

CONTRIBUTO DI

GIORGIO PASTORI

Aspetti di diritto dell'amministrazione pubblica.

1. Le trasformazioni dell'amministrazione pubblica.

Il volume di De Carli, che dà occasione a questo incontro, illustra l'evolversi dei rapporti fra istituzioni pubbliche e società che Egli vede segnato dall'affermazione di un ruolo attivo dei soggetti privati, espressione appunto della società civile, nel perseguimento di fini di interesse generale, per l'intera collettività.

E'una constatazione di fondo su cui non si può non convenire. Alla contrapposizione tradizionalmente concepita fra istituzioni e società o espressioni della stessa, tra interesse pubblico e interesse privato, nella prospettiva dello Stato di diritto liberale o dello Stato di diritto limitato (e di una corrispondente liberazione della società civile), è venuto da tempo a sostituirsi un incontro, una convergenza tra l'uno e l'altro polo.

Il che investe in particolare per quanto qui interessa , quel complesso di attività che individuano l' amministrazione pubblica, come insieme delle attività che provvedono alla cura degli interessi pubblici, così da trasformarne il modo di essere e di operare.

Ma vale anche l'inverso: che oggi si assiste ad una trasformazione del modo di concepire l'amministrazione che consente e anzi implica il ruolo, il concorso attivo dei soggetti della società civile, nello svolgimento dell'amministrazione pubblica.

In ogni caso, sia che si guardi alle trasformazioni in corso dall'uno o dall'altro punto di vista, il trend sembra esser dato da una parallela o convergente trasformazione sotto i due versanti: del modo di pensare l'amministrazione e del ruolo attivo o del protagonismo dei soggetti della società civile nello svolgimento dell'amministrazione pubblica.

Da un lato quella che chiamiamo amministrazione pubblica appare sempre meno espressione di autorità, espressione di poteri di governo sulla società, per tradursi in un'azione pensata ed ordinata all'organizzazione e al funzionamento della società, nel perseguimento, come dice anche la Corte Costituzionale, di finalità che sono obiettivate nella Costituzione e nelle leggi. Si passa dalla concezione tradizionale dell'amministrazione caratterizzata in senso soggettivo -istituzionale ad una concezione

dell'amministrazione in senso oggettivo – funzionale. Quel che viene in rilievo è l'amministrazione come attività ordinata a finalità di interesse generale: finalità che si possono benissimo anche chiamare pubbliche, ma deve essere chiaro che pubblico si deve intendere riferito alla collettività, alla realtà sociale, non alle istituzioni di governo e tanto meno si identifica col pubblico statale.

La realtà e la sostanza dell'amministrare pubblico torna a riemergere e a scorporarsi dall'involucro dell'autoritarità o comunque dall'imperatività che ne era una caratteristica dominante per riscoprire il suo proprio essere attività vincolata a scopi di interesse generale. E con ciò riscopre il suo essere funzione di organizzazione della società per il buon funzionamento di questa secondo caratteri e canoni comuni all'amministrare, quali si riscontrano anche nell'ambito della realtà socioeconomica privata, nonché al di fuori dell'ordinamento statale.

Si può notare ad esempio come anche nell'ordinamento comunitario l'amministrazione si presenti nella sua connotazione obbiettiva, come attività per il perseguimento di finalità comuni e l'adempimento di diritti sanciti dall'ordinamento stesso per quanto ad opera di soggetti diversi. Si può notare anche che nell'operare delle organizzazioni transnazionali e di quelle internazionali viene sempre in rilievo l'amministrazione così concepita.

Di qui la ricerca e ormai anche l'affermazione di principi comuni all'amministrare al di là e al di sopra degli ordinamenti che vengono via via in rilievo. Si parla talora del sorgere di un diritto amministrativo globale o del formarsi di un diritto amministrativo naturale facendo riferimento a principi e regole che si ricavano dalla natura delle cose, ovvero dalla natura dell'amministrazione nella sua obbiettiva connotazione.

2. Le trasformazioni del ruolo dei soggetti della società civile.

D'altro lato allora si assiste alla corrispondente trasformazione del ruolo dei soggetti nei riguardi dell'agire amministrativo. Entro un'amministrazione, un'amministrare pubblico così pensato, si amplia l'arena, la platea dei soggetti che possono concorrere al suo esercizio: non soltanto le istituzioni, i soggetti pubblici e le strutture da questi dipendenti e forse neppure più prevalentemente le strutture dipendenti dalle istituzioni pubbliche ma anche, e in posizione preminente, i soggetti espressione della società

civile.

Nulla di nuovo se si considera quanto già a suo tempo la nostra Costituzione ha previsto. La nostra Costituzione fin dalla sua impostazione originaria non guarda alla contrapposizione tra istituzioni pubbliche e società, ma alla convergenza, ai diritti e insieme ai doveri dei singoli, individuando nella sua prima parte i compiti della Repubblica come altrettanti “diritti e doveri dei cittadini” e coniugando gli obiettivi di libertà ed uguaglianza attraverso la mediazione della solidarietà (che riscrive la fraternité enunciata nella famosa triade rivoluzionaria accanto a liberté ed égalité). Si prefigura un insieme di diritti e doveri non solo fra cittadini e istituzioni, ma anche fra i cittadini tra di loro. E’ il principio di solidarietà che fonda un rapporto diretto di diritti e doveri tra gli stessi componenti della società civile.

E se l’amministrazione è la forma istituzionale della solidarietà, ciò autorizza a pensare ad un’amministrazione diffusa nella società ad opera specialmente dei soggetti privati.

Di tutto ciò mi pare che si abbia conferma specifica nelle poche succinte norme con cui ora si apre all’art. 1 quella che é oggi la legge generale sull’ attività amministrativa (la 241/90 nel testo modificato nel 2005). E’ noto che l’art.1 al 1° comma si apre dicendo che “l’attività amministrativa persegue gli scopi determinati dalla legge”, ed aggiunge subito dopo che è retta complessivamente da principi che sviluppano i canoni costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità, nonché (si dice espressamente) dai principi dell’ordinamento comunitario.

Ed è proprio dell’ordinamento comunitario avere valorizzato, come già si ricordava, il carattere obiettivo funzionale dell’agire amministrativo, nonché di avere individuato per lo svolgimento dell’attività amministrativa principi comuni che integrano o completano i principi discendenti o desumibili dai vari ordinamenti nazionali.

Ma quel che preme inoltre mettere in rilievo sono i due successivi commi del medesimo art.1. Il comma 1-bis dice che l’amministrazione pubblica è retta dalle norme del diritto privato salvo quando si tratti di atti di natura autoritativa (cioè espressione sostanziale di autorità) e salvo che la legge non disponga diversamente. Il comma 1-ter dice poi che l’attività amministrativa esercitata da soggetti privati è retta

dagli stessi principi richiamati dal 1° comma.

Con ciò si presuppone che anche i soggetti privati si considerano ordinariamente gestori di attività amministrativa pubblica in senso oggettivo e che in ogni caso l'attività amministrativa, anche se svolta mediante strumenti di diritto privato, è retta da principi comuni che attengono appunto al suo essere attività di amministrazione ordinata al conseguimento di scopi predeterminati e, nel caso, di finalità di interesse generale.

Di qui la trasformazione del ruolo dei soggetti che concorrono ad amministrare, in particolare dei soggetti privati.

Ora, secondo la prospettazione del saggio di De Carli vi concorrono insieme sia i soggetti portatori delle libertà economiche (il mercato, le imprese, i soggetti profit) sia i soggetti portatori delle libertà sociali, per usare la formula introdotta nella sentenza n.300 del 2003 della Corte Costituzionale sulle fondazioni bancarie (il no-profit nelle sue varie manifestazioni).

In realtà se si guarda agli istituti nuovi, più recenti del diritto amministrativo, tutto ciò può trovare senz'altro conferma. Si potrebbe forse paradossalmente dire che si assiste ad un'osmosi interna fra i soggetti dei due tipi. I soggetti delle libertà economiche assumono fini e responsabilità sociali: si veda ad es. il riconoscimento e la messa in valore dell'apporto sociale nelle imprese nel t.u. unico dei beni culturali. D'altra parte i soggetti delle libertà sociali assumono le forme dell'attività imprenditoriale: si pensi alla recente legge sull'impresa sociale.

Si tratta, peraltro, di due ordini di soggetti che possono dispiegare un ruolo attivo per finalità di interesse generale, ma necessariamente secondo modalità diverse: da un lato i soggetti portatori delle libertà economiche entrano in un rapporto di confronto, di consultazione, anche di concertazione con le istituzioni pubbliche onde realizzare sul piano delle scelte programmatiche, quell'indirizzo e coordinamento a fini sociali delle attività economiche di cui parla l'art. 41 3° comma della Costituzione.

E' un indirizzo e coordinamento che oggi si mira a realizzare mediante modalità contrattuali di programmazione o anche di regolazione negoziata di cui si hanno ormai molti esempi nella nostra legislazione e di cui opportunamente, si dà conto nel volume, che ha dato occasione a questo incontro, per il significato emblematico che queste modalità rivestono in ordine alle trasformazioni in corso.

Allo stesso esito mi pare che concorrano, sia in fase di programmazione e progettazione che di gestione, altre due evenienze : in primo luogo l'introduzione del principio di contrattualità, giusta i richiamati principi della legge generale n.241 , nello svolgimento, o in sostituzione, dei provvedimenti discrezionali con l'istituto degli accordi, di cui, dopo le prime iniziali diffidenze, si ha ora una diffusa e larga applicazione.

In secondo luogo vanno segnalate le nuove figure, le nuove modalità citate da De Carli, della contrattualistica pubblica che sono state riordinate nel recente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.163 del 2006 e succ.mod.int.).

Il codice, dando attuazione alle apposite direttive comunitarie , contiene una disciplina maggiormente flessibile in ordine alle forme di un incontro contrattuale fra pubblica amministrazione e imprese assicurando in particolare una partecipazione più attiva di queste alla progettazione e all'esecuzione delle opere, dei servizi e delle forniture: si pensi agli istituti della concessione di costruzione e gestione, alla finanza di progetto (project financing) al dialogo competitivo; sono tutte modalità in cui il soggetto privato viene , si può dire , associato alla progettazione e all'esecuzione delle iniziative pubbliche.

3.Il ruolo dei soggetti no profit. - D'altro lato il ruolo dei soggetti no profit pare essere diverso e maggiore di quanto possano avere i soggetti portatori delle libertà economiche. Si ricordi innanzitutto l'introduzione del principio di sussidiarietà sociale in Costituzione (art. 118 ultimo comma),nell'ambito dell'articolo dedicato all'amministrazione. Vi si dice che tutte le istituzioni della Repubblica riconoscono e promuovono l'iniziativa autonoma dei soggetti singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale. A ciò si ricollega poi la previsione, ovvero il riconoscimento di nuovi soggetti espressione del privato sociale, in particolare le ricordate fondazioni bancarie, ad opera del legislatore e poi della giurisprudenza costituzionale.

Vi si ricollega inoltre la previsione di forme aperte, partecipate di programmazione e gestione dei servizi: si ricordi esemplarmente la legge n.328/2000 sul sistema integrato dei servizi alla persona.

Sono tutti tratti nuovi dell'ordinamento amministrativo che conducono a disegnare per i soggetti non profit un ruolo che non è solo di confronto e di negoziazione con le istituzioni politiche come è per i soggetti delle libertà economiche, ma un ruolo che è anche in qualche misura sostitutivo delle stesse strutture pubbliche, pur sempre in un quadro di regolamentazione, di programmazione, di coordinamento ad opera delle istituzioni di governo.

Per vero, si tende in alcune prospettazioni del principio di sussidiarietà sociale quale enunciato dall'art. 118, a dare del principio delle configurazioni riduttive: considerando le attività di interesse generale su iniziativa autonoma dei soggetti privati, da riconoscere e promuovere secondo l'art. 118 da parte delle istituzioni della Repubblica, come qualcosa di aggiuntivo, di collaterale rispetto a quelle che devono ritenersi propriamente le attività amministrative pubbliche. Si distingue appunto tra interesse generale e interesse pubblico, l'uno perseguito su iniziativa autonoma dai soggetti privati, l'altro propriamente curato dalle istituzioni pubbliche. Mi pare che con ciò si operi uno sdoppiamento di nozioni e di prospettive che risente ancora della tradizionale concezione dell'interesse pubblico come interesse delle istituzioni di governo e non come interesse individuato, obiettivato dalle leggi e coincidente con l'interesse della collettività, come public interest e non come ministerial interest.

In realtà nell'ambito di una nozione oggettiva dell'interesse pubblico le due qualificazioni coincidono, l'agire dei soggetti privati (come testimonia anche il già ricordato l'art. 1 3° comma della legge n.241) anch'esso è agire amministrativo se ordinato a finalità di interesse pubblico, rappresenta un'autoamministrazione o, come si diceva, una forma di amministrazione diffusa nella società, nei riguardi della quale l'agire delle strutture pubbliche appare esso complementare e sussidiario.

Si stravolgerebbe altrimenti il significato del principio di sussidiarietà.

4.I problemi aperti.- Ciò precisato sono ben lungi dal pensare che siano risolti tutti problemi relativi all'attuazione del principio di sussidiarietà sociale, specie con riguardo proprio alla disciplina dei soggetti che ne sono e ne possono essere espressione e dei rapporti di questi con la pubblica amministrazione. Forse siamo solo agli inizi di un processo di adeguamento della nostra legislazione rispetto al principio di sussidiarietà

che deve ancora proseguire.

Vi è innanzitutto la ricordata esigenza che si dia finalmente un assetto organico, con la sempre rinviata riforma del libro I° del Codice Civile, al quadro dei soggetti che sono espressione delle libertà sociali e rappresentano il c.d. terzo settore.

A ciò si ricollega anche l'esigenza di disciplinare tutto quanto attiene alla formazione e alla tenuta degli albi e dei registri a cui devono essere iscritti tali soggetti, nonché agli organi e alle modalità di vigilanza e di controllo in maniera da salvaguardare il rispetto dei caratteri individuativi dei soggetti stessi e insieme l'autonomia e la libertà di esplicazione della loro attività.

Vi è poi l'impellente necessità di regolare i rapporti con le pubbliche amministrazioni, chiarendo nella programmazione e nella gestione negoziata e nella contrattualistica pubblica, i rapporti tra i soggetti del mercato e i soggetti del no profit e assicurando poi, con l'attuazione del principio di sussidiarietà, il necessario, concomitante rispetto del pluralismo sociale, della trasparenza, della parità di trattamento nelle scelte e nei rapporti di programmazione, contrattazione e gestione tra pubbliche amministrazioni e soggetti del privato sociale.

Solo in tal modo si possono poi creare le condizioni di quadro per un'effettiva e ordinata promozione della società civile, di un'assunzione di responsabilità in proprio verso sé stessi da parte dei cittadini singoli e associati, quale, d'altronde, è stato fin dall'inizio prefigurato dalla nostra Costituzione.