

Volontariato ed attività amministrativa

1. La Corte di Giustizia ed il problema delle qualificazioni giuridiche; 2. Il precedente: le società in house providing; 3. Le organizzazioni di volontariato sono imprese ? a) Contestazione dell'assunto; b) Circostanze favorevoli alla considerazione delle organizzazioni di volontariato come imprese. 4) La natura delle cose torna ed emergere. 5) Con qualche resistenza.

1. La Corte di Giustizia ed il problema delle qualificazioni giuridiche.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea - che negli ultimi vent'anni è stata fortemente impegnata nel (tanto lodevole quanto purtroppo vano) tentativo di "costruire" uniformità per un ordinamento giuridico palesemente ibrido ed innegabilmente esogeno rispetto alle differenti comunità che aggrega in se, quale risulta essere (almeno allo stato attuale) l'Unione Europea - periodicamente incappa in qualche insidiosa svista in tema di soggettività giuridica.

A bene vedere, però - da un certa prospettiva - è anche inevitabile che questo accada; una veste interpretativa calata dall'alto ad opera del giudice comunitario non può riuscire a prendere le forme di un abito sartoriale, perfettamente conforme alle eterogenee caratteristiche ed alle peculiarità specifiche che contraddistinguono sul punto in questione i differenti attori del sistema (gli Stati membri e le articolazioni sociali delle comunità di cui sono espressione).¹

Ciò non di meno, la predetta circostanza ineluttabile da fenomeno fisiologico rischia di tramutarsi in elemento patologico ogni qual volta la Corte di Giustizia - invece di prendere atto delle imperfezioni interpretative in cui è incappata e di provare a correggere il tiro - si "accanisce" in una difesa strenua del suo operato.

In casi del genere, la deriva patologica si consolida pericolosamente e si alimenta intorno alle microcrepe che il fenomeno inesorabilmente apre nei singoli ordinamenti, a partire dal tema generale della certezza del diritto fino ad arrivare all'operatività quotidiana della vita degli enti locali.

2. Il precedente: le società in house providing

A testimonianza del carattere non episodico dei predetti equivoci ermeneutici, si può evidenziare come - in una visione diacronica - lo svarione patologico che ha preceduto quello che sarà oggetto del presente scritto (la partecipazione delle associazioni di volontariato² alle procedure ad evidenza pubblica) sia rappresentato dalla vicenda dell'*in house providing*.³

¹ Sul tema della voluta vaghezza della terminologia tecnico-giuridica utilizzata dalle istituzioni dell'Unione Europea sia consentito il rinvio a D. MARRAMA "Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico", in Dir. amm., 2000, pp. 585 e ss.

² Il volontariato è un fenomeno che ha caratteristiche e peculiarità molto specifiche e, al tempo stesso, costituisce uno dei tanti tasselli di cui è composto il variegato mosaico del c.d. "terzo settore". Tutti i soggetti che rientrano nel terzo settore condividono l'assenza di fini di lucro in relazione alla loro attività qualificante; rispetto agli altri attori del settore, il volontariato ha, però, una caratteristica ulteriore: la gratuità. Per le prime analisi critiche sul mondo terzo

Senza voler assolutamente indugiare sul tema, viene, però, da chiedersi quanta spesa pubblica si sarebbe potuta evitare se, a valle dell'arcinota sentenza c.d. *Teckal* (18 novembre 1999 causa C-107/98)⁴, la Corte di Giustizia si fosse limitata a riconoscere la svista presa invece di ostinarsi in una pervicace presa di posizione che ha lasciato (e continua a lasciare) significative tracce di sé anche in ambito normativo.

Dopo un periodo di iniziale euforia caratterizzato da un utilizzo massivo (ed in molti casi anche affatto inappropriato) dell'istituto⁵, il fenomeno ha preso a ridimensionarsi in maniera progressiva ma evidente man mano che differenti Corti giudicanti hanno incominciato a definire e dettagliare i contenuti del fantomatico requisito denominato: "controllo analogo".

In particolare – come è ampiamente noto - le maglie hanno incominciato a restringersi nel momento in cui si è raggiunto un sufficiente grado di condivisione rispetto al fatto che - per potersi riscontrare il requisito del controllo analogo - sarebbe stato necessario che: a) nella società affidataria non vi fossero (neanche potenzialmente) partecipazioni private;⁶ b) il consiglio di

settore si vedano: G. PONZANELLI *"Le "non profit organizations" "*, Milano, 1985; AA.VV. *"Gli enti non profit in Italia"*, (a cura di) G. Ponzanelli, Padova, 1994 e AA.VV. *"Senza scopo di lucro. Dimensioni economiche, storiche, legislazioni e politiche del settore non profit in Italia"*, (a cura di) G.P. Barbetta, Bologna, 1996. Avviso al lettore: d'ora innanzi si utilizzeranno in maniera intercambiabile le locuzioni "associazione di volontariato" e "organizzazione di volontariato"

³ Sul fenomeno dell'"in house providing" la letteratura è già sconfinata. Per citare solo alcuni: G. GRECO *"Gli affidamenti in house dei servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, pp. 1461 e ss.; M. MAZZAMUTO *"Brevi note su normativa comunitaria e in house providing"*, in Il Dir. U.E., 2001, pp. 537 e ss.; C. ALBERTI *"Appalti in house, concessioni in house e esternalizzazione"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, pp. 494 e ss.; D. CASALINI *"L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house"*, Napoli, 2003; G. MARCHEGIANI *"Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. affidamenti in house"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, pp. 945 e ss.; G. GRECO *"Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza ?"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, pp. 67 e ss.; R. URSI *"Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing ed in house providing"*, in Dir. amm., 2005, pp. 179 e ss.; E. SCOTTI *"Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato"*, in Dir. amm., 2005, n. 4, pp. 919 e ss.; R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI *"L'in house providing: un'impresa dimezzata"*, in Dir. amm., 2006, n. 1, pp. 59 e ss.; D. MARRAMA *"Società miste e in house providing al vaglio della Plenaria"*, in www.giustamm.it, 2008. Più di recente: S. VALAGUZZA *"Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica"*, in Dir. proc. amm., 2014, pp. 862 e ss.; G. CARULLO *"Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, pp. 991 e ss.

⁴ La *Teckal* è una tra le pronunce della Corte di Giustizia più citate negli ultimi 15 anni. Su di essa - tra i tanti - si vedano: G. GRECO *"Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, pp. 1461 e ss.; F. GOISIS *"Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario"*, in Dir. proc. amm., 2000, pp. 586 e ss.; M. MAZZAMUTO *"Brevi note su normativa comunitaria e in house providing"*, in Dir. un. eur., 2001, pp. 537 e ss.; G. FERRARI *"Parking Brixen: Teckal da totem a tabù? nota a sentenza 13.10.2005, Corte di giustizia delle Comunità europee causa C-458/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG"*, in Dir. pubbl. comp. ed europeo, 2006, pp. 271 e ss.

⁵ Negli anni d'oro dell'"in house providing" si è assistito – e non solo in Italia – alla lievitazione degli oggetti sociali delle società più o meno rientranti nei requisiti necessari per poter esseri ricondotti alla qualifica di matrice comunitaria e, evidentemente, agli affidamenti diretti direttamente consequenziali.

⁶ C.d.S., Sez. V, sent. n. 5072 del 30.08.2006: *"L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali in house è illegittimo per violazione dei principi di fonte comunitaria, qualora nello statuto della società affidataria, posseduta per l'intero"*

amministrazione della società affidataria avrebbe dovuto avere poteri decisionali inferiori rispetto a quelli ordinariamente previsti per la tipologia societaria e la proprietà pubblica avrebbe dovuto poter esercitare un potere di influenza maggiore rispetto a quello ordinariamente riconosciuto al socio di maggioranza;⁷ c) la società affidataria non avrebbe dovuto acquisire una vocazione commerciale potenzialmente in contrasto con il controllo pubblico.⁸

I colpi in tal modo inferti all'autonomia che avrebbe dovuto caratterizzare la società affidataria sono stati tali da indurre una parte della dottrina a sostenere che – innanzi all'ormai pressoché totale sovrapposibilità sostanziale tra ente affidante e società affidataria – l'*in house providing* poteva essere considerato esattamente alla stregua di un affidamento in economia mediante amministrazione diretta, ovvero (per i più nostalgici) una "gestione in economia".⁹

E tutto questo accadeva mentre il legislatore statale italiano (che negli ultimi tempi non si può dire brilli per tempismo) – trasponendo un istituto nato come eccezione al vincolo di concorrenzialità sul terreno dell'organizzazione – inseriva l'*in house providing* addirittura tra le modalità operative di gestione dei servizi pubblici locali e gli garantiva, in tal modo, una nuova primavera.

Una stagione foriera di grandi confusioni ma, fortunatamente, breve in virtù dell'intervento operato, con la sentenza n. 131 del 2012, dalla Corte Costituzionale sulle disposizioni inserite nei vari *salva-Italia*, *cresci-Italia* e via discorrendo.

Da ultimo, le direttive comunitarie in tema di appalti e concessioni del 2014, da un lato, hanno ufficialmente positivizzato in ambito unitario l'*in house providing*, dall'altro, però, ne hanno chiaramente sottolineato il carattere di semplice eccezione rispetto all'ordinaria necessità per le amministrazioni aggiudicatrici di imbastire procedure di evidenza pubblica nell'acquisto di lavori, servizi e forniture.

capitale sociale dall'ente pubblico, si consenta che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati, in quanto tale cessione conduce, in prospettiva, alla perdita del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, da parte del comune."

⁷ C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1514 del 30.04.2007: "Per un legittimo affidamento in house è necessario che concorrano i seguenti due elementi: a) l'amministrazione deve esercitare sul soggetto affidatario un «controllo analogo» a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione del «controllo analogo» e della «destinazione prevalente dell'attività», l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. Riguardo il primo elemento, la partecipazione pubblica totalitaria costituisce requisito necessario ma non sufficiente ad integrare l'elemento del «controllo analogo», essendo necessaria la presenza di strumenti di controllo dell'ente pubblico più intensi di quelli previsti dal diritto civile, dovendo questo poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza assembleare. Il che comporta la naturale conseguenza che il consiglio di amministrazione di una s.p.a. in house non deve avere rilevanti poteri gestionali. Con riferimento al secondo, l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico precarietà che può, altresì, rinvenirsi nell'avvenuto ampliamento dell'oggetto sociale; nell'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, nell'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero."

⁸ C. giust. CE, 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.

⁹ Sia consentito il rinvio a D. MARRAMA "La Plenaria nicchia su in house providing e società miste", in Gazz. For., 2, 2008, pp. 101 e ss.

Le predette direttive – a parere di chi scrive, sbagliando – hanno leggermente riallargato lo spettro applicativo dell’istituto in quanto hanno specificato che la partecipazione di soggetti privati al capitale della società non rappresenta un limite assoluto alla configurabilità dell’in house providing.¹⁰

Come è noto, successivamente, il legislatore statale, nel recepire tali direttive, con l’art. 5 del d. l.vo n. 50 del 2016 ha riproposto in maniera sostanzialmente pedissequa il contenuto della Direttiva sul punto.¹¹

Ci sarà forse una nuova primavera ... un cigno che canta mentre nei singoli Stati si tenta di sistemare i cocci prodotti dall’incertezza. Ma tant’è. Non è questo il tema del lavoro.

3. Le organizzazioni di volontariato sono imprese ?

Qualcosa di molto simile si è verificato (e si sta continuando a verificare) a partire dal momento in cui la Corte di Giustizia, con la sentenza *Ambulanz Glöckner*, 25 ottobre 2001 causa C-475/99¹² – nel qualificare come attributive di diritti speciali o esclusivi le disposizioni normative di uno Stato membro che contingentavano le autorizzazioni allo svolgimento di attività di trasporto malati – ha affermato che: *“Nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico*

¹⁰ Art. 12, comma 1 della Direttiva n. 24 del 2014: “1. Un appalto pubblico aggiudicato da un’amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell’ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l’amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l’80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un’amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione aggiudicatrice.”.

¹¹ Art. 5, comma 1 del d. l.vo n. 50 del 2016: “1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l’80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata.”.

¹² Un commento a prima lettura su tale sentenza della CGUE è rinvenibile in A. ARGENTATI “Diritti speciali ed esclusivi e regole di concorrenza”, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4/2002, pp. 393 e ss..

di detta entità e dalle modalità del suo finanziamento, e costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato.”¹³

E', infatti, proprio partendo da questa affermazione che - con riferimento all'ordinamento italiano - alcuni commentatori (basandosi su di un'interpretazione peculiare dell'inciso che chiude il periodo appena riportato: “costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato” e su alcune scelte invero discutibili del nostro legislatore statale)¹⁴ hanno iniziato a sostenere che, secondo il diritto comunitario, anche le organizzazioni di volontariato - in quanto impegnate nell'offrire beni e servizi sul mercato - svolgerebbero attività economica e rientrerebbero, pertanto, nella nozione di impresa.¹⁵

Su tale presupposto, i commentatori in questione hanno, a diverso titolo, ipotizzato che le organizzazioni di volontariato dovrebbero essere equiparate agli operatori economici e, pertanto, dovrebbero avere accesso alla procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria finalizzate all'individuazione di operatori con i quali sottoscrivere contratti di appalto e di concessione di servizi.

In realtà, dell'affermazione della Corte (certamente sibillina e per c.d. “liquida”) si sarebbe potuto dare anche un'interpretazione meno “sovversiva” e più rispettosa delle specificità che (come si vedrà di seguito) contraddistinguono il fenomeno “volontariato” e gli conferiscono un valore aggiunto. A parere di chi scrive, infatti - posto che le organizzazioni di volontariato non possono percepire un compenso (quantomeno) a fronte dei beni e dei servizi che destinano in via principale e che le caratterizzano - non è corretto affermare che esse ordinariamente offrano beni o servizi su di un determinato mercato. Se non vi è (e non vi può-essere) alcun tipo di controprestazione, non vi è (e non vi può essere) nemmeno mercato. Ma sul tale punto si ritornerà nel prosieguo.

Invero, quelle tesi secondo le quali - posto che le imprese commerciali (per ragioni di ritorno di immagine o di posizionamento e copertura di un ambito di mercato) potrebbero avere interesse a svolgere anche gratuitamente determinati servizi a favore di istituzioni pubbliche - sarebbe corretto parlare di mercato anche in assenza di controprestazione a carico dell'ente affidante, anche se raffinate, sembrano eccessivamente teoriche e poco pregnanti¹⁶

¹³ In realtà, anche se in un ambito tematico sostanzialmente diverso affermazioni analoghe si rinvengono già in una pronuncia precedente della Corte di Giustizia, vale a dire ai punti 74 e 75 della sentenza 12 settembre 2000, C-180/98 e C-184/98: “Secondo la costante giurisprudenza, nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento ... A questo proposito, dalla costante giurisprudenza risulta che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato ...”.

¹⁴ Ci si riferisce alla decisione di chiudere l'elencazione contenuta nell'art. 5, comma 1 della legge n. 266 del 1991 delle fonti dalle quali le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche per il funzionamento e per lo svolgimento delle attività con il riferimento ad: “entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali”. Sul punto si ritornerà nel prosieguo.

¹⁵ A. ALBANESE “L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani”, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2006, pp. 1453 e ss.: “... la Corte si era già espressa in modo specifico sulla possibile qualificazione quali imprese proprio delle organizzazioni di volontariato, considerando come anch'esse possono trovarsi a svolgere attività economiche ed affermando che in tali casi esse sono soggette, al pari di ogni operatore commerciale, alle regole sulla concorrenza previste dal Trattato.”.

¹⁶ R. GIOVAGNOLI “Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti”, in Urb. e appalti, 2007, pp. 724 e ss.

Del resto, obiettivamente e a prescindere dal convincimento di chi scrive, l'incontestabile circostanza che l'attività posta in essere dai volontari abbia un valore economico oggettivo, che può certamente essere quantificato e considerato, non basta – da sola – ad attribuire natura imprenditoriale all'attività medesima.

Anche in ragione di ciò, sembra davvero difficile parlare di attività d'impresa rispetto ad una proposta di beni o servizi per i quali non è richiesta alcuna controprestazione.

Da ciò dovrebbe derivare, evidentemente, l'impossibilità ad affermare che le organizzazioni di volontariato svolgerebbero ordinariamente attività d'impresa.

Sarebbe – sembrata, pertanto, più consona un'interpretazione secondo la quale le organizzazioni di volontariato – in quanto (quantomeno) in relazione alla parte caratterizzante della loro attività non offrono sul mercato beni o servizi – non svolgono attività economica e non possono, quindi, essere considerate imprese.

Purtroppo, il fluire del tempo ha dimostrato come l'intento della Corte di Giustizia fosse, invece, proprio quello di affermare che le organizzazioni di volontariato devono essere considerate imprese.

Nella notissima sentenza 29 novembre 2007, causa C-119/06, al punto 37,¹⁷ il Giudice europeo – prendendo posizione su di un accordo quadro sottoscritto tra la Regione Toscana, le ASL della Regione e alcune associazioni di volontariato impegnate in attività di trasporto sanitario – riferendosi a queste ultime, ha testualmente affermato: *“l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza.”*

Un'affermazione che ha sgombrato il campo dai dubbi interpretativi generati alcuni anni prima chiarendo, definitivamente, che – per la Corte di Giustizia – non vi sarebbe incompatibilità tra i concetti di associazione di volontariato e di impresa.

Al tempo stesso, però, un'asserzione errata che è stata, anch'essa, oggetto di indebite e discorsive interpretazioni estensive.

a) Contestazione dell'assunto.

Ma procediamo per ordine e partiamo dall'argomentare la non condivisibilità dell'assunto.

In via generale, va detto che un'affermazione del genere non avrebbe fatto una piega ove fosse stata riferita a società cooperative. Per queste ultime, infatti, appare certamente corretto sostenere che l'assenza del fine di lucro non esclude l'esercizio di un'attività economica a carattere imprenditoriale.

Le cooperative (è noto ed indiscusso) competono sul mercato ed ambiscono a produrre profitti (che, evidentemente, non possono essere interamente distribuiti tra i soci) e sono, pertanto, imprese a tutti gli effetti.

¹⁷ Pronuncia ampiamente commentata: A. ALBANESE *“L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani”*, op. cit.; M. MATTALIA *“Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario”*, in Foro amm. CDS, 2008, pp. 1984; R. CARANTA *“Attività pubblica, attività no profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi”*, in Urb. e appalti, 2008, pp. 293 e ss. e A. BROWN *“Application of the directives of contracts with not-for-profit organisations and transparency under the EC treaty”*, in Public procurement law review, 2008, NA, 96.

Come è noto, infatti, nell'assai variegato mondo della cooperazione, la componente imprenditoriale viene, di fatto, declinata sulla base di presupposti motivazionali differenti: si va dalla scopo mutualistico (e, pertanto, egoistico) di sostegno ai soci che è proprio delle cooperative tradizionali fino allo scopo solidaristico che contribuisce a caratterizzare, invece, le cooperative sociali. Ma la componente imprenditoriale è sempre presente.

Non altrettanto può dirsi, invece, per le associazioni (organizzazioni) di volontariato. Da un punto di vista sostanziale, infatti, le associazioni di volontariato – accanto all'assenza di fini di lucro – presentano una caratteristica ulteriore che vale a distinguerle ontologicamente dalle cooperative: la gratuità del loro agire.

Al di là delle differenti (e più o meno corrette) definizioni normative, l'attività di volontariato si connota, infatti, per la matrice spontanea, per l'assenza di scopo di lucro, per il fine solidaristico e per la gratuità.

Un fenomeno che, da un lato, appare certamente compatibile con un eventuale valore economico dell'attività posta in essere e dall'altro, invece, risulta del tutto incompatibile con l'esercizio d'impresa, in considerazione del fatto che in quest'ultima attività è sempre previsto un corrispettivo a fronte dell'azione posta in essere.

Questo sta a significare che un'organizzazione che dichiara di essere di volontariato, nel momento in cui percepisce un corrispettivo per lo svolgimento della sua attività caratterizzante, si snatura e fuoriesce dalla sfera del volontariato.¹⁸

Non vale, evidentemente, il contrario; la circostanza che un'associazione di volontariato ed i suoi operatori si facciano retribuire (direttamente o indirettamente) per i servizi che offrono in via principale certo non sta a significare che il volontariato è compatibile con l'impresa.¹⁹

¹⁸ In un'ottica di diritto comune, è dello stesso parere: C. VENDITTI "L'attività di volontariato", Napoli, 1997 p. 87: "... qualora le prestazioni del volontario si ricollegassero ad un precedente contratto, la preclusione verso ogni forma di retribuzione vale a chiarire che mai l'attività di volontariato potrebbe vedersi scaturita da un contratto con causa di scambio. Così che l'eventuale pattuizione di un compenso, in forma diretta o indiretta, farebbe uscire il contratto di cui si tratta dall'ipotesi legale del volontariato.". Di tenore analogo, sul fronte giurisdizionale: CASS. CIV., Sez. Lavoro, sent. n. 12964 del 21.05.2008: "se risulta che un presunto volontario è in realtà un soggetto assunto e retribuito da un'associazione di (presunto) volontariato, non sarà applicabile la disciplina sul volontariato ma la normale disciplina gius-lavoristica. ... l'attività del volontario è per sua natura gratuita, onde la corresponsione di un compenso oltre il mero rimborso spese comporta che l'attività in questione non sarà più di volontariato, ma dovrà essere altrimenti definita. Non è sufficiente il "nomen juris" di volontario per escludere la sussistenza di un rapporto di lavoro, ma la qualificazione giuridica di volontario discende dalla spontaneità e gratuità della prestazione."

¹⁹ Sul punto, più di recente: CASS. CIV., Sez. lavoro, sent. n. 9468 del 18.04.2013: "Alla stregua di quanto disposto dall'art. 2 della legge 11 agosto 1991, n. 266 (secondo cui "l'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario", ed inoltre "la qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte") non ricorrono gli estremi della prestazione di volontariato nel caso in cui, per l'attività espletata, siano state corrisposte somme di danaro, essendo onere della parte convenuta in giudizio per il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dimostrare che la loro corresponsione sia avvenuta, invece, a titolo di rimborso spese, non superando l'ammontare di queste. (Nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto correttamente motivata la decisione con cui il giudice di merito ha ritenuto che non costituisse attività di volontariato in favore dell'associazione Federconsumatori, bensì prestazione di lavoro subordinato alle dipendenze della C.G.I.L., l'attività espletata presso uno sportello da questa istituito per la tutela dei consumatori, dando rilievo altresì alla circostanza non solo che la predetta associazione è risultata sostanzialmente inesistente, ma soprattutto che la C.G.I.L., oltre a retribuire direttamente la sportellista, aveva interesse per i propri iscritti e simpatizzanti ad attivare un servizio a tutela del consumatore)."

Per contestare la fondatezza di tale ultima affermazione, alcuni interpreti sostengono che la gratuità deve contraddistinguere l'impegno dei singoli volontari, ma non riguarderebbe l'attività del soggetto associazione.²⁰ Una teoria che prova poco e che sembra, invero, più frutto di un bizantinismo concettuale che di un'analisi autonoma.²¹

Purtroppo, però, una situazione così lineare si è complicata nel momento in cui la realtà è stata tradotta in ambito normativo.

Nel nostro ordinamento statale elementi di confusione contraddistinguono sinanche la legislazione primaria. La legge n. 266 del 1991,²² da un lato, all'art. 2 definisce in maniera completa e adeguata il fenomeno: "... per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà. 2. L'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse.", dall'altro, però – all'art. 5 – nel chiudere l'elenco delle fonti dalle quali le associazioni di volontariato possono trarre risorse per il loro funzionamento e per lo svolgimento dell'attività, fa riferimento ad: "entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali".²³

²⁰ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI "Volontariato sussidiarietà mercato", Bari, 2008, p. 262: "... ci si limita spesso a richiamare in giurisprudenza la natura assolutamente spontanea e gratuita dell'attività, indubbiamente individuata dalla legge come caratterizzante la prestazione del volontario, ma soltanto di questo, non anche dell'associazione che incontra, invece, soltanto il limite dello scopo solidaristico, concretantesi, come si è chiarito, nella non ripartizione degli utili."

²¹ In questo senso T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, sent. n. 963 del 21.10.1995: "L'art.2, l. 11 agosto 1991, n. 266, pone come condizione per l'iscrizione delle istituzioni private di volontariato nell'apposito registro e per la fruizione dei contributi pubblici e delle agevolazioni fiscali, il divieto di remunerazione dell'attività di volontariato, divieto che riguarda, non solo il singolo aderente, ma soprattutto l'ente nel quale questo opera; conseguentemente, il provvedimento di cancellazione di un'organizzazione dal registro generale, avvenuto in conseguenza dell'accertamento dell'onerosità delle prestazioni rese, è legittimo, non rivestendo alcuna importanza il fatto che il canone preteso dagli utenti del servizio fosse destinato a coprire le spese di gestione."

²² Per determinati aspetti la legge n. 266 del 1991 è stata una legge innovativa e all'avanguardia come testimoniano le prime analisi che la dottrina le ha dedicato: N. LIPARI "Vecchi e nuovi sentieri. In margine alla legge-quadro sul volontariato", in Riv. volontariato, 1992, pp. 2 e ss.; A. PANICO e A. PICCIOTTO "La legge quadro sul volontariato", Napoli, 1992; V. ITALIA "Il volontariato; organizzazioni, statuti e convenzioni; schemi, proposte, problemi", Milano, 1992; AA.VV. "La legge sul volontariato. Analisi e commento giuridico", (a cura di) L. Brusuglia, Padova, 1993; E. ROSSI "Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato", in Giur. cost., 1992, pp. 2348 e ss.; P. CONSORTI "La legge quadro sul volontariato", in Il Tetto, 1992, pp. 179 e ss.; P. MORABITO "Legge-quadro sul volontariato n. 266 dell'11 agosto 1991. Luci ed ombre", in Riv. Amm., 1992, pp. 33e ss.; C. VENDITTI "L'attività di volontariato", op. cit. e M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI "Profili dell'organizzazione pubblica del volontariato", Milano, 1997. Quest'ultima studiosa è ritornata più di recente sul tema con il lavoro "Volontariato sussidiarietà mercato", op. cit.. Per alcuni puntuali e raffinati rilievi critici all'impianto della legge 266 del 1991, si veda: P. RESCIGNO "Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato", in Giur. it., 1993, pp. 1 e ss..

²³ Art. 5, comma 1 legge n. 266 del 1991: "1. Le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche per il loro funzionamento e per lo svolgimento della propria attività da: a) contributi degli aderenti; b) contributi di privati; c) contributi dello Stato, di enti o di istituzioni pubbliche finalizzati esclusivamente al sostegno di specifiche e

L'apertura all'espletamento di attività commerciali e produttive marginali è stata (ed è) foriera di equivoci e di forzature ermeneutiche ed appare a chi scrive del tutto inappropriata; in primo luogo, in quanto prevede la possibilità di un doppio binario per l'operato delle associazioni di volontariato [con tutte le intuibili problematiche di confusione e di inquinamento tra attività principale (per la quale è previsto un determinato trattamento fiscale) e attività marginale (per la quale il trattamento fiscale dovrebbe essere il medesimo di quello applicato agli altri soggetti del *no profit*) a tanto connesse], ed in secondo luogo, perché, tradotta in concreto, sta a significare che, il volontariato – per reperire le risorse necessarie alla sua esistenza ed all'attività – si può “un po” snaturare.

La contraddittorietà insita in questa scelta legislativa interna non aveva prodotto danni evidenti sino al deposito della sentenza della Corte di Giustizia del 2007 alla quale ci si è già riferiti.²⁴

Per i primi quindici anni successivi all'entrata in vigore della legge 266 del 1991, dottrina e giurisprudenza sono state tendenzialmente concordi nel ritenere che le associazioni di volontariato non potessero sottoscrivere contratti di appalto con le amministrazioni aggiudicatrici e, pertanto, non potessero neanche prendere parte a procedure ad evidenza pubblica finalizzate ad individuare il contraente privato di tali rapporti negoziali.²⁵

E questo anche perché, a metà degli anni 90 dello scorso secolo, il decreto ministeriale del 25 maggio 1995 (*Criteri per l'individuazione delle attività commerciali e produttive marginali svolte dalle organizzazioni di volontariato*), emanato in attuazione della delega contenuta nella legge del 1991, ha dettagliato un'elencazione delle attività commerciali e produttive marginali dalle quali le associazioni di volontariato possono trarre risorse che non comprende i servizi svolti in appalto per conto di soggetti pubblici.²⁶

documentate attività o progetti; d) contributi di organismi internazionali; e) donazioni e lasciti testamentari; f) rimborsi derivanti da convenzioni; g) entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali.”.

²⁴ Va rimarcata la circostanza che, nelle analisi proposte nei primi quindici anni successivi all'entrata in vigore della legge 266 del 1991 ed anche in seguito, la possibilità prevista dal legislatore per le organizzazioni di volontariato di svolgere attività commerciali o produttive marginali – al di là di alcune precisazioni invero quasi banali (ci si riferisce alla sottolineatura del divieto di distribuzione diretta o indiretta degli utili) – non ha suscitato particolari interrogativi ermeneutici. Si vedano, sul tema: C. MURGO *“Scopo di solidarietà e attività commerciali nelle organizzazioni di volontariato”*, in (a cura di) L. Bruscutta e E. Rossi *“Terzo settore e nuove categorie giuridiche”*, Padova, 2000; G. PONZANELLI *“Gli enti collettivi senza scopo di lucro”*, Torino, 2001; VUOTO *“Le attività economiche delle organizzazioni di volontariato: profili di diritto pubblico generale”*, in AA.VV. (a cura di) L. Bruscutta e E. Rossi *“Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro”*, Milano, 2002, pp. 160 e ss. e PELLEGRINI *“Attività “marginali”, “accessorie”, Economiche” delle organizzazioni di volontariato”*, ivi, pp. 553 e ss.

²⁵ Tra le tante: T.A.R. Lombardia, MI, Sez. III, sent. n. 1869 del 09.03.2000; T.A.R. Veneto, Sez. I, sent. n. 481 del 03.03.2004; T.A.R. Campania, NA, Sez. I, sent. n. 3109 del 21.03.2006; T.A.R. Campania, NA, Sez. I, sent. n. 6949 del 13.06.2006; T.A.R. Campania, NA, Sez. I, sent. n. 3021 del 02.04.2007; T.A.R. Toscana, Sez. I, sent. n. 1708 del 02.08.2002; T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. n. 1043 del 18.04.2005; T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. n. 1604 del 31.03.2006; T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. n. 2323 del 12.06.2006; T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. n. 3330 del 04.10.2006.

²⁶ Art. 1 d.m. 25 maggio 1995: *“1. Agli effetti dell'art. 8, comma 4, della legge 11 agosto 1991, n. 266, si considerano attività commerciali e produttive marginali le seguenti attività: a) attività di vendita occasionali o iniziative occasionali di solidarietà svolte nel corso di celebrazioni o ricorrenze o in concomitanza a campagne di sensibilizzazione pubblica*

Nei primi anni del nuovo secolo, peraltro, la predetta concordia interpretativa è stata incentivata dalla chiarezza con la quale il d.P.C.M. 30 marzo 2001 – nel dare attuazione alla legge n. 328 del 2000 - ha disegnato due *iter* differenti per la costituzione di rapporti tra enti pubblici e soggetti del terzo settore, sulla base della gratuità o meno dell'attività prestata.

Per le organizzazioni di volontariato, convenzioni (di cui all'art. 7 della legge 266 del 1991) non necessariamente precedute da confronti tra potenziali interlocutori;²⁷ per le altre realtà del terzo settore, invece, contratti di appalto anticipati da confronti concorrenziali strutturati sui criteri minimalisti della parità dei concorrenti, del libero accesso e della trasparenza.

In quest'ottica – tra l'altro – non è apparsa casuale la scelta del legislatore statale che, nel 2006, nel dettagliare le caratteristiche delle soggettività che potevano richiedere di ottenere la qualifica di impresa sociale, ha inserito elementi volti ad escludere da tale ambito le associazioni di volontariato (esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale).²⁸

La circostanza è particolarmente significativa se si considera che la qualifica di impresa sociale (esattamente come avviene per quella di organismo di diritto pubblico) non incide sulla soggettività propria delle realtà alle quali è attribuita ma si affianca ad essa.

In ragione di ciò, possono ottenere l'etichetta di impresa sociale sia soggetti *for profit* che entità *not for profit*. Ciò non di meno, il legislatore del 2006 – molto significativamente – ha escluso in maniera pressoché esplicita le associazioni di volontariato dal novero delle realtà che potevano aspirare ad ottenere l'anzidetta qualifica.²⁹

verso i fini istituzionali dell'organizzazione di volontariato; b) attività di vendita di beni acquisiti da terzi a titolo gratuito a fini di sovvenzione, a condizione che la vendita sia curata direttamente dall'organizzazione senza alcun intermediario; c) cessione di beni prodotti dagli assistiti e dai volontari sempreché la vendita dei prodotti sia curata direttamente dall'organizzazione senza alcun intermediario; d) attività di somministrazione di alimenti e bevande in occasione di raduni, manifestazioni, celebrazioni e simili a carattere occasionale; e) attività di prestazione di servizi rese in conformità alle finalità istituzionali, non riconducibili nell'ambito applicativo dell'art. 111, comma 3, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, verso pagamento di corrispettivi specifici che non eccedano del 50% i costi di diretta imputazione. 2. Le attività devono essere svolte: a) in funzione della realizzazione del fine istituzionale dell'organizzazione di volontariato iscritta nei registri di cui all'art. 6 della legge n. 266 del 1991; b) senza l'impiego di mezzi organizzati professionalmente per fini di concorrenzialità sul mercato, quali l'uso di pubblicità dei prodotti, di insegne elettriche, di locali attrezzati secondo gli usi dei corrispondenti esercizi commerciali, di marchi di distinzione dell'impresa. 3. Non rientrano, comunque, tra i proventi delle attività commerciali e produttive marginali quelli derivanti da convenzioni."

²⁷ L'esercizio delle predette convenzioni ad opera delle associazioni di volontariato rappresenta una delle forme nelle quali si può esplicitare quell'opera che è stata definita: "attività oggettivamente amministrativa". F.G. SCOCA "Attività amministrativa" (voce) in Enc. dir., agg. VI, Milano, 2002, pp. 75 e ss.

²⁸ Il D. l.vo n. 155 del 2006 definisce i requisiti che devono essere rispettati per poter acquisire la qualifica di impresa sociale: dichiarare il carattere sociale dell'impresa; avere le caratteristiche di organizzazione privata con finalità di interesse generale; non avere scopo di lucro, e prevedere, pertanto, il reinvestimento degli eventuali utili; prefiggersi finalità di interesse generale; prevedere il coinvolgimento attivo di lavoratori e destinatari; esplicitare la locuzione "impresa sociale" nella denominazione. Sull'impresa sociale si vedano: AA.VV. "Le imprese sociali", (a cura di) L. Borzaga e L. Fazzi, Roma 2011, S. ZAMAGNI "Impresa responsabile e mercato civile", Bologna, 2013 e G. MORO "Contro il non profit", Roma-Bari, 2014

²⁹ In considerazione di ciò, si ritiene di dover dissentire dalla una recente pronuncia del Consiglio di Stato con la quale è stata affermata la riconducibilità di un'organizzazione di volontariato ad un'impresa sociale: C.d.S., Sez. III, sent. n.

b) Circostanze favorevoli alla considerazione delle organizzazioni di volontariato come imprese.

A partire dal 2007, il combinato disposto tra il richiamo alle considerazioni di cui alla sentenza *Ambulanz* del 2001, quello sciagurato 37° punto della sentenza 29 novembre 2007 causa C-119/06, un'interpretazione indebita e sbagliata di quest'ultima pronuncia, altre discutibili prese di posizione della Corte di Giustizia su tematiche collaterali³⁰ e le inadeguatezze della legislazione italiana alle quali si è già accennato hanno determinato un caos operativo.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza - enfatizzando oltre il dovuto gli effetti dello svarione inserito dalla Corte nel punto 37 della predetta sentenza secondo il quale, lo si ripete, l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza - ha iniziato a sostenere che per l'Unione Europea sarebbe illegittimo escludere le organizzazioni di volontariato dalle procedure di matrice comunitaria finalizzate all'individuazione di contraenti privati nei più svariati settori.³¹

In Italia, la predetta interpretazione ha trovato sponda (era, del resto, intuibile che ciò accadesse) proprio in quella parte dell'art. 5 della legge 266 del 1991 - alla quale si è già fatto

161 del 15.01.2016: *"Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare agli appalti pubblici atteso che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le loro entrate, menziona anche quelle derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di imprese; di conseguenza esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali imprese sociali, alle quali il d.lg. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa (nella specie trattavasi di gara per l'affidamento del servizio di trasporto di urgenza e di infermi)."*

³⁰ Ci si riferisce al convincimento espresso a più riprese dalla Corte di Giustizia (a partire dalla sentenza 19 dicembre 2012, *Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce*, C-159/2011) secondo il quale si configurerebbe un contratto di appalto anche in tutti i casi di accordi in cui a fronte del servizio prestato dal soggetto *no profit* la pubblica amministrazione sarebbe tenuta a ristorare solo ed esclusivamente le spese vive sostenute dal predetto soggetto.

³¹ Con riferimento alla dottrina, si veda: C. PAPI *"Diritto europeo ed affidamenti di servizi in convenzione ad associazioni di volontariato"*, in *Linee@vcp*, 2014, n. 3, p. 94: *"sulla base degli ultimi orientamenti della giurisprudenza e dell'Autorità (il riferimento è all'ANAC ndr.) - che fanno propria la definizione comunitaria di impresa, non suscettibile di tipizzazione nell'elencazione di cui all'art. 34 del codice dei contratti - la legittimazione alla partecipazione alle gare d'appalto delle associazioni di volontariato, di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266 e di quelle di promozione sociale, di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, non pare possa più mettersi in discussione."* e M. PIGNATTI *"La partecipazione delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (onlus) alle procedure di scelta del contraente e le attività delle centrali di committenza"* in *Foro amm.*, 2015, pp. 42 e ss.: *"L'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte organizzazioni (il riferimento è alle organizzazioni di volontariato ndr) esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato in tema di concorrenza. La considerazione che "i loro collaboratori agiscono a titolo volontario" consente a tali organizzazioni di "presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti [ma] non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici" in concorrenza con altri operatori."* Sul tema della nozione comunitaria di impresa si vedano - in chiave critica - le belle pagine di A. POLICE *"Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust"*, Torino, 2007.

riferimento – secondo la quale le organizzazioni di volontariato, per sostenersi e per “finanziare” la loro attività peculiare possono svolgere attività commerciali e produttive marginali.³²

L’inserimento di tale possibilità all’interno del corpo della legge quadro sul volontariato, (come già anticipato) per molti anni, ha lavorato in profondità fino a determinare improvvisamente in buona parte della dottrina e della giurisprudenza un offuscamento in relazione alle caratteristiche che distinguono il volontariato dalla cooperazione sociale e dagli altri fenomeni riconducibili al terzo settore.³³

Un offuscamento che è stato, tra l’altro, fomentato anche dalla costanza con la quale la Corte di Giustizia ha continuato e continua a ribadire come debba essere considerato un contratto di appalto anche l’accordo con il quale una pubblica amministrazione, a fronte di un servizio di interesse pubblico offerto da un soggetto *no profit*, si impegni unicamente a rimborsare le spese vive sostenute dal predetto soggetto per porre in essere l’attività.

In molte delle analisi sul tema ed in buona parte della giurisprudenza fenomeni ontologicamente differenti (volontariato da un lato ed altre fattispecie di *no profit* dall’altro) sono stati e continuano ad essere indebitamente accomunati in maniera semplicistica e riduzionistica.

Ciò posto, se è vero che l’assunto di cui al punto 37 della sentenza del 2007 è fallace e che l’apertura allo svolgimento di attività commerciali e produttive marginali per le associazioni di

³² C.d.S., Sez. VI, sent. n. 387 del 23.01.2013: “L’assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici. Quanto, in particolare, alle associazioni di volontariato, ad esse non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell’elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa. Esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali “imprese sociali”, a cui il d.lg. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un’attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d’interesse generale, anche se non lucrativa.” e C.d.S., Sez. III, sent. n. 3685 del 27.07.2015 “Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare a gare pubbliche per l’affidamento di appalti atteso che la legge quadro sul volontariato, nell’elencare le relative entrate, menziona anche quelle derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo ad esse capacità di svolgere attività d’impresa; possono quindi essere ammesse a gare pubbliche quali imprese sociali, alle quali il d.lg. 24 marzo 1966, n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un’attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d’interesse generale, anche se non lucrativa.”; C.d.S., Sez. III, sent. n. 116 del 15.01.2016: “Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare agli appalti pubblici atteso che la legge quadro sul volontariato, nell’elencare le loro entrate, menziona anche quelle derivanti da attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di imprese; di conseguenza esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali imprese sociali, alle quali il d.lg. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un’attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d’interesse generale, anche se non lucrativa (nella specie trattavasi di gara per l’affidamento del servizio di trasporto di urgenza e di infermi).”.

³³ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI “Volontariato sussidiarietà mercato”, op. cit., p. 244: “Quella sulle associazioni di volontariato, dunque, non si configura punto come una disciplina di assoluto favore, che possa ritenersi tale da renderle del tutto inidonee a concorrere sul mercato al pari di un’impresa che agisce per scopi lucrativi ed in regime di economia, operando sul mercato secondo le regole della concorrenza.” e p. 296 “Le associazioni di volontariato, al pari di tutti gli altri enti del terzo settore, possono, dunque, almeno in astratto agire nel mercato in regime di concorrenza, senza che a ciò osti in via di principio la disciplina premiale che le caratterizza, né il favor talvolta espresso già in sede legislativa nell’individuare queste associazioni come interlocutori privilegiati nell’attuazione della particolare missione affidata alla Repubblica dalla normativa nazionale e da quella comunitaria per i servizi di interesse generale.”.

volontariato non ha certamente aiutato a fare chiarezza, è parimenti vero che una lettura approfondita della pronuncia europea porta a poter concludere che – in quella sentenza – la Corte di Giustizia non aveva affatto voluto affermare che sarebbe stata in contrasto con il diritto comunitario l'esclusione delle organizzazioni di volontariato dalle procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione da parte di amministrazioni aggiudicatrici degli operatori economici con cui stipulano contratti di appalto e concessione.

A ben vedere, infatti, nella predetta pronuncia la Corte di Giustizia si era limitata ad affermare due cose.

In primo luogo, aveva stabilito che costituiva una violazione della normativa europea in tema di concorrenza la convenzione sottoscritta tra aziende sanitarie locali ed associazioni di volontariato per l'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario in considerazione del fatto che – nel caso di specie – dietro la parvenza di meri rimborsi spese (forfettari e determinati *ex ante*) si celavano veri e propri corrispettivi per i servizi prestati.³⁴

Ed in secondo luogo, aveva chiarito che situazioni di tal fatta – al di là del *nomen juris* utilizzato dall'ente affidante – integrano veri e propri contratti di appalto.

Ciò non di meno, da qui ad affermare che le associazioni di volontariato possano pretendere di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione delle parti private di contratti di appalto di rilevanza comunitaria (e non solo) il passo non è esattamente breve.

E, in questa stessa ottica – a ben vedere – anche il riferimento alla disposizione normativa secondo la quale le organizzazioni di volontariato, per sostenersi e per “finanziare” la loro attività peculiare, possono svolgere attività commerciali e produttive marginali non prova granché.³⁵

³⁴ Sul tema delle convenzioni tra enti pubblici ed organizzazioni di volontariato aventi ad oggetto l'affidamento di servizi di carattere socio-sanitario si veda: L. PERFETTI *“Le convenzioni con le organizzazioni di volontariato”*, in AA.VV. (a cura di) A. Mattioni, E. Codini, E. Colombo, A. Fossati *“Le leggi sulla solidarietà”*, Milano, 1993, pp. 107 e ss.; A. ALBANESE *“Le convenzioni con le organizzazioni di volontariato”*, in AA.VV. (a cura di) U. De Siervo *“Regioni e volontariato nei servizi socio-sanitari”*, Milano, 1998, pp. 161, F. PELLIZZER e G. SANTI *“La convenzione con gli enti non profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale”*, in AA.VV. (a cura di) F. Carinci *“Enti non profit e volontariato”*, Milano, 1999, pp. 147 e ss. e F. DAL CANTO *“La scelta del contraente nelle convenzioni tra enti pubblici e organizzazioni di volontariato per l'affidamento dei servizi alla persona alla luce delle più recenti normative di settore”*, in AA.VV. (a cura di) L. Brusciuglia e E. Rossi *“Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro”*, op. cit., pp. 391 e ss.; L. MUSSELLI *“Applicabilità dei principi concorrenziali e regime di convenzionamento tra pubblica amministrazione ed enti non profit: il caso dell'affidamento del servizio di trasporto malati da parte di un'azienda ospedaliera”*, in Foro amm. TAR, 2003, pp. 85 e ss. e M. MATTALIA *“Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario”*, op. cit.

³⁵ A suffragio indiretto di quanto affermato giunge la riflessione di una studiosa che sposa l'idea della possibilità per le associazioni di volontariato di prendere parte a procedure ad evidenza pubblica, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI *“Volontariato sussidiarietà mercato”*, op. cit., p. 261: *“Se, dunque, le associazioni di volontariato, proprio nel perseguimento di fini di solidarietà sociale, possono svolgere attività commerciali solo a condizione che queste, compatibili con il loro statuto, si mantengano nei limiti della marginalità, evidentemente le stesse associazioni potranno reperire i fondi necessari per il loro funzionamento attraverso un'attività economica collaterale e marginale, vale a dire “limitata e non determinante”, decidendo, ad esempio di partecipare ad una gara di appalto per un servizio di utilità sociale, quando questa attività sia compatibile con i suoi fini istituzionali.”* Sul punto si veda anche T.A.R. Piemonte, Sez. II, sent. n. 1043 del 18.04.2005: *“la possibilità per le associazioni di volontariato di usufruire di entrate derivanti da “attività commerciali e produttive marginali”, prevista dall'art.5 della legge 266/1991, è ipotesi che si discosta dalle attività esercitate a scopo di lucro e soggette alla logica di mercato in quanto il D.M. 25 maggio 1995, emanato su delega della legge quadro, precisa che tali attività devono essere svolte “senza l'impiego di mezzi*

L'anzidetta apertura normativa avrebbe, tutt'al più, potuto giocare un ruolo con riferimento ad attività di nicchia poste in essere dalle organizzazioni di volontariato a sostegno e supporto della loro finalità fondativa, ma certamente non in relazione al nucleo centrale dell'operatività delle medesime.

Tra l'altro, sembra a chi scrive che i sostenitori della teoria secondo la quale le associazioni di volontariato potrebbero pretendere di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione delle parti private di contratti di appalto di interesse comunitario non soppesino adeguatamente gli effetti distortivi sulla concorrenza che la loro tesi produrrebbe.

In virtù di tale impostazione, le associazioni di volontariato – nel relazionarsi alle pubbliche amministrazioni - si verrebbero a trovare in una situazione di ingiustificato privilegio rispetto alla galassia degli altri operatori commerciali.

In un sistema (sano) nel quale a fronte di servizi affidati in convenzione alle associazioni di volontariato sia previsto solo ed esclusivamente il ristoro dei costi vivi, esse, infatti, da un lato, potrebbero risultare affidatarie dirette di servizi mediante le predette convenzioni (nella più restrittiva delle ipotesi a seguito di rudimentali indagini comparative nelle quali verrebbero coinvolte altre organizzazioni di volontariato) e, dall'altro, potrebbero concorrere a procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla sottoscrizione di contratti di appalto.

Per non dire dell'enorme vantaggio di cui potrebbero usufruire in seno alle procedure ad evidenza pubblica nel confronto con gli operatori economici per il fatto di non doversi fare carico, per la maggior parte delle risorse umane impiegate, di: stipendi, contributi, t.f.r. e via dicendo.

Una rendita di posizione non proprio trascurabile.

Alcuni anni più tardi, la terza Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1195 del 2013, ha pregiudizialmente rimesso alla Corte di Giustizia una questione sulla compatibilità con il diritto comunitario di disposizioni normative interne che prevedessero l'affidamento diretto (tramite accordi-quadro) del servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato a fronte di rimborsi spese comprensivi del ristoro non solo per esborsi diretti dei volontari ma anche per quelli indiretti (spese di funzionamento della struttura, utenze, retribuzione dei lavoratori dipendenti).³⁶

Il condivisibile intento che ha spinto la Sezione rimettente è stato – con ogni probabilità – quello di provare a fare chiarezza in un mondo che, per troppo tempo, ha intenzionalmente giocato sulle sfumature lessicali, strutturando veri e propri rapporti a prestazioni corrispettive sotto le mentite spoglie di convenzioni che apparentemente prevedevano esclusivamente rimborsi spese per i volontari.

Quando il 30 aprile del 2014, l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia Nils Wahl ha presentato le sue conclusioni, gli interpreti le hanno considerate del tutto in linea con gli orientamenti della Corte immediatamente precedenti. Anzi, ancora più restrittive. In esse, infatti, l'Avvocato Wahl ha seccamente ridimensionato una delle questioni poste dal Consiglio di Stato affermando che – in considerazione del fatto che una prestazione si dovrebbe ritenere a titolo oneroso anche nei casi in cui, rispetto alla medesima, è previsto solo ed esclusivamente il ristoro

organizzati professionalmente per fini di concorrenzialità sul mercato, quali l'uso di pubblicità dei prodotti, di insegne elettriche, di locali attrezzati secondo gli usi dei corrispondenti esercizi commerciali, di marchi di distinzione dell'impresa."

³⁶ L'ordinanza di rimessione è stata oggetto di una nota di commento ad opera di A. REGGIO D'ACI "Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità va valutata in termini comunitari", in Urb. e appalti, 2013, pp. 682 e ss.

delle spese vive – non sarebbe stata in alcun modo rilevante ai fini della decisione la distinzione di cui all’ordinanza di rinvio tra costi diretti e costi indiretti.

Del tutto inaspettatamente (visti i presupposti), con la sentenza 11 dicembre 2014, C-113/13, la Corte di Giustizia ha completamente scompaginato il quadro di riferimento. Ma, paradossalmente, lo ha addirittura peggiorato.³⁷

Nella predetta pronuncia il giudice lussemburghese, infatti, in assenza di alcun tipo di ripensamento rispetto al tema della attribuibilità della qualifica di imprese anche alle organizzazioni di volontariato che percepiscono esclusivamente rimborsi per le spese vive sostenute per far fronte alle loro esigenze operative, da un lato, ha sostanzialmente confermato che devono essere considerati appalti anche gli accordi con i quali le pubbliche amministrazioni affidano lo svolgimento di servizi ad organizzazioni di volontariato a fronte dell’unico impegno a rimborsare le spese vive di cui sopra ma, dall’altro, ha affermato che non è contrario alla normativa comunitaria un sistema interno che preveda affidamenti diretti di servizi di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato quando il rimborso delle spese sostenute (dirette ed indirette) non determini una corresponsione di utilità materiali ai volontari e l’attività direttamente affidata contribuisca effettivamente a finalità sociali, al perseguimento di obiettivi di solidarietà e di contenimento della spesa.³⁸

Pare quasi che, tutto ad un tratto, la Corte di Giustizia – pur senza smentire le sue prelieve prese di posizione in merito al carattere imprenditoriale delle organizzazioni di volontariato – si sia avveduta del fatto che la salvaguardia della persona rappresenta uno degli elementi che sono a fondamento dell’Unione e che i principi solidaristici che connotano l’attività dei volontari determinano effetti positivi non solo in un’ottica di consolidamento del tessuto sociale ma anche in tema di contenimento della spesa pubblica.

Da un certo punto di vista, detta pronuncia avrebbe potuto rappresentare un punto di svolta in vista di una definitiva chiarificazione che tornasse a delineare l’ontologica differenza tra attività economica da un lato e attività gratuita e solidale dall’altro.

Tra l’altro, una volta risolta in ambito comunitario la questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato – con la sentenza 3208 del 2015³⁹ - si è del tutto adeguato all’orientamento della Corte di

³⁷ Su tale pronuncia si vedano gli interessanti commenti di A. ALBANESE *“La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)”*, in Foro it., 205, parte IV, pp. 152 e ss.

³⁸ Corte di Giustizia Unione Europea, sent. 11 dicembre 2014, C-113/13, punti 60 e 61: *“Si deve nondimeno rilevare che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza come quello in discussione nel procedimento principale, consistente, per le amministrazioni competenti, nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento di obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. A tale riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto della presente sentenza, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l’attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale.”*

³⁹ Sentenza commentata da P. DE ANGELIS *“Affidamento diretto del servizio di trasporto malati”*, in federalismi.it, 11/2015.

Giustizia ed ha affermato: *“l’attività delle associazioni di volontariato si basa sul carattere volontario, spontaneo e gratuito dell’attività prestata dai volontari, priva di alcun connotato di lucro anche indiretto, e realizza il principio di solidarietà, veicolando le risorse tecniche ed umane che tali soggetti sono disposti a mettere a disposizione della collettività per il conseguimento dei fini istituzionali del servizio sanitario, vale a dire della tutela della salute e della vita delle persone.”*.

Purtroppo, però, l’auspicabile effetto chiarificatore non si è prodotto proprio a causa della indisponibilità della Corte di Giustizia ad essere consequenziale rispetto alla correttezza dell’ultima parte del suo ragionamento e, pertanto, a tornare sulle sue posizioni in tema di assegnabilità della qualificazione di impresa alle organizzazioni di volontariato.

Anzi, lo scenario che ha iniziato a delinearsi a seguito della pronuncia della Corte del 2014 è probabilmente il peggiore tra quelli immaginabili sul piano della tutela della libera concorrenza: un panorama nel quale le organizzazioni di volontariato possono tanto beneficiare di affidamenti diretti di servizi in ragione del carattere solidaristico della loro attività quanto concorrere nelle procedure ad evidenza pubblica alla luce della loro confermata connotazione imprenditoriale.

Proprio la situazione che si sarebbe dovuto scongiurare.

A questo punto, però, appare opportuno evidenziare un dato non irrilevante. Tanto in ambito dottrinario quanto in ambito giurisdizionale (lo si è visto), i sostenitori della tesi secondo la quale le associazioni di volontariato sarebbero operatori economici e, di conseguenza, dovrebbero essere ammesse a prendere parte alla procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria per l’affidamento di contratti di appalto hanno sempre utilizzato come riferimento le prime due sentenze della Corte di Giustizia alle quali si è fatto riferimento (sent. 25 ottobre 2001 causa C-475/99 e sent. 29 novembre 2007 causa C-119/06).

Niente di peculiare, se non fosse che – come dimostrato - le due sentenze appena richiamate, invero, non si occupavano di indagare la natura specifica delle associazioni di volontariato ma si limitavano a svelare la natura di veri e propri contratti di appalto mascherati da convenzioni aventi ad oggetto affidamenti diretti di servizi ad associazioni di volontariato.

La differenza non è di poco momento.

4. La natura delle cose torna ad emergere

Nel recente passato - accanto ad alcuni passaggi della pronuncia della Corte di Giustizia C-113/13 del dicembre 2014 – a confortare l’auspicio di una possibile ritrovata chiarezza distintiva tra attività economica, da un lato, e attività gratuita e solidale, dall’altro, avevano concorso (nonostante qualche inevitabile colpo di coda) molteplici elementi.

a) In primo luogo, il dettaglio con il quale la direttiva n. 24 del 2014 – in un’ottica più consapevole delle enormi differenze che intercorrono in alcuni Stati membri tra i soggetti del c.d. terzo settore – ha inteso riconoscere una linea di confine tra attività a forte connotazione sociale e prive di significativi risvolti economici ed attività di impresa che possono riguardare ambiti affini.

In quest’ottica, molto significativo è apparso il 28° considerando della direttiva: *“La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi*

di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza.».

b) In secondo luogo, era sembrato incoraggiante il dato secondo il quale – già prima della sentenza della Corte di Lussemburgo del dicembre 2014 – una parte della giurisprudenza amministrativa aveva iniziato a tentare di mettere in discussione l’occhiuta equiparazione tra volontariato ed impresa che contraddistingueva da alcuni anni le posizioni della dottrina e della giurisprudenza.

La I^o Sezione del T.A.R. del Piemonte, infatti – con l’ordinanza n. 161 del 2014 – aveva rimesso alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità tra i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità ed una normativa interna che permetta l’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato prevalentemente organizzate in base a prestazioni d’opera non retribuita ed a fronte di un genuino rimborso spese.

Un’ordinanza per certi versi “coraggiosa” in quanto emersa in un momento nel quale l’equiparazione tra attività d’impresa e volontariato era considerata come un qualcosa di ormai consolidato. Nel corpo dell’atto, il Giudice piemontese – pur senza contestare l’attribuibilità alle organizzazioni di volontariato della qualifica di imprese, con argomenti semplici e chiari, aveva evidenziato la non raffrontabilità tra offerte provenienti da soggetti non tenuti a retribuire la maggior parte dei soggetti impiegati e soggetti che, al contrario, devono necessariamente retribuire i dipendenti.

Alla luce di alcuni passaggi della decisione della Corte del dicembre 2014, ci si sarebbe aspettati che quest’ultima – nel pronunciarsi sull’incidente processuale sollevato dal T.A.R. Piemonte – ne approfittasse per tornare finalmente a separare l’ambito operativo delle imprese dall’ambito operativo delle organizzazioni di volontariato.

Ciò non di meno, purtroppo, (come si vedrà di seguito) l’occasione non è stata colta.

c) Terzo ed ultimo elemento atto a far ben sperare in un “rinsavimento” generale rispetto all’ossimoro volontariato/impresa era costituito dallo sviluppo che si era iniziato a registrare del dibattito di carattere sociologico originato dal complessivo progetto di riforma del terzo settore da tempo in lavorazione nella aule parlamentari.

Contrariamente a quanto avrebbe potuto indurre a ritenere un approccio semplicistico, sono state proprio le voci più autorevoli e scientificamente qualificate del *no profit* a segnalare l’assoluta necessità di isolare il volontariato dagli altri fenomeni a diverso titolo ascrivibili al variegato mondo del terzo settore.⁴⁰

⁴⁰ L. RAFFINI “Volontariato e impresa sociale. L’innovazione sociale come risposta alla crisi”, Firenze, 2015, p. 33: “L’individuazione dei confini tra volontariato e impresa sociale è, tuttavia, un necessario presupposto su cui fondare la riflessione su un possibile matching che si traduca nello sviluppo di processi virtuosi di creazione di valore sociale, e non nella generazione di elementi di ambiguità, con particolare riferimento allo status del lavoro retribuito e alla “massa a

Se è vero, infatti, che nel disegno di legge portato all'esame del Senato figurava una tendenza ad estendere in maniera probabilmente eccessiva un concetto di impresa sociale che si allontana dalla matrice continentale dell'economia sociale per avvicinarsi, invece, ad un'impostazione tipicamente anglosassone, è altrettanto vero che questo orientamento espansivo – fortunatamente – non coinvolgeva il volontariato.

5. Con qualche resistenza.

Nel momento in cui si scrive, dei tre elementi di speranza ai quali si è accennato nel precedente paragrafo, due si sono dimostrati consequenziali agli auspici di cui si è detto, mentre, un terzo si è andato ad infrangere contro quell'ostinazione pervicace della Corte di Giustizia a non rivedere le sue posizioni di cui si è detto agli esordi del lavoro.

Sul versante positivo, da un lato, il legislatore statale italiano – nel recepire la direttiva n. 24 del 2014 – ha inserito una disposizione nel nuovo codice dei contratti pubblici mediante la quale ha escluso dall'ambito di applicazione del codice medesimo alcune attività di servizio tradizionalmente offerte da organizzazioni di volontariato.⁴¹

Dall'altro, il medesimo legislatore ha strutturato una legge delega sulla riforma del terzo settore che appare finalizzata a snidare la preponderante componente commerciale che talvolta si cela dietro ad organizzazioni pensate idealmente a livello di diritto positivo per attribuire carattere giuridico a realtà alle quali è di regola estranea la finalità commerciale⁴² ed a garantire al fenomeno

valore economico" del lavoro volontario." e pp. 54 e 55: "Le associazioni di volontariato svolgono spesso una funzione di incubazione di imprenditoria sociale. In altri casi intraprendono esse stesse un processo di trasformazione, in chiave di professionalizzazione e di imprenditorializzazione, che le rende, di fatto, assimilabili a imprese sociali. Ciò comporta una serie di problematiche, in merito a una pluralità di dimensioni – in primo luogo sul piano giuridico e fiscale – e che crea una serie di ambiguità, in merito al rapporto di queste organizzazioni con il pubblico e con il mercato, alla difficile conciliazione/sovrapposizione tra volontariato e lavoro retribuito, ai ruoli, alle aspettative, alle finalità attribuite al proprio coinvolgimento dai soggetti che, a titolo diverso, offrono il loro contributo all'organizzazione. Professionalizzazione e imprenditorializzazione del terzo settore, sia dal punto di vista dei volontari, sia dal punto di vista dei protagonisti dell'impresa sociale, sono processi necessari per riaffermare oggi il valore e il ruolo, in linea con le mutate esigenze. Non di meno, richiedono un ripensamento dei confini tra le due anime del terzo settore, il volontariato e l'impresa sociale, che, seppur in maniera non rigida, ne distingue modalità di azione e prerogative. Ciò al fine di evitare ambiguità e distorsioni, se non vere e proprie patologie che rischiano di offuscare l'immagine del mondo del volontariato e dell'impresa sociale, che, tradizionalmente, godono di una altissima fiducia da parte degli italiani."

⁴¹ Art. 17 d. l.vo n. 50 del 2016: " 1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: ... h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3 (servizi di vigili del fuoco e di salvataggio ndr.), 75251000-0 (servizi di vigili del fuoco ndr.), 75251100-1 (servizi di lotta contro gli incendi ndr.), 75251110-4 (servizi di prevenzione degli incendi ndr.), 75251120-7 (servizi di lotta contro gli incendi forestali ndr.), 75252000-7 (servizi di salvataggio ndr.), 75222000-8 (servizi di difesa civile ndr.), 98113100-9 (servizi connessi alla sicurezza nucleare ndr.) e 85143000-3 (servizi di ambulanza ndr.) ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza; ...".

⁴² Nel delineare i principi ed i criteri ai quali il Governo dovrà attenersi nella predisposizione (della parte o) del decreto legislativo volto alla 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, il legislatore all'art. 3, comma 1 lett. d) della legge n. 106 del 2016 ha imposto di: "d) prevedere che alle

volontariato un adeguato livello di separatezza rispetto ad altri fenomeni rientranti nell'universo del terzo settore.⁴³

L'auspicio è che i decreti legislativi che verranno possano essere consequenziali rispetto a tali indicazioni.

La Corte di Giustizia, invece, è rimasta ferma sulle sue precedenti posizioni.

Con la sentenza 28 gennaio 2016, C-50/2014, infatti, il Giudice lussemburghese si è limitato ad adeguarsi all'orientamento inaugurato con la pronuncia del dicembre 2014 in quanto, da un lato, – pur senza affermarlo esplicitamente – ha indirettamente ribadito l'assegnabilità della qualifica di impresa alle organizzazioni di volontariato e, dall'altro, è tornata ad affermare che si debba parlare di appalto anche in tutti i casi in cui, a fronte di un'attività di servizio offerta da un soggetto *no profit*, le pubbliche amministrazioni si impegnino a coprire solo ed esclusivamente le spese vive sostenute dal predetto soggetto per porre in essere l'attività.

La Corte di Giustizia ha completamente glissato su quelle interessanti considerazioni con le quali il TAR Piemonte aveva segnalato la difficoltà oggettiva che vi è nel raffrontare offerte provenienti da operatori commerciali con offerte avanzate da soggetti caratterizzati dalla gratuità dell'agire.⁴⁴

Di conseguenza – con riferimento specifico al tema oggetto di analisi - rileva poco (anzi, probabilmente, produce addirittura un danno) la circostanza che la Corte nella medesima pronuncia, sempre in continuità con il nuovo trend inaugurato dalla sua sentenza del dicembre 2014, abbia affermato che: *“Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola*

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 ...”

⁴³ Nel delineare i principi ed i criteri ai quali il Governo dovrà attenersi nella predisposizione (della parte o) del decreto legislativo volto al 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, il legislatore, all'art. 5, comma 1 della legge n. 106 del 2016 ha richiesto: *“a) armonizzazione e coordinamento delle diverse discipline vigenti in materia di volontariato e di promozione sociale, valorizzando i principi di gratuità, democraticità e partecipazione e riconoscendo e favorendo, all'interno del Terzo settore, le tutele dello status di volontario e la specificità delle organizzazioni di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, e di quelle operanti nella protezione civile; b) introduzione di criteri e limiti relativi al rimborso spese per le attività dei volontari, preservandone il carattere di gratuità e di estraneità alla prestazione lavorativa; c) promozione della cultura del volontariato, in particolare tra i giovani, anche attraverso apposite iniziative da svolgere nell'ambito delle strutture e delle attività scolastiche; d) valorizzazione delle diverse esperienze di volontariato, anche attraverso il coinvolgimento delle organizzazioni di volontariato nelle attività di promozione e di sensibilizzazione, e riconoscimento in ambito scolastico e lavorativo delle competenze acquisite dai volontari; ...”*.

⁴⁴ Tema non evidenziato neanche dai più attenti studiosi del fenomeno F. SANCHINI *“L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza”*, in *Federalismi*, 4/2016.

contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.”.

La sentenza, in sostanza, continua a dare adito ad un'interpretazione che vede nelle associazioni di volontariato dei soggetti ibridi legittimati ad operare con approcci differenti a secondo che – in base alla loro paventata natura imprenditoriale – decidano di confrontarsi con soggetti profit nelle procedure ad evidenza pubblica finalizzate ad individuare operatori economici con i quali sottoscrivere contratti di appalto o di concessione di servizi, ovvero, in virtù della gratuità e dei principi solidaristici che li contraddistinguono, beneficino di affidamenti diretti di servizi di rilevanza economica anche rilevante.

Con tutti i danni che ne derivano (e dei quali si è già detto) in materia di concorrenza e di certezza del diritto.

In conclusione, sembra possibile affermare che, malauguratamente, gli effetti distorsivi determinati da accezioni svianti – specialmente se sedimentati nel tempo - non possono essere superati con un colpo di spugna dai ripensamenti più o meno repentini di interpreti più attenti.

In ragione di ciò e del radicamento ermeneutico che da tanto deriva si verifica che anche la migliore giurisprudenza dimostra di risentire degli strascichi interpretativi connessi all'anzidetta sedimentazione sia nelle pronunce con le quali riafferma concetti superati⁴⁵ che nelle decisioni con le quali potrebbe contribuire a scardinare questi ultimi.⁴⁶

Daniele Marrama

⁴⁵ C.d.S., Sez. III, sent. n. 5249 del 17.11.2015: *“Anche le associazioni di volontariato, quali soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorché senza scopi di lucro, rientrano nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici, dovendosi escludere il carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006.”*

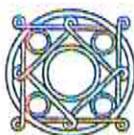
⁴⁶ T.A.R. Piemonte, Sez. I, ord. n. 161 del 28.01.2014: *“... è pur vero che le associazioni di volontariato sono stata astrattamente ammesse a concorrere alle gare pubbliche in quanto “operatori economici”, ciò tuttavia non implica un corrispondente obbligo delle stesse di comportarsi come tali in ogni circostanza, né tanto meno comporta che l'attività commerciale sia la loro ragione di essere.”.*

Abstract

Il lavoro intende approfondire il tema dei danni sistemici che possono prodursi nei singoli ordinamenti europei a causa delle difficoltà che, da sempre, manifesta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea di fronte al tema delle qualificazioni giuridiche. Nello specifico, si è analizzato come la scelta della Corte di assegnare la qualifica di imprese alle organizzazioni di volontariato – insieme ad elementi di confusione interni al nostro ordinamento – abbia determinato nel nostro ordinamento (ma non solo) uno stato di incertezza che finisce con l'attribuire a questa specifica categoria di soggetti *no profit* una natura ibrida. Una natura che conferisce loro tanto il potere di competere nelle procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria per l'affidamento di appalti o concessioni di servizi quanto la possibilità di beneficiare di affidamenti diretti in ragione degli elementi di solidarietà che contraddistinguono il loro operare.

Abstract

The paper aims to examine in depth the topic concerning heavy damages EU member States legal framework can suffer from, as a result of EU Court's traditional uneasiness about legal classifications. The detail of the paper is the consequences of the EU Court's choice of giving enterprise nature to voluntary associations. In this way – along with some aspects of confusion, typical of Italian legal system – a state of uncertainty, caused by the acknowledgment of a mixed nature in no profit corporation bodies, has shown up both in Italy and in other member States. This character – in a paradoxical manner - enables them both to take part to procedures for public tenders or grants, as a consequence of their enterprise nature, and to receive direct contracts from Public Administration, this time thanks to solidarity that should identify this kind of organizations.



Edizioni Scientifiche Italiane

Sede legale:

80121 NAPOLI
via Chiatamone, 7
tel. 39-81-7645443 pbx
fax 39-81-7646477
Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

Magazzino: 80022 ARZANO (NA)
Via Pecchia, 190
tel./fax 39-81-7316563

Napoli, 14/07/2017

Ill.mo Prof.
Daniele Marrama

La Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a. dichiara, con la presente, che il saggio di Daniele Marrama dal titolo **“Volontariato e attività amministrativa”** è in corso di pubblicazione sul fascicolo n. 3/2017 della rivista *Diritto e processo amministrativo*.

Cordiali saluti.

Edizioni Scientifiche Italiane
Società per Azioni

avv. prof. Daniele Marrama
p.za Nicola Amore, 6
80138 Napoli
tel.: 081/283885; fax: 081/202526
indirizzo pec: avv.marrama@pec.giuffre.it

DICHIARAZIONE AI SENSI DEL D.P.R. 445/00

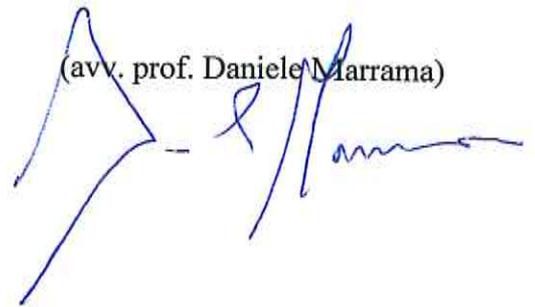
Il sottoscritto avv. prof. Daniele Marrama, ai sensi e per gli effetti del D.P.R. 445/00 e consapevole delle sanzioni anche penali ivi contemplate in caso di dichiarazioni mendaci,

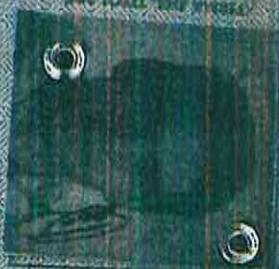
DICHIARA ED ATTESTA

che il contenuto del file pdf allegato alla presente è copia conforme del saggio spedito dal sottoscritto alla Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A. e che lo scritto – come da dichiarazione rilasciata dalla casa editrice il 14.07.2017, anch'essa qui allegata – è in corso di pubblicazione sul fascicolo n. 3/2017 della rivista *Diritto e processo amministrativo* Issn 1971-6974 con il titolo "*Volontariato e attività amministrativa*".

Napoli, 31.07.2017,

(avv. prof. Daniele Marrama)





20.05.1972

Patente n. NA3716445K (KMT3CO)

Il sottoscritto
data
di nascita
di

A	NA3716445K (KMT3CO)
B	NA3716445K (KMT3CO)
C	NA3716445K (KMT3CO)
D	NA3716445K (KMT3CO)
E	NA3716445K (KMT3CO)



INTEGRAZIONE AUTOMATICA

15N4522875)
RILASCIATO PER ESAME
17/05-30/06/1972

REPUBBLICA ITALIANA

PATENTE N. NA3716445K (KMT3CO)
VIA POSTALINO 147
80121 NAPOLI NA

Modello 1544
E 0458959

REPUBBLICA ITALIANA

PATENTE N. NA3716445K (KMT3CO)
VALIDA FINO AL 24/11/2013
NESSUNA PRESCRIZIONE

PATENTE N. NA3716445K (KMT3CO)
VALIDA FINO AL 02/01/2025
NESSUNA PRESCRIZIONE

Modello 1544
E 0458959

REPUBBLICA ITALIANA



PATENTE DI GUIDA

Категория
Fahrerlaubnis
Ausschreibung
Permis de Conduire
Driving License
Permis de Conduire
Ceandinet Tiomant
Rijbewijs
Carte de Conducere
Modello 1544
COMUNITA EUROPEE