

QUALE FUTURO PER IL TERZO SETTORE?

Riflessioni alla luce del parere del consiglio di stato sul codice del terzo settore.

Silvia Di Pietro

SOMMARIO: **1.** Il progetto di Governo e i contenuti della riforma. **2.** I dubbi interpretativi dell'Anac. **3.** Il principio della primazia del diritto euro-unitario e le argomentazioni conservative del Consiglio di Stato. **4.** La controrisposta della dottrina alla luce dei fondamenti del Terzo settore. **5.** Conclusioni.

1. Il progetto di Governo e i contenuti della riforma.

Il mondo del Terzo settore ha da sempre caratterizzato la storia del nostro Paese¹ e, nel corso degli ultimi decenni, è stato interessato da una serie di interventi legislativi settoriali² che hanno tentato di tipizzare e disciplinare di volta in volta

1 Per una ricostruzione storica del fenomeno si vedano L. BRUNI – S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004; E. ROSSI – S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 2011.

2 Solo per citare i testi normativi di maggior rilievo, ricordiamo la legge 11 agosto 1991, n. 266 meglio conosciuta come legge quadro sul volontariato; il d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 sulla disciplina delle Onlus; la legge 7 dicembre

una realtà di fatto già esistente ed operante. L'ultimo grande sforzo compiuto dal legislatore è stato il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – il cosiddetto Codice del Terzo settore – che ha risposto all'ambizioso obiettivo di riordino e di revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore³. La riforma si è resa necessaria alla luce della crescente crisi democratica ed economica che si è manifestata rispettivamente nei progressivi fenomeni di allontanamento e diffidenza della collettività nei confronti delle istituzioni pubbliche e nelle politiche di *spending review* che hanno portato al definitivo abbandono del tradizionale modello del *welfare state*⁴, ossia di quello Stato assistenziale che pervade lo spazio della socialità riempiendolo di beni e servizi. Il rilancio del Terzo settore è apparso infatti come lo strumento privilegiato attraverso il quale supportare l'attività prestazionale delle istituzioni pubbliche senza aggravare i saldi e il debito pubblico e coinvolgere attivamente la collettività in modo da riavvicinare istituzioni e cittadini e da fronteggiare contestualmente la crisi economica, sociale, democratica ed istituzionale.

L'avvio dei lavori è segnato dalle *Linee guida per la riforma del Terzo settore* presentate dal Governo Renzi nel maggio del 2014 per mettere in moto una consultazione pubblica sul tema della riforma del Terzo settore in modo da includere anche la società civile – cittadini e operatori del mondo *non profit* – nel processo di riordino e razionalizzazione della disciplina. Tale sinergia risulta infatti fondamentale al fine di costruire un nuovo *welfare* di tipo partecipativo «fondato su una *governance sociale allargata alla partecipazione dei singoli, dei corpi intermedi e del terzo settore al processo decisionale e attuativo delle politiche sociali, al fine di ammodernare le modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi del welfare, rimuovere le sperequazioni e ricomporre il rapporto tra Stato e cittadini, tra pubblico e privato, secondo principi di equità, efficienza e solidarietà sociale*». L'obiettivo del Governo appare subito chiaro ed orientato nel senso di «*superare le vecchie dicotomie tra pubblico/privato e Stato/mercato*

2000, n. 383 recante la disciplina delle associazioni di promozione sociale e il relativo decreto applicativo (d.p.c.m. del 30 marzo 2001); il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 recante la disciplina delle imprese sociali.

3 Cfr. art. 1, comma 2, lett. b), della legge 6 giugno 2016, n. 106 contenente recante *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*.

4 Sulla relazione tra crisi del *welfare state* e rilancio del Terzo settore si rimanda a M. ALBANESE, *Il terzo settore nella sussidiarietà e la creazione del capitale sociale*, in M. MUSELLA (a cura di), *La sussidiarietà orizzontale*, Carocci editore, Roma, 2012; G.P. BARBETTA, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent'anni*, in S. ZAMAGNI (a cura di) *Libro bianco sul terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011; A. PACI, *Prossimità e partecipazione. Lo spazio della sussidiarietà nella governance dei beni*, in D. DONATI – A. PACI (a cura di) *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2010; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, fasc.1, 2015.

e passare da un ordine civile bipolare a un assetto “tripolare”» e di valorizzare quanto più possibile «l'autonoma iniziativa dei cittadini per realizzare concretamente la tutela dei diritti civili e sociali garantita dalla Costituzione». Tanto più che in una cornice stretta tra vincoli di bilancio ferrei da un lato e richieste sempre crescenti di protezione sociale dall'altro è indifferibile la risposta al «bisogno di adottare nuovi modelli di assistenza in cui l'azione pubblica possa essere affiancata in modo più incisivo dai soggetti operanti nel privato solidale».

Interessante, senza dubbio, è l'attenzione per la costruzione di una nuova *governance*, laddove con il termine si indicano normalmente modelli di sviluppo basati su partecipazione e *capability*⁵ e, più in generale, sulla costruzione di una fitta ed efficace rete di relazioni tra amministrazioni pubbliche e istituzioni private e sociali. Ciò significa che nel disegno del Governo vi è la volontà⁶ di andare oltre le mere logiche concorrenziali e contrattualistiche al fine di dar vita ad un sistema diffuso nel quale l'amministrazione pubblica sia chiamata a svolgere un ruolo di “regista” con il compito di convogliare le diverse energie del mondo sociale verso lo sviluppo coeso ed inclusivo della società e, dall'altra parte, i soggetti del Terzo settore sono chiamati a mettere in campo la loro conoscenza delle realtà sociali e dei bisogni collettivi e le loro specifiche competenze per la costruzione di un sistema di servizi e di prestazioni di carattere generale⁷ che risponda direttamente alle richieste dell'interesse generale della collettività.

5 Tale concetto appartiene al dibattito internazionale relativo allo sviluppo umano ed è stato elaborato originariamente dall'economista A. Sen e approfondito in seguito insieme alla filosofa M. Nussbaum. Con questo termine gli studiosi fanno riferimento alla necessità di sviluppare in tutti i soggetti quelle “capacitazioni”, ossia quelle risorse interne, che consentono loro di sviluppare le proprie competenze e di agire in modo libero e responsabile all'interno delle istituzioni in cui vivono, realizzando il proprio benessere personale oltre che quello economico e produttivo. La prima formulazione del concetto si deve a A. SEN, *Equality of what?*, nell'ambito di *The Tanner Lecture on Human Values*, tenuta alla Stanford University nel maggio del 1979. Gli sviluppi sul significato della *capability* e i diversi approcci dei due autori sul concetto si rinvengono in A. SEN – M. NUSSBAUM, *The quality of life*, Oxford University Press, 1993.

6 Nelle *Linee guida* si legge sinteticamente che «Pubblica amministrazione e terzo settore devono essere le due gambe su cui fondare una nuova welfare society».

7 Cfr. E. ROSSI, *I rapporti fra Terzo settore e pubblica amministrazione*, in P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 151. L'autore sottolinea in particolare come il d.lgs. n. 117/2017 abbia allargato l'area di coinvolgimento del Terzo settore nelle politiche pubbliche, giacché esso non è più considerato soltanto come soggetto erogatore di servizi o prestazioni, ma diventa un *partner* costante e continuo delle amministrazioni pubbliche in tutte le fasi della sua attività: dalla programmazione alla progettazione, dall'organizzazione dei servizi alla loro erogazione, fino alla valutazione dei risultati. Similmente, L. GORI – F. ZANDONAI, *I confini del Terzo settore: una mappa costantemente da riscrivere*, in *Impresa sociale*, numero 11/2018, ritengono che il successo della riforma sia subordinato alla capacità di «superamento della distinzione fra primo e terzo settore, verso un'area grigia nella quale le responsabilità e le capacità dei due attori si compenetrano, anche giuridicamente».

È su questa idea che sono costruiti gli strumenti di collaborazione contenuti nel Codice del Terzo settore. Per la verità si tratta di istituti non completamente nuovi e, al contrario, già consolidati nella vecchia legislazione settoriale, ma riproposti con nuovo slancio dal Codice. Sono maggiori e ulteriori, infatti, gli ambiti di applicazione degli strumenti della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accREDITamento – oggi contenuti nelle disposizioni dell'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 – rispetto alla precedente disciplina settoriale. La scelta del legislatore del 2017 è stata nel senso di rafforzare l'attività relazionale di pubbliche amministrazioni e Terzo settore, di modo che l'incontro tra i due soggetti non fosse più limitato alle sole attività prestazionali bensì esteso a tutte le attività di interesse generale⁸ di cui all'art. 5 del Codice. Parimenti lo strumento della convenzione – di cui all'art. 56 del Codice – è riproposto come forma di collaborazione; tuttavia per questo specifico strumento l'ambito di applicazione è ridotto giacché esso è applicabile alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale⁹.

L'intera riforma si fonda, come detto, sulla costruzione della nuova *welfare society*¹⁰ e sull'esigenza di ammodernare le modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi del *welfare*; e ciò passa attraverso il riconoscimento del valore e della funzione sociale degli enti del Terzo settore¹¹ e si realizza mediante il sostegno pubblico all'autonoma iniziativa dei cittadini. Lo stesso Codice, peraltro, richiama i principi costituzionali sulla base dei quali l'intera disciplina è costruita e menziona esplicitamente gli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118, ultimo comma, della Costituzione a testimonianza dell'importanza dell'attività svolta come espressione di partecipazione, pluralismo e solidarietà, che sono poi i pilastri su cui si regge il nostro intero ordinamento. Se i principi hanno ancora valore e non sono mere dichiarazioni formali, è chiaro che gli strumenti di collaborazione menzionati

8 In senso contrario, peraltro, a quanto concluso dall'Anac nelle *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali* (Delibera del 20 gennaio 2016, n. 32). L'Autorità, facendo esplicito richiamo al d.p.c.m. 30 marzo 2001, ha ritenuto infatti che la collaborazione tra istituzioni pubbliche ed enti del Terzo settore fosse da limitare ai progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse.

9 Scelta probabilmente motivata dalla volontà di porre in risalto la dimensione esclusivamente solidaristica e gratuita dei menzionati enti. Sul punto, si veda E. ROSSI, *I rapporti fra Terzo settore e pubblica amministrazione*, cit., pp. 144 e ss.

10 Il rimando è senza dubbio al concetto benvenutiano di demarchia con il quale l'Autore intende il riconoscimento di una posizione attiva di partecipazione in capo ai cittadini ai fini della produzione degli atti e delle attività destinati ad incidere sui loro interessi e quindi sulla propria posizione giuridica e su quella della collettività. Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994.

11 Cfr. art. 2, d.lgs. n. 117/2017.

devono effettivamente favorire il ruolo del Terzo settore e consentire allo stesso di rendersi non solo partecipe, bensì protagonista, di un nuovo modo di concepire la vita pubblica. Piuttosto che riferirsi al valore derogatorio del Codice del Terzo settore rispetto alla disciplina degli appalti¹², è allora fondamentale concentrarsi sulla autonomia della disciplina che, sebbene non esente dal rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, è altra cosa rispetto alla disciplina dei contratti pubblici. Non è un caso infatti che gli artt. 55 e 56 non richiamino il testo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, né facciano menzione del principio di concorrenza giacché tali riferimenti lascerebbero intendere un legame particolarmente stretto con la materia degli appalti e con il mercato basato sulla logica del profitto. In modo più lieve, essi si limitano a garantire la massima forma di pubblicità e partecipazione al fine di scongiurare eventuali condotte discriminatorie o corrotte, in attuazione della disciplina sulla trasparenza¹³. Peraltro, contrariamente alla discrezionalità della scelta del ricorso alle formule contrattuali, l'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 utilizza la formula «assicurano» che non lascia spazio all'eventualità del coinvolgimento¹⁴, che si attesta invece quale procedura ordinaria delle attività di programmazione e progettazione. Più nello specifico, lo strumento della co-programmazione si colloca all'interno del procedimento amministrativo e svolge un ruolo fondamentale in quanto determina tutti gli elementi utili per la definizione degli interventi da realizzare. Il ruolo del Terzo settore appare fondamentale in questa fase poiché favorisce l'individuazione dei bisogni specifici e reali della collettività che solo un'attenta conoscenza della realtà territoriale e sociale consente di effettuare in modo efficiente ed efficace. Proprio per il carattere tipico nell'ambito del procedimento amministrativo, non sono individuate ulteriori regole procedurali, anche in considerazione del fatto che la co-programmazione non è necessariamente seguita da forme di accreditamento o affidamento di servizi.

Più dettagliata è invece la disciplina della co-progettazione, il cui valore attuativo rende necessaria l'individuazione delle modalità di accreditamento. Sul punto, il decreto stabilisce che «*l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il*

12 Rimarcato peraltro nelle *Linee guida* dell'Anac, la quale considera il Codice degli appalti la via ordinaria per l'affidamento dei servizi.

13 Cfr. d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e ss.mm. relativo al *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

14 Sul punto F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 269.

partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner». A contrario di quanto avviene per la co-programmazione che appartiene alla struttura del procedimento, la co-progettazione presuppone l'attivazione di un'ulteriore procedura per la sua effettiva implementazione. Il Codice del Terzo settore, a tal proposito, rimette la scelta in capo all'amministrazione procedente la quale può decidere di ricorrere al mercato attraverso le forme tradizionali, ovvero di avvalersi della disciplina speciale relativa al Terzo settore. La discrezionalità della decisione è infatti desumibile dalla scelta linguistica del legislatore, che ha optato per la formula «*anche mediante*» forme di accreditamento. Va tuttavia segnalato che, in virtù del termine «*assicurano*» utilizzato al primo comma, si intravede una preferenza del legislatore per il ricorso alla disciplina del Terzo settore in tutti quegli ambiti rientranti nelle attività indicate dall'art. 5. E ciò anche al fine di non sminuire e vanificare l'intero progetto di riforma e rilancio del privato sociale e andare incontro alla effettiva costruzione e al concreto funzionamento della *welfare society*, nonché in attuazione del principio personalista, della solidarietà sociale e della sussidiarietà orizzontale¹⁵.

Infine, in riferimento alle convenzioni si segnala che il testo pone le stesse in alternativa alle procedura di gara¹⁶ e le riconduce di fatto alla fattispecie degli accordi collaborativi¹⁷ ex art. 11 della legge n. 241/1990, sottoponendole al rispetto dei principi di cui alla legge stessa. Rileva infatti la natura solidaristica dello strumento che è estranea allo scopo lucrativo – giacché non si verifica uno scambio tra prestazione e pagamento del corrispettivo¹⁸ – e si esprime invece come partecipazione allo svolgimento di un'attività di interesse generale a

15 Sul significato del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento si rimanda, tra gli altri, a V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, Agg. XII, 2004, pp. 11 e ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2/1997, pp. 603 e ss; Id., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 30; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 92; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, Vol. I, Jovene, Napoli, 2005; Id., *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 1/2005.

16 L'art. 56, comma 1, usa la formula «*se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato*» escludendo, peraltro, che lo strumento della convenzione appartenga al mercato, in questa specifica veste.

17 Così A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, pp. 237 e ss.

18 L'art. 56, comma 2, prevede infatti il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate.

soddisfacimento di un bisogno della collettività. A tal proposito, va ricordato nuovamente che la natura della convenzione è testimoniata dalla limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale. Anche il ricorso alle convenzioni si attesta come un'eventualità per le amministrazioni pubbliche come suggerisce la formula «*possono sottoscrivere*» utilizzata dal testo, ma ciò che rileva è che si tratta in ogni caso di uno strumento alternativo rispetto a quelli proposti dal Codice degli appalti e che dunque dà vita ad una procedura e ad un sistema differenti rispetto a quelli della contrattazione pubblica.

2. I dubbi interpretativi dell'Anac.

Non del tutto convinta del carattere ordinario della disciplina del Terzo settore è l'Anac, la quale si è occupata con dedizione della questione, a partire dalle *Linee guida per l'affidamento di servizi ad enti del Terzo settore e alle cooperative sociali* del 2016. Nella Determinazione n. 32 del 20 gennaio 2016, infatti, l'Autorità attesta in più punti la natura derogatoria del Codice del Terzo settore rispetto alla disciplina degli appalti e non manca di richiamare le logiche concorrenziali che devono in ogni caso ispirare le attività di affidamento e di erogazione dei servizi. Il desiderio di circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina speciale del Terzo settore appare ancor più evidente con la «*tendenziosa*¹⁹» domanda²⁰ posta dall'Anac al Consiglio di Stato in merito alla legittimità degli strumenti individuati dal Codice. Lo scopo manifesto delle *Linee guida* e della richiesta di parere è quello di definire le modalità operative del Codice al fine di coordinare gli strumenti collaborativi individuati per il Terzo settore con il sistema dei contratti per i servizi contenuti nel Codice degli appalti pubblici. Ed in effetti, i dubbi dell'Anac attengono alla sovrapposibilità delle due discipline e, per questo, viene evidenziato che «*in presenza di norme concorrenti, emerge la necessità di chiarire l'ambito di applicazione delle stesse agli affidamenti di servizi sociali, tentando il coordinamento delle varie disposizioni*

19 Qualificazione utilizzata da G. MAROCCHI, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, in *Welforum.it*, 31 agosto 2018.

20 Richiesta di parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

nel rispetto dei principi di concorrenza e di solidarietà». Tuttavia, l'atteggiamento dell'Anac non sembra neutrale ed appare anzi sbilanciato verso un aprioristico *favor* per la disciplina contrattualistica. In effetti, a partire dalla disamina degli articoli del Codice dei contratti pubblici relativi ad appalti e concessioni di servizi, l'Anac sembra quasi constatare l'inutilità – o, in ogni caso, la marginalità – della nuova disciplina speciale. Tanto che, a proposito della possibilità di ricorso agli strumenti di co-programmazione, co-progettazione, accreditamento e convenzioni, l'Autorità espone i suoi dubbi circa la «compatibilità con la normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica». La questione è posta in riferimento al fatto che l'approvazione del Codice del Terzo settore non ha portato con sé la contestuale abrogazione della previgente disciplina in materia di servizi sociali – che conosceva già gli istituti dell'autorizzazione, dell'accreditamento, della co-programmazione e della co-progettazione attivabili con determinati organismi – informata alle logiche selettive. Pertanto, a parere dell'Anac si creano margini di sovrapposibilità e dubbi procedurali che attengono sia alla ancor vigente normativa settoriale relativa agli Enti del Terzo settore, sia alle nuove previsioni del d.lgs. n. 50/2016. Le osservazioni presentate nella richiesta di parere seguono peraltro il ragionamento portato avanti dall'Autorità nelle *Linee guida*²¹, laddove le procedure di cui agli artt. 55 e 56 del Codice del Terzo settore hanno trovato maggiore specificazione in un'ottica di maggiore aderenza alle regole dell'evidenza pubblica tradizionale. In particolare, l'Anac aveva suggerito la circoscrizione dell'oggetto della co-progettazione ai soli progetti «innovativi e sperimentali»; proposta che tuttavia, in sede di approvazione del testo finale, non ha trovato spazio nel Codice lasciando il generico riferimento a «progetti di servizio o di intervento» che soddisfino i bisogni individuati in sede di co-programmazione. In secondo luogo, l'Anac ha definito il percorso procedurale che le amministrazioni sono chiamate a seguire nella stipula delle convenzioni e per l'accreditamento nel pieno rispetto del principio di concorrenza e nel tentativo di perfezionare il Codice che sul punto appare piuttosto vago e lacunoso. Nello specifico, è stato individuato un *iter* caratterizzato dalla pubblicazione di un avviso da parte dell'amministrazione procedente; la presentazione delle candidature da parte dei soggetti interessati e l'individuazione dei partner sulla base dei requisiti posseduti e del valore della proposta progettuale presentata; l'avvio della co-

21 Per un approfondimento sui modelli collaborativi tra Terzo settore e pubblica amministrazione proposti dall'Anac si rimanda alla Deliberazione 20 gennaio 2016, n. 32 e all'analisi di E. FREIDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, pp. 167 e ss.

progettazione vera e propria e la conclusiva stipula di una convenzione con il soggetto prescelto. Peraltro viene rimarcato come nella disciplina previgente, al termine della procedura di co-progettazione, era consentita la stipula di una convenzione per la gestione di un servizio con forme più libere giacché era lo stesso vecchio Codice dei contratti pubblici ad escludere l'affidamento dei servizi sociali dalla disciplina contrattualistica pubblica. Tuttavia, in vigore del d.lgs. n. 50/2016 – se l'esito della co-progettazione è l'affidamento della gestione del servizio co-progettato dietro corrispettivo – si ritiene che la scelta del *partner* debba avvenire necessariamente nel rispetto del Codice dei contratti pubblici. Invero, tuttavia, il Codice del Terzo settore accoglie l'ipotesi della convenzione solo in riferimento ad organizzazioni di volontariato e organizzazioni di promozione sociale e, in ogni caso, in regime di gratuità. È da ritenere, pertanto, che le due discipline non siano tra loro in conflitto, sotto questo punto di vista.

In riferimento all'istituto dell'accreditamento, invece, l'Anac sottolinea che lo strumento individuato dal Codice del Terzo settore non comporti la scelta in via esclusiva di un soggetto cui affidare l'erogazione di un servizio bensì funga da regolatore dell'ingresso nel mercato di soggetti che intendono erogare servizi per conto del pubblico, in osservanza del principio di sussidiarietà orizzontale e da garante della qualità dei servizi. Ne consegue che laddove l'accreditamento sia finalizzato anche alla gestione del servizio con relativo affidamento, non siamo più di fronte all'accreditamento *ex art. 55, comma 4, del d.lgs. n. 117/2017* e pertanto la scelta dell'operatore è da effettuarsi in applicazione del Codice degli appalti. In questo caso, le preoccupazioni dell'Anac possono trovare giustificazione nel fatto che il legislatore abbia fatto uso del termine «*partenariato*» affiancato all'istituto dell'accreditamento. Il partenariato è infatti un istituto tipico della disciplina dei contratti pubblici e desta dunque qualche perplessità – o perlomeno qualche incertezza interpretativa – la sua collocazione nell'art. 55 del Codice del Terzo settore, senza peraltro ulteriori riferimenti al principio di concorrenza o alla vigente disciplina degli appalti. In questo senso, allora, un chiarimento da parte del Consiglio di Stato appare senza dubbio utile a dirimere la questione e sciogliere i dubbi posti dall'Anac.

In ogni caso, ciò che emerge in modo chiaro dalle osservazioni dell'Anac è che essa è rimasta saldamente ancorata al vecchio modo di concepire il rapporto tra pubbliche amministrazioni e operatori privati sociali. L'Autorità dimostra infatti di

non aver compreso l'obiettivo portato avanti dal legislatore con la riforma della disciplina del Terzo settore, rimanendo chiusa nelle logiche economiche e del mercato. Ciò appare evidente in quanto essa continua a riferirsi in modo riduttivo alle sole ipotesi di erogazioni di servizi, laddove il Codice ha espressamente esteso l'ambito di applicazione della disciplina alle attività di interesse generale e non si riferisce alle sole possibilità di affidamento degli stessi. Il testo infatti non fa riferimento alle sole attività prestazionali, ma all'espletamento di attività di interesse generale che possono anche presentarsi in forme differenti rispetto ai servizi, rimarcando tra l'altro il carattere sussidiario degli Enti del Terzo settore. Peraltro, l'atteggiamento riluttante dell'Autorità nei confronti dell'implementazione della disciplina del Terzo settore emerge anche dalla volontà di precisare e circoscrivere in modo eccessivo gli strumenti dell'accreditamento e della convenzione allo scopo di ridurre il relativo ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche e favorire così l'applicazione della disciplina contrattuale.

3. Il principio della primazia del diritto euro-unitario e le argomentazioni conservative del Consiglio di Stato.

Di fronte alla riluttanza del legislatore ad accogliere le suggestioni proposte, l'Anac ha ritenuto di riproporre il quesito ai giudici di Palazzo Spada²² ponendo l'accento sugli affidamenti ex artt. 55 e 56 e sui relativi ambiti di applicazione «*attesa la necessità di operare il necessario coordinamento tra la disciplina del Terzo settore e le disposizioni vigenti in materia di contrattualistica pubblica*».

Già nel parere reso sullo schema di decreto recante il Codice del Terzo settore²³, il Consiglio aveva premesso alle sue argomentazioni che, ferma la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di enti *non profit*, l'ordinamento europeo ha adottato una nozione funzionale di impresa, per la quale rileva non già la natura dell'operatore quanto lo svolgimento di attività economiche in sé²⁴, pertanto, il

22 In modo fortemente critico, G. MAROCCHI, *Coprogrammazione, coprogettazione, e gli anticorpi della conservazione*, cit., ritiene che l'Anac e Consiglio di Stato abbiano avviato un «*gioco di squadra*» per deprimere il potenziale innovativo dell'amministrazione collaborativa.

23 Cons. Stato, comm. spec., 31 maggio 2017, n. 927.

24 Sul punto rilevano gli orientamenti della Corte di Giustizia, per la quale è considerata impresa un qualsiasi organismo che eserciti un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle relative modalità di finanziamento. Cfr. CGUE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner*; 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*. Anche alle associazioni di volontariato è stata riconosciuta la qualifica di operatori economici in talune circostanze; v. CGUE, 29 novembre 2007, C-119/06 e Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387 e 30 giugno 2009, n. 4236.

rispetto della disciplina in materia di concorrenza non è in nessun caso derogabile laddove sia accertata la rilevanza economica del servizio. In aggiunta, il Consiglio aveva già invitato il legislatore ad intervenire sulla struttura complessiva del testo in modo da bilanciare le due contrapposte esigenze di valorizzare le organizzazioni non lucrative e salvaguardare gli equilibri del libero mercato. Sollecitazione resasi necessaria, a parere della Commissione speciale, poiché l'art. 55 del Codice non considera affatto i principi della concorrenza – richiamando solo i principi generali del procedimento amministrativo – e l'art. 56 non garantisce l'accessibilità al mercato dei servizi a quegli operatori che si occupano delle medesime attività ma operano in regime concorrenziale di mercato.

Il parere²⁵ emesso in risposta alla richiesta dell'Anac rafforza quanto già dichiarato in sede consultiva e attesta anzitutto il principio della supremazia del diritto euro-unitario. Da questa dichiarazione di principio discende che tutto ciò che ha un valore fondante per l'ordinamento europeo acquista – o deve acquistare – rilevanza essenziale anche per i singoli Stati membri che ne costituiscono l'ossatura. A questo proposito, il Consiglio di Stato tiene a rimarcare che tra le finalità stesse della costruzione europea vi sono la *«creazione, estensione, allargamento ed approfondimento di un mercato unico (tale da essere, in prospettiva, mero “mercato interno” unionale), con la conseguente necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di “sacche” sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati»*. Ribadire l'elevato valore del mercato e della concorrenzialità in ambito europeo, subito dopo aver ricordato la supremazia del diritto euro-unitario su quello nazionale, pone immediatamente la questione della inderogabilità delle regole del mercato di fronte a qualsiasi attività ritenuta economicamente rilevante²⁶, pena il fallimento stesso del progetto europeo. Ed in effetti, il Consiglio di Stato basa le sue argomentazioni sulla distinzione tra esclusione ed estraneità di una data materia dalla regolazione competitiva europea. La differenziazione non è di poco conto giacché solo il

25 Cons. Stato, comm. spec., 26 luglio 2018, n. 2052.

26 Sul punto, si rimanda a quanto affermato da Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30. In quella occasione, il Consiglio aveva precisato che i principi europei in materia di concorrenza sono *«valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione. Detti principi si appellano vieppiù pertinenti nel caso di specie in cui, pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile sub specie di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta»*.

riconoscimento dell'estraneità di una data attività ammette la disapplicazione della disciplina europea in quanto basata su un «*diverso sostrato oggettuale della materia, che la rende altra rispetto a quella normata dalla disciplina euro-unitaria*». Il regime di esclusione, invece, presuppone un legame con la materia normata – ciò che «*astrattamente rientrerebbe nel fuoco della normativa*» – che rimane pertanto inerente e soggetta alla disciplina ordinaria. Ed è proprio ciò che accade per la materia dei servizi sociali, a lungo esclusa – e non estranea – dalla disciplina euro-unitaria ma oggi rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE. In linea generale, quindi, l'erogazione di servizi sociali da parte di soggetti privati per conto delle amministrazioni pubbliche è oggi disciplinata dalla normativa europea e riconducibile al concetto di appalto²⁷. Per queste ragioni, il Consiglio precisa che di regola «*l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario*». Tanto più che nel diritto interno la Direttiva ha trovato puntuale accoglimento con l'approvazione del d.lgs. n. 50/2016. Il legislatore nazionale ha infatti provveduto a normare le diverse opportunità di affidamento dei servizi sociali²⁸ con il nuovo Codice degli appalti pubblici; pertanto, lo spazio normativo ad essi dedicato appare saturo²⁹. In questa ottica, l'accreditamento ex art. 55 del Codice del Terzo settore non contrasta la normativa europea e nazionale relativa alla concorrenza laddove si risolve in mera abilitazione priva di carattere selettivo. Parimenti co-progettazione e

27 Come ricorda il Consiglio stesso, il concetto europeo di appalto è ben più ampio di quello nazionale e si riferisce a qualunque contratto a titolo oneroso, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, stipulato per iscritto tra stazioni appaltanti e operatori economici privati. La definizione è contenuta nell'art. 1, co. 1, lett. a), della Direttiva 1992/50/CE ed è riproposta nelle successive Direttive europee in tema di appalti pubblici (Direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE).

28 Dall'individuazione della soglia di rilevanza comunitaria per gli appalti di servizi sociali pari a € 750.000 per i settori ordinari e a € 1.000.000 per i settori speciali (art. 35) al regime alleggerito o riservato per determinate tipologie di servizi (artt. 140, 142, 143, 144); dalla definizione di criteri di aggiudicazione basati esclusivamente sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo in riferimento a determinati contratti di servizi sociali (art. 95) alla disciplina della concessione di servizi sociali (art. 169).

29 In altra occasione, il Consiglio di Stato aveva già argomentato che «*quanto più (si riconosce che) le associazioni di volontariato (più in generale i soggetti no profit) possono oggi partecipare alle gare di appalto in condizioni di apparente parità con gli altri operatori, tanto meno si giustificano oramai le disposizioni di legge che autorizza(vano) la stipula di convenzioni "dirette" con le amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di servizi, al di fuori di un confronto concorrenziale*». Aggiungendo peraltro che la previsione di una convenzione porrebbe gli enti non profit in una condizione di doppia agevolazione «*rappresentata in un caso dalla pubblica gara, cui possono ora partecipare al pari degli altri operatori; e nell'altro caso dal tradizionale privilegio, che conserverebbero intatto, dell'affidamento diretto, al quale risultano esclusi tutti gli altri, rispetto ai quali, dunque, una o più imprese private, nell'accezione comunitaria, vengono poste in una situazione privilegiata*». V. Cons. Stato sez. III, ord. 27 febbraio 2013, n. 1195.

partenariato sono ammessi così come disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017 solo allorquando ricorra l'elemento della gratuità. Tale concetto è peraltro inteso in senso molto rigido come corrispondenza tra aumento patrimoniale del soggetto fruitore – in questo caso la collettività – e diminuzione del capitale lavoro e del patrimonio del soggetto prestatore del servizio. A ciò si aggiunga quanto chiarito in merito al concetto di onerosità che ricorre ogni qualvolta risulti a carico del soggetto pubblico il costo di qualsivoglia fattore produttivo. Il che vuol dire che anche il mero rimborso può talvolta determinare l'onerosità della prestazione e, dunque, il suo carattere economicamente rilevante riducendo drasticamente le ipotesi di vigenza della disciplina del Terzo settore. La questione relativa agli istituti di cui all'art. 55 trova allora soluzione nell'ipotesi avanzata dalla Commissione speciale afferente il loro utilizzo in un contesto di totale gratuità e non onerosità. Diventa, tuttavia, ben più complessa in riferimento alle convenzioni³⁰ ex art. 56 del Codice, per le quali il richiamo del Consiglio di Stato al rispetto delle regole della concorrenza è invece inderogabile e perentorio. I giudici di Palazzo Spada hanno infatti ritenuto che la disciplina dell'istituto sia di per sé contraria alle direttive europee e alla disciplina degli appalti giacché prevede la possibilità di rimborso *tout court* delle spese sostenute, senza nessuna specificazione riguardo alla natura degli oneri rimborsabili ai fini della non onerosità della prestazione, aprendo dubbi di legittimità della disciplina in quanto debordante nell'ambito giuridico di appartenenza della concorrenza. La conclusione del Consiglio è dunque nel senso della forte limitazione dell'applicabilità del Codice del Terzo settore ai soli casi in cui manchi il carattere selettivo, ovvero vi sia l'elemento della gratuità³¹ nel rigido senso sopra specificato. In tutte le altre fattispecie il sostrato giuridico rimane rappresentato dal Codice degli appalti, che peraltro prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore. Nel complesso il parere sembra sottovalutare che le Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE – sebbene abbiano ricondotto la materia sei servizi sociali alla disciplina degli appalti e delle concessioni – non mancano di rimarcare la specificità e specialità dei

30 Nel caso delle convenzioni, infatti, il rimborso assume di per sé il carattere oneroso giacché sono sicuramente a carico delle amministrazioni pubbliche gli oneri relativi alla copertura assicurativa dei volontari – che rientrano nel fattore produttivo "*capitale lavoro*" – di cui si avvalgono gli Enti del Terzo settore per l'erogazione delle prestazioni.

31 Va peraltro segnalato che il Consiglio di Stato non manca di specificare che anche il carattere gratuito è soggetto a restrizioni ricordando che alle amministrazioni pubbliche spetta il difficile compito di valutare costi e benefici di una simile forma di prestazione giacché laddove più operatori forniscano quel determinato servizio a titolo gratuito, vi è il rischio di alterare le regole del mercato e di incorrere in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che potrebbero dar vita a un mercato di tali servizi.

servizi sociali e l'autonomia di cui i singoli Stati membri godono rispetto all'organizzazione degli stessi³². Significativo in questo senso è il *Considerando* n. 114 della Direttiva 2014/24/UE³³ in riferimento ai servizi alla persona – nel cui ambito rientrano taluni servizi sociali, sanitari e scolastici – per i quali gli Stati membri sono liberi di organizzarsi «attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione». Tale disposizione riflette la più ampia apertura dell'ordinamento europeo ai diritti sociali e, più in generale, agli obiettivi di coesione sociale e di solidarietà³⁴. Questioni che il Consiglio di Stato sembra prendere solo in marginale considerazione³⁵, focalizzando il suo interesse prevalentemente sulle logiche di mercato. Ed in effetti la disapplicazione della disciplina appaltizia è ammessa in determinate circostanze³⁶, che tuttavia non richiamano il carattere dell'interesse generale, della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale come invece legittimato dal nostro ordinamento costituzionale e come peraltro estraneo alla competenza euro-unitaria.

32 Per un approfondimento sul crescente interesse dell'Unione europea per il tema del *non profit*, si rimanda a G. GIUDETTI, *L'Europa e il Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, pp. 479 e ss.

33 Similmente i *Considerando* n. 53 e 54 della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione riferiscono circa la specificità di taluni servizi sociali, sanitari o educativi che consente la disapplicazione piena della direttiva e la previsione di un regime differente e specifico soggetto ai soli obblighi di trasparenza e parità di trattamento. Le amministrazioni pubbliche godono pertanto di uno spazio di discrezionalità tale da organizzare la scelta dei prestatori dei servizi secondo le modalità che ritengono più opportune, purché siano garantiti i principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione.

34 È a partire dalla Comunicazione della Commissione “*I servizi di interesse generale in Europa*” del 1996 che la promozione della solidarietà e della coesione sociale diventano questioni d'interesse dell'Unione Europea. Il coinvolgimento sempre maggiore nei temi sociali è testimoniato più di recente dalle integrazioni normative ai Trattati costitutivi introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di coesione sociale nonché dagli obiettivi definiti dalla strategia Europa 2020 che scardinano l'originaria indifferenza dimostrata dall'ordinamento e pongono la costruzione di un modello sociale europeo come obiettivo dell'Unione e degli Stati membri. Anche il giudice europeo si è ormai conformato a questo orientamento: emblematico in questo senso è la sentenza *Sodemare* (CGUE, 17 giugno 1997, C-70/95), che ha riconosciuto il valore del principio di solidarietà nella stipulazione di contratti pubblici, anche in deroga alle generali regole della concorrenza.

35 L'unica vera eccezione ammessa è riferibile all'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 relativo al servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, il cui contenuto ricalca perfettamente quanto disposto dal *Considerando* n. 28 della Direttiva 2014/24/UE.

36 Specificamente allorché la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo, non tenda all'affidamento di un servizio sociale, ovvero miri all'affidamento ma a titolo integralmente gratuito. Il Consiglio di Stato, dunque, colloca la questione in una dimensione puramente economica e prescinde dagli sviluppi sociali e solidali sottesi.

4. La controrisposta della dottrina alla luce dei fondamenti del Terzo settore.

Prima di esaminare la risposta del Consiglio di Stato, è opportuno muovere alcune considerazioni preliminari in merito ai quesiti posti dall'Anac. In primo luogo, come accennato, sembra riduttivo ricondurre il Codice del Terzo settore alle sole ipotesi di erogazione di servizi, giacché è il testo stesso ad aver esteso l'ambito di applicazione della disciplina. In questo senso, l'Anac sembra non aver colto l'ampiezza della riforma né la sua portata innovativa e sistematica. In secondo luogo, accogliendo la logica dell'alternatività³⁷ e fondando il ragionamento sull'opportunità delle scelte effettuabili dall'amministrazione circa i due regimi, il coordinamento si realizza nel senso che è la scelta dell'esclusione del ricorso alle regole del diritto del Terzo settore a ricondurre la gestione dei servizi alla disciplina della contrattazione pubblica. Opportunità che, ovviamente, dovrà trovare una legittima e consistente giustificazione giacché escluderebbe la valenza dei principi costituzionali della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale, nonché dell'efficienza di bilancio. È peraltro la stessa Autorità a riportare l'orientamento del Ministero del lavoro³⁸ per il quale «*ai fini del soddisfacimento dei bisogni emergenti dalle aree di attività di interesse generale, l'ordinamento giuridico mette a disposizione della P.A. procedente due differenti linee d'approccio. Nella prima, la P.A. fornisce direttamente o indirettamente i servizi e le prestazioni, attraverso un soggetto individuato secondo la procedura di gara, di natura competitiva, disciplinata dalle norme del Codice dei contratti pubblici. Nella seconda, la P.A. opera attraverso strumenti di natura collaborativa e sinergica, sviluppando una procedura di evidenza pubblica rispettosa delle regole procedurali della legge n. 241/90*». Già tale argomentazione dovrebbe valere a definire il possibile coordinamento tra due discipline solo apparentemente contrapposte, a partire dalla constatazione della diversità della natura dei due regimi.

37 Teoria su cui si attesta una larga parte della dottrina. Si vedano, tra gli altri, A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, pp. 238-239; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento*, pp. 276-277; L. GALLO, *I nuovi strumenti di collaborazione tra PA ed enti del Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, in *Welfare oggi*, n. 2/2018.

38 Considerazioni espresse nell'ambito del Tavolo tecnico per la predisposizione dell'approfondimento sulla gestione dei servizi per l'accoglienza degli immigrati all'interno del Piano Nazionale Anticorruzione 2018.

In riferimento al parere del Consiglio di Stato, ciò che colpisce è la lettura parziale e riduttiva degli strumenti del Terzo settore e del sistema di solidarietà e coesione che è alla base della riforma. Per la verità, le considerazioni espresse dal Consiglio, così come i dubbi manifestati dall'Anac, sono in parte condivisibili laddove le due materie – seppur basate su sostrati differenti – tendono naturalmente ad avvicinarsi e talvolta a combaciare. Ed in questo senso, il parere tenta di scongiurare il rischio che la terza via scaldi quella del mercato anche laddove vi siano effettive condizioni di rilevanza economica dei servizi e quindi di ricorso al mercato. Non è tuttavia condivisibile l'arroccamento del giudizio sulle sole regole del mercato e della concorrenza, peraltro riducendo il diritto euro-unitario a mero calcolo economico e subordinando il diritto interno – finanche costituzionale³⁹ – ad una visione parziale del diritto di derivazione comunitaria⁴⁰. Sul punto, merita attenzione il documento⁴¹ redatto da un gruppo di giuristi e studiosi del Terzo settore in risposta al parere del Consiglio di Stato che esorta l'Anac ad aggiornare le Linee guida per l'affidamento di servizi agli enti del Terzo settore rimeditando il parere espresso dai giudici e tenendo in debita considerazione la specificità della disciplina. La riflessione origina dal riconoscimento del valore sostanziale e costituzionale⁴² del Terzo settore che ben consente di allargare la prospettiva e di assicurare un più equilibrato bilanciamento dei principi costituzionali e ordinamentali coinvolti. Senza dunque voler negare il valore del mercato e la consistenza dei principi che lo governano, l'esigenza è quella di affermare in modo decisivo l'esistenza di un mondo "altro"

39 Si rammenta che i principi personalista, del pluralismo sociale e della solidarietà hanno valore fondante nel nostro ordinamento e che proprio il Terzo settore ne rappresenta una delle più ampie manifestazioni. Si veda a proposito quanto asserito dalla Corte Cost., 17-28 febbraio 1992, n. 75.

40 È utile il richiamo ai due concetti di SIG e SIEG attraverso cui il legislatore europeo definisce la linea di confine tra solidarietà e mercato. In riferimento ai primi l'art. 2 del Protocollo n. 26 del TFUE riferisce circa la libertà degli Stati membri a fornire, commissionare e organizzare gli stessi in piena autonomia. L'art. 14 del TFUE invece vincola l'organizzazione dei SIEG al rispetto di principi e condizioni definiti a livello unionale.

41 "Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore", redatto dal "Club degli amici dell'articolo 55" e che vede come firmatari illustri esponenti come Gregorio Arena, Felice Scalvini, Pasquale Bonasora, Carlo Borzaga, Antonio Fici, Fabio Giglioni, Luca Gori, Giangiorgio Macdonald, Gianfranco Marocchi, Silvia Pellizzari, Emanuele Rossi, Elisabetta Salvatorelli, Gabriele Sepio, Ettore Vittorio Uccellini. A questi si aggiungono altri esponenti del mondo accademico come Marco Musella, Stefano Zamagni e Luca Fazzi insieme a quelle organizzazioni del terzo settore e della cooperazione sociale. Il club è nato nel luglio 2018 allo scopo di promuovere una riflessione approfondita sugli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017, ritenendo che il Codice nel suo insieme – e l'art. 55 in particolare – rappresenti la legittimazione anche sul piano legislativo dell'amministrazione condivisa, un modello amministrativo fondato sulla collaborazione fra cittadini e tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

42 Sul punto, si rimanda a E. ROSSI, *Lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, pp. 37 e ss.; L. ANTONINI – A. PIN, *Gli aspetti costituzionali, amministrativi e tributari del Terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, pp. 142 e ss.

che non necessariamente confligge con il sistema del libero mercato. L'errore riconosciuto al Consiglio è infatti quello di aver ridotto la realtà nazionale – nonché quella comunitaria – ad una logica unicamente mercantile declinata esclusivamente sul principio della tutela della concorrenza, senza peraltro considerare un altro basilare principio – comunitario quanto nazionale – ossia quello solidaristico⁴³. In questo senso, il parere giunge a negare il riconoscimento del Terzo settore come attuativo del principio di sussidiarietà⁴⁴, nonché a violare i caratteri essenziali dell'ordinamento costituzionale fondato sui principi personalista, del pluralismo sociale e della solidarietà. E, peraltro, non è da sottovalutare che la richiesta di applicazione *sic et simpliciter* delle regole euro-unitarie in materia di concorrenza in una disciplina che esula dalla competenza dell'Unione Europea determina uno sconfinamento dal perimetro della competenza legislativa regionale.

In concreto, comunque, l'analisi degli strumenti di collaborazione tra istituzioni pubbliche ed enti del Terzo settore alla luce dei principi costituzionali e ispiratori della riforma impone una rilettura degli stessi al fine di fornire un nuovo approccio interpretativo che valorizzi il ruolo del Terzo settore. In riferimento all'accreditamento, si ricorda che l'ordinamento riconosce già da tempo l'istituto come strumento attestante l'idoneità e la qualità della struttura erogante e del servizio erogato⁴⁵. La procedura di accreditamento non presuppone dunque alcuna attività selettiva da parte dell'amministrazione pubblica né conseguentemente la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica, rimettendo la scelta agli utenti stessi di quel dato servizio⁴⁶. Va comunque precisato che l'accreditamento

43 Il giudice europeo ha più volte giustificato la deroga all'applicazione delle regole concorrenziali appellandosi al principio di solidarietà. Sul punto si veda F. MIDIRI, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in G. SALA – G. SCIULLO, *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 259 e ss.

44 Sul punto si vedano le riflessioni di A. PACI, *op. cit.*, pp. 12 e ss. per il quale la sussidiarietà orizzontale è lo strumento attraverso cui «*conoscere la comunità e il suo territorio di riferimento, costruire relazioni di prossimità, partecipare all'interpretazione dei problemi e all'organizzazione delle risposte e integrare competenze, professionalità e livelli di responsabilità*» e ben si traduce nelle formule collaborative previste per pubbliche amministrazioni e Terzo settore. Similmente i contributi in M. MUSELLA (a cura di), *La sussidiarietà orizzontale* di C. BORZAGA, *Sussidiarietà e impresa sociale: perché e come dovrebbero cambiare i rapporti tra pubblica amministrazione e impresa sociale*, pp. 24 e ss.; M. ALBANESE, *Il Terzo settore nella sussidiarietà e la creazione di capitale sociale*, pp. 58 e ss.; N. NAPPO, *Il volontariato come attore di sussidiarietà*, pp. 218 e ss.

45 Così E. FREDIANI, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 215.

46 Peraltro il documento citato (*Il diritto del Terzo settore preso sul serio*) ricorda come all'accreditamento sia applicabile anche il sistema dei costi standard, ossia un sistema di semplificazione dei costi avente ad oggetto il rimborso sulla base di tabelle standard di costi unitari riconosciuto anche dall'ordinamento europeo.

può essere altresì utilizzato come strumento preliminare agli accordi di partenariato. In queste fattispecie specifiche la procedura è allora necessariamente selettiva e deve seguire conseguentemente le regole definite dal Codice degli appalti pubblici. Quanto alla fase attuativa della co-progettazione, il rimando è all'art. 12 della legge n. 241/1990 relativa ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici che consente dunque la realizzazione di specifici interventi – predeterminati dall'amministrazione precedente in fase di programmazione territoriale – ad opera di enti anche privati, attraverso il riconoscimento di un contributo. Si esclude dunque che l'erogazione del servizio che manchi dell'elemento della gratuità debba necessariamente passare per i meccanismi delle gare di appalto, come invece sostenuto dal Consiglio di Stato. E ciò non solo alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, bensì in virtù di una procedura consolidata e normata dalla legge sul procedimento amministrativo.

Infine, per quanto attiene allo strumento della convenzione – per il quale il parere dei giudici di Palazzo Spada è stato particolarmente critico – è da segnalare l'eccessiva chiusura nella definizione del concetto di gratuità, che eccede peraltro anche quanto consentito dal giudice europeo⁴⁷. La giurisprudenza europea è infatti orientata nel senso di non configurare le convenzioni tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni di volontariato e di promozione sociale come contratti di appalto laddove sia assicurato il carattere non lucrativo dell'attività svolta e del rimborso riconosciuto. In questo senso, il giudice europeo riconosce la legittimità della disciplina del Terzo settore e la sua alterità rispetto a quella appaltizia, nonché la libertà degli ordinamenti nazionali di gestire l'erogazione dei servizi in modo autonomo.

Come si è detto, il parere del Consiglio di Stato è parso animato da un forte spirito conservatore e, sebbene le considerazioni espresse non abbiano il potere di intervenire sul testo normativo, il rischio è quello di generare una generale astensione dall'attuazione delle collaborazioni così come descritte dal Codice del Terzo settore per timore di incorrere in future sanzioni. Tuttavia, recentemente, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul tema del Terzo settore⁴⁸ smussando i toni aspri utilizzati nel parere dello scorso agosto e riqualificando il ruolo degli enti del Terzo settore come attori della sussidiarietà orizzontale e della cittadinanza

47 Sulla legittimità delle convenzioni a rimborso stipulate con associazioni di volontariato per motivi di solidarietà sociale si vedano CGUE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13 e 28 gennaio 2016, C-50/14.

48 Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546.

attiva. Nella sentenza i giudici riconoscono che il sistema collaborativo che viene ispirato dal Codice «è caratterizzato, alla stregua, delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi 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». Si tratta certamente di un giudizio meno puntuale e rigoroso rispetto a quello espresso con il parere n. 2052/2018, ma che lascia comunque presagire un'indagine più approfondita e completa della riforma richiamando gli elementi della spontaneità, del bene comune e dell'interesse generale e – in alternativa alla disciplina della concorrenza – della sussidiarietà orizzontale.

5. Conclusioni.

Alla luce delle riflessioni portate avanti, emerge ancora una certa diffidenza nei confronti della disciplina, nonostante il mondo dell'associazionismo sia una realtà storicamente radicata nel contesto nazionale e la disciplina del Terzo settore non sia del tutto nuova all'ordinamento. Le discussioni sul tema riflettono i timori degli operatori privati *for profit* che rischiano di vedersi sottratte porzioni di mercato remunerative a favore degli enti del Terzo settore e dell'implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale. La soluzione, in ogni caso, non può essere trovata nella minimizzazione dell'uno o dell'altro settore, quanto piuttosto in una dinamica sinergia che tenga conto di tutti i diversi principi e valori costituzionali coinvolti, al fine di costruire un sistema in cui ognuno di essi possa trovare soddisfazione, senza il rischio di essere annullati o compressi irragionevolmente.

Lo sforzo culturale da compiere riguarda il riconoscimento della equiordinazione e dell'alterità delle due discipline in esame, nonché del rilievo e del valore effettivo del Terzo settore. Gli enti *non profit* si collocano infatti fuori dal mercato e si inseriscono oggi negli spazi lasciati vuoti dalle pubbliche amministrazioni, le quali

soffrono in questo momento storico di una grave carenza di risorse. Come peraltro ricordato dalle *Linee guida per la riforma del Terzo settore*, oggi l'obiettivo è quello di definire e implementare nuovi modelli assistenziali basati sul supporto e l'iniziativa del privato solidale, nell'ottica di una sussidiarietà che supera addirittura la dimensione orizzontale, declinandosi come reciproca o circolare⁴⁹. In questo senso, gli strumenti di collaborazione individuati dal Codice del Terzo settore sono le leve per la costruzione di questo modello e per questo è importante che in occasione dell'aggiornamento delle *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali*, l'Anac operi un adeguato bilanciamento tra esigenze di solidarietà e regole della concorrenza. Le suggestioni offerte dal menzionato documento *Il diritto del Terzo settore preso sul serio* possono offrire una buona base di partenza per il difficile lavoro di coordinamento delle due discipline. Anche il parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato rappresenta indubbiamente un significativo riferimento, purché venga letto nell'ottica di una risposta ad uno specifico affare – ossia l'aggiornamento del PNA da parte dell'Anac – e nel senso di una interpretazione riferita a particolari e specifiche fattispecie in cui le due discipline possono trovarsi a confliggere; fattispecie che, tuttavia, non costituiscono l'ordinarietà quanto piuttosto eccezioni *sui generis*. Solo in quest'ottica di valorizzazione del progetto di riforma del Terzo settore la costruzione della *welfare society* può essere garantita e i bisogni della collettività possono ritenersi soddisfatti anche alla luce dell'ormai definitivo tramonto del *welfare state*.

Contributo sottoposto a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.

49 Sul concetto di sussidiarietà circolare cfr. S. ZAMAGNI, *Mercato, Stato, Società civile*, in *Rivista di Teologia morale*, 22/1991, pp. 301 e ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, cit., p. 182.