

Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*

EMANUELE ROSSI**

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 131 del 26 giugno 2020

Disponibile all'indirizzo: <http://www.giurcost.org/decisioni/2020/0131s-20.html>

Data della pubblicazione sul sito: 8 luglio 2020

Suggerimento di citazione

E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *le Regioni*.

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento "Sant'Anna", Pisa. Indirizzo mail: emanuele.rossi@santannapisa.it.

1. Con la sentenza n. 131 del 2020, la Corte costituzionale è intervenuta in modo approfondito sulla disciplina giuridica del Terzo settore, oggetto – come noto – della riforma realizzata nel 2017 con l’approvazione del “Codice del Terzo settore” (d. leg. 3 luglio 2017, n. 117, come integrato e modificato dal d. leg. 3 agosto 2018, n. 105) (da ora in avanti: CTS).

Non è questa la prima volta in cui la Corte è stata chiamata a prendere in considerazione tale riforma: in precedenti quattro occasioni erano state sollevate questioni di costituzionalità o che avevano riguardato in via diretta disposizioni contenute nel CTS (la sentenza n. 185 del 2018¹) oppure che avevano ad oggetto leggi regionali in relazione alle quali il CTS costituiva norma interposta per la valutazione di legittimità costituzionale (sentenze n. 277 e 285 del 2019, n. 27 del 2020).

Nella prima di esse la Corte aveva dovuto esaminare la disciplina con cui erano stati riformati i Centri di servizio per il volontariato (previsti inizialmente dall’art. 15 della legge n. 266/1991) e regolati gli organismi finalizzati a controllare l’attività dei primi, articolati in dimensione nazionale (“organismo nazionale di controllo”: ONC) e territoriale (“organismi territoriali di controllo”: OTC). La sentenza, nel risolvere la questione - prospettata da due Regioni ricorrenti - sulla natura giuridica di tali organismi, si è limitata a ricondurre le attività svolte dagli enti del Terzo settore (da ora in avanti: ETS) nell’ambito delle “libertà sociali garantite dall’art. 2 Cost., in quanto poste in essere da soggetti privati che operano per scopi di utilità collettiva e di solidarietà sociale”: anche il richiamo al principio di sussidiarietà, che compare in due passaggi della motivazione, ha valore sostanzialmente incidentale. Nello specifico, la Corte riconosce natura privatistica ai soggetti del Terzo settore ricomprendendone la relativa disciplina normativa nell’ambito della materia “ordinamento civile”, anche per “assicurare l’essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare i soggetti del Terzo settore, nel rispetto dell’art. 118, comma 4, Cost.”.

La seconda pronuncia (n. 277 del 2019) è stata originata da un ricorso governativo nei confronti di una legge regionale con cui venivano regolate talune attività riconducibili alla tutela degli animali e alla prevenzione del randagismo, limitandone l’esercizio alle sole organizzazioni di volontariato riconosciute, come disciplinate dal CTS. La Corte ha censurato la normativa regionale sul presupposto che “limitare alle sole organizzazioni di volontariato animalista lo svolgimento delle

¹ Su cui v. L. GORI, *Terzo settore, fra misure di promozione e autonomia regionale*, in *Le Regioni*, 2019, 197 ss.; S. DE GOTZEN, *Inconvenienti del sistema centralizzato, parte pubblicistico e parte privatistico, di vigilanza indirizzo e promozione del terzo settore*, ibid.; E. ROSSI, *La riforma del Terzo settore per la prima volta davanti alla Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, fasc. 5, 2067 ss.

attività consentite a tutte le associazioni animaliste risulta senz'altro discriminatorio”.

La sentenza n. 285 del 2019 aveva ad oggetto una legge regionale nella parte in cui essa prevede la possibilità che la Regione stipuli accordi e intese con “enti e associazioni afferenti al terzo settore ovvero a quelli iscritti nei registri regionali del volontariato e dell’associazionismo di cui alla legge regionale n. 1/2000”: secondo la Corte la relativa questione di costituzionalità, prospettata dal Governo per contrasto con l’art. 3 Cost. (risultando discriminatoria rispetto a quelle associazioni che, pur operanti sul territorio regionale, sarebbero iscritte nel registro nazionale e non in quello regionale), doveva esser respinta in quanto “la norma censurata si riferisce, per un verso, alle associazioni di volontariato regionale, disciplinate dalla relativa legge della Regione e, per altro verso, alle associazioni “afferenti al terzo settore”. Poiché l’espressione “ovvero”, in questo contesto, assume un valore disgiuntivo e non meramente esplicativo, la disposizione impugnata non può non riferirsi anche alle associazioni iscritte al registro nazionale di cui agli artt. 45 del CTS.

Infine, la sentenza n. 27 del 2020 aveva ad oggetto un’altra legge regionale finalizzata alla repressione del fenomeno del bullismo e del cyberbullismo, nella parte in cui delimitava la platea dei destinatari dei finanziamenti regionali alle “associazioni con certificata esperienza che operano nel campo del disagio sociale ed in particolare nell’area minori iscritte nel registro regionale del volontariato e/o della promozione sociale”. Il Governo lamentava che con tale disposizione venivano escluse le associazioni di promozione sociale, operanti nel medesimo settore, iscritte nel registro nazionale, con conseguente violazione del principio di eguaglianza. La Corte respinge la questione rilevando che tra i destinatari dei finanziamenti previsti, oltre alle associazioni iscritte nei (soli) registri regionali, sono ricomprese anche le associazioni iscritte nel registro nazionale, che siano dotate di articolazioni locali o circoli affiliati nel territorio regionale.

Dunque, come può notarsi, si è trattato di interventi tutto sommato limitati e puntuali, nei quali la Corte non ha ritenuto di trarre spunto per una riflessione generale e “di sistema” sulla riforma del 2017. Ben diversa, lo si ricorda, fu la scelta adottata dalla Corte nella sentenza n. 75 del 1992 allorché, investita di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la legge quadro sul volontariato, essa operò un inquadramento del volontariato nell’ambito dei principi costituzionali e colse l’occasione per una “rilettura” del principio costituzionale di solidarietà di cui all’art. 2 Cost.²

² E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in questa *Rivista*, 1992, 2348 ss.

2. La presente decisione si ricollega idealmente alla pronuncia da ultimo richiamata, sia nello stile che nei contenuti.

Il “caso” che ha dato origine alla presente pronuncia è stato fornito da una legge regionale dell’Umbria, che ha regolato le c.d. cooperative di comunità, istituite al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico e degrado sociale urbanistico, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi. Tale legge prevede che tali comunità vengano coinvolte nelle attività di co-programmazione e co-progettazione come definite dal CTS: e ciò ha sollecitato l’intervento del Governo nazionale, che ha ritenuto tale previsione contrastante con il Codice stesso (che riserva detta competenza ai soli ETS registrati a livello nazionale, tra i quali non sarebbero ricomprese le cooperative di comunità).

Secondo il Governo, dunque, la previsione del coinvolgimento delle cooperative di comunità ne comporterebbe l’omologazione agli ETS, così ampliando “il novero dei soggetti del Terzo settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato” ed invadendo la materia dell’ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

Su questo punto specifico la Corte ha facile gioco nel respingere la questione “nei sensi di cui in motivazione”, affermando che la disposizione regionale si dovrà applicare esclusivamente a quelle cooperative di comunità che siano ETS, e come tali iscritte nell’apposito registro, mentre quelle – al contrario - che siano “soltanto” qualificate come “cooperative di comunità” e non anche come ETS non potranno essere coinvolte con gli stessi strumenti e modalità di cui all’art. 55 CTS.

Tale conclusione appare del tutto coerente e corretta, ed era già stata prospettata in dottrina³: ma essa ha come presupposto – per non rendere illegittimamente discriminatoria la previsione del Codice – che gli enti da esso disciplinati abbiano un “valore (costituzionale) aggiunto”, e tale valore – per costituire esercizio di un potere discrezionale non irragionevole – deve trovare il proprio fondamento in Costituzione. E’ questa la ragione che giustifica la valutazione, operata dalla Corte, del fondamento costituzionale sia dell’art. 55 sia anche di tutta la disciplina – complessivamente considerata - contenuta nel CTS: e tale ricostruzione, per quanto si dirà, costituisce dunque il riconoscimento del fondamento costituzionale dello stesso art. 55.

³ L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, n. 14/2020, 187, per il quale il tenore letterale dell’art. 55 “sembrerebbe non ammettere estensioni soggettive e neppure una interpretazione a carattere sistematico pare suggerirla”.

3. Ricordiamo intanto cosa stabilisce l'art. 55⁴. Esso impone alle amministrazioni pubbliche di assicurare “il coinvolgimento attivo degli ETS attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento”⁵, specificando che per co-programmazione deve intendersi quell'attività “finalizzata all'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”, mentre la co-progettazione è l'attività che ha come fine la definizione ed eventualmente la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti”.

Tale previsione apre ad una serie di problemi applicativi, ma è anche indice di un diverso modo di intendere le relazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti “altri” (ritorneremo su tale specificazione).

In particolare, un aspetto di primaria importanza è costituito dalla procedura di individuazione (o selezione) degli ETS con cui le amministrazioni pubbliche possono instaurare rapporti di partenariato: l'art. 55, infatti, non disciplina puntualmente tale procedura, e rimette alle pubbliche amministrazioni la previa definizione dei criteri da adottare, purché le previsioni regionali rispettino i principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento⁶. Nell'assenza di una previsione di rango legislativo, erano intervenute delle Linee guida adottate dall'Autorità nazionale Anticorruzione (determinazione del 20 gennaio 2016 n. 32⁷) le quali, prima della riforma del 2017, avevano indicato

⁴ Su cui v., tra gli altri, A. SANTUARI, *Le organizzazioni non profit e le forme di partnership con gli enti pubblici nella riforma del Terzo settore*, Bononia University Press, Bologna, 2018. Che tale disposizione riprenda la dicotomia tra l'attività di *rulemaking* e di *adjudication* entrambe proprie della pubblica amministrazione è sostenuto da E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, 158 ss.

⁵ Nel senso che la previsione costituzionale stabilisca un obbligo e non una facoltà cfr. F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (cur.), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 268.

⁶ In particolare, per quanto riguarda più specificamente la (sola) attività di co-progettazione, il comma 4 dell'art. 55 stabilisce che tale individuazione deve avvenire mediante “forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte dell'amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner”.

⁷ Su cui V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al Codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018. Che “l'integrazione legale da parte di una fonte atipica, per quanto autorevole, possa

quattro passaggi fondamentali da adottarsi da parte delle amministrazioni precedenti.

In primo luogo, la pubblicazione di un avviso, con cui manifestare la volontà di procedere al partenariato e presentare un progetto di massima con l'indicazione delle modalità e dei criteri per scegliere il progetto definitivo; in secondo luogo la presentazione delle candidature e la successiva individuazione, a seguito di selezione, dei soggetti partner; in terzo luogo, l'avvio della co-progettazione in senso stretto, con la possibilità di una rimodulazione, in contraddittorio con i soggetti partner, del progetto iniziale; infine, la stipula della convenzione con i soggetti prescelti.

Tralasciando quest'ultimo punto, che costituisce un problema che deve essere affrontato anche alla luce dell'art. 56 del CTS, occorre coordinare quanto detto, con specifico riguardo alla dettagliata procedura individuata dalla delibera ANAC, rispetto alla previsione di "forme di accreditamento" indicate dal comma 4. I problemi che si pongono sono di due tipi. In primo luogo, la disposizione fa riferimento a dette forme come una delle possibilità ammesse ("anche mediante forme di accreditamento"): dunque, vi potrebbero essere altre modalità, diverse dall'accREDITAMENTO, mediante le quali individuare gli enti partner. Ma di queste diverse modalità non è facile rinvenire traccia nel CTS: ed in ogni caso sembra necessario ritenere applicabili anche a queste (fantomatiche) diverse modalità le esigenze di rispetto dei vari principi (di trasparenza, imparzialità, ecc.) indicati dalla norma.

Il secondo profilo problematico riguarda l'individuazione del momento in cui si produce il previsto accREDITAMENTO e la sua conseguente efficacia: nella sequenza procedimentale indicata dall'ANAC, si deve ritenere che l'accREDITAMENTO si produca con la seconda fase, ovvero mediante la selezione dei soggetti che hanno presentato domanda. Quanto agli effetti, si ritiene da parte di alcuni che una volta accREDITATO, il soggetto partner debba ritenersi autorizzato a fornire la prestazione oggetto della co-progettazione, senza quindi necessità di un'ulteriore attività amministrativa: in altri termini, senza bisogno di ricorrere ad una convenzione. Il punto non è chiaro: e tuttavia va rilevato come tutta la procedura della co-programmazione sia finalizzata alla realizzazione di una stretta sinergia tra amministrazione procedente e ETS, non subordinata alla decisione della prima di avvalersi o meno dei secondi per la realizzazione di un'attività che sia stata co-progettata da entrambi.

4. Con riguardo a tali aspetti, un parere reso – su richiesta dell'ANAC - da una Commissione speciale del Consiglio di Stato (n. 02052/2018 del 20 agosto 2018),

generare perplessità" è rilevato da L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale*, cit., 192.

partendo dal presupposto che per il diritto euro-unitario “l’impresa è un concetto non normativo ma, per così dire, naturalistico, attenendo ad ogni fenomeno oggettivamente economico”, era giunto alla conclusione che “ove sia *ex ante* stabilito un contingente massimo di operatori accreditabili ovvero, *a fortiori*, qualora l’accreditamento sia lo strumento per addivenire all’attivazione di un partenariato, la procedura tradisce un afflato selettivo che ne impone la riconduzione entro gli stilemi del diritto euro-unitario”. Pertanto, concludeva quel parere, “in considerazione della primazia del diritto euro-unitario la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del CTS, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni”⁸.

In sostanza, secondo quel parere, l’art. 55 del CTS deve essere disapplicato in sede amministrativa e giurisdizionale, e pertanto la co-progettazione in esso prevista dovrebbe considerarsi “attratta” nell’orbita del Codice dei contratti pubblici⁹ (con l’effetto che agli ETS si devono ritenere applicabili due codici¹⁰).

La sentenza della Corte non soltanto smentisce tale conclusione, ma anzi la ribalta radicalmente, mutando il fondamento concettuale.

Secondo la Consulta, infatti, l’art. 55 prevede l’instaurazione tra i soggetti pubblici e gli ETS di “un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato”: e in tale canale alternativo, la co-programmazione, la co-progettazione e il partenariato “si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico”. Ed ancora: “Il modello configurato dall’art. 55 CTS (...) non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”.

⁸ Fortemente critica su tale parere A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1/2019, 145, che ha letto in esso la “sostanziale rinuncia da parte dell’organo consultivo a trovare un equilibrio nel sistema delle relazioni fra enti pubblici e soggetti non profit, in grado di conciliare le esigenze del mercato con quelle della coesione sociale e del welfare”

⁹ L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale*, cit., 200

¹⁰ V. AZZOLLINI, *Due codici per il terzo settore*, in *lavoce.info*, 28 dicembre 2018; A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *Federalismi*, n. 12/2018.

In sostanza, se il Consiglio di Stato assimilava gli ETS agli enti profit sulla base di una concezione “naturalistica” dell’impresa, per la Corte costituzionale le due realtà devono essere tenute distinte, in quanto fondate su differenti presupposti (che hanno evidenti riflessi costituzionali, come si dirà). In particolare, gli ETS costituiscono “un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97)”: elementi che la legislazione valorizza “come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli ETS, al fine di rendere più efficace l’azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale”.

Se dunque per gli enti diversi da quelli appartenenti al mondo del terzo settore il rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione è di tipo sinallagmatico, quello che riguarda gli ETS è di tipo collaborativo: e ciò in quanto questi ultimi sono costituiti al fine di perseguire quello stesso *interesse generale* cui anche le pubbliche amministrazioni devono essere rivolte. Ed infatti la Corte considera l’art. 55 quale “espressa attuazione (...) del principio di cui all’ultimo comma dell’art. 118 Cost.”: quel principio di sussidiarietà che sebbene non si esaurisca mediante il terzo settore (essendo in esso ricompreso anche l’apporto delle singole persone e delle varie forme aggregative dei cittadini “attivi”¹¹), al contempo ne costituisce il fondamento costituzionale. Che poi tale fondamento non sia l’unico che la Costituzione fornisce al TS è confermato da un altro passaggio della motivazione, in cui si qualificano gli ETS quali soggetti rappresentativi della “società solidale”, come tali costituenti “sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale”, tali da produrre “effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della ‘società del bisogno’”¹². Evidente è il riferimento al principio costituzionale

¹¹ G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all’Italia*, Laterza, Bari-Roma, 2006.

¹² Sull’apporto del Terzo settore al sistema di welfare cfr., tra gli altri, E. STRADELLA, *Welfare e terzo settore: un rapporto biunivoco?*, in M. CAMPEDELLI - P. CARROZZA - L. PEPINO, *Diritto di welfare*, il Mulino, Bologna, 2010, 361 ss.; G. P. BARBETTA, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent’anni*, in S. ZAMAGNI (cur.), *Libro bianco sul Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2011, 209 ss. Per una

di solidarietà: ragione per cui si è detto come la presente decisione si ricollegli idealmente e “culturalmente” a quella sentenza che, quasi trent’anni fa, aveva rinvenuto nelle organizzazioni di volontariato un “modello fondamentale dell’azione positiva e responsabile dell’individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità”, che in quanto tale “rappresenta l’espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell’uomo, derivante dall’originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l’individuo alla comunità degli uomini”. Per il Terzo settore oggi, secondo quanto si afferma nella sentenza n. 131 del 2020, vale quanto detto dalla Corte con riferimento al volontariato nel 1992: esso è “la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale”.

Questa ricostruzione consente dunque alla Corte di definire lo *statuto costituzionale del terzo settore*: che è dato dal sistema offerto dal principio personalista, da quello pluralista e dal quello di solidarietà. Ciò giustifica la disciplina di favore che il Codice riserva agli enti che a tale settore appartengono (di cui l’art. 55 è evidente espressione), ed al contempo impone alle pubbliche amministrazioni di considerare gli stessi quali partner della “amministrazione condivisa” e non come soggetti “altri” le cui finalità devono essere ricondotte all’interesse generale mediante rapporti di tipo collaborativo (e per i quali devono essere garantite le regole della concorrenza).

4. Nel giungere a tale conclusione, la Corte non poteva tuttavia eludere la normativa euro-unitaria, e la disciplina della concorrenza che in essa è regolata.

Ed in effetti la Corte non si sottrae a tale necessità, offrendo di tale normativa una interpretazione che mira a negare il contrasto con la disciplina interna, come sopra interpretata.

Ritiene infatti la Corte che il diritto dell’Unione, sia in forza della disciplina di carattere positivo (vengono richiamate le direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione), che anche in forza della giurisprudenza della Corte di giustizia¹³, “mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di

ricostruzione storica v. E. ROSSI – S. ZAMAGNI (cur.), *Il Terzo settore nell’Italia unita*, il Mulino, Bologna, 2011.

¹³ I riferimenti della Corte sono a Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., i quali, secondo la Consulta, “tendono a smorzare la dicotomia

apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)”.

Si tratta di una prospettiva che era stata ben argomentata in dottrina, specie da chi aveva rilevato come “la disciplina europea sugli appalti non esprime un orientamento monoliticamente (e meccanicamente) pro-concorrenziale” e che pertanto la complementarità tra i due Codici (quello degli appalti e quello del terzo settore) dovesse essere valorizzata “al fine di ricomporre la dicotomia tra solidarietà e mercato”¹⁴. La Corte sembra far propria tale conclusione, ritenendo che nessun contrasto sussista tra la normativa interna, come ricostruita, e quella dell’Unione europea: la prima è intervenuta in uno spazio lasciato libero al legislatore nazionale, a condizione che questo assicuri parità di trattamento ai soggetti che collaborano alla realizzazione delle finalità proprie del sistema pubblico.

5. Ma al di là degli aspetti procedurali (peraltro non privi di sicura rilevanza costituzionale), la sentenza deve essere soprattutto valutata ed apprezzata con riguardo alla sua valenza propriamente costituzionalistica, in relazione ad almeno tre profili.

In primo luogo, la motivazione adottata nella presente pronuncia la Corte iscrive il metodo collaborativo di cui all’art. 55 CTS nel solco della Costituzione: esso viene infatti considerato come “espressa attuazione” del principio di sussidiarietà orizzontale, ed anzi “una delle più significative attuazioni” dello stesso. Si che verrebbe quasi da domandarsi se a detta disposizione, e quindi a tutto il Codice in esso contenuto, non debba riconoscersi il rango di legge *costituzionalmente necessaria*.

In secondo luogo, la sentenza trae dalla Costituzione la necessità di superare “l’idea che solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale”, in quanto l’art. 118, comma 4, Cost., riconosce che tali attività “ben possono essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini”. Da qui la prospettiva della realizzazione di un “canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato”, che tuttavia deve essere riservato “in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall’art. 4 del CTS”.

conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà”. Per un’analisi di tali pronunce e per riferimenti all’ampia dottrina che su di esse si è formata v. A. ALBANESE, *I servizi sociali*, cit., 155 ss.

¹⁴ A. ALBANESE, *I servizi sociali*, cit., 139 ss.

In terzo luogo, il Terzo settore in quanto tale è ritenuto dalla Corte una categoria costituzionale, dotata di un proprio statuto che la distingue sia dai soggetti operanti con una logica di mercato che dalle amministrazioni pubbliche (sebbene lo svolgimento di attività di interesse generale lo attragga più verso la seconda dimensione). E ciò ha come conseguenza che anche il diritto del Terzo settore ha fondamento costituzionale, in quanto “dotato di una logica autonoma e di una sistematica sua propria” e “chiamato a regolare relazioni improntate ad una logica diversa da quella del mercato e da quella propria dei poteri pubblici”¹⁵.

Se tali conclusioni meritano, a parere di chi scrive, complessiva condivisione, nondimeno devono essere rilevati alcuni rischi, che dovrebbero indurre a porre in essere specifiche attenzioni.

Limitandomi all'ultimo punto indicato (ma che costituisce un presupposto di validità dell'intera costruzione), se la valenza costituzionale del Terzo settore è riferita alla definizione contenuta nel Codice, in quanto è da questa che devono trarsi i profili di specifica meritevolezza degli enti in questione rispetto al *genus* complessivo delle formazioni sociali, occorre verificare con attenzione se i criteri utilizzati dalla norma (l'assenza di finalità lucrative, lo svolgimento di attività di interesse generale, le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale¹⁶) siano in primo luogo sufficientemente identificati e identificabili¹⁷, e poi coerenti con i principi costituzionali (aspetto su cui mi sentirei di esprimere senz'altro risposta positiva), ed infine tali da giustificare una considerazione differenziata e favorevole: in altre parole, se anche altri, tra gli enti che sono esclusi dall'ambito definitorio, non presentino caratteristiche di meritevolezza analoghe, tali da far ritenere costituzionalmente ingiustificato un trattamento “sfavorevole” loro imposto.

In secondo luogo la affermata rilevanza costituzionale della categoria (non soltanto definitoria) degli ETS impone di monitorare, valutare, controllare e verificare l'azione di tali enti, e richiede altresì la massima attenzione nel mantenere un livello qualitativo adeguato delle sue singole componenti, per evitare che la

¹⁵ L. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 27 giugno 2020.

¹⁶ Sulla definizione di Terzo settore offerta dal Codice v. P. CONSORTI, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, p. 34; C. BORZAGA, *Opportunità e limiti della riforma del Terzo settore*, in A. FICI (cur.), *La riforma del terzo settore*, cit., 63 ss.; E. ROSSI, *Profili evolutivi della legislazione del Terzo settore*, in A. FICI – E. ROSSI – G. SEPIO – P. VENTURI, *Dalla parte del Terzo settore*, Laterza, Bari-Roma, 2019, 85 ss.

¹⁷ Qualche dubbio al riguardo si potrebbe nutrire, ad esempio in relazione alle *finalità civiche* o di *utilità sociale*: ritiene invece che la definizione attribuisca agli enti del Terzo settore una “identità chiara ed inequivoca” A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in A. FICI – E. ROSSI – G. SEPIO – P. VENTURI, *Dalla parte del Terzo settore*, cit., 34, che peraltro tradisce toni eccessivamente entusiasti sulla riforma del 2018.

presenza di “mele marce” possa pregiudicare quella reputazione che la Corte pone a base della propria valutazione. Si tratta di un’esigenza espressa con chiarezza anche nelle Linee guida con cui il Governo aprì una consultazione preventiva sulla riforma che poi si sarebbe realizzata, ove si faceva esplicito riferimento alla necessità di “separare il grano dal loglio, non ignorando che in questo ambito agiscono soggetti non sempre trasparenti che talvolta usufruiscono di benefici o attuano forme di concorrenza utilizzando spregiudicatamente la forma associativa per aggirare obblighi di legge”. A tal fine, la disciplina dei controlli introdotta dal CTS appare del tutto inadeguata, sia in quanto disarticolata e frammentata fra una serie di soggetti non coordinati tra loro, sia perché assurdamente vincolata dal divieto di maggiori spese (l’art. 7, comma 5, della legge n. 106/2016 prevede infatti che tutta l’attività relativa alle funzioni di controllo deve essere svolta “nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”)¹⁸.

La prospettiva indicata dalla Corte dovrebbe quindi indurre il legislatore a ripensare alle proprie scelte, ad esempio prevedendo l’istituzione di un organo pubblico (politicamente indipendente ma anche dotato di competenze specifiche) di vigilanza e di controllo (ma anche, volendo, di promozione)¹⁹, o in ogni caso garantendo, magari in altre forme, una attenta funzione di monitoraggio e controllo su quegli enti che sono ora ritenuti partner a tutti gli effetti delle amministrazioni pubbliche.

¹⁸ Sia consentito rinviare, sul punto, a E. ROSSI, *Il rompicapo dei controlli sugli enti del Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, 271 ss.

¹⁹ L’evidente riferimento è ad un organismo simile, o magari dai poteri più efficaci, all’Agenzia per le Onlus, poi rinominata Agenzia per il Terzo settore. La mancata considerazione di tale esigenza era già stata denunciata, con riferimento alla legge delega da cui ha avuto origine il CTS da L. GORI, *L’Autorità (o l’Agenzia?) del Terzo settore: il grande assente del disegno di legge?*, in *Non profit paper*, n. 3/2014, 129 ss.