

GIULIA TIBERI

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL TERZO SETTORE *

1. Le ragioni di una indagine sulla dimensione costituzionale del Terzo settore

La locuzione «Terzo settore» è ormai entrata nel linguaggio comune, insieme ad altri termini affini: «privato sociale» o «*non profit*»¹, «economia sociale», «terza dimensione», «impresa civile»². Si tratta di un neologismo coniato dall'indagine sociologica ed economica alimentata dall'influsso di due matrici culturali ed ideologiche distinte: il filone di pensiero nord-americano del terzo settore come esito dello «*State o market failure*» e, dall'altro, il filone europeo delle «comunità intermedie»³.

Con questa locuzione si intende dunque indicare entità che non sono né Stato, o comunque istituzioni pubbliche, né impresa/mercato, dunque il privato motivato nella sua attività dal fine di lucro (realtà che rappresentano, rispettivamente, il Primo e il Secondo settore)⁴.

Ma questa nozione, chiaramente di natura pre-giuridica ed essenzialmente descrittiva⁵, non è di particolare aiuto allorché si pretenda di ricavarne implicazioni anche sul piano prescrittivo, proprio della scienza giuridica. Quando si sceglie di addentrarsi sul piano giuridico, come necessariamente occorre fare allorché – come in questa ricerca – si intendono indagare i rapporti che possono instaurarsi tra i soggetti del Terzo Settore e la Pubblica Amministrazione, occorre inevitabilmente definire le situazioni giuridiche soggettive dei soggetti del Terzo Settore, cui sono di volta in volta riconosciuti diritti o assegnati incentivi ed agevolazioni.

* Scritto per il volume di ASTRID, *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, a cura di C. CITTADINO, Prefazione di S. ZAMAGNI, Firenze, Passigli, 2008.

¹ G.P. BARBETTA e F. MAGGIO, *Nonprofit*, Bologna, 2002, p. 7.

² Per una analisi delle diverse definizioni di Terzo Settore e delle dottrine che le hanno coniate si veda L. BOCCACCIN, *Il terzo settore tra le generazioni*, Milano, 2003.

³ Pone bene in evidenza la differenza di matrici culturali che si rintracciano al fondo dell'indagine sul Terzo Settore A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA e E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 72.

⁴ Ampia è la letteratura sociologica o economica che ha trattato del terzo settore: I. COLOZZI, *Terzo settore e sviluppo civile*, Milano, 1997; I. COLOZZI, A. BASSI, *Una solidarietà efficiente*, Roma, 1998; G. VITTADINI, *Il non profit dimezzato*, Milano, 1997; S. ZAMAGNI, *Dal non profit all'economia civile*, in AA. VV., *Le Aziende non profit tra Stato e mercato*, Bologna, 1996. Una rassegna delle varie elaborazioni socio-economiche sul *non profit* si ritrova in: F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995, p. 68-83; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, p. 1-14.

⁵ A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 75.

E qui le cose si complicano. L'emersione negli ultimi anni del Terzo Settore come categoria rilevante anche sotto il profilo giuridico⁶, quale riferimento unitario che sottende e racchiude una multiforme tipologia di soggetti collettivi privati⁷ operanti in un ambito «terzo» rispetto allo Stato e al mercato, situati al crocevia tra individuo e autorità pubblica (di cui il volume, nella prima parte, offre una dettagliata rassegna), ha finora scontato l'inconveniente di una legislazione assai frammentaria e disorganica⁸. Il legislatore ha infatti preferito intervenire settorialmente e spesso in maniera contingente per regolare, in particolare, il profilo fiscale dei soggetti del Terzo Settore, creando categorie nuove di enti privati agevolate sotto diversi profili perché privi di scopo di lucro.

Il che, al di là delle esigenze di sistematizzazione teorica delle varie tipologie giuridiche – che avrebbero in verità consigliato un intervento organico all'interno del libro I del Codice civile – non è stato privo di conseguenze sul piano pratico, perché non ha contribuito a creare un «ambiente giuridico» favorevole per lo sviluppo del Terzo settore. La tecnica utilizzata dal legislatore è andata nel senso di creare sempre nuove tipologie di enti *non profit* con differenti regimi agevolativi senza tuttavia caratterizzarle sul piano funzionale, ingenerando così una confusione negli operatori, spinti spesso a scegliere più di un regime normativo «per estendere il raggio della disciplina agevolativa»⁹.

In maniera da alcuni considerata un po' pilatesca, il legislatore ha sì fatto assurgere la locuzione «Terzo Settore» come categoria rilevante anche sul piano giuridico, inserendola espressamente in alcuni atti normativi¹⁰, ma non ne ha fornito alcuna definizione valida in generale. Soprattutto, il legislatore ha sinora rinunciato ad approvare una legislazione organica che

⁶ Sui problemi derivanti dall'emersione del Terzo settore come categoria giuridica, si vedano L. BRUSCUGLIA e E. ROSSI, (a cura di) *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, Milano, 2000; P. SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations*, in G. PONZANELLI, (a cura di) *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, 1994, 273; V. TONDI DELLA MURA, *Le prospettive di sviluppo del terzo settore avviate dalle riforme della XIII legislatura*, in *Non profit*, 2001, 5; N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, p. 822.. Ampia è invece la letteratura sociologica o economica che ha trattato del terzo settore I. COLOZZI, *Terzo settore e sviluppo civile*, Milano, 1997; I. COLOZZI, A. BASSI, *Una solidarietà efficiente*, Roma, 1998; G. VITTADINI, *Il non profit dimezzato*, Milano, 1997.

⁷ Alla galassia dei soggetti del Terzo settore possono ricondursi: le O.N.G., (l. n. 49/1987), le organizzazioni di volontariato (l. n. 266/91), le cooperative sociali (l. n. 381/1991), le associazioni sportive dilettantistiche (legge n. 398/1991), le ONLUS, (d.lgs. n. 460/1997), le fondazioni bancarie, (d.lgs. n. 153/1999), le associazioni di promozione sociale (l. n. 383/2000), gli istituti di patronato e di assistenza sociale (legge n. 152/2001). A questi si sono aggiunte l'istituzione dell'impresa sociale (d.lgs. n. 155/2006), seguita dalla nuova disciplina delle Ipab (d.lgs. n. 207/200).

⁸ Sottolineano la frammentarietà e l'approccio contingente proprio della legislazione sul Terzo Settore: A. MARI, *Il Terzo Settore*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona*, vol. I della collana "Giurisprudenza critica", Torino, 2005, p. 123 ss.; L. VIOLINI e A. ZUCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*, 2003, p. 265 ss., in part. p. 276-277.

⁹ Sul punto M. STALTERI, *Enti non profit e tutela della fiducia. Esperienza inglese e prospettive della riforma italiana*, Torino, 2002, p. 28.

¹⁰ L'art. 5 della legge n. 328 del 2000, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, disciplina espressamente, in accordo col principio di sussidiarietà, la promozione dei soggetti operanti nel "terzo settore" (la rubrica dell'articolo è intitolata "Ruolo del terzo settore"). La legge n. 662 del 1996, come modificata dalla legge n. 133 del 1999, prevede all'art. 3, comma 190, l'istituzione di un organismo di controllo che svolga "i più ampi poteri di indirizzo, promozione e ispezione per la corretta osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia di terzo settore".

definisca anche sul piano civilistico quali siano i precisi contorni ed elementi giuridici propri della categoria Terzo Settore¹¹, e l'unica classificazione generale offerta sinora dal legislatore accomuna gli enti *non profit* solo a fini fiscali¹², senza che questo aiuti a individuare le caratteristiche giuridiche proprie della categoria.

Non deve perciò stupire se, sotto il profilo giuridico, per lungo tempo non si sia registrata una piena concordanza di significati in ordine agli elementi caratterizzanti il Terzo Settore¹³, anche se più recentemente, grazie ad alcuni interventi a livello normativo (tra cui in particolare l'istituzione della «impresa sociale», di cui si dirà oltre) e giurisprudenziale¹⁴, le varie posizioni convergono nel considerare qualificanti il regime giuridico dei soggetti del Terzo Settore tre elementi che devono necessariamente coesistere. Anzitutto, la natura privata dei soggetti (intesa sia come indipendenza soggettiva da soggetti pubblici, sia come autonoma costituzione da parte degli aderenti non vincolata da un intervento legislativo), accompagnata dalla assenza dello scopo di lucro e dallo svolgimento di attività socialmente rilevanti¹⁵.

La necessità di mettere chiarezza nel settore a livello normativo è tuttavia ormai avvertita come non più rinviabile. A confermarlo sono alcune recenti iniziative legislative che sono state presentate per riordinare la materia, anche se contraddistinte da una diversa strategia riformatrice. Da un lato, un progetto di iniziativa popolare mirerebbe a introdurre una disciplina organica di riordino del settore delle organizzazioni *non-profit*, mantenendo dunque la collocazione extra-codicistica finora seguita; dall'altro lato si vorrebbe inserire direttamente nel Codice civile una disciplina unitaria della forma giuridica degli enti *non-profit* mediante una riforma del libro I, titolo II, del Codice civile¹⁶.

¹¹ F. RIGANO, M. CARTABIA, *L'ordinamento giuridico e fiscale*, in G.P. BARBETTA (a cura di), *Senza scopo di lucro. Dimensioni economiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia*, Bologna, 1995, p. 75.

¹² Il d.lgs. n. 460/1997 distingue, ai fini del trattamento fiscale: gli enti associativi e non associativi senza scopo di lucro, che offrono prevalentemente attività non commerciale con soci e terzi; associazioni riconosciute e non riconosciute, che svolgono prevalentemente attività commerciale senza scopo di lucro; enti associativi di promozione sociale, senza scopo di lucro, che svolgono prevalentemente attività commerciale nei confronti sia dei propri associati che di soggetti terzi; le Onlus che operano solo in alcuni settori.

¹³ N. LIPARI, *Profili giuridici del terzo settore in vista di una sua disciplina normativa*, in *Atti Camera*, Commissione XII, Relazione del 29 gennaio 1998.

¹⁴ Si pensi all'art. 2 del d.p.c.m. 30 marzo 2001, recante l'atto di indirizzo e coordinamento del coinvolgimento del terzo settore nel sistema integrato dei servizi e degli interventi sociali, che oltre ad elencare una serie di enti nomina in via residuale "altri soggetti privati non a scopo di lucro". Si veda altresì la pronuncia del Tar Liguria; II sez., 25 marzo 2004, n. 514, che individua nell'assenza dello scopo di lucro l'elemento scriminante.

¹⁵ S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004, p. 4 ss. che considera i predetti elementi come quelli *essenziali*, a fronte di ulteriori requisiti definiti di volta in volta per i vari enti dalla relativa legislazione speciale. Avevano già individuato questi elementi come quelli propriamente caratterizzanti gli enti del Terzo settore: M.C. BASSANINI e P. RANCI (a cura di), *Non per profitto*, in *Quaderni della Fondazione Olivetti*, n. 23, 1990; S. PASQUINELLI, *Stato sociale e "terzo settore" in Italia*, in *Stato e mercato*, 1993, p. 281; G. PASTORI, *Il terzo settore nelle tendenze attuali dell'ordinamento*, in AA. VV. *La società italiana verso il 2000: opportunità e prospettive del terzo settore*, Milano, 1998, p. 45.

¹⁶ Cfr. nella presente XV Legislatura, la proposta di legge di iniziativa popolare, ripresentata nel corso della presente legislatura, recante, "Delega al Governo per l'emanazione di una disciplina organica a sostegno delle organizzazioni non profit operanti per finalità di pubblico interesse o di pubblica utilità", (A.C. n. 2), nonché una più recente proposta

Perché dunque l'esigenza di muovere preliminarmente da un'esplorazione della «dimensione costituzionale» del Terzo Settore?

L'aggancio al diritto costituzionale è diventato, anzitutto, imprescindibile a fronte della ormai imponente e frastagliata legislazione speciale sorta a causa della evidente inadeguatezza del Codice civile del 1942 a regolare le nuove forme di aggregazione della società civile racchiuse nella galassia Terzo Settore¹⁷. Come è noto, il Codice civile è incentrato sulla rigida e tradizionale alternativa, di matrice francese, tra associazioni/fondazioni (entità in cui l'elemento prevalente è di carattere personale o di carattere patrimoniale in funzione di uno scopo), cui viene affiancata la categoria, di limitato impiego, degli «altri enti» non riconducibili alle due fattispecie precedenti e, dall'altro, le società contraddistinte dallo «scopo di lucro».

Si tratta di una impostazione che, come ben testimonia il confronto tra la succinta disciplina delle entità con finalità altruistiche prevista nel Libro Primo del Codice e invece l'estesa normazione delle società aventi scopo di lucro recata con finalità promozionale dal Libro Quinto, tradisce l'impostazione propriamente individualistica di stampo ottocentesco della disciplina codicistica del 1942 sfavorevole alle entità intermedie tra cittadino e Stato, in linea con gli assunti dello Stato liberale.

E' questa impostazione di fondo del Codice civile che risulta quanto mai inadeguata a ricomprendere l'originalità della vera e propria «galassia» di entità che animano il Terzo Settore¹⁸, nate nella società civile e il cui connotato fondamentale è l'attuazione del principio di solidarietà¹⁹.

E' invece guardando al terreno costituzionale che è possibile rinvenire un criterio che permetta di discernere quali soggetti e quali attività rientrino nel mondo del Terzo Settore, superando altrimenti equivoci destinati a rimanere inappagati. A risultare così chiarito è anche il concetto di “assenza di finalità lucrative”, che rappresenta l'elemento più caratterizzante del mondo del Terzo Settore, e che giustifica una tutela promozionale a livello legislativo (come si argomenterà nei successivi paragrafi 2 e 4).

di legge di iniziativa parlamentare di “*Delega al governo per la riforma delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute disciplinate nel libro I del codice civile*” (A.C. 1650) assegnata il 16 aprile 2007 in sede referente alla II Commissione giustizia della Camera.

¹⁷ Per una recente sottolineatura dell'inadeguatezza del Codice civile in relazione agli enti di diritto privato della società civile, tra cui le fondazioni bancarie, si veda B. CARAVITA, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, Relazione al convegno "Libere di crescere, libere di cambiare. Le Fondazioni bancarie alla sfida del futuro" della Fondazione Roma, 28 gennaio 2008, pubblicato su *federalismi.it*, n. 4/2008 .

¹⁸ Si veda al riguardo la ricognizione estesa degli enti del terzo settore in questo volume. Per una classificazione che presta attenzione ai profili economico-organizzativi, anziché giuridici, si veda R. TROISI, *La classificazione delle non profit tra criteri legislativi ed economico-organizzativi*, in *Non profit*, 2006, p. 499 ss.

¹⁹ Sottolinea come il “Terzo Settore ha per valore specifico quello della solidarietà e nasce nell'ambito della società civile” G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, p. 718 ss. In merito di recente, P. DE CARLI, *L'emersione della società civile tra pubblico e privato*, Milano, 2006. Sul principio di solidarietà si veda F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, in part. p. 63-72.

Ma non è questa l'unica ragione che chiama in causa la dimensione costituzionale del Terzo Settore. E' solo collocando il fenomeno del Terzo Settore nel quadro del diritto costituzionale che è possibile cogliere le ragioni profonde dell'emersione del Terzo Settore nella società contemporanea e della sua originalità²⁰, collegandolo altresì ad un più ampio scenario di contestuali fenomeni che hanno interessato negli anni recenti i rapporti pubblico-privato e che trascendono la questione della erogazione dei servizi sociali.

Anzitutto, colgono nel segno coloro che evidenziano come l'affermarsi del Terzo Settore si sia snodato secondo un percorso le cui tappe sono strettamente legate all'evolversi della forma stessa di Stato²¹.

Così, da una prima fase «interstiziale» che connota il Terzo settore nel corso dello Stato liberale ottocentesco e dello Stato sociale affacciatosi a partire dal secondo dopoguerra dovuta alla tendenza, più o meno accentuata, a sostituire l'azione dei pubblici poteri alla libera iniziativa delle organizzazioni della società civile, si giunge alla vera e propria fase della «terzietà» legata alla crisi dello Stato sociale. E' in questo contesto che il Terzo Settore si afferma, seppure ancora in una dimensione residuale, quando il *welfare State* non è più in grado di garantire effettivamente quei diritti sociali, i diritti a prestazioni positive per il benessere individuale e della collettività, che la Costituzione proclama. «Quando la fiducia nei poteri taumaturgici discendenti dalla dialettica Stato-mercato (in cui il primo doveva correggere i fallimenti del secondo) è compromessa perché non è più in grado di corrispondere alle aspettative richieste, ecco che un soggetto «terzo» (da qui dunque l'origine etimologica) emerge per dare una risposta a quei bisogni sociali creati dalla sovrapposizione dei fallimenti dello Stato e del mercato²².

Ma anche la lettura del Terzo Settore in chiave residuale come contraltare della crisi dello Stato sociale, in cui esso è meramente tollerato, non è più in grado di descrivere un fenomeno che ha abbandonato qualsiasi marginalità nella società contemporanea ed è viceversa divenuto una modalità alternativa assai diffusa di azione dei cittadini in svariati settori, che abbracciano non più

²⁰ Per una lettura in chiave costituzionalistica del Terzo settore si vedano, in particolare,: S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004; A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA – E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004; L. VIOLINI, A. ZUCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*, 2003, p. 265 ss. V. TONDI DELLA MURA, *Profili costituzionali e sociali degli enti non profit*, in *Non profit*, 1995, p. 555 ss. Di recente P. DE CARLI, *L'emersione della società civile tra pubblico e privato*, Milano, 2006.

²¹ Così L. VIOLINI, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, cit., in part. 291 ss. Sottolinea la dimensione costituzionale anche A. POGGI, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una "identificazione" all'interno del settore*, in *Non Profit*, 2002, p. 223, che la riconduce alla previsione dell'art. 45 Cost. sul riconoscimento della cooperazione "a carattere di mutualità". Sulla rilevanza costituzionale del Terzo settore già L. VIOLINI, *Associazioni non profit, diritti sociali e processo costituente europeo. Riflessioni di costituzione ferenda*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano, pp. 88-114.

²² Sul punto L. VIOLINI e A. ZUCHELLA, *Il terzo settore*, cit., p. 238.

soltanto il tradizionale ambito dei servizi sociali o dell'istruzione, ma che ormai interessano in misura rilevante i campi della cultura, dell'ambiente, della protezione civile e dello stesso credito.

Il Terzo Settore rappresenta, dunque, ormai una vera e propria modalità positiva e alternativa di azione, spontaneamente attivata dalla società civile e rispondente a logiche del tutto diverse rispetto alla impresa *for profit* propria del mercato o alla collettività cui si rivolge lo Stato. Non dunque una semplice riserva²³, ma un nuovo «spazio», sociale e giuridico, in cui la società civile emerge come soggetto collettivo. Uno spazio in cui la persona non ricopre più soltanto il tradizionale ruolo di destinataria di beni e servizi, ma diventa attrice essa stessa nel campo economico e sociale attraverso forme proprie di aggregazione. Il connotato indefettibile della missione che contraddistingue queste entità, che abbiano scelto la forma associativa o la forma propria dell'impresa, è la dimensione civile del soddisfacimento di bisogni collettivi e della tutela di interessi generali.

E' ciò che, con felice espressione, è stato chiamato il passaggio dal *welfare State* alla *welfare society*²⁴, un modello ancora *in fieri* caratterizzato dall'interazione tra Stato, iniziative *profit* e Terzo Settore.

Il terreno del diritto costituzionale è infine foriero di ulteriori utili riflessioni per decifrare i contorni peculiari assunti nel nostro ordinamento dal Terzo Settore, rispetto ad altre tradizioni giuridiche, perché consente di porre in correlazione la crescita del Terzo settore con altri fenomeni «a carattere ordinamentale» che, se non ne costituiscono diretti antecedenti, nondimeno possono essere riguardati come concomitanti condizioni favorevoli di contorno.

Tra questi vanno annoverati, da un lato, il mutamento delle modalità dell'intervento pubblico nelle politiche sociali in un contesto di forte contrazione della finanza pubblica e di riduzione dei trasferimenti finanziari statali avviato a partire dagli anni '90, dall'altro la trasformazione verso il diritto privato di enti di interesse generale – quali le Ipb e le fondazioni bancarie – temi che per la loro vastità non possono certamente essere qui indagati nelle loro vaste implicazioni, che travalicano il tema che ci occupa.

2. Il Terzo Settore tra «libertà sociale» e «utilità sociale» nel contesto della *welfare society*

²³ S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 3.

²⁴ Sulla nozione di *welfare society* e sulla tematizzazione dell'economia civile come nuovo spazio economico, superando il *welfare State*, si vedano: G. VITTADINI (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal welfare State alla welfare society*, Milano, 2002; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2000, p. 103 ss.; S. ZAMAGNI, *A proposito del disegno di legge sull'impresa sociale*, in *Non profit*, 2002, p. 263 ss.; S. ZAMAGNI, *Economia civile come forza di civilizzazione per la società italiana*, in P. DONATI, *La società civile in Italia*, Milano, 1997; U. ASCOLI e C. RANCI (a cura di), *Il welfare mix in Europa*, Roma, 2003; F. CAFAGGI (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002.

La spontanea affermazione del Terzo Settore, come detto, segna l'avvio della *welfare society*, un modello che, sebbene abbia iniziato a vivere concretamente in anni recenti, era già racchiuso a pieno titolo nella Costituzione del 1948.

Per quanto nella nostra Costituzione non fosse dato rinvenire – almeno fino alla riforma costituzionale del 2001 del Titolo V della parte II della Costituzione, che ha introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale – espliciti riferimenti alla esperienza di ciò che va sotto il nome di Terzo Settore, ciò nondimeno molteplici agganci nella Parte Prima della Costituzione ne hanno fornito «copertura costituzionale»: il riconoscimento e la garanzia della «libertà di associazione» recata dall'art. 18 della Costituzione²⁵ ma, ancor prima, la tutela delle formazioni sociali prevista dall'art. 2 della Costituzione.

E' infatti l'accoglimento del principio personalista e del pluralismo sociale nell'art. 2 della Costituzione, quali suoi principi fondamentali («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 di solidarietà politica, economica e sociale») che introduce la supremazia della «persona» rispetto allo Stato e a qualsiasi altro potere pubblico, a rappresentare il presupposto ineliminabile per la realizzazione di un assetto istituzionale democratico in cui non è soltanto garantito il rispetto dell'individuo, isolatamente considerato, ma – per usare le parole dell'on. Aldo Moro all'Assemblea Costituente²⁶ – «dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale».

Le formazioni sociali intermedie tra l'individuo e lo Stato, in quanto «svolgimento democratico» della libertà dell'individuo e della società stessa²⁷, costituiscono una «forma» irrinunciabile della democrazia²⁸ e di esercizio della sovranità popolare, come la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto quando ha affermato che la sovranità popolare consacrata nell'art. 1 della Costituzione si articola in una pluralità di formazioni, associazioni, organizzazioni e istituzioni²⁹.

²⁵ P. BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, 837, e già in precedenza, Id., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953; Id., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 189 e ss.; A. PACE, *Commento all'art. 18 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 191; U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, p. 487 ss.; P. RIDOLA, *Associazione (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, par. 3; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989.

²⁶ Assemblea Costituente, seduta del 24 marzo 1947.

²⁷ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, n. 5/2006, p. 7.

²⁸ A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss, in part. p. 111 ss.

²⁹ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 106 del 2002, per la quale “L'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità "appartiene" al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti” (punto 3 del cons. diritto)

Ciò che qui preme sottolineare, ai fini delle riflessioni sul Terzo Settore, è come dal dettato costituzionale discenda una chiara indicazione a interpretare in senso ampio il concetto di «formazioni sociali» e ciò in quanto forme della sovranità popolare: non solo entità estrinsecazione della libertà di associazione tutelata dall'art. 18 della Costituzione, ma anche fenomeni aggregativi spontanei nati nella società anche se privi di un formale vincolo associativo³⁰.

Ma, soprattutto, è essenziale rilevare che la Costituzione garantisce ad una pluralità indefinita di formazioni, associazioni e organizzazioni, uno «spazio» insopprimibile e incomprimibile da parte del potere pubblico, che è il luogo della libertà, ad esse riconosciuta e garantita, di formarsi, di organizzarsi e di agire³¹.

Ne sono evidenza alcune pronunce della Corte costituzionale che pur avendo ad oggetto specifici e concreti istituti, quali il volontariato, la cooperazione sociale o le fondazioni bancarie, hanno tuttavia enucleato una tale ampiezza di principi da poter essere estesi in generale al complessivo fenomeno del Terzo Settore.

Il fondamento del Terzo Settore va rinvenuto in quella “libertà sociale” che la Corte costituzionale ha ricavato – e secondo alcuni in realtà “inventato”³² – da alcune disposizioni costituzionali quale valore che permea l’ordinamento costituzionale (come affermato nelle sentenze n. 50 del 1998 e n. 300 del 2003). Qualificando la “socialità della persona” come un “bene protetto da una molteplicità di disposizioni costituzionali” – non solo le libertà collettive garantite dagli artt. 17 e 18 della Costituzione, ma specialmente l’art. 2 della Costituzione – il giudice costituzionale ha inteso valorizzare quella “vocazione sociale dell’uomo”, che già in altra occasione aveva indicato quale tratto che connota la libera scelta di chi agisce in nome di un “vincolo insopprimibile di appartenenza attiva che lega l’individuo alla comunità degli uomini” (così, la sentenza n. 75 del 1992³³, che rappresenta il *leading case*, a cui hanno fatto seguito varie altre decisioni³⁴).

E’ in nome di questa libertà che il giudice costituzionale ha riconosciuto la valenza propria del volontariato, quale strumento finalizzato alla partecipazione attiva alla “costruzione dei

³⁰ In merito già P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 67 ss. Determinante è la sussistenza di un requisito psicologico, ossia la volontarietà dei soggetti di fare parte delle varie formazioni sociali che sia affermano nella realtà sociale. Sul punto E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di A. Celotto, R. Bifulco e M. Olivetti, cit., p. 51.

³¹ Sul punto V. ONIDA, *Principi fondamentali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di Amato-Barbera, vol. I, Bologna, 1997, p. 101 ss.

³² A. PACE, *Violazione della “libertà sociale” o, piuttosto, restrizione della “libertà individuale”?*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 584.

³³ Sulla sentenza n. 75 del 1992, si vedano E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2348 ss.; G. PARODI, *Le legge n. 266/1991 come legge di principi*, in *Regioni*, 1993, p. 104 ss.; F. RIGANO, *L’attuazione dei principi della legge sul volontariato: l’istituzione dei registri regionali*, in *Le Regioni*, 1993, p. 120 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, p. 1205 ss.

³⁴ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 202 e 355 del 1992; n. 500 del 1993.

rapporti sociali” (sentenza n. 75 del 1992). Una libertà che ha per teatro la società intera (da qui il termine scelto dalla Corte, “libertà sociale”), e che dunque non è limitata soltanto all’interno di entità collettive già individuate.

Alla stessa “libertà sociale” la Corte costituzionale ha altresì legato la dichiarazione di incostituzionalità di una legge regionale che, introducendo un regime di autorizzazione preventiva, prevedeva sanzioni per l’esercizio di un’attività di agenzia di viaggi e turismo senza previa autorizzazione e le applicava indistintamente sia all’attività condotta in forma continuativa, e dunque imprenditoriale, sia all’esercizio della stessa in forma occasionale e senza scopo di lucro (nella sentenza n. 50 del 1998 si era trattato dell’attività di un ciclomatore che organizzava gite turistiche in bici senza alcun contributo da parte dei partecipanti, e senza ricorrere all’organizzazione di una agenzia viaggi). Anche qui merita evidenziare come l’illegittimità costituzionale della disposizione regionale non sia stata fondata sulla irrazionalità ed arbitrarietà della norma, ma direttamente sulla violazione della “libertà sociale” garantita, primariamente, dall’art. 2 della Costituzione, di cui l’attività occasionale e senza scopo di lucro è considerata espressione.

Dal complesso di questa giurisprudenza è possibile ricavare alcune conclusioni in ordine, anzitutto, ai soggetti che possono rientrare nella categoria del Terzo Settore. La socialità, come afferma la Corte costituzionale, è una vocazione “della persona”³⁵, e dunque titolare della libertà sociale è anzitutto la singola persona, come nel caso del volontariato. Ma il concetto stesso di “persona” ha, come noto, nella nostra Costituzione una valenza comunitaria (lo svolgimento della persona umana attraverso le formazioni sociali), sì che il principio personalista è strettamente legato al principio del pluralismo sociale, dal momento che lo svolgimento comunitario della persona porta alla costruzione di formazioni sociali che generano il pluralismo sociale³⁶.

E’ in virtù di questa intima connessione tra principio personalista e principio del pluralismo sociale, che la Corte costituzionale ha dunque riconosciuto che l’esercizio delle libertà sociali spetta non solo ad entità collettive (di qui l’aggancio agli artt. 17 e 18 della Costituzione, che espressamente compare nella sentenza n. 50 del 1998), ma in generale a “formazioni sociali” garantite dall’art. 2 della Costituzione.

Un decisivo passo chiarificatore in tal senso si è avuto con le decisioni del giudice costituzionale che hanno riguardato le fondazioni bancarie. E’ infatti sul versante della libertà sociale garantita dall’art. 2 Cost. che la Corte costituzionale insiste allorché giunge ad annoverare

³⁵ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 75 del 1992, afferma che la socialità “caratterizza la persona” e ancora, nella sentenza n. 50 del 1998 ribadisce “la socialità della persona”.

³⁶ Sull’intima connessione del principio personalista e pluralista nell’art. 2 della Costituzione V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997, p. 77 ss.

“tra i soggetti dell’organizzazione delle libertà sociali” le fondazioni di origine bancaria, riconosciute come soggetti privati che operano per scopi di utilità sociale, come tali da sottrarre a una serie di penetranti controlli pubblici introdotti dal legislatore (così le sentenze n. 300 e 301 del 2003)³⁷. E questa conclusione reca con sé notevoli implicazioni per la perimetrazione della nozione di Terzo Settore perché l’aggancio alle “formazioni sociali”³⁸ permette di comprendere come sia assolutamente fuorviante assumere a criterio discrezionale per individuare i soggetti del Terzo Settore la “forma giuridica” con cui essi agiscono nell’esercitare la loro “libertà sociale”, essendo noto che per il Costituente fosse del tutto irrilevante la veste giuridica assunta in concreto dalle comunità intermedie³⁹.

Lo stesso Consiglio di Stato, a cui si debbono importanti chiarimenti sul tema delle connessioni tra enti non-profit e sussidiarietà orizzontale, muovendo dalla nozione sociologica di “cittadinanza societaria”⁴⁰ ha tratteggiato le caratteristiche soggettive dell’entità che ne costituiscono rappresentazione riferendosi a “ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale”, evitando dunque qualsiasi riferimento alla forma giuridica degli stessi⁴¹.

Non è dunque la forma giuridica, quanto la *finalità* dell’attività svolta a determinare l’inclusione o l’esclusione di un soggetto nel Terzo Settore. L’elemento discrezionale che consente di considerare un’attività come portata della libertà sociale è l’assenza di finalità lucrative, come afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 50 del 1998. Questo del resto è l’elemento comune che connota la legislazione speciale sugli enti non-profit, per i quali si prevede che gli utili pur realizzati dall’ente, grazie ad una gestione dell’attività improntata all’economicità, non

³⁷ L’art. 11 della finanziaria 2002 aveva concepito un intervento statale particolarmente invasivo dell’autonomia delle fondazioni bancarie. Esso prevedeva che “rappresentanze” degli enti territoriali indicati all’art. 114 Cost. dovessero detenere la maggioranza nell’organo di indirizzo della fondazione, insieme ad una nuova definizione dei “settori ammessi” (ossia l’elenco di aree in cui esplicare l’attività privatistica della fondazione) e la previsione che le fondazioni dovessero scegliere, o statutariamente o programmaticamente, per un triennio tre settori rilevanti tra quelli ammessi, in cui investire almeno il 51% del reddito netto, con più rigidi profili delle incompatibilità con cariche nei settori bancari, finanziari ed assicurativi, con il definire una nuova ed ulteriore tipologia di controllo di società bancarie, inclusiva anche di quella riconducibile a più Fondazioni in qualsiasi modo collegate e con il fissare l’obbligo per le Fondazioni di adeguare i propri statuti alle disposizioni della legge entro novanta giorni. Sulla vicenda delle fondazioni bancarie si vedano, tra i molti, E. EMANUELE, *Evoluzioni e vicende delle fondazioni di origine bancaria*, Napoli, 2006; M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all’ente non-profit*, Bologna, 2001; M. TIEGHI, *Le fondazioni bancarie: riforma o controriforma?*, Milano, 2002.

³⁸ Sulla ricomprensione dei soggetti del Terzo settore nelle formazioni sociali G. PASTORI, *Il terzo settore nelle tendenze attuali dell’ordinamento*, in AA.VV., *La società italiana verso il duemila: opportunità e prospettive del terzo settore*, Milano, 1998, p. 52;

³⁹ In merito P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in AA. VV., *Dalla Costituente alla Costituzione*, Roma, 1998, p. 231. E. ROSSI, *Le formazioni sociali*, cit.

⁴⁰ E’ il neologismo coniato dal sociologo P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 1993, p. 300.

⁴¹ Così Consiglio di Stato, Sez. consultiva, 1440/03 (Ad. 25-VIII-2003) nel parere reso sullo schema di regolamento per la definizione dei criteri e delle modalità di accesso al fondo per la tutela e lo sviluppo economico-sociale delle isole minori. Per un’approfondita disamina del parere si veda G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, p. 716 ss.

possano essere tuttavia distribuiti e debbano al contrario essere reinvestiti nelle attività istituzionali dell'ente stesso per scopi sociali, ai quali del resto è vincolato l'intero patrimonio dell'ente⁴².

Ancora una volta è però l'aggancio alla dimensione costituzionale che permette di tematizzare correttamente quando ci si trovi di fronte ad un'attività rientrante nella libertà sociale. La "mera assenza di finalità lucrative", intesa come assunzione irreversibile a scopi sociali dell'intero patrimonio dell'ente, in realtà non contrassegna il fine dell'attività dei soggetti del Terzo Settore, quanto la modalità con la quale l'attività dell'ente deve essere condotta per poter essere coerente con lo svolgimento della libertà sociale. Nella sentenza riguardante il volontariato sopra richiamata il giudice costituzionale ha infatti avuto occasione di delineare a tutto tondo il concetto di "socialità", come quella attività che è finalizzata ad attuare il principio di solidarietà sociale in virtù di una spontanea manifestazione della persona. La socialità è stata dunque legata strettamente alla finalità solidaristica, declinata tuttavia non come limite esterno etero-imposto o come "vincolo di doverosità", bensì come manifestazione di libertà⁴³. Come efficacemente è stato detto, si tratta di una "sorta di doverosa solidarietà che si fonda sull'art. 2 della Costituzione, letto in chiave di libertà e non di vincolo di obbligatorietà o doverosità"⁴⁴.

Se dunque l'attività è mossa "non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona", come afferma la sentenza n. 75 del 1992, ecco che è l'attuazione del principio di solidarietà sociale svincolato da qualsiasi imposizione esterna, ma fondato nell'art. 2 della Costituzione colto in chiave di libertà, a caratterizzare le libertà sociali e in ultima analisi gli enti del Terzo Settore che ne sono espressione.

La stessa legislazione conferma la non sovrapponibilità delle nozioni di "non lucrative" e "finalità di solidarietà" laddove richiede, per qualificare l'attività di volontario, lo svolgimento di azioni "senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà"⁴⁵.

Ciò permette, altresì, di annoverare nel mondo del Terzo Settore sia soggetti che non producono utili e dunque si connotano per la pura gratuità dell'azione (come avviene nel caso del volontariato), sia soggetti che producono utili ma per i quali è previsto legislativamente un divieto di redistribuzione degli stessi.

Il perseguimento di finalità solidaristiche, attraverso modalità non lucrative, potrà riguardare tanto l'attività rivolta a favore di soggetti esterni all'ente, quanto connotare le azioni che hanno

⁴² Sull'assenza di finalità lucrative e sulla sua declinazione a livello di legislazione ordinaria degli enti del Terzo Settore si veda *amplius* S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., in part. p. 71 ss.

⁴³ In merito E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2348 ss.

⁴⁴ In merito si vedano E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, cit., p. 2353, a commento della sentenza n. 75 del 1992, e le riflessioni di S. LA PORTA, cit., p. 35.

⁴⁵ Così l'art. 2 della legge n. 266 del 1991, Legge quadro sul volontariato.

come destinatari gli associati o aderenti al soggetto stesso, dal momento che nel principio solidaristico assunto nell'art. 2 della Costituzione coesistono con pari rilevanza costituzionale sia la dimensione "esterna" che quella "interna"⁴⁶, ciò che legittima nella legislazione speciale sul Terzo Settore una diversa declinazione dei destinatari delle attività svolte dalle ente non-profit.

E' quando il soggetto, singolo o formazione sociale che sia, si protende per sua iniziativa spontanea verso i consociati, siano essi gli stessi aderenti o altri soggetti esterni della collettività, per soddisfare esigenze di solidarietà che si rinviene quella solidarietà priva di qualsiasi connotato di obbligatorietà che contraddistingue la categoria del Terzo Settore.

Ciò ci permette di chiarire anche un altro aspetto, a lungo rimasto problematico: assenza di finalità lucrativa non significa preclusione per i soggetti del Terzo Settore a svolgere un'attività economica quale attività di impresa. Che essi potessero svolgere un'attività economica è sempre stato ritenuto ammissibile⁴⁷, come del resto previsto dalla stessa legislazione speciale sugli enti del Terzo Settore che tale attività economica ammette purché non rappresenti l'attività esclusiva o prevalente del soggetto *non-profit* (la legislazione definisce, per le varie tipologie di enti, quali attività economiche sono "marginali", quali "accessorie" o "connesse"), e purché gli utili ricavati siano investiti nel perseguimento delle attività istituzionali dell'ente.

Il problema si è però posto a fronte dell'emergere nell'ambito del Terzo Settore di soggetti che svolgono direttamente la propria attività "istituzionale" in settori socialmente rilevanti secondo caratteri e modalità proprie delle tradizionali imprese *for profit* (professionalità e qualificazione del personale retribuito, produzione di beni e servizi, attività stabile). Ora, la Corte costituzionale nella sentenza n. 50 del 1998 sopra richiamata aveva voluto delimitare la nozione di "libertà sociale" specificando che se l'iniziativa economica privata "è svolta con continuità e con finalità lucrative" è sottoposta alla disciplina prevista dall'art. 41 della Costituzione, mentre se è condotta "episodicamente e senza finalità di profitto" costituisce genuina espressione della libertà sociale. Sulla stessa linea si è attestato anche il Consiglio di Stato, nel parere cui si è fatto riferimento, laddove ha affermato che le espressioni proprie della cittadinanza societaria, pur non dipendendo generalmente dalla forma giuridica assunta, nondimeno "si esprimono in forme diverse dall'impresa".

L'apparente inconciliabilità tra enti non lucrativi e attività economica può tuttavia essere superata uscendo dal paradigma delle "libertà sociali", ricondotte sotto l'ombrello dell'art. 2 della Costituzione, ancorando le imprese *non profit* al medesimo fondamento costituzionale delle tradizionali imprese *for profit*, ossia la libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41

⁴⁶ Sul punto si veda sempre E. ROSSI, *Principio di solidarietà*, cit., p. 2353.

⁴⁷ F. RIGANO, *La tutela della "corretta" concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 398; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, p. 178.

della Costituzione⁴⁸. E' noto, del resto, che la tutela offerta dalla Costituzione abbracci tutte le attività che abbiano natura economica e rappresentino espressione di una libera iniziativa economica. Si tratta, dunque, di una tutela che travalica la specifica forma organizzativa dell'impresa volta al perseguimento del profitto prevista dal Codice civile, che pure ha rappresentato il principale riferimento dell'art. 41 della Costituzione⁴⁹.

Qual è allora semmai il “salto culturale” che si impone nel considerare i soggetti *non profit* che svolgano istituzionalmente e stabilmente attività economica? Questo salto passa attraverso la definizione della specificità degli stessi rispetto alle imprese tradizionali alla luce di una nuova lettura del complesso delle disposizioni previste dall'art. 41 della Costituzione. In particolare, è la lettura unitaria dei primi due commi dell'art. 41 Cost.⁵⁰, che lega la garanzia di “libertà” prevista dal primo comma allo “svolgimento” della stessa previsto nel secondo comma in cui rileva il limite della “utilità sociale” che riverbera come limite apposto alla libertà riconosciuta nel primo comma.

E' allora il diverso “volto” che assume, nelle due diverse realtà, l'utilità sociale a caratterizzare, distinguendole, le imprese *non profit* dalle imprese lucrative. In queste ultime lo svolgimento dell'attività economica è condotto con il fine di massimizzare il profitto, ciò che può incontrare un limite esterno imposto dall'autorità pubblica per evitare che simile attività contrasti con l'utilità sociale e dunque leda beni e valori fissati dal legislatore. Nelle imprese *non profit*, al contrario, l'utilità sociale non è etero-imposta ma ispira per libera volontà l'attività dell'operatore economico, la cui bussola non è più la massimizzazione del profitto, come accade nella logica del mercato, bensì il raggiungimento di “finalità di utilità sociale”, ossia il soddisfacimento di bisogni collettivi e la tutela di interessi generali. L'utilità sociale prevista dal secondo comma dell'art. 41 della Costituzione acquisisce un ulteriore ruolo: quello di fondamento delle imprese *non profit*⁵¹. Questo salto culturale è stato del resto ormai fatto dallo stesso legislatore, cui compete il compito di inverare nel concreto contesto storico la nozione di utilità sociale, in sé connotata da una poliedricità che non conosce *reductio ad unum*⁵².

Con l'istituzione dell'“impresa sociale” ad opera della legge delega n. 118 del 2005 e del successivo decreto legislativo n. 155 del 2006⁵³ è stata acquisita definitivamente, anche a livello giuridico, la distinzione tra il concetto di impresa e quello della finalità lucrativa, potendo esistere

⁴⁸ Convincente appare la tesi avanzata da S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 101 e 103.

⁴⁹ In tema, per tutti, A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 1231; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 2.

⁵⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali – Parte speciale*, Padova, 1992, p. 480.

⁵¹ Si rinvia per gli approfondimenti a S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 101 ss.

⁵² Sulla “irriducibile poliedricità” della nozione di utilità sociale A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, p. 603.

⁵³ Si vedano per utili approfondimenti i contributi riguardanti l'impresa sociale contenuti nel volume *Le Identità del Terzo Settore: nuovi scenari di sviluppo e partecipazione*, a cura di P. Venturi e R. Villani, Aiccon, 2006. Si veda inoltre *infra*, nella parte prima del volume, la disamina delle caratteristiche proprie dell'impresa sociale.

imprese finalizzate alla produzione di “beni sociali”. L’importanza dell’intervento normativo va dunque rinvenuta nello scioglimento di quello che solo fino a pochi anni or sono era considerato un ossimoro. Con il riconoscimento giuridico della presenza di imprese che perseguono finalità diverse dal profitto, il legislatore mostra di voler superare l’ormai anacronistica dicotomia tra le associazioni e gli enti di cui al libro I del codice civile e gli enti societari del libro V.

Ciò che è significativo è che ad uscirne ulteriormente confermata è l’irrelevanza, ai fini della nozione di “impresa sociale”, della forma giuridica con cui essa si costituisce, un dato che già abbiamo visto connotare gli enti del Terzo Settore non istituzionalmente votati ad attività economiche. I soggetti che possono conseguire il titolo di impresa sociale sono infatti “*tutte le organizzazioni private*”⁵⁴, ivi comprese le società, che esercitano in via stabile e principale un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale.

Anche in questo caso si assiste invece alla valorizzazione da parte del legislatore del *profilo finalistico* dell’attività, quale criterio discretivo del nuovo ente. L’impresa sociale è infatti qualificata non in base al “tipo” di impresa, bensì sulla scorta di una nozione giuridica di “intrapresa sociale”, indipendentemente dalle forme giuridiche assunte⁵⁵. Ciò che rileva è l’esercizio dell’attività di impresa diretta a “finalità di interesse generale” svolta da organizzazioni private (requisito rigorosamente presidiato da un divieto di controllo, oltre che da parte di imprese lucrative, anche da parte di enti pubblici), che operano in settori “di utilità sociale” individuati dalla legge, nel quadro di vincoli patrimoniali e reddituali (assenza di uno scopo di lucro) e di *governance* societaria.

Ma è osservando la pluralità dei settori di intervento prescelti dal legislatore che si può affermare che queste nuove entità si candidano a ricoprire nel breve periodo un ruolo di primo piano nel panorama del Terzo Settore e dei suoi rapporti con la Pubblica Amministrazione. Gli ambiti di intervento normativamente previsti sono infatti ancor più estesi rispetto alla disciplina per le Onlus: la normativa ha cercato di comprendere quanti più settori possibile del non profit, al punto che la disciplina dell’impresa sociale può essere assunta quale *summa* degli spazi raggiunti ai nostri giorni dal privato sociale⁵⁶. Una simile latitudine riconosciuta all’intervento di queste

⁵⁴ Così l’art. 1, co. 1, d.lgs. n. 155/2006.

⁵⁵ In merito si vedano F. ZATTI, *Alla ricerca di un profilo istituzionale dell’impresa sociale tra “economia sociale di mercato” e “terzo settore”*, in *Non Profit*, 2006, p. 543 ss., in part. p. 549.

⁵⁶ L’art. 2 d.lgs. n. 155 del 2006 enumera quali settori di utilità sociale: l’assistenza sociale; l’assistenza sanitaria e sociosanitaria; l’educazione, istruzione e formazione; la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema; la valorizzazione del patrimonio culturale; il turismo sociale; la formazione universitaria e post universitaria; la ricerca ed erogazione di servizi culturali; la formazione extrascolastica finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo; i servizi strumentali alle imprese sociali resi da enti composti in misura superiore al 70% da organizzazioni che esercitano un’impresa sociale. Inoltre possono acquisire il titolo di impresa sociale le organizzazioni

nuove entità finisce con l'assegnare una nuova missione al Terzo Settore: non più soggetto in una *no man's land* separata dallo Stato e dal mercato, bensì all'opposto "un ponte" tra pubblico e privato⁵⁷, finalizzato a creare un *welfare* "allargato"⁵⁸.

Volendo concludere in ordine alla "perimetrazione" dei soggetti del Terzo Settore, sono dunque le finalità di solidarietà o finalità di utilità sociale, contrapposte al calcolo egoistico o utilitaristico proprio del mercato ed esercitate senza alcuna imposizione dell'autorità che contraddistinguono l'azione dei soggetti appartenenti al Terzo Settore, quali manifestazioni spontanee emerse nel tessuto sociale, indipendentemente dalla forma giuridica con cui esse operano.

3. La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione e le implicazioni per il Terzo Settore

Il fenomeno del Terzo settore, nella sua tematizzazione più classica all'interno del rapporto pubblico-privato nell'erogazione dei servizi, come è noto, ha rinvenuto un fondamento costituzionale espresso con la legge costituzionale n. 3 del 2001, che all'art. 118 ha riconosciuto il principio di sussidiarietà, rinforzando la scelta già intrapresa dal legislatore ordinario alla fine degli anni '90 in numerosi interventi legislativi che in modo espreso o implicito già rinviavano al principio⁵⁹.

Il principio di sussidiarietà è stato inserito nell'art. 118 della Costituzione in due disposizioni. Nel primo comma si prevede 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 ed adeguatezza". Nel quarto comma, invece, si sancisce che "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".

Che novità introduce la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà?

che, indipendentemente dai settori di attività, esercitano attività d'impresa al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti che siano lavoratori svantaggiati e disabili, a patto che rappresentino almeno il 30% del personale.

⁵⁷ Così A. BUCELLI, *Verso l'impresa sociale: profili giusprivatistici*, in *Non Profit*, 2006, p. 523 ss. Evidenziava la collocazione del Terzo settore in una "no man's land", con riferimento alle fondazioni bancarie, R. BALDUZZI, *Prefazione* a M. COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato. Due questioni di fine secolo*, Milano, 2002, p. 11.

⁵⁸ G. FIORENTINI, *Impresa sociale e sussidiarietà. Dalle fondazioni alle spa; management e casi*, Milano, 2006.

⁵⁹ Tra questi merita segnalare: la legge n. 59/1997 (cd. Legge "Bassanini 1") che per prima coniava il termine "sussidiarietà", ponendolo tra i principi e i criteri direttivi della delega al Governo per la realizzazione del federalismo amministrativo (art. 4, co. 3, lett. a), legge n. 59/1997); il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (art. 3, co. 5, d.lgs. n. 267/2000).

E' vero, come da più parti è stato evidenziato, che la riforma costituzionale del 2001 ha sostanzialmente enunciato in via espressa il termine, benché il principio fosse già desumibile dalla Costituzione del 1948⁶⁰, quale concetto implicito nel formale riconoscimento di altri principi costituzionali, e segnatamente del principio di solidarietà riconosciuto dall'art. 3 della Costituzione, in quanto entrambi sussumibili nel comune principio personalista previsto all'art. 2 della Costituzione⁶¹.

E tuttavia il riconoscimento espresso in Costituzione del principio di sussidiarietà non è stato un mero esercizio di stile perché, anzitutto, essa ha avuto il merito di fornire un quadro giuridico più preciso rispetto a quanto si potesse ricavare dal testo originario della Costituzione⁶² e ha impresso una direzione chiara tra le diverse e antitetiche opzioni a cui astrattamente è lecito pervenire applicando il principio personalista nei rapporti tra pubblico e società. Privilegiando la dimensione negativa del principio personalista, è la primazia dell'individuo rispetto alle istituzioni pubbliche che si afferma, ma assumendo l'accezione positiva del medesimo principio si può sostenere, all'opposto, un obbligo per le istituzioni di intervento a garanzia effettiva del libero svolgimento della personalità umana⁶³.

Nondimeno, la costituzionalizzazione espressa ha aperto un dibattito in ordine all'interpretazione e all'applicazione dell'effettiva portata del principio di sussidiarietà, con particolare riferimento alla sua dimensione orizzontale o sociale⁶⁴, dal momento che il legislatore

⁶⁰ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 ss.; G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA. VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, p. 171; V. TONDI DELLA MURA, *Principio di sussidiarietà e formazioni sociali: spunti problematici alla luce dei lavori preparatori della Costituzione*, in L. LIPPOLIS (a cura di), *Costituzione e realtà attuale, 1948-1988*, Milano, 1990, p. 277 ss; F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI – M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, p. 151; A. POGGI, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una "identificazione" all'interno del terzo settore*, in *Non Profit*, 2000, p. 233; V. CERULLI IRELLI e R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in www.astrid-online.it; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 63 ss.

⁶¹ E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in Id., *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, 1989, p. 85 ss; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, cit., ; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur.mezz.*, 2000, p. 19 ss. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 136 ss.

⁶² S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 61. Parte della dottrina aveva problematicamente sollevato dei dubbi circa la possibilità di rinvenire nel testo originario della Costituzione il principio di sussidiarietà (v. spec. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralista*, in AA.Cervati, S.P. Panunzio e P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, p. 227; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 ss., spec. p. 69).

⁶³ V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali*, cit., p. 100. Il riferimento della ambivalenza del principio personalistico è utilizzato per revocare in dubbio la sussunzione del principio di sussidiarietà tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale da Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2351.

⁶⁴ Per A. POGGI, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e necessità di una "identificazione" all'interno del terzo settore*, cit., p. 233, la questione interpretativa si pone proprio all'interno della dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà, mentre più semplice è stata la traduzione legislativa del principio nella sua dimensione verticale.

costituzionale ha posto, ma non definito, il principio nella sua valenza orizzontale⁶⁵, sì da ingenerare numerose letture dai diversi esiti applicativi⁶⁶, soprattutto nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione.

La costituzionalizzazione del principio ha invece introdotto sensibili elementi di novità e discontinuità nel quadro costituzionale preesistente⁶⁷, che si manifestano con evidenza muovendo dalla lettura unitaria del principio inscritto nelle due disposizioni dell'art. 118 della Costituzione. Sul punto, paiono convincenti le argomentazioni di coloro che sostengono come la distinzione che si suole operare sul piano descrittivo tra sussidiarietà "verticale" e sussidiarietà "orizzontale"⁶⁸ vada in realtà coniugata con la radice sostanziale del principio, da cui emerge una valenza unitaria del medesimo⁶⁹. Sia che il principio sia declinato sul versante dell'amministrazione pubblica, come presidio a favore del decentramento e delle autonomie locali contro l'accentramento statalistico (e perciò destinato a incidere nella distribuzione delle competenze e delle funzioni tra i diversi livelli territoriali), sia che invece esso sia calato nei rapporti tra pubblica amministrazione e iniziativa privata, come baluardo contro le tendenze rivolte verso l'esclusività dell'intervento pubblico (in considerazione dell'obbligo imposto ai vari enti territoriali che nell'esercizio delle loro funzioni "favoriscano" l'autonoma iniziativa dei singoli e delle formazioni sociali), ne esce

⁶⁵ Sottolinea che l'art. 118 Cost. costituzionalizza il principio di sussidiarietà senza alcuna aggettivazione, F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, cit., p. 2 del dattiloscritto; si veda M. ABRESCIA, *La sussidiarietà come parametro nei giudizi costituzionali in materia di diritti*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, p. 173.

⁶⁶ La letteratura sul principio di sussidiarietà è amplissima. Per i contributi monografici: BALDINI V. (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007; L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale: la frontiera della democrazia*, Milano, 2005; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001.

⁶⁷ Così G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, vol. I, Napoli, 2005, p. 177 ss.; F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, *Comunicazione al Convegno "Cittadini attivi per una nuova amministrazione"*, Roma, 7-8/2/2003, in www.astrid-online.it. In senso contrario alla trasformazione del sistema costituzionale per opera del nuovo art. 118, in assenza di pronunce del giudice costituzionale, E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 100; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, 2004, p. 62 ss.; Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, cit., p. 2351. Contesta che nell'art. 118, quarto comma, Cost. sia stata costituzionalizzata la sussidiarietà orizzontale sulla scorta di un'interpretazione letterale e sistematica del dato normativo G. CLEMENTE di SAN LUCA, *Principio di legalità potestà normativa esclusiva degli enti locali*, in Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo, *Annuario*, p. 119 ss., in part. p. 157 e nota 32.

⁶⁸ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 85; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss, in part. p. 8; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 53; Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, cit., p. 2350; B. CARAVITA, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, cit.

⁶⁹ Sottolinea la valenza unitaria del principio, sulla scorta dei documenti pontifici in cui per la prima volta il principio è stato tematizzato, V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, voce in *Enc. Giur., Aggiornamento*, 2003. Nel medesimo senso: F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, *Comunicazione al Convegno "Cittadini attivi per una nuova amministrazione"*, Roma, 7-8/2/2003, pubblicato su www.astrid-online.it; A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 97.

una chiara valenza sostanziale. Con questo principio il cittadino, singolo o associato, diventa il fulcro a fronte del quale saggiare la legittimità dell'azione delle istituzioni pubbliche⁷⁰ tanto nel ripartire le funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo, quanto in relazione all'obbligo cui sono tenuti tutti i poteri a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, finalizzata allo svolgimento di attività di interesse generale. La sussidiarietà diventa dunque un parametro della validità dell'azione dei pubblici poteri⁷¹.

Per quanto inserito nella seconda parte della Costituzione, il principio di sussidiarietà reca con sé importanti conseguenze non solo a livello amministrativo, ma più in generale a livello "ordinamentale"⁷², perché illumina di nuova luce la prima parte della Costituzione e i principi fondamentali da essa previsti, che investono i rapporti tra pubblici poteri e consociati. La sussidiarietà di cui parla il comma quarto dell'art. 118 non è infatti confinata soltanto alle competenze amministrative e all'azione amministrativa, ma si rivolge in generale a tutti i poteri, dunque anche al potere normativo (legislativo e regolamentare)⁷³. La norma costituzionale richiede, dunque, che tutti i livelli istituzionali, in relazione a tutte le funzioni esercitate, favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati per lo svolgimento e il conseguimento di attività di interesse generale e ciò comporta un obbligo giuridico, non una mera facoltà, di favorire i privati, altrimenti la norma costituzionale sarebbe *inutiliter data*⁷⁴.

Dalla lettura coordinata dell'art. 118 con i principi fondamentali inseriti negli articoli 1, 2 e 5 della Costituzione sono state ricavate implicazioni con diversi livelli di profondità. Vi è chi ha sostenuto l'avvento, nel nostro paese, di un nuovo concetto di autonomia, di tipo "relazionale"⁷⁵, che porta alla creazione di una società pluralista caratterizzata da rapporti paritari tra soggetti pubblici e privati. Altri si sono spinti più in là, parlando di un mutamento della nostra stessa democrazia, che da un impianto di tipo giacobino incentrato sulla rappresentanza della volontà popolare e dunque sulla volontà degli organi assembleari espressione di cittadini elettori, nel quadro di limiti e vincoli definiti dalla Costituzione, accede ad una democrazia "fondata sulla

⁷⁰ Parla di una "nuova centralità del cittadino" nell'ambito dell'ordinamento repubblicano introdotta dal nuovo art. 118 Cost. F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, cit., p. 4 del dattiloscritto.

⁷¹ V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in *Federalismi.it*, n. 20/2007, p. 5.

⁷² Così V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali*, cit., p. 5. Nega, invece, tali effetti ordinamentali proprio sulla scorta della collocazione della disposizione, inserita nella seconda parte e all'interno di una norma che si occupa dell'amministrazione primariamente e della razionalizzazione dell'allocazione delle funzioni amministrative, Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, cit., p. 2350.

⁷³ F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, cit., p. 6.

⁷⁴ Sottolineano come la parola "favoriscono" vada interpretata come "hanno l'obbligo di favorire" G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 5; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, cit., A. MARZANATI, *Commento all'art. 7*, in *Il nuovo ordinamento della Repubblica*, a cura di V. Italia, Milano, 2003, p. 450.

⁷⁵ Così G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, cit., p. 190 ss.; B. CARAVITA, *Le fondazioni di origine bancaria*, cit.

primazia della libertà e dell'autonomia della società", in cui la prevalenza è assegnata direttamente ai cittadini purché operino nell'interesse generale e nel rispetto del principio di solidarietà sociale e di uguaglianza⁷⁶. Altri ancora hanno parlato dell'avvento di una nuova forma di Stato, lo "Stato comunitario" fondato sulla sussidiarietà sociale, uno Stato che, diversamente dallo Stato sociale, assegna un ruolo primario alle realtà sociali, lasciando sullo sfondo i pubblici poteri⁷⁷. In questa nuova forma di Stato, il potere pubblico, nei vari livelli istituzionali territoriali, dovrebbe pertanto assumere un ruolo "regolatore e sussidiario"⁷⁸, in cui la concreta realizzazione dei diritti sociali è svincolata dalla natura pubblica o privata del soggetto erogatore.

Quale che sia il mutamento di "contesto ordinamentale" prodottosi, è certo che il ruolo dell'amministrazione ne esca trasfigurato: la norma scardina il cosiddetto "paradigma bipolare"⁷⁹ che ha contraddistinto fin dalle origini il nostro sistema di diritto amministrativo, assegnando un ruolo di preminenza alla pubblica amministrazione, per cui gli interessi pubblici sono soddisfatti soltanto dai soggetti pubblici e quelli privati dai soli soggetti privati. Per la prima volta si stabilisce invece il principio che le attività di interesse generale non sono monopolio di poteri pubblici, ma possono essere svolte anche dai privati. La stessa Corte costituzionale nelle decisioni che hanno riguardato le fondazioni di origine bancaria ha valorizzato la novità recata dall'art. 118 della Costituzione, riconoscendo che l'art. 118, quarto comma, della Costituzione consente a soggetti privati, quali le fondazioni bancarie, di perseguire interessi generali complementari e integrativi di quelli affidati ai poteri pubblici⁸⁰.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà ha dunque un'importanza decisiva per i rapporti tra pubblica amministrazione e Terzo settore: "lo spazio amministrativo non è più un'area riservata ai soggetti pubblici, ma diventa un luogo in cui devono poter operare anche i soggetti che sono espressione spontanea della società"⁸¹. Sicché si può affermare che i soggetti del Terzo Settore concorrono al perseguimento di interessi generali, pur essendo soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni⁸².

Questo significa non solo affrontare il dilemma pubblico-privato, e dunque un nuovo rapporto tra pubblico e privato nella erogazione dei servizi. Certamente la norma determina l'avvento di un sistema in cui sia pienamente garantita un'organizzazione pluralistica delle prestazioni sociali, in modo che sia resa concreta un'effettiva libertà di scelta circa il soggetto

⁷⁶ F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, cit., p. 5.

⁷⁷ In questo senso G. LOMBARDI e L. ANTONINI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Diritto e società*, 2003, p. 162 ss.; A. POGGI, *Comunicazione al Convegno "Cittadini attivi per una nuova amministrazione"*, cit., p. 6.

⁷⁸ V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali*, cit., p. 8.

⁷⁹ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

⁸⁰ Si veda in particolare Corte cost., sent. n. 301 del 2003.

⁸¹ S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 22.

⁸² In merito F. GIGLIANI, *Sussidiarietà orizzontale e Terzo Settore*, in *Labsus.org.*, 19 ottobre 2002.

erogatore, in accordo anche con specifici orientamenti culturali⁸³, a fronte di una pluralità di servizi offerti da soggetti pubblici e privati presenti sul territorio.

Ancor di più, l'introduzione del principio di sussidiarietà comporta una nuova valutazione da parte della pubblica amministrazione in ordine alle azioni che essa legittimamente può porre in essere, all'interno della missione ad essa assegnata di rendere effettivi i diritti costituzionalmente garantiti. E' il tema, ben più problematico, del "pubblico come"⁸⁴, che richiede inevitabilmente un apprezzamento da parte degli apparati pubblici di ciò che costituisce interesse generale in una dimensione più ampia, che dalla singola prestazione risalga fino all'individuazione stessa della sussistenza di un interesse generale a gestire, anziché meramente a coordinare. In questo modo diventa sindacabile in sede giurisdizionale non soltanto l'esercizio della funzione, e dunque la singola misura dell'intervento pubblico che introduca una compressione dell'autonomia privata non giustificata, alla luce dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità⁸⁵, ma ancor prima la scelta stessa operata in sede legislativa o amministrativa, laddove essa non fosse idonea a favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini singoli o associati⁸⁶.

Si potrebbero, del resto, ricavare indici favorevoli alla sindacabilità anche sul piano normativo della eventuale irragionevole compressione della sussidiarietà orizzontale dai principi affermati dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 310 del 2006 in materia di usi civici⁸⁷. La Corte ha giudicato incostituzionale una legge regionale che attribuiva ai comuni il potere di disporre di aree gravate da usi civici senza adeguata motivazione, e ciò in quanto a fronte di interessi generali già assegnati alla collettività dalla legge i pubblici poteri non possono disporre in modo assoluto di quei beni mutandone la natura senza una giustificazione. Simili affermazioni potrebbero indurre a considerare, trasladando il tutto sul piano della sussidiarietà orizzontale, che "una volta che l'interesse generale è protetto a beneficio dei cittadini, non è più possibile esercitare

⁸³ L. DE GRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Milano, 2004, p. 365 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *Servizi sociali e diritti delle persona*, Milano, 2004, p. 148 ss. Analogamente, già A. MATTIONI, *Scuola privata e pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 644, e G. LOMBARDI e L. ANTONINI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale*, cit., p. 155 ss. Parla, in particolare, di infungibilità della prestazione sociale V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali*, cit., p. 9 ss.

⁸⁴ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 29; A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, p. 1103 ss., in part. p. 1123 ss; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit.,

⁸⁵ Così TAR Liguria, sez. I, sent. 18 marzo 2004, n. 267; TAR Puglia Lecce, sez. I, sent. 5 aprile 2005, n. 1847; TAR Lazio Roma, sez. III, sent. 8 febbraio 2003, n. 805. Sul tema L. ANTONINI, *Spunti sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 635 ss.; G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in www.astrid-online.it, 2005.

⁸⁶ Per il riconoscimento della giustiziabilità del principio di sussidiarietà anche a livello normativo si veda Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354 e 3 settembre 2003, n. 1440.

⁸⁷ Per una dettagliata disamina delle questioni affrontate dalla decisione si veda A. SIMONATI, *Usi civici, tutela ambientale e ruolo della Regione*, in *Le Regioni*, 2006.

una piena discrezionalità di questo da parte dei pubblici poteri”⁸⁸, ma sussiste un obbligo di motivazione.

Più puntuali ed univoci riferimenti in ordine alla sindacabilità del principio di sussidiarietà orizzontale sul piano normativo e alla latitudine dell'autonomia privata nella gestione di interessi generali avrebbero potuto essere resi dalla Corte costituzionale, se solo avesse potuto spingersi a giudicare nel merito la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione su una norma regionale lombarda in materia di consorzi di bonifica, modificata dal legislatore regionale nelle more del giudizio⁸⁹. La norma, stabilendo l'assunzione da parte dei consorzi di bonifica delle funzioni dei consorzi di miglioramento fondiario, era stata interpretata dalla Corte di cassazione come recante l'effetto immediato di escludere la componente privata dall'attività di bonifica, ledendo così il principio enunciato all'art. 118, comma 2, Cost.

La sussistenza di un radicato Terzo Settore sul territorio, peraltro, potrebbe incidere sul giudizio di adeguatezza sotto un ulteriore diverso profilo, attinente alla dimensione verticale del principio di sussidiarietà allorché si tratti di scegliere il livello ottimale di gestione di una funzione pubblica. Come giustamente è stato osservato, in tale scelta il parametro di adeguatezza non può essere solo relativo alle risorse tecnico organizzative possedute dall'istituzione, ma anche alle "risorse sociali" disponibili⁹⁰.

Il principio di sussidiarietà, costituzionalizzato dalla riforma del 2001, rappresenta pertanto un elemento di decisivo rafforzamento del fondamento costituzionale e del ruolo del Terzo Settore, perché anzitutto introduce un obbligo di tutela promozionale a carico del legislatore: prima della riforma, nel testo costituzionale non era dato infatti rinvenire un riferimento espresso cui ricondurre le finalità non lucrative⁹¹.

Occorre tuttavia operare alcune specificazioni sia di ordine generale, sia nei rapporti che intercorrono tra sussidiarietà orizzontale e Terzo Settore al fine di comprendere il raggio di azione di questa tutela promozionale.

Anzitutto, la norma contenuta nell'art. 118 della Costituzione, pur esprimendo una direzione preferenziale, un ben determinato *favor* nei confronti del soggetto sussidiario, va interpretata in modo coordinato e sistematico rispetto ad altri principi previsti dalla Costituzione. La Corte costituzionale ha avuto modo di recente di esprimersi nettamente in merito, decidendo su una

⁸⁸ F. GIGLIONI, *La tutela rafforzata dei beni a uso civico*, pubblicato su *Labsus.org*, 19 gennaio 2007.

⁸⁹ Si veda Corte cost., ord. n. 263 del 2004, con cui è stata decisa la restituzione degli atti per *ius superveniens*, in relazione all'art. 6 della legge della Regione Lombardia n. 59/1984. In merito, G. MARTINI, *Il potere del governo del territorio*, in *La Repubblica delle autonomie*, a cura di A. Pioggia e L. Vandelli, Bologna, 2006, p. 159-161.

⁹⁰ Così A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 51.

⁹¹ Prima della riforma costituzionale del 2001, M. CARTABIA e F. RIGANO, *L'ordinamento giuridico e fiscale*, cit., p. 80, evidenziavano come la Costituzione non ponesse a carico del legislatore alcun obbligo di tutela o di agevolazione nei confronti delle associazioni non lucrative.

questione di legittimità costituzionale sollevata su una disposizione che stabiliva che solo le scuole statali potessero costituire commissioni speciali riservate ai soli candidati esterni per gli esami di Stato. Il fatto che ciò fosse viceversa impedito alle scuole paritarie – ossia istituti privati e scuole istituite da enti locali, che parimenti contribuiscono a formare il sistema nazionale scolastico integrato, secondo quanto previsto dalla legge n. 62 del 2000 sulla parità scolastica, e come tali godono di diritti analoghi a quelli delle scuole statali – veniva considerato dal giudice remittente come sospetta irragionevole differenziazione, oltre che misura lesiva del principio di sussidiarietà orizzontale⁹². Con la sentenza n. 220 del 2007, la Corte costituzionale ha ritenuto non irragionevole la deroga che impedisce alle scuole paritarie di istituire analogamente commissioni specifiche per i soli candidati esterni, e ciò per evitare che le scuole paritarie diventino sede privilegiata per sostenere gli esami di stato da parte di studenti privatisti a discapito della serietà dell'esame di Stato. Per quanto qui più importa, il giudice costituzionale ha affermato che il principio di sussidiarietà orizzontale non può comportare una rilettura dell'art. 33, quarto comma, della Costituzione che imponga alle scuole paritarie di costituire commissioni riservate agli studenti diversi dai propri alunni.

Con riferimento specifico ai rapporti tra sussidiarietà orizzontale e Terzo Settore, è importante sottolineare che, pur essendo molteplici le connessioni esistenti tra i due concetti⁹³, tuttavia non qualsiasi attività svolta dagli enti del Terzo Settore può rientrare sotto la copertura dell'art. 118 della Costituzione.

Per comprenderlo occorre soffermarsi sui concetti di “attività di interesse generale” e di “autonoma iniziativa”.

L'art. 118 della Costituzione riconosce una priorità di intervento ai privati purché l'attività svolta sia “di interesse generale”. Si tratta di un concetto assai ampio, tale da ricomprendere molte attività⁹⁴. Lo stesso legislatore utilizza il termine per far riferimento ad una vasta gamma di attività non omogenee⁹⁵, nelle quali sicuramente sono da annoverare quelle attività di produzione ed erogazione di beni e servizi sociali, in quanto volti a soddisfare diritti sociali, e ciò perché la loro soddisfazione è di interesse generale. Di contro, la portata della norma può essere definita in negativo, come escludente le attività di interesse meramente privato.

⁹² La questione riguardava l'art. 14, co. 5, del dlgs. n. 266 del 2005 ed era stata sollevata dal Tar Lazio, sez. III-bis, 13 marzo 2006, n. 1906. In merito *amplius* F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e obblighi delle scuole paritarie*, pubblicato su *Labsus.org.*, 28 luglio 2007.

⁹³ Peraltro, va sottolineato come la portata del quarto comma dell'art. 118 non è esclusivamente riferibile al Terzo settore: essa è certamente comprensiva dell'attività del Terzo settore, ma ha una portata ben più ampia, dal momento che essa fa riferimento ai cittadini sia singoli che associati, mentre il Terzo settore è un fenomeno tipicamente associativo.

⁹⁴ Sulla difficoltà a definire una chiara linea di confine tra attività di interesse generale e attività di interesse privato, G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 29.

⁹⁵ Lo evidenzia F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, cit., p. 2.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, che rende doverosa l'azione promozionale dei pubblici poteri, può riguardare solo il privato sociale e non qualsiasi privato⁹⁶. Come efficacemente è stato detto⁹⁷, si ha sussidiarietà orizzontale quando il principio di azione prioritario è il bene comune, non l'efficienza. Quando invece entrano in campo altri criteri prioritariamente, quali appunto l'efficienza, ecco che si fuoriesce dal paradigma della sussidiarietà e si entra in un altro fenomeno, ossia l'*outsourcing*. Questo reca con sé un'importante implicazione per l'azione dell'amministrazione pubblica: mentre l'attuazione dell'art. 118, ultimo comma, è costituzionalmente doverosa per l'amministrazione, l'apertura al mercato, ossia al privato-privato o il privato *for profit*, non lo è.

Ciò ci introduce ad un'ulteriore considerazione, che riguarda la "autonoma iniziativa" dei soggetti associativi. Non solo non si è all'interno del paradigma della sussidiarietà orizzontale nel caso intervengano enti corporativi strutturati e dunque "autonomie funzionali" (quali camere di commercio, associazioni di categoria, ordini professionali)⁹⁸, ma non vi è autonoma iniziativa se essa è "indotta su impulso o affidamento delle pubbliche amministrazioni"⁹⁹.

4. La tutela e promozione del Terzo settore nel contesto del pluralismo istituzionale paritario

L'accoglimento del principio di sussidiarietà orizzontale nel quadro costituzionale non comporta, tuttavia, che i pubblici poteri siano per ciò stesso relegati ad un ruolo di retroguardia o di arretramento rispetto alle attività svolte dal privato, dal momento che nello Stato comunitario rimangono incardinati in via esclusiva sui soggetti pubblici anzitutto importanti attività di regolazione sul piano legislativo per favorire l'autonoma iniziativa svolta dai soggetti del Terzo settore, così come altrettanto ineliminabili sono da considerare le attività di controllo e di vigilanza¹⁰⁰.

⁹⁶ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 85 ss., in part. p. 95. Contra G. U. RESCIGNO, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 29, per il quale, poiché l'art. 118 della Costituzione espressamente non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fine di lucro, i soggetti pubblici favoriscono sia iniziative economiche *for profit*, sia quelle prive di fini di lucro, e solo successivamente, sulla scorta dell'applicazione del principio di sussidiarietà

⁹⁷ A. POGGI, *Comunicazione*, cit., p. 7. Si veda anche A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 81, che differenzia i soggetti privati coinvolti: mentre dalle norme che riconoscono nei singoli settori materiali una libertà di intervento ai soggetti privati si rivolgono a tutti i privati, solo ad alcuni di essi è garantita una priorità in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale. Analogamente S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 67.

⁹⁸ Sottolinea come il soggetto considerato dal principio di sussidiarietà orizzontale è sempre il cittadino, singolo o associato, e non il corpo intermedio, altrimenti si scadrebbe nel corporativismo M. OLIVETTI, *Il dibattito sul principio di sussidiarietà alla Camera dei deputati*, in *Orientamenti sociali*, 1995, p. 95.

⁹⁹ F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, cit., p. 2.

¹⁰⁰ Sul punto, S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 60. A. SIMONCINI, *Il terzo settore*, cit. Di recente, V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, pubblicato su www.federalismi.it, n. 20/2007, p. 8.

Queste ultime, in particolare, costituiscono il naturale corollario della corretta applicazione del principio di sussidiarietà, che postula un intervento dei soggetti pubblici in funzione sussidiaria in sostituzione dei privati, pur sempre nel rispetto della loro libertà, allorché *ex post* sia accertato che costoro non sono in grado di esercitare in maniera adeguata le attività di interesse generale e di soddisfare le contingenti esigenze espresse dalla collettività¹⁰¹. Ad un simile intervento sostitutivo i pubblici poteri non potrebbero mai sottrarsi allorché in particolare sia coinvolte “prestazioni richieste dagli enunciati costituzionali”¹⁰².

La sussidiarietà orizzontale non comporta dunque un mero arretramento dello Stato, ma si risolve in una “radicalmente diversa modalità di intervento da parte di esso, una modalità che promuove e sostiene l’autonoma capacità di azioni dei singoli e delle formazioni sociali”¹⁰³.

Quanto agli interventi di regolazione, essi sono richiesti non perché dall’art. 118, ultimo comma, Cost. non sia ricavabile una regola immediatamente precettiva, recante un vero e proprio obbligo giuridico¹⁰⁴ in capo ai soggetti pubblici a “favorire” l’effettivo pluralismo degli interventi sociali. Ciò che potrebbe richiedere l’introduzione a livello legislativo di nuove e più favorevoli condizioni per l’assunzione di attività di interesse generale da parte del privato sociale, rimuovendo altresì quelle barriere normative ormai prive di giustificazione. In particolare, poi, una corretta applicazione del principio di sussidiarietà postula che sia comunque rispettato il principio della separazione dei poteri e il principio di legalità: l’individuazione delle attività di interesse generale non può essere lasciata all’autonomo apprezzamento dei cittadini che decidano di attivarsi per realizzare la sussidiarietà orizzontale, ma è un compito che spetta al legislatore¹⁰⁵.

Che del resto debba sussistere una legislazione relativa al Terzo Settore non si è mai dubitato, dal momento che essa costituisce attuazione di una libertà avente fondamento costituzionale¹⁰⁶ (come sopra illustrato, il fondamento va rintracciato negli articoli 2, 3 e 41, secondo comma, della Costituzione), rispetto alla quale sussiste comunque uno spazio di discrezionalità che spetta al legislatore esercitare. Ma in virtù dell’art. 118 della Costituzione, non basta che uno spazio di autonomia esista e sia garantito dai pubblici poteri affinché la libertà di organizzazione e azione dei soggetti del Terzo settore possa esplicarsi: occorre una attiva promozione dello stesso, anzitutto sul piano legislativo.

¹⁰¹ Lo evidenzia V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., p. 6, che esclude tuttavia l’ammissibilità di qualsiasi forma di programmazione pubblica o di controllo dell’attività stessa dei privati.

¹⁰² Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, cit., p. 2355.

¹⁰³ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 5.

¹⁰⁴ Per l’immediata forza precettiva dell’art. 118, ultimo comma, si vedano G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c., della Costituzione*, cit., p. 180 ss.; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., p. 5. Sostenitori della natura programmatica della disposizione sono invece G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 30. Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, cit., p. 2354.

¹⁰⁵ In merito *amplius* G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c., della Costituzione*, cit., p. 212-214.

¹⁰⁶ S. LA PORTA, *L’organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 44. Rileva

L'indagine sulla dimensione costituzionale del Terzo Settore non può non porsi il problema della competenza a regolare in chiave promozionale l'intervento dei soggetti *non-profit*.

Come è stato detto, nella "Repubblica della sussidiarietà"¹⁰⁷ l'art. 118 della Costituzione vive concretamente nel pluralismo istituzionale paritario introdotto nell'art. 114 della Costituzione che assegna a tutte le componenti della Repubblica (Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato) la legittimazione ad assumere, nel rispetto delle rispettive attribuzioni, le decisioni di conferimento di attività di interesse generale ai soggetti del privato sociale. Ed è un compito, questo, cui sono parimenti chiamati sia il legislatore statale sia i legislatori regionali, sia infine gli enti locali ai quale pure tocca assumere le iniziative normative più acconce per la realizzazione del principio di sussidiarietà.

Dopo il primo riconoscimento negli anni novanta del volontariato, la tutela promozionale del Terzo Settore ha visto impegnato negli ultimi anni tanto il legislatore statale, quanto quello regionale, nel riconoscere agevolazioni di varia natura agli enti del privato sociale (agevolazioni di natura fiscale, sovvenzioni, semplificazione di rapporti tra la pubblica amministrazione e il Terzo Settore), a fronte di limitazioni imposte all'autonomia del privato sociale quali contropartita per evitare che si venisse a creare una situazione di illegittima concorrenza con il privato lucrativo che da quelle agevolazioni è escluso¹⁰⁸. A livello statale, oltre alla recente introduzione della impresa sociale di cui si è già detto¹⁰⁹, merita segnalare l'importante riconoscimento nel campo dell'assistenza operato con la legge n. 328 del 2000 che ha introdotto il sistema integrato dei servizi sociali, in cui i soggetti privati sono ammessi a concorrere alla programmazione stessa dei servizi da erogare¹¹⁰.

La collaborazione tra pubblica amministrazione e mondo *non profit* è stata inoltre favorita da interventi recanti sgravi fiscali e incentivazioni. Oltre alla normativa di agevolazione fiscale introdotta per le Onlus con il dlgs. n. 490 del 1997, in tempi recenti è stato introdotto il sistema del "5 per mille" dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef) a favore dei soggetti *non profit*, uno strumento che, nella logica propria della sussidiarietà orizzontale¹¹¹, crea un'area di

¹⁰⁷ F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna* n.53 (28 giugno 2007).

¹⁰⁸ La Corte costituzionale ha riconosciuto che le limitazioni all'autonomia degli enti non profit fossero ragionevolmente fondate e non integrassero una disparità di trattamento per una corretta tutela della concorrenza con il privato lucrativo: così le sentenze nn. 417 del 1993 e 365 del 1997, commentate da F. RIGANO, *La tutela della "corretta" concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 391 ss.; Id., *Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3531 ss.

¹⁰⁹ Cfr. la legge delega n.

¹¹⁰ Sulla legge n. 328 del 2000 e le importanti novità da essa recate si vedano: E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI e G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla l. n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003; R. FINOCCHI GHERSI, *L'istituzione del sistema integrato dei servizi sociali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001.

¹¹¹ Sottolinea la "immanenza alla sussidiarietà" propria di istituti quale il "5 per mille" L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005, p. 123.

“democrazia fiscale diretta”¹¹², permettendo al contribuente, secondo quanto ha riconosciuto la Corte costituzionale con la sentenza n. 202 del 2007, di imputare direttamente, secondo la sua autonoma volontà, la quota dell’imposta al patrimonio dell’ente *non profit* destinatario, con la conseguente dis-intermediazione dello Stato. Si tratta di un istituto che ha riscontrato un notevole successo presso i contribuenti, portando a destinare ingenti somme agli enti beneficiari e per tale motivo ha conosciuto un’inarristabile estensione: la legge finanziaria per il 2006 lo aveva previsto per gli enti di volontariato e di ricerca, successivamente la legge finanziaria per il 2007 lo aveva esteso alle O.n.l.u.s., alle associazioni di promozione sociale (legge 383/2000) iscritte nei registri nazionale, regionali e provinciali e le associazioni riconosciute che operano nei settori di cui all’art. 10, comma 1, lettera a), d.lgs. 460/97, agli enti della ricerca scientifica e dell’università; agli enti della ricerca sanitaria.

E di recente il decreto legge “mille proroghe” (D.L. 31 dicembre 2007 n. 248, convertito con modificazioni nella legge n. 31 del 2008) ha esteso, per il 2008, alle associazioni sportive dilettantistiche (in possesso del riconoscimento ai fini sportivi rilasciato dal CONI a norma di legge) e alle fondazioni nazionali di carattere culturale, la possibilità di essere destinatarie della devoluzione di una quota pari al 5 per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche¹¹³.

Importanti compiti promozionali del settore del non profit sono stati infine previsti in capo all’Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale¹¹⁴, alla quale significativamente sono assegnati compiti trasversali di promozione e controllo nei confronti di tutti i soggetti che compongono il Terzo Settore¹¹⁵.

Specularmente, la valorizzazione del ruolo svolto dal privato sociale, specialmente nell’ambito dei servizi sociali, è un principio ormai invalso anche nella legislazione di molte Regioni¹¹⁶, oltre che in molti dei nuovi Statuti regionali¹¹⁷.

La collaborazione tra pubbliche amministrazioni e Terzo Settore deve inevitabilmente fare i conti con la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, attuata attraverso le leggi costituzionali del 1999 e del 2001, da cui discendono rilevanti novità che assegnano non più

¹¹² S. CIPOLLINA, *La Corte costituzionale ed il 5 per mille per il volontariato e la ricerca*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2007, p. 84 ss.

¹¹³ Si veda l’art. 45 del D.L. n. 248 del 2007.

¹¹⁴ Cfr. art. 3, co. 190 e 191-bis, della legge n. 662 del 1996, come modificata dalla legge n. 133 del 1999.

¹¹⁵ Tra essi merita segnalare il riconoscimento di una funzione consultiva di natura vincolante per garantire “l’uniforme applicazione della normativa” sul Terzo Settore, oltre che “ampi poteri di indirizzo, promozione e ispezione”, e la possibilità di formulare proposte di modifica della normativa vigente (così il co. 191 dell’art. 3 della legge n. 662/1996, come modificato dalla legge n. 133 del 1999).

¹¹⁶ Si veda al riguardo *infra*, nella parte II del volume, C. CITTADINO, C. BOVA, M. F. DE FORGELLINIS e A. FERRANTE, *La partecipazione alle attività di pianificazione e programmazione delle politiche di settore*.

¹¹⁷ Per una prima analisi delle nuove norme previste negli Statuti regionali, si veda il Dossier del Centro Studi Confindustria Veneto, *La sussidiarietà orizzontale nelle proposte di nuovi Statuti regionali*, a cura di N. De Gasperi, luglio 2004.

soltanto al legislatore statale le maggiori responsabilità per determinare la crescita del Terzo Settore, ma pongono le premesse perché sia sempre più la dimensione regionale il luogo privilegiato per sperimentare nuove ed originali modalità di intervento dei soggetti del Terzo settore¹¹⁸, anche nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, ispirate al principio di sussidiarietà.

Come è noto, uno degli aspetti centrali della riforma del Titolo V è rappresentato dal capovolgimento dell'originario impianto costituzionale di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Allo Stato, infatti, è riservata la potestà esclusiva e quella concorrente con le Regioni in un elenco espresso di materie, e questo comporta anzitutto una "restrizione" dell'area della legislazione statale alle sole materie indicate nell'art. 117, secondo comma, della Costituzione. Mentre «spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento a ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato» (competenza residuale o esclusiva delle Regioni, ai sensi del comma quarto dell'art. 117 della Costituzione). Oltre ad aver modificato i criteri di riparto delle materie legislative tra Stato e Regioni, la riforma ha introdotto dei principi sostanziali nuovi¹¹⁹, sicché il quadro complessivo muta significativamente.

Ora, vi sono una serie di indici che sembrerebbero assegnare al livello regionale le maggiori responsabilità per lo sviluppo del sistema del privato sociale, e in taluni settori – quelli di competenza generale residuale delle Regioni – questo potrebbe anche significare rilevanti differenziazioni di ruolo per gli enti del Terzo settore nei rapporti con la Pubblica amministrazione.

Un primo dato di cui tenere conto è che molti dei settori in cui storicamente i soggetti del privato sociale son da sempre maggiormente attivi rientrano ora nella competenza “residuale” delle Regioni.

Tra queste, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha collocato: le politiche sociali¹²⁰; l'istruzione e la formazione professionale¹²¹; l'artigianato¹²²; il commercio (ivi comprese le fiere e il commercio su aree pubbliche¹²³; l'agricoltura¹²⁴; il turismo¹²⁵.

Analogamente, altri settori eletti dal privato sociale rientrano ora nella competenza “concorrente” delle Regioni, definita al terzo comma dell'art. 117 della Costituzione. Basti pensare alla materia della “tutela della salute” a cui afferisce il campo dell'assistenza socio-sanitaria,

¹¹⁸ Lo hanno sottolineato L. VIOLINI - A. ZUCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, cit., p. 294; A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit.

¹¹⁹ A. SIMONCINI e E. LONGO, *Servizi sociali*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. Corso e V. Lopilato, parte spec., vol. I, Milano, 2006.

¹²⁰ Corte cost., sentt. nn. 287 e 427/2004, 219 e 432/2005.

¹²¹ Corte cost., sentt. nn. 50 e 51/2005.

¹²² Corte cost., sent. n. 162/2005.

¹²³ Corte cost., sent. n. 1/2004.

¹²⁴ Corte cost., sentt. nn. 12 e 282/2004.

¹²⁵ Corte cost., sent. 107/2005.

settore in cui l'apporto dei soggetti del Terzo Settore è da sempre determinante¹²⁶, materia tra l'altro da interpretarsi in senso ben più ampio rispetto alla precedente "assistenza sanitaria e ospedaliera"¹²⁷. Altrettanto dicasi per la materia "protezione civile", settore che vede da sempre impegnato il privato sociale nella propria spontanea attività di intervento, o per il settore della "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e della promozione e organizzazione di attività culturali", un campo in cui il Testo unico sui beni culturali ha previsto la possibilità di istituire delle "fondazioni di partecipazione"¹²⁸, ossia fondazioni aperte alla partecipazione di soggetti privati.

Ma si pensi anche ad altre materie dove solo di recente il privato sociale sta facendo ingresso. E' il caso del settore delle "casche di risparmio, casche rurali e aziende di credito a carattere regionale" dove stanno nascendo istituti di finanza etica¹²⁹, o il settore della "tutela e sicurezza del lavoro", ove operano soggetti del privato sociale attivi nel collocamento¹³⁰, e ancora al settore dell'"alimentazione" dove ormai sono assai diffuse associazioni di consumatori, i gruppi di acquisto solidali (G.A.S.), attivi negli acquisti collettivi di prodotti alimentari e di uso comune da redistribuire tra i soci in nome di un consumo critico, per i quali la Legge finanziaria 2008 ha ora previsto un regime fiscale di favore¹³¹.

Per questi settori di competenza concorrente, l'ampiezza della legislazione affidata alle Regioni appare rafforzata dalla riforma costituzionale, dato che in queste materie lo Stato ha il ruolo di definire con legge i principi fondamentali e non può mai introdurre normative di dettaglio mediante regolamenti, dovendo lasciare il passo alla normativa regionale. E per principi fondamentali, come ha affermato la Corte costituzionale, si devono intendere unicamente i "nuclei

¹²⁶ In merito AA.VV., *Regioni e volontariato nei servizi socio-sanitari*, a cura di U. DE SIERVO, Milano, 1998.

¹²⁷ Corte cost., sentt. 329/2003 e 270/2005.

¹²⁸ Cfr. l'art. 10 della legge n. 137 del 2002 recante delega per la redazione del testo unico sui beni culturali.

¹²⁹ In Italia il primo esperimento di finanza concepita dalle organizzazioni del Terzo Settore, del volontariato e della cooperazione internazionale, è nato con Banca Etica, fondata nel 1999, da 22 organizzazioni del mondo non profit e alcune finanziarie. Attualmente Banca Etica ha raggiunto una raccolta di capitale sociale di più di 20 milioni di euro, conferito da oltre 28 mila soci, di cui circa 4.000 sono persone giuridiche (tra queste 9 Regioni, 40 Province, 300 Comuni). Altro istituto che si è affacciato di recente nel mondo della finanza etica è Eticredito - Banca Etica Adriatica che nasce a Rimini nell'aprile del 2006.

¹³⁰ Numerose sono ormai le agenzie, spesso organizzate sotto forma di ONLUS, che si occupano del collocamento in virtù di quanto previsto dal D. Lgs. 496/97 art. 10, il decreto legislativo che ha riformato il collocamento e le modalità attraverso le quali realizzare politiche attive del lavoro, consentendo anche a soggetti privati la possibilità di svolgere attività di mediazione del lavoro. Questi soggetti pongono particolare attenzione alla attuazione della L. 68/99 (Diritto al lavoro dei disabili) nonché all'inserimento lavorativo dei soggetti deboli nel mercato del lavoro. Sul tema AA. VV., *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, a cura di P. Olivelli, Milano, 2003.

¹³¹ La Legge Finanziaria 2008 ha introdotto una normativa fiscale di favore per i GAS (esenzione dall'Iva e dall'Ires), e in quella sede ha anche fornito una definizione dei medesimi come "soggetti associativi senza scopo di lucro costituiti al fine di svolgere attività di acquisto collettivo di beni e distribuzione dei medesimi, senza applicazione di alcun ricarico, esclusivamente agli aderenti, con finalità etiche, di solidarietà e di sostenibilità ambientale, in diretta attuazione degli scopi istituzionali e con esclusione di attività di somministrazione e di vendita" (art. 1 comma 266 della legge n. 244/2007). Su queste realtà, cfr. A. Saroldi, *Costruire economie solidali*, Bologna, 2003; L. Valera, *GAS, gruppi di acquisto solidali*, Milano, 2005.

essenziali del contenuto normativo” della materia, in modo che alle Regioni sia garantita una sfera riservata di discrezionalità in ordine alla scelta degli strumenti concreti più adeguati per perseguire gli obiettivi indicati¹³², e non possono, a differenza delle “norme generali” – tradursi in precetti specifici e puntuali che incidono nell’area dell’organizzazione della Regione¹³³.

Le Regioni, dunque, guadagnano importanti spazi sotto il profilo organizzativo in conseguenza della “cedevolezza” della legislazione statale, potendo decidere, ad esempio, nel settore dei servizi sociali l’introduzione di modalità differenti di collaborazione pubblico-privato (lucrativo o non profit) rispetto all’accreditamento o all’autorizzazione previsti dalla legge statale n. 328 del 2000¹³⁴.

Apparentemente dunque gli spazi a favore dei legislatori regionali nella promozione del Terzo Settore sembrano più ampi, e ciò anche in considerazione del fatto che l’impostazione di fondo della riforma del titolo V concepiva la fonte legislativa statale come fonte a competenza limitata, legittimata a intervenire solo in una serie di materie tassativamente previste. La stessa Corte costituzionale, nelle sue prime pronunce, aveva del resto riconosciuto la novità di questo impianto, affermando che con l’introduzione del nuovo riparto di competenze legislative non si tratta più di valutare se ricorra o meno “uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell’intervento legislativo regionale”, dovendo il giudizio all’opposto concentrarsi “sull’esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale” (così la sent. n. 282 del 2004).

E’ noto tuttavia che ben diverso è il quadro che ci appare dalla lettura complessiva della riforma che in questi anni la Corte costituzionale si è ritrovata a svolgere, ricoprendo un ruolo di supplenza “non richiesta e non gradita”¹³⁵ a fronte di un contesto normativo a livello costituzionale particolarmente problematico, aggravato dall’inerzia del legislatore cui competeva dare concreta attuazione alla riforma del Titolo V¹³⁶.

La Corte ha infatti precisato ben presto che è impossibile ricondurre un determinato oggetto di disciplina normativa all’ambito di applicazione affidato alla legislazione residuale delle regioni ai sensi del quarto comma dell’art. 117 Cost., per il solo fatto che tale oggetto non sia immediatamente riferibile ad una delle materie elencate nei commi secondo e terzo dello stesso art. 117 Cost. (così la sentenza n. 370 del 2003).

¹³² Corte cost., sentt. nn. 87/2006 e 196/2004.

¹³³ Corte cost. sentt. nn. 390/2004, 417/2005.

¹³⁴ In merito si veda E. A. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA e E. ROSSI, *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 34. R. FINOCCHI GHERSI, *I servizi sociali e l’assistenza*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005, p. 72. Evidenzia la “cedevolezza” della legislazione statale in materia di servizi sociali V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali*, cit., p. 12.

¹³⁵ Per utilizzare le parole pronunciate nella Relazione per il 2003 dal Presidente della Corte costituzionale Zagrebelsky.

¹³⁶ Basti pensare che l’unico atto normativo di attuazione della riforma, la legge n. 131 del 2003 (cd. legge “La Loggia”), è rimasto a sua volta sostanzialmente inattuato.

Il quadro che ne emerge è dunque quello di una complessa interazione tra competenze legislative statali e regionali, soprattutto a seguito della delicata opera di identificazione e delimitazione delle materie che la Corte costituzionale è andata svolgendo in questi anni, nella preoccupazione di garantire una tenuta complessiva al sistema, attraverso il contemporaneo riconoscimento di istanze unitarie al di là delle materie espressamente attribuite alla potestà esclusiva dello Stato, e la previsione di garanzie a tutela delle competenze regionali¹³⁷.

L'utilizzo da parte della Corte costituzionale, per la perimetrazione delle materie, di un pluralità di criteri "finalisticamente orientati" (prevalenza della materia disciplinata dalla legislazione sottoposta allo scrutinio della Corte¹³⁸, criterio storico-normativo, criterio degli interessi pubblici coinvolti, criterio teleologico) ha inevitabilmente introdotto elementi di flessibilità negli assetti delle competenze, rendendo il riparto di competenze Stato-Regioni non statico bensì dinamico: un esito che fin dai primi commenti coevi all'entrata in vigore della riforma era parso peraltro inevitabile, data l'antistoricità e inadeguatezza dello strumento stesso della ripartizione delle competenze per la funzionalità complessiva del sistema¹³⁹.

Nel caso, poi, dei settori interessati dall'azione dei soggetti del Terzo Settore la flessibilità del riparto di competenze è ancor più acuita dal fatto che la disciplina del fenomeno si connota spesso per la natura finalistica della relativa legislazione.

A mo' di esempio si potrebbe citare la vicenda degli asili nido nei luoghi di lavoro, settore in cui operano molte cooperative sociali, a seguito dell'introduzione di una disciplina di agevolazione nella realizzazione di tali asili-nido introdotta dal legislatore statale con l'art. 91 della legge n. 289 del 2002.

Con la sentenza n. 370 del 2003, la Corte costituzionale ha negato che la disciplina degli asili nido possa essere ricondotta alle materie di competenza residuale delle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost., ma ha piuttosto ritenuto – sulla base di una ricostruzione dell'evoluzione normativa del settore – "che, utilizzando un criterio di prevalenza, la relativa disciplina non possa che ricadere nell'ambito della materia dell'istruzione (sia pure in relazione alla fase pre-scolare del bambino), nonché per alcuni profili nella materia della tutela del lavoro, che l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, affida alla potestà legislativa concorrente". In questi ambiti il legislatore statale può determinare soltanto i principi fondamentali della materia e

¹³⁷ Sul tema L. VANDELLI, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, in *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, cit, p. 11 ss. U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1247 ss.

¹³⁸ In particolare sul criterio della prevalenza e sulla pluralità di articolazioni che essa è in grado di assumere si veda M. BELLETTI, *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" e assistenza organizzazione sanitaria". Percorsi di una "prevalenza" che diviene "cedevole"*, in *Le Regioni*, 2007, p. 1176 ss., in part. p. 1188.

¹³⁹ R. BIN, *Dopo le elezioni: una occasione da non perdere nelle relazioni tra Stato e regioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 2006, n. 1.

non dettare una disciplina dettagliata ed esaustiva, quale quella contenuta nei primi cinque commi dell'art. 91 della legge n. 289 del 2002, mediante la quale organi statali provvedono ad agevolare la realizzazione di asili-nido nei luoghi di lavoro.

Dal quadro complessivo emerge, dunque, come molta parte della tutela promozionale del Terzo Settore rimanga ancora sul piano legislativo, oltre che regolamentare, saldamente in mano al legislatore statale.

Una pesante ipoteca, in tal senso, discende anzitutto dal fatto che gli enti del Terzo Settore sono enti di diritto privato. La vicenda del contenzioso costituzionale avanzato da alcune Regioni di fronte alla Corte costituzionale sulla disciplina delle fondazioni bancarie è, al riguardo, illuminante. Nel giudizio risolto dalla sentenza n. 300 del 2003, i ricorsi delle Regioni contro la disciplina statale invocavano anche una lesione della competenza concorrente regionale, fondata sul terzo comma dell'art. 117 Cost. che attribuisce alla competenza concorrente, nei limiti dei principî fondamentali stabiliti con legge statale, la materia "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale" e ciò sulla scorta di precedenti pronunce costituzionali che avevano ricompreso le fondazioni di origine bancaria alla categoria degli enti creditizi, in quanto detentrici di partecipazioni di controllo su banche. La Corte costituzionale, attraverso una ricostruzione dell'evoluzione legislativa riguardante le fondazioni bancarie, ha invece ritenuto che la natura di soggetti privati a loro conferita facessero rientrare le fondazioni nell'ambito della competenza esclusiva statale relativa all' "ordinamento civile", giudicando perciò costituzionalmente inammissibile un intervento normativo delle Regioni¹⁴⁰.

Poiché tutti i soggetti appartenenti al Terzo settore per loro stessa natura sono soggetti privati, un ampio spazio legislativo è comunque riservato al legislatore statale indipendentemente dal settore materiale in cui essi operano, senza peraltro che si possa predire con certezza dove si arresti la competenza legislativa statale, stante l'ambiguità che ha sinora caratterizzato la giurisprudenza costituzionale in materia di ordinamento civile¹⁴¹.

Ma si pensi, ancora, a tutta quella giurisprudenza costituzionale sulle "materie-non materie", vere proprie "funzioni" affidate alla legislazione esclusiva statale, anch'esse finalisticamente orientate¹⁴², che fondano normative particolarmente pervasive in quanto tagliano trasversalmente il riparto verticale e orizzontale delle competenze, e come tali idonee a limitare anche la potestà legislativa regionale generale o residuale.

¹⁴⁰ Si veda F.C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle fondazioni bancarie*, in *Le Regioni*, 2004.

¹⁴¹ Per averne un'ampia rappresentazione si rinvia a E. LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta in materia di ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2007, p. 181 ss.

¹⁴² A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 22.

Tra queste giocano un ruolo particolare, per i rapporti tra pubbliche amministrazioni e Terzo Settore, anzitutto le norme a “tutela della concorrenza”, che la Corte ha inteso in senso ampio legittimando interventi dello Stato volti sia a “promuovere che proteggere l’assetto concorrenziale del mercato”¹⁴³, fondando così in capo allo Stato un vasto potere normativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica (ad esclusione dei servizi sociali, data la carenza per essi di un mercato concorrenziale), dove pure si registrano le prime esperienze di *non profit utilities*¹⁴⁴.

Si pensi, ancora, all’intreccio tra riserva statale in materia di ordinamento civile e profili di assetto concorrenziale del mercato oggetto delle norme statali a tutela della concorrenza, che sottraggono alle Regioni il settore degli appalti pubblici, impedendo l’introduzione di legislazioni difformi sia nella fase della c.d. evidenza pubblica, che nella successiva attività contrattuale¹⁴⁵.

Altra “funzione” statale che condiziona in maniera determinante il ruolo che gli enti del Terzo Settore possono assumere nei rapporti con la pubblica amministrazione attiene alla fissazione dei “livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali”, che pervadono il settore dell’istruzione e formazione professionale (e si sovrappongono all’ulteriore competenza esclusiva statale riguardante le “norme generali sull’istruzione”)¹⁴⁶, e naturalmente il settore dei servizi sociali¹⁴⁷. La latitudine del potere riconosciuto alla competenza legislativa statale ad intervenire in qualsiasi materia sulla scorta di questo titolo di legittimazione è significativa, dal momento che ad essa è riservato il compito di “porre le norme necessarie e ad assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento delle prestazioni garantite, come contenuto essenziale dei diritti civili e sociali, senza che la legislazione regionale possa limitarle e condizionarle”¹⁴⁸. Una competenza statale assai vasta a tutela del principio di uguaglianza sostanziale tra gli individui, temperata tuttavia da alcune garanzie poste a presidio dell’autonomia regionale: divieto di attrazione a livello statale di interi settori materiali¹⁴⁹; rispetto del principio di leale collaborazione con le Regioni nel definire i livelli stessi, dovendo perciò

¹⁴³ Corte cost., sent. n. 272 del 2004.

¹⁴⁴ Sul punto L. VIOLINI, *La “concorrenza” tra Stato e Regioni nella disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Non Profit*, 2007, p. 873 ss. E. AMATUCCI, F. DE MATTEIS e D. PREITE, *Non profit utilities: stato dell’arte e strumenti di finanziamento*, ivi, p. 835 ss. Già la legge finanziaria per il 2002 introduceva, all’art. 35, la facoltà per gli enti locali di affidare direttamente la gestione di servizi culturali ad associazioni o fondazioni purchè costituite o partecipate dagli enti locali.

¹⁴⁵ Corte cost., sent. n. 401 del 2007, su cui si veda F. GHERA, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici*, pubblicato su *federalismi.it*, n. 2/2008

¹⁴⁶ P. DE CARLI, *L’“istruzione” e la “formazione professionale” come “servizi pubblici”*, in *Non Profit*, 2006, p. 313 ss, in part. 336 ss.

¹⁴⁷ A. SIMONCINI e E. LONGO, *Servizi sociali*, cit.

¹⁴⁸ Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

¹⁴⁹ Corte cost., sent. n. 181 del 2006.

essere raggiunta una intesa con le Regioni¹⁵⁰; divieto ad ogni modo in capo al legislatore statale di prevedere, in sede di definizione dei lep, prescrizioni organizzative per le Regioni¹⁵¹.

Da questo punto di vista è interessante notare come, paradossalmente, l'attuale assetto delle competenze legislative, fortemente intrecciate tra livello statale e livello regionale, abbia in sé qualcosa di antico. L'intreccio di interventi regolatori provenienti tanto dal livello statale quanto da quello regionale costituiva peraltro un quadro già noto nell'assetto costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V in senso federalistico¹⁵².

5. Le sfide per lo sviluppo del Terzo Settore tra esigenze di *governance*, partecipazione e *accountability*.

Molteplici sono le sfide che entrambi gli attori, pubblici poteri ed enti del Terzo Settore, si trovano a dover fronteggiare nell'immediato e dalle quali dipende un proficuo rapporto in termini di integrazione tra pubbliche amministrazioni ed enti *non profit*.

Vi è anzitutto il nodo cruciale che riguarda le sedi della *governance*, attraverso le quali poter governare il complesso intreccio regolativo di competenze statali e competenze regionali che connota i settori interessati dall'operare del Terzo Settore. Si tratta come noto, di una carenza grave di fondo del sistema introdotto dalla riforma del Titolo V, in cui a tutti i livelli istituzionali è stata assegnata una propria forma di "centralità" nel quadro dell'ordinamento complessivo, che mostra tuttavia le sue più negative implicazioni nei settori che ci occupano. Com'è stato detto, "nel nuovo contesto costituzionale lo svilupparsi di compiute forme di raccordo e di collaborazione sono oggi condizione irrinunciabile per garantire quel contesto di reciproco rispetto e di comune garanzia dei ruoli e delle posizioni di tutti i diversi livelli di governo"¹⁵³.

Ciò richiede sempre più che tutti i livelli istituzionali facciano ricorso a strumenti procedimentali e paritari quali "patti istituzionali"¹⁵⁴, intese e accordi, sia per definire le relazioni interistituzionali che nel definire a livello normativo ruolo e rapporti dei soggetti del Terzo Settore con le pubbliche amministrazioni.

¹⁵⁰ Corte cost., sent. 88 del 2003.

¹⁵¹ Corte cost., sent. n. 88 del 2003.

¹⁵² La Corte costituzionale, con riferimento al tema del volontariato e della cooperazione sociale, aveva infatti ricavato dalla natura propria di diritto fondamentale riconosciuta al volontariato poteri normativi distinti in capo al legislatore statale e regionale, che si giocavano tuttavia non entro il perimetro di definiti titoli competenziali, bensì sul diverso crinale del "riconoscimento" e della "promozione" del volontariato, quali distinti livelli di disciplina legislativa, contraddistinti dalla diversa "missione" rispettivamente assegnata al legislatore statale e regionale. Sul punto A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 76-78.

¹⁵³ In merito si rinvia a F. PIZZETTI,

¹⁵⁴ Lo evidenzia, con riferimento alle politiche sociali, F. TARDIOLA, *Alla ricerca di una governance per le politiche sociali*, in *Modelli e forme organizzative del decentramento. Ruolo e sviluppo del terzo settore*, a cura di P. Venturi e N. Montinari, Aiccon, 2005.

Un secondo aspetto di non minore importanza attiene al tema della partecipazione e del coinvolgimento del Terzo Settore alle decisioni assunte dai regolatori. In un contesto costituzionale connotato dalla sussidiarietà orizzontale, infatti, ogni livello istituzionale dovrebbe perseguire l'interesse generale, rendendo partecipi anche gli enti *non profit*, in quanto destinatari delle scelte politiche e amministrative¹⁵⁵. Ciò, del resto, contribuirebbe a innalzare la “qualità della regolazione” riguardante il settore in cui opera il privato sociale.

Sotto questo profilo il modello preferibile appare quello delineato nella legge n. 328 del 2000 sul sistema integrato servizi sociali, che associa i privati non solo alla partecipazione alla programmazione nella forma della previa programmazione, ma riserva ai soggetti del privato sociale la possibilità di concorrere alla programmazione stessa¹⁵⁶. Analogamente vanno salutate con favore quelle disposizioni inserite nei nuovi Statuti di varie Regioni che prevedono il metodo della programmazione quale cardine dell'azione regionale e istituiscono organi stabili di consultazione per coinvolgere gli enti del settore non profit¹⁵⁷.

In merito, è bene specificare che questo processo non intende sostituire, sul piano delle decisioni, l'azione di governo con la creazione di reti, restando le istituzioni democraticamente elette pienamente responsabili delle decisioni finali, fondate sul principio di legalità e sulla divisione dei poteri, sicché esse non sono destinate a tramutarsi in un mero luogo di mediazione degli interessi. L'introduzione di nuovi strumenti di *governance* va, invece, a rafforzare la fase istruttoria delle decisioni politiche¹⁵⁸, rendendola più completa e più facilmente applicabile. Per questo è particolarmente importante che la progettazione delle politiche e delle azioni di governo muova da “tavoli di consultazione”, volti innanzitutto ad “ascoltare” la voce della società civile¹⁵⁹.

Infine, a migliorare la “qualità della regolazione” dell'attività di tutela promozionale del Terzo Settore e la stessa attività amministrativa allorché si interfaccia con gli enti del Terzo Settore dovrebbe contribuire non poco anche la concreta attuazione della legislazione sulla impresa sociale, in cui per la prima volta si affronta un ulteriore nodo critico per il mondo del Terzo Settore: la *accountability*, ossia il render conto ai terzi dei risultati ottenuti e dell'impiego più o meno efficiente delle risorse disponibili¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Così G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, cit. p. 8.

¹⁵⁶ Così l'art. 3 della legge n. 328 del 2000, su cui si veda P. SABBIONI, *Articolo 3*, in *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., p. 109.

¹⁵⁷ Si vedano gli Statuti delle Regioni Toscana, Marche, Piemonte, Puglia, Umbria, Veneto, Lazio, Campania e Molise.

¹⁵⁸ In merito si rinvia *amplius* a quanto detto in F. BASSANINI, S. PAPARO e G. TIBERI, *Competitività e regolazione: un intralcio o una risorsa? Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, a cura di L. Torchia, Firenze, 2005, p. 113 ss.

¹⁵⁹ Sul punto si veda L. VIOLINI, *Partenariato: gli strumenti*, in *Lombardia 2005. Società, governo e sviluppo del sistema lombardo. Dieci anni di esperienze*, Rapporto Irer, 2005.

¹⁶⁰ Si veda M. ANDREAUS, *Impresa sociale e accountability: quali prospettive?*, in *Non Profit*, 2007, p. 541 ss.

I soggetti che vorranno assumere questa attività di impresa sono tenuti infatti a iscriversi al registro delle imprese e hanno l'obbligo di redigere e depositare il bilancio di esercizio e il bilancio sociale, uno strumento utile a rappresentare l'osservanza delle finalità sociali da parte dell'impresa sociale¹⁶¹. Si tratta di un passo importante per introdurre una maggiore trasparenza in ordine alle decisioni assunte e alla situazione patrimoniale degli enti del Terzo Settore, spesso criticati per l'opacità che ne ha contraddistinto l'azione, non solo in Italia¹⁶². E' vero infatti che da anni la legislazione speciale ha introdotto il bilancio sociale, ma non essendo uno strumento obbligatorio in Italia, diversamente da quanto accade in molti paesi europei, solo un'associazione su sei lo utilizza, come dati recenti attestano, e la stessa normativa sul cinque per mille, che pure ha portato nel 2006 agli enti del Terzo Settore quasi 193 milioni di euro, non ha previsto un obbligo di fornire riscontri circa l'impiego delle risorse¹⁶³.

Un'ultima notazione finale sia consentito sollevare. Nello sviluppo del Terzo Settore determinante è la quantità di "risorse" economiche di cui si possono avvalere i soggetti del privato sociale, proprio perché la loro azione non è rivolta alla massimizzazione del profitto. Sotto questo profilo, non si può che stigmatizzare l'atteggiamento dello Stato che a tutt'oggi non ha trasferito ai legittimi beneficiari del Terzo Settore le somme ad essi destinati dai contribuenti nel 2006 mediante il "5 per mille", mostrando così di paralizzare un innovativo strumento di sussidiarietà fiscale. Ciò è tanto più commendevole ove si pensi che lo Stato, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 202 del 2007, ha riconosciuto in capo allo Stato il ruolo di mero mandatario obbligato per legge tra i cittadini che liberamente destinano parte delle loro risorse e le associazioni o gli enti che vengono da questi individuati. Lo Stato non può pertanto utilizzare per proprie finalità le risorse liberamente destinate dai contribuenti nella dichiarazione dei redditi, mentre si deve limitare ad accertare che la dichiarazione di destinazione vi sia e che il soggetto beneficiario sia tra quelli inclusi nello specifico elenco degli agevolati. Si tratta, come è evidente, di un ruolo di servizio nei confronti dei cittadini a beneficio di soggetti che svolgono attività di interesse generale, che mal si concilia con i ritardi sinora accumulati nel trasferimento delle somme destinate dai contribuenti.

¹⁶¹ Cfr. art. 5 del dlgs. n. 115/2006 che prescrive l'iscrizione al registro delle imprese, in una sezione specializzata, nonché l'art. 10 che prevede l'obbligo di depositare presso il registro delle imprese il bilancio di esercizio e il bilancio sociale.

¹⁶² Si vedano, di recente, le riflessioni di Peter Singer, professore di bioetica all'Università di Princeton (*La trasparenza aiuta i filantropi*, in *Il Sole-24 ore*, 17 febbraio 2008). Criticamente anche G. Marcon, *Le ambiguità degli aiuti umanitari. Indagine critica sul terzo settore*, Milano, 2002.

¹⁶³ Utili indicazioni in F. Caferrì e A. Ginori, *Ong, il tesoro nascosto della solidarietà*, pubblicato su *la Repubblica*, 14 febbraio 2008.