilevate, lo studio del costituzionalismo contemporaneo da un lato è riuscito a riempire di senso il distinguo pubblico-privato e, dall'altro, ha evidenziato l'esistenza di una tavola di valori condivisi che sorreggono tanto un ambito del diritto quanto l'altro in completo mutamento rispetto a quanto dedotto negli anni precedenti.

Infine, l'internazionalizzazione e la creazione dell'ordinamento eurocomunitario ha contribuito a modificare il concetto di sovranità.

Lo Stato non funge più da organo rappresentativo del privato, in quanto quest'ultimo può scegliere di rivolgersi anche direttamente alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per la tutela dei propri diritti soggettivi²⁰⁴.

È opinione diffusa fra i giuristi contemporanei che quello che stiamo vivendo è il tempo delle contraddizioni poiché è indiscutibile che gli strumenti del diritto privato sono messi al servizio del diritto pubblico e viceversa.

Sul piano straordinamentale, invece, lo Stato diventa uno mero “Stato tra gli Stati” appartenente alla grande realtà dell'Unione.

Inoltre il dialogo fra il diritto pubblico e il diritto privato ha avuto, nel tempo, una funzione determinante per l'istituzione del ruolo economico del Governo. Stato e

²⁰³ Sirena, P., in atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015.

²⁰⁴ Pugliatti, S., Dalle lezioni di SALVATORE PUGLIATTI Diritto civile e diritto amministrativo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

società collaborano ma subiscono un duro contraccolpo con l'avvento del mercato globalizzato. Diventano meri operatori del grande mercato internazionale.

Parte della dottrina²⁰⁵, sulla scorta dei dati rilevati, sostiene che si assiste alla ritirata dello Stato di fronte all'avanzata del mercato globalizzato: *“Spetta alla dottrina trovare la soluzione del modo in cui si deve presentare uno Stato post-moderno che da privato deve essere in grado di usare il diritto privato con una normazione che sia una legislazione di rispetto”*²⁰⁶.

Lo Stato, però, non deve porsi sullo stesso piano del soggetto privato e prendere il sopravvento sugli altri soggetti: il legislatore, in questa prospettiva, non è libero di manipolare a suo piacimento i confini tra diritto pubblico e diritto privato strumentalizzando la distinzione tra i due ambiti.

1.3 Come risponde la cittadinanza attiva alla crisi degli enti pubblici?

La partecipazione dei cittadini alla vita sociale all'interno di una comunità si svolge attraverso attività concrete e autonome. In tal senso si parla di c.d. cittadinanza attiva.

In risposta della crisi degli enti pubblici, i cittadini non possono che guardare alla lettera del comma 4 dell'articolo 118 della Costituzione alla luce del quale *“i comuni le provincie e le città metropolitane favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà”*.

Esiste uno statuto di diritti e di doveri a presidio dell'impegno che ciascun cittadino profonde al fine di realizzare autentiche forme di cittadinanza attiva e in modo tale che si possa affermare il ruolo di ogni persona come individuo promotore della democrazia.

Il disposto costituzionale richiamato in apertura scolpisce il principio di sussidiarietà orizzontale. Tale corollario nel nostro ordinamento tende realizzare la libertà di agire dei cittadini in modo condiviso con l'Amministrazione Pubblica e preordinato al miglioramento della comunità.

La realizzazione di tale principio può concretizzarsi mediante l'aiuto dei soggetti

²⁰⁵ Napolitano, G., pubblico e privato nella reinvenzione del governo: un'indagine comparata.

²⁰⁶ Napolitano, G., op. cit.

diversamente abili o di coloro che si trovano in condizioni economiche precarie.

Tuttavia, il paradigma della sussidiarietà orizzontale entra per la prima volta nell'ordinamento italiano attraverso la legge c.d. Bassanini²⁰⁷.

In tal proposito la dottrina è conforme nel ritenere che l'autonomia privata è riuscita ad acquisire per mezzo del principio di sussidiarietà una nuova legittimazione²⁰⁸ necessaria alla realizzazione di interessi generali. La realizzazione di questi non può che passare attraverso una integrazione flessibile di interessi generali e trasversali al diritto pubblico e nel diritto privato.

La sussidiarietà può costituire il limite dell'autorità e al contempo lo strumento utile al riconoscimento dell'iniziativa privata autonoma²⁰⁹.

Uno degli strumenti più idonei alla realizzazione del principio di sussidiarietà, per come sancito dagli articoli 117 e 118 Costituzione, è il Servizio Civile. Tale strumento è stato più di recente sottoposto a riforma²¹⁰, così oggi non rinviene più il proprio addentellato normativo nell'articolo 52 della Costituzione (difesa della Patria) ma nell'articolo 118 della stessa fonte.

I giovani hanno la possibilità di scegliere autonomamente fra plurimi progetti e fra molteplici organizzazioni. La scelta dell'attività di Servizio Civile non deve necessariamente ricadere fra le Associazioni di S.C. più grandi ma, più

²⁰⁷ La legge 15 marzo 1997, n. 59, recante Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa, nota come Legge Bassanini, impone in particolare due principi:

- la semplificazione delle procedure amministrative e dei vincoli burocratici alle attività private;
- il federalismo amministrativo, cioè il perseguimento del massimo decentramento realizzabile con legge ordinaria, senza modifiche costituzionali.

²⁰⁸ R. Caridà, *I diritti della cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, riv. dir. pub. it. comp. eur. In *Federalismi.it*, 12 Luglio 2017

²⁰⁹ L. ANTONINI, *Sussidiarietà e modelli di Welfare tra crisi dello Stato nazione e federalizing process*, in *Il Nuovo Areopago*, 2002, p. 59

²¹⁰ La legge 6 marzo 2001, n.64, attraverso cui è istituito il servizio civile nazionale finalizzato a:

- a) concorrere, in alternativa al servizio militare obbligatorio, alla difesa della Patria con mezzi ed attività non militari;
- b) favorire la realizzazione dei principi costituzionali di solidarietà sociale;
- c) promuovere la solidarietà e la cooperazione, a livello nazionale ed internazionale, con particolare riguardo alla tutela dei diritti sociali, ai servizi alla persona ed alla educazione alla pace fra i popoli;
- d) partecipare alla salvaguardia e tutela del patrimonio della Nazione, con particolare riguardo ai settori ambientale, anche sotto l'aspetto dell'agricoltura in zona di montagna, forestale, storico-artistico, culturale e della protezione civile;
- e) contribuire alla formazione civica, sociale, culturale e professionale dei giovani mediante attività svolte anche in enti ed amministrazioni operanti all'estero

semplicemente fra quelle che si rivelano maggiormente confacenti e attuative.

Il fine ultimo che ci si prefigge mediante l'odierna attività di ricerca è quello di consegnare dei criteri oggettivi e predefiniti²¹¹ con cui valutare le attività che perseguono interessi generali ed evitare che tramite fondi pubblici e donazioni private possono, illegittimamente, realizzarsi interessi privati.

Lo Stato da un lato non deve porre in essere controlli eccessivamente invasivi, poiché ciò determinerebbe una paralisi nella produzione di beni e servizi da parte degli enti del Terzo Settore e, dell'altro deve accettare la sfida di confrontarsi con la cittadinanza attiva su un piano innovativo di democrazia duale²¹² cioè di dialettica permanente fra soggetti di diversa natura e con poteri distinti.

La sfida delle organizzazioni di cittadinanza attiva è quella di realizzare in totale trasparenza delle iniziative ad indirizzo pubblico e di interesse generale, ma certamente la prospettiva più ambiziosa prefissata è quella di donarsi senza remore.

1.4 Il perseguimento degli interessi generali corrisponde alla realizzazione degli interessi individuali?

La dottrina²¹³ ha evidenziato la sussistenza di un rapporto, a tratti simbiotico, tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione. Per certi versi si parla di sovrapposizione fra diritto pubblico e diritto privato²¹⁴ che ha reso particolarmente conferente lo studio effettuato durante le lezioni di diritto civile dell'anno accademico 2018/2019. Le lezioni hanno avuto il pregio di esaminare per un verso

²¹¹ A.L. Mandorino, *Costituzione, sussidiarietà e riforma del terzo settore*, Cittadinanzattiva.it

²¹² AA.VV., *Cittadinanzattiva su linee-guida per una riforma del terzo settore*, Cittadinanzattiva.it

²¹³ M., V., De Giorgi, *Terzo Settore. Il tempo della riforma* in Riv. Studium iuris n°2/2018, pp. 139 e ss; A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)* in Riv. Dir. Civ. n°3/2013, in Convegno promosso da V. Roppo, *Il diritto civile e gli «altri»*, del 2 e 3 dicembre 2011 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma.

²¹⁴ P. Sirena, *Atti del IV Congresso nazionale SIRD*, Trento, 2015, p. 336 e ss.

l'intera materia inerente la nuova categoria degli Enti del Terzo Settore, e per l'altro di rendere possibile lo studio dei rapporti sussistenti fra i predetti enti e la pubblica amministrazione.

Ci siamo avvalsi delle teorie metodologiche del Prof. S. Pugliatti, il quale ha inteso ricercare una soluzione alla atavica questione che ancora oggi anima la diaatriba tra gli studiosi: un possibile momento di incontro fra il diritto civile e il diritto amministrativo²¹⁵.

Con l'ausilio del docente della Cattedra Di Diritto Civile, il Prof. A. Gorassini²¹⁶, siamo riusciti ad analizzare la nascita del fenomeno giuridico del Terzo Settore e la controversa situazione politica che ruota attorno a tale oggetto di studio da noi sottoposto ad osservazione. Mediante l'utilizzo del metodo storico ereditato dall'illustre Prof. Pugliatti²¹⁷, abbiamo ritenuto attinente al fenomeno giuridico già richiamato una possibile sperimentazione relativa alla nascita di principi e regole che provengono "dal basso", ossia dalla prassi e dalle consuetudini che produce effetti rilevanti sul piano normativo nel nostro ordinamento²¹⁸.

Abbiamo cercato di costruire e di ricostruire una struttura architettonica composta da diversi circondari e quartieri. Una città che avesse più e più zone, ognuna delle

²¹⁵ S. Pugliatti, Trimarchi, M, *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e Diritto amministrativo*, a cura di Mario Trimarchi, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 23 e ss.

²¹⁶ A. Gorassini (Reggio Calabria, 09/08/1957) dal 2004 è docente di Privato I e II e Biodiritto nella Facoltà di Giurisprudenza Mediterranea di Reggio Calabria, e dal 2012 anche di Diritto Civile.

²¹⁷ S. Pugliatti (Messina, 16/03/1903- Ragusa 22/05/1976) giurista italiano, docente di diritto civile e diritto privato presso l'Università di Messina dal 1931 al 1973. Pugliatti diede notevoli contributi alla teoria generale del diritto, aprendo originali tematiche ed inaugurando nuovi indirizzi di studio e di ricerca che caratterizzeranno buona parte di quella che sarà chiamata la "Scuola giuridica messinese", in cui si formerà, tra gli altri, Angelo Falzea.

²¹⁸ S. Pugliatti, Trimarchi, M, *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e Diritto amministrativo*, a cura di Mario Trimarchi, edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 15 e ss. "Il lettore è condotto in un affascinante viaggio attraverso il tempo, alla scoperta, delle ragioni di carattere economico, politico o sociale che hanno determinato a formazione di ciò che si denomina diritto civile".

quali governata da un ambito del diritto declinato, nelle sue caleidoscopiche sfumature, dalle corrispondenti esigenze dei singoli, ossia coloro che vivono in quella che è stata definita “città del diritto”.

Tuttavia al fine di illustrare il percorso prescelto, unitamente alle teorie del Prof. Pugliatti, è stato necessario avvalersi dell’attività dottrinale e del metodo giuridico approntato dal Prof. A. Falzea²¹⁹ durante la sua attività come docente.

L’unione del pensiero giuridico degli eminenti studiosi menzionati ci consegna un punto di vista particolarmente privilegiato e che rende possibile uno studio dall’alto e, al contempo, dal basso del fenomeno giuridico del Terzo Settore.

Tale realtà, infatti, diviene quanto mai visibile e importante nell’odierna fase storica. Il profilo di attualità ravvisato nasce dall’esigenza dello Stato di realizzare la maggiore utilità sociale e benessere generale, con particolare attenzione alle esigenze dei più svantaggiati.

Le difficoltà incontrate fino a questo momento sono state molteplici, ma quella senza dubbio di maggiore entità è rappresentata dal crollo della struttura portante della disciplina giuridica di matrice novecentesca: il concetto di Stato nazionale.

Lo Stato, da sempre concepito come entità unica e indistinta, si frantuma in tante piccole parti: gli enti.

Viepiù, lo Stato, cessa di essere un punto di riferimento di fatti ed effetti nel mondo giuridico: infatti, in questo frangente storico, si acuiscono i profili di au-

²¹⁹ A. Falzea (Messina, 26/08/1914-Messina 11/02/2016) giurista e avvocato italiano, allievo di S. Pugliatti, ha svolto un’intera carriera accademica alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Messina. Professore di Diritto Privato dal 1943 e di Diritto Civile dal 1984. Falzea è stato un pioniere delle scienze giuridiche teoriche e della filosofia del diritto, contribuendo, con un originale metodo interdisciplinare (ma non eclettico) a mettere in relazione aree disciplinari apparentemente distanti fra loro, ma tutte convergenti a conferire più solidità ed autonomia al diritto.

tonomia e si assiste all'emergere di Comuni, Province, Regioni e città metropolitane²²⁰.

Lo Stato, inizia ad avere “competenze concorrenti” nella gestione e nella produzione di beni e servizi, non solo con gli altri enti locali ma con l'onnicomprensiva istituzione quale è l'Unione Europea che lo ingloba.

All'esplosione del soggetto pubblico si contrappone l'unificazione del soggetto privato, dove tutto si concentra: emerge con forza in questa fase la prevalenza dell'egoità della persona che diventa sfera giuridica inviolabile da qualsiasi entità collettiva²²¹.

Il Terzo Settore è a tutti gli effetti un quartiere della città del diritto non ancora opportunamente cinto da confini. Il suo perimetro, per usare un termine estraneo all'area giuridica ma utile a rendere idonea nel nostro immaginario la conformazione di questa città, è più che altro costituito da alberi che consentono invece l'ingresso nel “quartiere del terzo settore” delle entità che provengono dalle limitrofe zone del diritto pubblico e del diritto privato.

Fotografando i fenomeni in continua evoluzione si configurano così e si evincono le lacune normative che afferiscono sia all'area pubblicistica che a quella privatistica.

La nascita del Terzo Settore si può ritenere un tentativo ancora incompleto di colmare le mancanze delle sfere giuridiche sottoposte a disamina, ma è proprio il legislatore contemporaneo, con la legge n.106 del 6 Giugno 2016, che tenta di rimuovere le suddette lacune o zone d'ombra²²².

²²⁰ Con la L. Cost. n°3 del 2001, “Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001

²²¹ A. Gorassini, lezioni di Diritto Civile a.a. 2018/2019

²²² Si tratta di una c.d. “legislazione a prova”, per tale intendendosi uno strumento normativo mediante il quale è possibile modificare la normativa vigente per adeguarla alle esigenze che emergono dalla prassi.

La citata legge infatti, determina la nascita di un importante strumento per il giurista: il Codice del Terzo Settore²²³.

A presidio del Terzo settore è stato creato un ente, dagli studiosi definito “ibrido”: la Fondazione Italia Sociale. Quest’ultima accorpa su di sé gli elementi giuridici e i poteri propri di un ente di diritto pubblico con una struttura appartenente all’ambito privatistico ossia la “fondazione”.

La Fondazione Italia Sociale è senza dubbio l’emblema della commistione fra il diritto pubblico e il diritto privato²²⁴.

Questo ente, disegna una dimensione completamente rinnovata, un percorso e un sistema che era in fase di costruzione già da molto tempo nel nostro ordinamento.

Il Terzo Settore e in particolare la Fondazione Italia Sociale, rappresentano e si

²²³ Il Parlamento attribuisce al Governo il potere di emanare atti in cui definire gli ambiti del terzo settore. Articoli fondamentali della Legge n. 106 del 6 Giugno 2016:

Art 1 Finalità e oggetto

“Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore. [...]”

Art. 2 Principi e criteri direttivi generali. “I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali: a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione; b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali; c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti; d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica.”

²²⁴ Art 10 Fondazione Italia sociale del Codice del Terzo Settore: “E' istituita la Fondazione Italia sociale, di seguito denominata «Fondazione», con lo scopo di sostenere, mediante l'apporto di risorse finanziarie e di competenze gestionali, la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di enti del Terzo settore, caratterizzati dalla produzione di beni e servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti, in particolare, ai territori e ai soggetti maggiormente svantaggiati [...]”

pongono in senso di continuità rispetto a quanto solo immaginato da molti teorici del diritto civile, rappresenta un anello di congiunzione imprescindibile per rispondere alle necessità dei singoli individui pur perseguendo gli interessi generali della collettività.

Non da ultimo, è necessario precisare che la l. n. 106/2016 subisce poi un'ulteriore modifica a seguito del vigore del d.lgs. n. 117/2017, il quale disciplina oggi gli enti del Terzo Settore. Grazie alla menzionata riforma del 2017, oggi il rapporto che sussiste tra Pubblica Amministrazione e Terzo Settore si fonda sull'affidamento e la gestione di iniziative sociali. Si tratta della nuova "*partnership pubblico-privati*", che ha generato non poche querelle ed in base alla quale gli enti locali e i soggetti del privato sociale si trovano ad agire in una cornice che supera il tradizionale rapporto committente-fornitore a favore di una relazione caratterizzata da partenariato e corresponsabilità.

CAPITOLO II

TERZO SETTORE ED ENTI PUBBLICI: IL RILANCIO DEL PARTENARIATO

2.1 – Una finestra di dialogo: l'art. 55 del D. Lgs. 117/2017

E' con il codice del Terzo Settore che il legislatore concretizza a livello di legislazione ordinaria il principio di sussidiarietà orizzontale: in esso ritroviamo una disciplina dettagliata delle relazioni tra PP.AA. ed enti del Terzo Settore. Rilievo centrale ha l'art. 55, che apre il titolo VII ed è così rubricato: «*Coinvolgimento degli enti del Terzo Settore*». Esso si presenta quale norma pienamente attuatrice dell'art. 118 comma 4° Cost., poiché prevede una serie di strumenti volti a favorire la partecipazione degli ETS, allo scopo di assicurare una maggiore qualità delle scelte finali; tali strumenti sono la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento.

La co-programmazione è qualcosa di molto più significativo della co-progettazione. Non vi è capacità programmatica se non vi è adeguato livello di conoscenza; la co-progettazione riguarda l'attività di dettaglio, che viene realizzata solo se prima attraverso il dialogo si è riusciti a costruire una visione generale, entro cui si è in grado di fare scelte di priorità e concretizzarle in progetti. Al comma 2 dell'art. 55 si individuano le finalità della co-programmazione: «*[...] individuazione da parte della Pubblica Amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*». Il dato rilevante è che la co-programmazione si riferisce agli ambiti (né pochi né marginali) di cui all'art 5 del d.lgs. 117/2017. E'

un articolo rivoluzionario, nell'ottica della costruzione di politiche che coinvolgano le organizzazioni presenti sul territorio, al fine della realizzazione degli obiettivi del Welfare State.

La co-progettazione, invece, è finalizzata alla «*definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2*»²²⁵. Alla base della co-progettazione sta «*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*»²²⁶.

Il *novum* che emerge rispetto al passato è che la co-progettazione era prevista solo per il settore dei servizi sociali e limitata ai soli settori innovativi e sperimentali; oggi, invece, la si può ritrovare direttamente nel D.Lgs. 117/2017, divenendo così un punto di riferimento obbligato per tutto il Terzo Settore, strumento ordinario a regime. La co-progettazione fonda la sua funzione economica e sociale sui principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno all'adeguatezza dell'impegno privato nella funzione sociale. Le norme in materia di servizi sociali prevedono la possibilità di effettuare affidamenti a soggetti del Terzo Settore, in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziale.

In base alle esperienze sin ora maturate²²⁷, la co-progettazione risulta articolata in quattro fasi: nella prima fase l'ente pubblico rende noto di voler partecipare alla co-progettazione mediante un avviso di manifestazione d'interesse, redige un progetto di massima finalizzato ad orientare i concorrenti nella presentazione delle proposte e indica i criteri per la scelta dei progetti definitivi. La selezione dei soggetti è volta a valutare i seguenti aspetti: possesso dei requisiti di ordine generale, tecnici, professionali e sociali, caratteristiche del progetto proposto, costi del progetto.

Nella seconda fase, i soggetti interessati partecipano alla gara mediante l'elaborazione di una progettazione che contenga il dettaglio della proposta. Successivamente, l'Ente procede alla selezione del soggetto partner.

La terza fase, inoltre, è quella in cui si avvia l'attività esecutiva di co-progettazione tra i responsabili tecnici del soggetto selezionato e i responsabili dell'amministrazione pubblica, procedendo con discussione analitica e critica alla definizione di variazioni e di aspetti esecutivi, tenendo conto degli obiettivi da conseguire. In

²²⁵ Ai sensi del comma 3 dell'art 55 D.Lgs. 117/2017

²²⁶ Delibera ANAC n. 32 del 20/01/2016

²²⁷ Bergamo, Brescia, Milano

questa stessa fase, si gettano le basi per una collaborazione duratura che consenta una piena realizzazione degli obiettivi del progetto.

Infine, la quarta ed ultima fase, riguarda la stipulazione della convenzione relativa all'oggetto, ai contenuti della progettazione condivisa, durata, indicazioni della *governance* e impegno di ciascun soggetto, sistema di tracciabilità delle spese, cauzione.

Dalla disciplina sin qui descritta emerge una problematica di non facile risoluzione: occorre chiedersi, infatti, che differenza sussiste tra co-progettazione, appalto e concessione. A tal fine, giova innanzitutto chiarire che:

- per convenzione s'intende un testo concordato tra una Pubblica Amministrazione ed una controparte, pubblica o privata, contenente impegni reciproci, assunti mediante la comune sottoscrizione;
- «*l'appalto pubblico è il contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice*»²²⁸;
- la concessione è un atto amministrativo con cui la P.A. permette al concessionario di utilizzare risorse o di svolgere attività riservate al potere pubblico e indisponibili da parte dei privati;
- per affidamento s'intende la possibilità di affidare la gestione di un servizio pubblico di rilevanza economica direttamente, ossia senza l'espletamento della procedura concorsuale ad evidenza pubblica.

In tali casi l'ente costituisce una società, al cui interno rimane azionista a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

2.2 L'affidamento dei servizi sociali e sanitari

²²⁸ Art. 3, co. 6, D.Lgs. n. 163/2005

Il tema degli affidamenti nel terzo settore ha per molto tempo diviso dottrina e giurisprudenza.

Il dibattito si è incentrato su due questioni fondamentali: in *primis*, se la nuova normativa interna sia compatibile con quella comunitaria (e pro-concorrenziale) delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE; e, secondariamente, se l'utilizzo di speciali procedure selettive, previste per l'affidamento di servizi di interesse generale, possa essere considerato un rischio per l'imparzialità e la trasparenza nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

Prima di entrare nel merito e rispondere ai quesiti formulati, è opportuno fare una premessa: il riferimento normativo in materia è il Codice del Terzo Settore, al cui art. 56 si rinvia ai soggetti elencati nell'art. 4 del citato decreto. Questi ultimi possono divenire affidatari di un servizio di interesse generale grazie ad una procedura di invito e sulla base di apposite convenzioni o partenariati.

Tale aspetto dev'essere sottolineato perché è proprio da qui che nasce un primo profilo di problematicità ricorrente tutte le volte in cui si fa riferimento al terzo settore²²⁹: che destino avranno in questo ambito le norme e le procedure previste dal Codice dei Contratti Pubblici e quelle derivanti dall'Unione Europea?

Da un'analisi sistematica dell'art. 56 del codice del terzo settore²³⁰, è possibile notare come la pubblica amministrazione possa stipulare con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, dotate di "*moralità professionale*", appositi accordi che di fatto derogano al principio della libera concorrenza.

Tuttavia, gli affidamenti dei servizi sociali rientrano nella competenza del legislatore europeo²³¹.

²²⁹ Prof. Gorassini, lezioni in aula; "Il concetto di legalità è mutato per rispettare a livello nazionale i parametri europei [...] e la difficoltà politica è di stabilire la competenza in ambito nazionale"; corso 2018/2019: "Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato

²³⁰ "Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo Settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato"

²³¹ Direttive del 2014 dell'Unione Europea e d.lgs. 50/201

Il problema principale è che il concetto di affidamento non ha una sua autonomia nell'ordinamento euro-unitario, ma è ricondotto nell'alveo della disciplina degli appalti. Pertanto, qualora l'oggetto dell'affidamento abbia natura economica, dovrebbe essere disciplinata dalla normativa comunitaria in materia di appalti.

Sulla questione è intervenuto autorevolmente il Consiglio di Stato²³², con un parere formulato a seguito dell'emanazione delle Linee Guida ANAC sull'affidamento di servizi nel terzo settore. La Sezione Consultiva del Consiglio di Stato ha rilevato da un lato la conformità di base della normativa italiana rispetto a quella euro unitaria e dall'altro ha ribadito che, ove in concreto non dovesse sussistere compatibilità o possibilità di interpretazione conforme, si dovrebbe comunque dare applicazione prioritaria alla normativa pro-concorrenziale comunitaria²³³.

La conformità sussiste perché vengono previsti dei meccanismi di bilanciamento all'interno dello stesso Codice del Terzo Settore: l'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, in favore di quelle alternative è infatti legittima ove il prestatore si impegni a svolgere il servizio a titolo gratuito (*rectius*, in un'ottica estranea a quella economica) nonché qualora venga istruita una procedura di preselezione con invito di almeno cinque concorrenti, oppure nelle ipotesi in cui la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo.

Ogni qualvolta ci si trovi in una situazione dove è evidente il prevalere dell'interesse economico dei soggetti privati, ecco che la normativa di riferimento sarà quella di cui al Codice dei Contratti Pubblici.

In estrema sintesi, è possibile affermare che il *discrimen* individuato dal Consiglio di Stato per tracciare la normativa applicabile è quello della gratuità, o meglio, della non lucratività²³⁴: è proprio questo l'elemento che fa la differenza.

Altri autori²³⁵ sostengono posizioni ancora più radicali rispetto a quella del Consiglio di Stato: la gestione, affinché possa dirsi pienamente compatibile con il diritto dell'Unione Europea, dovrebbe avvenire "in perdita". Ciò perché la gratuità provocherebbe uno "spiazzamento" del mercato e sarebbero da considerare, a dire di tali autori, concorrenza sleale.

²³² Parere n° 2051 del 20 agosto 2018, Consiglio di Stato

²³³ GIURDANELLA, La disciplina dell'affidamento dei servizi sociali nel parere del Consiglio di Stato: quando si applica il Codice Appalti e quello del Terzo Settore; 2018, in www.giurdanella.it/2018/10/05/gli-appalti-di-servizi-sociali/

²³⁴ Poletto M., Seminario dal titolo "Profit e No-Profit negli enti del Terzo Settore" svolto presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria; 20 novembre 2018.

²³⁵ Ciotta F., L'affidamento di servizi sociali è un appalto? Una sintesi ragionata del parere del Consiglio di Stato del 26 luglio 2018, in <https://www.iusinitinere.it>

Non si può non notare come l'intento del legislatore del Codice del Terzo Settore sia stato quello di ricomporre due esigenze contrapposte: per un verso, valorizzare le organizzazioni non lucrative e, per altro, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato, il tutto nel tentativo di perseguire anche obiettivi di economicità dell'azione amministrativa²³⁶.

Pertanto, qualora dovesse essere prevista una qualsiasi forma di onerosità che vada oltre il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute dagli affidatari, oppure di previsioni incompatibili con il diritto euro unitario, ecco che entreranno in azione le norme previste all'interno del Codice dei Contratti Pubblici²³⁷.

In ordine al secondo quesito del dibattito, riferimento obbligato non possono che essere le Linee Guida emanate nel 2015 dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, le stesse su cui è stato formulato il parere del Consiglio di Stato.

Queste ultime si incentrano sui rischi che un indebito utilizzo del regime speciale e derogatorio, previsto per l'affidamento dei servizi di interesse generale, potrebbero comportare. Individuano, inoltre, degli obblighi strumentali per la P.A. al fine di allontanare la possibilità che esse possano essere utilizzate per favorire specifici interessi privati.

A tal fine, dopo aver ribadito la supremazia degli obblighi di garanzia della trasparenza, della pubblicità dell'attività amministrativa ed il rispetto della libera concorrenza, vengono individuati ulteriori criteri di legittimità dell'azione amministrativa: ciò che si deve realizzare è la predeterminazione di obiettivi, costi e tempi che la pubblica amministrazione può sostenere. In secondo luogo, si richiede alle PP. AA. assegnanti di verificare e riportare la presenza dei requisiti di accesso dei soggetti privati sia al momento dell'affidamento che dell'adempimento. Infine, sarà necessario dotare il provvedimento di adeguata motivazione.

In particolare, oggetto della motivazione dovrà essere l'analisi della programmazione circa un possibile svolgimento del servizio di cui i soggetti menzionati all'art.56 del Codice del Terzo Settore sono tenuti a munirsi preventivamente, al fine di concorrere nella selezione.

In conclusione, ciò che viene richiesto all'Amministrazione è di indicare e documentare la presenza, nella concreta vicenda dell'affidamento, degli specifici profili

²³⁶ Da notare come l'art. 56 del D.lgs. permetta la stipula di apposite convenzioni da parte della P.A., ma solo se queste ultime risultino "più favorevoli rispetto al ricorso al mercato".

²³⁷ Giurdanella; La disciplina dell'affidamento dei servizi sociali nel parere del Consiglio di Stato: quando si applica il Codice Appalti e quello del Terzo Settore; 2018 <https://www.giurdanella.it/2018/10/05/gli-appalti-di-servizi-sociali>.

che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che escludono altri operatori economici tesi a perseguire un profitto. D'altro canto, esse si presentano come insite nel sistema ideato dal legislatore, ove si rifletta su quelle che sono le disposizioni inserite già nella Legge Delega 6 giugno 2016 n°106²³⁸, con la quale è stato possibile dare vita all'intera riforma del terzo settore.

2.3 Le concessioni

L'istituto delle concessioni nasce e si sviluppa per rispondere alla carenza di risorse economiche dello Stato e per la mancanza di competenze tecniche idonee a fronteggiare l'esigenza di realizzare opere e servizi di pubblica utilità. L'appartenenza al settore pubblico o privato di tale disciplina è stata a lungo dibattuta sino a quando nel 1910 con sentenza, la Corte di Cassazione²³⁹ ha stabilito che si tratta di una fattispecie complessa composta da due atti distinti ma connessi: uno pubblicistico, il provvedimento amministrativo di conferimento della concessione, e uno privatistico, l'accordo tra amministrazione e privato destinato a regolare diritti e obblighi delle parti²⁴⁰.

Dopo un'evoluzione della materia, la normativa delle concessioni viene attratta nell'orbita del codice dei contratti pubblici²⁴¹. L'art. 3 del D. Lgs. n. 50 del 2016 definisce «*“contratti” o “contratti pubblici”, i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti*», riportando le concessioni pubbliche alle originarie figure contrattuali. La giurisprudenza si è a

²³⁸ Art. 7 Legge-delega 106/2016, comma 2 e 3: “2. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle attività di cui al comma 1, promuove l'adozione di adeguate ed efficaci forme di autocontrollo degli enti del Terzo settore anche attraverso l'utilizzo di strumenti atti a garantire la più ampia trasparenza e conoscibilità delle attività svolte dagli enti medesimi, sulla base di apposito accreditamento delle reti associative di secondo livello di cui all'articolo 4, comma 1, lettera p), o, con particolare riferimento agli enti di piccole dimensioni, con i centri di servizio per il volontariato di cui all'articolo 5, comma 1, lettera e). 3. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentito l'organismo di cui all'articolo 5, comma 1, lettera g), predispone linee guida in materia di bilancio sociale e di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore, anche in attuazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera o). Per valutazione dell'impatto sociale si intende la valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato”. Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n.141 del 18-06-2016

²³⁹ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in Riv. dir. comm. p. 248.

²⁴⁰ M. S.Giannini, Diritto pubblico dell'economia, Il Mulino, Bologna, 1995.

²⁴¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n.50.

lungo preoccupata di chiarire la distinzione tra appalti e concessioni, sia con riferimento ai lavori che ai servizi. L'elemento distintivo tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici era già stato individuato dalla Corte di Giustizia nel c.d. rischio di gestione. Solo nella concessione, e non anche nell'appalto di servizi pubblici, il rischio di gestione graverebbe sull'aggiudicatario.²⁴²

All'interno della disciplina delle concessioni, la riforma del Terzo Settore punta una luce sull'ampio mondo del partenariato fra gli enti membri di tale realtà e la Pubblica Amministrazione.

Le concessioni, dunque, non rimangono immuni alle contaminazioni che il terremoto rappresentato dalla normativa del terzo settore ha determinato per le fondamenta del diritto.

La modalità di concessione più utilizzata è quella dei beni pubblici degli enti locali alle organizzazioni facenti parte del terzo settore.

La P.A. ha la titolarità su un patrimonio disponibile e su un patrimonio demaniale che viene affidato mediante concessione amministrativa ai sensi dell'art. 32, comma 8, della L. n. 724 del 1994: «*in base alle caratteristiche dei beni, a un valore non inferiore a quello di mercato salvo gli scopi sociali*». Viene, dunque, stabilito un canone agevolato o gratuito nel pieno rispetto del principio di efficienza, efficacia, economicità e buon andamento della P.A. sancito dall'art. 97 Cost.

Per definire gli "scopi sociali" occorre riferirsi agli obiettivi perseguiti dalle categorie menzionate nell'art. 1 della L. n. 390/1986 così come novellato dalla L. n. 383/2000, tra le quali rientrano tutte le «*cooperative sociali, le associazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale che perseguono rilevanti finalità culturali o umanitarie*».

Inoltre, viene in rilievo l'art. 32, comma 1 della L. n. 383 del 2000, il quale prevede la concessione in comodato di beni di proprietà dei Comuni ad associazioni di promozione sociale e organizzazioni di volontariato per lo svolgimento delle loro attività istituzionali.

È di pregevole interesse verificare come avviene la concessione: nel caso di questi soggetti, infatti, oltre all'agevolazione dettata dal canone ridotto, non viene utilizzato il procedimento del pubblico incanto bensì viene attivato su istanza di parte come specificato dall'art. 20 del D.P.R. 296/2005²⁴³: «*I soggetti aventi titolo interessati al conseguimento della concessione o locazione, presentano alla competente Filiale dell'Agenzia del demanio una domanda nella quale, oltre ai propri*

²⁴² Sul punto, Corte Giust., 24 settembre 1998, causa 76/97.

²⁴³ Il quale ha abrogato e sostituito la L. 390/86.

dati identificativi, sono indicati i dati identificativi dell'immobile, l'oggetto dell'attività da svolgere, le finalità di utilizzo, l'autorizzazione del competente organo dell'ente richiedente che garantisca la disponibilità delle risorse finanziarie, nonché, per i beni di interesse storico artistico, gli elementi necessari ai fini dell'autorizzazione di cui al D. Lgs. n. 42 del 2004». Sarà poi il responsabile del procedimento a curare l'istruttoria e, in caso di esito positivo, a far pervenire all' Agenzia del demanio una proposta motivata, consigliando termini, canone e durata della concessione.

L'autonomia di tali enti nella gestione del servizio è ben nota al punto di preoccupare l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che già aveva messo in guardia il legislatore dal rischio di «*utilizzo della procedura negoziata e abuso dell'affidamento diretto al di fuori dei casi previsti dalla legge ai fini di favorire un'impresa*» e di «*elusione delle regole di affidamento degli appalti*»²⁴⁴.

L'atto di concessione deve prevedere:

1. L'oggetto, la finalità, il corrispettivo della concessione;
2. La durata della concessione e la possibilità di revoca per ragioni di pubblico interesse.

Nei regolamenti comunali si distingue se il concessionario sia un soggetto con fini di lucro o senza fini di lucro, in alcuni casi prevedendo delle riduzioni del 100% che si configura con il comodato d'uso gratuito (es. Comune di Ferrara).

2.4 Le convenzioni

L'art. 56 del Codice del Terzo Settore, disciplina le convenzioni che possono essere sottoscritte tra organi della P.A., organizzazioni di volontariato (disciplinate dalla legge quadro n.266/91) e associazioni di promozione sociale (disciplinate dalla legge n.49/87).

Lo strumento idoneo per favorire il conseguimento di finalità sociali in collaborazione con le P.A. viene individuato nella “convenzione”, che può essere inquadrata come uno dei mezzi giuridici per dare attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118 c.4, Cost.

²⁴⁴ ANAC, Piano Nazionale Anticorruzione, settembre 2013, Allegato 3.

La Corte di Giustizia Europea, riconoscendo il principio di sussidiarietà orizzontale, nel 2016 ha ritenuto come compatibili con il diritto europeo le convenzioni tra associazioni di volontariato e le P.A., purché siano realizzati servizi d'interesse generale in modo coerente con i principi di universalità, solidarietà e adeguatezza. Alla luce di questi obiettivi, il legislatore non ha volutamente regolamentato l'oggetto delle convenzioni, lasciando alla libera discrezionalità delle P.A. e degli organismi del Terzo Settore la facoltà di autogestirsi, in modo da svolgere attività finalizzate a promuovere lo sviluppo delle comunità. Tuttavia, in seguito ad una modifica proposta dal Consiglio di Stato, si è posto un primo limite con riferimento all'oggetto delle Convenzioni, in quanto si è stabilito che non è possibile concludere convenzioni riguardanti tutte le attività di interesse generale così come stabilito dall'art.5, ma solo con organi espletanti «attività o servizi sociali di interesse generale»²⁴⁵.

In relazione a quanto esplicitato, il legislatore ha indicato gli elementi essenziali presenti in una Convenzione, avendo come riferimento la L. n. 266/91 che li identifica in diversi punti, cui: a) apporto prevalente e determinante dei volontari nello svolgimento delle attività; b) divieto di retribuire i volontari, se non a titolo di mero rimborso per le spese sostenute; c) impiego di lavoratori, nella misura necessaria a qualificare o specializzare l'attività; d) continuità delle prestazioni; e) tutela dei diritti degli utenti; f) verifiche della qualità; g) obbligo della copertura assicurativa dei volontari, a carico della P.A.; h) rimborso dei costi sostenuti dall'associazione.

Per quanto concerne quest'ultimo punto, il legislatore è intervenuto con la L. n.135/2012 (c.d. *Spending Review*) al fine di impedire comportamenti abusivi delle P.A., stabilendo che il *quantum* del rimborso debba essere attentamente analizzato da parte della P.A. nella costruzione del rapporto convenzionale, in modo tale che non mascheri un corrispettivo per prestazione di servizi. Inoltre, in ossequio alla L. 241/90, la P.A. può esclusivamente rimborsare le spese sostenute e documentate, mentre, qualora dovessero essere sostenute spese ulteriori, si entrerebbe nel campo applicativo del Codice dei Contratti Pubblici.

Un'ulteriore *actio finium regundorum* è stata evidenziata dal giurista Luigi Gili ²⁴⁶, il quale ha sostenuto che sarebbe opportuno per la P.A. stipulare una convenzione anziché fare ricorso al normale uso del mercato, nel momento in cui risulta essere più vantaggiosa in termini di economicità e qualità, con riferimento al servizio fornito agli utenti.

²⁴⁵ Cons.Stato, parere 31 Maggio 2017, n.927, par. sub art.56, cit

²⁴⁶ GILI L., Il codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la P.A, Riv. Urbanistica e appalti, Gennaio 2018

Nello stipulare le convenzioni la P.A. deve scegliere i soggetti nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento. Ma a differenza della progettazione, il legislatore ha espressamente previsto in capo alle ODV e APS il possesso dei requisiti di moralità professionale e di adeguate capacità a svolgere l'attività soggetta a rimborso, evincibile da indicatori come la struttura dell'ente, l'attività svolta, le finalità perseguite e la capacità tecnica e professionale.

In ultima analisi, parte della dottrina²⁴⁷ ha chiarito che *«le convenzioni si qualificano secondo i lineamenti dei contratti di diritto pubblico, discostandosi però da questi ultimi perché stipulati con particolari soggetti senza scopo di lucro, pur avendo in comune il tratto dell'interesse patrimoniale. Differenza sostanziale tra la convenzione ed il contratto è che quest'ultimo presuppone una sostanziale parità tra le parti contraenti, mentre nella convenzione la P.A. assume un ruolo dominante, in quanto agisce nell'interesse pubblico; nel momento in cui la P.A. non intenda più proseguire il rapporto convenzionale o intenda risolverlo anticipatamente, la controparte non potrà eccepire nulla».*

È opportuno ricordare che vi sono dei precisi limiti nella scelta discrezionale da parte della P.A. tra cui garantire la qualità, l'efficacia, l'efficienza, l'economicità nonché il libero accesso al servizio per tutti i cittadini richiedenti in condizioni di uguaglianza.

Conclusioni

Le riflessioni conclusive che è possibile trarre dalla composizione della trattazione di cui ci si è occupati afferiscono in prima istanza alla svolta epocale rappresentata dalla normativa del Terzo Settore. Grazie ai nuovi meccanismi che vengono in emersione col D.Lgs 117/2017 è stato possibile porre rimedio ad un problema che da sempre ha caratterizzato il diritto amministrativo: la mancata partecipazione dei cittadini negli atti amministrativi generali, o meglio in quelli programmatici.

²⁴⁷ BENINTENDE D., La Gestione delle convenzioni con il terzo settore: iniziative e servizi in collaborazione con l'associazionismo, Gennaio 2018, p. 5.

Infatti, una delle più importanti novità del Codice del Terzo Settore deve essere ricercata all'interno dell'art. 55, addentellato normativo chiave utile a delineare il concetto di co-programmazione.

Si propongono forme di collaborazione tra Pubblica Amministrazione e ETS allo scopo di agevolare il perseguimento di interessi generali, senza però escludere altre tipologie di collaborazione, il tutto inquadrato in un'ottica di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

È la creazione di quella “democrazia duale”²⁴⁸ a cui spesso si è fatto riferimento negli ultimi anni.

Stiamo assistendo allo sviluppo ed incentivo di prassi collaborative che favoriscono il dialogo tra governati e governanti: una opportunità da non sprecare. Si punta a costruire modalità di affidamento, dove trasparenza e evidenza pubblica siano funzionali ad individuare l'insieme dei soggetti di terzo settore che, consapevoli della nuova funzione pubblica assunta, agiscano sinergicamente con il soggetto pubblico, mettendo risorse e competenze al servizio di un progetto condiviso. Ma l'indagine effettuata ha avuto il pregio di condurre alla risposta intavolata già in un momento iniziale: se e dove si traccia il confine tra il diritto pubblico e il diritto privato?

Molto probabilmente questa linea divisoria è destinata a scomparire. La crisi del *welfare state*, la nascita del *welfare mix* ed infine la legislazione a prova del Codice del Terzo Settore fanno parte di un unico *trend* evolutivo che testimonia il sovrapporsi inevitabile di ciò che è pubblico e di ciò che è privato.

Oggi esistono soggetti regolati dal diritto privato che dispongono di risorse di gran lunga superiori a quelli dello Stato, il quale, invece, si presenta sempre più indebolito dal fenomeno della creazione di uno “Stato leggero” nonché dalla crisi economica che perdura da diversi anni. Di fronte a una tale difficoltà e considerate le possibilità offerte dalla costruzione di un nuovo modo di essere della comunità statale, non possiamo che esprimerci a favore di una tale tendenza.

D'altro canto, come tutto ciò che discende dall'umano, anche il nuovo assetto collaborativo tra pubblico e privato, presenta delle problematiche.

Il rischio principale è che si arrivi alla capitalizzazione dei servizi di interesse pubblico direttamente collegati alle libertà ed ai diritti dei consociati.

Diviene fondamentale prevenire il rischio di una logica che lascia indietro i più deboli e che sia incompatibile con quelle che sono le tradizioni storiche e politiche del nostro Paese.

²⁴⁸ Concetto di “democrazia duale” già esplicitato in precedenza.

Lo stesso Codice del Terzo Settore sembrerebbe aggravare tale rischio nel momento in cui va oltre la disposizione di cui all'art.1 della Legge Delega 106/2016 e indica tra i principi generali di riferimento della materia anche l'art. 4 Cost. Ciò potrebbe indicare una volontà legislativa sottostante volta al bilanciamento tra i principi di solidarietà nazionale e diritto al lavoro. Il rischio è quello che i valori riconducibili alla prima sfera possano perdere la loro primazia in tale settore e dover, appunto, essere in parte sacrificati con quelli di altro tipo come la libertà di iniziativa economica.

Ma si è già rilevato come sulla questione vi sia stato l'intervento del Consiglio di Stato, oltre che autorevole dottrina, con il quale si è provveduto a sottolineare la valenza di alcuni principi intangibili, anche derivanti dall'ordinamento euro-unitario.

Il terzo settore, infatti, pur presentando delle strutture e dei meccanismi misti, si colloca al di fuori del mondo del lavoro e dell'impresa. Esso si caratterizza per la sua gratuità che dovrebbe collocarsi in un'ottica estranea a quella economica e solo qualora sussista tale requisito è possibile avviare quelle forme di collaborazione che aggirano gli obblighi comunitari di stampo pro-concorrenziale. In caso contrario, saranno altri i meccanismi di riferimento e la normativa applicabile.

Le soluzioni a tali problematiche possono essere rintracciate mediante l'analisi del novello Codice del Terzo Settore ed a quelle che sono le tradizioni e le radici storiche del nostro Paese, estraneo, per molti versi, alle logiche di guadagno che invece caratterizzano Paesi estremamente capitalistici come gli Stati Uniti d'America.

La nostra nota conclusiva sembra essere racchiusa in un vetusto pensiero di un costituzionalista del 1800: A. de Tocqueville. Egli, in una lettera al padre scritta a seguito di un viaggio negli Stati Uniti, descrive con grande stupore la vitalità delle istituzioni locali: «Americans of all ages, all stations of life, and all types of dispositions are forever forming associations»²⁴⁹. L'autore rileva l'assenza dello Stato nella vita dei cittadini americani: i servizi necessari al privato sono gestiti da soggetti privati ed è il singolo a fungere da Stato.

A giudizio di Tocqueville, gli interessi economici e sociali della maggior parte degli uomini sono circoscritti all'ambito locale ed è a questo livello che può più facilmente svilupparsi l'abitudine alla partecipazione alle istituzioni di governo e, più in generale, la propensione all'azione collettiva attraverso associazioni con le più varie finalità. Non è quindi sull'amore disinteressato per la patria o la comunità che occorre far conto, quanto sull'“interesse ben inteso”, su quello che potremmo

²⁴⁹ A. Tocqueville, *Democrazia in America*, UTET, Torino, 2007, cap. 5

chiamare un “egoismo razionale”, che spinge l’uomo a rendersi utile ai suoi simili e alla collettività in vista dei benefici economici e sociali a lungo termine che può trarne: «per conquistarsi l’affetto e il rispetto della popolazione che vi circonda, è necessaria una lunga successione di piccoli favori resi, di oscuri buoni uffici, un’abitudine costante alla benevolenza e una reputazione consolidata di onestà». La coesione sociale non nasce quindi da un’adesione emotiva, da un sentimento a priori di appartenenza, ma dall’esperienza e condivisione di progetti e pratiche concrete.

Ci è sembrato che lo scritto di Tocqueville sia, anche se risalente nel tempo, attuale e conferente; per questo motivo vogliamo concludere intavolando una provocazione: la realtà che l’autore delinea, lontana da noi sia spazialmente che temporalmente, non è forse la stessa che si sta realizzando oggi con il Terzo Settore? E non è forse questo indice di quella ciclicità storica e di quegli andamenti stocastici che fanno emergere, in modo paradossale, strutture analoghe tra fenomeni che apparentemente sembrano diversi, ma che, se analizzati nel loro andamento frattale, presentano invece un’identità di struttura?

D’altronde, non è proprio questo ciò di cui parla Carnelutti in *Arte del diritto* quando afferma che l’uomo non può creare nulla, poiché la creazione è un atto *ex nihilo*, ma può soltanto inventare, termine inteso nella sua etimologia latina *invenire*, ossia ricercare, trovare qualcosa di già esistente nella realtà?