

JUS- ONLINE

ISSN 1827-7942

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 3/2018

LUIGI BENVENUTI	2
Principio di sussidiarietà, diritti Sociali e <i>welfare</i> responsabile. Un confronto tra cultura sociologica e cultura giuridica	
MARCELLO CLARICH – BARBARA BOSCHETTI	28
Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma	
ERNESTO BIANCHI	44
Evandro, Augusto. <i>Auctoritas, potestas, imperium</i> . Brevi annotazioni storiche e semantiche	
ANNAMARIA MANZO	57
Quinto Elio Tuberone e il suo tempo	
ANNA BELLODI ANSALONI	77
Il processo di Gesù: dalla flagellazione alla crocifissione	
ROSA GERACI	120
At the Borders of Religious Freedom: Proselytism between Law and Crime	
LEONARDO CAPRARA	143
<i>Epikēia</i> e legge naturale in Francisco Suárez	
PAWEŁ MALECHA	173
La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido alla luce della normativa canonica vigente e delle sfide della Chiesa di oggi	

Marcello Clarich – Barbara Boschetti

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Statale “La Sapienza” di Roma

Professore associato di Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*

SOMMARIO: - 1. Il Codice del Terzo Settore: un cambio di paradigma. - 2. Principali novità e nodi irrisolti.

1. Il Codice del Terzo Settore: un cambio di paradigma

Il Codice del Terzo Settore (di seguito “Codice”), approvato con d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117¹, è uno dei testi più importanti dell’ultima legislatura e merita perciò di essere oggetto di attenta riflessione.

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

¹ Il d.lgs. n. 117/2017 dà attuazione ad una delle deleghe conferite dall’art. 1, co. 2, della l. n. 106/2016. Precisamente, alla delega di cui all’art. 1, co. 2, lett. b), avente ad oggetto il riordino e la 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”. Ad oggi, risultano attuate anche due delle deleghe unitariamente conferite dalla l. n. 106/2016: quella in tema di riforma del servizio civile universale (d.lgs. n. 111/2017) e di impresa sociale (d.lgs. n. 112/2017), di cui, rispettivamente, all’art. 1, co. 2, lett. d) e c). Inattuata, invece, la delega di cui all’art. 1, co. 2, lett. a), finalizzata alla revisione della disciplina del titolo II del libro I 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. Per una definizione legislativa di Terzo Settore, cfr. l’art. 1, co. 1, della l. n. 106/2016: “Per Terzo settore s’intende il 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. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi”. Sull’origine della formula Terzo Settore e sui neologismi alternativi, G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo Settore*, Passigli, 2008, anche in Astrid-online, all’indirizzo http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Terz/TerzoSett_dimensione_-costituzionale_Tiberi_DEF.pdf. In dottrina, per un approfondimento, A Mazzullo, *Il nuovo Codice del terzo Settore. Profili civilistici e fiscali*, Giappichelli, Torino, 2017, Pt. 1, p. 3 ss.

Innanzitutto, esso si presenta come un testo di sistema, non estemporaneo, che opera il riordino organico della disciplina di settore, quale stratificatasi nel tempo. Tale rimane, nonostante il recente intervento correttivo (d.lgs. 105/2018)²; nonostante la mancata riforma del Libro I del Codice civile pure oggetto di delega; nonostante gli spazi di specialità fatti salvi³; nonostante i plurimi rinvii ad atti attuativi/integrativi/di aggiornamento contenuti nel testo del Codice⁴. Lo sforzo di riordino compiuto è tanto più apprezzabile, poi, se si considera la varietà e l'estensione dei tipi soggettivi attivi dentro (e dietro) l'etichetta Terzo Settore⁵.

L'approccio di sistema riguarda anche la sostanza del nuovo impianto normativo, poiché il Codice segna - o perlomeno accentua - una rivoluzione, un cambiamento di paradigma, tra pubblici poteri e società civile, che si spinge ben oltre il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, della Costituzione⁶.

² L'art. 1, co. 7, l. n. 106/2016 stabilisce: "Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può adottare, attraverso la medesima procedura di cui al presente articolo, disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi, tenuto conto delle evidenze attuative nel frattempo emerse".

³ Cfr. art. 3, u.c., d.lgs. 117/2017.

⁴ Si tratta, per lo più, di decreti della Presidenza del Consiglio, decreti ministeriali e atti d'indirizzo, i quali presuppongo, a loro volta, intese, accordi e altri atti. La (forse eccessiva) frammentazione della dimensione esecutiva/attuativa delle fonti primarie, sia in termini di numero sia in termini di tipologia di atti, è presente anche in altri settori, a partire da quello dei contratti pubblici.

⁵ A mero titolo ricognitivo: le organizzazioni non governative (l. n. 49 del 1987), le fondazioni bancarie (l. n. 218 del 1990), le organizzazioni di volontariato (l. n. 266 del 1991), le cooperative sociali (l. n. 381 del 1991), le associazioni sportive dilettantistiche (l. n. 398 del 1991), le fondazioni musicali (d.lgs. n. 367 del 1996), le Onlus (d.lgs. n. 460 del 1997), le associazioni di promozione sociale (l. n. 383 del 2000), le imprese sociali (d.lgs. n. 155 del 2006), fino ad arrivare alla più recente figura delle *start up* innovative a vocazione sociale (l. n. 221 del 2012) e delle c.d. "*società benefit*" (Legge di Stabilità 2016).

⁶ Cfr. art. 1, l. n. 106/2016: "Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di 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, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo ..."; art. 2, co. 1, l. n. 106/2016: "I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali: a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione; b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali; c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti; d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza

Questo rapporto ha, infatti, conosciuto fasi diverse. Basti pensare alla cd. legge sulle Opere pie⁷, che ha rappresentato il tentativo dello Stato di controllare, con finalità quasi di polizia, istituzioni che nascevano appunto dalla società civile, ovvero espressione della cd. comunità religiosa.

Ebbene, per molti decenni a seguire, le espressioni della società civile sono state meramente tollerate dallo Stato, dando avvio al processo di statalizzazione dei soggetti privati, poi ritornati nell'alveo naturale del diritto comune. La stessa formazione del diritto pubblico, dopo la svolta metodologica dell'inizio del secolo scorso operata dalla scuola orlandiana, era pan-pubblicistica: tutto doveva avvenire nello Stato, dentro lo Stato o essere controllato dallo Stato⁸.

Solo con la Costituzione, ma sempre con molta gradualità e sotto la spinta della costituzione economica europea, questo paradigma è cambiato⁹. Poco a poco si è

giuridica, logica e sistematica. Per una analisi, D. Caldirola, *Stato, mercato e Terzo Settore nel d.lgs. 117/2017*, in *Federalismi.it*, rivista on line, 31 gennaio 2018, n. 3/2018.

⁷ Legge 17 luglio 1890, n. 6972.

⁸ Anche un autore come Vacchelli che, in distacco dal metodo orlandiano, aveva inizialmente dedicato la propria attenzione alle associazioni e al pluralismo associativo - nella prolusione tenuta nel 1924-1925 presso l'Università cattolica - affermava che l'essere, o il non essere, delle associazioni «non può e non deve restare ad arbitrio di alcuno», rilevando come l'oscuramento della loro esistenza rischiasse di minare l'esistenza delle istituzioni pubbliche - aveva poi finito, a distanza di poco più di un decennio - in occasione del Suo discorso di commiato, intitolato *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico* tenuto presso la stessa Università cattolica nel 1937 - per accettare, forse non del tutto consapevolmente, la visione pan-pubblicistica che si andava allora affermando in molti settori del diritto. Il testo della prolusione è pubblicato in G. Vacchelli, *Lo stato e le associazioni*, in Università Cattolica del Sacro Cuore, *Annuario. Anno Accademico 1924-1925*, Vita e Pensiero, Milano, 1925, pp. 21-43; il testo del discorso di commiato è pubblicato in G. Vacchelli, *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico*, in Università Cattolica del Sacro Cuore, *Annuario. Anno Accademico 1935-1936*, Vita e pensiero, Milano, 1937, pp. 199-215. Con riguardo alla connotazione pubblicistica della disciplina civilistica dei cd. enti non lucrativi, interessanti spunti si rinvencono anche in Cons. Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405: «Nel codice civile del 1942 l'attività delle comunità intermedie era costretta in una dimensione «rigidamente statalistica». Associazioni e fondazioni figuravano quali enti «para-pubblicistici» e il potere amministrativo esercitava su di essi una penetrante funzione tutoria: dalla «concessione» della personalità giuridica al defatigante sistema di controlli, autorizzazioni e vincoli apposti alla loro attività interna ed esterna».

⁹ Si v. l'intervento di M. Clarich, *Stato, gruppi intermedi, individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, n. 3, 133 ss., che svolge le Sue osservazioni a partire (anche) dall'impostazione elaborata da A. Orsi Battaglini nello scritto *L'astratta e infelice idea. Disavventura dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, p. 569. Come nota l'A., sebbene una prospettiva individualistica, di primato dell'individuo sullo Stato e sulla collettività, potesse essere immediatamente ricavata dall'art. 2 della Costituzione, almeno nei primi decenni successivi all'avvento della Costituzione, è invece prevalsa una lettura favorevole ad esaltare piuttosto la dimensione collettiva e, quindi, le formazioni sociali e i gruppi e l'inserimento di questi entro l'organizzazione dello Stato. Sull'evoluzione della costituzione economica europea, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2015; G.C. Spattini,

rifatta avanti l'idea che privati e Stato, anche in ambito sociale, potessero collaborare e trovare momenti, non solo di confronto, ma anche di cooperazione. Si prenda l'art. 118 Cost. già richiamato, ma anche altre norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, 4, 9, 18, non a caso congiuntamente richiamati dal Codice e che insieme potenziano il senso e la pervasività del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁰.

Ebbene, il Codice del Terzo Settore coglie in pieno il nuovo paradigma, quale emerge dalla Carta costituzionale. Basti pensare, all'art. 1 del Codice, ove il legislatore abbina il concetto di autonoma iniziativa dei cittadini a quelli di bene comune, cittadinanza attiva, inclusione e pieno sviluppo della persona¹¹; all'art. 2, ove si richiama la cultura e pratica del dono (quindi, del principio solidaristico)¹²; ancora, all'art. 55 in tema di co-programmazione e la co-progettazione, istituti appena abbozzati sul piano legislativo e fattisi avanti, non senza incertezze, in via di prassi¹³.

Ascesa e declino (eventuale) della nozione di «costituzione economica» (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario), in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, p. 157. La crescente rilevanza dei temi dell'inclusività sociale nella costituzione economica europea emerge dall'approvazione, il 17 novembre 2017, del Pilastro europeo diritti sociali, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_it.pdf.

¹⁰ Sottolinea la centralità assunta dalla dimensione costituzionale della disciplina del Terzo Settore a fronte della inadeguatezza della disciplina civilistica (tutta improntata sulla bipartizione, di matrice francese, tra associazioni e fondazioni (e altri enti), da un lato, e società lucrative, dall'altro, e pertanto “sfavorevole alle entità intermedie tra cittadino e Stato, in linea con gli assunti dello stato liberale”), G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, cit. È per tali ragioni che quello che noi, oggi, chiamiamo Terzo Settore, è acutamente rappresentato come «un figlio illegittimo della codificazione francese»: così A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 29.

Con riferimento specifico alle vicende che la visione pan-pubblicistica ha avuto sul modello di tutela degli utenti di servizi pubblici, sia consentito rinviare a B. Boschetti, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Cedam, Padova, 2007, cap. II.

¹¹ Così l'art. 1, d.lgs. 117/2017.

¹² Sulla cittadinanza attiva, G. Arena, *Cittadini attivi. Un nuovo modo di pensare all'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Per un approfondimento sui temi della cittadinanza attiva, si rinvia al sito www.labsus.org; sul tema dei beni comuni, G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Ed. ETS Pisa, 2017; sulla rigenerazione urbana, si può fare riferimento a F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *Rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017; sullo sviluppo urbano sostenibile, F. Follieri, *Lo “sviluppo urbano sostenibile”*. Considerazione de jure condito e de jure condendo, in *Federalismi.it*, rivista on-line, 4 luglio 2018 e già B. Boschetti, *The demand for land: rethinking land use management and regulation*, in *Federalismi.it*, rivista on-line, 1 luglio 2015.

¹³ L'art. 55 si riallaccia all'art. 4, co. 1, lett. o), della l. n. 106/2016 ove si individua, quale principio direttivo, la valorizzazione del “ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale [...]”. L'unico riferimento normativo alla co-progettazione è contenuto nell'art. 5, co. 2,

Tali norme svelano una prospettiva giammai ipotizzabile entro il vecchio paradigma. Non può non cogliersi una certa enfasi, tipica dei primi articoli di molti testi legislativi: rimane, però, il fatto che, comunque, queste norme sono il frutto di una impostazione completamente diversa da una lunghissima tradizione costituzionale, anche del nostro Paese.

Le fondazioni bancarie hanno in un certo senso fatto da apri-pista: la Corte costituzionale, con le due note sentenze nn. 300 e 301 del 2003, ha infatti dichiarato incostituzionali una serie di disposizioni dirigistiche e di controllo sull'operato delle fondazioni, appellandosi sia alla natura privatistica delle fondazioni, non più qualificabili come "enti creditizi", sia a quel principio di "libertà sociale" emerso in alcune precedenti sentenze della Corte¹⁴. Ci si limiterà qui a dire che l'esistenza di un principio di libertà sociale consacra, sul piano costituzionale, il primato dell'individuo nella triade singoli-gruppi-stato - e relativi rapporti - escludendo una lettura dell'art. 2 della Costituzione di segno opposto¹⁵; nello stesso tempo, ci sembra, tale principio

della l. 328/2000, integrato dal d.P.C.M. 30 marzo 2001. Dopo il passaggio alle regioni della competenza legislativa in materia di servizi sociali, la co-progettazione ha trovato, specie nella legislazione di più recente gestazione, più solide basi normative. Alcune regioni (come il Lazio) sono poi intervenute con Linee guida. Al di là di questo vi è da dire che l'istituto ha trovato terreno fertile nella prassi di alcune amministrazioni (si pensi al Comune di Brescia e, più recentemente, a quello di Milano), proprio per la gestione dei servizi sociali secondo un modello partecipato e condiviso con gli *stakeholders*. Il profilo più incerto, che invece il Codice aiuta a sciogliere, ha senz'altro riguardato la distinzione tra co-programmazione e co-progettazione. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 55 del Codice varrebbe poi la pena approfondire il raccordo con la disciplina in tema di contratti pubblici, sia per la valorizzazione che in esso assume la programmazione dei servizi, sia, più in generale, per l'ingresso dei servizi sociali nell'area di applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici e, dunque, delle forme e garanzie procedurali ivi previste. Sul tema, A. Fabiano, *La coprogettazione e il Codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali. Spunti di approfondimento*, maggio 2017, a cura di Anci, disponibile on-line sul sito istituzionale dell'ente.

¹⁴ Il principio di libertà sociale è stato per la prima volta riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 75 del 1992, in cui afferma che la socialità "caratterizza la persona" e ancora, nella sentenza n. 50 del 1998, in cui ribadisce "la socialità della persona". Il principio è poi richiamato anche nella sentenza 503/2000 in tema di Fondazioni liriche. Al principio di libertà sociale, quale bene costituzionalmente protetto attraverso una pluralità di disposizioni, deve ricondursi anche il primato del volontariato, quale forma di partecipazione attiva, essenziale per la "costruzione dei rapporti sociali" (sentenza n. 75/1992), non circoscrivibile ai soli gruppi o formazioni sociali esistenti. Per quanto fondamentale, la libertà sociale non prevale su ogni altro valore confliggente e che non comporta, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 50/1998, "il diritto di compiere qualsiasi attività", nè consente di sottrarre l'attività d'impresa alle regole che le sono proprie sol perchè svolta da enti di volontariato. In dottrina G. Tiberi, *op.cit.*, p. 9. Sulla vicenda delle fondazioni bancarie M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001.

¹⁵ M. Clarich, *Stato, gruppi intermedi, individuo*, cit., pp. 135 ss.

proietta l'individuo verso l'altro e la collettività, quasi a sottrarlo al rischio di una deriva individualistica o anarchica¹⁶.

Proprio in questa seconda accezione, il principio costituzionale di libertà sociale consente di introdurre un altro punto qualificante del Codice, un punto che segna il cambio di paradigma: ci si riferisce al rilievo che in esso è dato al concetto di capitale sociale, un concetto che si spinge oltre il diritto e che sintetizza il valore delle relazioni sociali per la crescita e lo sviluppo della società¹⁷.

I Paesi più avanzati, con una società civile forte e compatta, sono quelli ad alto tasso di capitale sociale. Studi sociologici fondamentali, quali quelli di Putnam, dimostrano come il capitale sociale non sia egualmente distribuito nel Paese¹⁸. In alcune parti, prevale il modello che Granovetter, in un suo celebre saggio, definisce dei *legali deboli*¹⁹, ossia centrato su relazioni non strette, anche occasionali e informali (a basso tasso di organizzazione/normazione). Ebbene, come egli dimostra, più il singolo individuo è connesso agli altri con legami deboli (questa la “forza dei legami deboli”), più si crea comunità; viceversa, ove prevalgono reti chiuse, settarie, a scarso tasso di fiducia e tolleranza, meno si crea il senso di appartenenza alla comunità e meno può svilupparsi quella rete di relazioni sociali su cui, appunto, la comunità si regge. In questa visione, si smonta anche il paradigma dell'*homo oeconomicus*, non tanto e solo in quanto presuppone una razionalità alla quale il comportamento umano non

¹⁶ R. Putnam, *Capitale sociale e individualismo. Crisi e crescita della cultura civica in America*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 31.

¹⁷ Il concetto di capitale sociale nasce negli Stati Uniti nei primi decenni del secolo scorso. La prima studiosa a parlare di *capitale sociale* è stata Lydia Hanifan nel 1916 all'interno del suo studio sulle performance degli studenti nelle scuole. Il concetto è poi ripreso e sviluppato a livello teorico sia negli studi sociologici (Jacobs, Coleman), sia economici (Becker e a.). Per un approfondimento, J. Coleman, *Social Capital in the Creation of Human Capital*, 1988, *American Journal of Sociology* 94; Id. *Foundations of Social theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1990; R.D. Putnam, *Capitale sociale e individualismo*, cit.; Id., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press; Id., *Bowling alone? The Collapse and Revival of American Community*, New York, Simon and Schuster, 2000; M. Magatti, *Il potere istituzionale della società civile*, Laterza, Bari, 2005.

¹⁸ R.D. Putnam, *La tradizione civica delle regioni italiane*, Milano, Mondadori, 2000.

¹⁹ Mark S. Granovetter, *The strenght of weak ties*, in «*American Journal of Sociology*», 78, 1973, pp. 1360–1380.

si conforma²⁰, ma soprattutto in quanto espressione di una cultura individualistica, che appunto nega il valore della relazione sociale e del capitale che essa genera²¹.

Oltre che negli studi sociologici appena richiamati, l'altruismo e la benevolenza nei confronti degli altri rimangono chiavi centrali anche per la comprensione del pensiero di filosofi quali Hume e Kant²².

2. Principali novità e nodi irrisolti

Lasciando queste riflessioni sullo sfondo, che però danno conto del significato della svolta epocale consacrata dal Codice, vale ora la pena di analizzare, più nel dettaglio, alcuni dei suoi contenuti. Questo consentirà, anche, di saggiare la coerenza e la tenuta dell'impianto normativo rispetto al paradigma culturale schiuso dai primi articoli della legge delega e del Codice.

Si è già detto che si tratta di una riforma di portata generale o, almeno, senz'altro più generale rispetto a prima: il Governo ha, infatti, scelto di non esercitare la delega di riformare il codice civile²³. La disciplina sulle associazioni e fondazioni andrebbe senz'altro riformata, perché ispirata a una visione degli enti non lucrativi

²⁰ Le deviazioni del comportamento dell'individuo dalla razionalità sono messe in rilievo dalla cd. economia comportamentale. Tra tutti, sia consentito rinviare a D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011. Per una breve analisi delle distorsioni che il mito dell'*homo oeconomicus* produce sul piano della regolazione, sia consentito rinviare a B. L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Collana Jura, Edizioni ETS, Pisa, 2018.

²¹ Negli studi economici, il concetto di capital sociale è stato valorizzato da G.S. Becker, K.M. Murphy, *Social economics: market behaviour in a social environment*, Harvard University press, Cambridge (Mass.), London (England) 2000 (2003); R. Thaler, *Quasi-Rational Economics*, New York, Russell Sage Foundation, 1991.

²² Se in Hume l'altruismo nasce da una spinta egoistica (la propensione all'aiuto, alla vicinanza agli altri, nascerebbe negli individui per evitare a se stessi sofferenza: se tu piangi, io piango), in Kant, l'altruismo e l'amore verso gli uomini sono rilette attraverso la lente e l'autorità della legge morale (I. Kant, *Critica della ragione pratica*, a cura di F. Capra ed E. Garin, Laterza, Bari, 1955, pp. 100-103: "[...] E cosa molto bella far del bene agli uomini per amore verso di essi e per affettuosa benevolenza, oppure esser giusti per amore dell'ordine; ma questa non è ancora la vera massima morale del nostro modo di procedere [...] Noi stiamo sotto una disciplina della ragione, e in tutte le nostre massime dell'assoggettamento ad essa non dobbiamo dimenticare di non toglierle niente, e di non diminuire con un errore egoistico l'autorità della legge (quantunque l'autorità gliela dia la nostra ragione), ponendo il motivo determinante della nostra volontà, benché conforme al dovere, in qualche cosa di altro dalla legge stessa, e dal rispetto per questa legge. Dovere e obbligo sono le denominazioni che dobbiamo dare soltanto alla nostra relazione con la legge morale").

²³ Art. 1, co. 2, lett. a) e art. 3, l. n. 106/2016.

quali soggetti “para-statali” e, non a caso, sottoposti a stringenti e invasivi controlli pubblicistici²⁴. Questa necessità è stata sottolineata anche dal Consiglio di Stato, nel suo parere sullo schema di decreto²⁵. Tuttavia, il Codice ha riaffermato la vigenza degli articoli 25, 26 e 28 del codice civile limitandosi a stabilire che i controlli e i poteri da essi disciplinati sono esercitati sulle fondazioni del Terzo settore dall’Ufficio del Registro unico nazionale (art. 90).

I poteri pubblicistici di cui all’art. 25 c.c. sono poteri enormi e fortemente limitativi dell’autonomia privata, pur se certamente utilizzati in epoca recente dalle regioni - subentrate alle Prefetture - con una serie di filtri e cautele. Toccare quegli articoli non è facile, anche per i tempi stretti della delega: ci hanno provato, più volte, le commissioni parlamentari senza riuscirci²⁶.

²⁴ Art. 25 c.c. I poteri ivi previsti sono stati trasferiti alle regioni già dall’art. 14, d.P.R. n. 616/1977: “È delegato alle regioni l’esercizio delle funzioni amministrative di organi centrali e periferici dello Stato concernenti le persone giuridiche di cui all’art. 12 del codice civile che operano esclusivamente nelle materie di cui al presente decreto e le cui finalità statutarie si esauriscono nell’ambito di una sola regione”. Analogamente, l’art. 5 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 dispone che “Le funzioni amministrative già attribuite all’autorità governativa dalle norme del capo II, titolo II, libro I del codice civile, sono esercitate dalle prefetture ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti”.

²⁵ Cons. Stato, comm. spec., 14 giugno 2017, n. 1405: “La legge delega n. 106 del 2016 si era posta l’obiettivo, da realizzare attraverso l’adozione di più decreti legislativi, di operare un riordino complessivo ed organico del sistema normativo di riferimento. [...] Il mandato del legislatore aveva un preciso fondamento. Gli sviluppi normativi e l’evoluzione sociale hanno nel corso del tempo progressivamente reso *obsoleto e marginale* il sistema codicistico originario. Si pensi – oltre che al superamento della distinzione tra enti eretti in persona giuridica e organizzazioni di fatto e all’abrogazione del rigido sistema di controlli sugli acquisti – alla «destrutturazione» degli enti, le cui tipologie concrete non trovano oramai corrispondenza negli “stampi” del 1942 (si pensi: alle fondazioni culturali e di partecipazione; all’impresa sociale; alle strutture caratterizzate dall’eterodestinazione dei risultati dell’attività). La scelta del Governo di limitarsi a creare soltanto un sotto-settore delle associazioni e fondazioni operanti nel Terzo Settore avrà verosimilmente l’effetto di determinare un ulteriore *svuotamento* di contenuto normativo del Libro I del codice civile. La Commissione speciale, pur dando atto che il concreto esercizio della delega legislativa costituisce una scelta che rientra nella discrezionalità propria del Governo, sottolinea che sarebbe stato auspicabile un intervento ancor più organico e completo”.

²⁶ Si pensi ai diversi tentativi intrapresi a partire dal lavoro della Commissione Rescigno (1998), e proseguiti dalla Commissione Vietti (2005), e dalla Commissione Pinza (2006). Dal punto di vista normativo, i tentativi più significativi si sono arrestati alla proposizione di disegni di legge di iniziativa parlamentare (d.d.l. Vietti, C. 1090 della XVI Legislatura, nel 2008 e d.d.l. Bobba, C. 3683 della XVI Legislatura, nel 2010) e governativa (d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri, su iniziativa del Ministro Alfano, il 31 marzo 2011), mai confluiti in norme vigenti. Per un approfondimento, A Mazzullo, *Il nuovo Codice del terzo Settore. Profili civilistici e fiscali*, cit., 7 ss.

Anche per questa ragione, l'obiettivo di una disciplina completa non può dirsi raggiunto: con formula identica a quella usata nel d.lgs. 153/99 sulle fondazioni bancarie, peraltro fatto espressamente salvo²⁷, il Codice del terzo settore prevede infatti una norma di chiusura di rinvio al Codice civile, per quanto in esso non previsto²⁸.

Se il risultato massimo non è stato raggiunto, si è però compiuto un notevole passo in avanti rispetto a una disciplina generale del fenomeno, nonostante la varietà di tipi e attività che in esso vivono.

Ora, l'articolo 4 del Codice individua le tipologie di soggetti passibili di essere considerati quali "enti del terzo settore" e, dunque, soggetti alle norme del Codice.

La norma chiarisce, correttamente, e in linea con la legge delega, che non sono enti del terzo settore i soggetti che hanno la forma giuridica societaria e che perseguono in modo prevalente l'attività di impresa con scopo lucrativo²⁹. Chiarisce, inoltre, che non possono essere considerati enti del terzo settore le pubbliche amministrazioni, per quanto certamente anche le pubbliche amministrazioni perseguano l'interesse generale, ma secondo regole diverse. Parimenti escluse, le formazioni politiche e sindacali, per il peculiare ruolo loro assegnato: essi rispondono a una logica di rappresentanza e disciplina dei rapporti di lavoro. Tutte queste esclusioni sono perfettamente condivisibili.

²⁷ Art. 3, co. 2, d.lgs. n. 117/2017.

²⁸ Il principio di specialità è richiamato espressamente dall'art. 4, co. 1, lett. a), l. n. 106/2016. L'art. 3, co. 2, d.lgs. 117/2017, fa salva l'applicabilità, in via residuale, delle norme del Codice civile.

²⁹ Negli ultimi anni si va assistendo alla ibridazione progressiva tra il mondo del profit e il mondo del non profit. In questo processo di ibridazione si inserisce appunto l'impresa sociale e la nuova disciplina ad essa dedicata dal d.lgs. n. 112/2017, in attuazione di una delle deleghe conferite dall'art. 1 della l. n. 106/2016 (come modificato dal decreto correttivo del 21 maggio 2018). Non si tratta, però, dell'unica ipotesi, a seguito della introduzione nel nostro ordinamento, su esempio dell'ordinamento statunitense, della cd. *società benefit* di cui all'art. 1, co. 376 della Legge di stabilità per il 2016, l. 28 dicembre 2015 n. 208. Se per l'impresa sociale si ammette il superamento del divieto assoluto di lucro soggettivo, secondo un meccanismo ibrido che fa riferimento all'utile prodotto e alla percentuale di rendimento; per la società *benefit* "lo scopo di divisione degli utili resta prioritario e caratterizzante, ma non è più esclusivo, dando spazio a finalità non lucrative di beneficio comune". Così G.D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. Comm.*, 2017, 2, pp. 216 ss.

Deve trattarsi, dunque, di soggetti che svolgono una, o più, attività di interesse generale - tra quelle individuate al successivo art. 5 - in forma esclusiva o principale. Possono svolgere anche attività con valenza economica, ma sempre che quest'ultima rimanga non prevalente. Appare significativo, anche alla luce della rilevata inadeguatezza della disciplina contenuta nel Libro I del Codice civile, che lo spettro dei soggetti "ammissibili" si estenda ben oltre i modelli codicistici, aprendosi a modelli a-tipici che nel tempo hanno avuto ingresso nel mondo "*non profit*"³⁰.

Un'ulteriore novità riguarda l'elenco completo di cosa costituisce attività di interesse generale. Questa nozione, quella di interesse generale, è posta un po' al confine tra interesse pubblico e interesse privato. Anche per questo, la delimitazione del perimetro è importante, in quanto serve a definire l'ambito di applicazione della legge: dall'ingresso nel sistema del "Terzo Settore" discendono del resto significativi vantaggi e riconoscimenti³¹.

Il legislatore delegato utilizza la tecnica dell'elenco. L'elenco di cui all'art. 5 è molto lungo e ampio, in esso vi rientrano le attività più varie e omnicomprensive: dai servizi sociali, sanitari e socio-sanitari, dalle attività nel campo della istruzione, di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del Paesaggio, di alloggio sociale, accoglienza, protezione civile, a servizi strumentali al Terzo settore, attività legate alla

³⁰ Sul superamento, a mezzo di legislazione speciale, delle norme del Codice civile in tema (anche) di fondazioni e associazioni, G.D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. Comm.*, 2017, 2, pp. 216 ss.; segnala il ruolo della legislazione speciale al superamento degli angusti e incerti schemi formali del libro I del Codice Civile (il che ha permesso, ad esempio, di riconoscere la qualifica di Onlus ad un *trust* o di sdoganare l'emergente figura dell'impresa sociale), A Mazzullo, *Il nuovo Codice del terzo Settore*, cit., pp. 7 ss.

³¹ Oltre ai benefici fiscali, la possibilità di partecipare attivamente alla programmazione, progettazione (e affidamento) delle attività di interesse generale (sistema integrato dei servizi socio-sanitari, valorizzazione beni culturali e del paesaggio, altre attività) nelle forme di cui all'art. 55 del Codice; la possibilità di avere accesso al sistema dei finanziamenti pubblici (attraverso il Fondo per il finanziamento dei progetti e attività di interesse generale nel terzo settore, di cui all'art. 72 del Codice; ovvero attraverso la Fondazione Italia sociale, istituita dall'art. 10 della l. n. 106/2016, il cui statuto è stato approvato con d.p.r. 28 luglio 2017: per un approfondimento, S. De Götzen, *La Fondazione Italia sociale nel sistema pubblicistico di vigilanza e di promozione del Terzo Settore*); la possibilità di valersi della disciplina d'uso dei locali utilizzati per lo svolgimento delle attività degli enti del Terzo settore (art. 71 del Codice) e dei relativi programmi agevolati per la loro manutenzione e ri-strutturazione.

filiera del commercio equo-solidale, agricola e turistica di interesse sociale, di informazione comunitaria e molto altro ancora³².

Procedere per elenchi pone sempre un problema: o sono aggiornati per adattarli ai cambiamenti o diventano presto obsoleti e inadeguati. Per ovviare a questo problema, si è scelta la strada, invero non nuova, della delegificazione, utilizzando lo strumento del d.P.C.M. Si può avanzare il dubbio se sia sempre, o meno, necessaria la fonte primaria: si tratta, infatti, di regole che, pur di promozione di talune attività, incidono sull'autonomia privata e perciò ricadenti in un'area costituzionalmente riservata alla legge o, appunto, ad atti aventi forza di legge. Questa perplessità è sollevata anche dal Consiglio di Stato in sede di parere reso sullo schema di decreto. In risposta, il Codice fornisce una duplice rassicurazione: innanzitutto, sottrae il decreto all'area indistinta degli atti amministrativi generali integrativi della fonte primaria, qualificandolo quale fonte secondaria (stabilisce, infatti, che il decreto è adottato ai sensi dell'art. 17, co. 3, l. 400/88); quindi, fornisce talune ulteriori garanzie procedurali (rispetto a quelle di cui all'art. 17, co. 3, l. 400/88), a partire dal coinvolgimento delle commissioni parlamentari competenti (art. 5, co. 2)³³.

Passando alle norme che più incidono sul rapporto tra legge e soggetti privati, deve essere sottolineata la forte uniformazione dei modelli organizzativi. Il Codice introduce una disciplina molto articolata e dettagliata dell'organizzazione (che varia in

³² Il decreto correttivo (d.lgs. n. 105/2018), art. 3, cit. aggiunge la protezione degli animali e la prevenzione del randagismo.

³³ Il meccanismo dell'aggiornamento a mezzo di d.P.C.M. è espressamente indicato dall'art. 4, co. 1, lett. b), della legge 106/2016. Tale criterio è recepito appunto dall'art. 5, co. 2 del Codice che, nella sua prima formulazione, si limitava a prevedere che «l'elenco delle attività di interesse generale di cui al comma 1 può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri». Il Consiglio di Stato, in sede di parere reso sulla bozza di decreto, sottolineando la dubbi costituzionalità di questa previsione, suggeriva al legislatore delegato di “predisporre un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti” e, in particolare, oltre alla precisazione che l'aggiornamento deve sempre riferirsi ad attività di interesse generale (pur se individuate a partire dalle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che ispirano la legge delega e il Codice); l'utilizzo di una fonte regolamentare tipica in quanto integrativa di fattispecie generale e astratta. Circa il coinvolgimento delle Commissioni parlamentari competenti quale tecnica di democrazia procedurale degli atti amministrativi di portata generale, può essere utile richiamare anche l'art. 213, co. 2, Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), che, appunto, utilizza questa medesima tecnica in relazione agli atti di regolamentazione flessibile di particolare interesse (a giudizio dell'Autorità nazionale anticorruzione).

ragione dei tipi di enti del Terzo settore e dell'attività da questi esercitata): scritture contabili e bilancio, ordinamento interno dell'ente, composizione e poteri dell'assemblea, organo di amministrazione e di controllo interno³⁴. Certo, non si può parlare di una vera e propria compressione dell'autonomia, ma il Codice introduce alcune limitazioni: le più penetranti sono quelle che si riferiscono agli enti del Terzo Settore costituiti nella forma di fondazioni e associazioni e che forse "suppliscono" alla mancata riforma del Titolo II, Libro I del Codice civile³⁵. Ebbene, se si confrontano le poche regole del Codice civile con le regole del d.lgs. n. 117/2017, si capisce come si sia in presenza di una significativa standardizzazione, che certamente ridisegna il rapporto tra autonomia privata e etero-regolamentazione.

³⁴ Si veda, in particolare, il Titolo IV, capo II, appunto applicabile alle Fondazioni e Associazioni. Cfr. art. 3 della l. n. 106/2017 ove si fissano i principi e criteri direttivi per la revisione del Titolo II, Libro I, del Codice civile (poi non emanato), ponendo in evidenza le principali lacune e criticità (molte delle quali riprese appunto in occasione della disciplina dell'organizzazione degli enti del Terzo settore). Per un approfondimento sulla procedura di registrazione degli ETS e sull'elenco, G. Bartoli, V. Menegatti, C. Ranieri, *La riforma del Terzo settore e il sistema di registrazione degli enti non profit*, in *amministrazioneincammino.it*, rivista on-line, 2016, n. 5. <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2016/05/TERZO-SETTORE.pdf>.

³⁵ Cfr. art. 92 del Codice sul ruolo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; art. 7 della l. n. 106/2016, ove si stabilisce che: "1. Le funzioni di vigilanza, monitoraggio e controllo pubblico sugli enti del Terzo settore, ivi comprese le imprese sociali di cui all'articolo 6, e sulle loro attività, finalizzate a garantire l'uniforme e corretta osservanza della disciplina legislativa, statutaria e regolamentare ad essi applicabile, sono esercitate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione, per quanto di competenza, con i Ministeri interessati nonché, per quanto concerne gli aspetti inerenti alla disciplina delle organizzazioni di volontariato di protezione civile, con il Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri, e con l'Agenzia delle entrate, ferme restando le funzioni di coordinamento e di indirizzo di cui all'articolo 4, comma 1, lettera q). Nello svolgimento di tali funzioni, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali individua modalità di coinvolgimento e raccordo anche con l'organismo di cui all'articolo 5, comma 1, lettera g). 2. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle attività di cui al comma 1, promuove l'adozione di adeguate ed efficaci forme di autocontrollo degli enti del Terzo settore anche attraverso l'utilizzo di strumenti atti a garantire la più ampia trasparenza e conoscibilità delle attività svolte dagli enti medesimi, sulla base di apposito accreditamento delle reti associative di secondo livello di cui all'articolo 4, comma 1, lettera p), o, con particolare riferimento agli enti di piccole dimensioni, con i centri di servizio per il volontariato di cui all'articolo 5, comma 1, lettera e). 3. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentito l'organismo di cui all'articolo 5, comma 1, lettera g), predispone linee guida in materia di bilancio sociale e di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore, anche in attuazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera o). Per valutazione dell'impatto sociale si intende la valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato. 4. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della presente legge, sono definiti i termini e le modalità per il concreto esercizio della vigilanza, del monitoraggio e del controllo di cui al presente articolo. 5. All'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo le amministrazioni competenti provvedono nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Un altro snodo importante riguarda il modello di vigilanza/controllo delineato dal Codice. La vigilanza è sempre un tema sensibile quando si parla di soggetti privati. Ebbene, al riguardo, si coglie un certo disordine, l'esistenza di una pluralità di vigilanti: autorità fiscale, Ministero del lavoro, regioni e province autonome (presso cui sono operativi gli uffici regionali e provinciali del Registro unico nazionale del Terzo Settore) e, per quanto riguarda il settore del volontariato, l'Organismo nazionale di controllo di cui all'art. 64 e ss. del Codice.

La struttura e ratio del quadro di comando definito dal Codice meriterebbe un approfondimento ulteriore. Già per le fondazioni bancarie, si erano attribuiti, pur se inizialmente in via transitoria, poteri di vigilanza al Ministero dell'economia³⁶. Tuttavia, va da sé che quando, come per le fondazioni bancarie, si recide in modo irreversibile il legame che giustifica un regime speciale, la permanenza di profili di specialità risulta difficilmente comprensibile o, almeno, giustificabile sul piano giuridico. Al di là delle ragioni legate ai benefici e vantaggi riconosciuti agli enti del Terzo Settore (e non ad altri soggetti privati), può però essere utile ricordare che la stessa Corte costituzionale aveva allora salvato le norme che imponevano alle fondazioni bancarie di investire una quota dei loro proventi per la costituzione di fondi per la costituzione dei cd. CSV³⁷.

Ora, tornando al Codice del Terzo Settore, alla logica della specialità sembrano rispondere gli articoli 61 ss.: in particolare, l'art. 62, in tema di controlli sui Centri di servizio per il volontariato - CSV, nonché l'art. 64 che disciplina struttura e funzioni dell'Organismo nazionale di controllo sui CSV (l'ONC è fondazione di diritto privato,

³⁶ Il ruolo del MEF, tuttora fermo, avrebbe dovuto in realtà permanere fino alla entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al Titolo II, Libro I, del Codice civile, si sensi dell'art. 10, co. 1, del d.lgs. n. 153/1999. Cfr. Protocollo d'intesa tra MEF e ACRI del 22 aprile 2015 circa l'esercizio della vigilanza.

³⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 500/93, in riferimento all'art. 15, l. n. 266/1991. Il Codice del Terzo settore ha previsto che il finanziamento stabile dei CSV è garantito da un Fondo unico nazionale (FUN) alimentato da contributi annuali delle fondazioni di origine bancaria (d.lgs. n. 117 del 2017, articolo 62). Anche in sede Acri le fondazioni bancarie hanno un peso decisionale maggioritario in tutta l'attività di promozione delle attività di volontariato (cfr. modifiche statutarie 2003).

la cui maggioranza dei componenti è peraltro designato dell'associazione delle fondazioni bancarie, a sottolineare il permanere del forte legame tra FOB e volontariato). Proprio queste (e altre) norme del Codice sono oggi al vaglio della Corte costituzionale - due i ricorsi gemelli sollevati in via principale dalle regioni Veneto e Lombardia - in quanto configurerebbero un modello di "amministrazione articolata" che illegittimamente escluderebbe ogni coinvolgimento (strutturale e funzionale) delle regioni in significative aree di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale³⁸.

Dinanzi a tali norme, la distinzione pubblico-privato non regge. L'organismo nazionale di controllo (ONC), pur se soggetto privato, esercita poteri sanzionatori e i suoi atti sono ricorribili dinanzi al giudice amministrativo (art. 66 del Codice). Da un

³⁸ Il 9 ottobre scorso Lombardia e Veneto hanno depositato in Corte Costituzionale due ricorsi (n. 79 e 80 del 2017) per la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 61, co. 2; 62, co. 7; 64; 65 e 72 del Codice, per violazione degli articoli 3, 76, 97, 114, 117, commi III e IV, 118 e 119 Cost., oltreché del principio di leale collaborazione di cui all'art. 120 Cost.. Al di là delle eccezioni per supposta violazione delle competenze legislative statali, a danno di quelle regionali, rilevano qui le eccezioni che riguardano quello che le regioni qualificano come il "modello di «amministrazione articolata», diretto a promuovere e sostenere gli enti e, in generale, il sistema del Terzo settore (titolo VIII del codice)", nonché i meccanismi di finanziamento a destinazione vincolata e per il volontariato. I ricorsi colpiscono, in particolare, l'art. 64, evidenziando, dietro la veste formale di diritto privato dell'Organismo nazionale di controllo (ONC), la sua sostanziale natura pubblicistica. Di qui, la violazione del principio di leale collaborazione, oltre che dell'autonomia normativa e amministrativa. Il punto che più interessa, in questa sede, riguarda però il ruolo dell'autonomia privata e del principio di sussidiarietà orizzontale in relazione alle funzioni pubbliche attribuite all'ONC: "il riconoscimento di un ruolo attivo da parte del *civis* nello svolgimento di attività di interesse generale, non può assumere un carattere tirannico tale da espropriare o confliggere con la naturale cura dell'interesse pubblico affidato alle regioni e agli enti pubblici in generale. Il fatto che le attività di interesse generale non siano monopolio esclusivo dei pubblici poteri, ma possano essere svolte anche da privati, non implica infatti una sostituzione da parte di questi ai pubblici poteri. Invece, la considerazione che proprio la legislazione sul Terzo settore riconosce una rilevanza pubblica all'attività privata, al contrario impone una regolamentazione, anche autoritativa, che assicuri il coordinamento degli sforzi pubblici e privati nel soddisfacimento del superiore interesse generale. Un organismo quale l'ONC, apparentemente privato, ma sostanzialmente pubblico, esige perciò, proprio al fine di garantire tale coordinamento e un adeguato sistema di esercizio dei compiti di controllo, che nella sua composizione siano adeguatamente rappresentati gli enti territoriali, che vedono coinvolte numero competenze proprie nell'ambito del Terzo settore. Ragion per cui è lo stesso art. 118, comma 4, Cost. che comprova come la scarsa rappresentatività delle regioni nell'organismo nazionale di controllo costituisca motivo di illegittimità costituzionale dell'art. 64 del decreto legislativo n. 117/2017. Tale carenza «strutturale» dell'ONC è idonea inoltre a determinare una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nonché del principio di buon andamento riconosciuto dall'art. 97 Cost?". La Corte costituzionale, con sentenza n. 185/2018, ha avuto modo di qualificare l'ONC quale fondazione di diritto privato con funzioni d'indirizzo, controllo e vigilanza su soggetti che parimenti agiscono nell'ambito dei rapporti privatistici. In tal modo, prosegue la Corte, in adesione al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.), le funzioni di vigilanza e controllo sono collocate dal legislatore statale (che agisce nell'ambito della materia ordinamento civile) interamente "entro la trama dei rapporti inter-privati". Illegittimo in parte qua solo l'art. 72 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 19, del d.lgs. n. 105/2018), nella misura in cui non prevede forme di coinvolgimento delle regioni nella gestione del Fondo per il finanziamento dei progetti di interesse generale nel Terzo Settore.

lato, insomma vi è un soggetto privato che ha rapporti con altri soggetti privati; dall'altro, atti amministrativi e giudice amministrativo. Potremmo concludere con alcuni interrogativi: se in gioco vi sono soggetti privati (ancorché, come l'ONC, titolari di funzioni di vigilanza e controllo) e diritti soggettivi, perché il giudice amministrativo? O, ragionando *a contrario* come fanno le difese regionali nei due ricorsi gemelli sopra richiamati: se sono funzioni pubblicistiche, perché un soggetto privato? Questi interrogativi, ci sembra, rimangono aperti anche dopo che la Corte, con la sentenza n. 185/2018 sopra richiamata, pretende di fugare ogni dubbio combinando tra loro competenza esclusiva statale (ordinamento civile) e principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.).

Quello che è certo è che si tratta di alchimie normative dinanzi alle quali la quadratura del cerchio rimane difficile: esse portano, però, in primo piano, alcune delle tensioni costituzionali - tra materie di competenza esclusiva, vincoli di bilancio, aiuti di stato e sussidiarietà orizzontale - con cui il legislatore si trova a dover fare i conti ogniqualvolta - e sempre di più - autonomia privata e interesse generale s'intrecciano.

In conclusione, la riforma del terzo settore crea le premesse per un ulteriore sviluppo delle iniziative spontanee della società civile e per una crescita del "capitale sociale" del quale il nostro Paese, soprattutto nelle aree più arretrate, ha estremo bisogno. Spetta ora a chi dovrà applicare il nuovo Codice trarre da esso tutte le potenzialità, e ciò affinché il nuovo impianto normativo possa produrre in concreto i risultati sperati.

Keywords: Welfare, Welfare State, Private sector, Public sector, public goods, Non Profit Organizations.

Abstract: The article underlines the novelty of the recent reform of the non profit/voluntary sector introduced by Legislative Decree n. 117/2017. The reform significantly reshapes the traditional private-public division in addressing public and common interests. This notwithstanding, the reform leaves some critical and controversial issues open.