

LE FORMAZIONI SOCIALI DEL TERZO SETTORE: LA DIMENSIONE PARTECIPATIVA DELLA SUSSIDIARIETÀ**

Sommario: 1. Sussidiarietà orizzontale, partecipazione e sovranità popolare. – 2. Segue: il c.d. Terzo settore e ciò che non vi rientra. – 3. Le formazioni sociali del Terzo settore: tra “autonomia” e “dimensione partecipativa”. – 4. Segue: il principio di “libertà sociale”. – 5. Impresa sociale, economia solidale e “pluralismo economico”. – 6. Le attività del Terzo settore e l'identità nazionale di cui all'art. 4.2. del TUE.

1. Sussidiarietà orizzontale, partecipazione e sovranità popolare.

La riforma del Titolo V ha attribuito una specifica rilevanza sul piano costituzionale alle attività di interesse generale assunte dai cittadini sulla base del principio di sussidiarietà¹. L'art. 118 Cost., promuovendo il pluralismo sociale (principio supremo dell'ordinamento²) e

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Catania.

** Il presente contributo, riveduto e con l'aggiunta di note, rielabora la relazione al Convegno “*Ripensare o «rinnovare» le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*” (Catania, 24-25 maggio 2019), organizzato nell'ambito delle attività dell'omonima ricerca dipartimentale dell'Università di Catania - Piano per la ricerca 2016-2018.

¹ In argomento, E. FERRARI, *Sussidiarietà e ruolo delle associazioni di volontariato*, in *Regione e governo locale*, 1995, 991 ss.; G. PASTORI, *Istituzioni pubbliche e società civile nelle riforme recenti*, in *Vita e Pensiero*, 1999, 228, indica nella sussidiarietà orizzontale il principio volto “alla realizzazione di un diverso dosaggio ed equilibrio fra istituzioni, cittadini e società”, al fine della “immedesimazione dei cittadini nell'esercizio delle funzioni pubbliche, sia a titolo individuale sia attraverso le formazioni sociali in cui essi si organizzano, con correlativa responsabilizzazione in proprio”. Si può rinviare agli ampi saggi di A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002, 5 ss.; A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, 227 ss. e di T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, 2000, 31, il quale precisa che il senso da attribuirsi al principio “è quello di una funzione di tutela degli interessi (sociali, economici, morali) degli individui e degli enti privati, che si attua mediante un procedimento di astensione dell'intervento statale, al fine di consentire una piena libertà di iniziativa e di sviluppo delle forze individuali e sociali dotate di autonomia”.

² Più di recente, Corte cost., sent. n. 81 del 2018.

rimarcando la vocazione personalista del disegno costituzionale³, indirizza, com'è noto, il legislatore verso il livello di governo più vicino ai cittadini in ordine all'allocazione delle funzioni amministrative (primo comma), ma non manca di valorizzare la dimensione orizzontale della sussidiarietà, per la quale Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni (quarto comma) sono chiamati a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per le finalità suddette.

La nuova disposizione, infatti, prevede la partecipazione dei cittadini alla cura di interessi della collettività⁴ mediante "autonome iniziative" che si innestano nello svolgimento di funzioni pubbliche e che con queste devono coordinarsi⁵.

La sussidiarietà orizzontale non esprime un principio fondamentale nuovo, ma è "una specificazione" di quelli contenuti nell'art. 2 Cost. in merito alla valorizzazione delle formazioni sociali⁶. Essa traduce una "forma" di esercizio della sovranità popolare (art. 1 Cost.) da parte di realtà presenti nel corpo sociale che – secondo una prospettiva nuova dell'assetto dei rapporti tra istituzioni e società civile, tra enti pubblici ed enti privati – partecipano alla realizzazione di compiti rilevanti nella sfera pubblica⁷.

Il modello, per così dire, promosso dalla sussidiarietà orizzontale è caratterizzato – come anche in giurisprudenza è stato avvertito – dalla "spontanea cooperazione dei cittadini con le istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, che (...) cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce"⁸.

L'autonomia-partecipativa delle iniziative sussidiarie è garantita sul piano costituzionale, di modo che l'apporto privato non sia destinato a compiersi ed esaurirsi in sostanziale e

³ Il nesso tra sussidiarietà, libertà e democrazia è sottolineato da G. LOMBARDI-L. ANTONINI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Dir. e Soc.*, 2003, 155 ss. Sulla incisiva e multiforme "funzione conformativa del sistema normativo complessivo" della sussidiarietà insiste L. D'ANDREA, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Iustitia*, n. 2/2011, 260, il quale evidenzia, in particolare, come detto principio favorisca "un sistema strutturato sull'attitudine dei diversi soggetti ad effettivamente ed adeguatamente soddisfare gli interessi giuridicamente rilevanti e costantemente plasmato dall'attività di tali soggetti (...), in una prospettiva ad un tempo di garanzia per le autonomie (sociali, territoriali, funzionali) e di attiva partecipazione di tutti i cittadini alle dinamiche politiche ed istituzionali (...) come la solida architrave ideale di un'autentica democrazia personalista e pluralista".

⁴ Questa impostazione, che intende unitariamente il principio di sussidiarietà quale "avanzamento" della società civile, è efficacemente argomentata da F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*. *Il principio di sussidiarietà nel nuovo art. 118*, Comunicazione al Convegno "Cittadini attivi per una nuova amministrazione" (Roma, 7-8 febbraio 2003), in *forumcostituzionale.it*, 2003.

⁵ Sul tema, ampiamente, E. GIANFRANCESCO, *Sussidiarietà orizzontale e regioni: alla ricerca della prescrittività*, in *La sussidiarietà orizzontale nel Titolo V della Costituzione e la sussidiarietà generativa*, a cura di R. Realdon, Milano, 2018, 168 ss.

⁶ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, 2016, 320, nt. 300.

⁷ Più di recente, Cons. Stato, Sez. III, sent. 5.02.2020, n. 929.

⁸ Cons. Stato, Sez. III, sent. 6.03.2019, n. 1546.

inespressiva immedesimazione coi pubblici poteri⁹; esso, invece, assume soprattutto valore in sé, poiché realizza, attraverso un “nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici” nella realizzazione dell’interesse generale¹⁰, l’emersione di un’ampia platea di “formazioni” in grado di convogliare il pluralismo solidale presente nell’organizzazione sociale¹¹ verso l’erogazione di “servizi”¹² che le istituzioni pubbliche, sempre più limitate dalle ristrettezze dei propri bilanci, non sono in grado di assicurare integralmente¹³.

In tale contesto, sovviene la recente riforma del Terzo settore, al quale si ascrive una varia molteplicità di organismi di diritto privato, espressione, anche unitariamente e organicamente intesi, del pluralismo presente nella società democratica¹⁴: attraverso il principio di sussidiarietà, ma in continuità con l’originario disegno della Costituzione, si realizza la “rivalutazione delle formazioni sociali come strumento efficiente di attiva «partecipazione» più che di passiva «difesa»”¹⁵ nei confronti dell’ordinamento generale (sulla quale soprattutto puntavano le concezioni sottese alla costituzionalizzazione degli ordinamenti intermedi), dovendosi sottolineare come il riconoscimento e la conseguente garanzia di cui al menzionato art. 2 si

⁹ P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Ius*, 2000, 142, opportunamente osserva che si verifica una “societarizzazione delle funzioni” con sostituzione dei cittadini all’amministrazione (in senso soggettivo), “così da realizzare appunto l’autoamministrazione (in senso, questa volta, oggettivo) della società civile. Vicenda, quest’ultima, che sarebbe riduttivo e generico, probabilmente fuorviante, leggere, secondo impostazioni che tendono oggi a prevalere, in chiave di pura liberalizzazione: se così fosse si avrebbe solo uno spostamento, magari transeunte, nella sempre mobile frontiera tra il privato ed il pubblico, fra ciò che è ritenuto irrilevante o rilevante pubblicisticamente, che nulla ci direbbe sull’essenza dell’amministrazione, se non ridisegnandola solo sotto un profilo spaziale-quantitativo”.

¹⁰ In questi termini, la recentissima sentenza n. 131/2020 delinea il ruolo sussidiario del c.d. Terzo settore, come più avanti sarà ulteriormente avvertito.

¹¹ La sussidiarietà orizzontale è giustificata come “regola di riparto e di distribuzione delle funzioni fra le istituzioni pubbliche e l’organizzazione sociale” da G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, a cura di A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999, 169.

¹² G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 19, aggiunge che la sussidiarietà verticale comporta, invece, la distribuzione tra gli enti rappresentativi pubblici dei “poteri di comando” verso la collettività.

¹³ In argomento, A. NAPOLITANO, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione*, Torino, 2019, 238, il quale, in particolare, pone l’accento sul fenomeno della esternalizzazione dei servizi; nonché A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, spec. 93.

¹⁴ Come fanno notare R. MICCÙ-A. PALMACCIO, *Tra primo e Terzo settore: una prima introduzione alla disciplina dei rapporti tra p.a. e non-profit nella gestione dei servizi*, in *Non Profit*, n. 2/2017, 31, “sembra esservi un’unica certezza in merito ai soggetti che compongono il terzo settore: deve trattarsi di soggetti privati”. E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e Terzo settore*, in *Piccole conferenze*, Collana diretta da A. Vignudelli, Modena, 2019, 12, sottolinea come il Terzo settore possa essere riferito alla dimensione del pluralismo solidaristico, sebbene “l’ampia definizione che ora viene offerta dal relativo Codice lo proietta anche sul versante culturale come su quelli religioso e sportivo” (dello stesso A., in argomento, cfr. *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989).

¹⁵ In questi termini, A. BARBERA, *Principi fondamentali*, Art. 1-12, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 111. L’A. aggiunge come al problema riportato sopra nel testo “si lega anche la presa di coscienza che le formazioni sociali sono state di fatto utilizzate, talvolta, come strumento di mediazione e controllo sociale anziché come strumento di tutela delle libertà personali”. In tale prospettiva, A. CARIOLA, *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2007, 310, sottolinea come “l’aspetto partecipativo sotteso alla teorizzazione delle formazioni sociali ha superato di gran lunga la concezione difensiva e garantista delle prime elaborazioni (...) e introduce la considerazione di un dinamismo sociale che si riflette sulla posizione dei medesimi soggetti collettivi”.

riferiscano allo sviluppo della persona umana che l'ordinamento generale assume come uno tra i suoi compiti principali (art. 3, comma 2, Cost.)¹⁶.

2. Segue: il c.d. Terzo settore e ciò che non vi rientra.

Il Codice del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017) precisa che il legislatore delegato si è mosso in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione e che la finalità perseguita è sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono a perseguire il bene comune, a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, nonché a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa (art. 1).

Il successivo art. 2 enuncia il "valore" e la "funzione sociale" dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono, quali espressioni di partecipazione e solidarietà, promovendone lo sviluppo e salvaguardandone spontaneità e autonomia in vista del perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che possono prevedere anche forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali.

Si tratta di vera e propria "norma di riconoscimento" degli organismi del Terzo settore quali formazioni sociali, della cui disciplina ordinaria il legislatore si è fatto carico organicamente, richiamandosi all'attuazione delle sottese previsioni costituzionali. In vero, non può essere sottovalutata la circostanza secondo cui – in altre parti del testo – la legge fondamentale riconosce e garantisce talune comunità aventi rilievo costituzionale sotto il profilo della valorizzazione della partecipazione, dell'inclusione e del pieno sviluppo della persona umana, com'è il caso delle comunità di lavoratori e utenti di cui all'art. 43 Cost., della previsione di cui all'art. 46 (che "riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende") o anche delle cooperative a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata, la cui funzione sociale è espressamente riconosciuta da parte della Repubblica (art. 45).

Secondo il dettato normativo (art. 4, comma 2, del D.lgs. n. 117 del 2017), non rientrano nel Terzo settore le amministrazioni pubbliche (di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli organismi sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti.

¹⁶ F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, v. XXXIV, Milano, 1985, spec. 29.

I c.d. enti ad autonomia funzionale, aventi soggettività di tipo pubblicistico, quali gli ordini professionali¹⁷, le camere di commercio o i consorzi di bonifica¹⁸ risultano esclusi, dunque, per espressa previsione, dal novero degli enti del Terzo settore. Ciò significa che il pluralismo che il principio di sussidiarietà valorizza poggia su basi diverse rispetto a quello di carattere politico¹⁹ o che, mediante le organizzazioni sindacali o professionali, intercetta la dimensione lavoristica connessa alle rivendicazioni di categoria o comunque alle condizioni economico-professionali del rapporto di lavoro.

3. Le formazioni sociali del Terzo settore: tra “autonomia” e “dimensione partecipativa”.

Se si considera che il diritto tutelato all'art. 18 della Costituzione comporta la libertà di associarsi, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale, per poter giustificare la caratura costituzionale delle formazioni sociali non può ritenersi sufficiente il mero rilievo in ordine alla meritevolezza di qualsiasi aggregazione umana sotto il mero profilo finalistico, espresso, in negativo, dalla insussistenza di fini vietati ai singoli dalla legge penale (art. 18 Cost.)²⁰.

La nozione di formazione sociale, secondo l'idea racchiusa nell'art. 2 della Costituzione²¹, quindi, si distingue necessariamente per un *quid pluris* rispetto alla meritevolezza di qualsiasi altro fenomeno associativo che, pertanto, non riesca a esibire sufficienti elementi di promozione della personalità umana anche nella vita di relazione.

¹⁷ Soltanto per inciso, può essere rammentato in questa sede che la natura delle associazioni professionali forensi è ritenuta, pacificamente, quella di “ente pubblico non economico a carattere associativo” obbligatorio, la cui istituzione risponde alla esigenza di garanzia del rispetto delle regole deontologiche e con finalità di tutela dell'utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Come ha precisato anche la Corte costituzionale, molte delle funzioni istituzionali attribuite a tali organismi dal legislatore integrano un'attività esterna, destinata a concludersi con la formazione di atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi a carattere autoritativo, perché emessi nell'esercizio di un potere riconosciuto in via esclusiva per finalità di pubblico interesse. Deriva da ciò l'obbligatorietà dell'iscrizione agli ordini circondariali per l'espletamento della professione forense e la peculiare natura di “associazione obbligatoria”, ancorché “preordinata alla tutela di pregnanti interessi di rilievo costituzionale, quali, *in primis*, la tutela del diritto di difesa ex art. 24 Cost., mediante vigilanza sull'adeguata competenza, sull'aggiornamento costante e sull'effettivo svolgimento della professione da parte degli avvocati” (in questi termini, più di recente, Corte cost., sent. n. 173 del 2019).

¹⁸ A. D'ATENA, *La declinazione verticale e la declinazione orizzontale del principio di sussidiarietà*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, v. I, Napoli, 2012, 612 ss.

¹⁹ Sul punto, A. RUGGERI, “*Forma di governo*” e “*sistema dei partiti*”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, n. XXII, Torino, 2019, 728, il quale considera quasi obsoleta la definizione dei partiti quali “formazioni sociali a finalità politica, vale a dire preposti alla cura degli interessi generali di una comunità organizzata (a dimensione locale, nazionale o sovranazionale)”. La natura di formazioni sociali dei gruppi parlamentari, quali tipiche espressioni del pluralismo politico, è argomentata da A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 2008, *passim*, con argomentazioni ulteriormente sviluppate in *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

²⁰ Secondo S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, n. 5/2006, 28, occorre evitare l'equivoco ricorrente di considerare, in astratto, il mondo dei corpi intermedi come indistinto e omogeneo, dovendosi, invece, guardare agli sviluppi della vita dell'ordinamento, cui è affidata la selezione delle formazioni sociali da ritenere riconducibili alla previsione costituzionale; e certamente la conclusione positiva di tale indagine non può non essere ravvisata ove un corpo intermedio risponda ai canoni di cui all'art. 118, comma 4, Cost. e, dunque, all'autonoma iniziativa dei cittadini attivi sia indissolubilmente connessa una finalità di carattere generale.

²¹ V. CERULLI IRELLI-R. CAMELI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *astrid-online*.

Non sfugge che l'obiettivo che i Costituenti intesero soddisfare con la disciplina di cui all'art. 2 Cost. era, per quanto interessa in questa sede, quello di valorizzare il carattere di "comunità naturali"²² delle formazioni sociali (si pensi, emblematicamente, alle confessioni religiose, di cui all'art. 8, comma 1, Cost.; alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, a mente dell'art. 29 Cost. o anche alle comunità alloglotte e alla scuola come luogo di libertà e pluralismo anche per quelle non statali²³), in grado, così, di supportarne una sorta di caratterizzante originarietà-anteriorità rispetto allo Stato e tale anche da circoscrivere i poteri del legislatore in quanto la formazione stessa viene reputata in grado già di determinarsi autosufficientemente in vista dello sviluppo dei valori sottesi²⁴.

Non a caso, la giurisprudenza di legittimità²⁵ e il giudice costituzionale pongono l'accento sulla "natura originaria e autonoma dell'ordinamento" che può assurgere a formazione sociale, anche sulla base di un risalente indirizzo dottrinale²⁶. Basti considerare che, nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, "il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo", con la conseguenza – parimenti sottolineata dalla Corte nella stessa sentenza n. 160 del 2019 – che "eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale, devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice" e che "la disciplina legislativa di meccanismi di collegamento, anche diretto, fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale trova un limite nel necessario rispetto dei principi e dei diritti costituzionali"²⁷.

²² In questi termini, G. LA PIRA, in Atti Ass. Cost., Prima sottocommissione, seduta del 6 novembre 1946, 347.

²³ La Corte costituzionale (sent. n. 215/1987) ha precisato come, "statuendo che la scuola è aperta a tutti, e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica".

²⁴ F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 170 s.

²⁵ Le medesime connotazioni di originalità sono predicabili per le c.d. comunioni familiari, tipiche, ma non solo, dell'arco alpino, siccome costituenti anch'esse formazioni sociali cui partecipano, su base gentilizia o per cooptazione, soltanto coloro che abitano e coltivano un determinato insieme di terre in forma diretta, promiscua e solidale, sulla base di regole di matrice consuetudinaria o di antichi statuti, Cass. civ. Sez. II, sent., 10.10.2018, n. 24978.

²⁶ Secondo la nota impostazione istituzionalistica, "tutte le volte che si ha un organismo sociale, di qualche complessità, sia pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri, di norme, di sanzioni" (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1946, ora anche in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, 90).

²⁷ Nello specifico, la richiamata sent. n. 160/2019 conclude nel senso che la regolamentazione statale del sistema sportivo deve mantenersi nei limiti di quanto risulta necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali vi sono – per quanto interessava in quella sede, trattandosi della giustizia nell'ordinamento sportivo – il diritto di difesa e il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale presidiati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. Sicché, ad avviso della Corte, "la tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, se non può evidentemente comportare un sacrificio completo della garanzia della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, può tuttavia giustificare scelte legislative che, senza escludere tale protezione, la conformino in modo da evitare intromissioni con essa "non armoniche", come il legislatore ha valutato che fosse, nel caso in esame, la tutela costitutiva" di annullamento

La concezione appartenente alla cultura giuridica cui largamente risultò sensibile il Costituente italiano, sottintende, in definitiva, la rivendicazione di libertà negative da parte delle formazioni sociali, volte a “delimitare” l’azione dello Stato. Ma anche laddove poteva ritenersi presente una componente partecipativa di carattere politico (partiti, sindacati), la formazione sociale era vista essenzialmente come strumento “necessitato”, dunque, esclusivo ai fini della partecipazione al potere pubblico o della tutela delle posizioni lavorative²⁸.

Le tendenze più recenti registrano la positivizzazione, sul piano normativo, di formazioni sociali, la cui meritevolezza non risiede nella originarietà ordinamentale o nella esclusività dello strumento partecipativo, ma nella poliedrica proiezione di soggettività private verso finalità sociali convergenti con il compito – assegnato alla Repubblica dall’art. 3, comma 2, della Costituzione²⁹ – diretto alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione dei cittadini. All’uopo, per altro, risulta congeniale, mediante la ricerca della “convergenza degli obiettivi”³⁰, il ricorso a forme di co-programmazione, co-progettazione, accreditamento o anche di tipo convenzionale con le formazioni del Terzo settore per lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale (artt. 55, comma 1, e 56, comma 1, del d.lgs. n. 117/2017)³¹.

In definitiva, il carattere “aperto” delle formazioni sociali come categoria costituzionale procede al di là di qualsiasi cristallizzazione di ruoli che sarebbe, del resto, del tutto incompatibile con il pluralismo sociale quale profonda matrice logico-giuridica della categoria considerata. È innegabile, infatti, come l’iniziativa dei singoli si sia manifestata attraverso forme associative, di fatto, anticipatrici del sistema pubblico di *Welfare*, ma, anche in presenza di questo, si trattava comunque di interventi solidaristici privi, tuttavia, di sostanziale coordinamento con l’azione dei pubblici poteri, volta all’attuazione del secondo comma dell’art. 3 Cost.

Del resto, anche incombenze di cui, del tutto spontaneamente, si prendevano carico le tradizionali formazioni sociali (si pensi, ad esempio, alla consolidata vocazione della famiglia verso la cura degli anziani e l’assistenza dei minori disabili, ovvero nel campo della

in materia di sanzioni disciplinari sportive. Al riguardo, circostanziati riferimenti nel recente contributo di I. SPADARO, *Il difficile equilibrio tra autonomia dei gruppi sportivi e garanzia dei singoli tesserati alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2020, 237.

²⁸ A. BARBERA, *Principi fondamentali*, cit., 113, cui si rinvia anche per la pertinente bibliografia sul punto.

²⁹ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, in *amministratio-neincammino.luiss.it*, 2003, fa notare che, “grazie al principio di sussidiarietà orizzontale, la Repubblica ha trovato degli alleati che si assumono autonomamente l’onere di contribuire al difficile compito di creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascuno, quegli stessi cittadini del cui pieno sviluppo la Repubblica deve, secondo l’art. 3, 2° c., farsi carico”; in senso adesivo, cfr. A. MORELLI, *La legislazione regionale di attuazione del decreto n. 112/1998 alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, a cura di L. Ventura, Torino, 2004, 125.

³⁰ Sul punto, si possono ancora segnalare le notazioni contenute nella già richiamata sentenza n. 131/2020 del giudice costituzionale, nella quale si sottolinea come “il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, 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”.

³¹ In questi termini, V. TONDI DELLA MURA, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non Profit*, n. 3/2017, 61. In argomento, cfr., altresì, E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell’art. 55 del Codice del Terzo settore*, *ivi*, 164 ss..

formazione³²), di poi assunte dalle autonomie locali e dalle variegata realtà del mondo del volontariato, sono man mano divenute oggetto specifico di “autonome libertà della società civile”, direttamente connesse ai valori solidaristici cristallizzati nel menzionato art. 2 Cost.³³. Si tratta, in via del tutto esemplificativa, di rammentare l'accresciuta attenzione, anche da parte del legislatore, per le problematiche afferenti i gruppi a rischio di esclusione sociale, non meno che nei riguardi della disoccupazione e delle politiche attive del lavoro³⁴, l'assistenza delle persone anziane, degli immigrati, di minoranze etniche e disabili, fino al reinserimento degli ex detenuti e alla solidarietà nei confronti di donne maltrattate, malati cronici e così via, a fronte dello spazio che in tali ambiti hanno guadagnato le poliedriche espressioni del mondo del volontariato, rispondenti a una concezione attiva della cittadinanza, “come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale (...) al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità”³⁵.

Il cambiamento di rotta, si potrebbe dire, registratosi già da qualche tempo con la riduzione della estensione pubblicistica del *Welfare*, ha fatto emergere, da un lato, l'affermazione di varie forme di aggregazioni, oggi organicamente tipizzate dal legislatore statale nell'ambito del Terzo settore, e, dall'altro, il progressivo arretramento delle istituzioni pubbliche rispetto ad attività rivolte all'attuazione dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), assunte da autonome iniziative sussidiarie, di calibro solidaristico³⁶, in funzione dell'effettiva partecipazione dei cittadini sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il riconoscimento da parte del legislatore della meritevolezza di formazioni sociali in funzione sostanzialmente partecipativa – come emblematicamente lascia trasparire anche il comma quinto dell'art. 3 del D.lgs. n. 267/2000, secondo cui “i comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali” – è la risposta a nuove esigenze del corpo sociale, non sostenute, tuttavia, dall'intento di delimitare specifici ambiti di autonomia privata ma da quello di promuovere spazi per le libertà e i doveri costituzionali mediante la partecipazione attiva alla organizzazione sociale della Repubblica³⁷.

³² Interessanti spunti, al riguardo, in P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività d'interesse generale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Autonomia e sussidiarietà*, cit., 181.

³³ A. POGGI, *A vent'anni dalla legge Bassanini: che ne è della sussidiarietà orizzontale?*, in *La sussidiarietà orizzontale nel Titolo V della Costituzione e la sussidiarietà generativa*, cit., 163.

³⁴ Al riguardo, sia consentito richiamare il nostro *Regionalismo “specializzato” e “politiche attive del lavoro”*: *un percorso denso di criticità*, in *federalismi.it*, 2019.

³⁵ Il giudice costituzionale ha ampiamente arato questi campi, sottolineando, già nella nota sentenza n. 75 del 1992 sul volontariato, il rilievo di comportamenti umani basati sui “valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale”, i quali possono, addirittura, anche “esigere” che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantita un'attuazione degli stessi il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale.

³⁶ F. GALLO, *L'applicazione del principio di sussidiarietà tra crisi del disegno federalista e tutela del bene comune*, in *astrid-online*, 2014, 19, il quale osserva che, alla stregua del principio di solidarietà, i cittadini, da utenti, si trasformano e agiscono come “corpi intermedi organizzati che partecipano, operano con efficienza, si assumono responsabilità, prestano la loro capacità organizzativa e il loro lavoro, in nome dell'interesse generale e della solidarietà”.

³⁷ Anche in tale direzione si è mosso il legislatore istituendo e regolamentando (l. n. 76/2016, art. 1) l'unione civile tra persone dello stesso sesso “quale specifica formazione sociale, ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”, in cui il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia è stato ritenuto meritevole di

4. Segue: il principio di “libertà sociale”.

Il legislatore degli anni novanta ha disciplinato l'autonoma soggettività e personalità giuridica³⁸ di varie soggettività private operanti nello Stato-comunità, la cui riferibilità al modello di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. discende dalla riconosciuta meritevolezza dell'attività esplicata per la cura di beni aventi rilievo costituzionale³⁹.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. Codice del Terzo Settore), il dato normativo si presentava estremamente frammentato: esso richiamava per implicito l'attenzione della disciplina regolata a interessi di rilevanza costituzionale (ad esempio, cfr. la l. n. 266/1991, sulla disciplina del volontariato o il d.lgs. n. 153/1999, concernente le fondazioni bancarie); in altri casi, con riferimenti espressi agli artt. 2, 3, secondo comma, 4, secondo comma, 9, 18 e 38 della Costituzione, quale fondamento di un sistema integrato di interventi e servizi sociali alle persone e alle famiglie da parte di organismi non lucrativi di utilità sociale e di cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni e altri soggetti di natura privatistica (l. n. 328/2000)⁴⁰. Agli artt. 31, secondo comma, 32, 35 e 38 della Costituzione il legislatore si è anche richiamato disciplinando gli istituti di patronato e di assistenza sociale, quali persone giuridiche di diritto privato che svolgono servizi di pubblica utilità (art. 1, l. n. 152 del 2001).

A mente dell'art. 4 del Codice, che, adesso, ha provveduto organicamente in materia, rientrano nell'ambito del Terzo Settore una serie tipizzata di istituzioni private, quali le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, così come le imprese sociali e le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato, diversi dalle società, purché costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, previa iscrizione in un Registro unico nazionale e giusta sottoposizione ai controlli previsti nella stessa legge.

I soggetti summenzionati sono formazioni sociali, il cui fondamento risiede nei principi sussidiarietà, libertà sociale e uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), alla cui

comportarne – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri della coppia omo-affettiva.

³⁸ Secondo un consolidato orientamento dottrinale, poiché le formazioni sociali costituiscono un mezzo indispensabile per lo svolgimento della personalità umana, l'art. 2 Cost. attribuisce ad esse una posizione “potenzialmente pari a quella riconosciuta all'uomo come singolo” (A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 2003, 13).

³⁹ Talvolta, anche nella giurisprudenza di legittimità, si fa ricorso a una nozione ampia di formazione sociale, da riferirsi a qualsiasi entità avente personalità giuridica riconosciuta dall'ordinamento: è il caso, ad esempio, delle società semplici che costituiscono, pur non avendo personalità giuridica, ma soltanto autonomia patrimoniale, un autonomo soggetto di diritto secondo una impostazione che “deriva da una interpretazione sistematica del diritto civile, che tiene conto (...) dell'art. 2 Cost., che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, così, più di recente, Cass. civ., Sez. V, sent. n. 34605 del 30.12.2019).

⁴⁰ Tra gli scopi di detto sistema rientravano la promozione della solidarietà sociale, la valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzata in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali, rientranti già nel c.d. Terzo Settore a mente dell'art. 5 della stessa legge n. 328/2000.

promozione intervengono come parti costitutive dello Stato-comunità. Queste formazioni, oltre a permettere l'elevazione della personalità del singolo in quanto tale – assecondando la idea del Costituente, che ha concepito la garanzia delle entità intermedie come strumentale nei confronti della persona, i cui diritti fondamentali sono da tutelare anche all'interno di queste ultime⁴¹ – si presentano, esse stesse, serventi rispetto al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale nell'ottica dell'effettiva partecipazione all'organizzazione politico, economia e sociale del Paese.

Il Terzo settore annovera una serie di soggetti che promuovono “libertà sociali”.

Tale espressione – da tenere distinta dai diritti sociali quali posizioni giuridiche soggettive – allude alle iniziative volte alla cura di beni della vita a fruizione collettiva e, dunque, “a un qualcosa che il libero confluire e ordinarsi della società in gruppi rende possibile, ma non doveroso, come è invece per la parte pubblica”, ai fini, appunto, dell'effettivo godimento dei classici diritti di prestazione come istruzione, sanità e assistenza e altri diritti sociali, evocando un tipo di società (o porzione di essa) capace e decisa ad autodeterminarsi e organizzarsi allo scopo⁴².

La unificazione della disciplina sul Terzo settore configura, nel suo complesso, uno “spazio giuridico”, in cui questa parte della società civile emerge anche come soggetto collettivo⁴³, portatore di diritti in sé siccome rappresentato, a livello nazionale, dal Consiglio nazionale del Terzo settore⁴⁴: una sorta di *Welfare Society*, in cui le istituzioni pubbliche interagiscono con le formazioni sociali del Terzo Settore⁴⁵: il tutto, sotto l'ombrello del costituzionalizzato principio di sussidiarietà orizzontale.

Più di recente, il giudice costituzionale ha avuto modo di sostenere la peculiare natura di questo “ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)⁴⁶.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale non ha mancato di sottolineare ulteriormente (pur con riferimento alle fondazioni di derivazione bancaria (che peraltro non afferiscono al Terzo settore) come la definizione quali persone giuridiche private (dotate di piena autonomia statutaria e gestionale), il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale agli scopi

⁴¹ Fondamentale, al riguardo, il contributo di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, v. XII, Roma, 1989, spec. 17.

⁴² E. BALBONI, *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni primaria e secondaria con riguardo alla natura di origine bancaria*, in *astrid-online*, 14. Secondo F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 568, è, anzi, auspicabile che le prestazioni concernenti i diritti sociali vengano erogate anche dalle “istituzioni del privato-sociale”, alimentate da uno spontaneo sentimento solidaristico.

⁴³ G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, in *astrid-online*, 6.

⁴⁴ Artt. 58 ss. del d.lgs. 30 luglio 2017, n. 117.

⁴⁵ L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2000, 103 ss.

⁴⁶ Cfr., la sent. n. 131 del 2020, già cit.

perseguiti, unitamente alla sottolineatura che comunque “restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni” pubbliche, fanno sì che – anche in considerazione di quanto dispone adesso l’art. 118, quarto comma, della Costituzione – le fondazioni di origine bancaria si collochino tra i soggetti dell’organizzazione delle «libertà sociali» e non nell’ambito delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere⁴⁷.

Il Codice del Terzo settore – giusta l’obbligo d’iscrizione nell’apposito Registro unico nazionale (artt. 45 ss., d.lgs. n. 117/2017) – intende assicurare anche i diritti “delle” formazioni sociali nei confronti dell’ordinamento giuridico generale (si pensi, in particolare, al peculiare regime civilistico-statutario, ovvero alla specialità degli obblighi tributari propri di tali enti, consistentemente alleggeriti rispetto ad altri ambiti di disciplina), alla stregua di una sorta di unitarietà ordinamentale del Settore che richiede, tuttavia, l’intervento del legislatore per i necessari meccanismi di collegamento con l’ordinamento statale e i correlati limiti nel rispetto dei principi costituzionali e dei diritti coinvolti.

Vale la pena di accennare, comunque, al fatto che il Terzo settore non costituisce una “materia” in senso stretto, poiché le attività in cui si sostanziano le libertà sociali implicate sono destinate a intercettare numerosi ambiti disciplinari, di competenza legislativa statale o regionale, concorrente o residuale (come, ad esempio, politiche sociali, sport, sanità, turismo).

Resta fermo – come ha puntualizzato la Corte costituzionale nella sentenza n. 185 del 2018 – che “i soggetti del Terzo settore, in quanto di diritto privato, per quanto attiene alla loro conformazione specifica, alla loro organizzazione e alle regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, ricadono tipicamente nell’ordinamento civile” (art. 117, comma 2, lett. I), che è appunto di competenza statale, affinché non solo sia garantita l’uniformità di trattamento sull’intero territorio nazionale, ma anche per salvaguardare l’essenziale e irrinunciabile “autonomia” che deve caratterizzarli.

Nella pronuncia sopra richiamata, il giudice costituzionale non prende espressa posizione sulla natura degli organismi e dei soggetti del Terzo Settore quali formazioni sociali, pur evidenziando, significativamente, che le variegate attività da questi svolte, prima ancora che venisse espressamente enunciato nella Costituzione il principio di sussidiarietà, “erano state già ricondotte (...) all’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”⁴⁸. Tornando, più di recente, sull’argomento, la Corte, escludendo che la legge regionale possa validamente ampliare il novero dei soggetti del Settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato, così invadendo la materia dell’ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera I), Cost., ha avuto ulteriormente modo di ribadire come il principio di sussidiarietà orizzontale, valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost., abbia “esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della «profonda socialità» che connota la persona umana” e, valorizzando l’originaria socialità dell’uomo, ha inteso “superare l’idea per cui solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse

⁴⁷ Corte cost., sentt. nn. 300 e 301 del 2003.

⁴⁸ Corte cost. n. 185 del 2018.

generale”, riconoscendo che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con preesistenti espressioni della società solidale, in cui la creatività dei singoli si è espressa mediante una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.), risultando ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese⁴⁹.

5. Impresa sociale, economia solidale e “pluralismo economico”.

Nel nuovo impianto legislativo è del tutto assente ogni riferimento alla disciplina costituzionale relativa alla iniziativa economica privata, nonostante quest’ultima si dichiari particolarmente sensibile ai valori della dignità umana e della utilità sociale, da perseguire anche mediante interventi legislativi atti a regolare la produzione di beni e servizi attraverso modalità non lucrative, non necessariamente connesse, quindi, al conseguimento di un utile economico finale⁵⁰.

Vi è da chiedersi, allora, se si tratta di una voluta dimenticanza o se il difetto di qualsiasi aggancio nel Codice del Terzo settore all’attuazione dei principi della Costituzione economica sia il frutto di una scelta consapevole del legislatore che ha anche organicamente disciplinato la c.d. impresa sociale.

La Costituzione non giustifica soluzioni estranee all’idea che l’iniziativa economica privata, in quanto tale, debba porsi, comunque, al servizio dell’uomo e dei suoi bisogni e, tuttavia, il Codice del Terzo settore propone una forma di “sussidiarietà orizzontale” (art. 118, ult. comma, Cost.) che nulla concederebbe alle potenzialità insite nella libertà di iniziativa economica privata, alla quale pur andrebbe ascritta anche l’attività *non profit* di cui si occupa il d.lgs. n. 112 del 2017 con riguardo all’impresa sociale, quale specifica modalità del disegno in tema di libertà, dignità umana e finalità di utilità sociale racchiuso nell’art. 41 Cost., alla cui attuazione il legislatore non si richiama espressamente.

Nonostante il silenzio della fonte primaria si è, tuttavia, dell’avviso che una formazione sociale possa rispondere adeguatamente anche alle esigenze della solidarietà economica e possa essere strumento per l’attuazione dei principi costituzionali in materia di iniziativa economica privata.

In tale direzione depongono gli stessi limiti alla predetta libertà sanciti in Costituzione, tali da non consentire che essa possa svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41, comma 2); sovengono, inoltre, i programmi e i controlli opportuni, affinché anche l’attività economica privata venga indirizzata e coordinata a fini sociali (comma 3); il riconoscimento e la promozione della funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata (art. 45), nonché il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e limiti stabiliti dalla legge, alla gestione delle aziende (art. 46 Cost.).

⁴⁹ In questi termini, ancora, la sent. n. 131 del 2020.

⁵⁰ L. GORI, *Terzo settore, fra misure di promozione e autonomia regionale. Nota a C. cost. n. 185 del 2018*, in *Forum Quad. Cost.*, 2019, 2, osserva come l’esclusione, per gli enti del Terzo settore, di uno scopo lucrativo soggettivo, diretto o indiretto, sia ritenuta uno degli indici che il legislatore ha storicamente individuato come rivelatore del perseguimento di finalità solidaristiche”.

Va qui rammentato quanto anche in altra sede rilevato⁵¹, vale a dire che la disciplina contenuta nel terzo comma dell'art. 41 Cost. assume una valenza che trova adesso nuova linfa in combinato proprio con l'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione: non soltanto, dunque, la prima opera come una norma di garanzia che attività, espressione della libera iniziativa economica, non risultino completamente funzionalizzate a interessi pubblicistici, ma anche quale principio, per così dire, "positivo" e "propulsivo" nei confronti dell'adozione – da parte del legislatore – di "programmi", congeniali tanto allo sviluppo della persona umana, quanto al conseguimento di finalità sociali, secondo una connotazione dell'iniziativa privata che la rende alternativa rispetto all'intervento *for profit* solo se e nella misura in cui la stessa si faccia, appunto, strumento d'attuazione della sussidiarietà orizzontale attraverso modalità non commerciali e, quindi, senza scopo di lucro, con finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, siccome espressamente previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 112 del 2017, relativamente allo statuto dell'impresa sociale⁵².

I richiamati indirizzi dell'assetto costituzionale della libertà d'iniziativa economica sono rimasti, tuttavia, inespresi nella riforma del Terzo Settore, benché il pensiero liberale – come è stato fatto opportunamente notare – consideri l'intervento economico privato e, dunque, i rapporti economici uno degli ambiti in cui il principio di sussidiarietà deve trovare applicazione⁵³, se si considera specialmente l'impresa sociale quale attività "non economica e commerciale", senza scopo di lucro e che adotta modalità di gestione responsabili e trasparenti, con il coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e degli altri soggetti interessati⁵⁴.

Anche l'organizzazione economica del Paese – a mente del secondo comma dell'art. 3 Cost. – è profilata come pluralistica, al pari dell'organizzazione politica e sociale, poiché è destinata, anch'essa, a proporsi come possibile luogo di libertà, di sviluppo della persona umana e di partecipazione, i cui ostacoli limitativi è compito della Repubblica rimuovere. La componente, per così dire, della "economia solidale" non può, dunque, essere reputata estranea al disegno costituzionale sul pluralismo economico.

Le "imprese" *non profit* che si riannodano al modello enunciato nel Codice del Terzo settore sono, nella loro più intima essenza, anch'esse formazioni sociali, perché si propongono

⁵¹ Cfr., al riguardo, il nostro *La riforma del "terzo settore": i profili costituzionali e l'impatto con l'ordinamento europeo*, in *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, a cura di E. Castorina, Napoli, 2016, 837 ss.

⁵² Quest'ultima è stata disciplinata, com'è noto, dal D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106. Il legislatore statale ha qualificato in tal modo – richiamando espressamente la sua competenza in materia di "ordinamento civile" (lett. I, art. 117, comma 2, Cost.) – quegli enti privati (e, quindi, le associazioni, fondazioni, comitati, società di persone, di capitali, cooperative e loro consorzi, escluse comunque le imprese individuali) "che esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati ai loro atti" (art. 1).

⁵³ In questi termini A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 14 s., il quale precisa che, secondo la tradizione liberale, "i diretti interventi dello Stato in economia si giustificano solo se il mercato non è in grado di operare efficientemente" e che quest'ultimo (secondo la dottrina ordoliberal di Friburgo) "potrebbe (e dovrebbe) intervenire per assolvere un ruolo essenziale: garantire le condizioni di concorrenza". In argomento, cfr., altresì, A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, cit., 127 ss..

⁵⁴ G. VISCONTI, *Riforma del Terzo Settore: lo stato dell'arte*, in *Cooperative, enti non profit*, n. 11-12/2018, p. 24.

come strumenti per la realizzazione di fini solidaristici⁵⁵, sebbene il dato normativo – come prima rilevato – sia deludente al riguardo, poiché omette qualsiasi aggancio alla valorizzazione della specifica dimensione sociale della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost..

6. Le attività del Terzo settore e l’identità nazionale di cui all’art. 4.2. del TUE.

La Corte europea è ferma nel ritenere applicabile il divieto di aiuti di Stato anche agli enti *non profit* che, pur perseguendo fini “di interesse pubblico e di utilità sociale”, sono considerati comunque – alla stregua dell’ordinamento europeo – come “imprese” (CGCE, 10 gennaio 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*).

Il punto nodale della questione che attiene al Terzo settore – nonostante la copertura costituzionale interna rappresentata dai principi di sussidiarietà e personalista – risiede, dunque, nel potenziale *vulnus* che verrebbe arrecato al funzionamento concorrenziale del mercato unico, nel quale operano soggetti che possono fornire i medesimi servizi mirando a un legittimo profitto, anziché operare senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8 del Codice del terzo settore).

I Trattati sull’Unione Europea e sul Funzionamento non prevedono competenze specifiche dell’Unione in materia di enti *non profit*. In ragione del principio di attribuzione (art. 5 TUE), la relativa competenza rimane, pertanto, in capo agli Stati membri, secondo una tradizionale scelta di *policy* giustificata dallo stretto collegamento tra attività degli enti *non profit* e sistemi di *Welfare* nazionale.

In ambito sovranazionale, il parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, “Imprenditoria sociale e impresa sociale”⁵⁶, aveva già evidenziato che le imprese sociali perseguono obiettivi di carattere essenzialmente solidaristico piuttosto che lucrativo; reinvestono gran parte degli utili; assumono una varietà di forme giuridiche; producono beni e servizi con una componente di innovazione sociale; operano come soggetti indipendenti con una spiccata componente partecipativa e di co-decisione, nonché di *governance* democratica. Sicché, dette “imprese” sono parte integrante della c.d. economia sociale, in quanto “operano sul mercato producendo beni e servizi in modo imprenditoriale e innovativo e destinando i propri utili principalmente alla realizzazione di obiettivi sociali”⁵⁷.

Un ulteriore documento del CESE ha puntualizzato come le “imprese sociali” attendano ad attività economiche e commerciali ancorché senza scopo di lucro (attività non lucrative), dal momento che non distribuiscono i profitti generati, destinati alla missione sociale⁵⁸; ma, da un lato, il Parlamento europeo auspica l’elaborazione di un apposito statuto per le imprese sociali e solidali (2016/2237(INL)); dall’altro, la Corte di giustizia dell’Unione europea ritiene che un trattamento fiscale specifico sarebbe giustificato poiché i soggetti dell’economia sociale (le cooperative, nel caso dinanzi a essa pendente) vanno distinte dalle imprese aventi scopo di

⁵⁵ In argomento, D. MONE, *L’impresa sociale nell’ordinamento costituzionale tra dimensione pluralistica e dimensione individuale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 3/2017, spec. p. 12.

⁵⁶ Cfr. INT/589 del 26.10.2011.

⁵⁷ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 25 ottobre 2011, “Iniziativa per l’imprenditoria sociale”, COM(2011) 682 def.

⁵⁸ Si tratta del parere su “Sviluppi recenti dell’economia sociale nell’Unione europea”, CES/CSS/12/2016/23406, spec. p. 25.

lucro⁵⁹. A ciò aggiungasi che il menzionato parere del Comitato Economico⁶⁰ evidenzia come la Commissione con l'adozione regolamento *de minimis* per il settore dei servizi di interesse economico generale (SIEG)⁶¹ abbia inteso autorizzare una maggiore flessibilità delle autorità pubbliche nell'erogazione di aiuti di Stato ai soggetti dell'economia sociale e, inoltre, come la legislazione europea sugli appalti (Direttive 2014/23; 2014/24 e 2014/25) preveda clausole sociali nelle procedure di aggiudicazione e nei capitolati d'onori.

Gli Stati membri, nell'ambito della rispettiva competenza, sono tenuti, tuttavia, al rispetto della disciplina in materia di concorrenza (CGCE, sentenza 14 settembre 2006 in causa C-386/04, *Stauffer*), poiché la Corte di Giustizia è costante nell'adottare una nozione funzionale di impresa, fondata sullo svolgimento "oggettivo" di un'attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale considerato: per "impresa", quindi, deve intendersi – secondo il diritto europeo – qualsiasi organismo che "esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento" (a partire, quanto meno, da CGCE, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Höfner*).

Qualsiasi prestazione di servizi, in qualsiasi modo remunerata, deve essere considerata un'attività economica per l'ordinamento euro-unitario e dunque soggetta agli obblighi concorrenziali. L'assenza di fini di lucro – sempre secondo il giudice europeo – non esclude che anche le associazioni di volontariato esercitino comunque un'attività economica e costituiscano "imprese" ai sensi e per gli effetti delle disposizioni sulla concorrenza (v., in questo senso, Corte Giust. CE, Sez. III, sent. 29 novembre 2007, n. 119/06)⁶².

L'unico criterio rilevante, al riguardo, è se il soggetto interessato svolga o meno un'attività economica, poiché anche un ente senza fine di lucro può offrire beni e servizi sul mercato. Orbene rientra nella nozione di attività svolta con modalità commerciali – ovvero nella nozione di attività economica, secondo il linguaggio della Commissione Ue – qualunque attività organizzata per la prestazione di servizi a terzi dietro pagamento (anche da parte delle pubbliche amministrazioni) di un corrispettivo funzionale e adeguato alla copertura dei costi e alla remunerazione dei fattori della produzione (ivi compresi i capitali investiti). Di converso, non sarebbe commerciale l'attività di prestazione di servizi che vengano offerti gratuitamente, ovvero dietro

⁵⁹ Corte di Giustizia, 8.9.2011, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate*, ove, in particolare, si afferma il principio che "tenuto conto delle specifiche caratteristiche proprie delle cooperative, risulta quindi necessario constatare che non si può, in via di principio, considerare che società cooperative di produzione e lavoro come quelle in discussione nelle cause principali si trovino in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali, purché, tuttavia, esse operino nell'interesse economico dei loro soci e intrattengano con questi ultimi una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare, in cui essi siano attivamente partecipi e abbiano diritto ad un'equa ripartizione dei risultati economici".

⁶⁰ "Sviluppi recenti dell'economia sociale nell'Unione europea", CES/CSS/12/2016/23406, cit., p. 42.

⁶¹ Regolamento (UE) N. 360/2012 della Commissione 25 aprile 2011, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («*de minimis*») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale.

⁶² A tale stregua, anche entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (sent. 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Racc. p. I-8089, punti 21 e 22).

pagamento di corrispettivi o contributi meramente simbolici o comunque radicalmente inferiori ai costi di produzione (Cass. civ., Sez. V, sent. 11 aprile 2019, n. 10124).

In tale contesto, ancora fortemente fluido, della dimensione sovranazionale del fenomeno considerato, è intervenuto lo stesso d.lgs. n. 117/2017, prevedendo, all'art. 55, che le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurino il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore "attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento", ove la co-programmazione "è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione precedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili" e la co-progettazione "alla definizione ed eventuale realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione" prescelti. Il successivo art. 56 dispone che le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato e nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento mediante procedure comparative riservate alle medesime.

Il coinvolgimento degli enti del Terzo settore, per così dire, nella funzione pubblica – come ha opportunamente sottolineato la nostra Corte costituzionale nella già richiamata sentenza n. 131/2020 – realizza una "originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall'art. 55 CTS", che "richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano"⁶³.

Invero, la co-progettazione, il partenariato e le convenzioni con la P.A. dovrebbero considerarsi legittimamente adottati solo quando il servizio sia sostanzialmente a titolo gratuito, cioè senza alcun profitto per gli operatori, poiché, altrimenti, si applicherebbe il Codice dei contratti pubblici. Nel parere dell'Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018 (n. 2052/2018), il Consiglio di Stato ha opportunamente precisato, al riguardo, che il diritto europeo della concorrenza e degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi. Il che significa – secondo il Supremo Consesso – che "lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza, in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato

⁶³ Precisa, al riguardo, la Corte come "si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») 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. In sostanza, 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".

perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi. In tal caso, la gratuità assume due significati: sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo, il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr. art. 17 del Codice del Terzo settore)”.

In tale maniera, conclude il citato parere, “si realizza la corretta fattispecie della gratuità, vale a dire un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore” e, di conseguenza, il servizio non è reso dal mercato, ma “è fuori del mercato”. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi.

Il ricorso agli strumenti convenzionali con le entità del Terzo settore – come già sottolineato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.* (C-113/13) e confermato nella più recente (C-50/14) *Casta*, del 28 gennaio 2016 – rimane soggetto, in ogni caso, alla condizione che la relativa disciplina convenzionale contribuisca effettivamente all’obiettivo di efficienza di bilancio, oltre che alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà.

Nonostante sia stato correttamente evidenziato che gli Stati membri hanno la possibilità di delineare, 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)”⁶⁴, lo scenario sovranazionale appare ancora estremamente fluido e incerto; inoltre, non risulta ancora assistito da un quadro normativo definito il tema dei regimi fiscali agevolati per gli enti *non profit* (così come i criteri di distinzione delle attività commerciali, soggette a tassazione, da quelle non commerciali) a fronte delle “attività di interesse generale” esercitabili dai medesimi sotto l’ombrello del “favor” di cui all’ult. co. dell’art. 118 della Costituzione. Ciò in quanto su di esso è destinata a incidere in maniera determinante la normativa europea in tema di aiuti di Stato⁶⁵ e di libera concorrenza, in ambiti che interessano tanto prestazioni sanitarie quanto i settori del turismo, della formazione professionale, dell’accoglienza umanitaria e dell’integrazione dei migranti, senza contare i risvolti in materia di tutela del patrimonio culturale e ambientale.

Il rischio da evitare, comunque, è che il pluralismo messo in luce dalla sussidiarietà e il principio personalista (artt. 2 e 118 Cost.) – i quali sono elementi costitutivi dell’identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, al cui rispetto richiama l’art. 4.2. del TUE – possano segnare il passo di fronte alle esigenze del mercato unico e

⁶⁴ Occorre richiamare, sul punto, ancora una volta, la sent. n. 131/2020.

⁶⁵ È utile qui richiamare il contenuto dell’art. 101, comma 10, del Codice del Terzo settore, secondo cui “l’efficacia delle disposizioni di cui agli articoli 77, comma 10, 80 e 86 è subordinata, ai sensi dell’articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, all’autorizzazione della Commissione europea, richiesta a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali”.

dell'integrazione economica senza che si realizzi un giusto equilibrio con le istanze della sussidiarietà orizzontale, volte a favorire la piena partecipazione e lo sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.) in settori in cui, per altro, i principi supremi dell'ordinamento si coniugano col riconoscimento costituzionale della funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata (art. 45, comma 1, Cost.).