

IL SISTEMA DELLE FONTI NEL DIRITTO DEL TERZO SETTORE

LUCA GORI*

Sommario

1. La riforma del Terzo settore nella prospettiva del sistema delle fonti. – 2. La definizione di “Terzo settore” fra dottrina e diritto positivo. Finalità di una normativa sul Terzo settore. – 3. La fonte della riforma: alcune considerazioni a proposito dell’utilizzo della delega legislativa. – 4. Il Codice del Terzo settore. – 5. Una delega “stravolta”? Effetti della parziale in-attuazione della delega legislativa. – 6. Il rinvio di aspetti fondamentali della disciplina alle fonti sub-primarie. – 7. Le fonti regionali: spazi e rischi di una differenziazione. – 8. Le fonti degli enti locali. – 9. La compatibilità con il diritto dell’Unione europea: una disciplina legislativa ad efficacia differita ed incognita. – 10. E l’autonomia privata? Considerazioni a proposito della principale fonte del diritto del Terzo settore. – 11. *Considerazioni conclusive*. Sistema delle fonti e Terzo settore: problemi interni, effetti di sistema.

Abstract

The article aims to explore the system of Third sector law sources, after the 2016 global reform. The resulting system has to be considered in a constitutional perspective, especially the issue of the relationship between the autonomy of Third sector organizations (ETS) and the role and powers of public powers. The 2016 reform does not discipline exhaustively the whole matter (despite the name Third Sector Code): sub-legislative sources of law define essential characteristic of ETS. There is also a problematic role of regional law about very relevant aspects concerning the inscription to the new Single national Register of the Third Sector because of the risk of territorial fragmentation. The role of the local legal sources is highlighted: in fact, local sources have brought some innovative contributions to the development of Third Sector Law. There are discrete points of legal tension with the European Union law (especially in the field of fiscal and competition law). It has relevant effects on the entry into force of the Third Sector Code. Finally, it seems to be significantly reduced the space to the sources of private autonomy after 2016 the reform.

Suggerimento di citazione

L. GORI, *Il sistema delle fonti del diritto nel terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Assegnista di ricerca nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.
Contatto: luca.gori@santannapisa.it

1. La riforma del Terzo settore nella prospettiva del sistema delle fonti

La recente riforma del Terzo settore rappresenta, indubbiamente, uno dei provvedimenti legislativi di maggior rilievo della XVII legislatura, attuata mediante una legge delega (n. 106 del 2016) ed una serie di decreti legislativi di attuazione¹.

Assai lunga è stata l'attesa per addivenire ad una razionalizzazione della caotica normativa primaria, secondaria e *sub*-secondaria che, nel corso del tempo, si è stratificata senza alcun ordine o progetto di politica legislativa meditato². Tale situazione è stata vieppiù amplificata dall'importanza crescente che, nel corso degli ultimi decenni, ha assunto il c.d. Terzo settore sotto il profilo economico e sociale³ specialmente per ciò che attiene alla tenuta del *welfare state* in tempo di crisi e, più in generale, alla qualità della vita delle comunità locali⁴.

* Ringrazio per i commenti alla prima versione di questo scritto il prof. Emanuele Rossi e la prof.ssa Maria Vita De Giorgi.

¹ La riforma è stata realizzata a partire dall'approvazione della legge-delega n. 106 del 2016, *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*, esercitata (parzialmente, come si vedrà) con i decreti legislativi n. 40 del 2017 (*Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106*), n. 111 del 2017 (*Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106*); n. 112 del 2017 (*Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106*) e n. 117 del 2017 (*Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*). Accanto ai decreti legislativi, è stato adottato il D.P.R. 28 luglio 2017, *Approvazione dello Statuto della Fondazione Italia Sociale*. I decreti legislativi rinviano ad una vera e propria congerie di atti ministeriali di attuazione (ben 43!). Per un censimento dei quali si rinvia alla tabella predisposta da Forum del Terzo settore e CSV-net, disponibile all'indirizzo http://www.csvnet.it/images/documenti/RiformaTerzoSettore_I_sette_decreti_e_gli_atti_normativi.pdf.

² Una complessiva ricostruzione della disciplina normativa del Terzo settore in Italia si trova in P. ADDIS – E.A. FERIOLI – E. VIVALDI, *Il Terzo settore nella disciplina normativa dall'Unità ad oggi*, in E. ROSSI – S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia Unita*, Bologna, Il Mulino, 2011, 129 ss.; si veda anche, in una prospettiva di riforma, S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, Il Mulino, 2011.

In chiave civilistica, invece, utile è il riferimento a L. BRUSCUGLIA, *Il fenomeno associativo dal Codice civile al decreto legislativo n. 460 del 4 dicembre 1997*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, Milano, Giuffrè, 2000, 3 ss. e M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1999, 315 ss.

³ Una misurazione assai interessante di questa crescita (e dei problemi metodologici per la sua rilevazione) si trova in G.P. BARBETTA – G. ECCHIA – N. ZAMARO (a cura di), *Le istituzioni non profit in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁴ Per questa tendenza, in una prospettiva costituzionalistica, si veda E. ROSSI, *La prospettiva pubblicistica*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, Giuffrè, 2002, spec. 598-599; cfr., anche, C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, Passigli, 2008; A.M. BATTISTI, *Welfare e no profit in Europa. Profili comparati*, Torino, Giappichelli, 2013; A. FICI (a cura di), *Diritto dell'economia sociale. Teorie, tendenze e prospettive italiane ed europee*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

Si è assistito ad una serie di fenomeni sociali innovativi il cui inquadramento giuridico è risultato estremamente difficile o, addirittura, impossibile ed il cui affermarsi è stato rallentato o scoraggiato proprio dall'oscurità del dato normativo.

Tuttavia, è necessario altresì notare che, essendo il Terzo settore espressione della c.d. sussidiarietà orizzontale e appartenendo all'area della libertà di associazione o di impresa con finalità di interesse generale, il diritto giunge inevitabilmente con un qualche ritardo a riconoscere, qualificare e disciplinare le manifestazioni dell'autonomia dei cittadini singoli o associati. Si potrebbe dire che è un dato insopprimibile, costitutivo del diritto del Terzo settore: esso è, primariamente, «diritto vivente⁵» che poi assume le forme di *ius positum* (di rincorsa rispetto alla realtà), con un certo scarto di tempo, necessario affinché un determinato fenomeno assuma dimensioni rilevanti e caratteri nitidamente percepibili⁶. E quando il diritto positivo giunge a dare una veste giuridica coerente, già si avverte una sua inadeguatezza e si fa largo l'istanza per un nuovo diritto, più efficace nel preservare l'originalità, l'autonomia e la creatività delle formazioni sociali e della loro libertà.

In questo scenario, assumere la prospettiva del sistema delle fonti significa, quindi, cogliere il “mezzo” (la fonte, appunto) col quale il diritto prova a colmare lo spazio di tempo e di esperienza che esiste fra l'affermazione di una certa interpretazione o applicazione del diritto vigente o elaborazione creativa di nuove soluzioni nell'ambito dell'autonomia privata, ed il loro “riconoscimento” da parte del legislatore o dell'amministrazione, magari attraverso (anche) l'intervento del giudice. Ciò consentirà di restituire una immagine effettiva della dislocazione del potere normativo nel c.d. *diritto del Terzo settore* che non

⁵ Nel senso indicato da E. EHRlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976, 220 ss. ove indica come diritto vivente «il diritto che regola la vita sociale sebbene non sia formulato in proposizioni giuridiche», desumibile da documenti giuridici, sentenze o atti negoziali, massime giurisprudenziali che adattano, correggono, integrano o sviluppano il diritto scritto, oppure da norme dell'autonomia privata che colmano spazi lasciati liberi dalla legge. Per una lettura critica di tale impostazione, si veda il contributo di L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Torino, UTET, 1990, 445 ss.

⁶ Su questo aspetto, F.D. BUSNELLI, *Brevi note introduttive*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni*, cit., X-XI, sottolinea, a proposito del volontariato, come «la peculiarità più appariscente del volontariato consiste, per il giurista, nel singolare rapporto che si instaura tra tale fenomeno e il diritto. La sua insorgenza è caratterizzata dalla spontaneità e dal suo manifestarsi in attività non giuridicamente regolate anche se indubbiamente meritevoli di tutela (...). Il legislatore, nei suoi interventi resi poi necessari dalla clamorosa diffusione del fenomeno, si è avvicinato al fenomeno, per così dire, “in punta di piedi”». In senso analogo, C. MIRABELLI, *Considerazioni conclusive*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni*, cit., 587 ss. Sugli effetti del legislatore costretto «a inseguire la realtà», conseguendo effetti di sistema assai deludenti, A. GIOVANNINI, *Il diritto tributario per principi*, Milano, Giuffrè, 2014, 235.

è più – come è stato efficacemente notato – semplicemente parte della legislazione speciale civilistica o fiscale, bensì un vero e proprio sistema a sé, provvisto di logiche autonome ed organiche⁷, correlate alla trama di principi e valori costituzionali coinvolti⁸.

2. La definizione di “Terzo settore” fra dottrina e diritto positivo. Finalità di una normativa sul Terzo settore

La definizione giuridica di «Terzo settore» è assai problematica e controversa, anche dopo la sua positivizzazione nell’ambito della legge delega e dei decreti legislativi. Il legislatore ha più volte evocato il Terzo settore nelle fonti primarie e secondarie, nonché in atti amministrativi⁹, lasciando intendere che esiste un’area di enti contraddistinti da determinate finalità, attività e modalità operative, senza però dettarne una definizione unificante in grado di delimitare il perimetro dei soggetti giuridici inclusi e di quelli, al contrario, esclusi. Cosicché l’operazione interpretativa – non pacifica – compiuta dalla dottrina è stata di tipo induttivo, a partire dalla legislazione vigente: si è ricostruita la nozione di Terzo settore come “qualifica” unificante spettante agli enti già costituiti ed

⁷ È questa la posizione, a proposito della riforma del Terzo settore, di M.V. DE GIORGI, *Riforma del terzo settore e diritto civile*, in *Non Profit*, 3, 2017, in corso di pubblicazione.

⁸ Notava lucidamente questo aspetto F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in AA.VV., *I cinquant’anni del Codice civile. Atti del convegno*, I, Milano, Giuffrè, 1993, 93 ss. a giudizio del quale «i problemi che contraddistinguono l’odierna stagione delle associazioni non riconosciute sono ormai problemi di diritto costituzionale, prima che di diritto civile; ed i criteri normativi che possono orientare verso una loro soluzione si traggono sempre meno dalle norme del codice civile, sempre più dai principi della Costituzione».

⁹ Il debutto normativo del termine «Terzo settore» è avvenuto – salvo errore – dapprima, fuggacemente, nel D.P.R. 5 ottobre 1998, n. 369, *Regolamento recante norme per l’organizzazione dell’Osservatorio nazionale per l’infanzia e l’adolescenza e del Centro nazionale di documentazione e di analisi per l’infanzia e l’adolescenza, a norma dell’articolo 4, comma 1, della legge 23 dicembre 1997, n. 451*, e successivamente, nelle fonti primarie, nella legge 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, all’art. 5, rubricato *Ruolo del Terzo settore*. Successivamente, si trovano richiami normativi al Terzo settore, senza precisare, sul piano definitorio, a quale categoria enti riferirsi. Il caso più emblematico è rappresentato dalla modifica della denominazione dell’*Agenzia per le ONLUS*, istituita con D.P.C.M. 26 settembre 2000, in *Agenzia per il Terzo settore* (D.P.C.M. 26 gennaio 2011, n. 51), senza precisare gli effetti, in concreto, del cambio di nome quanto all’ambito di operatività. L’art. 3 del D.P.C.M., infatti, individuava quali destinatari dell’attività dell’Agenzia, con una espressione assai ampia, «organizzazioni non lucrative di utilità sociale, il terzo settore e gli enti non commerciali»: si consideravano unitariamente qualifiche tributarie (ONLUS e enti non commerciali) ed una qualifica giuridicamente inesistente (il “terzo settore”). Il decreto-legge n. 16 del 2012 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 44 del 2012), art. 8, c.23, ha disposto l’abrogazione dell’Agenzia citandola con il nome antico di «Agenzia per le Onlus»: sulla vicenda E. ROSSI, *Fine – ingloriosa – dell’Agenzia per il Terzo settore?*, in *Costituzionalismo.it*.

operanti in base alla legislazione speciale (organizzazione di volontariato, associazione di promozione sociale, impresa sociale, ecc.)¹⁰. In questo modo, tuttavia, si costruiva una categoria normativa priva di una sua reale autonomia concettuale (l'ente del Terzo settore era tale perché era un ente già dotato di *altra* qualifica prevista dall'ordinamento) ed alla quale si collegavano effetti giuridici pressoché nulli.

La dottrina ha utilizzato, nel corso del tempo, una serie di *nomina* e di definizioni diverse (*non profit sector*, privato sociale, enti senza fine di lucro, terzo sistema ecc.), che rimandano ad un dato pre-giuridico o meramente descrittivo di una situazione di fatto, ma difficilmente traducibili sul piano giuridico¹¹, ciascuna delle quali contraddistinta dalla maggiore o minore attenzione posta alla

¹⁰ È evidente questo approccio nel D.P.C.M. 30 marzo 2001, *Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328*, che all'art. 2 (rubricato *I soggetti del Terzo settore*) dispone che «ai fini del presente atto si considerano soggetti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro». La definizione non ha un respiro ordinamentale e include un perimetro di soggetti più ampio di quello attualmente definito del Codice del Terzo settore, prescindendo da un riferimento generale alle attività svolte ed alle finalità perseguite.

¹¹ Il primo utilizzo dell'espressione *Terzo settore* si fa risalire, di solito, al lavoro di A. ETZIONI, *The Third Sector and Domestic Missions*, in *Public Administration Review*, 33, 4, 1973, 314 ss., per il quale «mentre il dibattito su come soddisfare i nostri bisogni si concentrava sull'alternativa pubblico o privato, una terza alternativa, in effetti un terzo settore, è cresciuta tra il settore statale e quello del mercato. In realtà questo terzo settore può benissimo essere l'alternativa più importante per i prossimi decenni, non sostituendo gli altri due, ma unendo e bilanciando il loro importanti ruoli. [...] Troviamo sempre più missioni - quali il controllo dell'inquinamento - dove il movente del profitto non è grande abbastanza e/o i costi necessari a rendere la missione profittevole sembrano troppo alti. Allo stesso tempo siamo sempre più stanchi della dipendenza da burocrazie statali che si moltiplicano ed espandono. Deve essere sviluppato un metodo per combinare "il meglio dei due mondi" - l'efficienza e l'abilità del mondo degli affari con l'interesse pubblico, la responsabilità e la più ampia pianificazione dello stato. [...] Infatti le soluzioni più promettenti ai nostri problemi interni si trovano tra gli approcci di terzo settore che ora si stanno sviluppando». Sulla varietà di termini utilizzati dal legislatore e sulla loro natura di «espressioni evocative, di matrice sociologica più che giuridica», F. RIGANO, *Il volontariato nella legislazione più recente*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni*, cit., 71; sottolinea l'origine "pre-giuridica" della nozione e sulla difficoltà di una sua traduzione sul piano normativo, si vedano le osservazioni di A. SIMONCINI, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA – E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2004, 70 ss.; F. ALLEVA, *I confini giuridici del Terzo settore italiano*, Roma, Ediesse, 2004; M. RUOTOLO, *La libertà di riunione e di associazione*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, 716 ss.; G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva*, cit., 27-28. Una ricognizione assai utile delle diverse definizioni proposte si trova in P. CONSORTI, *Legislazione del Terzo settore. Le norme sul non profit, il volontariato, la cooperazione sociale ed internazionale*, Pisa, Plus, 2005, 12 ss. e anche in ID., *Nozione di Terzo settore*, in *Non Profit*, 3, 2014, 27 ss.; un contributo ad una possibile definizione (con forte critica dell'impostazione seguita sino ad oggi) si trova anche in G. MORO, *Contro il non profit*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

forma civilistica assunta¹², oppure alle finalità perseguite¹³, o alle attività svolte (valorizzando la prescrizione costituzionale dell'art. 118, u.c., Cost. che parla di "attività di interesse generale")¹⁴ o, infine, alle modalità di svolgimento (in particolare, il c.d. *non-distribution constraint*)¹⁵. Spesso si è ricorsi ad una insoddisfacente definizione negativa, configurando il Terzo settore come la porzione residua lasciata libera dalla bipolarità Stato-mercato¹⁶.

Nel frattempo, l'autonomia privata ha risposto ai bisogni emergenti dal corpo sociale individuando nuove forme giuridiche (specialmente civilistiche o fiscali) o piegando alle proprie esigenze quelle esistenti; e si sono affermati nuovi settori di attività, ancorché privi di un riconoscimento espresso, *praeter legem*, confermando così l'esistenza di quello "scarto" fra un certo dinamismo del corpo sociale e l'accoglimento dello stesso sul piano normativo.

La riforma, quindi, ha avuto il merito di colmare questo vuoto, dettando una definizione di «Terzo settore», vera e propria «pre-condizione logica e giuridica» di tutta l'operazione riformatrice intrapresa¹⁷. L'art. 4 del Codice del

¹² Già a partire dalla legge n. 266 del 1991, il rilievo della forma civilistica assunta dall'ente del Terzo settore è apparso fortemente ridimensionato, a favore di una considerazione sui fini e sulle modalità di perseguimento di tali fini da parte delle "organizzazioni". Si arriva oggi a ricomprendere nell'area degli enti del Terzo settore non solo gli enti del Libro I c.c. (svolgenti, anche, attività di impresa: sul punto, ora, V. MONTANI, *Art. 36 – Ordinamento e amministrazione delle associazioni non riconosciute*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Le associazioni non riconosciute*, Milano, Giuffrè, 2016, 142-143), ma pure enti del Libro V c.c. (*contra*, P. CONSORTI, *Conseguenze della introduzione delle imprese sociali sulla legislazione del Terzo settore e prospettive di riforma*, in ID., *Le norme in materia di non profit e volontariato*, Piacenza, la Tribuna, 2007, 34 ss.).

¹³ P. CONSORTI, *Legislazione del Terzo settore*, cit., 12 ss. propone una definizione di Terzo settore come «ambito sociale in cui agiscono soggetti collettivi privati costituiti per uno scopo di solidarietà sociale e diverso dal lucro, impegnati in attività congruenti con tale finalità» (dunque, con un accento sulla finalità perseguita più che sull'ambito di attività in senso oggettivo). Cfr., anche, la definizione proposta da E. ROSSI, *Terzo Settore*, in AGENZIA PER IL TERZO SETTORE (a cura di), *Il Terzo Settore dalla A alla Z. Parole e volti del non profit*, Milano, Editrice San Raffaele, 2011, 293 ss.

¹⁴ Accenti critici alla possibilità di individuare aree materiali di intervento specifiche per gli enti del Terzo settore sono in A. CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato (trama e ordito di un «vestito di Arlecchino»)*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni*, cit., 110; a proposito della nuova formulazione costituzionale, invece, si rinvia alle riflessioni di V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enciclopedia giuridica*, agg. XII, Treccani, Roma, 2004, 4 ss.

¹⁵ Su questo aspetto, nel quadro più complessivo della disciplina del codice civile, si rinvia alle ancora utili osservazioni di G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, Giappichelli, 2000, 115 ss.; G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, cit., 39.

¹⁶ Efficacemente, su questo aspetto, G. MORO, *Contro il non profit*, cit., 17 ss.

¹⁷ Si era già utilizzata questa espressione in E. ROSSI – L. GORI, *Audizione nell'ambito dell'istruttoria legislativa A.C. 2617 di iniziativa governativa*, XII Commissione permanente – Affari sociali, Camera dei deputati, 10 novembre 2014, doc. 5, <http://www.camera.it/temiap/allegati/2014/11/11/OCD177-597.pdf>.

Terzo settore, sviluppando quanto richiesto dalla legge delega non senza qualche differenza¹⁸, stabilisce – con una definizione stipulativa¹⁹ – che sono enti del Terzo settore (ETS) «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e *gli altri enti di carattere privato* diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 4) (*corsivo nostro*).

Non è possibile, in questa sede, entrare nel merito di questa definizione, invero assai complessa e dai confini non così nitidi come potrebbe apparire ad un primo esame: ciò non solo perché vi è già oggi una serie di ipotesi di confine assai dubbie, ma anche perché l'apertura a *altri enti di carattere privato* dischiude orizzonti dinamici con l'accesso di una serie indefinita di enti la cui esistenza, oggi, non è immaginabile²⁰. È indubbio, tuttavia, il passo in avanti che è stato compiuto: alla stratificazione normativa precedente si è sostituito un paradigma normativo di riferimento che aspira a svolgere una funzione unificante e orientativa dell'interprete. Soprattutto, è conferita una "visibilità" e "riconoscibilità" ordinamentale che precedentemente era molto appannata: è chiarito che il Terzo settore è l'area dei soggetti privati; che perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale; che svolgono una delle attività qualificate come di interesse generale dal legislatore, in forma espressa; e che, – dato assai rilevante – indipendentemente dalla forma giuridica assunta, svolgono la

¹⁸ La legge delega n. 106 del 2016 conteneva una prima definizione di «Terzo settore», in senso ampio, come «complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi» (art. 1, c.1), individuando altresì un primo elenco di esclusioni. Il Codice del Terzo settore, invece, definisce gli «enti del Terzo settore» e non contiene il riferimento alla *coerenza* con gli statuti e gli atti costitutivi.

¹⁹ Pare trattarsi in effetti di una definizione stipulativa, nell'accezione precisata da R. PAGANO, *Introduzione alla legislativa*, Milano, Giuffrè, 2004, poiché attribuisce «un significato nuovo ad una parola già esistente».

²⁰ Nella letteratura statunitense, è quello un tratto assunto come caratteristico della riflessione, anche giuridica, sul Terzo settore: cfr. T. BRANDSEN – W. VAN DE DONK – K. PUTTERS, *Griffins or Chameleons? Hybridity as a Permanent and Inevitable Characteristic of the Third Sector*, in *International Journal of Public Administration*, 28, 9-10, 749 ss.; sia consentito rinviare anche a E. ROSSI – L. GORI (a cura di), *Ai confini del non profit*, numero monografico *Non Profit*, 2, 2017.

loro attività o nelle forme classiche dell'azione gratuita, della mutualità o dell'erogazione di beni, danaro o servizi oppure mediante l'esercizio dell'attività di impresa²¹ (chiaro il richiamo alla definizione di imprenditore dell'art. 2082 c.c. nell'art. 4 del Codice); che adempiono tutti all'onere dell'iscrizione in un registro pubblico.

Si impone, però, una considerazione di tipo generale quanto alla funzione di disciplina giuridica del Terzo settore. Essa è chiamata ad assolvere – almeno così pare, in linea generale – ad una triplice finalità, sul piano strettamente giuridico.

In primo luogo, stabilire le condizioni al verificarsi delle quali la libertà di associazione costituzionalmente riconosciuta sul piano del lecito materiale, assume rilevanza sul piano del possibile giuridico²² in relazione allo svolgimento di determinate attività o al perseguimento di certe finalità, identificando chiaramente i presupposti per l'attribuzione della qualifica – ove l'ente intenda effettivamente conseguirla: la libertà nell'assumere la qualifica è tratto fondamentale della legislazione in discorso²³ – di «ente del Terzo settore». A questo scopo risponde principalmente la definizione e le sue declinazioni successive che fanno emergere, dall'indifferenziata ed ampia area delle formazioni sociali, un sottoinsieme di enti che presentano caratteristiche omogenee di meritevolezza quanto a finalità perseguite, ambito di attività e modalità di svolgimento, tutti aspetti da commisurare rispetto ai principi ed ai valori costituzionali.

Su tale presupposto – ed è il secondo obiettivo – con riferimento all'area del c.d. Terzo settore, il legislatore è chiamato a dare attuazione alla prescrizione agevolativa di cui all'art. 118, u.c., Cost. individuando spazi giuridici riservati alla libera ed incoercibile iniziativa dei cittadini singoli e associati e idonee misure di favore, che svolgano una funzione autenticamente premiale ed incentivante²⁴ e siano ragionevolmente connesse alla natura, alle attività ed alle

²¹ Inquadra il tema dello svolgimento dell'attività di impresa in una prospettiva costituzionale, G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, cit., 40.

²² Su questo aspetto, si veda G. GUZZETTA, *Il diritto costituzionale di associarsi*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. 159-160; cfr. anche E. ROSSI, *Le formazioni sociali*, Padova, 1989, 172-174 il quale mette in guardia dal rischio di «consegnare il diritto di associazione nelle mani del legislatore ordinario».

²³ È infatti necessario ribadire che la legge non prevede l'assunzione della qualifica di ente del Terzo settore (o di un sotto-tipo) come obbligatoria, bensì sempre come *onere* (su questi aspetti, sia consentito rinviare a E. ROSSI – L. GORI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in questa Rivista, 2, 2016, 9-10); nutre dubbi di costituzionalità su questa previsione, S. BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in questa Rivista, 3, 2017, 10.

²⁴ Sulle condizioni in presenza delle quali è possibile qualificare la norma come «premile», F. RIGANO, *Il volontariato nella legislazione più recente*, cit., 76-77; cfr. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, 355, a giudizio del quale «vi sarà una violazione della libertà di associarsi se il pubblico potere discrimini le associazioni privilegiandone alcune dal punto

finalità degli ETS. In definitiva, il legislatore può sottrarre al regime di diritto comune questi enti, dettando norme *ad hoc* più favorevoli, in quanto ciò sia fondato su valori costituzionali, con il fine di promuoverli ed in misura direttamente proporzionale alla loro meritevolezza, alla luce dei valori costituzionali. Ma tale fattore lo si potrà desumere anche in base ai concreti risultati conseguiti (il c.d. *impatto sociale*²⁵), aspetto al quale solo più di recente si è dedicata molta attenzione.

Infine – terzo obiettivo – in una sorta di sinallagma costituzionale, lo specifico statuto di favore deve essere completato da una serie di *oneri*²⁶, che consentano di tutelare in un efficace bilanciamento, da un lato, gli interessi costituzionali perseguiti dall'ente ed agevolati dai pubblici poteri e, dall'altro, il diritto costituzionale di associarsi liberamente, decidendo sul *come* formarsi, organizzarsi, agire e, se del caso, sciogliersi²⁷. Si prevedono, così, clausole che disciplinano l'organizzazione, il funzionamento, la trasparenza, la pubblicità (e, in particolare, l'iscrizione in pubblici registri) nonché conseguenti forme di controllo, affidate ai pubblici poteri, che consentano di attestare la sussistenza e la permanenza dei requisiti affinché l'ente possa definirsi «ente del Terzo

di vista del trattamento giuridico o finanziario», precisando però successivamente (*Appendice di aggiornamento*, Padova, Cedam, 2002, 17) – facendo espresso riferimento alla disciplina Onlus – che non si rileva tale violazione allorché «le agevolazioni fiscali hanno un fondamento razionale, e ciò basta perché non sia prospettabile una disparità di trattamento nei confronti delle altre associazioni».

²⁵ È indubbia l'attenzione che il legislatore riserva, specialmente nell'ambito del Terzo settore, ma non solo alle attività, ai metodi ed alle misurazioni di impatto sociale, di cui offre una prima definizione nell'ambito della legge-delega con una disposizione immediatamente precettiva (art. 7, c.3, legge n. 106 del 2017), non ripresa ma solo “evocata” nei decreti legislativi (ad es., art. 14, Codice del Terzo settore; art. 9, d.lgs. n. 112 del 2017); vedasi anche, al di fuori della disciplina del Terzo settore in senso stretto, si veda L'art. 24 del decreto-legge 12 febbraio 2014, n. 133 (c.d. *Sblocca Italia*), ora abrogato dal decreto legislativo integrativo e correttivo (19 aprile 2017, n. 56) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici) e sostituito dall'art. 190 la disciplina del c.d. baratto amministrativo. In dottrina, per un primo inquadramento in chiave giuridica, si veda E. GIOVINE - G. TAFFARI, *Impatto sociale: contesto giuridico ed evoluzioni normative*, Paper presentato in occasione dell'XI colloquio scientifico sull'impresa sociale, 26-27 maggio 2017, Firenze. Segnala la rilevanza del tema e la sua difficile definizione giuridica, S. BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore*, cit., 22.

²⁶ Cfr. F. RIGANO, *La libertà assistita*, Padova, Cedam, 1995, 298 ss. sulla doverosità costituzionale del controllo in tutte le occasioni in cui vi sia un intervento finanziario diretto o indiretto pubblico o l'esigenza di assicurare una effettiva rispondenza della struttura alle finalità (l'imposizione di una struttura a base democratica, ad es.), richiamando l'insegnamento di C. ESPOSITO, *Lo stato ed i sindacati nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954. *Contra*, nel senso che qualsiasi vincolo comprimerebbe la libertà di associazione, coartandola tanto nella dimensione strutturale e funzionale quanto nei fini, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 198 ss.; cfr., anche, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 357 ss.

²⁷ Sull'esistenza di uno spazio giuridico incompressibile per le formazioni sociali, comunque costituite, V. ONIDA, *Principi costituzionali*, in A. BARBERA – G. AMATO (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, Mulino, 1997, 102-103.

settore» e, quindi, possa legittimamente fruire del regime favorevole previsto. Tali oneri, per essere costituzionalmente ammissibili, debbono essere sì volontariamente adempiuti da parte dell'ente, ma ciò non è sufficiente: infatti, si finirebbe col dare il crisma di legittimità a qualsiasi intervento di compressione dell'autonomia associativa *purché* liberamente accettato²⁸. Gli oneri devono «mirare alla realizzazione di un requisito attitudinale dell'associazione indispensabile perché l'attività associata si svolga nel rispetto dei beni costituzionali²⁹» (in una specie di nesso che si può definire di *strumentalità* dell'onere rispetto al fine perseguito), senza vulnerare *inutiliter* l'autonomia costituzionalmente protetta di tali formazioni sociali (quindi, calibrando l'intensità dell'onere secondo un canone di *proporzionalità* rispetto al fine)³⁰.

Appare evidente, quindi, la forte tensione costituzionale che percorre la riforma del Terzo settore: individuare un baricentro fra le tre diverse finalità che si sono sinteticamente identificate è assai arduo, poiché ciascuna si muove in direzione (potenzialmente) opposta. La definizione, infatti, costituisce la “valvola” di accesso e dipende dalla sua maggiore o minore ampiezza la possibilità di ottenere la qualifica; la valorizzazione dell'autonomia e la previsione di un regime di favore deve essere commisurata all'effettiva meritevolezza dei fini, delle attività o dei modi di svolgimento, considerate nel complesso dell'ordinamento; gli oneri debbono essere fondati su un solido basamento costituzionale e mantenuti entro i limiti segnati dalla ragionevolezza. A seconda di come queste tendenze si compongono, sul piano concreto, vi sarà un incentivo o di disincentivo all'assunzione della qualifica, sebbene nessun risultato sarà, di per sé, soddisfacente: perennemente, infatti, si registrerà una tensione dinamica assai problematica (all'invocazione di maggior sostegno, infatti, si associa la rivendicazione di minori controlli; all'istanza, assai diffusa oggi nell'opinione pubblica, di sempre maggiori controlli consegue una riduzione delle misure di sostegno, anche a causa della crisi finanziaria), che deve essere monitorata nella sua evoluzione concreta.

Sebbene la legislazione del Terzo settore sia percepita spesso (con una prospettiva miope e gravemente erronea) come una sorta di compilazione di norme “tecniche”, soprattutto fiscali, di favore e di oneri, in verità è assai elevato il suo grado di salienza costituzionale: essa, infatti, esprime principalmente

²⁸ Sul punto, assai efficacemente E. ROSSI, *Le formazioni sociali*, cit., 174.

²⁹ Così F. RIGANO, *La libertà assistita*, Padova, Cedam, 1995, 310.

³⁰ Esprime questa esigenza E. ROSSI, *I criteri di identificazione delle Onlus*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche*, cit., 69 ove afferma che «i limiti a libertà costituzionali (...) possono giustificarsi in ragione di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, ma soprattutto – in forza del criterio di ragionevolezza – devono porsi in relazioni a questi in termini di necessità e di congruità rispetto allo scopo».

una valutazione di meritevolezza di determinati fini ed attività svolti da soggetti privati e, solo di riflesso, ne stabilisce le condizioni di svolgimento sul piano civile e fiscale. Ne consegue che, sul piano delle fonti, la dislocazione effettiva del potere normativo ed il tipo di fonte cui è staticamente demandata la disciplina e quella cui, dinamicamente, si ricorre per assecondarne nel tempo le inevitabili modifiche ed aggiustamenti, è un dato costituzionale non trascurabile.

In questo contributo ci si occuperà, pressoché esclusivamente, di due dei decreti legislativi della riforma: il Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017) ed il decreto legislativo n. 112 del 2017, in tema di impresa sociale.

3. La fonte della riforma: alcune considerazioni a proposito dell'utilizzo della delega legislativa

La scelta del legislatore di realizzare la riforma mediante una legge-delega³¹ si iscrive perfettamente nella traiettoria di politica delle fonti del diritto che vede materie di notevole complessità (tecnica e politica) affidate alla delegazione legislativa. I quattro oggetti individuati dal legislatore delegante, infatti, si connotano per una straordinaria ampiezza ed una forte interrelazione fra loro e con vasti settori dell'ordinamento (codice civile, codice dei contratti pubblici, legislazione tributaria, disciplina europea degli aiuti di stato, ecc.)³², nonostante il termine assai breve di appena dodici mesi, difficile rispettare (una vera e propria corsa contro il tempo)³³ e foriero di non pochi problemi.

La legge delega rientra nella fattispecie delle c.d. *leggi delega miste*, contenenti cioè disposizioni che attengono al rapporto di delegazione e disposizioni che, invece, ne sono estranee ma che disciplinano direttamente l'oggetto della

³¹ Per un più dettagliato esame dei contenuti della delega, se si vuole, E. ROSSI – L. GORI, *La legge delega n. 106 del 2016*, cit.

³² Gli oggetti della delega legislativa individuati dalla legge n. 106 del 2016 erano, ai sensi dell'art. 1, c.2, a) la revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute; b) il riordino e alla revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore di cui al comma 1, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito Codice del Terzo settore, secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni; c) la revisione della disciplina in materia di impresa sociale; d) la revisione della disciplina in materia di servizio civile nazionale.

³³ Per alcune osservazioni assai interessanti sul fattore tempo nella delegazione legislativa, V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in questa Rivista, 2, 2016, 6. Esprime un giudizio critico su un indebolimento del parere parlamentare proprio nella XVII legislatura in casi assai delicati, dovuti proprio al breve termine o all'assenza di clausole automatiche di scorrimento del termine, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle trasformazioni recenti del modello costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016, 235.

delegazione. Quest'ultime si impongono, secondo la dottrina prevalente, alla potestà legislativa delegata al Governo³⁴.

I principi e criteri direttivi della delega sono stati poi arricchiti nel corso dell'esame parlamentare nei due rami del Parlamento, che non ha rappresentato una mera "ratifica" del disegno di legge proposto dal Governo³⁵: al contrario, pur permanendo una certa vaghezza di principi e criteri direttivi (oramai – potrebbe dirsi – caratteri ricorrenti del modello di delega legislativa per come affermatasi nella prassi costituzionale), le Camere hanno offerto un contributo significativo alla migliore definizione del testo, residuando comunque a favore del Governo-delegato un significativo margine di azione. Il parere parlamentare, pertanto, ha assunto la finalità – come notato da tempo dalla dottrina – di occasione per "perfezionare" l'attività legislativa avviata con l'approvazione della legge delega, in una sorta di «co-legislazione» con il Governo³⁶, più che di controllo sul rispetto dei principi e criteri direttivi. Gli schemi di decreto legislativo – tranne quello sul servizio civile universale, che ha avuto un *iter* separato³⁷ – sono stati trasmessi alle commissioni parlamentari, al Consiglio di Stato³⁸ ed alla Conferenza unificata a ridosso del termine finale stabilito dalla

³⁴ In tal senso, A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, Giuffrè, 1972, 94; A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, 4, 9; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. CICU - F. MESSINEO-L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER), Milano, Giuffrè, 2012, 149. Nella legge n. 106 del 2016 sono disposizioni estranee al rapporto di delegazione, ma comunque incidenti sull'oggetto della delega, l'art. 7 concernente la vigilanza, il monitoraggio ed il controllo e l'art. 10, istitutivo della Fondazione Italia Sociale.

³⁵ L'originale disegno di legge di iniziativa governativa era l'A.C. 2617, *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale*.

³⁶ Cfr., su questo aspetto, il contributo di N. LUPO, *Il parere parlamentare sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1999, 1012; cfr., anche la ricerca di E. ROSSI (a cura di), *Il Parlamento consulente*, Napoli, Jovene, 2002; E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti alla legge*, Milano, Giuffrè, 2010; E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 122; G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., 237 ss.

³⁷ Il decreto legislativo n. 40 del 2017, concernente l'istituzione del servizio civile universale, è stato adottato preliminarmente dal Consiglio dei Ministri il 9 novembre 2016; acquisito il parere della Conferenza unificata il 24 novembre 2016; acquisiti i pareri parlamentari il 21 dicembre 2016 della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica; deliberazione definitiva del Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2017 e pubblicato in G.U. n. 78 del 3 aprile 2017.

³⁸ Molto forte la censura del Consiglio di Stato sulla eccessiva celerità dei tempi imposti all'*iter* di adozione dei decreti legislativi, pur in presenza di una riforma così complessa e ricca di interrelazioni con vasti settori dell'ordinamento. Intervendendo in sede consultiva (*Richiesta di parere, ai sensi dell'articolo 20, comma 3, lettera a), della legge 15 marzo 1997, n. 59, sullo schema di decreto legislativo recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106»*, Adunanza della Commissione speciale del 31 maggio 2017), il Consiglio di Stato ha lamentato il «rilevante ritardo con cui è stato trasmesso lo schema in oggetto, considerata la prossimità della scadenza

legge di delega³⁹. La fase di consulenza parlamentare, non essendo stata prevista alcuna clausola di scorrimento automatico del termine nel caso di tardiva trasmissione degli schemi, è stata compressa entro limiti temporali assai angusti⁴⁰, riducendo la possibilità di un coordinamento efficace fra i due rami del Parlamento e con gli altri soggetti consulenti⁴¹.

Ne emerge, quindi, una certa inadeguatezza dell'*iter* di adozione dei decreti legislativi definito dalla legge delega per come inverteosi nella prassi: la disciplina del termine e della scansione temporale (il fattore-*tempo*, si potrebbe dire) rispetto all'oggetto da disciplinare avrebbe suggerito una procedura più lineare, definita nelle diverse fasi ed un approfondimento maggiore delle questioni emerse, non limitabili nei soli dodici mesi previsti.

della delega (...) e la necessità che sul testo si pronuncino ancora le Commissioni parlamentari competenti. Questo ritardo non consente l'esame di un intervento così rilevante (...) in tempi fisiologici per il necessario approfondimento tecnico-giuridico, il tutto mettendo a rischio – si ripete – la qualità finale del testo e la sua capacità di produrre i benefici attesi per il Paese».

³⁹ I decreti legislativi n. 111 (*Cinque per mille*), 112 (*Impresa sociale*) e 117 (*Codice del Terzo settore*) sono stati adottati preliminarmente dal Consiglio dei Ministri il 12 maggio 2017, ad appena 54 giorni dalla scadenza della delega legislativa (3 luglio 2017). L'*iter* di adozione dei decreti legislativi prevedeva la garanzia di un termine dilatorio per l'esame parlamentare di almeno trenta giorni. La fase consultiva si è svolta "in parallelo" fra le commissioni parlamentari delle due Camere (che hanno espresso il parere il 27 giugno 2017, al Senato, ed il 22 giugno, alla Camera dei deputati), il Consiglio di Stato, che è stato richiesto del parere il 24 maggio 2017, reso poi effettivamente il 14 giugno 2017, e la Conferenza unificata, la cui mancata intesa è stata rilevata il 20 giugno 2017 (evento prodromico all'impugnativa ex art. 127 Cost. da parte della Regione Veneto e Lombardia su alcune parti del decreto legislativo dedicato al Codice del Terzo settore, sui quali si vedrà *infra*). I decreti legislativi sono stati poi adottati dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 28 giugno 2017 e pubblicati in G.U. n. 167 del 19 luglio 2017 (n. 111 e 112) e in G.U. n. 179 del 2 agosto 2017 (n. 117, Codice del Terzo settore).

⁴⁰ In realtà, l'*iter* è stato scandito a ritmo serratissimo, con il Governo che, seppur pendente ancora il termine per l'espressione del parere, annunciava che la seduta del Consiglio dei Ministri per l'adozione dei decreti legislativi in via definitiva sarebbe stata fissata ugualmente, anche in assenza dei prescritti pareri, pur di rispettare il termine di delega. Negli atti parlamentari, Senato della Repubblica, 1^a Commissione permanente - *Resoconto sommario n. 493 del 21 giugno 2017, sede consultiva su atti del Governo*, si legge che «il sottosegretario Bobba ricorda [alla Commissione parlamentare] che il termine per l'espressione del parere scade nella giornata odierna. Tra l'altro, in considerazione dell'imminente scadenza della delega, la riunione del Consiglio dei ministri nella quale adottare in via definitiva il decreto legislativo potrebbe essere fissata proprio per il pomeriggio di martedì prossimo. Vi è quindi il rischio che le osservazioni e le condizioni poste nel parere reso dalla Commissione non possano essere recepite in tempo utile. Il Presidente confida che il Governo avrà la sensibilità di attendere i pareri delle Commissioni competenti, che necessitano di più tempo per approfondire la materia». Rileva una prassi "attendista" del Governo che non adotta il decreto legislativo, pur spirato il termine per il parere parlamentare, E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti alla legge*, cit., 219.

⁴¹ Le Camere, invece, avrebbero dovuto esprimersi – per costante giurisprudenza parlamentare – per ultime ed alla luce dei pareri espressi da tutti gli altri soggetti; sulle Camere come "ultimi consulenti" nella serie dei pareri da acquisire nella procedura prevista da una legge delega con una pluralità di consulenti, N. LUPO, *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del governo*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti* 1998, Torino, Giappichelli, 1999, 136.

Dopo l’emanazione dei decreti legislativi, il Governo ha operato alcune modifiche espresse ed interventi di interpretazione autentica sui decreti legislativi, con finalità evidentemente integrativa e correttiva (anche di errori materiali), non ricorrendo però alla procedura prevista dalla delega integrativo-correttiva nella legge n. 106 del 2016 (della durata anch’essa di un solo anno), bensì al “primo” vettore parlamentare utile allo scopo da conseguire. (nel caso di specie un decreto-legge)⁴² Si tratta di una manifestazione della “fuga” del Governo-delegato dalla legge di delega. Un decreto legislativo integrativo e correttivo è stato approvato dal Governo, in via preliminare, in tema di servizio civile universale e, successivamente, sul Codice del Terzo settore e l’impresa sociale⁴³.

4. Il Codice del Terzo settore

Quanto al *modo* col quale la delega è stata esercitata, emergono diverse perplessità. La legge delega, infatti, indicava quale oggetto della delega, da una parte, la revisione globale della disciplina delle persone giuridiche del titolo II del Libro primo del Codice civile (associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute); dall’altra, indicava l’esigenza del riordino e della revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli ETS, compresa la disciplina tributaria, mediante la redazione di un apposito *Codice del Terzo settore*, quale «codice di settore» ai sensi dell’art. 20 della legge n. 59 del 1997⁴⁴.

⁴² Nell’ambito della conversione del decreto-legge n. 148 del 2017, *Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*, avvenuta con la legge n. 172 del 2017, sono state introdotte alcune modifiche espresse al Codice del Terzo settore e disposizioni di interpretazione autentica (artt. 5-ter, quater e sexies). Sul fenomeno delle relazioni problematiche fra delega legislativa e decretazione d’urgenza, con specifico riguardo a questo aspetto, A. SIMONCINI, *Il rapporto tra delegazione legislativa e decretazione d’urgenza nella prassi più recente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, 123-124. Si tratta di uno dei fenomeni tipici di “intreccio” fra deleghe legislative e decretazione d’urgenza sui quali, se lo si ritiene, si può rinviare a L. GORI, *Decreto legge e legge delega: intrecci e sovrapposizioni al tempo della “crisi”*, in questa Rivista, 3, 2016. È questa ulteriore espressione di una tendenza puntualmente registrata, di recente, da E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017, 276 ss, che nota come «i Governi sono refrattari ad assoggettarsi a limiti formali e procedurali, sentendosi legittimati a disporre a piacimento dei meccanismi di produzione delle fonti per ragioni essenzialmente di tempo».

⁴³ Il Consiglio dei Ministri ha approvato il 22 febbraio 2018 uno schema di decreto legislativo integrativo e correttivo del decreto legislativo n. 40 del 2017, in tema di servizio civile universale. Il Governo ha annunciato di aver adottato decreti legislativi integrativi e correttivi del Codice del Terzo settore e del d.lgs. n. 112 del 2017 sull’impresa sociale (in data 22 marzo 2018).

⁴⁴ Si veda, a questo proposito, le illuminanti considerazioni di Consiglio di Stato, Ad. gen., 24 ottobre 2004, par. 2.3): cfr., anche, le osservazioni di E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione*, cit., 122.

Il Governo, invece, non ha proceduto all'attuazione del primo oggetto (revisione del codice civile, sugli effetti della quale si veda *infra*), ma ha scelto di adottare un *Codice del Terzo settore*, lasciando però (inspiegabilmente) al di fuori dello stesso alcune parti rilevanti della disciplina del settore. Se appare giustificato non avervi ricompreso il cinque per mille e del servizio civile universale (che riguardano una platea di soggetti più ampia di quelli del Terzo settore *stricto sensu*), non si comprende poiché non vi sia stata inclusa la disciplina dell'impresa sociale (che è, a tutti gli effetti, un ente del Terzo settore) alla quale è dedicato il decreto legislativo n. 112 del 2017; la disciplina della cooperazione sociale (definita *impresa sociale di diritto*), che rimane governata dalla originaria legge di settore n. 381 del 1991; parte della normativa delle società di mutuo soccorso (che possono, infatti, optare per rimanere sotto la disciplina extra-codicistica della legge 15 aprile 1886, n. 3818). A ciò si aggiunga che il Codice non manifesta una totale autonomia, contenendo frequenti rinvii ad altri corpi normativi esterni nel *limite della compatibilità*, scaricando sull'interprete il compito di risolvere le inevitabili antinomie giuridiche che possono sorgere⁴⁵.

Appare così solo parzialmente raggiunto il principale obiettivo riformatore che era stato efficacemente compendiato nell'ambizioso proposito di «fornire agli operatori un unico testo normativo di riferimento⁴⁶»: si potrebbe affermare che si è in presenza di un Codice *parziale* del Terzo settore. Tale eventualità era stata prevista da chi ha messo in guardia da una certa ambiguità della legge delega quanto alla sua efficacia *codificante*: nella previsione della possibilità di adottare una pluralità di decreti legislativi (e non uno soltanto, il *Codice*), infatti, «si rischia di tradire la filosofia del riordino settoriale e – più in concreto – di

⁴⁵ Si fa riferimento, a questo proposito, all'art. 3 del Codice del Terzo settore, che prevede l'applicabilità delle norme generali del Codice medesimo «ove non derogate ed in quanto compatibili» con la disciplina speciale dettata per ciascun singolo ente del Terzo settore e, inoltre, l'applicabilità in via residuale delle norme del codice civile «in quanto compatibili»; analogamente, artt. 26, c.8, 28 e 29, in tema di responsabilità degli amministratori; art. 79, in tema di applicazione del Testo unico delle imposte sul reddito «in quanto compatibili»; art. 89, c.7, in tema di norme di coordinamento. Nel d.lgs. n. 112 del 2017, in tema di impresa sociale, vi è il problematico rinvio alla disciplina generale del Codice del Terzo settore «in quanto compatibili» (art. 1, c.4) e della legge n. 318 del 1991, in tema di cooperazione sociale «in quanto compatibili» (art. 1, c.5) ed alla disciplina civilistica comune (artt. 4, 8 e 9). Sul punto, parla di un «duplice rapporto di specialità» delle norme sulle categorie particolari di ETS rispetto alla disciplina generale del Codice del Terzo settore e del Codice civile, A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, Giappichelli, 2017, 17.

⁴⁶ Così, efficacemente, F. PACINI, *Per un Codice del Terzo settore. Appunti di tecnica normativa*, in *Non profit*, 3, 2014, 13. La sistematicità dell'intervento avrebbe dovuto ridurre quei fenomeni perversi di *law shopping*, per i quali gli enti sono «spinti spesso a scegliere più di un regime normativo per estendere il raggio della disciplina agevolativa»: così G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, cit., 27.

continuare a dar luogo a difetti di coordinamento⁴⁷». Già i primi interpreti hanno segnato l'esistenza di problemi di questo tipo, originati dalla frammentazione normativa sopravvissuta all'intervento riformatore.

Tuttavia, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice e degli altri decreti legislativi in attuazione della medesima legge delega, il tradimento "codicistico" si è consumato anche ad opera del legislatore ordinario allorché l'introduzione di nuove norme riferite, principalmente o tangenzialmente, al Terzo settore, non è avvenuto attraverso una novella al neonato *Codice del Terzo settore*, bensì attraverso interventi normativi sparsi, senza alcuna cura per la appena conquistata e tendenziale unità della disciplina normativa⁴⁸. Si tratta di un fenomeno patologico che denuncia la difficoltà di coltivare la sistematica di un Codice e che, qualora assumesse (come è ragionevole supporre) dimensioni ampie, rischierebbe di far tornare indietro l'orologio della legislazione alla situazione precedente, in aperto contrasto con la finalità e con i principi e criteri direttivi della legge delega: si pone così l'interprete davanti non solo al problema della soluzione delle inevitabili antinomie, bensì anche a quello dell'*invenzione* del diritto vigente nelle diverse *sedes materiae*, vanificando così la finalità semplificatrice di concentrare l'intera disciplina all'interno del Codice.

⁴⁷ Sempre F. PACINI, *Per un Codice del Terzo settore*, cit., 13-14, il quale si chiede problematicamente se, nella pluralità di decreti legislativi, «il legislatore, sovente affrettato, si prenderebbe la briga di andare a modificare anche gli altri nel caso in cui vi fosse il rischio d'incoerenze o antinomie».

⁴⁸ Art. 1, cc. 125 ss., della legge n. 124 del 2017, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, ha previsto un nuovo ed assai affrettivo adempimento pubblicitario a carico di tutti gli enti del Terzo settore che intrattengano rapporti economici di qualsiasi tipo con la pubblica amministrazione, di importo superiore ai diecimila euro, senza alcun coordinamento col il sistema "pubblicitario" previsto dal Codice e dagli altri decreti legislativi; art.1, legge n. 175 del 2017, *Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia*, individua una nuova attività di interesse generale (definita, qui, di utilità sociale), «spettacolo», senza novellare l'elencazione tassativa delle attività di interesse generale stabilita dagli articoli 5 del Codice del Terzo settore e 2 del d. lgs. n. 112 del 2017; art. 1, c. 57, legge n. 205 del 2017, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*, istituisce le «imprese culturali e creative», rinviando ad un decreto ministeriale le «necessità di coordinamento con le disposizioni del Codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117» (appare assai arduo immaginare come il decreto ministeriale possa intervenire, modificandola, sulla disciplina legislativa del Codice del Terzo settore); d.lgs. n. 1 del 2018, *Codice della protezione civile*, contiene norme (implicitamente) modificative ed integrative del Codice del Terzo settore per gli enti che operano nella protezione civile, introducendo una nuova definizione di "volontario" dell'ambito del settore della protezione civile (*speciale* rispetto a quella generale dell'art. 17 del Codice del Terzo settore: si veda l'art. 32 del Codice della protezione civile), un nuovo ente del Terzo settore (il *gruppo comunale di protezione civile*, istituito dall'art. 34, in deroga a quanto previsto dall'art. 4, c.2 del Codice del Terzo settore), un regime *ad hoc* per i rimborsi agli enti del Terzo settore operanti nel settore della protezione civile (art. 33). Anche in questo caso, inoltre, il coordinamento fra la disciplina generale del Codice del Terzo settore e quella specifica del Codice della protezione civile, per ciò che attiene al fondamentale requisito dell'iscrizione nei registri, è rinviato ad una fonte secondaria (art. 43 del Codice della protezione civile).

5. Una delega “stravolta”? Effetti della parziale in-attuazione della delega legislativa

Un aspetto assai rilevante da considerare nello studio del sistema delle fonti del Terzo settore è il rapporto che la legge delega, da una parte, ed i decreti legislativi, dall'altra, hanno instaurato con il codice civile. Si è già detto che, fra gli obiettivi principali della delega, vi era quella di portare a compimento, dopo decenni di attesa⁴⁹, la riforma del Titolo II del Libro II del Codice civile: allo scopo, erano dettati principi e criteri direttivi piuttosto precisi (art. 3). L'idea che ha sorretto il legislatore delegante consisteva in una sorta di intervento a “cerchi concentrici”⁵⁰: dapprima ridefinire lo statuto civilistico di diritto comune, riferibile di tutti gli enti collettivi costituiti in base al Libro I c.c. e, successivamente, dettare criteri identificativi ed una disciplina *ad hoc* per quelli che, possedendone le caratteristiche, avessero inteso assumere la qualifica di ente del Terzo settore⁵¹.

La *ratio* risiedeva nell'esigenza di restringere l'ampia forbice esistente fra la disciplina degli enti costituiti secondo le “scarne norme” del codice civile e, invece, i vincoli e gli oneri disordinati e confusi cui erano sottoposti gli enti dalla legislazione speciale stratificatasi negli anni: se per i primi, infatti, le povere norme del codice civile, specialmente per il tipo dell'associazione non riconosciuta, si limitano a tratteggiare uno scheletro di disciplina, per i secondi, invece, la legislazione e la prassi interpretativa ed applicativa avevano stabilito una serie di paletti stringenti, destinati ad essere resi ancor più esigenti dalla riforma.

⁴⁹ Questa esigenza era avvertita già dagli anni '60, come segnala il contributo di A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, 1117 ss.; più recentemente, *ex multis*, F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1996; cfr. anche, in chiave storica, A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2004, 365 ss.; M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro*, cit., 315 ss.; nella prospettiva del disegno di legge di riforma, G. PONZANELLI, *Le associazioni non riconosciute: una breve introduzione*, in ID. (a cura di), *Le associazioni non riconosciute*, cit., 26 ss.

⁵⁰ Su tale prospettiva, in chiave costituzionalistica, si può rinviare a E. ROSSI (a cura di), *Proposte per una riforma organica della legislazione sul Terzo settore*, in *Aretè*, 2009, 3, 21 ss.

⁵¹ Come nota F. PACINI, *Per un Codice del Terzo settore*, cit., 13-14, è preferibile «che lo statuto generale rimanga collocato nel Libro I del codice civile, opportunamente novellato» mentre «l'auspicato Codice del Terzo settore andrebbe a contenere gli statuti speciali, ad oggi contenuti nelle singole leggi “sparse”».

Tuttavia, la scelta del Governo-delegato di non attuare pressoché totalmente la delega riferita al Codice civile⁵², pur esercitando tutte le altre, ha, per così dire, “stravolto” l’intera delega legislativa, trasformandone i connotati in maniera profonda. Se la dottrina prevalente indica l’inesistenza di un obbligo costituzionale all’esercizio della delega (salva la possibilità che possa essere fatta valere la responsabilità politica del Governo⁵³), appare tuttavia non inutile interrogarsi sugli effetti che tale inattuazione può avere se inquadrata all’interno di un intervento normativo di così vasta portata e con oggetti fortemente integrati (ancorché concettualmente isolabili) fra loro, come quelli della delega sul Terzo settore.

La giurisprudenza costituzionale è pervenuta da tempo all’esito che «l’omissione [dell’esercizio della delega] può viziare la normativa effettivamente adottata dal legislatore delegato solo quando questa, proprio in forza di quell’omissione, si pone in contrasto con i principi ed i fini della legge di delega» (C.cost. n. 218 del 1987). L’impressione che si ha, infatti, è che il Governo – avvalendosi della propria facoltà di non esercitare una porzione della delega legislativa attribuita – abbia conseguito l’effetto di non rispettare i principi e criteri direttivi dettati, conseguendo un risultato normativo *radicalmente diverso* e, per certi aspetti, *irragionevole*. Principi e criteri di delega, infatti, prescrivevano, fra l’altro, per la generalità degli enti collettivi del Libro I del codice civile, la revisione e semplificazione del procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica⁵⁴, la definizione di informazioni obbligatorie da inserire negli statuti e negli atti costitutivi, obblighi di trasparenza e di informazione, un chiaro

⁵² L’unico oggetto attuato è quanto previsto dalla legge n. 106 del 2016, all’art. 3, c.1, lett. e), in tema di trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi: il d.lgs. n. 117 del 2017, infatti, ha novellato (art. 98) il codice civile, inserendo l’art. 42-bis, in tema trasformazione, fusione e scissione di associazioni e fondazioni, risolvendo così una querelle giurisprudenziale assai lunga e complessa.

⁵³ A tal proposito, *ex multis*, E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, Cedam, 1931, 160 ss.; S.M. CICONETTI, *I limiti ulteriori della delegazione legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, 617; A. CERRI, *Delega legislativa*, cit., 4 ss.; nota, più di recente, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., 68 che «anche aderendo alla tesi della doverosità dell’esercizio della delega, le Camere non hanno strumenti per sanzionare il mancato esercizio della stessa, da parte del Governo, salvo la possibilità di una censura politica». Nella giurisprudenza costituzionale, C.cost. n. 60 del 1957

⁵⁴ Si tratta, peraltro, di un classico caso di ri-legificazione di materia delegificata (sui cui rischi già ammoniva C. LAVAGNA, *La delegificazione: possibilità, forme, contenuti*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea Costituente*, Firenze, Vallecchi, 1969, 325 e G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, Giappichelli, 1996, 49 ss.). Infatti, a tale scopo, si sarebbe potuti pervenire anche mediante un regolamento *ex art. 17, c.2*, legge n. 400 del 1988, trattandosi di una materia oggetto di delegificazione ad opera del D.P.R. n. 361 del 2000, adottato in attuazione della legge n. 59 del 2007 (per un commento alla modifica del procedimento ed al D.P.R., si rinvia a M.V. DE GIORGI-G. PONZANELLI-A. ZOPPINI (a cura di), *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2001).

statuto dei diritti degli associati e degli organi sociali, forme di pubblicità di atti fondamentali idonei a manifestare lo stato e la gestione dell'ente, rafforzando così la tutela dei terzi e dei creditori (non escludendosi, a tale scopo, una revisione del regime della responsabilità limitata degli enti riconosciuti come persone giuridiche e della responsabilità degli amministratori). Inoltre, si prevedeva che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applicassero le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile⁵⁵. All'esito dell'esercizio della delega (*rectius*, del suo parziale non esercizio), invece, si ha che l'originaria "forbice" da ridurre fra enti di diritto comune e enti disciplinati dalla legislazione sul Terzo settore, dalla quale il legislatore ha preso le mosse si è, paradossalmente, *ancora più aperta*: se per gli enti collettivi del Libro I c.c. la disciplina è rimasta pressoché intatta, esprimendo uno spirito di sopravvivenza davvero pervicace (frutto, probabilmente, dell'estrema flessibilità che le "scarne norme" assicurano), per gli ETS (e solo per questi!) si è introdotta una bardatura civilistica assai pesante e dettagliata, che delinea alcuni *modelli* di organizzazione e amministrazione, attraverso una serie di norme civilistiche cogenti ed una serie, invece, destinate ad essere cedevoli o suppletive a fronte di una diversa disciplina statutaria (su cui si veda, *infra*). In questo senso, il Codice crea un vero e proprio *nuovo diritto civile* degli ETS, per i quali la rilevanza del codice civile è modestissima, confinata nei limiti della residualità e della compatibilità.

Il punto, tuttavia, è che, poiché la legge delega identificava alcuni obiettivi prioritari valevoli per l'intera gamma degli enti del Libro I c.c. (trasparenza degli statuti, tutela dei creditori, regime di responsabilità degli amministratori, ecc.), il legislatore delegato ha attuato tali obiettivi solo nella "riserva indiana" degli ETS ed ha così aperto una "faglia", costituzionalmente problematica nella prospettiva del rispetto della legge delega e, più in generale, del principio di ragionevolezza, fra enti *iper-regolati*, in ragione del fatto che ricevono un peculiare trattamento di favore, ed enti *ipo-regolati*, tali perché perseguono scopi considerati come non socialmente rilevanti (anche se così non pare, essendovi ricompresi, ad es., i partiti politici, i sindacati, le grandi organizzazioni di categoria, ecc.). Tale situazione spinge l'interprete a chiedersi se non avverrà un singolare fenomeno di estensione, per via giurisprudenziale, delle norme dettate dal Codice del Terzo settore per l'intera gamma delle persone giuridiche del Libro I c.c.

Da un lato, infatti, il Codice del Terzo settore contiene una positivizzazione di acquisizioni giurisprudenziali già mature e riferite a tutti gli enti costituiti

⁵⁵ Per un commento a queste previsioni contenute nel disegno di legge governativo, si rimanda a G. DONADIO, *Riforma del Terzo settore e Codice civile*, in *Non Profit*, 3, 2014, 34 ss.

nelle forme del Libro I c.c.⁵⁶; dall'altro, in tutte quelle parti in cui non si esprima una connessione diretta con le finalità e le attività degli ETS, il Codice del Terzo settore, se letto alla luce dei principi e criteri direttivi della legge delega e della loro «continuativa capacità “plasmante”⁵⁷», ben potrebbe estendere la propria area di applicazione ben al di là dei confini degli ETS, lambendo la scarna disciplina degli enti collettivi del Libro I c.c., senz'altro attraverso una interpretazione analogica effettuata dal giudice: se, infatti, il *fine* della norma non è connesso, direttamente, alla natura di ente del Terzo settore, cosa impedirebbe tale operazione interpretativa?

Infatti – in uno scenario di più ardua verifica – potrebbe sostenersi che i principi di delega (o, alcuni di essi⁵⁸) dotati di un adeguato grado di precettività⁵⁹ possano essere considerati direttamente efficaci poiché, pure nell'ipotesi di una inattuazione (parziale, nel nostro caso) della delega, il principio immesso nell'ordinamento attraverso la legge delega contiene, in ragione della sua struttura, *ab origine* «tutto quanto necessita all'interprete per risolvere il caso della vita sottoposto alla sua attenzione⁶⁰», offrendo «da solo la disciplina di tutti i casi compresi nella propria fattispecie, supplendo alla mancanza di norme particolari appositamente rivolte a farne applicazione a ciascuno, o a singoli gruppi, di questi⁶¹».

Un caso specifico può aiutare alla comprensione.

⁵⁶ Il Codice, in questo senso, rimedia (almeno in parte) all'applicazione analogica delle norme generali previste per le società di capitali e le società per azioni a fronte della “scarna” disciplina dettata nel primo libro dal codice civile (su questo aspetto, cfr. A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, Cedam, 1991); oppure, all'applicazione analogica delle norme codicistiche previste in tema di associazioni riconosciute a quelle non riconosciute, su cui si veda, ora, V. MONTANI, *Art.36 – Ordinamento e amministrazione*, cit., 67 ss. e 153-154.

⁵⁷ Così si esprime D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuate*, Napoli, ESI, 2017, 153. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. C. cost. n. 98 del 2008, a tenore della quale «i principi posti dal legislatore delegante costituiscono poi non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata; e tali disposizioni devono essere lette, fintanto che sia possibile, nel significato compatibile con detti principi (sentenza n. 96 del 2001), i quali, a loro volta, vanno interpretati alla luce della ratio della legge delega (sentenze n. 413 del 2002; n. 307 del 2002; n. 290 del 2001)».

⁵⁸ Ma non così i criteri direttivi che «essendo espressamente finalizzati ad indirizzare l'intervento legislativo del Governo, perderebbero la loro efficacia una volta decorso il “tempo limitato” ivi indicato»: così G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., 26.

⁵⁹ Nella giurisprudenza costituzionale, si veda C. cost. n. 224 del 1990, ove la Corte ammette, in un giudizio in via principale, che «la legge di delegazione possa contenere un principio di disciplina sostanziale della materia o una regolamentazione parziale della stessa ovvero possa stabilire norme attributive di competenza, da cui potrebbe derivare una diretta e immediata incidenza sulle attribuzioni costituzionalmente garantite alle regioni o alle province autonome».

⁶⁰ D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuate*, cit., 166.

⁶¹ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini-Mariotti, 1943, 251.

L'art. 13 del Codice del Terzo settore stabilisce, ad es., che gli ETS che svolgono la propria attività in forma di impresa commerciale sono tenuti a tenere le scritture contabili nelle forme previste dall'art. 2214 c.c. Evidentemente, la disposizione discende da un principio di pari trattamento dell'ente del Terzo settore costituito in una delle forme del Libro I c.c. ma che svolga una attività in forma di impresa commerciale e degli enti del Libro V c.c. (per i quali lo svolgimento di attività di impresa è *essenziale*). Se non si ritiene – come pare – che questa non sia una disposizione strettamente connessa alla *finalità* solidaristica, civica o di utilità sociale perseguita dall'ente del Terzo settore, bensì una norma legata ad assicurare una parità di trattamento fra enti che, oggettivamente, svolgono la medesima attività imprenditoriale (ancorché rivolta a finalità diverse), non si comprende perché un ente del Libro I c.c., non facente parte del Terzo settore, non debba essere tenuto al rispetto della medesima norma solo perché non ricadente nell'area applicativa del Codice del Terzo settore: infatti, già la giurisprudenza è pervenuta, oramai pacificamente, a tale conclusione⁶². Ma a tale esito si potrebbe giungere assegnando al principio espresso dalla legge delega di «prevedere che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili» (art. 3, c.1, lett. e), legge n. 106 del 2016): l'effetto sarebbe assai rilevante, poiché oltre al richiamato art. 2214 c.c., dovrebbero estendersi pacificamente le norme sulla crisi di impresa, sull'iscrizione del registro delle imprese, sull'azienda, ecc.

Analoghe considerazioni potrebbero valere anche per gli altri principi espressivi dell'art.3, della legge delega, concernenti *Revisione del titolo II del libro primo del codice civile*. Anziché sepolta nell'archivio dei casi delle deleghe inattuata potrebbe essere evitata, la delega sulla riforma del codice civile potrebbe rivelare una qualche vitalità, ancorché legata e limitata – come nota attenta dottrina – al caso concreto in vista del quale la norma derivata dai principi di delega è tratta⁶³.

6. Il rinvio di aspetti fondamentali della disciplina alle fonti sub-primarie

Altro tratto caratteristico del sistema delle fonti del diritto del Terzo settore è rappresentato dal frequente rinvio che la fonte primaria compie ad atti di rango sub-legislativo, variamente denominati, che svolgono un ruolo integrativo ed attuativo assai rilevante. Se si guarda alla congerie di atti secondari, tipici ed

⁶² Si rimanda, sul punto specifico, per indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali a V. MONTANI, *Art.36 – Ordinamento e amministrazione*, cit., 149-150.

⁶³ Ancora, assai opportunamente, D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuata*, cit., 159.

atipici, che il legislatore delegato ha previsto, si rimane sbalorditi: se ne possono censire, infatti, ben 43, assegnati a diverse fonti e con contenuti di rilievo differente.

In realtà, tale stupore deve essere, almeno in parte, ridimensionato.

Si è detto – già in apertura – come uno dei fattori che connotano maggiormente il diritto del Terzo settore è una sorta di consustanziale ritardo della norma rispetto al fatto sociale che essa è chiamata a riconoscere e disciplinare. In questo senso, dunque, un rinvio a fonti sub-primarie può apparire un elemento di positiva dinamicità, preordinato a ridurre i tempi coi quali il diritto qualifica, almeno in prima istanza, un determinato fenomeno affermatosi nelle relazioni sociali.

Ciò, tuttavia, non può distogliere l'attenzione del fatto che nel nuovo diritto del Terzo settore vi siano elementi essenziali della qualificazione giuridica degli enti che sono, in parte o totalmente, rimessi a fonti sub-primarie, configurando sì un possibile *dinamismo*, ma a forte trazione e controllo governativi: il che, considerando l'impatto diretto che la disciplina *de qua* ha sull'inveramento della libertà di associazione (art. 18 Cost.) e sulla garanzia di adeguati spazi di libertà giuridica protetti dall'interferenza del potere amministrativo⁶⁴ (art. 118, u.c., Cost.), non può che suscitare notevoli perplessità.

Sotto questo aspetto, vengono in rilievo alcune previsioni, contenute già nella legge delega (art. 4, c.1, lett. *b*)) e riprodotte nel Codice del Terzo settore. La più rilevante è prevista all'art. 5: si rimette ad un D.P.C.M., «tenuto conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, nonché delle finalità e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice», la possibilità di rivedere in ampliamento, modificazione o riduzione l'elenco delle attività di interesse generale, il cui svolgimento consente l'acquisizione della qualifica di «ente del Terzo settore». Tale D.P.C.M. è adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro il termine trenta giorni (decorso i quali può essere comunque adottato). Analoga previsione è contenuta, in tema di impresa sociale, all'art. 2, c.2, del d.lgs. n. 112 del 2017.

⁶⁴ Nota F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in G. ARENA – G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto*, Roma, 2010, 160, che il principio di sussidiarietà «richiede anzitutto la liberazione di uno spazio giuridico in cui le relazioni possano manifestarsi in modo creativo».

Su tali previsioni *delegificanti* si è concentrata l'attenzione preoccupata del Consiglio di Stato, in quanto «la circostanza che regole che incidono sulla autonomia privata – sia pure nella direzione promozionale di qualificare determinate attività al fine di renderle destinatarie di benefici economici – scaturiscano da atti di autorità amministrative suggerisce di verificare le condizioni in presenza delle quali le fonti sub-primarie possano disciplinare un campo considerato costituzionalmente riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, così come prospettato dalla teoria della tutela costituzionale “indiretta” del contratto e della libertà contrattuale. La delega, in tale prospettiva, non può limitarsi alla sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve predisporre un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all’oggetto ed ai presupposti». Il Governo ha tenuto conto delle osservazioni del Consiglio di Stato più sul piano procedurale, inserendo la previsione di un parere parlamentare e di una intesa in Conferenza unificata, che non su quello dei limiti e indirizzi di contenuto, provando a presidiare per questa via l'ampiezza dei possibili contenuti del D.P.C.M.⁶⁵.

La disposizione *de qua* fonda, richiamando l'art. 17, c.3, della legge n. 400 del 1988, una sorta di potere regolamentare (primo)ministeriale delegificante atipico⁶⁶, che non rientra nel paradigma dell'art. 17, c.2 della legge n. 400 e – come sostiene la dottrina – di assai dubbia legittimità costituzionale poiché l'«atto ministeriale non può essere dotato di valore di legge (sia pure derivato), in quanto formalmente inidoneo ad assumerlo⁶⁷». Certamente, sarà foriera di confusione nella fisiologia della vita del Terzo settore (potranno esservi, infatti, attività di interesse generale *per legge* e attività definite tali *per decreto del Presidente del Consiglio*) e, in uno scenario a tinte fosche, potrebbe essere fonte di una grave patologia costituzionale, allorché l'Esecutivo intervenga, con la fonte in commento, per determinare l'espulsione (o la riformulazione dell'ampiezza) dal catalogo di una delle attività qualificate come di interesse generale per legge, sancendo così la fuoriuscita immediata di un certo numero di enti dal novero degli ETS (con tutte le conseguenze che ne possono derivare⁶⁸).

⁶⁵ Sul punto, M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in questa Rivista, 3, 2011, 7 che richiama C.cost. n. 301 del 2003, che si domanda problematicamente se l'indicazione preventiva di criteri da parte del legislatore idonei ad indirizzare il regolamento ministeriale delegificante, possa avere rilievo ai fini della sua ammissibilità costituzionale.

⁶⁶ Il Consiglio di Stato segnala criticamente la previsione di una fonte così significativamente *atipica*, anche nella procedura: nel parere si legge che «poiché l'aggiornamento (*rectius*: l'integrazione) del catalogo delle attività di interesse generale comporta l'apposizione di norme dotate dei caratteri della generalità, astrattezza e novità, esso deve essere affidato a una fonte regolamentare tipica».

⁶⁷ Così M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali*, cit., 14.

⁶⁸ Per cogliere la drammaticità (potenziale) della previsione, nel caso di perdita della qualifica di “ente del Terzo settore” rilevata ai sensi dell'art. 50 del Codice, il Codice del Terzo settore prevede

Ma il *vulnus* alla coerenza del sistema delle fonti si traduce pure sul piano delle relazioni istituzionali fra Parlamento e Governo, ove si consideri il singolare *trade-off* che una siffatta previsione crea fra la partecipazione consultiva parlamentare e l'intesa in Conferenza unificata: poiché se l'intervento di una legge che modifichi il catalogo delle attività di interesse generale, affida il ruolo principale alle Camere ed uno pressoché nullo alle Regioni, il ricorso al D.P.C.M. delegificante, al contrario, esalta la partecipazione delle Regioni con una intesa nell'ambito delle relazioni intergovernative fra centro e periferia, configurando l'intervento parlamentare come meramente consultivo⁶⁹.

Una analoga tendenza si rileva con riguardo alla definizione di altri caratteri essenziali della disciplina degli ETS. La possibilità per gli enti di poter svolgere attività diverse da quelle di interesse generale è rimessa ad un decreto ministeriale (previsto dall'art. 6 del Codice), adottato ai sensi dell'art. 17, c.3, della legge n. 400 del 1988, sentita la Cabina di regia⁷⁰. Il D.M. deve identificare, in assenza di indici sostanziali contenuti nella fonte primaria, "criteri e limiti" per la loro ammissibilità. Anche in questo caso, l'effetto del mancato rispetto di quanto previsto dalla fonte sub-primaria è, presumibilmente, l'espulsione dal novero degli ETS o, in ogni caso, la sottoposizione a conseguenze di tipo penalizzante. Stessa considerazione vale per il decreto ministeriale che, in tema di impresa sociale, deve definire, in concreto, le modalità di calcolo dei ricavi ai fini dell'assunzione della qualifica, la quale può avvenire solo qualora i ricavi provenienti da una attività di impresa di interesse generale siano superiori al settanta per cento del totale (art.2, c.3, d.lgs. n. 112 del 2017). Anche in questo caso, mancano indici sostanziali in grado di orientare l'amministrazione ed il potere ministeriale tutto può disporre.

Ancora, l'art. 46 del Codice prevede che con un decreto ministeriale non regolamentare (ma sulla natura non regolamentare si nutrono, anche in questo caso, dei dubbi) possano essere istituite sotto-sezioni, nuove sezioni o modificazione di sezioni esistenti del Registro unico nazionale del Terzo settore,

che scatti l'obbligo della devoluzione del proprio patrimonio ai sensi dell'articolo 9 del Codice, limitatamente all'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel Registro unico nazionale. Solo per effetto di una variazione delle attività di interesse generale operata con il D.P.C.M. autorizzato ai sensi dell'art. 5, c.2, del Codice, tale effetto potrebbe determinarsi *ipso iure* ed a prescindere da un atto di volontà degli enti. Si pensi al caso in cui un Governo intenda disincentivare un certo tipo di attività in un settore: potrebbe operare mediante un "ritaglio" di tali ambiti con il D.P.C.M.

⁶⁹ Nota acutamente questo aspetto, F. PACINI, *L'impianto del Codice del Terzo settore*, in *Non Profit*, 3, 2017, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ La Cabina di Regia, prevista dall'art. 97 del Codice, è stata istituita con D.P.C.M. 11 gennaio 2018 ed è un organo *atipico* del Governo (ancorché assai diffuso per la duttilità organizzativa e funzionale) ed ha il compito di coordinare, in raccordo con i Ministri competenti, le politiche di governo e le azioni di promozione ed indirizzo delle attività degli ETS.

l'iscrizione al quale è – come si è visto – requisito essenziale per poter fruire della qualifica di ETS. Tale potere, combinato con il più generale potere di dettare norme per il funzionamento del Registro (art. 53 del Codice⁷¹), potrebbe condurre ad esiti ugualmente problematici: si pensi, ad es., al caso in cui si istituissero requisiti più stringenti di quelli generalmente previsti per una determinata sotto-sezione di enti o, del pari, si sopprimessero determinate sezioni.

Sotto altro aspetto, invece, appare positivo il rinvio operato alla fonte sub-primaria, legato all'esigenza di assicurare una permanente corrispondenza fra le mutevoli esigenze del Terzo settore e il dettato normativo: fra i molti, si possono richiamare i casi della previsione di schemi e moduli per la predisposizione del bilancio (art. 13 del Codice); di *linee guida*, adottate con decreto ministeriale, per l'adozione del bilancio sociale (art. 14 del Codice); per l'approvazione modelli *standard* di atti costitutivi/statuti predisposti dalle reti associative, liberamente fruibili da parte degli ETS (art. 47 del Codice).

In particolare, il richiamo alle *linee guida* appare assai diffuso nel Codice⁷²: esso esprime l'esigenza di «una regolazione più snella e veloce (rispetto ai tempi e alle modalità di approvazione dei regolamenti)» auspicata dagli attori del sistema che, tuttavia non può «prevalere sugli interessi (perlomeno equivalenti, se non superiori) a una regolazione seria, strutturata, controllata, ma, soprattutto, affidata ad autorità che se ne assumano (potendolo fare) la responsabilità politica. Si tratta, in altri termini, di identificare il più efficace (ma non facile) equilibrio tra le istanze del mercato a una regolazione flessibile, adattabile e

⁷¹ L'art. 53 del Codice del Terzo settore rinvia ad un decreto ministeriale del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, le definizioni: a) della procedura per l'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore, individuando i documenti da presentare ai fini dell'iscrizione e le modalità di deposito degli atti; b) delle regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione e la gestione del Registro unico nazionale del Terzo settore finalizzate ad assicurare l'omogenea e piena conoscibilità su tutto il territorio nazionale degli elementi informativi del registro stesso; d) delle modalità con cui è garantita la comunicazione dei dati tra il registro delle Imprese e il Registro unico nazionale del Terzo settore con riferimento alle imprese sociali e agli altri enti del Terzo settore iscritti nel registro delle imprese; e) delle modalità con cui gli enti pubblici territoriali provvedono a comunicare al Registro unico nazionale del Terzo settore i dati in loro possesso degli enti già iscritti nei registri speciali delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale esistenti al giorno antecedente l'operatività del Registro unico nazionale degli enti del Terzo settore (previsto dall'art. 54 Codice). Spetterà al decreto anche sciogliere i “nodi” creati dal recente Codice della protezione civile (sul quale, vedasi *supra*). Sulla rilevanza del sistema di registrazione degli ETS, si rinvia alle considerazioni di E. VIVALDI, *Il Registro nazionale del Terzo settore*, in *Non Profit*, 3, 2014, 171 ss.

⁷² Nella riforma, si fa riferimento a linee guida, tutte adottate con decreto ministeriale, per la raccolta fondi (art. 7, Codice del Terzo settore); per la predisposizione del bilancio sociale (art. 14, c.2, Codice del Terzo settore); la redazione del bilancio sociale (art. 9, c.2, d.lgs. n. 112 del 2017); per la definizione le modalità di coinvolgimento di lavoratori, utenti e altri soggetti (art. 11, c.3, d.lgs. n. 112 del 2017).

agile e le esigenze sottese alla riserva della produzione delle norme giuridiche ad autorità democraticamente legittimate all'introduzione di regole che incidono direttamente sulla sfera di libertà dei cittadini⁷³».

In linea generale, per l'intero *corpus* normativo del Terzo settore, si ritiene ancora valido l'insegnamento per il quale specialmente laddove le fonti sub-primarie intervengono dettando limiti, requisiti e condizioni per l'assunzione della qualifica di ente del Terzo settore o per il suo mantenimento, è necessario, sul piano costituzionale, non solo che essi esprimano una coerenza con il bene tutelato, ma che la legge provveda ad una sufficientemente chiara ed univoca predeterminazione dei requisiti necessari per ottenerla: infatti, «solo la riduzione del margine di discrezionalità esercitabile dall'Amministrazione in sede di verifica della sussistenza dei requisiti richiesti può (...) garantire efficacia al ricorso in sede giurisdizionale avverso l'eventuale diniego dell'iscrizione, e la giustiziabilità di tale atto appare indispensabile per reprimere i casi di arbitraria compressione del diritto di associarsi e del diritto delle associazioni al pari trattamento⁷⁴».

Nei casi al nostro esame, invece, la fonte legislativa contiene indicazioni importanti ma non esaustive a proposito di elementi *essenziali* della definizione di ente del Terzo settore ed ha bisogno di un completamento nelle fonti subordinate, nella disponibilità del Governo (e, talora, sottratte al controllo parlamentare). In realtà, ciò dovrebbe avvenire o nelle forme previste dalla legge delega integrativo correttiva (entro la sua breve scadenza, però) o, sul lungo periodo, mediante l'intervento fisiologico e meditato della legge parlamentare.

7. Le fonti regionali: spazi e rischi di una differenziazione

Le fonti regionali assumono, nell'ambito del Codice del Terzo settore, un ruolo problematico.

L'art. 2 del Codice riconosce «il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, *anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali*» (*corsivo nostro*). La problematicità, tuttavia, si manifesta non tanto nella violazione del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117 Cost., quanto, piuttosto,

⁷³ C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Così, F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 314.

sul piano delle funzioni amministrative, ove il livello regionale non è coinvolto, laddove necessario, e lo è, al contrario, ove la prassi e le finalità perseguite dalla riforma suggerirebbero di ridimensionarlo.

Sul piano del riparto delle competenze legislative, infatti, il Codice è pienamente attratto all'interno dell'area di competenza legislativa esclusiva statale, sotto una molteplicità di materie. Primariamente, il Codice interviene nella materia «ordinamento civile», di cui all'art. 117, comma secondo, lett. *l*), Cost., dando corpo alla fondamentale «esigenza di uniformità nella disciplina dei rapporti tra privati (...) mirante ad assicurare il godimento delle libertà costituzionali in maniera omogenea sul territorio dello Stato⁷⁵» e, in particolare, del livello di protezione dell'art. 18 Cost. in connessione con l'art. 118 u.c., Cost. In questo caso, poi, il legislatore statale ha, in qualche misura, ridefinito l'intera dualità del codice civile, superando (almeno in parte), la «distinzione netta tra quelli con finalità ideali (...) e quelli con finalità egoistiche», unificandoli sotto una disciplina civilistica innovativa⁷⁶: è indubitabile, quindi, che tale intervento si iscriva perfettamente nella finalità di «disegnare l'assetto complessivo dei singoli istituti del diritto civile e del sistema che ne risulta⁷⁷».

A cascata, il legislatore statale è intervenuto anche per dettare una nuova e (auspicabilmente) coerente disciplina tributaria (ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. *e*), Cost.), fermo restando la possibilità per le Regioni di intervenire sui (modesti) tributi propri e sui tributi istituiti dalla legge dello Stato ma il cui gettito sia attribuito alle Regioni e rispetto ai quali quest'ultime abbiano competenza di carattere meramente attuativo, secondo quanto previsto dall'art. 119 Cost.⁷⁸

Altri titoli competenziali nei quali si radica l'intervento legislativo sono la tutela della concorrenza (art. 117, comma secondo, lett. *e*), Cost.), ove si collocano, in special modo, tutte le disposizioni legate ai rapporti con la Pubblica amministrazione e, ancora, quelle fiscali.

⁷⁵ A. SIMONCINI, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 85; A. CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato*, cit., 93 ss. Cfr., *ex multis*, P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, in N. LIPARI (a cura di), *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, Giuffrè, 2003, 27 ss., a giudizio del quale se l'ordinamento civile coincidesse con l'intero diritto privato non troverebbe spiegazione l'inclusione di specifici settori di esso tra le materie di competenza esclusiva dalla legislazione statale (ad es. mercati finanziari, stato civile, opere dell'ingegno).

⁷⁶ P. ADDIS - E.A. FERIOLI - E. VIVALDI, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall'Unità ad oggi*, cit., 210 ss.

⁷⁷ S. BARTOLE, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in N. LIPARI (a cura di), *L'ordinamento civile*, cit., 83.

⁷⁸ Il Codice del Terzo settore, all'art. 82, autorizza le Regioni e gli enti locali, a determinate condizioni (sulle quali si veda *infra*), a prevedere riduzioni o esenzioni di imposta (in particolare, l'art. 82, c.8, dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al d.lgs. n. 446 del 1997).

Più in generale viene in rilievo pure la creazione di una “rete”, sul territorio nazionale di attori della sussidiarietà che svolgono un ruolo essenziale ai fini dell’assicurazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti di diritti civili e sociali di cui all’art. 117, comma secondo, lett. *m*), Cost.⁷⁹.

L’ambito più ampio di intervento della fonte regionale non viene espressamente evocato espressamente, ma è legato alla circostanza che tanto il Codice quanto il decreto legislativo sull’impresa sociale, nell’individuare le attività di interesse generale ove gli ETS possono operare, precisano che tali attività sono svolte «in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l’esercizio» (art. 5, Codice del Terzo settore; specularmente l’art. 2 del d.lgs. n. 112 del 2017). Vi sono apprezzabili margini, quindi, per una disciplina regionale sul Terzo settore che, nell’ambito delle proprie competenze legislative concorrenti e residuali (e non potrebbe essere diversamente), assuma caratteri “promozionali” di determinate attività di interesse generale (che, in precedenza, non erano definite)⁸⁰: la legge regionale, infatti, potrebbe prevedere ragionevoli e proporzionali trattamenti promozionali *ulteriori* per gli ETS iscritti al Registro unico nazionale, nell’ambito delle *politiche regionali* (si pensi al settore sociale, sanitario, ambientale, agricolo, della formazione professionale, ecc.)⁸¹. Ma potrebbe prevedere anche una disciplina dei rapporti fra la Regione e gli ETS, nel solco tracciato dagli articoli 55 e 56 del Codice in tema di coinvolgimento degli ETS nella co-programmazione, co-progettazione, accreditamento e partenariato pubblico privato di servizi di interesse generale.

Non può dimenticarsi, tuttavia, come la dottrina abbia indicato, a mo’ di bilancio dell’esperienza della legge quadro sul volontariato, come l’autonomia regionale, già prima della riforma del Titolo V, avesse dimostrato una «eccessiva libertà» che ha condotto ad una «dannosa e disdicevole discriminazione tra tipologie di volontariato che in una regione sono previste, tutelate e favorite e in un’altra invece, quasi vietate⁸²».

Vi è da chiedersi se le Regioni possano definire attività di interesse generale *ulteriori* rispetto a quelle stabilite dal legislatore statale, ammettendovi, ad esempio, associazioni, fondazioni o comitati che non svolgano (o non in via principale o esclusiva) una attività di interesse generale. La risposta sembra

⁷⁹ A. SIMONCINI, *Il Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 82-83.

⁸⁰ Sul problema del rapporto fra la legislazione nazionale e gli ambiti di autonomia legislativa regionale nel settore delle ONLUS, già prima della riforma del Titolo V, si veda E. ROSSI, *I criteri di identificazione delle Onlus*, cit., 52 ss.; su questo aspetto, cfr., anche, A. CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato*, cit., 104.

⁸¹ Un caso “tipico”, per così dire, è individuato all’art. 57 del Codice, ove si prevede che la legge regionale possa disciplinare mediante affidamento diretto con convenzione il servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza, tenendo conto di una serie di indici e vincoli ivi riportati.

⁸² A. CELOTTO, *Legislazione regionale sul volontariato*, cit., 115.

positiva, dovendosi però precisare che tali enti non potrebbero assumere la qualifica di ETS. In ogni caso, il dubbio pare destinato ad essere confinato sul piano teorico, attesa l'ampia gamma delle attività di interesse generale e, soprattutto, la formulazione assai lasca delle espressioni utilizzate dal legislatore.

Il tema della promozione e del sostegno a determinate attività o forme giuridiche, però, intercetta il nodo alla base dell'impugnativa regionale, proposta ai sensi dell'art. 127 Cost., di alcune disposizioni del Codice del Terzo settore, già in precedenza richiamata. Senza tacere dell'evidente finalità (anche) politica dell'impugnazione⁸³, i motivi di incostituzionalità rilevati dalle Regioni colpiscono l'intera struttura istituzionale dei centri servizi per il volontariato⁸⁴ e la previsione di un fondo per il finanziamento di progetti e attività di interesse generale nel Terzo settore e delle "altre" risorse finanziarie, provenienti dal Fondo nazionale per le politiche sociali (artt. 72 e 73 del Codice del Terzo

⁸³ Appare, infatti, evidente che le Regioni che hanno ricorso alla Corte costituzionale – Lombardia e Veneto – con due ricorsi "gemelli", abbiano inteso rimarcare anche un diverso indirizzo politico, rispetto al Governo centrale. Peraltro, l'opposizione della Regione Veneto è stata il motivo della mancata intesa in Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo. Per i testi dei ricorsi, cfr. ricorso per questione di legittimità costituzionale n. 79 della Regione Veneto sul decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106), artt. 61, comma 2; 62, comma 7; 64; 65; e 72, in relazione all'art. 73, in GU 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.47 del 22-11-2017; ricorso per questione di legittimità costituzionale n. 79 della Regione Lombardia sul decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106), artt. 61, comma 2; 62, comma 7; 64; 65; e 72, in relazione all'art. 73, in GU 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.47 del 22-11-2017.

⁸⁴ I Centri servizi per il volontariato (CSV), già istituiti dall'art. 15 della legge n. 266 del 1991, costituiscono uno degli snodi essenziali del sistema di promozione del volontariato e sono enti costituiti in forma di associazione riconosciuta del Terzo settore da organizzazioni di volontariato e da altri enti del Terzo settore, esclusi quelli costituiti in una delle forme del libro V del codice civile, per lo svolgimento di funzioni di supporto tecnico, formativo ed informativo al fine di promuovere la presenza del ruolo dei volontari negli ETS. Il finanziamento dei CSV deriva dai contributi annuali delle fondazioni di origine bancaria (quindi, risorse di origine privata, ancorché disciplinate ed indirizzate da parte della fonte legislativa), che confluiscono nel c.d. FUN, *Fondo unico nazionale*, amministrato dall'ONC, l'organismo nazionale di controllo, e dagli OTC, organismi territoriali di controllo. L'attività dei CSV, quindi, qualifica e supporta le attività del volontariato "trasversalmente" a tutti gli ETS ed in tutte le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del Codice del Terzo settore (incluse quelle ricadenti nelle materie di competenza legislativa regionale).

settore)⁸⁵. Pur non potendo entrare nel merito delle censure⁸⁶, esse sono accomunate dalla considerazione che queste forme di “sostegno” e di “promozione” (istituzionali e finanziarie) non prevedono alcuna forma di coinvolgimento consultivo, partecipato o co-decisorio delle Regioni, sebbene sia evidente come esse possano determinare rilevanti effetti sulle politiche regionali inerenti ai vari ambiti del Terzo settore.

In questa prospettiva, la riforma del Terzo settore non ha tenuto adeguatamente in considerazione l’assetto istituzionale multilivello e l’autonomia normativa costituzionale spettante alle Regioni. Specialmente nel caso in cui si preveda un trasferimento di risorse da un fondo statale a carattere vincolante, le ai livelli di governo sub-statali in materie di certa spettanza legislativa regionale o nel quale vi sia un groviglio di competenze, la giurisprudenza costituzionale ha indicato quale condizione indefettibile di ammissibilità che le fonti di attuazione prevedano «“a monte” lo strumento dell’intesa con la Conferenza unificata⁸⁷»: condizione che, nel caso di specie, manca.

Ove il ruolo regionale è, invece, problematicamente valorizzato è sul versante delle funzioni amministrative, assai rilevanti per ciò che concerne l’iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS) e del relativo controllo. L’art. 45 del Codice del Terzo settore istituisce presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali il Registro, «operativamente gestito *su base territoriale* e con modalità informatiche in collaborazione con ciascuna Regione e Provincia autonoma, che, a tal fine, individua, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la struttura competente», denominata «*ufficio regionale del Registro unico nazionale del Terzo settore*» che

⁸⁵ Gli artt. 72 (*Fondo per il finanziamento di progetti e attività di interesse generale nel terzo settore*) e 73 (*Altre risorse finanziarie specificamente destinate al sostegno degli enti del Terzo settore*) del Codice del Terzo settore istituiscono due fondi statali, a carattere vincolato quanto alla finalità perseguita, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Il fine, infatti, è il sostegno allo svolgimento delle attività d’interesse generale menzionate all’art. 5 del Codice del Terzo settore, che costituiscono oggetto di iniziative e progetti promossi da enti del Terzo settore. Pur in presenza dell’impugnativa, con D.M. del 13 novembre 2017, sono stati individuati per l’anno 2017 gli obiettivi generali, le aree prioritarie di intervento e le linee di attività finanziabili attraverso le risorse del Fondo di cui all’art. 72, nonché mediante le risorse finanziarie specificamente destinate al sostegno degli enti del Terzo settore a norma dell’art. 73 del Codice (per un totale di euro 91.136.985,00, in parte destinati a progetti a “carattere locale”, individuati dalle Regioni).

⁸⁶ Le censure regionali lamentano, fra l’altro, il mancato rispetto da parte dei decreti legislativi di quanto previsto dalla legge-delega (art. 5) con riferimento alla disciplina dei centri servizi per il volontariato (CSV), non essendo valorizzata la dimensione regionale degli organi di controllo a favore, invece, di organi nazionali.

⁸⁷ Di recente, nella giurisprudenza costituzionale, C.cost. n. 273 del 2013. Nel caso di intreccio di materie, riconducibili alla potestà legislativa statale e regionale (anche residuale), C.cost. n. 168 del 2008, n. 27 del 2010, n. 182 e n. 117 del 2013.

opera quale struttura periferica dell'«*ufficio statale del Registro unico nazionale del Terzo settore*».

L'art. 53 del Codice rinvia ad un D.M., adottato previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, definisce la procedura per l'iscrizione nel RUNTS al fine di «assicurare l'omogenea e piena conoscibilità su tutto il territorio nazionale degli elementi informativi del registro stesso e le modalità con cui è garantita la comunicazione dei dati tra il registro delle Imprese e il Registro unico nazionale del Terzo settore con riferimento alle imprese sociali e agli altri enti del Terzo settore iscritti nel registro delle imprese». L'art. 53, c.2 del Codice prevede che le Regioni, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del D.M., presumibilmente mediante la fonte legislativa regionale, «disciplinano i procedimenti per l'emanazione dei provvedimenti di iscrizione e di cancellazione degli enti del Terzo settore».

La competenza regionale sulla cancellazione presuppone lo svolgimento di una attività di controllo sugli ETS presenti nel territorio regionale (art. 50 e art. 93, c.3 del Codice).

Il *punctum dolens* della previsione è l'apertura ad una frammentazione dei contenuti della disciplina regionale sull'iscrizione e sulla cancellazione (e più in generale sul controllo) degli enti, che verrà ad esistenza, con ogni probabilità, in tempi differenti in ciascun Regione, cosicché l'operatività del RUNTS potrebbe essere differenziata, *a macchia di leopardo*, ponendo altresì il problema dell'inadempimento regionale (risolvibile, forse, con un intervento *ex art.* 120 Cost. o dettando una disciplina statale cedevole nel D.M. istitutivo del Registro).

Peraltro, l'esperienza precedente alla riforma ha mostrato come l'articolazione territoriale dei registri abbia dato vita ad applicazioni, interpretazioni e prassi assai differenti: ciò è senz'altro vero per ciò che riguarda oggi i procedimenti di riconoscimento della personalità giuridica disciplinati dalle Regioni⁸⁸, ma analoghe considerazioni sono estensibili alla gestione dei registri regionali

⁸⁸ Non a caso, il legislatore del Codice del Terzo settore, per rispondere all'esigenza di semplificazione e di unitarietà a livello nazionale, ha istituito (art. 22 del Codice) una procedura derogatoria rispetto a quella prevista dal D.P.R. 361 del 2000, semplificata e riservata ai soli ETS che prevede il riconoscimento della personalità giuridica all'atto dell'iscrizione del RUNTS. Si supera, quindi, il procedimento tipicamente "concessorio" in favore di un modello più vicino a quello previsto per gli enti societari, all'atto dell'iscrizione al Registro delle imprese; ma, soprattutto, si riducono le «notevoli differenze applicative rilevabili da Regione a Regione», specialmente sotto il profilo dell'adeguatezza del patrimonio richiesto dalle diverse leggi regionali: così A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, cit., 158.

del volontariato e della promozione sociale⁸⁹. L'importazione di questa *frammentazione* nel nuovo scenario della riforma del Terzo settore non appare certo una valorizzazione dell'autonomia normativa o amministrativa regionale (confinata entro spazi ma non irrilevanti se riguardati dal lato dell'ETS, spazi determinati dalla fonte legislativa statale e dalla fonte secondaria ministeriale), bensì l'attribuzione di una funzione amministrativa senza probabilmente tenere conto dei criteri indicati dall'art. 118 Cost. che condurrebbero, invece, verso una collocazione della funzione in capo allo Stato. Infatti, o la fonte regionale è ridotta ad una sorta di disciplinare tecnico (e non si comprende la ragione del perché dovrebbe intervenire ciascuna Regione separatamente su una infrastruttura informatica comune), oppure svolge un qualche ruolo di "differenziazione", generando però le perplessità dette⁹⁰.

In una sorta di *excusatio non petita*, è il Codice medesimo che enuncia questa *esigenza unitaria* allorché richiede che il D.M. di istituzione del RUNTS definisca – come si è detto – «regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione e la gestione del Registro unico nazionale del Terzo settore finalizzate ad assicurare l'omogenea e piena conoscibilità su tutto il territorio nazionale degli elementi informativi del registro» (art. 53). Con un linguaggio felpato, tuttavia, è poi lo stesso legislatore statale che confessa il timore di una certa inadeguatezza del sistema così costruito, prevedendo, all'art. 92, c.1, lett. a) del Codice, che il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, fra l'altro, «(...) monitora lo svolgimento delle attività degli Uffici del Registro unico nazionale

⁸⁹ Un quadro efficace della situazione è offerto da C. RANIERI, *Regolazione per la trasparenza: quali strumenti nella riforma del Terzo settore?*, in *Welfare oggi*, 3, 2017 e da G. BARTOLI – V. MENEGATTI, C. RANIERI, *La riforma del Terzo settore e il sistema di registrazione degli enti non profit*, in *Amministrazione in cammino*, 5, 2016, i quali, partendo dalla constatazione che attualmente l'iscrizione ai registri «è diversamente e variamente regolata dalla legislazione nazionale, nonché caratterizzata da una significativa diversità e disomogeneità regionale, che necessariamente si riflette sui territori», concludono che in «sede di decretazione attuativa occorrerebbe prevedere non da ultimo che l'iscrizione a livello regionale avvenga in modo omogeneo tanto per ciò che concerne i requisiti, quanto per le modalità. Particolarmente significativo sarà anche l'interesse sulla gestione del momento di transizione e messa a sistema riferita esplicitamente alla necessità di omologazione dei meccanismi di iscrizione, revisione e controllo».

⁹⁰ Assai significative, in questo senso, le osservazioni del Consiglio di Stato, per il quale «se per un verso, infatti, appare condivisibile la scelta di prevedere una struttura centrale e articolazioni regionali, per altro verso, occorre specificare meglio le regole di istituzione e le competenze delle diverse strutture anche al fine di prevedere norme uniformi sull'intero territorio nazionale per il compimento dei controlli e l'eventuale irrogazione delle sanzioni (articoli 90 e segg.). Si tratta, invero, di un aspetto molto importante perché, anche in considerazione della potestà legislativa esclusiva che lo Stato ha nella materia dell'ordinamento civile (articolo 117, comma 2, Cost.), deve essere scongiurato il pericolo che i controlli e le sanzioni possano seguire regole diverse anche solo a livello di differenti prassi applicative».

del Terzo settore operanti a livello regionale». Quali siano i contenuti e gli effetti di tale monitoraggio, non è dato saperlo: esso appare assai vicino ad una (rediviva) funzione statale di indirizzo e coordinamento.

8. Le fonti degli enti locali

Le fonti degli enti locali sono evocate, dalla riforma del Terzo settore, esclusivamente in alcune misure contenenti clausole che autorizzano interventi di carattere fiscale favorevoli nei confronti degli ETS⁹¹ o che prevedono possibili e determinate misure di sostegno (come, del resto, gli altri enti territoriali e lo Stato)⁹². Ove si cogliesse solo quest'aspetto, tuttavia, si avrebbe una immagine assai parziale delle potenzialità che, implicitamente, si dischiudono a favore degli enti locali nell'orizzonte vasto della riforma del Terzo settore. Ciò avviene, attualmente, in almeno due direzioni.

La prima, assai interessante, attiene alla possibilità di poter disciplinare, con proprio regolamento, alcuni istituti innovativi di cui si trovano tracce anche al di fuori del Codice del Terzo settore.

L'art. 190 del Codice dei contratti pubblici ha disciplinato il c.d. «baratto amministrativo⁹³» che prevede che «gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa». Assume una importanza centrale la disciplina locale del c.d. *contratto di partenariato sociale*, (un

⁹¹ Art. 82 (*Disposizioni in materia di imposte indirette e tributi locali*) del Codice.

⁹² Art. 70 (*Strutture e autorizzazioni temporanee per manifestazioni pubbliche*); art. 71, cc.2-3 (*Locali autorizzati*); artt. 74 e 75, con riferimento alle risorse del fondo istituito dall'art. 73 del Codice.

⁹³ L'art. 190 contiene la disciplina del c.d. *baratto amministrativo*, e sostituisce l'art. 24 del decreto-legge n. 133 del 2014 (c.d. *Sblocca Italia*, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164), rubricato *Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio* (abrogato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, integrativo e correttivo del precedente d.lgs. n. 50 del 2016, c.d. *Codice dei contratti pubblici*). Rispetto alla precedente disposizione, l'art. 190 amplia l'ambito oggettivo di applicazione dei contratti e quello soggettivo, estendendo la possibilità, riservata dall'art. 24 del decreto-legge n. 133 del 2014 ai soli Comuni, a tutti gli enti territoriali. Inoltre, sotto il profilo tributario, elide la necessaria temporaneità delle misure fiscali di favore, aprendosi alla loro previsione in permanenza (e non solo temporaneamente).

accordo sostitutivo del provvedimento, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990⁹⁴), in vista del quale ciascun ente deve definire i criteri e le condizioni in base ai quali i cittadini, singoli ed associati, possono presentare progetti, che devono avere le caratteristiche dell'inerenza ad un determinato territorio ben delimitato. L'ente territoriale può, con regolamento⁹⁵, rinunciare ad una parte del prelievo fiscale, prevedendo esenzioni o riduzioni di tributi commisurate al tipo di attività svolta dal singolo cittadino o dalla associazione o in base all'utilità recata alla comunità di riferimento (torna in rilievo, a questo proposito, il tema degli impatti generati dall'attività).

Accanto a questa ipotesi, di per sé già innovativa, la Corte dei conti ha recentemente precisato⁹⁶ che il nuovo art. 17 del Codice del Terzo settore – che riconosce espressamente la possibilità di svolgere una attività di volontariato *anche* al di fuori di un ETS – consente che gli enti locali «ove ricevano l'offerta spontanea e disinteressata di singoli cittadini disposti a collaborare con l'ente per fini di solidarietà sociale, possono avvalersi del servizio di questi a condizione che tale coinvolgimento nelle attività istituzionali dell'ente non pregiudichi la libera scelta dei volontari e non determini l'instaurazione di vincoli di subordinazione» a condizione che l'ente locale adotti un regolamento che assicuri il rispetto dei caratteri e dei limiti legislativi per l'azione volontaria. Tale ampio riconoscimento, che è giunto all'esito di una intricata vicenda giurisprudenziale⁹⁷, nella quale il «diritto vivente» ha trovato un interstizio attraverso il quale emergere e consolidarsi, apre uno squarcio assai interessante sul ruolo dinamico ed innovativo che la fonte locale può rivestire all'interno del sistema delle fonti del Terzo settore, rompendo schemi interpretativi consolidati.

⁹⁴ Sul quale si rinvia a L. FRANZESE, *Autoregolamentazione e sussidiarietà: oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo e della visione antagonista del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 3, 10271 ss. e F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale*, cit., 169.

⁹⁵ Cfr., su questo aspetto, Deliberazione Corte dei conti Emilia Romagna, sezione regionale di controllo, n. 27/2016/PAR, ha chiarito, con riferimento all'art. 24 del decreto-legge n. 133 del 2014, che l'atto sulla cui base l'ente territoriale può disporre esenzioni o riduzione di tributi, «in base alla previsione contenuta nell'articolo 52 d.lgs. 446/1997 che attribuisce ai Comuni la potestà regolamentare per la disciplina dei tributi locali, fatti salvi gli aspetti riservati alla fonte legislativa statale, debba rivestire la forma regolamentare».

⁹⁶ Corte dei conti, sezione delle autonomie, deliberazione n. 26/SEZAUT/2017/QMIG, 24 novembre 2017, 5. *Contra*, in precedenza, con orientamento restrittivo rispetto alla possibilità di instaurare rapporti di collaborazione fra enti locali e volontari singoli, non inquadrati all'interno di una organizzazione di volontariato, Deliberazione Corte dei Conti Piemonte, sezione regionale di controllo, n. 126/2017/SRCPIE/PAR, Deliberazione Corte dei Conti Lombardia, sezione regionale di controllo, n. 192/2015/PAR e, soprattutto, Deliberazione Corte dei Conti Toscana, sezione regionale di controllo, n. 141/2016/PAR.

⁹⁷ La vicenda è ricostruita, se si vuole, in L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

Tutt'altro che confinati sul piano delle agevolazioni nella fiscalità locale o materiali, i regolamenti locali hanno assunto, nel tempo, il ruolo di *motore* del riconoscimento giuridico di nuove forme di “volontariato”, che stanno diffondendosi capillarmente con una velocità che impressiona: si tratta degli oramai noti casi nei quali cittadini, singoli o associati informalmente, si attivano nei confronti dell'ente locale proponendo attività di interesse generale, a titolo volontario e senza alcuna utilità (neppure di tipo fiscale), volte a migliorare la qualità della vita delle comunità di riferimento⁹⁸.

Su questa traiettoria, le fonti degli enti locali possono intervenire su una pluralità di aspetti, fondandosi sulla disciplina del Codice. Non è possibile, in questa sede, approfondire il tema, ma semplicemente indicare alcune possibili linee di sviluppo. Ad es., non sembrano esservi ostacoli a che la fonte comunale non dia attuazione, nell'ambito della propria competenza, all'art. 55 del Codice in tema di coinvolgimento degli ETS attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione⁹⁹, specialmente laddove il legislatore statale ed il legislatore regionale omettano di dettare una disciplina più completa ed organica, giocando, in tal senso, ancora una volta, da “volano” dell'innovazione e della sussidiarietà, capovolgendo schemi centralistici che mostrano sempre maggiori difficoltà nel tessuto normativo del Terzo settore.

9. La compatibilità con il diritto dell'Unione europea: una disciplina legislativa ad efficacia differita ed incognita

Un tratto significativo del diritto del Terzo settore è costituito dal *versante europeo*, per così dire, che la normativa di favore stabilita per gli ETS presenta. Tale *versante* problematico non è, per la verità, una novità: da sempre, il riconoscimento di un trattamento giuridico e fiscale di favore nei confronti degli ETS ha dovuto misurarsi, non senza tensioni, con il diritto dell'Unione europea principalmente per ciò che concerne la tutela della concorrenza ed il divieto di

⁹⁸ Per una sistemazione teorica del tema, da ultimo, cfr. G. ARENA – C. IAIONE, *L'età della condivisione*, Roma, Carocci, 2017 e G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁹⁹ Ad oggi, l'istituto della co-progettazione è disciplinato esclusivamente (e frammentariamente) dal D.P.C.M. 30 marzo 2001 (adottato in attuazione dell'art. 5, comma 2, della legge n. 328 del 2000, *Legge quadro sul sistema integrato degli interventi e servizi sociali*) e dall'art. 55 del Codice del Terzo settore. Essenziale, tuttavia, è leggere quest'ultima disposizione in combinato con le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, determinazione 20 gennaio 2016, n. 32, recante *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali*. Sulle esperienze di co-progettazione e sulla legislazione regionale di riferimento, U. DE AMBROGIO – C. CERONETTI (a cura di), *La coprogettazione*, Roma, Carocci, 2016.

aiuti di stato. Non è questa la sede per approfondire questa relazione problematica¹⁰⁰: interessa, qui, verificare gli effetti che essa ha avuto sul sistema delle fonti.

Infatti, nell'ambito della riforma, il legislatore ha ritenuto di dover ricondurre alcune misure fiscali di favore entro il perimetro della "legittimità europea", prevedendosi un limite esterno alla loro efficacia costituito dal rispetto dei limiti e delle condizioni previste dalla disciplina degli aiuti di stato¹⁰¹: l'effetto dell'eventuale fuoruscita dai binari "europei" (ad es., per superamento dei limiti quantitativi stabiliti per gli aiuti di stato) dovrebbe essere una dissociazione, assai problematica, fra la vigenza e l'efficacia della norma¹⁰².

In altra occasione, invece, il legislatore ha riproposto una problematica clausola – già prevista nell'ambito del d.lgs. n. 68 del 2011 in tema di federalismo fiscale regionale (art. 5) – che subordina l'adozione di riduzioni o esenzioni di imposta da parte delle Regioni «nel rispetto della normativa dell'Unione europea e degli orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea», gravando l'interprete dell'onere di individuare quale sia il "diritto vivente" sul tema *de quo*, con tutti i margini di incertezza che una simile operazione interpretativa può comportare.

Tuttavia, la necessità di ottenere una verifica della compatibilità con il diritto dell'Unione europea di significativi aspetti dell'assetto fiscale prefigurato dal legislatore, ha indotto il legislatore delegato ad adottare una soluzione, già sperimentata criticamente in altri casi¹⁰³, di sospendere l'efficacia di alcune

¹⁰⁰ Inquadra il tema A. GIOVANNINI, *Il diritto tributario per principi*, cit., 237 ss.

¹⁰¹ È il caso dell'art. 88 del Codice (rubricato *De minimis*), per le quali la compatibilità europea è dichiarata alla condizione che siano mantenute entro «limiti del regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti "de minimis", e del regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti "de minimis" nel settore agricolo». Ma vi sono ulteriori disposizioni fiscali, individuate dall'art. 104, c.1, del Codice del Terzo, per le quali non si prevede la procedura autorizzativa né clausole limitative ma che, a giudizio di A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, cit., 260, susciterebbero «dubbi (...) sull'effettiva compatibilità comunitaria». In senso analogo, anche le osservazioni del Consiglio di Stato, Richiesta di parere, ai sensi dell'articolo 20, comma 3, lettera a), della legge 15 marzo 1997, n. 59, sullo schema di decreto legislativo recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106», Adunanza della Commissione speciale del 31 maggio 2017.

¹⁰² Il caso pare riconducibile a quello indicato da G.U.RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, 96, della legge «che sia in vigore, ma che non possa essere applicata perché sono finiti i mezzi per attuarla (...). La legge che non viene più applicata per mancanza di mezzi viene considerata ancora in vigore».

¹⁰³ Sul punto, anche di recente, il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati ha rilevato problematicamente i casi di norme i cui effetti finali appaiono destinati a prodursi in un momento significativamente distanziato rispetto alla loro entrata in vigore, a causa della necessità di ottenere l'approvazione della Commissione europea in forza di diverse previsioni normative del diritto UE; ciò

norme fiscali agevolative (individuata all'art. 101, c.10 del Codice e 18, c. 9, d.lgs. n. 112 del 2017) in attesa dell'autorizzazione della Commissione europea, richiesta dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, concernente la loro compatibilità con l'articolo 108, par. 3, TFUE in materia di aiuti di stato¹⁰⁴. È questo un caso tipico di scissione fra la vigenza dell'atto e la sua efficacia, la quale è *certa an* (essendo le norme pacificamente vigenti), ma *incerta quando* (non conoscendosi il momento nel quale sarà rimossa la condizione sospensiva dell'efficacia)¹⁰⁵. Ma, si potrebbe aggiungere a questo proposito, non è neppure *certa quomodo*: infatti, qualora la Commissione europea, interpellata, esigesse modificazioni dell'atto legislativo ai fini della sua compatibilità con il diritto dell'Unione, subordinando quindi la propria autorizzazione all'adozione di tali modifiche, si avrebbe una singolare situazione assai complessa da dipanare sul piano delle fonti. Poiché il Governo-delegato non ha richiesto l'autorizzazione in una fase precedente all'emanazione del decreto legislativo¹⁰⁶, un eventuale parere negativo o condizionato della Commissione costringerebbe l'Esecutivo ad intervenire o con un decreto legislativo integrativo e correttivo (ammesso che tale delega sia ancora aperta), o con un decreto-legge (del quale, tuttavia, non si vedrebbero i presupposti di cui all'art. 77 Cost.), oppure, infine, mediante un intervento legislativo.

In tutti questi casi, comunque, vi sarebbe una disciplina pienamente vigente, ma inefficace e, soprattutto, bisognosa di un intervento modificativo poiché in contrasto con il diritto dell'Unione europea (e che, se entrasse in vigore, dovrebbe essere disapplicata dal giudice nazionale). Si tratta di una nuova manifestazione di una "disfunzione" del procedimento di attuazione della delega legislativa che avrebbe richiesto, anche per una elementare esigenza di certezza

rileva, in special modo, ove tali previsioni siano contenute in decreti-legge, poiché denunciano *ictu oculi* la carenza del requisito dell'immediata applicazione, previsto dall'articolo 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988. Si veda, a tal proposito, il parere reso sull'A.C. 2658 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91*) e sull'A.C. 1920 (*Conversione in legge del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145*).

¹⁰⁴ L'art. 108, par. 3, TFUE prevede che «alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale».

¹⁰⁵ Cfr., per l'individuazione di questa fattispecie, G.U.RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 95, che fa riferimento al caso dell'atto legislativo «(temporaneamente) sospeso: esso resta ufficialmente in vigore, ma, per un tempo determinato o determinabile (quando il tempo è *certus an*, ma *incertus quando*) non è applicabile».

¹⁰⁶ Sul punto, si vedano le osservazioni di S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007, 458 ss.

del diritto, che il quadro di compatibilità europea fosse definito *ex ante* rispetto all'emanazione dei decreti legislativi. Ciò non è stato possibile – come si è già veduto – per la ristrettezza del termine accordato al Governo per l'esercizio della delega: cosicché una fase essenziale dell'istruttoria endo-governativa ai fini della determinazione del contenuto dell'atto legislativo delegato è stata collocata al di fuori del procedimento e, sostanzialmente, sottratta alla possibilità di una interlocuzione con i soggetti “consulenti” in ordine ai suoi contenuti ed effetti (commissioni parlamentari e Conferenza unificata).

Il “fianco” europeo del diritto del Terzo settore mostra quindi un aspetto di debolezza assai rilevante: ad oggi, infatti, la disciplina civilistica è già pienamente efficace, mentre per quella fiscale opera una sopravvivenza, a tempo indefinito, della disciplina precedente, non potendosi conoscere (ammesso che la Commissione europea rilasci l'autorizzazione nulla osservando) il *quando* essa entrerà in vigore. È un regime transitorio di lunga durata ma parziale (perché riguarda solo le norme soggette ad autorizzazione europea) e che prefigura un sistema delle fonti *a doppia velocità* (immediatamente efficace la parte civilistica, da un lato, e con efficacia differita quella tributaria, dall'altro) che provoca “contorsioni” per gli ETS in attesa di una disciplina (conforme al diritto UE) pienamente efficace¹⁰⁷.

10. E l'autonomia privata? Considerazioni a proposito della principale fonte del diritto del Terzo settore

In una ricostruzione critica del sistema delle fonti del diritto del Terzo settore, in verità, l'attesa dell'interprete è che la posizione principale debba essere occupata dall'autonomia privata dei soggetti giuridici ETS, costituiti in una delle forme previste dal codice civile, quale espressione della libertà di associazione finalizzata, nel quadro costituzionale, allo svolgimento di attività di interesse generale che i pubblici poteri sono chiamati ad “agevolare” (art. 118, u.c. Cost.).

L'art. 1 del Codice chiarisce l'orizzonte concettuale della riforma stabilendo un nesso finalistico fra il riordino e la revisione organica della disciplina in tema di ETS ed il sostegno all'«autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di

¹⁰⁷ Nota E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 267-268 una importanza crescente del diritto transitorio, ovvero di norme, pienamente vigenti, la cui efficacia è subordinata all'adozione di atti successivi, in grado di sbloccarla, costringendo ad individuare *tecniche* non sempre adeguate per l'avvicendamento tra norme vecchie e nuove. Nel regime transitorio, come è ovvio, assumono rilevanza fonti come le circolari e le note interpretative: nel nostro caso, è intervenuta una lettera direttoriale, a firma del Direttore generale - Direzione Generale del Terzo Settore e della Responsabilità sociale delle imprese, *Codice del Terzo settore. Questioni di diritto transitorio. Prime indicazioni*, 29 dicembre 2017.

cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione». L'art. 2, invece, precisa che il riconoscimento del valore e della funzione sociale degli ETS, dell'associazionismo in generale, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, avviene «salvaguardandone la spontaneità ed autonomia», favorendone «l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» *anche* mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali: dunque, una ampia valorizzazione dell'autonomia privata. Tali enunciazioni di principio discendono direttamente dai principi della legge delega n. 106 del 2016 che ha inteso – almeno in linea di principio – valorizzare l'esercizio della autonomia statutaria degli enti del Terzo settore.

Si deve esprimere una valutazione sul ruolo che le fonti dell'autonomia privata sono chiamate a svolgere all'interno del *nuovo* diritto del Terzo settore. Giova, a tale scopo, riprendere l'impostazione espressa in apertura di questo contributo rispetto alla finalità ed ai contenuti di una disciplina giuridica degli ETS: sulla scorta della loro puntuale definizione in termini paradigmatici – si è detto – è necessario che il legislatore stabilisca, in attuazione dell'art. 118, u.c., Cost. una disciplina di favore (rispetto a quella di diritto comune), radicata nell'attuazione di valori costituzionali e contenuta entro limiti di proporzionalità rispetto alla meritevolezza dei fini perseguiti, delle attività svolte, delle modalità adottate e degli esiti conseguiti; dall'altro, è doveroso che il legislatore stabilisca *oneri*, più o meno penetranti, in relazione alla necessità di garantire la verificabilità permanente della permanenza all'interno del paradigma normativo degli ETS (nesso di strumentalità), comunque contenuta entro limiti di proporzionalità, evitando cioè di comprimere *inutiliter* l'autonomia statutaria degli enti solo perché essi si trovano a svolgere determinate attività o a perseguire certe finalità che presentano profili di vicinanza, più o meno marcati, col potere pubblico o ricevono sostegni ed incentivi economici¹⁰⁸.

Sulla valutazione da dare non può non influire lo “stravolgimento”, di cui si è ampiamente detto, derivante dall'inattuazione parziale della legge delega

¹⁰⁸ Questa esigenza è lucidamente richiamata, nella prospettiva del diritto costituzionale, da E. ROSSI, *Le formazioni sociali*, cit., 184, a giudizio del quale è rischioso «limitare l'autonomia di alcune formazioni sociali per il solo fatto di porsi rispetto ad altre in atteggiamento di maggior collaborazione con lo Stato; e se è vero da un lato che l'esercizio di funzioni “pubbliche”, specie là dove accompagnato da forme di finanziamento statale, può far ritenere opportuno un più marcato sistemi di controlli, è anche vero che questo non è necessario in assoluto, essendo possibile prevedere forme di collaborazione che non si traducono in limiti all'autonomia».

nella parte concernente la revisione del Titolo II del Libro I c.c.: infatti, la disciplina civilistica di diritto comune finisce per costituire una sorta di *tertium comparationis* per saggiare la ragionevolezza delle limitazioni all'autonomia statutaria degli ETS e per misurarne l'intensità alla luce di un criterio di proporzionalità. Non è indifferente, infatti, che il codice civile sia rimasto sostanzialmente immutato: ne deriva che fra le due fonti – la disciplina degli ETS contenuta nel Codice e nel d.lgs. n. 112 del 2017, da un lato, ed il codice civile, dall'altro – si apre, come già rilevato in precedenza, una faglia fra enti *iper-regolati* ed enti *ipo-regolati*. Si tratta di scandagliare l'ampiezza e la profondità di questa faglia, alla luce del diritto costituzionale.

L'esito finale della riforma pare consegnare una autonomia statutaria degli ETS significativamente ristretta rispetto a quella delimitata dalla pur frammentaria e caotica legislazione precedente: perciò, pur essendo la sistemazione della materia assai apprezzabile (ancorché non esente da critiche, come si è visto, soprattutto per ciò che attiene al rapporto di specialità fra il diritto comune, la disciplina generale del Codice del Terzo settore e la disciplina speciale dettata per i diversi tipi di ETS), cionondimeno si deve rilevare come il legislatore abbia inteso irrigidire e presidiare fortemente, con norme limitative, alcune aree di autonomia "sensibili" degli ETS. Ne risulta, dunque, che la fonte legislativa (ed anche quelle sub-legislative, come si è veduto, esprimendo un giudizio critico) si sostituisce autoritativamente alla libera determinazione degli associati, senza esprimere sempre chiaramente né quel nesso di strumentalità né quella misura di proporzionalità che si sono identificati come condizione di legittimità costituzionale degli oneri imposti alla libertà di associazione.

Una disamina delle principali norme incidenti sulla libertà di determinare l'ordinamento interno e l'amministrazione rende più comprensibile quanto si è sostenuto.

Anzitutto, con riguardo alle associazioni ed alle fondazioni del Terzo settore, tale situazione si apprezza nella qualificazione di alcune norme concernenti l'ordinamento interno come «inderogabili» (salvo alcuni casi tassativamente indicati dal legislatore di derogabilità... dell'inderogabilità). Per la grande parte delle norme concernenti l'ordinamento degli ETS, il legislatore detta una disciplina *suppletiva*, assai ampia, destinata a trovare applicazione allorquando gli statuti e gli atti costitutivi nulla dispongano diversamente o in contrario. È una scelta opportuna che consente di colmare le eventuali lacune statutarie, riducendo la necessità di ricorrere all'applicazione sussidiaria delle norme previste per le associazioni riconosciute o, addirittura, di ricorrere all'analogia con

le norme per le società commerciali¹⁰⁹. In realtà, dopo la riforma del Terzo settore, la distinzione fra associazione non riconosciuta ed associazione riconosciuta scolorisce alquanto, poiché a tutte si applica la disciplina unitaria prevista per le *associazioni e fondazioni del Terzo settore* (Titolo IV).

Vi è poi una ampia gamma di disposizioni inderogabili che si pongono quale limite esterno all'autonomia statutaria delle associazioni e delle fondazioni.

Si tratta delle norme che disciplinano le competenze "inderogabili" delle assemblee delle associazioni (art. 25¹¹⁰); alcuni aspetti del funzionamento delle medesime assemblee (art. 24, c.2: il c.d. principio *una testa, un voto*); parte delle regole concernenti la nomina degli amministratori delle associazioni (art. 26, c.2); l'applicabilità diretta delle norme concernenti il regime della responsabilità agli amministratori delle società, ancorché in assenza di una attività di impresa (artt. 27-29, sebbene i principi ed i criteri di delega fossero orientati in altra direzione¹¹¹); l'istituzione obbligatoria di un organo di controllo, con determinate caratteristiche e competenze, al ricorrere di talune condizioni (art. 30); la previsione della revisione legale dei conti, con determinate caratteristiche e competenze, al ricorrere di determinati indici di attività economica (art. 31). Nell'ambito delle imprese sociali (che possono costituirsi anche nelle forme previste dal libro V c.c.), il legislatore, pur avendo rimesso all'autonomia statutaria la definizione circa «i casi e le modalità della partecipazione dei lavoratori degli utenti, anche tramite loro rappresentanti, all'assemblea degli associati o dei soci» (art. 11, c.4, lett. a)), ha comunque previsto, in forma cogente, la nomina di componenti dell'organo di amministrazione e dell'organo di controllo da parte di soggetti estranei alla base sociale dell'ente-impresa sociale ma

¹⁰⁹ Per una ricostruzione del complesso dibattito nella dottrina sull'applicazione in via analogica o sull'applicabilità in via diretta delle norme per le associazioni riconosciute, si veda ora V. MONTANI, *Art. 36 – Ordinamento e amministrazione*, cit., 67 ss.

¹¹⁰ L'elencazione delle competenze inderogabili dell'assemblea può essere derogata, nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali, dalle associazioni che hanno un numero di associati non inferiore a cinquecento (art. 25, c.2) e dalle reti associative (art. 41). La disposizione sembra preordinata (strumentalità) a tutelare la posizione dei soci, attribuendo una serie di competenze che non possono essere soggette a modifica in sede statutaria: tuttavia, il rigido schematicismo potrebbe mortificare la sperimentazione di diversi modelli di governo degli ETS (quindi, appare dubbia la proporzionalità della misura).

¹¹¹ La legge delega n. 106 del 2016 prevedeva che «alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto del codice civile, in quanto compatibili, (...)». In questo caso, invece, l'estensione del regime delle responsabilità è stato esteso de plano a tutti gli enti del Terzo settore, a prescindere dalla forma giuridica assunta o dallo svolgimento dell'attività di impresa. Perplexità sul punto sono manifestate dal Consiglio di Stato, Consiglio di Stato, Richiesta di parere, ai sensi dell'articolo 20, comma 3, lettera a), della legge 15 marzo 1997, n. 59, sullo schema di decreto legislativo recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106», Adunanza della Commissione speciale del 31 maggio 2017, 3- *Rilievi generali sull'atto normativo, lett. d).*

portatori di un *interesse* rispetto all'impresa, quali utenti e soci, al ricorrere di determinati limiti dimensionali (art. 11)¹¹².

Per ciò che attiene alle misure di trasparenza e pubblicità, in aggiunta agli obblighi di pubblicazione degli atti e delle notizie rilevanti nel Registro unico nazionale del Terzo settore (che saranno individuati con D.M. e che saranno pubblici, ai sensi dell'art. 45 del Codice), si prevede un significativo regime di pubblicità di alcuni documenti o informazioni per tutti gli ETS, in qualsiasi forma costituiti: è il caso del bilancio sociale (art. 14, c.1.; art. 9 d.lgs. n. 112 del 2017¹¹³), degli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati (art. 14, c.2¹¹⁴), cui si sommano gli adempimenti pubblicitari previsti *aliunde*¹¹⁵.

¹¹² L'art. 11, c.1, lett. b), prevede che «nelle imprese sociali che superino due dei limiti indicati nel primo comma dell'articolo 2435-bis del codice civile ridotti della metà, la nomina, da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti di almeno un componente sia dell'organo di amministrazione che dell'organo di controllo». Nota L. FAZZI, *La riforma del Terzo settore e impresa sociale*, in *Animazione sociale*, 7, 2017, 32 che tali obblighi sono «antidoti a gestioni poco trasparenti delle organizzazioni», ma li ritiene «piuttosto generici o addirittura debolissimi nel caso delle organizzazioni più esposte sul fronte economico e occupazionale». Se tale finalità appare condivisibile, è il rapporto di strumentalità e di proporzionalità che convince poco: infatti, non vi è una immediata correlazione fra la nomina di (almeno) un amministratore e l'esigenza di assicurare trasparenza della gestione, risultando altresì assai difficile perimetrare gli *utenti*, l'irragionevolezza della equiparazione fra quest'ultimi e i lavoratori.

¹¹³ Il bilancio sociale è previsto come obbligatorio per tutte le imprese sociali; per tutti gli altri ETS è obbligatorio se hanno ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori ad un milione di euro (semberebbe sempre obbligatorio, invece, per gli enti filantropici, di nuova istituzione nel Codice) e deve essere depositato presso il RUNTS e pubblicato nel sito internet (un regime di *ultra pubblicità*!). Il bilancio sociale è redatto secondo linee guida ministeriali, sentiti la Cabina di regia (art. 97 Codice) e il Consiglio nazionale del Terzo settore, e tenendo conto, tra gli altri elementi, della natura dell'attività esercitata e delle dimensioni dell'ente, anche ai fini della valutazione dell'impatto sociale delle attività svolta.

¹¹⁴ Gli ETS con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a centomila euro annui devono in ogni caso pubblicare annualmente e tenere aggiornati nel proprio sito internet, o nel sito internet della rete associativa cui aderiscano, «gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati». Si tratta di una misura che incide assai profondamente sulla modalità di gestione dell'ente, obbligando ad un adempimento assai oneroso e sproporzionato rispetto allo scopo perseguito che parrebbe essere una forma di verifica diffusa di qualsiasi trasferimento monetario ai soggetti indicati dalla norma.

¹¹⁵ Più recentemente, il legislatore ha inaugurato una linea di politica legislativa volta ad attrarre, senza significative distinzioni, gli enti (specialmente del Terzo settore) che svolgono attività di interesse generale in rapporto con la P.A. o, comunque, con finanziamenti pubblici nella disciplina normativa volta ad assicurare la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (con tutti i problemi che ciò può comportare, anche in punto di ragionevolezza dell'estensione): si veda, es., il d.lgs. n. 33 del 2012, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Assai critico, a tal proposito, L. FAZZI, *La riforma del Terzo settore e impresa sociale*, cit., 26 ss.

Sul versante delle norme speciali per i singoli enti del Terzo settore, inoltre, la disciplina prevede l'esclusione della possibilità per enti che abbiano assunto determinate forme giuridiche di assumere la veste di organizzazioni di volontariato (ODV, limitata alle sole associazioni: perché non estesa a fondazioni e comitati?), di ente filantropico (limitata alle associazioni riconosciute ed alle fondazioni: perché non alle associazioni non riconosciute?), di rete associativa (limitata alle sole associazioni: perché non alle fondazioni?). Inoltre, si aggiunga la previsione di un limite minimo di soci persone fisiche o giuridiche per le ODV e per le associazioni di promozione sociale (APS), davvero poco comprensibile se non con una finalità di riduzione delle realtà associative più piccole, di dubbia costituzionalità¹¹⁶. Per taluni enti, poi, la rigidità delle prescrizioni imposte agli statuti e la fissazione di stringenti vincoli funzionali è ancora più forte, in relazione alla finalità perseguita: è questo il caso dei centri servizi per il volontariato e degli organismi di controllo, nazionali e territoriali, cui è dedicato ampio spazio nell'economia del Codice del Terzo settore, espressione di una certa sfiducia nei confronti della capacità di determinarsi liberamente di questi enti¹¹⁷.

Ulteriori indici di una penetrazione profonda della fonte statale dentro l'autonomia privata è rappresentata dalla disciplina specifica dei rapporti di lavoro,

¹¹⁶ Il Codice prevede che, ai fini dell'assunzione della qualifica di ODV o APS, gli enti debbono essere costituiti da almeno sette soci persone fisiche o almeno tre persone giuridiche (artt. 32 e 35). Diversamente, l'ente può assumere solo la qualifica di ETS semplice. Addirittura, la citata lettera direttoriale, a firma del Direttore generale - Direzione Generale del Terzo Settore e della Responsabilità sociale delle imprese, Codice del Terzo settore. Questioni di diritto transitorio. Prime indicazioni, 29 dicembre 2017, sembrerebbe indicare l'esigenza che enti già costituiti precedentemente all'entrata in vigore del Codice, debbano integrare i propri atti costitutivi per raggiungere il fatidico limite dei sette soci persone fisiche o tre soci persone giuridiche. Davvero difficile cogliere la *strumentalità* della disposizione *de qua* rispetto al regime di favore predisposto dal legislatore.

¹¹⁷ Il sistema di finanziamento e funzionamento dei CSV è disciplinato da una serie così penetrante di norme da non avere alcun corrispondente nell'ordinamento vigente per le persone giuridiche private (Titolo VIII, Capo II, Codice del Terzo settore). Esse sembrano giustificate dalla finalità istituzionale loro affidata («organizzare, gestire ed erogare servizi di supporto tecnico, formativo ed informativo per promuovere e rafforzare la presenza ed il ruolo dei volontari negli enti del Terzo settore, senza distinzione tra enti associati ed enti non associati, e con particolare riguardo alle organizzazioni di volontariato», art. 63), dalle funzioni di auto-controllo di cui sono investiti (art. 92, c.1, lett. b)), dalla natura delle risorse finanziarie loro affidate di provenienza delle fondazioni di origine bancaria (art. 62) e delle conseguenti norme fiscali di favore previste per quest'ultime (il credito di imposta di cui all'art. 62, c.6). La questione è che buona parte della rigidità normativa che presidia l'autonomia statutaria delle associazioni è del tutto priva di alcun collegamento con le specificità istituzionali dei CSV e sproporzionata, in ogni caso, rispetto alla finalità: si configura una sorta di diritto *specialissimo*, dal sapore tutorio.

soprattutto per ciò che concerne il limite numerico rispetto alla eventuale presenza di volontari (artt. 33 e 36 del Codice; art. 13, c.2, d. lgs. n. 112 del 2017)¹¹⁸ nonché il *quantum* del salario che può essere corrisposto ai lavoratori (che incide, in forme inedite, l'autonomia contrattuale delle parti) ed un sibillino richiamo alla disciplina della contrattazione collettiva (art. 16, Codice del Terzo settore; art. 13, d.lgs. n. 112 del 2017)¹¹⁹.

Anche la disciplina generale del volontariato esprime una tendenza al restringimento dell'autonomia privata, stabilendosi uno statuto assai stringente e legislativamente determinato per ciò che attiene ai rimborsi delle spese effettivamente sostenute e documentate (art. 17, Codice)¹²⁰.

Anche nel disciplinare la fase transitoria, il legislatore non ha ommesso di intervenire al “cuore” – potrebbe dirsi – dell'autonomia statutaria degli enti, prevedendo che le modifiche agli statuti, in adeguamento al Codice, possono essere adottate, nel periodo transitorio, «con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria» (art. 101, c.2 del Codice): cosicché, con una sorta di inserzione automatica di una clausola statutaria generalizzata ed *ad tempus* (entro il limite stabilito per l'adeguamento) in tutti gli statuti degli enti già iscritti nei registri, si è prevista la facoltà di modificare gli

¹¹⁸ Le ODV possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente «nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari» (art. 33); le APS possono assumere «lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura, anche dei propri associati, (...) solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari o al cinque per cento del numero degli associati» (art. 36). Nelle imprese sociali, invece, «è ammessa la prestazione di attività di volontariato, ma il numero dei volontari impiegati nell'attività d'impresa, dei quali l'impresa sociale deve tenere un apposito registro, non può essere superiore a quello dei lavoratori» (art. 13, d.lgs. n. 117 del 2012).

¹¹⁹ Con la finalità di assicurare trasparenza sulle condizioni di lavoro e la tendenziale eguaglianza dei lavoratori all'interno degli ETS e delle imprese sociali, il legislatore è intervenuto pesantemente nell'ambito dell'autonomia privata, senza tenere conto dell'effettiva dinamica salariale di ciascun ente del Terzo settore, prevedendo che «la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda».

¹²⁰ La disciplina generale del volontariato, assai attesa, è contenuta agli artt. 17-19 del Codice. Accanto alla opportuna definizione di «volontario», l'art. 17, c.4 stabilisce modalità dei rimborsi per lo svolgimento dell'attività di volontariato ed un limite per la possibilità di rimborsi autocertificati entro limiti assai stringenti, valevoli per tutti indistintamente (tranne le attività di volontariato aventi ad oggetto la donazione di sangue e di organi) ed espressi in termini assoluti (10 euro giornalieri e 150 euro mensili). Probabilmente, col lodevole fine di preservare la genuinità del volontariato e la sua distinzione rispetto ai rapporti di lavoro, si è prevista una disciplina eccessivamente rigida, che rischia di incontrare una rapida obsolescenza (si potrebbe ritenere una norma a forte sospetto di non proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito).

statuti... senza rispettarne la disciplina sulla modifica (o in deroga alla disciplina codicistica). Ciò che apparentemente potrebbe rappresentare una norma di favore, in realtà è una riduzione della solennità dell'approvazione di una scelta statutaria ad un adempimento formale, a carattere prevalentemente recettizio (il che, in effetti, non pare essere¹²¹).

La specializzazione della disciplina della libertà di associazione non è una novità ed ha portato nel corso del tempo alla creazione di *statuti settoriali*, nei quali la disciplina del codice civile tende ad assumere un carattere basilare (definendo solo i caratteri essenziali del *tipo* giuridico), ma assolutamente residuale¹²². Ciò che colpisce, nello *statuto settoriale* fondato dal Codice del Terzo settore, è la tendenziale “pervasività” del legislatore, che ha inteso non tanto dettare principi generali che conformino l'autonomia organizzativa e amministrativa (la c.d. *democraticità* interna, la trasparenza, la tutela dei soci, la tutela dei terzi, ecc.) affidandone alle fonti dell'autonomia privata l'attuazione; al contrario, sul presupposto della difficile attuazione e verifica *in concreto* di tali principi¹²³, ha preferito definire *per legem* gli elementi specifici di un “modello” di ordinamento interno a carattere democratico, con alcuni tratti di rigidità gestionale e puntuali adempimenti di rendicontazione e trasparenza, connotati da una certa dose di “astrazione” rispetto alla realtà di fatto nella

¹²¹ L'art. 101, c.2, afferma che «gli statuti si adeguano alle disposizioni del presente decreto entro diciotto mesi dalla data della sua entrata in vigore». L'*adeguamento*, però, è una fase di scelta assai complessa che presuppone scelte sia in ordine alla veste giuridica *speciale* eventualmente da assumere, sia alla possibile deroga rispetto alla disciplina legale sia, infine, al *come* recepire le prescrizioni obbligatorie del Codice (ad es., la scelta sull'organo di controllo monocratico o collegiale). Una scelta siffatta suggerirebbe una particolare *solennità* all'interno degli ETS, quantomeno con la finalità di responsabilizzare rispetto alla collocazione prescelta entro il perimetro giuridico del Terzo settore.

¹²² Di recente, lo nota proprio con riferimento proprio alla nuova disciplina sul Terzo settore E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 ottobre 2017, 16.

¹²³ In generale, il requisito della democraticità interna è ritenuto come difficile da tradurre nella regolamentazione statutaria e nella prassi associativa. La dottrina ha opportunamente evidenziato la natura squisitamente politica della nozione di “democraticità interna” al punto da essere ritenuta «un'astrazione incapace di concreti e rilevanti sviluppi pratici», così G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, Giuffrè, 1977, 93; cfr., anche le riflessioni assai problematiche riferite alla legislazione vigente M. GORGONI, *Criteri di democraticità interna delle Onlus*, in L. BRUSCUGLIA – E. ROSSI (a cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche*, cit., 217 e della stessa A., *Art.3*, in L. BRUSCUGLIA (a cura di), *Commento alla legge quadro sul volontariato*, Padova, Cedam, 1993, 31 che nota come «non avrebbe senso procedere a tipizzazioni, essendo rimesso all'ente il compito di individuare gli strumenti in concreto idonei a garantire la democraticità della struttura, la quale deve essere considerata come il punto di arrivo di tutte le scelte compiute anziché come insieme di singole ed isolate prescrizioni. In quest'ottica, la democraticità diviene più un criterio ispiratore delle scelte statutarie in tema di struttura e di funzionamento: il legislatore avrebbe volontariamente pretermesso qualsiasi definizione, e l'elencazione degli strumenti preposti alla garanzia della democraticità interna non avrebbero valore tassativo, bensì sarebbe meramente esemplificativa».

quale gli ETS si costituiscono ed operano (specialmente se si pensa alla varietà di dimensioni, organizzazione ed attività degli enti). Sotto altro aspetto, però, una puntuale determinazione legislativa dei caratteri dell'ordinamento e dell'amministrazione degli enti, non rimessa esclusivamente alla fonte dell'autonomia privata, contribuisce a ridurre il tasso di discrezionalità di cui dispone la Pubblica amministrazione in sede di accertamento del possesso e del mantenimento dei requisiti ai fini dell'iscrizione al RUNTS¹²⁴: in altri termini, il sacrificio (di una parte) della *libertà* di autorganizzazione al prezzo della (accresciuta) *certezza* del diritto, quantomeno ai fini dell'iscrizione.

L'intarsio fra la fonte legale e quella dell'autonomia privata rivela, nella riforma, una prevalenza della prima a favore della seconda, relegata ad essere in grande parte o meramente *recettizia* delle prescrizioni legali ed autenticamente *libera* di esplicarsi solo in spazi interstiziali. Si realizza, così, una compressione degli spazi dell'autonomia associativa ad opera dell'autorità, al di là – a giudizio di chi scrive – di quel nesso di *strumentalità* con l'esigenza di assicurare una verificabilità del possesso dei requisiti che ammettono alle agevolazioni (costituzionalmente fondate) e oltre quel canone di *proporzionalità* che dovrebbe indurre alla minore compressione possibile dell'ambito attribuito all'autonomia degli enti.

La compressione è ancora più evidente ove si consideri la permanente vigenza delle “carne” norme del codice civile per la generalità degli enti del Libro I c.c., e specialmente per le associazioni non riconosciute, il modello più diffuso in assoluto e per il quale vale la più ampia libertà degli accordi fra gli associati come “fonte” sostanzialmente primaria: una libertà *bon à tout faire*, che piega le forme del codice civile a qualsiasi fine ed attività.

11. Considerazioni conclusive. Sistema delle fonti e Terzo settore: problemi interni, effetti di sistema.

La domanda sulle fonti ove sia effettivamente dislocato il potere normativo nel diritto del Terzo settore può trovare, ora, una prima risposta, suscettibile di essere meglio precisata nel corso del tempo, alla luce dell'applicazione del nuovo quadro normativo.

La scelta di innovare e riordinare la disciplina del Terzo settore all'interno di un Codice costituisce – lo si è detto – la novità di maggiore rilievo sul piano delle fonti, nell'ottica costituzionale di definire, promuovere e governare lo sviluppo di questo rilevante gruppo di formazioni sociali. Tuttavia, si è trattata di una scelta condotta in modi assai imperfetti, in due direzioni almeno: la prima, per la sua *incompletezza*, permanendo parti rilevanti della legislazione al di

¹²⁴ Sul punto, cfr. F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 313-314.

fuori del Codice; la seconda, per il suo rinviare alle fonti secondarie la possibilità di modificare o di integrare la disciplina primaria, dislocando così nel dominio del potere esecutivo la possibilità di *espellere* ed *includere* entro il Terzo settore.

Altra sfida è la capacità del Codice di farsi *metodo della legislazione*, in senso dinamico, non rimanendo semplicemente come “manifesto” del Terzo settore in una certa stagione politica: se, infatti, il Codice è modificato implicitamente da fonti che non incidono espressamente sui suoi contenuti, il valore di *certezza giuridica* che esso porta con sé rischia, a poco a poco, di dissolversi. I segnali sono poco incoraggianti, in questa direzione.

L’ambito *naturale* delle fonti regionali e locali pare essere quello di intervenire nell’ambito della promozione delle attività e delle finalità del Terzo settore, riconoscendo per prime – come fonti dotate di maggiore *prossimità* rispetto ai fenomeni sociali – nuove istanze che chiedono di essere qualificate, disciplinate e promosse. Il rischio di una *frammentazione regionale*, invece, è assai percepibile e temuto per quanto concerne il sistema delle funzioni amministrative di registrazione degli ETS, al punto che questo potrebbe rivelarsi un punto di debolezza di rilevanza costituzionale, incidendo sul diritto degli enti di poter accedere (o meno) al regime di favore in condizioni di eguaglianza.

L’interazione fra il diritto del Terzo settore ed il diritto dell’Unione europea ha fondato un complesso *diritto transitorio*, in parte – come si è visto – frutto anche di una certa inadeguatezza della procedura di adozione dei decreti legislativi nel consentire una adeguata istruttoria precedente all’entrata in vigore. L’effetto, sul piano applicativo, è l’instaurazione di un regime di “passaggio” di durata indefinibile, in attesa dell’acquisizione dell’efficacia delle disposizioni sottoposte a verifica della compatibilità con il diritto europeo (con esiti imprevedibili, sul piano delle fonti, qualora tale compatibilità non fosse verificata).

Il dato più rilevante, tuttavia, è che la risultante del sistema delle fonti così delineato è una contrazione delle fonti dell’autonomia privata rispetto al passato. Si può affermare che è questo un carattere distintivo del “nuovo” diritto del Terzo settore. L’assetto delle fonti rispecchia fedelmente il complessivo bilanciamento fra valori costituzionali che è orientato più alla valorizzazione degli *oneri* rispetto all’*ampliamento* degli spazi di libertà, allorché si accordi un regime di favore. In altri termini, il riconoscimento di una norma di *maggiore favore* si accompagna alla definizione, nella forma giuridica dell’*onere*, di puntuali paradigmi legali da rispettare che definiscono costituzione, organizzazione e funzionamento degli enti, più che essere l’occasione per lasciare spazi alla crescita di una libertà “responsabile” e “ragionevole”. Peraltro, tali paradigmi non sempre ben definiti e rinviati spesso a fonti di rango secondario (o addirittura ulteriori).

Ciò determina – ad avviso di chi scrive – almeno tre effetti di sistema.

Il primo è lo smarrimento della dimensione propriamente costituzionale del rapporto fra *agevolazione* (costituzionalmente prevista *ex art. 118 Cost.*) ed *onere* (da trattenere entro i limiti di ammissibilità costituzionale), a favore tendenzialmente della scelta dell'*onere più invasivo*, alla ricerca di un impossibile controllo permanente sulla creativa libertà del Terzo settore; controllo da esibire alla pubblica opinione con finalità essenzialmente dimostrative, soddisfacendo il latente interesse ad una «sorveglianza diffusa»¹²⁵, che forse avrebbe bisogno di essere costituzionalmente qualificato in forme più attente.

Il secondo è la creazione di una sempre più difficile *tensione* fra il “povero” diritto comune del codice civile e la puntuale disciplina civilistica degli ETS. La faglia che si è creata – si sospetta – sarà riempita, prima o dopo, o da un legislatore (magari irruento, con il rischio di una invasività eccessiva) o da una giurisprudenza particolarmente proattiva, che valorizzi puntualmente il contenuto della legge delega n. 106 del 2016, attuata *solo* per gli ETS.

Il terzo – e più rilevante – è la dubbia capacità della nuova disciplina di salvaguardare l'autonomia, l'innovatività e l'originalità degli ETS, sollecitando azioni e comportamenti preordinati al soddisfacimento di un interesse generale, nella prospettiva di una permanente attuazione costituzionale. Se già con riferimento alla precedente legislazione si nutriva qualche timida perplessità¹²⁶, oggi pare esservi qualche motivo in più per tenere alta la vigilanza.

¹²⁵ Riprendendo l'espressione di F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 298 ss

¹²⁶ A proposito della legge quadro sul volontariato n. 266 del 1991, cfr. le illuminanti considerazioni C. MIRABELLI, *Considerazioni conclusive*, cit., 587 ss. e, in particolare, 589.