

I nuovi caratteri dell'azione amministrativa liberalizzata tra tutela della concorrenza, obblighi di trasparenza e corretta gestione delle risorse pubbliche

Il titolo della sessione alla quale ho l'onore di partecipare “ *I nuovi caratteri dell'azione amministrativa liberalizzata tra tutela della concorrenza, obblighi di trasparenza e corretta gestione delle risorse pubbliche*”, **offre lo spunto per una riflessione sul se l'evoluzione legislativa consenta di ipotizzare un più ampio concetto di amministrazione del settore pubblico, in luogo della tradizionale definizione di pubblica amministrazione; e, ove l'esito fosse affermativo, se la corretta gestione delle risorse pubbliche sia, in qualche misura, una caratterizzazione trasversale ad ogni agire amministrativo, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto agente e, comunque, sempre presupposta dalle leggi di regolazione di specifiche materie**, ancorchè tali leggi siano, primariamente, funzionali al conseguimento di una maggiore trasparenza, piuttosto che di una più rigorosa tutela della concorrenza.

Per rispondere a tale quesito, è necessario, allora, evidenziare che i diversi modi di manifestarsi dell'azione amministrativa sono, e con sempre più frequenza, non esclusiva prerogativa di una amministrazione intesa in senso tradizionale, quale apparato che svolge attività di pubblica amministrazione, ma demandati, in una logica funzionale, a soggetti privati che operano in funzione di compartecipazione al conseguimento di un pubblico interesseⁱ.

A titolo esemplificativo, in coerenza con la ricerca di maggiore semplificazione dell'agire pubblico, basti richiamare come la regolazione dei servizi di interesse generale si sia affrancata dai modelli tradizionali di amministrazione, per mutuare, dal diritto comune, moduli di gestione più flessibili, quali, ad esempio, le società a partecipazione pubblica, nel solco di quella che viene, enfaticamente, definita come una “*fuga dal pubblico*”.

E allora se, per i motivi detti, evidentemente, una nozione unitaria di pubblica amministrazione è sempre più sfumata, perché di diversa natura giuridica sono gli attori chiamati al conseguimento di un interesse pubblico, si assiste, quale logica conseguenza di tale assunto, anche ad una legislazione sempre più tesa a dilatare l'ambito soggettivo di coloro che, a seconda della finalità della legge, sono chiamati ad agire nel perimetro della regola pubblicaⁱⁱ.

Il problema, tra l'altro, come è stato evidenziatoⁱⁱⁱ, non è solo teorico, ma pratico e operativo.

E', infatti, evidente, che se il perimetro soggettivo di ciò che confluisce nel più ampio *genus* di pubblica amministrazione si amplia, si estende, di conseguenza, anche l'applicazione delle regole – non solo settoriali – applicabili a coloro che confluiscono in tale cornice di regolazione.

Pubbliche amministrazioni, allora, non saranno più solo quelle indicate dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 165/2001 ^{iv}– norma ipotizzata, inizialmente, come funzionale alla attrazione dei suoi destinatari nelle regole del rapporto di pubblico impiego, ma richiamata, con sempre più frequenza, quale disposizione di valenza generale per l'applicazione di altre leggi di settore.

Pubbliche amministrazioni sono, altresì, quelle individuate, inizialmente, dalla legge finanziaria del 2005 (articolo 1, comma 5, legge 30 dicembre 2004, n. 311), oggi dalla legge di riforma della contabilità e della finanza pubblica del dicembre 2009, nel c.d. elenco ISTAT ^v, - allo stato nozione di portata generale per il rinvio al predetto elenco che l'articolo 2 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, opera per la definizione di pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione - al fine di specificare quali enti sono tenuti ad applicare le norme volte al contenimento della spesa pubblica e che, per fugare equivoci applicativi, ricomprende^{vi} anche le amministrazioni indipendenti e le già citate pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del Testo Unico sul Pubblico Impiego.

Ed una nozione ampliativa di chi può definirsi quale pubblica amministrazione, per finalità specifiche, è, altresì, stata introdotta dall'articolo 22 della legge 241/1990, così come riformulato dall'articolo 15 della legge 15 del 2005, che - per garantire una maggiore estensione del diritto di accesso, - specifica che per pubbliche amministrazioni devono intendersi *tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*.

Né può sottacersi del Codice dei contratti di cui al Dlgs 50/2016 che - stabilendo la sua applicabilità alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori e cristallizzando la nozione comunitaria di *organismo di diritto pubblico* - ha esteso, in modo esponenziale, l'applicazione di disposizioni pubblicistiche, anche a soggetti prima esclusi dall'area della regola pubblica.

Così come, non può non evidenziarsi, la sempre maggiore estensione dell'ambito soggettivo di applicazione dei soggetti destinatari di norme in materia di trasparenza e di regole funzionali alla prevenzione dei fenomeni di cattiva amministrazione (*rectius*, corruzione).

Orbene, se questo è, dunque, l'attuale contesto, se un concetto unitario di pubblica amministrazione appare sempre più evanescente, perché difficile è classificare in modo organico fenomeni tra loro fortemente eterogenei^{vii}, resta da chiedersi se non sia più

corretto parlare di *amministrazione del settore pubblico*, in luogo di pubblica amministrazione - a prescindere dalla qualificazione giuridica del soggetto agente - e se –conseguentemente - la tutela delle risorse pubbliche sia, in qualche modo, criterio immanente sotteso, anche, pur senza rivestire la caratterizzazione della esclusività, alle discipline di settore estendenti l'ambito soggettivo di loro applicazione a chi, tradizionalmente, non è definibile quale soggetto pubblico.

La risposta, a parere dello scrivente, può essere affermativa, per le ragioni che seguono.

E ciò, non tanto per ipotizzare la conquista di spazi di giurisdizione da parte di alcuni settori della magistratura, bensì perché si ritiene che la corretta gestione delle risorse pubbliche è, comunque, sempre funzionale al conseguimento del pubblico interesse, tanto quando si esercita la funzione unitamente al potere, sia quando si rinuncia al potere – o non lo si riconosce per via legislativa - pur mantenendo o conferendo una funzione.

Vero è, allora, che la nozione di pubblica amministrazione cristallizzata all'articolo 1, comma 2 del TUPI, è, come riferito, funzionale all'attrazione dei destinatari di quelle pp.aa alle regole pubblicistiche disciplinanti il rapporto di impiego pubblico.

Ma i criteri e le regole dettate dal TUPI e disciplinanti la fase genetica di un rapporto di lavoro pubblico, non mirano anche a costituire relazioni di lavoro con professionalità reclutate dall'esterno mediante procedure selettive o concorsuali, perché le risorse pubbliche non siano destinate a favorire clientelismi ma a assumere forza lavoro professionalmente valida e in modo trasparente^{viii}?

Con riferimento alla fase funzionale di un rapporto di impiego pubblico, le norme dirette alla valorizzazione dei principi di valutazione e di merito, non sono forse un fondamentale tassello per una gestione del rapporto di lavoro tendente ad evitare sprechi di denaro della collettività, ove questo sia distribuito ai dipendenti pubblici in modo acritico e avulso da qualsivoglia preliminare valutazione positiva?

L'utilizzo di una nozione economico statistica da parte del legislatore, al fine di individuare una vasta platea di soggetti definibili pubbliche amministrazioni, perché le stesse rispettino i vincoli di bilancio e siano soggette ai conseguenti controlli, non è forse funzionale, allargando la platea dei suoi destinatari, alla corretta gestione della pubblica spesa, nel rispetto dei parametri finanziari imposti dall'Unione Europea?

E un espansione dei soggetti a cui applicare le regole in materia di contratti pubblici, pur se diretto a garantire la massima concorrenza tra operatori economici, può non ritenersi anche prodromica ad una maggiore attenzione alla gestione delle risorse pubbliche che – proprio perché, ove rispettato un principio di concorrenzialità e non discriminazione – si consente all'ente aggiudicatore o all'amministrazione

aggiudicatrice di individuare il miglior operatore economico, in una logica anche di spesa più efficiente e di servizio reso dall'impresa più efficace?

E la trasparenza e le misure di prevenzione dei fenomeni corruttivi, le cui norme vedono una platea di destinatari sempre più estesa, non mirano anche ad evitare sviamenti di risorse dalla loro naturale destinazione?

Se si accede, dunque, a questo concetto di *amministrazione del settore pubblico*, in luogo di pubblica amministrazione, più attento alla funzione esercitata che alla natura giuridica, e ad un principio di immanenza della corretta gestione delle risorse pubbliche, indipendente dall'inquadramento giuridico del soggetto agente, resta, allora, da chiedersi come presidiare al corretto impiego delle finanze pubbliche.

E' innegabile si assista, oggi, ad una tecnica legislativa tesa a vincolare in modo sempre più penetrante l'agire amministrativo, rendendo così la pubblica amministrazione, nella sua ampia accezione, più che organo decisionale, una mera attuatrice della norma.

Ritengo che questo criterio non rappresenti una soluzione al problema, per due ordini di motivazioni.

In primis, perché così si rischia di svilire la funzione di una pubblica amministrazione, come detto, sempre più affrancata da una sua nozione tradizionale e che, a maggior ragione, per questa crescente estensione del proprio perimetro soggettivo, non dovrebbe essere una meccanica applicatrice delle norme, ma avere il compito di tradurre le stesse, concretizzandole, in atti, attraverso l'applicazione dei principi di logica e di ragionevolezza, oltre che di efficienza, efficacia ed economicità.

Di poi, perché in tal modo la si deresponsabilizza, conferendo ad organi terzi il potere di vincolare e veicolare le opzioni dell'amministrazione, con il rischio di sindacati in merito a scelte discrezionali.

E' evidente, però, che al riconoscimento di una maggiore discrezionalità – che, come detto, significa anche maggiore responsabilizzazione – deve necessariamente seguire un controllo.

Un controllo, tuttavia, che va espletato nel rispetto di una autonomia che si deve riconoscere a chi è demandata la gestione del pubblico interesse e non invasivo delle altrui sfere di competenza.

Una verifica, dunque, da esercitarsi non *ex ante*, bensì *ex post*, perché funzionale, principalmente, alla correzione e, eventualmente, alla inibizione di comportamenti connotati dal cattiva gestione.

Il tutto, tuttavia, mi si consenta, nel solco di una legislazione più chiara e lineare e non, come sovente accade, poco coordinata e spesso confusa; nell'ambito di una cornice normativa che, dunque, permetta, a chi vuol bene operare, di farlo e non consenta, a

chi vuol approfittare, per conseguire fini suoi egoistici, di una cattiva qualità della regolazione legislativa, di celarsi dietro l'alibi della confusione delle regole.

Se le leggi camminano sulle gambe degli uomini, una buona e, soprattutto, chiara legislazione potrà sicuramente contribuire anche al miglioramento della nostra classe dirigente.

Stefano Glinianski

Magistrato della Corte dei conti

pubblicato il 13 maggio 2017

ⁱ Con riferimento alla difficoltà di rinvenire una nozione unitaria di pubblica amministrazione e alla tendenza legislativa verso una definizione funzionale qualificante enti o soggetti quali pubbliche amministrazioni in relazione agli scopi prefissati, con conseguente superamento di una nozione di p.a. in senso soggettivo e consolidamento di una sua nozione oggettiva o funzionale, si rinvia a S.Cassese, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S.Cassese, Milano, Giuffrè, 2015, nonché S.Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il MULINO, 1983. Per una attenta disamina circa il tema dell'assenza di una definizione normativa unitaria di pubblica amministrazione, si rimanda, altresì, a *Le definizioni di pubblica amministrazione*, di Matteo Gnes, in *La riforma della pubblica amministrazione, Commento alla legge 124/2015 (Madia)*, a cura B.G.Mattarella ed E. D'Alterio, Il Sole 24 h.

ⁱⁱ Tanto, nel solco di una disciplina comunitaria in cui è assente una definizione universale di ente pubblico e specificandone il regime pubblicistico solo a determinati fini.

ⁱⁱⁱ In tal senso si rinvia a Matteo Gnes, in *La riforma della pubblica amministrazione, Commento alla legge 124/2015 (Madia)*,.cit.

^{iv} 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.

^v Elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm (Legge di contabilità e di finanza pubblica)

^{vi} Articolo 1, comma 2, legge 196/2009, così come modificato dall'articolo 5, comma 7 del DL 2 marzo 2012, n. 16.

^{vii} Tanto è che l'individuazione di una nozione di pubblica amministrazione, ancorché a geometria variabile, prevista dall'articolo 8 del Ddl AS 1577, è stata stralciata.

^{viii} Tra l'altro, proprio in coerenza con un ampliamento delle regole tipizzanti originariamente il solo rapporto di pubblico impiego, pur se la disciplina di riordino del settore delle società a partecipazione pubblica dispone, quale norma di carattere generale, articolo 1, comma 3, che per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto 175/2016, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato, l'articolo 19 dello stesso impone alle società a controllo pubblico che le stesse stabiliscano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, trovando diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001, in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti.