

Direttore

Donatantonio Mastrangelo

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Comitato scientifico

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Angelo Giuseppe Orofino

Libera Università Mediterranea

Annamaria Bonomo

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

ISTITUZIONI E PROSPETTIVE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO



La collana vuol proporre nuovi studi giuridici che considerino aspetti istituzionali dell'organizzazione, dell'attività, della giustizia amministrativa da prospettive atte a coglierne inquadramento sistematico, ragioni storiche, linee evolutive. Opere che, coniugando il rigore scientifico alla chiarezza e brevità espositive, possano rispondere anche ad esigenze didattiche universitarie e di qualificazione o aggiornamento professionale.

Vai al contenuto multimediale



Maria Consuelo Brandazzi

**Trasparenza amministrativa
nuova frontiera anticorruzione**

Dal 2012 con la legge “Severino”
al 2019 con la legge “Spazza corrotti”

Prefazione di
Paolo Tanda





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2423-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2019

Uomo che legge ne vale due

VALENTINO BOMPIANI

Indice

15 *Prefazione*
Paolo Tanda

17 *Introduzione*

Parte I **Una visione storica della trasparenza**

23 **Capitolo I**
Origini della trasparenza nel rapporto tra pubblico e privato

1.1. Uno sguardo al passato remoto, 23 – 1.2. Accenno alla trasparenza nella Rivoluzione francese, 26 – 1.3. Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana, 27 – 1.4. L'elaborazione degli articoli 97 e 98 della Costituzione Italiana: due opposte visioni del rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione nel dibattito assembleare, 30.

39 **Capitolo II**
Ontologia della trasparenza e corollari costituzionali nel codice dell'accesso civico

2.1. Natura giuridica della trasparenza nella democrazia, 39 – 2.2. Trasparenza come parametro dell'eguaglianza, 42 – 2.3. Il compendio dei principi costituzionali finalizzati alla trasparenza tradotti in legge, 44 – 2.4. Finalità del *Codice della trasparenza*, d.lgs. n. 33/2013, 46 – 2.5. Trasparenza e corruzione: la Convenzione ONU di Merida, 50.

65 **Capitolo III**
L'importazione del modello statunitense del FOIA in Europa

3.1. Cenni sulla nascita del FOIA nell'America del 1966, 65 – 3.2. La diffusione del FOIA in ambito europeo: la Spagna, 68 – 3.3. Lo schema

trasparenza in altri ordinamenti giuridici, 71 – 3.4. Il modello inglese della trasparenza e dell’accesso civico diffuso: un modello anche per l’Italia, 74.

Parte II
**L’Italia verso
una visione olistica di trasparenza
tra nostalgie di riservatezza
e impulsi riformatori**

87 Capitolo I

L’Italia verso la trasparenza: un percorso a singhiozzo. Il sofferto ingresso del FOIA in Italia

1.1. La rinuncia alla riservatezza arriva nel 1990 con la legge n. 241 sul procedimento amministrativo, 87 – 1.2. Il rapporto “Cassese” 1993, 90 – 1.3. La “Riforma Brunetta” del 2009: verso la disclosure, 92 – 1.4. Introduzione alla legge anticorruzione n. 190/2012, 96 – 1.5. I contenuti della legge n. 190/2012, 104 – 1.5.1. *Soggetti, obblighi e poteri*, 104 – 1.5.2. *Strumenti*, 110.

121 Capitolo II

Il suonatore di fischietto e i primi passi normativi per la sua tutela

2.1. La figura del *whistleblower*, 121 – 2.2. La recente normativa a tutela del *whistleblower*, 125 – 2.2.1. *Profili soggettivi e oggettivi*, 126 – 2.2.2. *Destinatari della segnalazione e tutele*, 126 – 2.2.3. *Sanzioni*, 126 – 2.2.4. *Blindatura dell’identità del whistleblower*, 127 – 2.3. La tutela del segnalatore privato, 128 – 2.4. La risposta sociale al fenomeno del *whistleblowing*, 130.

135 Capitolo III

Il FOIA approda in Italia con la riforma “Madia”

3.1. Un salto di qualità con la riscoperta dell’art. 98 della Costituzione attraverso il “Decreto trasparenza” e i suoi contenuti salienti alla luce della riforma “Madia”, 135 – 3.2. Segue: il d.lgs. n. 33/2013 riformato dal d.lgs. n. 97/2016, un percorso a ostacoli teso alla conquista del FOIA, 142 – 3.3. Trasparenza e produttività, 146 – 3.4. Trasparenza e galassia dei soggetti correlati e/o partecipati, 147 – 3.5. Trasparenza dei provvedimenti amministrativi, 147 – 3.6. Trasparenza dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali, 149 – 3.7. Trasparenza dei bilanci e del patrimonio, 150 – 3.8. Trasparenza sui controlli, i servizi, i tempi di pagamento e obbligo di pubblicazione dei percorsi procedurali, 151 – 3.9. Altri

obblighi di trasparenza, 155 – 3.10. Trasparenza nell’ambito del Servizio sanitario nazionale e negli appalti, 157 – 3.11. Conclusioni, 162.

Parte III
**Funzioni e poteri dell’ANAC
 nella disciplina degli appalti pubblici
 La prevenzione della corruzione
 attraverso la vigilanza**

167 **Capitolo I**
*Compiti funzioni e poteri dell’ANAC collegamenti al d.lgs. n. 33/2013
 in tema di trasparenza negli appalti pubblici e nella prevenzione
 della corruzione*

1.1. Funzioni e poteri dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, 167 –
 1.1.1. *Poteri in tema di obblighi alla trasparenza*, 167 – 1.1.2. *Poteri in
 tema di contratti pubblici*, 169 – 1.2. Il giallo del potere depennato, 171 –
 1.3. La novità della regolazione devoluta all’ANAC in tema di contratti
 pubblici, 174 – 1.4. Gli obblighi di trasparenza nei contratti ad evidenza
 pubblica, 176 – 1.4.1. *Pubblicità*, 176 – 1.4.2. *Accesso agli atti*, 177 – 1.5. Con-
 tenuti salienti del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, 178 – 1.6. Contratti a rilevanza
 comunitaria e contratti sotto soglia, 182 – 1.6.1. *Le società in house*, 184
 – 1.6.2. *Esclusioni dagli incarichi di collaudo e verifica di conformità*, 184 –
 1.6.3. *Riflessioni sulla natura giuridica dei rapporti*, 185 – 1.7. Il Quadro
 esigenziale: un appuntamento mancato, 186 – 1.8. Criticità evidenziate
 da ITACA nella attuazione del sistema degli appalti pubblici, 189.

197 **Capitolo II**
Uno sguardo alla recente attività dell’ANAC

2.1. Relazione ANAC del 6 luglio 2017 al Parlamento, 197 – 2.2. I principali
 indicatori di anomalia nei contratti pubblici, 200 – 2.3. Altri indicatori di
 anomalia nei contratti pubblici, 207 – 2.4. Il Piano Nazionale Anticor-
 ruzione, 209 – 2.5. Contenuti della relazione ANAC 2017 in materia di
 trasparenza, 212 – 2.6. La vigilanza d’ufficio, 214 – 2.6.1. *Attestazioni degli
 OIV*, 216 – 2.6.2. *Altre inosservanze sull’obbligo di trasparenza*, 223 – 2.7. La
 vigilanza su segnalazione, 229 – 2.8. Prospetti delle segnalazioni per area
 geografica e tipologia del segnalante, 230.

233 **Capitolo III**
I protocolli di intesa ANAC come mezzo di prevenzione della corruzione

3.1. L'attività di vigilanza collaborativa, 233 – 3.2. La diffusione della cultura della legalità attraverso protocolli con le Università. . . , 235 – 3.3. . . . e con le associazioni private, 236 – 3.4. Rapporti con organismi sovranazionali, 236 – 3.5. Rapporti bilaterali intrattenuti da ANAC, 238.

Parte IV
Corruzione e antidoti

243 **Capitolo I**
La corruzione in Italia

I.1. La corruzione da episodica diffusa a sistema condiviso, 243 – I.2. Il caso Mose, 245 – I.3. Capitale corrotta, nazione infetta. Mafia Capitale, 249 – I.4. La spartizione delle grandi opere. I giganti d'argilla, 252 – I.5. L'inchiesta "Touchdown" e "Olimpia". "Operazione Tiberio", 255 – I.5.1. *Brevi conclusioni*, 258 – I.6. Lo spread etico, 258 – I.7. Qualcuno crede agli asini che volano? Una storia emblematica, 262 – I.8. La vicenda ai giorni nostri. Epilogo del lodo Longarini, 264 – I.8.1. *Il lodo*, 265 – I.9. Le mani sui beni della Campania. "Operazione Queen", 269 – I.10. Malasanità e camorra, 272 – I.11. Tangenti all'ombra della "Madunina". "Operazione Domino", 274 – I.12. Malasanità: casi emblematici che hanno segnato la storia, 276 – I.12.1. *Il caso "Poggiolini" 1993*, 276 – I.12.2. *Il caso "Longostrevi" 1997*, 277 – I.12.3. *Il caso "San Raffaele" 2011*, 278 – I.12.4. *Il caso della clinica Santa Rita di Milano*, 280 – Allegato n. I. Interpellanza 17 luglio 2015 alla Camera, 282.

291 **Capitolo II**
Antidoti alla corruzione nella sanità

2.1. Le aree a maggior rischio corruttivo nella sanità, 291 – 2.2. Lo studio di Transparency International sul rischio corruzione nella sanità italiana, 293 – 2.3. Sanità e corruzione: i deterrenti inattuati, 294 – 2.4. L'adozione del "Modello 231" nelle aziende ospedaliere, 296 – 2.5. Un breve cenno al "Codice 231" sulla responsabilità degli enti, 297 – 2.6. I principali motivi del difficile decollo etico nella sanità, 300 – 2.7. L'inefficace trasparenza nella sanità e lo scarso senso di legalità, 303 – 2.8. Alcuni dati statistici e parametrici, 305.

311 Capitolo III

Focus su alcuni dei più significativi rimedi

3.1. Delitti contro la pubblica amministrazione: rimedi repressivi, 311 – 3.2. Delitti contro la pubblica amministrazione: rimedi preventivi, 315 – 3.2.1. *La rotazione negli incarichi*, 315 – 3.2.2. *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, 316 – 3.2.3. *Ruolo di prevenzione e di controllo svolto dall'ANAC*, 319 – 3.2.4. *Il controllo dell'ANAC unitamente al Nuovo Codice dei contratti pubblici come mezzi di prevenzione*, 320 – 3.2.5. *Il ruolo di prevenzione del whistleblowing*, 322 – 3.3. I soggetti chiamati al controllo preventivo in un sistema a cascata, 323.

Parte V

La legge “Spazza corrotti” 2019

333 Capitolo I

La legge “Spazza corrotti” 2019. Parte I

1.1. Introduzione, 333 – 1.2. Modifiche al codice penale parte generale, 335 – 1.2.1. *Modifiche agli articoli 9 e 10 c.p. i delitti commessi all'estero*, 336 – 1.2.2. *Modifiche all'articolo 32-quater c.p. incapacità di contrarre*, 337 – 1.2.3. *Modifiche agli articoli 165 e 166 c.p. obblighi del condannato ed effetti della sospensione*, 338 – 1.2.4. *Modifiche all'articolo 179 c.p. presupposti della riabilitazione*, 341 – 1.3. Una diversa modulazione della prescrizione, 342 – 1.3.1. *Sospensione della prescrizione*, 342 – 1.3.2. *Interruzione della prescrizione*, 345 – 1.3.3. *Decorrenza*, 345 – 1.4. Inasprimento delle pene per i reati contro la p.a., 345 – 1.5. Pene accessorie e “daspo”. L'intera riscrittura dell'articolo 317-bis c.p., 346 – 1.6. Il nuovo ambito applicativo dell'articolo 322-bis c.p., 347 – 1.7. La riparazione pecuniaria, 351 – 1.8. Il nuovo articolo 323-ter c.p. sulle cause di non punibilità, 351 – 1.9. Millantato credito e traffico di influenze illecite, articoli 346 e 346-bis c.p., 353.

357 Capitolo II

La legge “Spazza corrotti” 2019. Parte II

2.1. Modifiche al codice di procedura penale, 357 – 2.2. Disciplina delle pene accessorie nell'ambito del patteggiamento, 358 – 2.3. Altre modifiche alla procedura penale, 360 – 2.4. Modifiche al codice civile, 361 – 2.5. L'agente sotto copertura, 363 – 2.6. Torna il “Codice 231”, 366 – 2.7. Norme in materia di trasparenza e controllo dei partiti e movimenti politici, 368 – 2.8. La trasparenza nei rapporti tra partiti politici e fondazioni, 370 – 2.9. Luci e ombre della riforma, 372 – 2.9.1. *La questione arbitrale*, 373 – 2.9.2. *Riabilitazione sfregiata e sospensione della prescrizione*, 378 – 2.10. Relazioni di minoranza, 379.

391 Capitolo III

La necessità di una rivoluzione culturale

3.1. Il ruolo del cittadino, 391 – 3.2. Un anno dopo l’entrata in vigore del FOIA italiano, 394 – 3.3. Gli “arnesi difettosi di una burocrazia difensiva”, 396 – 3.4. La rivoluzione culturale passa anche attraverso il Parlamento dell’Unione Europea, 398 – 3.5. Una evoluzione che parte da “Tangentopoli”, 400.

403 *Conclusioni*

409 *Bibliografia e sitografia*

Prefazione

PAOLO TANDA*

Dal Governo Monti in poi, nel campo della lotta alla corruzione e delle norme sulla trasparenza abbiamo assistito a impulsi riformatori che, a tutt'oggi, paiono non avere ancora fine. Nelle pagine che seguono, l'autrice analizza il percorso legislativo a partire dalla prima vera legge anticorruzione di cui l'Italia si è dotata, la legge "Severino" e, con piglio vivace e osservazione puntuale, ripercorre le varie vicende ordinamentali di contrasto alla corruzione che si sono succedute fino alla odierna legge cosiddetta "Spazza corrotti", approvata alla Camera il 18 dicembre 2018 a cui sono dedicati gli ultimi capitoli.

L'opera, pur di ampio respiro, consente un approccio immediato alle varie tematiche sul fenomeno corruttivo e di come esso sia stato affrontato dall'Italia a partire dalla ratifica della Convenzione ONU di Merida e dall'implementazione dei suoi contenuti travasati nella legge n. 190/2012, in parallelo con la delega al governo per un decreto legislativo che disciplinasse la trasparenza nella pubblica amministrazione.

In particolare vengono analizzati i punti caratterizzanti della legge "Severino" alla luce del ruolo fondamentale svolto dal d.lgs n. 33/2013 in tema di trasparenza vista come presidio irrinunciabile per la prevenzione della corruzione, ripercorrendo le fasi storiche del "sofferto ingresso del Foia" in Italia e fornendo anche alcune notizie e dati comparativistici sui vari modelli di disclosure attuati nel continente europeo.

* Già docente presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", dal 2008 è professore di ruolo presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano, dove è titolare delle cattedre di Diritto amministrativo I e di Diritto penale amministrativo. Ha organizzato o partecipato come relatore a numerosi convegni di carattere scientifico in Italia e all'estero, e fa parte dei comitati editoriali di diverse prestigiose riviste giuridiche. È avvocato cassazionista ed autore di numerose pubblicazioni scientifiche in Italia e all'estero su problematiche al confine tra Diritto amministrativo e Diritto penale.

Viene dedicata attenzione anche alla trasparenza negli appalti, d.lgs. n. 50/2016, e nel contempo sono posti in risalto ruolo e compiti svolti dall'ANAC per la prevenzione e il controllo del fenomeno corruttivo, attuati ormai non solo attraverso le linee guida tipiche della sua funzione, ma anche con veri e propri protocolli d'intesa a beneficio degli enti che vogliono prevenire la corruzione al loro interno. Ciò si rivela tanto più indispensabile se è vero, come afferma la Corte dei conti, che la corruzione costa ormai alla collettività almeno sessanta miliardi l'anno.

Un cenno è rivolto anche al modello calato nel "Codice 231" che mira a prevenire il malaffare in ambito privatistico; e ancor più spazio è dedicato alla figura emergente del *whistleblower* che, con recente novella del dicembre 2017, ha trovato finalmente tutela giuridica.

Pur nel rigore dell'analisi documentale e degli approfondimenti normativi che caratterizzano ciascun capitolo, l'opera non nasconde spunti polemici, lasciando al lettore l'impressione di un vero e proprio *j'accuse*, particolarmente rivolto alla classe politica per non essere ancora riuscita ad emancipare un vieto modo di pensare della pubblica amministrazione, ma ancor più per non avere fornito ai cittadini quell'armamentario culturale che facilita la rinascita di un senso civico troppo spesso latitante. Completa il lavoro una serie di tavole statistiche di agile lettura.

L'opera si segnala ai docenti, agli avvocati, ai professionisti, agli studenti, ai cultori della materia in genere e in particolare a chi necessita di veloci approfondimenti nelle varie materie di cui si compone il testo, senza perdere di vista lo spunto critico che sempre una norma inclina ad elaborare.

Può pertanto rappresentare un ottimo strumento di studio e di consultazione per tutti coloro che amano l'argomento e ne cercano una sistematizzazione rigorosa ma di facile accesso e che vogliono intraprendere uno stimolante dialogo ideale con l'autrice.

Introduzione

Il lavoro che mi accingo a presentare vuole ripercorrere le fasi di una evoluzione in senso democratico di uno dei diritti che formano il fondamento del vivere civile: la pretesa dei cittadini a ricevere il conto di quanto svolto da coloro che li hanno amministrati.

Non può esistere, infatti, vera democrazia se il Popolo Sovrano viene lasciato all'oscuro di quanto si è fatto in suo nome e di come lo si è fatto.

La *trasparenza* è dunque il lemma da cui partire per capire il tipo di democrazia di cui gode un popolo e, sulla traccia degli interessanti fermenti che si sono registrati nell'ultimo decennio proprio sul tema, anche per intraprendere una strada comune cittadini-amministratori verso scelte condivise, che abbiano la finalità di essere utili, se non addirittura proficue.

Ho voluto ripercorrere brevemente la storia della trasparenza partendo dall'Atene periclea del quinto secolo avanti Cristo, dove già il principio era conosciuto, transitando per la sua riproposizione nella Rivoluzione Francese che quei valori di democrazia aveva rispolverato, e approdando ai nostri ultimissimi giorni in cui la legislazione ha cercato di recuperare il tempo perduto nel secolo precedente, quando sembrava che la trasparenza altro non dovesse essere se non "l'esplicitazione comprensibile del potere", locuzione sterile, se non stocastica alla quale non mi sento più di accordare alcun tipo di cittadinanza all'interno di una società moderna, matura e che pretende per sé stessa una posizione egocentrica.

Ma l'attuale moderno concetto di trasparenza, finisce oggi anche per assumere il significato di un'endiadi, una sorta di Giano Bifronte, dove al volto che esprime amicizia nell'offrire conoscenza alla collettività si contrappone quello che manifesta rigore e intelligenza nell'incunarsi dentro la corruzione come una freccia al curaro.

Per esprimere questi concetti, che qua e là trapelano nella mia intera opera, ho dovuto ripercorrere gli ultimi otto anni della nostra legislazione in materia di trasparenza e di corruzione.

Sono dunque partita dalla legge “Severino” del 2012 che in modo sistematico, anche se un po’ caotico, ha riformulato i contenuti sia della Convenzione ONU di Merida 2003 ratificata dall’Italia nel 2009, sia della Convenzione di Strasburgo ratificata nello stesso 2012, aventi lo scopo di prevenire e la mira di colpire la corruzione.

Da qui sono approdata al decreto “Trasparenza” del 2013, che impone alle pubbliche amministrazioni l’obbligo di pubblicare, nel portale “Amministrazione Trasparente”, tutti i dati che devono essere messi a disposizione del Popolo Sovrano sulle attività svolte, affinché i cittadini siano posti in grado di svolgere un controllo sull’utilizzo delle risorse pubbliche, che appunto da essi provengono, e per promuovere la partecipazione al dibattito pubblico al fine di conseguire scelte utili e condivise.

Infine ho dovuto ripercorrere i continui ripensamenti del legislatore, perennemente indeciso sulle scelte di politica amministrativa più adatte, sfociate poi nel recepimento del modello del FOIA (Freedom of Information Act) che ci ha posti al livello degli altri Paesi moderni disciplinando l’accessibilità generale e diffusa agli atti della Pubblica Amministrazione, e facendoci scalare decine di posizioni nel *rating* dei paesi più avanzati in tale ambito.

Nelle scelte del nostro legislatore, hanno avuto un ruolo determinante sia le convenzioni internazionali, come quelle già citate, sia le direttive europee, entrambe riguardanti la comune lotta contro la corruzione, tutto ciò a riprova che, almeno dal secondo dopoguerra in poi, l’ordinamento giuridico italiano destinato alla pubblica amministrazione non ha mai brillato per originalità ed iniziativa, ogni riforma è quasi sempre stata una figlia d’altri: adottata, o almeno importata, o perché imposta dall’esterno, attraverso convenzioni e direttive, come è avvenuto per la legge anticorruzione o per il Nuovo Codice dei contratti pubblici, o perché era indispensabile adeguarci al comune sentire dei Partners internazionali come nel caso della riforma “Brunetta”, che ha subito le contaminazioni anglosassoni in tema di *governance*, *performance* e *accountability* o come nel caso del FOIA che, passando attraverso almeno due steps, ha cercato di tenere il passo con le legislazioni più moderne.

Dopo questo breve escursus ordinamentale, ho voluto mettere in evidenza la situazione assai precaria in cui si svolge la trasparenza e la lotta alla corruzione nell’ambito della sanità in generale e, per dare

riscontro e spessore all'idea di una non più dilazionabile attuazione dei principi ormai codificati in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione, ho ripreso alcune vicende emblematiche del nostro Paese, veri e propri scandali che non andrebbero dimenticati, affinché si possa dire che le sudate riforme devono essere attuate e, se possibile, anche migliorate in diversi aspetti.

Ho voluto dare rilievo all'attività dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che, con il Governo Renzi, ha visti rinforzati il ruolo della prevenzione della corruzione e del controllo preventivo e successivo sulle anomalie in tema di appalti, ed ho chiuso il mio studio riferendomi ai dati forniti da un anno di applicazione del FOIA, i quali, tutto sommato, non possono dirsi deludenti se, già nel primo anno di rodaggio della legge sulla trasparenza, le domande di ostensione degli atti pervenute agli enti sono sicuramente almeno alcune migliaia: alcune migliaia di cittadini consapevoli del loro ruolo.

Prima di chiudere, ho anche cercato di elencare quelli che, a mio parere, sono i migliori antidoti e rimedi offerti dalla legislazione contro il malaffare, dando particolare risalto sia alla trasparenza, se recepita nella giusta accezione dalla popolazione, sia all'istituto del *whistleblowing* che dovrebbe rappresentare la forma migliore per l'emersione della maladministration e un sicuro riferimento per il futuro.

Spero di avere svolto un'opera che possa fornire, a chi avrà la pazienza di leggerla, un sunto semplice e accessibile di quelli che sono stati, per dirla con le parole del Prof. Spasiano « i costanti mutamenti del quadro normativo di riferimento », ma anche che possa rivelarsi meritevole di attenzione, soprattutto per alcuni spunti di riflessione che sempre premevano all'indomani delle mie ricerche.

Perugia, 2019

