

Ar2

Giovanni Andriani, Massimo Chiappetta
Gennaro Dezio, Giuseppe Di Stasio
Antonia Foglia, Andrea Napolitano
Gaetano Scazzeri, Andrea Zuppetti

**Il principio della trasparenza amministrativa
tra nuove tecnologie
e contrasto ai fenomeni corruttivi**

Prefazione di
Raffaele Cantone





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

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

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

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

ISBN 978-88-255-3417-7

*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 2020

Una mancanza di trasparenza si traduce in sfiducia e un profondo senso di insicurezza

DALAI LAMA

Indice

- 11 *Prefazione*
di Raffaele Cantone
- 17 *Introduzione*
- 21 **Capitolo I**
La trasparenza amministrativa. Nozione ed evoluzione dell'istituto nell'ordinamento nazionale (Gennaro Dezio)
1.1. La trasparenza nell'attività delle p.a., 21 – 1.2. Il percorso evolutivo del principio di trasparenza: dalla l. n. 241/1990 al d.lgs. n. 33/2013, 29 – 1.3. Il d.lgs. n. 97/2016 e il nuovo accesso generalizzato, 46
- 53 **Capitolo II**
“Foia”. Strumento di accessibilità totale alle informazioni (Giovanni Andriani)
2.1. Il “modello” del *Freedom of information act* negli USA e nella Ue, 53 – 2.2. Dal *need to know* al *right to know*: l'accesso generalizzato quale diritto fondamentale, 58 – 2.2.1. Il diritto d'accesso e la libertà di espressione: uno spaccato giurisprudenziale, 62 – 2.3. Le prospettive future e le criticità della riforma, 73
- 79 **Capitolo III**
La trasparenza nelle nuove prospettive di tutela della privacy (Andrea Napolitano)
3.1. *Privacy* e trasparenza: esigenza di un equo bilanciamento, 79 – 3.2. Il reg. Ue 2016/679, 85 – 3.3. Il rapporto tra *privacy*, trasparenza amministrativa e *accountability* alla luce del GDPR, 96
- 109 **Capitolo IV**
La pubblicità negli appalti pubblici (Andrea Zuppetti)
4.1. Cenni introduttivi, 109 – 4.2. Il regime di pubblicità nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, 115 – 4.3. La pubblicità con effetti legali, 122 – 4.4. La pubblicità su “amministrazione trasparente”, 128 – 4.5. La pubblicazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione. Natura giu-

ridica e termine di impugnazione, 136 – 4.5.1. La pubblicazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione. Natura giuridica e termini di impugnazione, 137 – 4.5.2. La pubblicazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione. Soggetto competente, tipologia del provvedimento, pubblicazione e comunicazione all'interessato, 141 – 4.6. Recenti novelle inerenti al regime di pubblicità nei contratti pubblici e possibili evoluzioni, 149

157 Capitolo V

La trasparenza nel quadro degli strumenti preventivi della corruzione (Massimo Chiappetta)

5.1. La patologia fenomeno corruttivo ed il diritto amministrativo, 157 – 5.2. La prevenzione della corruzione nel sistema tracciato dalla l. n. 190/2012 e dalle successive innovazioni legislative, 163 – 5.3 La nuova legge c.d. “spazza–corrotti”, 171

181 Capitolo VI

Il whistleblowing (Giuseppe Di Stasio)

6.1. Evoluzione e tutela del *whistleblower* nell'ordinamento italiano, 181 – 6.2. La figura del *whistleblower* negli USA, 195 – 6.3. La situazione in Europa: il caso del Regno Unito, 203

215 Capitolo VII

Gli strumenti di prevenzione del fenomeno corruttivo. Cenni (Antonia Foglia)

7.1. Il responsabile per la trasparenza, 215 – 7.2. Il nuovo codice dei contratti pubblici nel sistema di prevenzione della corruzione, 223

245 Capitolo VIII

Il ruolo della trasparenza amministrativa nell'attività di controllo e vigilanza (Gaetano Scazzeri)

8.1. Caratteri generali dell'attività di vigilanza e controllo, 245 – 8.2. Poteri e attribuzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione per i controlli sulla trasparenza amministrativa, 250 – 8.3. I poteri di vigilanza e controllo, 254 – 8.3.1. La vigilanza, 256 – 8.3.2. Il potere di ordine, 258 – 8.3.3. La vigilanza in materia di appalti pubblici, 260 – 8.4. I poteri ispettivi, 261 – 8.5. I destinatari dei controlli, 264 – 8.6. L'esecuzione delle deleghe ispettive, 266 – 8.7. I controlli sulla trasparenza, 269 – 8.7.1. Le attività preliminari di monitoraggio, 272 – 8.7.2. La ricognizione sul sito *web* istituzionale, 272 – 8.7.3. L'avvio dell'ispezione, 273 – 8.7.4. La conclusione dell'ispezione, 275 – 8.8. Le ispezioni sui piani triennali di prevenzione della corruzione,

275 – 8.9. Le ispezioni congiunte, 277 – 8.9.1. La collaborazione con la Guardia di Finanza, 277 – 8.9.2. La collaborazione con la Ragioneria generale dello stato, 279 – 8.9.3. L'attività ispettiva in collaborazione con il Ministero della Salute ed AGENAS, 280 – 8.10. La conclusione del procedimento ispettivo, 282 – 8.11. L'accertamento e le sanzioni, 284 – 8.12. Rapporto tra indagine penale e attività a richiesta dell'ANAC, 288

291 *Bibliografia*

Prefazione

di Raffaele Cantone*

L'Italia si è finalmente avviata sulla strada della amministrazione come “casa di vetro”

La trasparenza è una nozione che origina nel modo scientifico e, in particolare, nella fisica; individua una caratteristica degli oggetti che possono essere attraversati dalla luce; una cosa è più o meno trasparente a seconda della quantità di luce che lascia passare; il massimo lo si raggiunge quando guardando attraverso la cosa non ci si rende conto che essa si frappone; il contrario, dal punto di vista semantico, è l'opacità.

Quella nozione è poi diventata un criterio per la valutazione delle azioni delle istituzioni pubbliche e, in particolare, delle amministrazioni; indica il tasso di conoscibilità dell'attività svolta, attraverso “meccanismi” che si inseriscono direttamente nel rapporto tra amministrazioni (che devono rendersi conoscibili) e cittadini (che hanno diritto o interesse a conoscere), consentendo a questi ultimi di accedere a informazioni ed imponendo alle prime di rendere disponibili le stesse.

In questa lettura, essa si contrappone all'idea del segreto nella gestione della *res pubblica*, un'idea tipica di una cultura di una altra epoca che, già nel XVI secolo, Guicciardini criticava, lamentando che «spesso tra 'l palazzo e la piazza è una nebbia sì folta, e uno muro sì grosso, che non vi penetra l'occhio degli uomini».

* Già presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione dal 28 aprile 2014 al 24 ottobre 2019.

Oggi la trasparenza viene considerata un predicato irrinunciabile dei sistemi democratici; e non è un caso che uno dei più importanti pensatori e giuristi del nostro Paese abbia dato una definizione di democrazia che contiene in sé, come irrinunciabile elemento ontologico, quello di trasparenza, e cioè «il potere del pubblico in pubblico».

Tutte le moderne democrazie occidentali si sono dotate di regole di trasparenza, anche se a volte più sbandierandola come un valore astratto, piuttosto che declinarla come un diritto concreto ed effettivo dei cittadini.

Lo hanno fatto ormai da tempo e a cominciare da oltre cinquant'anni fa — ed in questo senso, non può certo che considerarsi come una felice eccezione quella della Svezia, la cui prima legge in materia risale al 1766!! — da quando cioè una delle prime e più giovani democrazie, gli Stati Uniti d'America, si incamminò, nel 1966, in un processo per portare le istituzioni alla “luce del sole”; non a caso quelle leggi vennero definite *Sunshine laws*.

Era quella normativa il traguardo di una lunga maratona, iniziata ad inizio secolo, con gli esponenti della cultura illuminata di quel Paese che avevano propugnato il valore della trasparenza come un necessario strumento di miglioramento dell'intera classe burocratica; come non ricordare qui le parole di un famoso giudice della Corte Suprema, Luois Brandeis quando affermava che «la luce del sole è il miglior disinfettante ed il lampione il miglior poliziotto»?

Con il *Freedom of information act* (il c.d. “FOIA”) diveniva, quindi, possibile per tutti i cittadini accedere agli atti delle pubbliche amministrazioni, senza dover preliminarmente dimostrare né ragioni specifiche, tantomeno che fossero portatori di un qualsivoglia interesse.

L'Italia è rimasta, invece, per lungo tempo indietro in questa sfida; quando gli USA varavano il FOIA, nell'ordinamento del nostro Paese vi era ancora una regola nel testo unico degli impiegati civili dello Stato che li impegnava al più “scrupoloso segreto”.

Non erano certo mancate voci, anche autorevoli, che avevano spinto per l'apertura all'esterno delle istituzioni.

Come pure ricordato in questo libro, già nel 1908, in un famoso discorso alla Camera, Filippo Turati aveva auspicato una amministrazione pubblica che si presentasse ai cittadini come “una casa di vetro” ed i cui atti e comportamenti fossero pienamente conoscibili a tutti.

Si trattava, però, di voci autorevoli, da autentici visionari, uomini in grado di guardare al futuro, ma che restavano purtroppo isolati nel panorama del tempo.

Quando si avviò una delle più importanti riforme della amministrazione, quella che poi diede luogo a quella vera pietra angolare che è la legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990), la commissione di studio che aveva studiato la amministrazione e avanzato le proposte di modifiche, presieduta da uno dei più importanti giuristi del 900, il prof. Mario Nigro, mise sul tappeto una proposta di introdurre una forma di trasparenza, analoga al FOIA statunitense.

Il Parlamento, però, non se la sentì di adottarla perché temeva che l'amministrazione del Paese non avrebbe retto rispetto a questa novità.

La verità è che non si ebbe il giusto coraggio e soprattutto non si volle scontentare la burocrazia, abituata, in una sua parte preponderante, alle pigre prassi e assolutamente restia a forme di partecipazione civica.

La legge del 1990 comunque rappresentò un indiscutibile e positivo passo in avanti; introdusse, infatti, il diritto di accesso c.d. “documentale” che, malgrado fosse riconosciuto ai soli portatori di interessi concreti, specifici ed attuali, apriva la amministrazione all'esterno e soprattutto una breccia nella cultura della “riservatezza” e segreto.

Non è un caso che fu proprio quella stessa legge del 1990 che modificò la disposizione sull'obbligo del segreto dei funzionari pubblici.

L'accesso, però, non consentiva affatto ai cittadini, in quanto tali, di conoscere gli atti delle amministrazioni, ma grazie anche

ad alcune aperture giurisprudenziali, si cominciò a riconoscere anche a chi era portatore non solo di interessi individuali, ma anche diffusi o collettivi.

A metà del 2000, con la rivoluzione digitale e con il tentativo — ancora oggi non del tutto riuscito per la verità — di avviare la digitalizzazione dell'amministrazione, venne adottato il Codice dell'amministrazione digitale (CAD), in esso veniva previsto l'obbligo per le amministrazioni di dotarsi di un sito istituzionale e di cominciare a rendere pubblici per tutti, attraverso la pubblicazione, alcuni atti.

Gli anni successivi, ovvero quelli delle riforme c.d. “Brunetta”, furono caratterizzati dalla predicazione del mito della c.d. “accessibilità totale” delle amministrazioni e dall'aumento, in modo piuttosto disorganico e caotico, degli obblighi di pubblicazioni, che spesso però restavano solo buone intenzioni non tradotti in fatti.

È solo con la “stagione dell'anticorruzione” che la trasparenza fa un definitivo passo avanti.

Negli anni, anche grazie alle organizzazioni internazionali, si era esaltato il valore della trasparenza come strumento di controllo generalizzato dei cittadini sulle amministrazioni e come mezzo attraverso cui i titolari del potere potessero dar conto di come lo gestivano (la c.d. “*accountability*”).

E in questa prospettiva, l'Italia si è finalmente messa a correre, recuperando il *gap* accumulato e creando un modello di trasparenza con alcune sue peculiarità di interesse, che lo pongono anche all'attenzione e allo studio della comunità scientifica internazionale.

Attraverso una serie di provvedimenti normativi, la legge Severino (l. n. 190 del 2012), il decreto attuativo della medesima (n. 33 del 2013) e la riforma del 2016 (d.lgs. n. 97 del 2016), l'Italia ha, infatti, varato uno strutturato sistema di trasparenza a “doppio livello”, obblighi di pubblicazione di molti dati da parte delle pubbliche amministrazioni, completati con il diritto dei cittadini (c.d. “accesso civico generalizzato”) di poter avere gli atti ulteriori.

Un rinnovato sistema che, con grande difficoltà e, soprattutto, enormi resistenze, sta cominciando a dare frutti ma che risente ancora della scarsa conoscenza da parte dei cittadini e degli operatori.

Avrebbe avuto certamente bisogno di una fase lunga di promozione, con cui si facesse comprendere ai burocrati e ai cittadini la rivoluzionaria novità.

La Gran Bretagna quando adottò il proprio sistema di trasparenza stabilì che entrasse in vigore dopo quattro anni; il d.lgs n. 33 del 2013 è entrato, invece, in vigore dopo l'ordinaria *vacatio legis* di quindici giorni e il d.lgs. n. 97 del 2016 ha previsto solo un semestre prima della sua entrata in vigore.

Una scelta quella del legislatore forse giustificata dalla consapevolezza di un rischio, purtroppo piuttosto concreto; un eventuale termine più lungo si sarebbe esposto ad ulteriori allungamenti, persino con il pericolo di giungere alle calende greche, attraverso un qualche mini emendamento da inserire nel mille proroghe annuale.

Ovviamente la trasparenza non è solo aspetti positivi; lo eccesso di trasparenza genera "opacità per confusione" e fra l'altro impatta diritti individuali, non meno degni di tutela, come quello della riservatezza.

È necessario, quindi, creare una cultura della trasparenza che ha bisogno enorme di conoscenza per trasformarsi in materia vivente, di interesse dei cittadini e non semplice argomento per colti dibattiti.

I monitoraggi effettuati dall'ANAC e dal Ministero della funzione pubblica danno un quadro che smentisce i pessimisti per natura; i cittadini stanno, sia pure lentamente, cominciando ad appropriarsi degli strumenti nuovi, utilizzano i nuovi strumenti e ne comprendono la funzione di controllo civico delle istituzioni.

Le amministrazioni hanno reati, come era naturale attendersi, in difesa, spesso innalzando il classico muro di gomma, giustificato con l'aggravio degli oneri e del lavoro, come se non fosse una funzione primaria della burocrazia dare risposte ai propri utenti!

La conoscenza ha enorme bisogno di divulgazione a tutti i livelli ed in questo senso saluto con grande favore questa pubblicazione, che ha un pregio indiscutibile, quello di voler provare a spiegare, in modo chiaro, cosa sia la trasparenza, come essa si declina anche nelle sue varie articolazioni (a cominciare dai contratti pubblici), quali sono gli strumenti di *enforcement* e come trovare il giusto bilanciamento fra conoscenza e *privacy*.

Sono certo che, nella prospettiva indicata, questo testo potrà fornire un validissimo ausilio per aiutare a rendere effettivo un diritto che gli Italiani hanno finalmente raggiunto e che oggi bisogna difendere e rafforzare, rendendo evidente quanto esso sia predicato della democrazia, e non certo un pesante ed inutile fardello burocratico.

Introduzione

Nel corso degli ultimi anni, il concetto di trasparenza ha avuto una straordinaria evoluzione dovuta, non soltanto ai numerosi e innovativi interventi legislativi che si sono interessati della materia, ma anche, e soprattutto, per la valorizzazione che il medesimo principio ricopre nell'ambito del contrasto ai fenomeni corruttivi, attraverso un efficace e concreto utilizzo di strumenti penalistici e, soprattutto, di «diritto amministrativo e di diritto costituzionale»¹.

Come è stato condivisibilmente ricordato, la trasparenza «non costituisce un istituto giuridico precisamente definito ma, da una parte, è una modalità di esercizio della funzione amministrativa e, dall'altra, un obiettivo cui lo svolgimento della funzione stessa deve tendere», da doversi rinvenire nella finalità «del controllo democratico della attività della pubblica amministrazione, per una più penetrante tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti»².

Espressamente collegato al più ampio concetto di procedimento amministrativo, considerato «il luogo privilegiato di realizzazione del relativo principio, in quanto capace di evidenziare il suo legame con l'istituto della partecipazione e più in generale con una nozione non autoritaria, ma democratica di pubblica amministrazione»³, anche grazie al diritto internazionale, la tra-

1. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in «Giorn. dir. amm.», 2013, 2, 123.

2. Per una più ampia panoramica sul tema, si rimanda all'interessante e puntuale contributo offerto da R. LASCHENA, A. PAJNO, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, Atti del XXXV convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 1991, 8.

3. A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in «Giust. civ.», 2, 2015, 216.

sparenza amministrativa ricopre oggi un ruolo imprescindibile tra i modelli di prevenzione alla corruzione indirizzando il funzionamento e i processi decisionali delle pubbliche amministrazioni⁴.

Come è noto, infatti, la trasparenza ha avuto una straordinaria evoluzione «anche e soprattutto al di fuori dello schema e del momento procedimentale in senso stretto»⁵ grazie anche al sopravvento di un modello indirizzato verso una idea di amministrazione “condivisa”, nella quale, «proprio perché l’esercizio della funzione non è più appannaggio delle sole strutture amministrative, il diritto di accesso può estendersi oltre il singolo procedimento al quale l’interessato partecipa ed investire tutti i procedimenti in cui si esplica l’attività di amministrazione»⁶.

Nel suo percorso, per addivenire pilastro fondamentale per la lotta ai fenomeni corruttivi e di mala amministrazione in generale, la trasparenza ha subito una singolare trasformazione passando dall’essere identificata, nell’ambito della l. n. 241/90, quale elemento associato al diritto d’accesso, al divenire, con la stagione delle riforme culminate nella l. n. 15/05, principio della attività amministrativa e strumento di attuazione del principio democratico.

In questa occasione, come è stato autorevolmente ricordato, «la trasparenza si sposta dai singoli procedimenti alla funzione amministrativa *tout court*, di cui va misurata la efficienza e la qualità» con l’espressa e inevitabile conseguenza che il «riferimento diviene, così, non solo il principio di imparzialità, ma anche quello di buon andamento (efficienza, efficacia ed economicità)»⁷.

4. F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra l. n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33*, Maggioli, Rimini 2013, 20.

5. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in «Federalismi.it», 8, 2013.

6. A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit., 221.

7. A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit., 230.

Questa nuova concezione del concetto di trasparenza ha permesso di evidenziare come la stessa potesse essere configurata tra i c.d. “livelli essenziali delle prestazioni”, secondo quanto previsto dall’art. 117, co. 2, Cost., facendo propendere, secondo la Corte costituzionale⁸, per una trasformazione di alcuni elementi caratterizzanti l’attività amministrativa in “prestazione” in riferimento a specifici diritti di individui, operatori economici e soggetti privati, così come previsti dal legislatore⁹.

Il definitivo mutamento del concetto di trasparenza si è avuto, senza dubbio, con la approvazione della l. n. 190/12 che, nel dare attuazione all’art. 6 della Convenzione della organizzazione delle Nazioni unite, ha definitivamente sancito l’ingresso di tale principio nell’alveo degli strumenti di prevenzione fenomeni corruttivi anche, e soprattutto, in considerazione di una nozione di corruzione “amministrativistica”¹⁰.

A ciò si aggiunga come lo stesso principio abbia subito una straordinaria valorizzazione, in un periodo di profonda crisi economica che, imponendo «la giusta pressione dei cittadini sul corretto e imparziale svolgimento dell’azione amministrativa»¹¹ in merito alla utilizzazione delle risorse, ha portato alla approvazione di importanti riforme strutturali all’interno dei singoli stati, capaci di modificare anche gli equilibri istituzionali all’interno degli stessi.

Partendo da tali premesse, dunque, il presente lavoro si prefigge l’obiettivo di compiere un’analisi dettagliata del ruolo di contrasto, del principio della trasparenza amministrativa, ai fenomeni corruttivi, tenendo conto, altresì, dell’inesorabile evoluzione tecnologica che, come tutti i settori, ha coinvolto anche quello della trasparenza.

8. Corte cost., 20 luglio 2012, n. 2303.

9. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, cit., 3; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit., 232.

10. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit.

11. F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra l. n. 190 del 2012 e d.lgs. 33 del 2013*, cit., 18.

Dopo una ricostruzione storico–normativa della nozione di trasparenza amministrativa nell’ordinamento nazionale ed europeo, si porrà particolare attenzione sul complesso rapporto tra trasparenza e l’accessibilità totale delle informazioni, come previsto dal d.lgs. n. 33/13, da intendersi quale controllo democratico sull’esercizio del potere pubblico.

Allo stesso modo, sarà analizzato il rapporto tra *privacy*, trasparenza amministrativa e *accountability* alla luce del GDPR, allo scopo ultimo di sottolineare la indifferibile necessità di un equo bilanciamento nella tutela dei vari principi.

Infine, in un’ottica di avvicinamento a quella concezione di trasparenza quale modello di controllo delle funzioni delle pubbliche amministrazioni, sarà esaminato il ruolo del principio di trasparenza nel quadro degli strumenti preventivi della corruzione e nell’attività di controllo e vigilanza, potendo contare tanto sulla impostazione teorica degli istituti, quanto, soprattutto su un approccio pratico da parte degli operatori chiamati ad applicare nella quotidianità lavorativa tali modelli.