

X

LE NUOVE TENDENZE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SABINO CASSESE *

Per comprendere le nuove tendenze del diritto amministrativo, è necessario illustrare previamente tre dati costituzionali.

Il primo è costituito dal fatto che sette degli otto referendum del 1993 riguardavano la pubblica amministrazione. Quindi, nel 1993 si consuma un evento costituzionale importante, e cioè si supera la riserva di legge in materia di organizzazione della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), per giungere ad una sorta di riappropriazione popolare della pubblica amministrazione; i sette referendum, in qualche modo, rappresentano questa volontà.

Il secondo evento costituzionale è rappresentato dalla introduzione, sempre nel 1993, di un sistema di scrutinio maggioritario: è la c.d. riforma elettorale, che in realtà è una riforma della formula elettorale, ossia, come dicono con maggiore precisione i francesi, del modo di scrutinio. Si è introdotto un modo nuovo di scrutinio maggioritario, a livello nazionale e locale, ma con uno o due turni, con un maggioritario diverso, ed, inoltre, con un'altra differenza: mentre per le amministrazioni locali è stato modificato sia il modo di scrutinio, sia la forma di governo, per il sistema nazionale non è stata modificata la forma di governo. Si è così modificato il modo di partecipazione popolare, ma non il modo in cui il popolo interrogato ed i suoi rappresentanti vengono a ripartire i loro poteri. Così il sistema elettorale è stato concepito come una variabile indipendente.

Il terzo evento costituzionale, anch'esso importante, è costituito dal fatto che il primo esperimento di governo maggioritario a livello nazionale, da un lato, ha mostrato che questo tipo di governo è finito con rotture interne e con il Presidente del Consiglio costretto a continue mediazioni e compromessi come i go-

* Professore di Diritto amministrativo all'Università «La Sapienza» di Roma.

verni consensuali; dall'altro, ha mostrato le forti tensioni tra una Costituzione di impianto proporzionalistico e un sistema elettorale basato sul modo di scrutinio maggioritario.

Su questo sfondo si colloca una fase di cambiamento rapidissimo della pubblica amministrazione, a partire dall'inizio degli anni novanta. I mutamenti riguardano: la disciplina normativa della pubblica amministrazione (ossia, secondo una vecchia terminologia, il sistema delle fonti) e l'assetto di particolari settori; il rapporto tra politica e amministrazione; le dimensioni dell'area soggettivamente pubblica; lo statuto del personale pubblico; la disciplina del procedimento; il regime dei controlli; i legami della pubblica amministrazione con la Comunità europea; ed infine i rapporti della pubblica amministrazione con gli utenti.

In primo luogo, muta la *disciplina normativa della pubblica amministrazione*, sotto tre profili. Il primo è rappresentato da una forte delegificazione dell'amministrazione; il secondo è quello costituito dall'adozione di leggi generali; il terzo è dato dall'attribuzione di potestà statutaria a enti autonomi (che prima non l'avevano).

Per quanto riguarda la delegificazione dell'organizzazione della attività amministrativa, va ricordata, innanzitutto, la legge n. 537 del 1993, ove, all'art. 1, secondo comma, lettera l), viene attribuita al governo ed ai ministri la potestà regolamentare in materia di organizzazione e controlli. Inoltre, va ricordata l'attribuzione al governo del potere di regolamentare l'organizzazione dei comitati interministeriali, drasticamente ridotti dal d.P.R. n. 373 del 1994, e delle relative materie. Infine, vi è l'attribuzione di potere regolamentare sui procedimenti (*ex* art. 2, settimo comma). Quindi, la norma legislativa, da un lato, razionalizza la disciplina previgente. Dall'altro, spoglia il legislatore della funzione legislativa, e, quindi, amplia l'area di azione del potere regolamentare dell'esecutivo. Dunque, altera il riparto di attribuzioni affermatosi in precedenza, basato sulla legge (e, quindi, sul Parlamento).

Il secondo profilo è costituito dall'esordio, nella storia italiana, delle leggi generali sulla pubblica amministrazione. In particolare, sono autentiche norme generali quelle contenute nella legge n. 241 del 1990, nel decreto legislativo n. 29 del 1993 (modificato dai c.d. decreti correttivi 470 e 546), nelle leggi 19 e 20 del 1994 (sui controlli) e nella legge n. 142 del 1990 (sulle amministrazioni locali).

Prima di tali leggi, si poteva considerare generale, forse, solo la legge sulla contabilità dello Stato, che era una norma onnicomprensiva, relativa ad una fase del procedimento amministrativo. Ma essa, per via dell'erosione operata dalle norme derogatorie, era generale solo nella forma, mentre, nella sostanza, trovava applicazione solo in un numero limitato di casi.

Ora, invece, abbiamo, per esempio, una norma (l'art. 1, secondo comma del decreto legislativo n. 29 del 1993) che definisce il concetto di pubblica ammini-

strazione. A tale norma fanno riferimento le normative successive, come, per esempio, quella sull'applicazione della legge n. 537 del 1993, quella, recentemente approvata, sulle «authorities» nel settore della regolamentazione dei servizi pubblici (legge n. 481 del 1995). Tale norma è infatti una norma, per così dire, programmatica.

Il terzo profilo rappresenta un fenomeno nuovo nell'Italia moderna, ma già noto nell'Italia dei Comuni: l'attribuzione di potestà statutaria a enti autonomi. Si tratta non più di una potestà fittizia, come quella di cui già godevano molti enti e che consisteva nella possibilità per l'ente di darsi uno statuto che – nella maggior parte dei casi – non poteva che consistere nella ripetizione di disposizioni contenute nella norma primaria. Il riconoscimento di una autentica potestà statutaria è contenuto nella legge n. 142 del 1990 sulle autonomie locali, in quella n. 186 del 1989 sull'Università, nella già citata legge n. 537 del 1993, che ha concesso autonomia agli istituti scolastici (artt. 4, sesto e settimo comma) e autonomia finanziaria alle Università (art. 5). Inoltre, per quanto riguarda l'assetto di particolari settori, si possono ricordare, per quanto riguarda le acque, la legge n. 183 del 1989, il decreto lgs. n. 275 del 1993 e la legge n. 36 del 1994 (c.d. legge Galli); per il settore della sanità il decreto lgs. n. 502 del 1992; ed, infine, il nuovo codice della strada (decreto lgs. n. 285 del 1992).

Quindi, il primo mutamento è radicale: oggi la disciplina della pubblica amministrazione non è più normativa, ma composta, in primo luogo, da atti di autonomia (e non di eteronomia), ed, in secondo luogo, da leggi generali.

Il secondo punto è quello dei *rapporti tra politica e pubblica amministrazione*. Anche tale fenomeno si può esaminare scindendolo in più aspetti: un primo relativo ai poteri indipendenti; un secondo relativo alla separazione tra indirizzo e controllo, da un lato, e gestione, dall'altro.

Il primo aspetto è quello dei poteri indipendenti (che vengono più comunemente chiamati autorità amministrative indipendenti): con la legge n. 223 del 1990 (c.d. legge Mammi) viene istituito il Garante della radiodiffusione e dell'editoria (già Garante dell'editoria); con la legge n. 146 del 1990 viene istituita la commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; con la legge n. 287 del 1990 viene istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (c.d. Autorità *antitrust*); infine, con la legge n. 481 del 1995 viene istituita l'Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. I poteri indipendenti sono una forma di separazione tra politica ed amministrazione. Essi, inoltre, ripartiscono la politica tra più corpi, alcuni dei quali sono non ad investitura popolare, bensì tecnica (i poteri indipendenti appunto), chiamati ad esercitare la funzione di custodi indipendenti di particolari interessi collettivi.

Il secondo aspetto è quello della separazione tra indirizzo e controllo, da un

lato, e gestione, dall'altro. Innanzitutto, nell'art. 51, secondo comma, della legge n. 142 del 1990, si stabilisce il principio per cui i poteri di indirizzo e controllo spettano agli organi politici, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti; poi, nell'art. 3, primo e secondo comma, del decreto lgs. n. 29 del 1993, viene stabilito che gli organi di governo definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. Ai dirigenti spetta, invece, la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati. Quindi, delle tre fasi di cui consiste ogni attività amministrativa – e cioè il disegno, la gestione e il controllo della realizzazione del disegno nel corso della gestione – la prima e la terza vengono attribuite al corpo politico, mentre la seconda viene attribuita al corpo amministrativo.

L'idea di tale separazione è maturata sulla base della esperienza delle nazionalizzazioni inglesi, nelle quali si distingueva tra la *policy* (e cioè l'indirizzo) e il *day-to-day management* (cioè la gestione quotidiana). Tuttavia la tale idea è stata abbandonata perché, da un lato, le *public corporations* sono state privatizzate, e, dall'altro lato, nella pubblica amministrazione gli inglesi hanno introdotto una separazione della politica e dell'amministrazione molto maggiore, con la creazione delle *next steps agencies* (cosiddette in base al documento con il quale il governo ha lanciato questo programma). Quindi, la separazione di indirizzo e controllo, da un lato, e di gestione, dall'altra, rappresenta solo un primo passo.

Il terzo mutamento è quello relativo alle *dimensioni dell'area soggettivamente pubblica* (gli inglesi lo chiamano *rolling back the State frontiers*, ossia far arretrare le frontiere dello Stato). In Italia siamo ancora in una fase preparatoria. Tuttavia, si può registrare la riduzione del numero dei ministeri e degli enti pubblici. Il numero dei ministeri è passato da 22 a 19, in quanto i referendum del 1993 hanno soppresso tre ministeri: quello per le partecipazioni statali, quello per il turismo e lo spettacolo (cui sono subentrati due appositi dipartimenti istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei ministri), quello per l'agricoltura (tuttavia, quest'ultimo è stato poi sostanzialmente ricostituito, ed è divenuto ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali). Il dipartimento per il mezzogiorno è stato, invece, soppresso per prevenire un altro referendum. Vi sono stati, poi, i decreti presidenziali che hanno provveduto alla ricognizione di tali soppressioni: così, per esempio, il d.P.R. n. 174 del 1993 per le partecipazioni statali. La legge n. 537 del 1993 ha soppresso il ministero della marina mercantile. Inoltre, l'art. 1, secondo comma, lettera b) della legge n. 537 del 1993 ha prefigurato una ulteriore razionalizzazione: vi si stabilisce l'unificazione di ambiente e territorio, dei

ministeri dell'economia, dell'informazione, cultura e spettacolo e del governo della spesa. Ciò significa, riguardo al governo della spesa, che dei due ministeri che se ne occupano – e cioè il ministero del tesoro e quello del bilancio e programmazione economica – uno andrebbe soppresso. Lo stesso vale per l'economia, in quanto vi sono un ministero del commercio con l'estero, uno dell'industria ed, infine, quella parte del ministero dei lavori pubblici che si occupa degli aspetti produttivi. La legge n. 537 del 1993 ha un valore programmatico, ma non ha trovato attuazione nei decreti delegati i cui schemi erano stati predisposti nei primi mesi del 1994, in quanto il governo Berlusconi si è fatto sfuggire uno degli strumenti fondamentali di razionalizzazione.

La diminuzione degli enti pubblici è avvenuta a mezzo dei due strumenti della privatizzazione o della soppressione. Le privatizzazioni hanno ad oggetto la natura giuridica del soggetto; le soppressioni, invece, fanno cessare l'esistenza del soggetto medesimo. Per esempio, la legge n. 218 del 1990 (seguita dal decreto lgs. n. 356 del 1990), che ha fatto sì che più di cento banche pubbliche divenissero società per azioni; il decreto legge n. 333 del 1992 (convertito con legge n. 359 del 1992), che ha consentito la trasformazione di Iri, Eni, Ina e Enel; il decreto legge n. 118 del 1993 (convertito con legge n. 202 del 1993); la citata legge n. 537 del 1993, che, all'art. 1, trentatreesimo comma, lettera a), n. 4, ha consentito l'emanazione del decreto lgs. n. 509 del 1994, che ha privatizzato sedici enti previdenziali. Inoltre, la legge n. 537 del 1993, all'art. 1, quarantatreesimo comma, ha soppresso l'opera dei ferrovieri (OPAFS); e, all'art. 1, trentaduesimo e trentacinquesimo comma, ha previsto ulteriori deleghe per la fusione, incorporazione e privatizzazione di enti pubblici previdenziali e di enti pubblici non economici.

La privatizzazione dà luogo a due tipi di soggetti, e cioè a società per azioni (regolate dal codice civile), oppure ad associazioni o fondazioni (regolate anch'esse dal codice civile), anche se per gli enti previdenziali è possibile scegliere solo fra queste ultime due possibilità. Quindi, parafrasando la frase del civilista francese Ripert («tout devient droit public») si potrebbe dire che tutto diventa diritto privato: l'intero sistema bancario è ormai costituito da soggetti privati, ed il sistema previdenziale vede oggi soggetti privati accanto a quelli pubblici.

In contrapposizione a questa tendenza, vi è quella alla costituzione di due tipi di enti, di regolazione e controllo, e di erogazione. Tra i primi, l'Autorità per l'informatica, costituita con decreto lgs. n. 39 del 1993; l'Agenzia per la rappresentanza negoziale della pubblica amministrazione (Aran), costituita dall'art. 50 del decreto lgs. n. 29 del 1993; l'Agenzia per l'ambiente; le Autorità per i servizi di pubblica utilità, nei settori dell'energia elettrica e gas e delle telecomunicazioni (legge n. 481 del 1995). Tra gli enti di erogazione, l'Inpdap, l'Ipsema e le Autorità di bacino introdotte con una legge del 1989.

Anche alcuni di questi cambiamenti sono retti da norme programmatiche. Per esempio, la legge sulle *authorities* per i servizi di pubblica utilità trova la sua origine (oltre che nell'art. 1-bis della legge n. 474 del 1994) nell'art. 1, secondo comma, lettera n), della legge n. 537 del 1993, che stabilisce «l'attribuzione agli organismi indipendenti di funzione di regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico, anche mediante il trasferimento agli stessi di funzioni attualmente esercitate da ministeri o da altri enti, nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio ed utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria».

Il quarto mutamento è relativo allo *statuto del personale*. Da un lato, magistrati, dirigenti generali e professori universitari rimangono regolati dalle leggi già esistenti; dall'altro lato, per tutte le altre categorie di personale pubblico, sono stati introdotti notevoli cambiamenti. Viene operata una grande ripartizione: in ordine ad alcune materie, troverà applicazione la legge, in ordine alle altre, solo il contratto. Le materie riservate alla legge sono, sulla carta, sette, ma, in sostanza, sono solo tre o quattro: identificazione del responsabile del procedimento; selezione e conferimento della titolarità dell'ufficio; tutela della libertà delle manifestazioni del pensiero del dipendente pubblico; responsabilità; incompatibilità e cumulo di cariche pubbliche.

L'art. 2, secondo comma, del decreto lgs. n. 29 del 1993 stabilisce che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, salvi i limiti stabiliti dal presente decreto per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate». Quindi, si ha un mutamento radicale, in quanto si sostituisce, all'impiego pubblico, un rapporto di lavoro privato con le pubbliche amministrazioni: il soggetto è pubblico, ma il rapporto diviene privato.

Inoltre, l'art. 2-bis del citato testo legislativo stabilisce che «eventuali norme di legge, intervenute dopo la stipula di un contratto collettivo, cessano di avere efficacia, a meno che la legge non disponga espressamente in senso contrario, dal momento in cui entra in vigore il successivo contratto collettivo»: viene così affermato, per la prima volta in Italia, il principio che la legge è recessiva rispetto al contratto.

Dal punto di vista della forma, tutto ciò costituisce un processo di privatizzazione e di contrattualizzazione. Dal punto di vista della sostanza, è una forma di pareggiamento del rapporto Stato-dipendenti al rapporto di lavoro privato. Lo Stato, nel rapporto di lavoro, non è più lo Stato-regolatore, ma Stato-parte: non è più, contemporaneamente, parte del rapporto di lavoro e fonte unilaterale della disciplina.

Tuttavia, questo processo di c.d. privatizzazione, non arriva al punto di con-

sentire l'esistenza di contratti che possano regolare dipendenti dei ruoli di pubblica amministrazione e dipendenti che lavorano con privati.

Nella stessa direzione del pareggiamento vanno anche le disposizioni della legge n. 537 del 1993, che, all'art. 2, quarantasettesimo e cinquantesimo comma, prevede il c.d. licenziamento del dipendente pubblico, articolato in tre fasi: collocamento in disponibilità, mobilità, e collocamento a riposo.

Il quinto fatto nuovo di questo periodo è la *disciplina del procedimento*. Anche in precedenza il procedimento amministrativo era disciplinato, ma da tante leggi di specie e dalla giurisdizione, che lavorava per figure sintomatiche. Ora vi è, invece, la legge n. 241 del 1990 che provvede ad una disciplina legislativa uniforme, unitaria e generale del procedimento. Tale disciplina è ispirata al modello giurisdizionale, per cui vi sono i principi della comunicazione dell'inizio del procedimento, dell'intervento nel procedimento, dell'obbligo di motivazione e dell'accesso agli atti amministrativi. È, però, in parte ispirata anche al modello efficientistico, specie per quanto riguarda i termini per decidere, il responsabile del procedimento, la conferenza di servizi, gli accordi per la determinazione del contenuto degli atti amministrativi e gli accordi sostitutivi di procedimenti.

Anche questa legge è, in qualche modo, programmatica: ha costituito, ad esempio, la base normativa alla quale la legge n. 537 del 1993 attraverso alcuni regolamenti di semplificazione ha fatto riferimento per sostituire gli organi collegiali soppressi con conferenze di servizi (*ex art. 14 della legge n. 241 del 1990*). Quindi, come la legge n. 537 del 1993 costituisce la base a cui si appoggiano altre leggi, come quella per la istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, così la legge n. 241 del 1990 costituisce la base di riferimento per altre leggi, ivi compresa la legge n. 537 del 1993. Questa ha utilizzato la legge n. 241 del 1990 per l'azione di delegificazione, semplificazione, uniformazione ed accelerazione delle procedure (art. 2, settimo comma e seguenti). Le leggi finiscono così per essere una sorta di rete, con molti rinvii interni, che si rafforzano reciprocamente.

Il sesto punto è relativo al *regime dei controlli*, che è mutato in tre sensi diversi. In primo luogo, si registra l'attenuazione dei controlli preventivi sugli atti dei comuni (legge n. 142 del 1990), delle regioni (decreto lgs. n. 40 e n. 470 del 1993) e dello Stato (legge n. 20 del 1994, art. 3, primo comma). Quindi, anche se per mano di tre legislatori diversi, vi è stata una unica linea di marcia.

In secondo luogo, e corrispettivamente, vi è stato un ampliamento del controllo successivo sulla gestione, per mezzo della legge n. 20 del 1994 (art. 3, quarto comma).

In terzo luogo, vi è stata una deconcentrazione del controllo. Il modello è quello inglese. I controlli di un unico organo su tutta la pubblica amministrazione sono poco efficaci, in quanto un solo organismo non può controllare un nu-

mero così ampio di soggetti. Quindi, la soluzione è quella di dividere il controllo in due parti: controllo interno e controllo di secondo grado (ossia supervisione sul funzionamento dei controlli) attribuito alla Corte dei conti. Questa idea è espressa in tre leggi tra di loro collegate: il decreto lgs. n. 29 del 1993 (nel testo modificato), la legge n. 20 del 1994 (art. 3, settimo comma: «le relazioni della Corte dei conti contengono anche valutazioni sul funzionamento dei controlli interni») e la legge n. 537 del 1993 (artt. 1, secondo comma, lettera h), e art. 1, secondo comma, lettera i), n. 4: «previsione di controlli interni e di verifica dei risultati nonché di strumenti di verifica periodica dell'organizzazione»).

Dunque, attenuazione dei controlli preventivi, ampliamento del controllo successivo, deconcentrazione dei controlli, con divisione del controllo in due parti: controllo «sul campo» e controllo «sui controllori».

Il settimo cambiamento riguarda il rafforzamento dei *legami con la Comunità europea*. Ne risentono, in modi diversi, tutti i profili sin qui esaminati. Si può brevemente ricordare che vi sono diverse amministrazioni comunitarie, le quali dialogano con quelle nazionali. Che l'ambito di estensione dell'area pubblica risente delle norme comunitarie relative, ad esempio, ai contratti pubblici e agli aiuti di Stato. Che lo statuto del personale prevede, ora, l'accesso dei cittadini europei ai pubblici uffici (d.P.C.M. n. 174 del 1994). Che la disciplina del procedimento risente, da un lato, dei condizionamenti che discendono dai procedimenti comunitari (si pensi alle procedure relative alla gestione dei fondi strutturali); dall'altro, dell'armonizzazione, in via di completamento, dei settori dei contratti di opere e di forniture, del controllo sul credito e sulle assicurazioni.

L'ottavo ed ultimo punto riguarda i *rapporti tra la pubblica amministrazione e gli utenti*. Va ricordata la Carta dei servizi, prevista dalla direttiva 27 gennaio 1994 della Presidenza del Consiglio dei ministri. Si tratta di un'altra norma programmatica, che è stata recepita, per esempio, nella già citata legge sulle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, nell'art. 8 del decreto legge n. 487 del 1993, convertito in legge n. 71 del 1994, relativo alla trasformazione della amministrazione delle poste in ente pubblico economico ed è stata resa obbligatoria per una serie di settori (come la scuola, la sanità, l'energia elettrica, ecc.) dall'art. 2, decreto legge n. 163 del 1995, convertito in legge n. 273 del 1995.

Le conclusioni sono tre. In primo luogo, con queste leggi, che datano dal 1990 al 1995, sono state poste le basi di una nuova pubblica amministrazione e di un nuovo diritto amministrativo. È singolare che un cambiamento così importante sia il prodotto di legislatori diversi e di indirizzi politici molto diversi.

In secondo luogo, questo nuovo programma manca di un innesto costituzionale. Infatti, per adoperare la nota metafora – per cui il diritto costituzionale è il tronco dal quale si dipartono le varie discipline pubblicistiche – sono state mutate le radici (la formula elettorale), non il tronco né i rami. E di ciò sono dimo-

strazione le vicende politiche del 1994. Per quanto riguarda, in particolare, la pubblica amministrazione, il problema più grave è quello di avere un tronco ispirato ancora al concetto monistico del potere.

In terzo luogo, uno dei grandi interrogativi odierni, relativi alla pubblica amministrazione, è: dove si orienta l'ordinamento amministrativo comunitario? Nato su una base monistica, è stato dotato di un certo grado di policentrismo, sia con l'istituzione di fondi e di agenzie, sia perché l'intersecazione di organi intergovernativi, multinazionali e sovranazionali, ha creato una organizzazione a dire poco disordinata. Il sistema europeo delle banche centrali accentua il policentrismo. L'interrogativo che oggi si pone riguarda il futuro dell'ordinamento amministrativo comunitario, e, corrispondentemente, delle strutture della pubblica amministrazione italiana.