

ALESSANDRO LOMBARDI*

GLI STRUMENTI COLLABORATIVI TRA P.A. E TERZO SETTORE NEL SISTEMA DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli articoli 55 e 56 del Codice del Terzo settore. – 3. Principi costituzionali degli istituti collaborativi. – 4. La cornice giuridica europea – 5. Il rapporto con le fonti legislative interne. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'articolo 4, comma 1, del Codice del Terzo settore (CTS)¹ introduce nell'ordinamento giuridico la nuova figura soggettiva di ente del Terzo settore (ETS), individuandone i requisiti che cumulativamente devono sussistere affinché possa integrarsi la fattispecie di ETS. Dalla definizione codicistica discende che gli elementi essenziali dell'ETS sono:

a) l'assunzione di una configurazione soggettiva tipizzata (cd. ETS "tipici") o, in alternativa, della forma giuridica di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione o di altro ente di carattere privato diverso dalle società (cd. ETS "atipici");

b) l'indipendenza da PP.AA, formazioni e associazioni politiche, sindacali, di categoria, ecc.;

c) lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale (elencate in 26 voci nell'articolo 5 del codice), in forma non sola gratuita, volontaria o erogativa, ma anche mutualistica o imprenditoriale;

* Direttore Generale del Terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Le considerazioni contenute nel presente testo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

¹ "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

- d) il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;
- e) l'assenza di fine lucrativo;
- f) l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS).

Tali elementi, unitamente ad un sistema di obblighi e di controlli ai quali gli ETS sono sottoposti, configurano questi ultimi quali formazioni sociali portatrici dell'interesse generale, la cui attività è indirizzata teleologicamente al perseguimento del bene comune.

Tale prospettiva consente di leggere il profilo dinamico delle relazioni tra P.A. ed ETS, attraverso le quali questi ultimi concorrono allo svolgimento delle attività di interesse generale, il cui esercizio non può essere considerato appannaggio esclusivo dei pubblici poteri. L'estrinsecazione della funzione pubblica secondo modelli partecipativi e collaborativi tuttavia non fa venir meno la sua natura di attività procedimentalizzata inerente la funzione pubblica. Difatti, come espressamente previsto dall'art. 55, comma 2, che parla di amministrazione procedente (e analogo concetto è implicitamente contenuto nel successivo art. 56) compete alla P.A. l'attivazione dei procedimenti di coinvolgimento degli ETS. Nei paragrafi seguenti, partendo da una sintetica esposizione dei contenuti degli artt. 55 e 56 del CTS, verrà sviluppata una lettura sistemica di tali disposizioni nel contesto ordinamentale eurounitario ed italiano.

2. Gli articoli 55 e 56 del Codice del Terzo settore

Il CTS contiene una disciplina dettagliata delle forme relazionali tra PP.AA. ed ETS, le quali abbracciano tanto la fase ascendente di programmazione ed organizzazione dei servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale, quanto la successiva fase discendente di progettazione ed attuazione dell'intervento, caratterizzata dalla previsione di forme di partecipazione e collaborazione tra pubblico e privato.

In tale prospettiva, il CTS individua una filiera di strumenti di coinvolgimento attivo degli ETS nelle fasi sopra dette, funzionali al perseguimento dell'obiettivo di favorire processi e strumenti di partecipazione che possano accrescere la qualità delle scelte finali, ferme restando le prerogative proprie della P.A. in ordine a tali scelte.

Tali strumenti sono:

- a) la co-programmazione;
- b) la co-progettazione;
- c) l'accreditamento
- d) la convenzione

Ai primi tre istituti è dedicato l'articolo 55 del CTS, in relazione al quale possono individuarsi i seguenti elementi caratterizzanti:

a) la portata applicativa generale della norma, sotto il profilo dell'ambito oggettivo, in quanto essa abbraccia la programmazione e l'organizzazione degli interventi e dei servizi in tutti i settori afferenti alle attività di interesse generale di cui all'art. 5 del CTS, sicché tali strumenti non sono più limitati all'originario ambito dei servizi sociali (art. 5 L. n. 328/2000), né tantomeno sono utilizzabili solo per interventi dotati di innovatività o sperimentali (come nel caso della co-progettazione, ex art. 7 del D.P.C.M. 30.3.2001);

b) l'analoga generalità dell'ambito soggettivo di applicazione, che riguarda tutti gli enti del Terzo settore e tutte le pubbliche amministrazioni contemplate nell'art.1, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001²;

c) la definizione degli istituti contenuta in una fonte normativa statale di rango primario;

d) la procedimentalizzazione della funzione, ancorata alle regole dell'evidenza pubblica ed in particolare agli artt. 6-bis, 10, 11 e 12 della legge n. 241/1990 ed al conseguenziale rispetto dei canoni di trasparenza, imparzialità, partecipazione, parità di trattamento;

e) la chiara investitura del ruolo di regia attiva e promozionale in capo alla P.A. procedente cui spetta la predefinizione di quanto necessario affinché gli istituti sopra richiamati possano dispiegarsi compiutamente e armonicamente in relazione a:

- 1) definizione dell'oggetto del procedimento;
- 2) previsione dei criteri di individuazione dei soggetti con cui at-

² "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

tivare le speciali forme di partenariato all'esito delle procedure comparative;

3) dispiegarsi del procedimento nelle diverse fasi;

4) esito atteso e modalità di formalizzazione di eventuali accordi con cui i procedimenti trovano conclusione.

Per effetto dell'innovazione introdotta dal CTS, tutti i soggetti del Terzo settore possono collaborare con tutte le PP.AA. per lo svolgimento di tutte le attività di interesse generale.

Inoltre, la stessa attività di interesse generale è intesa in una prospettiva procedimentalizzata, non rilevando più esclusivamente nella fase dell'esplicazione dell'attività privata, per come sviluppata in relazione all'obiettivo perseguito, ma anche nella fase iniziale del percorso di programmazione ed organizzazione.

Coerentemente con un simile impianto normativo, i singoli istituti vanno visti in un *continuum* che si sviluppa da azioni programmatiche di carattere generale e, attraverso specifiche forme di progettazione condivisa di dettaglio, può approdare ad accreditamenti o partenariati.

Va evidenziato che il riconoscimento in capo agli ETS della titolarità piena ed originaria – in quanto costituzionalmente fondata sul principio di sussidiarietà orizzontale – dell'esercizio di attività di interesse generale, comporta di conseguenza che i servizi afferenti ai settori di attività di interesse generale non necessariamente devono essere affidati mediante i tradizionali istituti dell'appalto o della concessione, ma sono riconosciuti come afferenti ad una programmazione e progettazione costruita su basi di conoscenza e di opzioni operative condivise e coordinate in un disegno armonico di intervento, del quale la P.A. è, al contempo, promotrice e garante.

Tale prospettiva va costruita e tutelata mettendo a punto:

- provvedimenti di normazione regionale e/o settoriale;
- regolamenti specifici delle PP.AA. interessate;
- schemi di avvisi pubblici, di convenzioni di partenariato, ecc.

L'articolo 56 del CTS è dedicato alle convenzioni: in esso traspare evidente l'obiettivo perseguito dal legislatore di operare una sistematizzazione, in chiave evolutiva, rispetto alla scarsa disciplina previgente (art. 7 della legge n.266/1991, per le organizzazioni di volontariato; art. 30 della legge n. 383/2000, per le associazioni di promozione sociale).

Le PP.AA. di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 possono sottoscrivere convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi

nel RUNTS, finalizzate allo svolgimento di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, da espletarsi in favore di terzi.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma è confermativo del regime giuridico preesistente: le convenzioni non sono sottoscrivibili con la generalità degli enti del Terzo settore, ma soltanto con talune tipologie di essi, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale. Tale limitazione è giustificata dal fatto che tali tipologie di soggetti sono caratterizzate ed accomunate dal fatto di avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontari. Tale caratteristica conferisce loro una connotazione di tipo solidaristico ancora più marcata rispetto ad altre tipologie di ETS.

Parimenti confermativo è il principio della rendicontazione a costi reali³ delle spese effettivamente sostenute e documentate dall'organizzazione, che potrà pertanto ricevere il relativo rimborso, con esclusione di qualsivoglia margine di profitto ricavabile dall'esercizio delle attività oggetto della convenzione.

Sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, lo strumento convenzionale sarà attivabile per lo svolgimento di attività e servizi sociali di interesse generale.

Il CTS esplicita due principi rilevanti che devono guidare l'azione della P.A. procedente: la necessaria procedimentalizzazione del percorso amministrativo, che deve condurre all'individuazione della controparte del rapporto convenzionale, attraverso un solido ancoraggio alle regole dell'evidenza pubblica, da svilupparsi ai sensi dell'art. 12 della legge n. 241/1990, nel rispetto dei canoni di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e *par condicio*; la sussistenza di un maggiore vantaggio per la P.A. (da esplicitare nell'impianto motivazionale del provvedimento amministrativo di indizione della procedura) derivante dal ricorso allo strumento convenzionale piuttosto che all'apertura al mercato.

Sotto quest'ultimo profilo, il giudizio sulla maggiore vantaggiosità

³ Si deve pertanto escludere l'applicabilità a tali convenzioni dell'opzione di semplificazione dei costi (cd. costi standard). Ad una diversa conclusione, nel senso dell'ammissibilità dei costi standard, si potrebbe giungere riguardo agli accordi sottoscritti all'esito del processo di co-progettazione o in tema di accreditamento, ferma restando l'inapplicabilità dei costi standard alle ODV, in ragione della previsione dell'articolo 33, comma 3 del CTS, ai sensi del quale esse possono ricevere, per l'attività di interesse generale prestata, soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate.

dell'opzione per lo strumento convenzionale non si deve ritenere esaurito esclusivamente da valutazioni di carattere finanziario, legate al minor onere sostenuto dall'erario pubblico in conseguenza della limitazione della copertura dei costi del servizio o dell'attività al solo rimborso delle spese sostenute e documentate (rispetto al medesimo servizio fornito a fronte del pagamento di un corrispettivo), ma dovrà includere anche profili valutativi di impatto sociale, intendendosi per tale la "valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato" (art. 7, comma 3, della legge n. 106/2016), secondo la successiva declinazione contenuta nel D.M. del 23 luglio 2019⁴, con il quale sono state adottate le linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale. In altri termini, l'opzione convenzionale sarà più favorevole rispetto al ricorso al mercato, non solo in quanto consente una minore spesa pubblica, ma anche perché consente di rendere un servizio fruibile in condizioni qualitativamente migliori, in relazione ai profili di accessibilità del servizio (livelli più ampi di copertura dei bacini di utenti) e di tutela dei diritti (livelli più elevati in relazione alle modalità di svolgimento dell'attività).

La disposizione in esame prevede anche, in capo alle amministrazioni pubbliche, la potestà di individuare, naturalmente in via preventiva, specifici requisiti di moralità professionale e di adeguatezza da valutarsi in base ad una serie specifica di parametri, puntualmente elencati dalla norma quali: la struttura dell'associazione o organizzazione, l'attività concretamente svolta, le finalità perseguite, il numero degli aderenti, le risorse a disposizione e la capacità tecnica e professionale. Quest'ultimo requisito viene definito dalla norma quale concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto della convenzione; a titolo esemplificativo, vengono individuati alcuni criteri valutativi afferenti all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari.

Un ulteriore sforzo compiuto dal legislatore è rappresentato dall'individuazione del contenuto necessario (o tipico) della convenzione: anche in questo caso il salto qualitativo rispetto alla disciplina previgente è notevole, in termini sia di ampliamento delle disposizioni ritenute essenziali, sia di specificazione di prescrizioni già contemplate.

⁴ Pubblicato nella GURI n. 214 del 12.9.2019.

Sotto il primo profilo, si fa riferimento alla necessaria previsione del rispetto di standard organizzativi e strutturali eventualmente previsti dalla normativa nazionale o regionale; alla durata del rapporto regolato dalla convenzione stessa; al contenuto delle attività da svolgersi da parte dei volontari e alle relative modalità d'impiego degli stessi; al numero e all'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività oggetto della convenzione; alle modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici; alle modalità di risoluzione del rapporto.

Sotto il secondo profilo, rileva la disciplina dei rapporti finanziari, in ordine ai quali viene espressa l'esigenza della definizione delle condizioni e dei criteri di ammissibilità delle spese rimborsabili (tra le quali devono necessariamente figurare quelle relative alla copertura assicurativa dei volontari); viene ribadito il principio dell'effettività della spesa rimborsabile e viene ammesso il riconoscimento in quota parte dei costi indiretti, secondo il criterio della loro diretta riconducibilità all'attività oggetto della convenzione.

Se tali condizioni sono rispettate, le convenzioni a rimborso stipulate tra pubbliche amministrazioni e organismi del terzo settore costituiscono uno strumento di collaborazione non configurabile come contratto di appalto. Sul piano sostanziale la convenzione, espressione del dovere di solidarietà sociale richiamato anche dalla Corte di Giustizia europea⁵, rappresenta l'impegno da parte dell'ente pubblico e dell'organismo del terzo settore, accomunati dalle stesse finalità di solidarietà, nell'attuazione di un'attività di interesse generale.

Sulla scorta della giurisprudenza europea e italiana, il Codice del terzo settore ha fissato gli elementi costitutivi delle convenzioni a rimborso, elementi che le differenziano radicalmente dagli appalti di servizi e che possono essere così riassunti:

- apporto prevalente e determinante dei volontari nello svolgimento delle attività;
- divieto di retribuire i volontari, se non a titolo di mero rimborso per le spese sostenute e documentate, alle condizioni preventivamente stabilite dall'organizzazione di volontariato. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario;
- impiego di lavoratori, nella misura necessaria a qualificare o specializzare l'attività. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati

⁵ Vedi *infra* al § 4.

nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari;

- contenuto e modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici;
- condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge;
- durata del rapporto convenzionale;
- copertura assicurativa dei volontari, i cui oneri sono a carico dell'amministrazione pubblica;
- modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti;
- modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione.

Le disposizioni del CTS si inseriscono coerentemente nel quadro sopra delineato: difatti la limitazione della legittimazione soggettiva alla sottoscrizione delle convenzioni in capo alle ODV e alle APS trova la sua giustificazione nella peculiare profilazione organizzativa di questi enti, che svolgono le attività di interesse generale avvalendosi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati (artt. 32, comma 1 e 35, comma 1); esse inoltre possono costituire rapporti di lavoro esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta, tenendo conto che il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al 50% del numero dei volontari (art. 33, comma 1 per le ODV). Analoga prescrizione troviamo per le APS all'art. 36, comma 1, laddove l'impiego dei lavoratori è possibile ove sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità statutarie: anche in questo caso il numero dei lavoratori non può essere superiore al 50% dei volontari o al 5% degli associati. Inoltre, bisogna aggiungere che la convenzione deve dare atto delle finalità di solidarietà sociale nel caso specifico e

deve avere come oggetto uno degli ambiti di attività di interesse generale previsti dall'articolo 5 del Codice del terzo settore.

La convenzione, pertanto, deve essere tenuta distinta dal contratto d'appalto sia sotto il profilo della causa che sotto quello della sinallagmaticità. Più specificamente, la causa della convenzione non consiste nello scambio tra la prestazione del servizio e il pagamento del corrispettivo, ma nel sostegno anche finanziario della P.A. allo svolgimento da parte dell'ente del Terzo settore di un'attività di interesse generale finalizzata al soddisfacimento dei bisogni della comunità. La convenzione non prevede un corrispettivo, ma soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e rendicontate con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di profitto (con conseguente differente regime fiscale ai fini IVA)⁶. L'assenza del corrispettivo ed il perseguimento di finalità solidaristiche sono elementi qualificatori essenziali ai fini della necessaria distinzione rispetto al contratto di appalto. Al di là del *nomen iuris* attribuito all'atto, si dovrà prestare particolare attenzione agli aspetti qualificatori dello stesso, a partire dall'elemento del rimborso, al fine di evitare che esso mascheri un corrispettivo per la prestazione di un servizio; parimenti, la previsione di penalità per inadempimento o la presenza di clausole risolutive espresse costituiscono indici della sussistenza del nesso di sinallagmaticità, con conseguente impossibilità di riconduzione dell'atto alla fattispecie della convenzione.

La tradizionale dicotomia tra convenzioni e contratti di appalto, che ha comportato la conseguente tensione tra il principio di solidarietà ed il principio di concorrenza, trova oggi un punto di equilibrio nell'art. 56 del CTS, che recependo gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, associa all'elemento del risparmio economico il profilo teleologico del perseguimento effettivo di finalità solidaristiche.

3. *Principi costituzionali degli istituti collaborativi*

Preliminarmente, giova precisare che in questa sede non verrà affrontato il tema del rapporto più generale del CTS con le norme costituzionali⁷, ma l'attenzione si soffermerà sulla riconduzione degli istituti

⁶ Cfr. circolare Agenzia Entrate n. 34/E del 21.11.2013.

⁷ Su tale tema, cfr. P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 37 e ss.

collaborativi a principi costituzionali ulteriori rispetto a quelli esplicitati nell'art. 1 del CTS, avendo ben presente che, comunque, detta trattazione non può prescindere da uno di tali principi richiamati espressamente dal CTS, cioè il principio di sussidiarietà orizzontale, che costituisce l'architrave dell'art. 55 del CTS. Difatti, il legislatore del 2017, anche attraverso gli istituti collaborativi sopra tratteggiati, ha inteso perseguire il fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono in forma associata al perseguimento del bene comune attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale, applicando, attraverso l'esplicito richiamo all'articolo 118 della Costituzione, il principio di sussidiarietà orizzontale, secondo il quale *"Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale"* (art. 118, comma 4, Cost.). Nel principio di sussidiarietà orizzontale si rinviene il tratto distintivo tipico degli articoli in esame, che rappresentano il primo intervento normativo volto a dare concreta attuazione a questo peculiare aspetto della riforma costituzionale del 2001⁸. Tale impostazione ha trovato un'autorevole conferma nella recente sentenza della Corte Costituzionale n.131/2020⁹, secondo la quale l'articolo 55 *"rappresenta ...una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.... Nella suddetta disposizione costituzionale... si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini..."*

Sotto un diverso aspetto, l'articolo 55 del CTS va letto nell'ottica peculiare del rapporto tra lo Stato e le autonomie regionali e locali: sovviene, sotto questo punto di vista, il richiamo all'articolo 117 Cost., in tema di riparto tra lo Stato e le Regioni della potestà legislativa e l'articolo 118, comma 1, Cost., in tema di sussidiarietà verticale. Difatti

⁸ F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, 263 e ss.

⁹ Essa si inserisce in un solco di continuità con le precedenti pronunce della Corte in tema di Terzo settore, a partire dalla sentenza n. 75/1992 (espressamente citata) in tema di volontariato, definito come *"la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"*.

ti, la disciplina degli ETS, anche per quanto riguarda le regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, afferisce tipicamente alla materia dell'“ordinamento civile”, di competenza statale, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera l), Cost.: la fissazione di tale regole, a sua volta obbedisce all'ulteriore principio costituzionale di eguaglianza formale, sancito dall'articolo 3, comma 1, allo scopo di garantire l'uniformità di trattamento degli ETS, oltretutto di assicurare l'essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare i soggetti del Terzo settore sull'intero territorio nazionale¹⁰. L'articolo 55, da un lato, fissa la disciplina e i principi generali degli strumenti collaborativi tra P.A. ed ETS, garantendo il presidio di principi costituzionali testé richiamati; dall'altro, lascia ampio margine alla potestà legislativa regionale e alla potestà regolamentare degli EE.LL. nella declinazione e specificazione di tali principi.

Si è avuto modo di osservare come gli istituti collaborativi vadano ad innestarsi nella disciplina del procedimento amministrativo: le attività di co-programmazione e di co-progettazione, in virtù della loro vocazione al coinvolgimento pluralistico degli ETS, costituiscono una forma specifica di attuazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo, finalizzato a permettere alla P.A. procedente l'acquisizione di una molteplicità di elementi informativi e valutativi, suscettibili di implementare la qualità del provvedimento finale, sia sotto il profilo metodologico che sotto il profilo contenutistico, proprio in quanto formatosi in virtù dell'apporto dei diversi soggetti che hanno preso parte al procedimento¹¹. In tal senso, si inverano i canoni costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati nell'articolo 97 Cost.

Si è avuto modo di evidenziare in precedenza come attraverso gli istituti collaborativi si concretizzi un'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e realizzazione in partenariato di interventi e servizi afferenti agli ambiti costituenti oggetto delle attività

¹⁰ Corte Cost. sentenza. n. 185/2018.

¹¹ Questo aspetto è stato rimarcato dalla citata sentenza. n. 131/2020 Corte Cost., in cui si evidenzia che gli ETS costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, capace di rilevare i bisogni emergenti in tempo reale, mettendo a disposizione della P.A. sia dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a carico della stessa P.A.), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento. Ciò si traduce sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della comunità di riferimento.

di interesse generale. L'applicazione degli artt. 55 e 56 del CTS permette alla P.A. di conseguire risparmi di spesa derivanti proprio dall'apporto materiale degli ETS all'implementazione degli interventi, con conseguente salvaguardia di un altro principio di rilevanza costituzionale, la tutela degli equilibri di bilancio, consacrato nell'art. 81 Cost., che ha recepito il corrispondente principio di fonte comunitaria.

4. *La cornice giuridica europea*

L'analisi del rapporto intercorrente tra gli artt. 55 e 56 del CTS con il diritto dell'Unione europea ha fatto registrare, a breve distanza dall'entrata in vigore del CTS, una lettura particolarmente restrittiva data agli istituti in esame dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018¹², nel quale, muovendo dalla primazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale, faceva discendere la conseguente subalternità del CTS rispetto al Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, in quanto quest'ultimo recepiva una fonte di diritto europeo. Da un lato, il Consiglio di Stato individua nel contratto d'appalto l'unico strumento relazionale tra P.A. e soggetti privati (compresi pertanto gli ETS); dall'altro, ravvisa la non onerosità del rapporto (che come tale non soggiace alla disciplina dei contratti pubblici) tra P.A. ed ETS esclusivamente nel caso in cui sia previsto il solo rimborso delle spese a piè di lista, secondo un meccanismo che escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente: in tale circostanza si può parlare di gratuità della prestazione del servizio, a fronte del quale vi è un depauperamento del soggetto erogatore dello stesso. Anche su tale punto ha fatto chiarezza la Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 131/2020, che, muovendo da una prospettiva sistemica della disciplina degli ETS, ha rimarcato l'instaurazione, attraverso gli istituti collaborativi, di un canale di amministrazione condivisa tra i soggetti pubblici e gli ETS, alternativo a quello del profitto e del mercato, in quanto non

¹² Giova rammentare che il medesimo Consiglio di Stato aveva avuto modo di affrontare il tema – nell'esercizio della propria funzione consultiva – pronunciandosi dapprima sullo schema di decreto legislativo recante il CTS (con parere n. 1405/2017) e, poi, su quello del c.d. decreto correttivo (con parere n. 1432/2018) senza tuttavia pervenire alle conclusioni espresse nel parere n. 2052/2018.

basato sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sulla messa a disposizione ad opera di tutti i soggetti partecipanti aggregazione di risorse umane, finanziarie e strumentali finalizzate all'implementazione delle attività di interesse generale¹³. Tale disegno, ad avviso della Corte Costituzionale, risulta pienamente coerente sia con la produzione normativa europea che con lo sviluppo giurisprudenziale. Difatti, sotto il primo punto di vista, viene in rilievo la direttiva appalti 2014/24/UE (recepita nel nostro ordinamento attraverso il già citato d.lgs. n. 50/2016), la quale, nel considerando n. 114 afferma che *«certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. (...) Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione»*.

In tali casi, appare legittima la scelta dello Stato membro di approntare un modello organizzativo, al quale applicare la sola disciplina nazionale, ispirato al principio di solidarietà (come, ad es., nel caso della co-progettazione o della convenzione), che preveda il coinvolgimento di soggetti privi di fini di lucro, fatte salvi gli equilibri di bilancio e la regia pubblica dell'intervento.

Il tema è stato inoltre affrontato anche dalla CGUE, che si è occupata delle convenzioni a rimborso italiane in due fondamentali sentenze¹⁴. La Corte di Giustizia ha sancito la legittimità delle convenzioni a rimborso, a condizione che le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli di solidarietà sociale, che non traggano

¹³ Tale differenza era stata già posta in evidenza nella relazione illustrativa al Codice del Terzo settore: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0417_F001.pdf&leg=XVII, 19.

¹⁴ Sentenze CGUE nelle cause C-113/13 ("Spezzino") e C-50/14 ("Casta").

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. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento¹⁵. Relativamente al rimborso dei costi, secondo la CGUE occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse.

In tale prospettiva deve leggersi la concezione di gratuità delle convenzioni, da intendersi, in coerenza con il profilo causale di tale negozio giuridico, in termini di assenza del corrispettivo. Una diversa lettura che riconduca la gratuità all'esclusivo rimborso delle spese vive a piè di lista, con esclusione del rimborso della remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi utilizzati dall'ente per l'implementazione dell'oggetto della convenzione, non trova alcun riscontro nel dato positivo. L'articolo 56 del CTS prescrive infatti l'esclusivo rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (ivi comprese quelle riguardanti gli oneri relativi alla copertura assicurativa dei volontari, richiamata altresì in altra parte del CTS, all'articolo 18, comma 3), senza alcun discrimine tra le varie tipologie di spese, tra le quali vanno legittimamente incluse anche quelle relative al costo del lavoro. Il CTS, cioè, positivizza al livello di fonte primaria un consolidato criterio (proprio della disciplina dei fondi strutturali UE) di riconoscibilità della spesa, che è quello dei costi reali (tra i quali sono da ricomprendere anche costi diretti corrispondenti a spese fisse durevoli nel tempo, quali le retribuzioni del personale), aggiungendo ad esso il divieto di riconoscimento di costi forfettari, prevedendo altresì una limitata eleggibilità dei costi indiretti alla quota parte direttamente imputabile alle attività oggetto di convenzione.

¹⁵ Tale enunciato è stato positivizzato nel CTS agli artt. 33, comma 1 e 36.

Si può pertanto ragionevolmente affermare come il CTS, nella parte dedicata agli istituti collaborativi, costituisce esso stesso momento di attuazione del diritto eurounitario.

5. Il rapporto con le fonti legislative interne

Le conclusioni del precedente paragrafo introducono al contempo il tema dei punti di interrelazione del CTS con le fonti normative interne.

Partendo dal codice dei contratti pubblici, si è già avuto modo di evidenziare il rapporto di equiordinazione di quest'ultimo con il CTS e la non sovrapponibilità del contratto pubblico con gli accordi di collaborazione tra P.A. ed ETS scaturenti all'esito dei procedimenti di cui agli artt. 55 e 56 del CTS, in ragione del differente profilo causale che caratterizza i due negozi giuridici (lo scambio tra il corrispettivo e la fornitura di un bene o servizio nel primo caso; la collaborazione nello svolgimento di un'attività di interesse generale mediante l'aggregazione di risorse pubbliche e private nel secondo caso). Al riguardo occorre sgombrare il campo da fraintendimenti, in quanto gli istituti collaborativi non costituiscono un aggiramento delle procedure di evidenza pubblica, ma piuttosto essi inverano l'applicazione di un'evidenza pubblica diversa, fondata sui principi dell'articolo 12 della legge n. 241/1990.

L'interazione stretta tra i procedimenti descritti negli artt. 55 e 56 con la legge n. 241/1990 abbraccia in particolare il dettato dell'articolo 12 in tema di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, ma finisce per involgere tutte le disposizioni ivi contenute, a partire da quelle riguardanti la partecipazione al procedimento, sopra richiamate.

Sovviene inoltre l'ulteriore riflessione riguardante il rapporto con il d.lgs. n. 33/2013, attraverso la declinazione applicativa dei canoni di pubblicità e di trasparenza negli istituti disciplinati dagli artt. 55 e 56 del decreto legislativo n. 117/2017.

Preliminarmente, occorre richiamare quanto previsto – in termini generali, con riferimento a tutti gli strumenti indicati nel titolo VII del CTS – dal primo comma dell'art. 55 del CTS.

Tale norma introduce i principi generali ai quali le pubbliche amministrazioni devono uniformarsi nello svolgimento dei relativi procedimenti finalizzati al coinvolgimento degli ETS; fra essi, è menzionato il principio di "autonomia organizzativa e regolamentare".

Ne deriva che le amministrazioni possono – nel rispetto della legislazione di settore, statale e regionale – disciplinare la materia all'interno dello strumento regolamentare; in concreto, poi, potrà trattarsi di un regolamento generale in ordine al rapporto fra P.A. ed ETS, in attuazione dell'intero CTS, oppure, in alternativa, di un regolamento puntuale su uno o più strumenti contemplati dall'art. 55 del CTS più volte citato.

In considerazione di quanto precede, tale regolamento – in quanto atto amministrativo generale – deve essere pubblicato ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 33/2013.

Gli atti ed i provvedimenti riguardanti la co-programmazione, in applicazione di quanto previsto dal d. lgs. n. 33/2013 e ss. mm.:

- devono essere pubblicati ai sensi dell'art. 23, trattandosi di “provvedimenti amministrativi”, e nel rispetto di quanto previsto dalla legge n. 69/2009;
- la pubblicazione e, correlativamente, la libera accessibilità, ai sensi dell'art. 5, opera fatte salve documentate ragioni di esclusione e limitazioni indicate dall'art. 5-bis, avendo a particolare riferimento i destinatari del procedimento;
- laddove, nell'ambito del procedimento, si faccia riferimento a beni immobili di proprietà della P.A. procedente, l'obbligo di pubblicazione trova fonte anche nell'art. 30 del d. lgs. n. 33/2013.

In tema di coprogettazione, accreditamento e convenzionamento, in aggiunta a quanto esposto sopra, la pubblicazione degli atti e dei provvedimenti dovrà avvenire ai sensi dell'articolo 26 (consistendo nel riconoscimento di contributi e sovvenzioni). Detta pubblicazione costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore ad € 1.000,00 nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario. Dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui alla normativa sopra citata va fatta esplicita menzione nei successivi atti contabili di erogazione al beneficiario del finanziamento dedotto nell'atto regolatorio del rapporto collaborativo.

6. Conclusioni

La sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale ha avuto il grande merito di fornire una lettura autorevole e sistematica del titolo

VII del CTS, in linea con la portata generale dell'intervento riformatore attuato con il d.lgs. n.117/2017, la cui applicazione, su questo specifico tema aveva subito, all'indomani del parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato, un'inevitabile battuta d'arresto, quale conseguenza non del parere di per sé considerato, ma della più generale situazione di incertezza giuridica creatasi a seguito del medesimo.

Tuttavia, il biennio 2018-2020 non è trascorso invano: muovendo proprio dal citato parere, la dottrina ha sviluppato un approfondimento degli strumenti collaborativi, volto a rinnovarne la loro fondatezza e la loro originalità. A questo percorso hanno preso parte attiva altresì diverse amministrazioni, accomunate dall'intento di fornire certezza interpretativa ed applicativa agli operatori del settore. In tale prospettiva si colloca l'iniziativa assunta dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che, recependo un'indicazione formulata dal Consiglio nazionale del Terzo settore nel gennaio 2020, ha costituito un gruppo tecnico, del quale fanno parte rappresentanti dei livelli di governance regionale e locale e del Forum nazionale del Terzo settore, che sta ultimando l'elaborazione di un documento contenente linee guida sulle forme relazionali tra PP.AA ed ETS, che può costituire oggetto di una posizione comune sul tema da assumersi, nell'ottica della leale collaborazione, da parte delle PP.AA. coinvolte. Particolarmente importanti, tra le altre, risultano le linee guida sulle modalità di affidamento e finanziamento di servizi e interventi socio-assistenziali assunte dalla Provincia autonoma di Trento con la Deliberazione della Giunta provinciale n. 174 del 7 febbraio 2020 e soprattutto la recentissima legge della Regione Toscana n. 65 del 22 luglio 2020, recante norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano.

Più in generale, in una prospettiva *de jure condendo*, si potrebbe percorrere, sulla scia argomentativa tracciata dalla Corte Costituzionale, la strada del coordinamento normativo tra il CTS ed il codice dei contratti pubblici, attraverso un intervento "chirurgico" del legislatore, imperniato sull'inserimento, all'interno del d.lgs. n. 50/2016, di una clausola di salvaguardia delle disposizioni contenute nel titolo VII del CTS.

Anche sul tema della collaborazione tra P.A. ed ETS, al di là del dato normativo, il successo della riforma dipenderà dalla sua concreta applicazione da parte degli operatori, su entrambi i versanti, ai quali viene richiesto un cambiamento "culturale", che passa necessariamente dall'acquisizione di una *forma mentis* non più incentrata esclusiva-

mente sulla logica competitiva (che continua a permanere come opzione praticabile), ma su quella collaborativa tra la P.A., che non è l'unico soggetto titolare dell'interesse generale (e come tale deve aprirsi agli apporti di idee provenienti dagli ETS) e gli ETS, che devono elaborare i loro programmi di attività e orientare le successive condotte, coscienti di essere anch'essi vocati alla tutela dell'interesse generale.