

L'amico e collega Luciano Vandelli ci ha dato il quadro generale in cui si inserisce l'aspetto che in particolare abbiamo seguito con il Progetto finalizzato "Esteralizzazione". Quando affrontiamo il discorso della *esternalizzazione* delle funzioni amministrative, parliamo del nocciolo duro del concetto di Stato. Parliamo di Stato leggero, Stato snello, che si spoglia di strutture e di funzioni inutili; ma quando parliamo di funzioni amministrative arriviamo a quel nucleo più stretto di attività che rappresentano quello di cui lo Stato non si potrà mai spogliare. Qual è il punto di vista teorico, ma anche quali ne siano le implicazioni pratiche, è l'interrogativo che ci siamo posti all'interno del gruppo di lavoro - come anche in altre sedi - ed anzi l'idea era nata proprio in uno dei seminari del FORUM P.A. su una sollecitazione di Marco Cammelli alcuni anni or sono. L'idea di approfondire queste tematiche nacque allora da una discussione molto accesa e franca.

Ebbene, se guardiamo il panorama delle funzioni amministrative da questo punto di vista, ovvero di quali siano le funzioni che lo Stato, l'amministrazione, non potrà mai dismettere, probabilmente una risposta potrebbe essere che lo Stato non potrà mai dismettere le scelte discrezionali, il momento della scelta discrezionale. Cioè, laddove l'amministrazione pubblica è chiamata per legge a contemperare, valutare interessi, trovare l'assetto più idoneo nel caso concreto, nel passaggio da una legge astratta che definisce il quadro degli interessi - e soprattutto l'interesse pubblico primario affidato all'amministrazione - alla situazione concreta in cui bisogna provvedere con un'attività che non è solo di erogazione di servizi ma è attività di tipo amministrativo in senso proprio.

Uno dei primi poli da cui anche la ricerca si è sviluppata e si sta sviluppando è proprio quello di cominciare a distinguere tra funzione e funzione. Laddove la funzione amministrativa è anche l'atto amministrativo, è il prodotto di un semplice accertamento, di una semplice valutazione di requisiti vincolati - già tutti predisposti, definiti e individuati con precisione dalla legge - probabilmente anche il ruolo dell'amministrazione è, non dico secondario, ma non imprescindibile. La prova provata l'abbiamo già nella legge sul procedimento amministrativo. La legge 241 del 1990 in molti casi consente la sostituzione di regimi autorizzatori con la cosiddetta denuncia di inizio di attività, e quindi si passa da un sistema di controllo preventivo - domanda, istruttoria, atto autorizzativo - a un sistema di controllo successivo: denuncia di inizio di attività, svolgimento dell'attività, controllo *ex post* dell'amministrazione. E i casi, laddove questo meccanismo è ipotizzabile, sono proprio laddove l'attività amministrativa era di tipo vincolato.

Sul piano del modello teorico abbiamo quindi delle indicazioni piuttosto importanti già nella legge 241. In effetti, tutto il resto è una questione di opportunità, una questione che può essere definita sul piano costi/benefici, e quindi una valutazione da compiere in modo empirico, caso per caso e da qui, dunque, l'utilità dell'indagine conoscitiva che è stata effettuata.

Un secondo punto, tuttavia, molto importante - che diventa un vincolo *de jure condito* - è che le funzioni amministrative in quanto tali, se sono affidate dalla legge a un determinato apparato amministrativo, a un determinato organo che esercita quella particolare competenza, rispetto a

queste funzioni il titolare, in base alla legge della competenza, non può affidarle a propria volta all'esterno. E' del resto il noto detto latino *delegata potesta delegari non potest*: nel nostro sistema giuridico noi non abbiamo un principio generale di diritto amministrativo che consenta alle pubbliche amministrazioni di spogliarsi o comunque di affidare all'esterno funzioni, sia esse vincolate o discrezionali.

Escludiamo naturalmente le discrezionali per le ragioni dette, ma anche per gli atti, anche una semplice certificazione, anche la semplice constatazione di un fatto - pensiamo alla materia urbanistica, all'edilizia, al controllo del territorio, ad esempio un verbale di constatazione che una certa costruzione è effettuata in contrasto con le norme urbanistiche - non può essere delegata dal comune a un soggetto esterno, a un geometra privato o a una società di servizi. Anche qui, laddove si tratta di constatare con quello che è il valore certificativo di un atto della pubblica amministrazione, abbiamo questo ostacolo normativo che ad oggi è insuperabile.

Abbiamo una serie di esempi legislativi che in modo selettivo, caso per caso, hanno consentito l'esternalizzazione di alcune funzioni. Uno dei casi che vengono anche censiti nella nostra indagine riguarda, ad esempio, la revisione periodica degli autoveicoli. Qui il codice della strada prevede un sistema pubblico attraverso il quale si affida al privato una attività di accertamento tecnico che si conclude con l'attestazione di conformità, attività che in passato poteva essere svolta all'interno dell'amministrazione stessa.

Analogamente, lo stesso fenomeno recente, ancora non partito di fatto, delle SOA, le società di attestazione della qualità delle imprese che concorrono per le forniture e gli appalti della pubblica amministrazione, è un altro esempio, normativamente previsto, in cui si passa da un sistema di controllo pubblico – l'iscrizione all'albo e quant'altro – a un sistema di controlli delegati a privati, peraltro controllati e inseriti in modo organico nel sistema pubblico perché le SOA sono società particolari, che devono avere certe caratteristiche previste dalla legge: essere iscritte ad un certo albo e così via.

Sul piano giuridico il problema è di vedere se siamo ormai al punto di poter, con una riforma piuttosto ardita di modifica legislativa, introdurre il principio generale della delegabilità di certe funzioni, ovviamente corredando tale principio delle garanzie minime necessarie per evitare il fenomeno a cui alludeva giustamente Luciano Vandelli: ovvero che ci si spoglia o si delega una funzione e poi il delegante non è più in grado di seguire quel che succede, quella che è l'attività del delegato.

Questo è un punto aperto. In altri ordinamenti, ad esempio in quello tedesco, si è già introdotta in certi settori la figura del privato responsabile del procedimento amministrativo. In Italia la legge 241 prevede che vi sia un funzionario responsabile del procedimento, che viene nominato secondo i criteri stabiliti nella stessa legge 241. Dal punto di vista teorico non sembra del tutto peregrino che si possa, in certi casi, delegare la funzione di responsabile del procedimento anche ad un professionista privato che abbia particolari competenze, pensiamo alle opere pubbliche, ai

procedimenti relativi all'affidamento di opere pubbliche complesse: questa è una delle ipotesi in cui si potrebbe immaginare di normare questo tipo di fenomeno.

Oggi, ed è uno degli interrogativi che ci sono stati posti, a che punto siamo?

Ovviamente, in presenza del principio generale di non delegabilità delle funzioni, si deve ripiegare su una analisi - che è stata fatta e che sarà tradotta in uno studio importante – e vedere se almeno “pezzi” di funzioni, parti di funzioni o attività strumentali all'esercizio di funzioni sono state di fatto esternalizzate e con quali tipi di strumenti.

Uno strumento normalmente utilizzato dal campione di enti - amministrazioni centrali, regionali e locali - che viene individuato è lo strumento dell'appalto di servizi. Si comprime, quindi, all'interno della normativa sull'appalto di servizi l'esternalizzazione di pezzi di procedimenti, fermo restando che il servizio che viene appaltato non fa venir meno la responsabilità sul piano giuridico, e in generale da tutti i punti di vista, dell'organo competente ad assumere l'atto e portare a conclusione il procedimento. Questo è un settore in cui, soprattutto a livello locale, quando il comune non ha al proprio interno le risorse per una serie attività - ad esempio la tenuta delle matricole del personale ai fini degli stipendi, l'erogazione degli stipendi ecc. -, tutta una serie di attività di contorno che comunque sono strumentali alla funzione pubblica vengono o possono essere esternalizzate. Vi sono stati anche dei casi di esternalizzazione di procedure concorsuali, di tutta l'attività concorsuale tradizionale per assumere personale dell'ente locale.

L'esternalizzazione, in questo come in altri casi, naturalmente fa salvo l'involucro formale del procedimento che rimane sempre dell'ente locale, ma diventa quasi un contenitore esterno che salvaguarda la forma ma non la sostanza. Uno dei problemi che si ha in questi casi è come si coniuga la delega di attività affidata all'esterno con la responsabilità giuridica di chi deve recepire in un atto formale, che non può che essere quello tradizionale, l'approvazione della graduatoria e quant'altro, che è disciplinata in un certo modo.

L'analisi che abbiamo condotto fa emergere molti elementi interessanti da questo punto di vista, perché la fantasia, specie in periferia, è notevole, probabilmente perché certe cose passano anche più inosservate rispetto a quanto accadrebbe se un Ministero in quanto tale decidesse di operare questo tipo di esternalizzazioni.

Per analizzare il fenomeno crediamo sia corretto porre due parametri di valutazione della casistica. Il primo: quanto privato è il soggetto a cui viene esternalizzata la parte di attività. Il secondo elemento: quanto l'attività che viene esternalizzata è soltanto di mero supporto, un vero e proprio servizio di tipo materiale, e quanto invece l'attività è vicina alla funzione, diventa così condizionante l'esercizio della funzione da essere quasi indistinguibile.

E' chiaro che se, come accade in molti casi, sia negli enti locali che nelle amministrazioni centrali, l'attività funzione o il pezzo di funzione viene esternalizzata a un ente pubblico o a una società per azioni controllata al 100% dall'ente locale, non so quanto di esternalizzazione vi è in questo tipo di scelta: siamo sempre all'interno di una pubblica amministrazione, che assume ormai una varietà di

formule organizzative che non sono più soltanto quelle dell'ente territoriale tradizionale o del Ministero. Pensiamo, a livello centrale, il caso della Consip. La Consip è una società controllata interamente dal Ministero del Tesoro che, sulla base di una convenzione e di una autorizzazione legislativa, procede con le solite procedure di appalto a individuare dei potenziali contraenti per la pubblica amministrazione, stipula delle convenzioni quadro in materia di acquisti di beni e servizi e quindi, una volta scelto il fornitore e chiarite le condizioni di fornitura del bene o del servizio, le amministrazioni aderiscono con atto unilaterale saltando la propria gara che normalmente avrebbe dovuto essere bandita.

Questo è uno strumento di esternalizzazione, perché si tratta comunque di affidare a un altro soggetto un'attività che l'ente o il Ministero non fa più attingendo invece a una attività procedimentale che è stata curata e gestita dalla Consip, società al 100% in mano pubblica. Quanto "esterno" è questo tipo di sistema? E' vero che il soggetto è pubblico sotto il profilo della proprietà, ma il rapporto con il Tesoro è disciplinato da una vera e propria convenzione bilaterale e quindi possiamo individuare qui un caso di esternalizzazione. Se la funzione viene delegata a una struttura pubblica anche in senso soggettivo saremmo invece fuori dal fenomeno.

Teniamo invece presente a livello di enti locali la legislazione, il Testo Unico ma già dalla legge 142 in poi, prevede che i comuni possano creare degli uffici, che tuttavia restano uffici burocratici, ai quali delegare certe funzioni pubbliche, ad esempio in materia di contratti. Ma questo è un fenomeno diverso, di organizzazione e coordinamento tra enti locali che mettono insieme le forze e affidano formalmente una funzione ad una struttura ad hoc. Qui non si tratta di esternalizzazione in senso proprio: è uno strumento organizzativo volto a favorire l'aggregazione per funzioni a livello locale.

Il primo parametro è quindi valutare quanto di pubblico e quanto di privato vi è nel soggetto a cui viene esternalizzata la funzione. Ovviamente vi sono delle ricadute anche sul piano pratico perché l'affidamento del servizio, se la struttura è semipubblica o anche società per azioni controllata al 100% dagli enti locali, si possono saltare le procedure di affidamento previste dalla normativa sugli appalti di servizi.

L'altra coordinata è quanto l'attività esternalizzata sia vicina o lontana dalla funzione e quindi assimilabile ad un servizio. Questo parametro consente di capire quanto siamo vicini a quel nocciolo duro di funzione pubblica che per definizione non può essere esternalizzata. Un esempio normativamente previsto riguarda l'istruttoria dei patti territoriali che viene affidata a regolata, sulla base di convenzioni, alle banche che valutano la fattibilità e la sostenibilità tecnico-finanziaria del progetto o del complesso dei progetti che entrano a far parte dei patti territoriali.

Questa attività di istruttoria, che è attività formalmente istruttoria e che serve per compilare la graduatoria dei patti ammessi al finanziamento, quanto spazio lascia all'amministrazione responsabile? E' chiaro che, a un certo punto, si pone il problema relativo al fatto che il soggetto responsabile debba prendere per buona la valutazione operata dal soggetto esterno: come fa cioè

l'ente pubblico, l'amministrazione pubblica, a mantenere al proprio interno delle competenze tali da far sì che alla fine non finisca per dipendere mani e piedi dal soggetto a cui viene affidata una parte di funzione e non sia in grado di svolgere efficacemente il proprio ruolo che, nel caso di specie, è quello di erogare dei finanziamenti a iniziative che si ritengano valide.

Anche da questo versante c'è molto ancora da esplorare e da analizzare. All'interno di questa cornice concettuale c'è un ampio spazio intanto per censire l'esistente, e quindi trarre delle conclusioni e vedere se queste conclusioni sono esportabili in altri contesti. L'obiettivo finale è, tuttavia, quello di chiederci e di vedere se e come si possa modificare il principio generale di non delegabilità della funzione creando dei presupposti sani per far sì che, laddove sia conveniente sul piano dell'analisi costi/benefici, un soggetto pubblico possa delegare all'esterno non solo pezzi di funzione che vengono compresi nella formula dell'appalto di servizi, ma vere e proprie funzioni, quantomeno laddove l'attività è puntualmente vincolata.