

La convenzione come istituto dell'amministrazione concertata e dell'esternalizzazione di funzioni e servizi nel settore degli enti locali

Autore: Redazione

In: Approfondimenti

Premessa generale. In una precedente occasione si è avuto modo di sottolineare come il “tema, o i temi, del coordinamento e dell'integrazione dei servizi pubblici locali rappresenta una “vexata quaestio” risalente nel tempo, che è venuta progressivamente assumendo maggiore importanza e centralità in relazione all'affermazione ed allo sviluppo delle autonomie e del pluralismo istituzionali” (1). Il motivo di ciò, schematizzando al massimo, si ritiene intuitivo: in un ordinamento statale rigidamente centralistico, come quello del periodo liberale e del periodo fascista, i rapporti fra organi pubblici e fra enti pubblici erano regolati prevalentemente sulla base del principio della gerarchia che presupponeva l'esistenza soltanto di soggetti od organi sovraordinati o subordinati.

Con la Costituzione repubblicana (1948) vengono riconosciute ed esaltate le autonomie locali e funzionali (per es. le Università; ecc.), viene previsto l'ordinamento regionale della Repubblica e viene dato maggiore impulso e sanzione costituzionale al pluralismo istituzionale, peraltro già esistente nel nostro Paese essendo stato introdotto dalle riforme del periodo giolittiano ed avendo avuto un certo sviluppo anche durante il fascismo, sia pure in una cornice autoritaria. Con le riforme amministrative degli anni '70, che seguono l'istituzione delle Regioni ordinarie, e soprattutto con le riforme degli anni '90 (si parla beninteso del '900), lo sviluppo delle suddette autonomie e del pluralismo istituzionale raggiungono un livello tale da determinare “il tramonto del tradizionale principio di legalità. (...) Ed è da osservare che c'è una crisi del principio di legalità poiché è in crisi l'unità dello Stato: per un verso, infatti, c'è una forte spinta verso le autonomie, territoriali e funzionali, e per altro verso quell'unità che la dottrina tedesca dello Stato di diritto individuava nello Stato nazionale sembra ora da ricercare nelle istituzioni sovranazionali dell'Unione europea” (2).

Le fonti di produzione normativa si moltiplicano, in quanto accanto alla legge dello Stato si pongono le leggi regionali e le norme regolamentari emanate da numerosi soggetti istituzionali, che formano parte integrante dell'ordinamento giuridico. L'organizzazione monista della pubblica amministrazione si trasforma in un sistema amministrativo caratterizzato dalla presenza di molti enti equiordinati i cui rapporti, come si ricordava più sopra, non possono più fondarsi sul principio di gerarchia che violerebbe i valori dell'autonomismo sanciti dalla Costituzione.

A questo punto, i temi del coordinamento, dell'amministrazione concertata, dell'affermazione di modelli contrattuali o pattizi nelle relazioni fra enti pubblici (ma anche fra questi ultimi ed i privati) diventano centrali nell'analisi giuridica ed extra giuridica (sociologica, economica, ecc.) dell'organizzazione e del funzionamento delle amministrazioni pubbliche.

- 1. Il coordinamento, la concertazione e i modelli contrattuali nella pubblica amministrazione in generale : cenni.** In generale, per quanto riguarda la pubblica amministrazione nel suo complesso, è possibile "stabilire una prima, più comprensiva nozione di coordinamento amministrativo, secondo la quale il coordinamento consiste nell'attività, i meccanismi giuridici e le strutture organizzative che l'ordinamento predispone perchè risultino adeguatamente armonizzati i comportamenti dei diversi centri di imputazione di attribuzioni e competenze amministrative." Ovvero, esso "può essere definito il modo di organizzare e di regolare i rapporti in cui siano coinvolti due o più soggetti od organi della pubblica Amministrazione in funzione del contenimento di fenomeni negativi come : conflitti ; contraddizioni ; disarmonie ; discrepanze ; mancanza di integrazione ; interventi a fini contrastanti ; interventi inutilmente duplicativi e, comunque, dispersivi e antieconomici" (3). Il tema del coordinamento si connette immediatamente a quelli della concertazione e dei modelli contrattuali e, quindi, del consenso.

"Gli accordi fra enti - ogni tipo di intesa e di accordo, verrebbe da aggiungere - si situano al livello della dogmatica dell'organizzazione dei pubblici poteri, e il loro fine, fondamentale e irrinunciabile, risiede nella necessità di assicurare un sufficiente coordinamento dell'azione pubblicistica, là ove, sul medesimo

oggetto o sullo stesso affare, convergono reciprocamente le attribuzioni e le conseguenti responsabilità di due o più soggetti pubblici” (4). Tuttavia, se sotto il profilo funzionale, cioè del fine, la nozione di coordinamento si configura più come principio di scienza dell’amministrazione che come concetto giuridico forte e chiaramente delineato ; sotto il profilo strutturale, l’analisi dei diversi istituti positivi della amministrazione “concertata” (convenzioni, c.d. protocolli d’intesa, accordi di programma), ha valore e significato euristici anche in un’ottica strettamente giuridica. Infatti, l’evoluzione e la diffusione di tali istituti, in particolare dopo l’introduzione generalizzata nel nostro Paese dell’ordinamento regionale, è strettamente correlata alle trasformazioni dello Stato di diritto, alla ricerca di un maggiore equilibrio fra i diversi poteri e interessi pubblici, alla crescita della autonomia e del policentrismo istituzionale. Si assiste, in altri termini, ad una perdita di centralità del provvedimento amministrativo o, meglio, a un cedimento della sua unilateralità, da una parte ; dall’altra parte, invece, la diffusione delle figure pattizie fra soggetti pubblici è “... in certo modo, il frutto del venir meno dell’idea stessa di un’organizzazione monista della pubblica amministrazione e, conseguentemente, quasi il prodotto dell’attenuarsi del principio di ‘gerarchia’ il quale, come è noto, giocava un ruolo ordinatore sul terreno delle relazioni giuridiche fra apparati pubblici” (5).

2. **Autorità e consenso : i diversi contenuti del rapporto fra privati e pubblica amministrazione.** Si è accennato in precedenza alla rilevanza dei temi in esame anche per quanto riguarda i rapporti fra enti pubblici e privati. Ciò è vero sia con riferimento alla posizione del privato (singolo cittadino, associazione, impresa, ecc.) in quanto destinatario di provvedimenti amministrativi o utente di servizi pubblici sia per quanto attiene alla possibilità che la stessa attività amministrativa sia posta in essere da soggetti privati.

Sotto il primo aspetto, si richiamano, a titolo di esempio, gli importanti istituti disciplinati dall’articolo 11 della Legge 7.8.1990 n. 241 : l’accordo sostitutivo di provvedimento e l’accordo procedimentale. Si deve sottolineare, al riguardo, che “per la stessa configurabilità delle due figure necessita la pendenza di un procedimento amministrativo. (...). Si tratta di una puntualizzazione molto importante in quanto ciò sta a

significare la rilevanza che sta assumendo il momento del consenso nelle stesse pieghe più remote della discrezionalità amministrativa” (6). L’accertamento con adesione previsto dal Decreto Legislativo n. 218 del 1997 rappresenta un altro esempio di istituto giuridico in cui sono presenti una componente autoritativa ed una componente consensuale in una materia, quella del diritto tributario, in cui si manifesta uno delle più importanti potestà pubbliche : il potere impositivo.

Sotto il secondo aspetto, si rileva che il processo riformatore in corso per la trasformazione in senso federalista dello Stato italiano se, da un lato, rafforza le autonomie locali e funzionali e, quindi, il pluralismo istituzionale dei soggetti pubblici operanti nello Stato comunità ; dall’altro lato, in ossequio al principio di sussidiarietà che ispira sia la legge ordinaria sia la legge costituzionale sul federalismo (in attesa di referendum confermativo o abrogativo), riconosce un ampio spazio all’autonomia privata anche nello svolgimento di funzioni e servizi pubblici (c.d. sussidiarietà orizzontale). Si tratta peraltro di un processo già compiuto in grande misura. La pubblica amministrazione in senso tradizionale ha perso, per così dire, il monopolio della cura amministrativa degli interessi pubblici. A tale cura “provvedono oggi una pluralità indefinibile di soggetti, che possono essere indifferentemente pubblici o privati. Si assiste anzi ad un vasto fenomeno, per così dire, di privatizzazione in senso soggettivo, che, per un verso vede l’irrompere di soggetti privati (attraverso la funzionalizzazione all’interesse pubblico della loro attività) sulla scena dell’azione amministrativa, e per altro verso registra la trasformazione in soggetti di diritto privato di soggetti tradizionalmente di natura pubblicistica e titolari di funzioni pubbliche. Si pensi alle note trasformazioni in SPA di numerosi enti pubblici economici, ma si pensi altresì alla trasformazione in enti di diritto privato degli stessi enti pubblici nazionali, escluso quelli previdenziali” (7).

Quindi, dopo uno storico, controverso dibattito che ha lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza italiane si è infine affermata una nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, che prescinde, appunto, dalla natura giuridica del soggetto gestore e che ha riguardo soltanto alla natura dei fini e degli interessi che devono essere perseguiti. Sotto il profilo giuridico, inoltre, è sempre più chiaro che in materia di servizi pubblici, sociali ma soprattutto economici, operano sia istituti di diritto amministrativo sia istituti di diritto privato.

Ciò ha conseguenze importanti anche sul piano della tutela dei diritti e degli interessi legittimi. In

proposito, nonostante la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione pressochè esclusiva in materia di servizi pubblici prevista dal D. Lgs. n.80/1998 e dalla Legge n. 205/2000, si deve osservare che l'articolo 33, comma 2, lettera e) ultima parte, del citato Decreto conferma la cognizione del giudice ordinario relativamente ai "rapporti individuali di utenza con i soggetti privati". "L'espressione 'rapporti individuali di utenza' va (...) correttamente intesa nel senso di 'rapporti contrattuali di utenza' solitamente rinvenibili nell'erogazione di servizi pubblici economici (o di pubblica utilità), ove il rapporto intercorrente tra gestore ed utente ha natura squisitamente negoziale e non autoritativa, seppure vi sia talora a latere una certa commistione con atti autoritativi e pubblicistici (regolamenti e carte di servizi)" (8).

Si tratta molto probabilmente di una clausola normativa di eccezione che rappresenta in ogni caso, come sottolinea l'autore citato, "un consistente vulnus alla devoluzione della giurisdizione sui servizi pubblici" al giudice amministrativo. Cionondimeno, quello che preme rimarcare in questa sede è l'operatività in subiecta materia di istituti pubblicistici e privatistici sia pure in forme non sempre chiaramente coordinate ed articolate, a riprova, in ultima analisi, della progressiva riduzione della componente autoritativa nei rapporti interni allo Stato comunità e fra quest'ultimo e i cittadini.

- 3. I servizi pubblici locali fra amministrazione concertata ed esternalizzazione: in particolare l'istituto della convenzione.** L'affermazione nell'ambito degli Enti Locali dei modelli contrattuali e pattizi dell'amministrazione concertata non è soltanto l'espressione della trasformazione dello Stato di diritto tradizionalmente inteso e del sistema amministrativo del nostro Paese ; essa risponde anche ad una importante esigenza, peculiare di Enti che come i Comuni hanno in larga maggioranza dimensioni molto ridotte : quella cioè di individuare ambiti di gestione che assicurino l'economicità, l'efficienza e l'efficacia della loro azione amministrativa. L'ordinamento degli EE.LL., che ha ricevuto una sistemazione organica dopo dieci anni di continue riforme con l'approvazione del Testo Unico di cui al D. Lgs. 18.8.2000 n. 267, prevede essenzialmente due soluzioni al problema delle dimensioni ottimali di gestione : la prima attraverso veri e propri soggetti istituzionali come le Città metropolitane, le Comunità montane e le Comunità isolate e di arcipelago (Titolo II, Capi III e IV) ; la seconda attraverso una diversificata tipologia di "Forme associative" (Titolo II, Capo V) di minore spessore, per così dire, istituzionale. Invero, anche nel contesto delle forme associative si possono distinguere formule che hanno valenza istituzionale (Consorzi e Unioni di Comuni , disciplinati rispettivamente dagli articoli 31 e 32) da altre che hanno contenuto solo organizzativo e non danno

vita a nuovi enti dotati di propria personalità giuridica (le Convenzioni ex articolo 30 e gli Accordi di programma ex articolo 34).

Non rientra nell'economia del presente scritto una trattazione di tutti gli istituti giuridici ed organizzativi sopra indicati ; in questa sede si vuole invece approfondire l'analisi dell'istituto della convenzione che è venuto configurandosi negli ultimi anni come uno degli strumenti normativi più importanti della c.d. amministrazione concertata, cioè fondata sull'accordo di due o più soggetti pubblici posti su un piano di parità e quindi equiordinati. Inoltre, la convenzione in quanto figura negoziale idonea a regolare rapporti anche con soggetti privati, insieme con il contratto di appalto e la concessione amministrativa, istituti con i quali tende ad identificarsi o quantomeno a combinarsi, riveste particolare interesse anche in relazione alla problematica, quantomai attuale, dell'esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici.

3.1 La convenzione come istituto della c.d. amministrazione concertata. Come si è accennato più sopra, la convenzione fra enti locali, già prevista dall'articolo 24 della L. n 142/1990 è ora disciplinata dall'articolo 30 del D. Lgs. n. 267/2000 che, al primo comma, così recita :“Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni” : Tale facoltà, peraltro, può diventare un obbligo . Il terzo comma dell'articolo citato stabilisce infatti che “Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio per la realizzazione di un'opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare - tipo”. L'atto deve stabilire “i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie”. Attraverso la regolamentazione pattizia gli enti pubblici possono così realizzare l'esercizio in forma associata di determinati servizi e funzioni.

Si tratta, quindi, di un accordo fra soggetti pubblici, equiordinati, diverso da altre tipologie di convenzioni che regolano invece rapporti, di natura sostanzialmente contrattuale, fra soggetti pubblici e privati, delle quali si parlerà nel paragrafo successivo. L'inquadramento giuridico delle convenzioni ex art. art.30 D. Lgs. n. 267/2000 (già articolo 24 della L. n. 142/1990), come peraltro quello delle analoghe intese , appare alquanto problematico. Per un autore, ci si trova di fronte a contratti di diritto comune, distinti dal

successivo atto di adesione, espressamente previsto dal successivo art. 42, secondo comma, lettera c) del medesimo decreto (già articolo 32, secondo comma, lettera d) della L. n. 142/1990) (9). Per un altro autore, invece, “Le convenzioni hanno natura di atto amministrativo e si distinguono in obbligatorie e facoltative” (10). Entrambi gli autori, come la dottrina prevalente del resto, escludono la possibilità di qualificare giuridicamente le convenzioni in argomento come contratti di diritto pubblico. Anzi, di questo “tertium genus” in aggiunta al contratto di diritto comune, o civilistico che dir si voglia, e al provvedimento amministrativo è negata l’esistenza, alla luce del diritto positivo italiano. Pur condividendo tale opinione, un altro studioso rileva che è suo “convincimento che il solo connotato ricorrente nelle ipotesi prese in esame sia la presenza di un consenso tra le parti coinvolte. Orbene, se tale constatazione non sembra sufficiente a confortare considerazioni di teoria generale, la stessa consente peraltro di affermare che l’attività consensuale della pubblica amministrazione costituisce pur sempre una realtà in contrapposizione alla sua attività autoritativa” (11).

Come si può notare, il problematico inquadramento giuridico dell’istituto in argomento cioè la risposta al quesito se la convenzione ex art. 30 D. Lgs. n. 267/2000 (già articolo 24 Legge n. 142/1990) si possa configurare come negozio di diritto comune o come atto amministrativo non è di facile determinazione. La stessa problematica, peraltro, si presenta con riferimento a quei procedimenti/provvedimenti amministrativi che si fondano sul consenso del privato (si pensi, per esempio, alle convenzioni che accedono alle concessioni di servizi pubblici, ecc.). Si ritiene, d’accordo con quegli autori che criticano la tendenza pubblicistica e unilateralistica della scienza del diritto amministrativo, che tale problematicità possa essere superata, ammettendo la compatibilità tra regime di diritto amministrativo e regime di diritto comune e riconoscendo che, in mancanza di una specifica normativa amministrativa, la pubblica amministrazione non è impedita dall’usare il diritto comune (Giannini, Cassese, Ferrara).

Riprendendo l’esame della convenzione intesa come accordo fra due o più soggetti pubblici, va rilevato che il limite (ma anche il pregio sotto altri profili) dell’istituto “risiede nel fatto che esso non dà vita né ad un soggetto di diritto né ad una struttura separata dagli enti partecipanti, per cui serve a realizzare non una gestione comune ma il coordinamento di gestioni separate o, tutt’al più, una gestione per conto, svolta da uno dei contraenti, sia pure con il concorso finanziario e nel rispetto degli indirizzi di tutti. Ora la riforma del ’99, mentre ha confermato la gestione delegata, ha previsto anche la possibilità di dar vita ad ‘uffici comuni’, che operino in luogo degli enti convenzionati” (12).

L'evoluzione della legislazione amministrativa degli ultimi anni prevede un ampio ricorso all'istituto della convenzione per la disciplina di rapporti, sostanzialmente contrattuali, fra enti pubblici, ben al di là della norma generale di cui all'articolo 30 del Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali. Solo a titolo di esempio, nell'ambito dei servizi tributari, si citano l'articolo 64, secondo comma, del D. Lgs. 30.7.1999 n. 300 il quale stabilisce che l'Agenzia del territorio (ente strumentale del Ministero delle Finanze) "può gestire, sulla base di apposite convenzioni stipulate con i comuni o a livello provinciale con le associazioni degli enti locali, i servizi relativi alla tenuta e all'aggiornamento del catasto" ; l'articolo 78, primo comma, della Legge 21.11.2000 n. 342 dispone, a sua volta, che "Allo scopo di assicurare la regolare gestione delle attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei propri tributi, i comuni e le province possono stipulare con il dipartimento delle entrate del Ministero delle finanze apposite convenzioni che prevedano l'attività di consulenza e revisione delle procedure adottate".

Come si può notare, i modelli contrattuali o pattizi dell'amministrazione concertata stanno trovando sempre maggiore diffusione nel comparto delle Autonomie Locali, nel quadro del profondo processo riformatore avviato dalla Legge n. 142/1990. Attraverso tale diffusione si riflettono nel settore degli Enti Locali le radicali trasformazioni che hanno investito il sistema amministrativo italiano nel suo complesso in attuazione sia di principi costituzionali, come l'autonomia ed il pluralismo istituzionale, sia di principi comunitari, derivanti cioè dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, come la sussidiarietà. Ma, riservandosi ulteriori considerazioni di carattere generale nella parte conclusiva del presente lavoro, si ritiene utile ora procedere ad una breve analisi della convenzione come strumento di regolazione dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati.

3.2 La convenzione come istituto dell'esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici. Si è accennato in precedenza ai procedimenti amministrativi che si fondano sul consenso del privato. Secondo autorevole dottrina questi "si distinguono in due categorie, a seconda che l'atto consensuale (variamente definito, accordo, convenzione, intesa, concordato, ecc.) sia servente a un procedimento amministrativo, oppure, al contrario, che il procedimento amministrativo svolga un ruolo servente al contratto. Nel primo caso, al termine del procedimento, di regola, vi è un provvedimento amministrativo. Nel secondo caso, di regola, al termine del procedimento vi è un contratto" (13). Quale esempio di uso servente del diritto privato e dell'accordo, l'autore citato prende una convenzione che accede a una concessione amministrativa ; mentre, come esempio di procedimento amministrativo in funzione del modulo

privatistico, si assumono i vari sistemi di scelta del contraente c.d. di evidenza pubblica : asta pubblica, licitazione privata, trattativa privata. Le pubbliche amministrazioni, infatti, di norma, per stipulare contratti di diritto privato (locazioni, acquisti, somministrazioni, appalti, ecc.) devono osservare le predette procedure di evidenza pubblica, rispettivamente, aperte, ristrette o negoziate, così come sono state denominate dalla normativa comunitaria. Tuttavia, in entrambe le categorie di procedimenti che richiedono il consenso dei privati è possibile rilevare un rapporto di complementarietà fra diritto amministrativo e diritto privato che, peraltro, è rintracciabile fin dalle origini storiche del primo. Inoltre, ed è ciò che preme sottolineare in questa sede, ad entrambe le categorie di procedimenti appartengono gli istituti giuridici, di grande rilevanza sul piano organizzativo, attraverso i quali si attua la collaborazione dei privati alla gestione di funzioni amministrative e di servizi pubblici : la concessione ; il contratto di appalto di servizio ; il contratto d'opera.

Il primo istituto, la concessione, è regolato dal diritto amministrativo, gli altri due hanno natura negoziale ed, in quanto tali, sono regolati dal diritto privato. In realtà la distinzione fra concessione amministrativa e appalto di servizio, quanto agli effetti pratici, è piuttosto relativa. Già da tempo, un insigne giurista ebbe modo di rilevare che "Analoghi risultati si ottengono quando, anziché dello strumento pubblicistico della concessione, ci si serva del contratto di appalto . E' questa una figura che trova giustificazione in una storia ormai remota, ma l'istituto ha subito tali adattamenti ed è talmente intrecciato con disposizioni speciali di diritto pubblico che, tranne la sua natura ed il diverso modo di operare in alcuni momenti (ad es. risoluzione del contratto anziché le forme pubblicistiche della revoca o della decadenza), esso non si comporta, in pratica, diversamente dalla concessione" (14).

Si deve tenere presente, peraltro, che la normativa comunitaria , pur non ignorando l'esistenza della concessione amministrativa in alcuni paesi dell'Unione Europea, parla soltanto di "appalti di pubblici servizi" intendendo per essi "...i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice" (Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18.6.1992 recepita con il Decreto Legislativo n. 157 del 1995).

La distinzione fra concessione amministrativa e appalto di pubblico servizio non appare particolarmente significativa neanche per quanto attiene ai sistemi di scelta del contraente. Infatti, in entrambi i casi, le

amministrazioni pubbliche devono, di regola, fare ricorso alle forme di gara pubblica più sopra ricordate.

Diverso discorso deve farsi invece per quanto riguarda il contratto d'opera intellettuale, previsto dall'articolo 2222 e seguenti del Codice Civile. Esso è lo strumento giuridico generale che disciplina gli incarichi ai liberi professionisti, eventualmente integrato da norme di settore. La scelta dei professionisti per consulenze specialistiche, assistenza e rappresentanza legale, progetti di varia natura, ecc. è avvenuta, per prassi storicamente consolidata, su base fiduciaria, per "intuitus personae".

Pur prendendo atto delle tendenze evolutive in corso, si pensi ad esempio a quanto previsto in materia di lavori pubblici dall'articolo 17, commi 10, 11 e 12 della Legge 11.2.1994 n.104 e successive modifiche e integrazioni per le attività di progettazione, direzione lavori e accessorie ; si ritiene che i criteri della fiduciarità e dello "intuitus personae" continueranno ancora ad essere impiegati dalle amministrazioni in argomento per la scelta dei professionisti, soprattutto per quanto attiene alle tradizionali libere professioni regolamentate dalla legge e dalle normative degli Ordini Professionali.

Si è detto in precedenza che la convenzione, intesa come strumento giuridico utilizzato per regolare i rapporti fra un soggetto pubblico ed uno privato per l'espletamento da parte di quest'ultimo di una funzione o di un servizio per conto del primo, in sostanza tende a configurarsi o come appalto di servizio, e quindi si identifica con un determinato tipo di contratto civilistico, o come atto consensuale che accede, necessariamente, ad una concessione di pubblico servizio, e quindi opera come istituto servente a un procedimento amministrativo, nel senso sopra precisato. Esempi del secondo tipo di convenzione ricorrono, in pratica, in tutti i casi di concessione amministrativa di funzioni o servizi pubblici. Si vedano, fra i casi più recenti, l'articolo 3, comma 4 del D. Lgs. 13.4.1999 n. 112 e l'articolo 32, comma 2 del D. Lgs. 26.2.1999 n. 46, come modificato dall'articolo 2 del D. Lgs. 27.4.2001 n. 193 ; tali norme prevedono la possibilità di stipulare, da parte di Enti Locali e in genere di Enti creditori, apposite convenzioni con i concessionari del servizio nazionale della riscossione per la gestione di questa fase delle proprie entrate.

Esempi del primo tipo di convezione sono molto frequenti nella legislazione amministrativa dell'ultimo decennio in materia di servizi sociali o, comunque, caratterizzata da particolari finalità sociali. Si pensi,

per citare un caso particolarmente significativo per gli Enti Locali, alle convenzioni fra Enti Pubblici e Cooperative Sociali disciplinate dalla Legge 8.11.1991 n. 381 e successive modifiche e integrazioni (15). Altri tipi di convenzione funzionali all'esternalizzazione di servizi sociali in senso lato, o anche solo di particolari prestazioni, sono quelli previsti dalla legislazione statale e regionale in materia di associazioni di volontariato. Si cita, a quest'ultimo riguardo, l'articolo 7 della Legge 11.8.1991 n. 266 che fissa le norme di principio per la stipulazione di questo peculiare tipo di convenzione fra gli Enti Locali e gli altri Enti Pubblici e le Organizzazioni di Volontariato.

Brevi considerazioni conclusive. Nei precedenti paragrafi di questo scritto si è cercato di analizzare i modelli, o formule, organizzativi dell'amministrazione concertata, ed in particolare l'istituto della convenzione, come espressione nel concreto operare quotidiano, nel diritto c.d. vivente, di importanti principi sanciti dalla Costituzione della Repubblica Italiana o dai Trattati istitutivi dell'Unione Europea : l'autonomia ed il pluralismo istituzionali, con particolare riferimento agli Enti Locali, e la sussidiarietà. Inoltre, la convenzione è stata presa in considerazione anche come strumento giuridico idoneo a regolare i rapporti fra soggetti pubblici e privati nonché come istituto attraverso il quale si manifesta in modo significativo l'azione delle pubbliche amministrazioni secondo i canoni del diritto amministrativo e del diritto privato.

Si tratta di tematiche ampie e complesse, di grande attualità in un momento storico in cui sono state riproposte con forza nel nostro Paese sia sul piano politico e istituzionale, sia sul piano culturale (sociologico ; giuridico ; economico ; ecc.), le questioni della struttura federale dello Stato e della drastica riduzione dell'intervento dello Stato in ambito economico e sociale (liberalizzazione, privatizzazione e regolazione dei servizi pubblici) (16). Naturalmente, affrontare tali questioni in modo, non dico esauriente, ma anche solo più approfondito non rientra tra le finalità di questo breve saggio e richiederebbe ben altro impegno qualitativo e quantitativo ; tuttavia non sembrano fuori luogo alcune rapide riflessioni in proposito. Nella prospettiva di un ordinamento federale solidale, o cooperativo, della nostra Repubblica (prospettiva che, a parere dell'autore di queste note, costituisce uno sviluppo non traumatico rispetto ai principi autonomistici della vigente Costituzione) il principio di sussidiarietà dovrebbe trovare la massima espansione possibile nel sistema delle istituzioni pubbliche . In tale ottica, le esigenze dei

cittadini dovrebbero essere soddisfatte, in via prioritaria, dalle istituzioni pubbliche più vicine ad essi e, solo in via secondaria e quindi sussidiaria, da quelle più lontane, nel caso in cui le prime non siano in grado di provvedere (c.d. sussidiarietà verticale). Non si condivide, al contrario, una concezione del suddetto principio, c.d. sussidiarietà orizzontale, in base alla quale lo Stato e gli altri Enti Pubblici dovrebbero abbandonare, in misura molto ampia, se non completamente, qualsiasi intervento in campo economico e sociale ai soggetti privati. Ciò può essere auspicabile, nella sfera strettamente economica, nella misura in cui la struttura del mercato e la presenza di forti autorità di regolazione riescano ad impedire la formazione di monopoli od oligopoli privati in luogo di quelli pubblici e pongano le basi per un assetto più democratico dell'economia (cooperazione ; azionariato diffuso ; ecc.). Diverso deve essere il discorso per quanto attiene all'intervento pubblico nella sfera sociale (istruzione ; sanità ; assistenza e previdenza sociale ; ecc.). Anche in questo ambito, beninteso, i soggetti privati (soprattutto il c.d. privato sociale) possono svolgere, e in realtà svolgono, un ruolo utile nell'interesse della comunità, ma in un rapporto di complementarietà rispetto all'azione delle istituzioni pubbliche. Trattandosi di valori non riducibili a merci (salute ; istruzione ; sicurezza sociale ; ecc. ;), queste ultime non possono rinunciare al loro diritto - dovere di indirizzare, programmare e gestire, nelle forme più efficienti ed efficaci, le funzioni ed i servizi del c.d. Welfare State.

Nel quadro generale che si è cercato di delineare attraverso le ultime sintetiche riflessioni, che fanno riferimento non tanto a valori etico-politici quanto all'ordinamento costituzionale vigente nel nostro Paese e cioè a un sistema di diritto positivo, ritengo che possa essere più agevole cogliere la rilevanza dei temi trattati e la necessità di un loro ulteriore approfondimento.

Dott. Pierino Rossini - Dirigente Comune di Cologno Monzese (Mi)

Luglio 2001

NOTE

=====

(1) P. ROSSINI, "Il coordinamento e l'integrazione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento all'assistenza sociale, alla sanità e alla scuola ", in "Orientamenti Amministrativi", Milano, n. 3 - Marzo 1996, pag. 4 e ss.

(2) P. MADDALENA, "Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo", http://amcortedeiconti.it/maddalena_nuove.htm, s.d. (ma 2001), pag. 10.

(3) E. DE NEGRI, "La funzione di coordinamento nell'organizzazione dell'ente locale - Problemi organizzativi e riforma delle autonomie", Nocchioli Editore, Firenze, 1982, pag. 17.

(4) R. FERRARA, "Gli accordi di programma - Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata", Cedam, Padova, 1993, pag. 91.

(5) R. FERRARA, op. cit., pag. 10.

(6) F. BASSI, "Lezioni di diritto amministrativo", Giuffrè Editore, Milano, 2000, pag. 158.

(7) P. MADDALENA, op. cit., pag. 7.

(8) L. IEVA, "Profili problematici della nuova giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di servizi pubblici", in "Giust.it Giustizia Amministrativa", http://www.giust.it/ieva_giurisdizione.htm, n.06 - 2001, pag.3.

(9) R. FERRARA, op. cit., pag. 79.

(10) G. ROLLA, "Manuale di diritto degli enti locali", Maggioli Editore, Rimini, 1993, pagg. 138 - 139.

(11) F. BASSI, op. cit., pag. 162.

(12) F. STADERINI, "Diritto degli enti locali", Cedam, Padova, 1999, pag. 276.

(13) S. CASSESE, "Le basi del diritto amministrativo", Einaudi, Torino, 1989, pag. 280.

(14) F. BENVENUTI, "Appunti di diritto amministrativo", Cedam, Padova, 1959, pag. 206. Sul problematico rapporto fra concessione e appalto di pubblici servizi cfr. anche U. POTOTSCHNIG, "Concessione ed appalto nell'esercizio di pubblici servizi", in "Jus", Milano, 1955, pag. 393 e ss..

(15) E. MELE, "Una ulteriore tipologia di convenzioni : quella tra ente pubblico e cooperativa sociale, ai sensi dell'art. 5, l. 8 novembre 1991 n. 381", in "Il Foro amministrativo", 1993, pag. 889 e ss.; dello stesso autore cfr. anche "Convenzioni fra gli enti pubblici e le cooperative sociali", in "Nuova Rassegna", n. 9 - 1996, pag. 874 e ss.. Sull'argomento si cita anche l'interessante pubblicazione del MINISTERO DELL'INTERNO - Direzione Generale dei Servizi Civili - "Convenzioni tra enti pubblici e soggetti privati per l'erogazione di servizi socio-assistenziali - Indagine svolta dall'IRS Istituto per la Ricerca Sociale di Milano nel gennaio 1991", Roma, 1991.

(16) Su tale argomento, con il quale non deve confondersi il fenomeno dell'esternalizzazione, il quale presuppone la permanenza in capo all'Ente Pubblico della titolarità della funzione o del servizio, cfr. M. FERRI - P. BALDAZZI, "I servizi pubblici locali - liberalizzazione - regolamentazione - forme di privatizzazione", Maggioli Editore, Rimini, 2000.

<https://www.diritto.it/la-convenzione-istituto-dellamministrazione-concertata-dellesternalizzazione-funzioni-servizi-nel-settore-degli-enti-locali/>