

NUMERO 2 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ALESSANDRO PAJNO

Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	210
ALESSANDRO PAJNO	
<i>Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione</i>	213
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto</i>	247
LUCA NIVARRA	
<i>Confisca antimafia e diritti dei creditori privilegiati: una soluzione sistemica con qualche ombra</i>	275
GIANROBERTO VILLA	
<i>“Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?</i>	297
GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO	
<i>Dalla “filiazione naturale” alla “parentela naturale”. Alcune riflessioni sull’articolo 74 c.c.</i>	313
SERGIO MENCHINI	
<i>Il disegno di legge delega per l’efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione</i>	335
LUIGI LOMBARDO	
<i>Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito.</i>	393
FELICE MANNA	
<i>Sull’impugnabilità dell’ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. (a proposito di Cass., sez. II, 12 gennaio 2015, n. 223)</i>	413

Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione

Lo scopo di questo saggio è analizzare l'evoluzione ed i cambiamenti della disciplina italiana sulla trasparenza amministrativa, dalla l. n. 241 del 1990 alla l. n. 190 del 2012 sul contrasto alla corruzione. L'autore esamina i rapporti tra trasparenza e procedimento amministrativo, tra trasparenza, accessibilità e pubblicità, e descrive il nuovo istituto dell'accesso civico.

La domanda che il saggio pone è: con la l. n. 190 del 2012 e con il d.lgs. n. 33 del 2013 l'ordinamento italiano ha realizzato la *total disclosure* che caratterizza il *Freedom of Information Act* del Regno Unito?

This essay intends to analyse the evolution and changes undergone by the Italian ruling of transparency of administrative activity, starting from the Law Act n. 241 of 1990 up to the Law Act n. 190 of 2012 regarding measures against bribery. The Author examines the relationship between transparency and administrative proceeding; between transparency, access and publicity, and describes the new legal instrument of citizen's right of access provided by the legislative decree n. 33 of 2013.

The question posed by the essay is the following: has the Italian system, by means of the Law Act n. 190 of 2012 and of the Legislative Decree n. 33 of 2013, accomplished the total disclosure which characterises the United Kingdom's Freedom of Information Act?

Sommario: 1. Trasparenza: un discorso difficile. – 2. Trasparenza e questioni generali: un rapporto sistemico. – 3. Per la definizione di una nozione di trasparenza: trasparenza e riservatezza. – 4. Trasparenza e procedimento amministrativo. – 5. Trasparenza: principio generale o istituto positivo? – 6. Trasparenza, accessibilità e pubblicità. – 7. La l. n. 241 del 1990: trasparenza come primato dell’accessibilità. – 8. La l. n. 205 del 2000 e la strutturazione dell’accesso come tutela di una situazione soggettiva. – 9. Il d.lgs. n. 150 del 2009: l’accessibilità “totale” verso la pubblicità. – 10. La disciplina anticorruzione ed il superamento dell’accesso. La trasparenza come pubblicità. – 11. La nuova trasparenza. Obblighi di pubblicazione e diritto di conoscenza. – 12. Il d.lgs. n. 33 del 2013: principio di trasparenza e sistematizzazione della pubblicità. – 13. L’accesso civico: il diritto di accesso *conformato* dagli obblighi di pubblicazione. – 14. Regime di *open data* e qualità dell’informazione. – 15. La “nuova” trasparenza ed i vizi “antichi” del legislatore.

1. - Trasparenza: un discorso difficile.

Per quanto paradossale possa sembrare, occorre riconoscere che un discorso sulla trasparenza incontra oggi una serie di significative difficoltà. La prima – e più generale – riguarda lo stato dell’amministrazione pubblica, almeno per il modo in cui esso viene percepito non dagli addetti ai lavori, ma dai cittadini e dagli *opinion makers*: mentre i giuristi si affannano a spiegare l’importanza delle nuove disposizioni introdotte con la l. n. 190 del 2012 e con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 con riferimento alla trasparenza, l’opinione pubblica continua a ritenere il mondo della burocrazia, anche nel suo rapporto con la politica, come il luogo in cui regnano la confusione e le inefficienze ¹ e la macchina amministrativa come la responsabile principale, se non l’unica, di una vera e propria *ragnatela del non fare* che sembra rendere inarrestabile il processo di affondamento dell’economia italiana ². In questa prospettiva l’amministrazione in tutte le sue manifestazioni è descritta come un “ragno velenoso”, che, mentre impone le sue regole asfissianti al corpo sociale, blocca, coadiuvata dalle magistrature amministrative, ogni possibilità di rovesciare il *trend* di espansione della spesa pubblica e delle tasse ³. In una situazione così descritta, in cui prevale una “ragnatela normativa”, che soffoca la società e

¹ M. AINIS, *La confusione, le inefficienze*, in *Corriere della Sera*, 19 luglio 2013.

² A. PANEBIANCO, *La ragnatela del non fare*, in *Corriere della Sera*, 14 luglio 2013.

³ A. PANEBIANCO, *La ragnatela del non fare*, cit.

serve alla autoriproduzione degli apparati burocratici, parlare di trasparenza come strumento di lotta alla corruzione può sembrare, nella migliore delle ipotesi, un *wishful thinking*, e nel concreto, un modo di non dire come stanno realmente le cose. Non a caso, sulla stampa vengono ricordati, come tragico esempio di «proliferazione di norme ingarbugliate che appaiono prive di scopo», gli «interventi amministrativi in quel ramo che potremmo chiamare industria della lotta agli abusi»⁴.

La seconda, non meno rilevante, difficoltà riguarda lo stesso moltiplicarsi dei discorsi sulla trasparenza. Questi hanno l'indubbio pregio di mettere in luce gli aspetti nuovi della complessa disciplina che la riguarda: tuttavia la stessa copiosità (e talvolta, occasionalità) degli interventi rischia di compromettere un approccio sistemico e, con esso, una più meditata comprensione del fenomeno, con il paradosso che l'eccesso incontrollato di informazioni sulla trasparenza può provocare, quella "opacità per confusione" che della trasparenza costituisce l'esatto contrario.

La terza difficoltà ha un carattere più strutturale, e riguarda quella che può essere definita una certa *indeterminatezza* dell'oggetto e, comunque, il continuo e progressivo mutamento di esso, con la conseguente difficoltà di stabilirne il contenuto specifico. La trasparenza è un principio generale oppure si risolve in un sistema di regole di diritto positivo di stretta interpretazione? la trasparenza riguarda i procedimenti amministrativi o si estende oltre il procedimento per investire tutta l'amministrazione? esiste una attività amministrativa non proceduralizzata? la trasparenza consiste nell'accessibilità? quale è il rapporto fra trasparenza e pubblicità? che cosa, e chi infine, viene tutelato con la trasparenza?

2. - Trasparenza e questioni generali: un rapporto sistemico.

Occorre, peraltro, riconoscere che le questioni riguardanti la trasparenza si incrociano con alcune tematiche rilevanti e di carattere più generale. La prima di esse riguarda il procedimento amministrativo e la sua storia: il procedimento è infatti all'origine della questione della trasparenza, e per molto tempo esso è stato considerato il luogo privilegiato (anche se non

⁴ A. PANEBIANCO, *La ragnatela del non fare*, cit.

esclusivo) 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.

La vicenda della trasparenza è, poi, intrinsecamente legata con quello che può essere definito il sorgere ed il consolidarsi, nell'ordinamento, della nozione di "corruzione amministrativa".

È noto, infatti, che le convenzioni internazionali che introducono misure di lotta alla corruzione, pongono le misure di trasparenza ai primi posti tra quelle di prevenzione del fenomeno⁵. In particolare, la Convenzione ONU contro la corruzione (2003) individua nella trasparenza amministrativa uno dei principali strumenti di prevenzione alla corruzione⁶, imponendo agli Stati contraenti l'adozione di adeguate misure con riferimento alla gestione degli appalti ed a quella delle risorse finanziarie (art. 9) ed invitando (art. 10) le amministrazioni alla diffusione di notizie che consentano agli utenti di ottenere, se del caso, informazioni sull'organizzazione, il funzionamento ed i processi decisionali della pubblica amministrazione⁷.

In coerenza con la tendenza indicata nelle convenzioni internazionali, nell'ordinamento italiano, tradizionalmente caratterizzato da un uso esclusivamente "penalistico" del termine corruzione, ha progressivamente avuto ingresso una nozione più ampia, connessa al malcostume politico e amministrativo (*maladministration*) ed alla sua prevenzione, da realizzarsi attraverso strumenti diversi da quelli penali, "e quindi fondamentalmente di diritto amministrativo e di diritto costituzionale"⁸.

Tale nozione, che ha trovato qualche riconoscimento nella disciplina positiva (art. 13, d.lgs. n. 150 del 2009; art. 1, l. n. 3 del 2003) è ora

⁵ Si veda, in proposito, F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, 20 ss. L'autore ricorda la Convenzione dell'OCSE del 1997, La convenzione dell'ONU contro la corruzione (UNCAC) di Merida del 2003, le due convenzioni, penale (1998) e civile (1999) contro la corruzione del Consiglio d'Europa, che hanno dato luogo al GRECO (*Groupe d'États contre la corruption*).

⁶ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento*, cit., 18. Sulla connessione fra corruzione e trasparenza si veda anche F. MERLONI-B. PONTI, *La trasparenza*, in F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.

⁷ M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione* (art. 1, commi 15-16 e 26-34), in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013.

⁸ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss.

pienamente entrata nell'ordinamento con la l. n. 190 del 2012, che pone, relativamente ad essa, una vera e propria disciplina generale⁹. Di tale disciplina quello sulla trasparenza costituisce forse il capitolo più significativo, o comunque, destinato ad incidere maggiormente sull'azione dei pubblici poteri. Essa, infatti, si risolve in uno strumento fondamentale per il *controllo sociale* dell'esercizio del potere pubblico e per mantenere la «giusta pressione dei cittadini sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa»¹⁰.

Il tema della trasparenza e della nozione amministrativistica di corruzione interseca, infine, la questione della crisi economica e della utilizzazione delle risorse. Su di un piano più generale, va ricordato che secondo una autorevole opinione, esiste un legame significativo fra crisi economica e diritto pubblico, essendo, secondo questo modo di pensare, il diritto amministrativo nato a seguito della crisi economica che sta dietro la rivoluzione francese¹¹.

È stato, altresì, posto in luce che la crisi economica ha sottoposto ad una notevole tensione il sistema dei pubblici poteri, determinando fenomeni di reazione e di riforma, e modificando gli equilibri istituzionali anche all'interno dei singoli Stati¹². La questione della trasparenza acquista pertanto un ruolo fondamentale nel nuovo assetto degli equilibri istituzionali (rafforzamento del ruolo dell'esecutivo, rapporti Governo-Parlamento, rapporto tra organi rappresentativi ed autorità tecniche). La trasparenza, intesa come pubblicità e accessibilità, può, infatti, ad un tempo consentire una partecipazione del cittadino non priva di valore all'esercizio delle funzioni di governo, e conferire una legittimazione non formale, ma sostanziale, all'esercizio del pubblico potere, specie quando questo è chiamato ad adottare misure impopolari.

⁹ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 124.

¹⁰ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento*, cit., 18.

¹¹ F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 8 ss.

¹² G. NAPOLITANO, *Conclusioni. Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 472. Sul tema si veda anche G. NAPOLITANO, *Relazione al XIX congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, Crisis economica y crisis del estado del bienestar. El papel de derecho administrativo*, Madrid, 18-20 ottobre 2012.

3. - Per la definizione di una nozione di trasparenza: trasparenza e riservatezza.

Le indicazioni sopra esposte, se sottolineano le ragioni che rendono difficile un discorso meditato sulla trasparenza, evidenziano, nel contempo, i motivi per i quali è tuttavia opportuno parlare di essa, specie nella prospettiva della lotta alla corruzione.

Appare pertanto utile, allo scopo di chiarire quale sia l'idea di trasparenza che sta alla base dell'impegno di prevenzione della corruzione, tracciare una sorta di breve storia della relativa nozione, quale si è concretamente incarnata nell'ordinamento positivo; ed a tal fine, può essere utile stabilire, con una sorta di *actio finium regundorum*, quale sia il contenuto concettuale della trasparenza, e quale, invece, quello di nozioni come *accessibilità* o *pubblicità*; ed in ogni caso, quali siano i rapporti fra questi fenomeni, contigui ma diversi, capaci di soprapporsi ma anche di determinare differenze e cambiamenti significativi.

L'impressione è, infatti, che proprio il mutamento progressivo del rapporto della trasparenza con l'accessibilità e con la pubblicità stia, in realtà, alla base del cambiamento (o comunque dell'evoluzione) della stessa nozione di trasparenza, quale concretamente si manifesta nell'assetto positivo.

Il punto di partenza del discorso non può che essere costituito dalla *nozione generale* di trasparenza.

Questa, attenendo comunque alla *conoscibilità* o alla *conoscenza* di una serie di elementi e di informazioni in possesso dell'amministrazione pubblica, pone tre questioni fondamentali. La prima di esse attiene ad una sua caratteristica specifica: la nozione di trasparenza non si definisce da sé, ma rimanda necessariamente ad una nozione complementare, quella di *riservatezza*. Non può esservi, infatti, una effettiva e concreta trasparenza se non esiste, con riferimento alla stessa realtà, anche una sfera che appare riservata, capace di delimitare e di definire la prima, attraverso il particolare regime conoscitivo assicurato ad alcune informazioni, a tutela di alcuni interessi pubblici e della sfera eminentemente "privata" di ciascun cittadino. In un momento in cui tutte le informazioni in possesso dell'amministrazione pubblica, – nessuna esclusa – sono conosciute dai cittadini, non si pone alcun problema di trasparenza; né, ovviamente, una questione di riservatezza, non esistendo, per definizione sfere riservate volte a delimitare l'in-

formazione. Trasparenza e riservatezza sono pertanto, rispetto al patrimonio conoscitivo dell'amministrazione, strettamente e necessariamente correlate, nel senso che, dove esiste l'una, non può non esistere l'altra; di ciò è testimone lo stesso ordinamento positivo che, quando fa riferimento alla regola della trasparenza, sempre richiama, in qualche modo, anche la riservatezza. E così, la l. n. 241 del 1990, nel disciplinare il diritto di accesso «al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa» (art. 22), esclude tale diritto per i documenti coperti da segreto di stato, «nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsto dall'ordinamento» (art. 24, comma 1); la stessa legge, nel rimandare ad apposito regolamento delegato le modalità di esercizio del diritto di accesso, prevede che questo specifichi i casi di *esclusione* dall'accesso a tutela della sicurezza dello stato, della politica monetaria, dell'ordine pubblico e della riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese (art. 24, comma 2). Non si comporta in modo diverso la disciplina più recente contenuta nel d.lgs. n. 33 del 2013, che, nell'indicare la nozione e la portata della trasparenza, precisa che la stessa va perseguita e realizzata «nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali» (art. 1, comma 2).

Proprio questa correlazione tra trasparenza e riservatezza spiega perché entrambe le regole concorrano sempre a conformare gli ordinamenti concernenti il potere pubblico, il suo esercizio ed i suoi rapporti con i cittadini; sicché nel tempo, la diversità degli ordinamenti (e comunque la loro evoluzione) è determinata dalla diversità del rapporto in concreto intercorrente tra riservatezza e trasparenza, e dalla *prevalenza* dagli stessi ordinamenti accordata all'una o all'altra in un certo momento storico. Si può, ad esempio, ricordare, che nell'ordinamento italiano la regola fondamentale è stata, per lungo tempo, quella della prevalenza della riservatezza sulla trasparenza. Il d.P.R. n. 3 del 1957 prevedeva un dovere generale di riservatezza da parte dei pubblici dipendenti nel corso del procedimento nei confronti di qualunque soggetto comunque interessato (art. 15) e la violazione di tale dovere era sanzionata con una misura disciplinare [artt. 80, comma 3, lett. g), e 81, comma 2, lett. d)].

In tale prospettiva, la riservatezza era concepita come una misura di tutela dell'interesse pubblico e della sua oggettività, nonché dell'indipendenza

dei funzionari pubblici, anche se sottintendeva una idea che faceva del cittadino esclusivamente un destinatario dell'azione pubblica, e non un soggetto partecipe, protagonista, assieme all'amministrazione, dell'assetto degli interessi che si determinava con il provvedimento.

L'art. 15 del T.U. n. 3 del 1957 è stato modificato dalla l. n. 241 del 1990 con una disposizione che, pur mantenendo la regola della riservatezza (art. 26), e quindi del segreto d'ufficio, ha previsto che atti e informazioni siano trasmessi nell'ambito e con le modalità previste dalle norme sul diritto di accesso, e quindi anche di quelle disciplinanti l'accesso procedimentale (artt. 7 e 10).

L'accesso è quindi divenuto regola che supera la trasparenza, con riferimento peraltro ai titolari di interessi diretti, concreti ed attuali [art. 22, comma 1, lett. b)] ed ai soggetti legittimati alla partecipazione procedimentale (art. 10) e nei limiti di tale configurazione.

4. - Trasparenza e procedimento amministrativo.

220

Il secondo profilo significativo riguarda il rapporto tra trasparenza e procedimento amministrativo, e più in generale, tra trasparenza ed istituti di democrazia amministrativa.

È stato di recente affermato che, attraverso l'evoluzione della relativa disciplina, la trasparenza acquisirebbe una sua ragion d'essere «anche e soprattutto al di fuori dello schema e del momento procedimentale in senso stretto»¹³ ed addirittura che la maggiore novità degli ultimi anni sarebbe legata alla perdita di centralità della l. n. 241 del 1990, fenomeno questo che avrebbe contribuito a spostare le frontiere della democrazia amministrativa¹⁴.

Se con tali espressioni si intende affermare che la trasparenza, dopo la l. n. 15 del 2005 ed il d.lgs. n. 150 del 2009, è divenuta una cosa diversa dalla trasparenza quale risulta dalla l. n. 241 del 1990, fino ad essere configurata, con la l. n. 190 del 2012 e con il d.lgs. n. 33 del 2013, come uno degli

¹³ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, n. 8, 2013.

¹⁴ V. ANTONELLI, *La democrazia amministrativa venti anni dopo*, in G.C. DE MARTIN-D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Padova, 2012, 91 ss.

strumenti fondamentali per la prevenzione della corruzione amministrativa, allora non si può che consentire; tuttavia, occorre avere una particolare attenzione nel troncamento, o comunque rendere più tenui, i legami tra trasparenza e procedimento amministrativo. Occorre, infatti tener presente che senza lo sviluppo di una “cultura” del procedimento e senza lo strumento della partecipazione non vi sarebbe stata crescita o sviluppo della cultura della trasparenza. Si tratta di una affermazione che nasce da considerazioni non meramente formali, ma di natura eminentemente sostanziale.

La trasparenza è infatti intimamente legata all’idea di partecipazione (in senso lato) ed alla configurazione di quella amministrativa come attività necessariamente procedimentalizzata. Sono infatti, le norme sulla partecipazione contenute nella l. n. 241 del 1990 che hanno finalmente dato piena attuazione alla regola enunciata già nell’art. 3, comma 1, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E; non a caso, i diritti di tutti i partecipanti consistono nel prendere visione degli atti e nel formulare osservazioni e memorie scritte. È quindi la piena e generale procedimentalizzazione dell’attività amministrativa a consentire la formazione di una cultura ispirata all’idea di una 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 dell’amministrazione; non a caso il testo originario dell’art. 24 della l. n. 241 collega il generale diritto di accesso al fine di «assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale». Ancor prima della l. n. 241 del 1990, peraltro, il diritto di accesso viene configurato in alcune discipline di settore come intimamente legato alla cittadinanza sociale ed al controllo democratico (art. 14, comma 3, l. 8 luglio 1986, n. 349 per l’informazione ambientale; art. 7, commi 3 e 4, l. n. 142 del 1990 con riferimento alla pubblicità ed accessibilità, da parte dei cittadini, degli atti delle amministrazioni comunali).

Un legame del genere appare, d’altra parte, confermato dall’evoluzione della stessa legislazione positiva, nella quale una più efficace affermazione della trasparenza si è spesso accompagnata a modifiche, anche significa-

tive, della disciplina del procedimento amministrativo (l. n. 25 del 2005; art. 1, commi 37, 38, 41, 47, l. 6 novembre 2012, n. 190);

Esiste pertanto un legame profondo tra trasparenza, partecipazione procedimentale e partecipazione popolare come funzione di controllo sociale; e se la trasparenza che si realizza come accessibilità del procedimento è cosa diversa da quella come funzione generalizzata di controllo sociale, è anche vero che quest'ultima non sarebbe stata possibile senza la prima.

5. - Trasparenza: principio generale o istituto positivo?

Il terzo profilo riguarda, per dir così, la “natura” della trasparenza. La trasparenza è un principio generale, o si risolve (esclusivamente) in una serie di istituti positivi, come sembra suggerire la copiosa legislazione in materia? Nonostante l'inflazione (e la complicazione) legislativa, la trasparenza dovrebbe essere considerata un principio generale. Come è stato osservato, essa, in primo luogo «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. Obiettivo che risponde alla finalità del controllo democratico dell'attività della pubblica amministrazione, per una più penetrante tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti»¹⁵.

La trasparenza dovrebbe quindi configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali, ed un obiettivo a cui tendere, direttamente legato con il valore democratico della funzione amministrativa.

Proprio questa duplice natura – strumento e fine – spiega, come essa, ad un tempo, sia enunciata nell'ordinamento quale principio generale (art. 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dalla l. n. 15 del 2005; art. 11, d.lgs. n. 150 del 2009; art. 1, d.lgs. n. 33 del 2013) e si risolva, poi, in una serie di istituti positivi.

Vi è, però, una *tensione* fra l'affermazione della trasparenza come principio e la configurazione sempre crescente di istituti volti a disciplinarla in

¹⁵ 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, 89.

modo specifico con il rischio che la configurazione positiva possa, alla fine, compromettere l'affermazione del principio.

In questa prospettiva, appare evidente che la storia della trasparenza appare intimamente legata alla storia della democrazia amministrativa e che le diverse stagioni della trasparenza corrispondono a diverse e più intense (almeno nelle intenzioni) modalità di realizzazione dei suoi contenuti.

Questa tensione, con le incertezze che ne derivano, è visibile anche nella stessa evoluzione legislativa: nella versione originaria della l. n. 241 del 1990, la trasparenza non è annoverata tra i principi dell'azione amministrativa indicati nell'art. 1, ma costituisce lo scopo da realizzare ed il valore da preservare con l'accesso (art. 22). La trasparenza diventa principio dell'attività amministrativa con la novella del 2005 (art. 1, l. n. 241 come modificato dalla l. n. 15 del 2005), ma fra i principi generali viene compreso anche l'accesso (art. 22, l. n. 241, come modificato dalla l. n. 15 del 2005). È con il d.lgs. n. 150 del 2009 che la trasparenza, principio generale, si collega in modo specifico con gli *altri* principi tradizionali dell'attività amministrativa ed assume addirittura il ruolo di "principio strumentale" o di mezzo di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità (art. 11). La trasparenza viene, così, ufficialmente definita come strumento di controllo della funzione amministrativa per la realizzazione del principio democratico e si connette, in questa prospettiva, con l'integrità delle pubbliche amministrazioni.

All'esito del suo percorso, la democrazia amministrativa – almeno nelle intenzioni e nelle dichiarazioni del legislatore – diviene democrazia *tout court*.

6. - Trasparenza, accessibilità e pubblicità.

L'affermazione del principio di trasparenza amministrativa, tanto nel quadro legislativo che nel dibattito scientifico, si accompagna spesso alla affermazione dell'*accessibilità* degli atti e delle informazioni, e della (più o meno esistente) *pubblicità* delle medesime. Si pone, pertanto la questione della *distinzione* e del *rapporto* tra trasparenza, accessibilità e pubblicità: se cioè queste ultime siano sostanzialmente dei *sinonimi* della prima, ovvero se, rispetto alla prima, abbiano un contenuto concettuale (e, per quanto riguarda la disciplina positiva, un contenuto precettivo) diverso. Si pone,

poi, nel caso di distinzione, la questione del rapporto fra trasparenza, accessibilità e pubblicità.

Almeno a livello di prima approssimazione, le locuzioni sopra ricordate sembrano muoversi tutte nello stesso ambito concettuale e valoriale, che è quello della realizzazione di una amministrazione “casa di vetro”; se trasparenza è conoscibilità e conoscenza diffusa delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni¹⁶, allora accessibilità e pubblicità tendono a confondersi con essa: non vi è infatti trasparenza amministrativa senza accessibilità degli atti e delle informazioni, mentre la stessa trasparenza si risolve in una ragionata pubblicità di tali elementi.

Se poi si considera la disciplina positiva, essa, almeno all’inizio, appare caratterizzata da una certa equivocità, che viene poi progressivamente superata dalla normativa più recente. La l. n. 241 del 1990, nella stesura preesistente alla l. n. 15 del 2005, configura quello di *pubblicità* come principio generale dell’attività amministrativa; la trasparenza, tuttavia, entra in campo con l’accesso e viene configurata come finalità e come valore da perseguire nell’azione dei pubblici poteri (art. 22, comma 1).

Con la l. n. 15 del 2005 trasparenza e accessibilità diventano entrambe principio generale (artt. 1 e 22 l. n. 241 del 1990, come modificati dalla l. n. 15 del 2005).

Per converso, la legislazione di settore, nell’intento di favorire la configurazione dell’amministrazione come “casa di vetro”, fa riferimento sia alla “pubblicità” degli atti che al diritto di accesso riconosciuto ai cittadini nei modi previsti dal regolamento (art. 7, l. n. 142 del 1990 per le amministrazioni comunali e provinciali); la disciplina in materia ambientale parla, indifferentemente di “divulgazione delle informazioni sullo stato dell’ambiente” (art. 14, comma 1), di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica degli atti la cui conoscenza interessa la generalità dei cittadini e risponde ad esigenze informative di carattere “diffuso” (art. 14, comma 2) e la l. n. 349 del 1986 di diritto di accesso riconosciuto a qualunque cittadino alle informazioni sullo stato dell’ambiente (art. 14, comma 3, l. n. 349 del 1986).

Sulla stessa linea, il d.lgs. n. 39 del 1997, sempre a proposito dell’infor-

¹⁶ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento*, cit., 18.

mazione ambientale, fa riferimento alla “libertà di accesso” alle relative informazioni (art. 1, comma 1), nonché all’obbligo delle autorità di rendere “disponibili” le informazioni relative all’ambiente a chiunque ne faccia richiesta (così declinando la trasparenza come accessibilità generalizzata); il successivo d.lgs. n. 195 del 2005, oltre a garantire il diritto di accesso [art. 1, comma 1, lett. a)], si muove nell’ottica di assicurare una ulteriore condizione, e cioè forme di pubblicità indicate come sistematica e progressiva messa a disposizione del pubblico e come diffusione, anche attraverso strumenti di telecomunicazione ed informatici, dell’informazione ambientale [art. 1, comma 1, lett. b)]. Con la disciplina successiva torna, invece, in primo piano la trasparenza, che diviene regola di organizzazione delle amministrazioni pubbliche [art. 5, comma 1, lett. c); art. 12, d.lgs. n. 29 del 1993] e del lavoro pubblico (art. 2, l. n. 15 del 2009). Nella stessa ottica rivolta all’organizzazione si collocano le disposizioni sugli uffici relazioni con il pubblico (art. 12, d.lgs. n. 29 del 1993; art. 11, d.lgs. n. 165 del 2001).

La legislazione anteriore al d.lgs. n. 150 del 2009 sembra, quindi, muoversi ora in una ottica in cui trasparenza, accessibilità e pubblicità tendono a convergere nella stessa realtà, ora in una logica che sembra introdurre tra di esse alcuni elementi di distinzione.

E tuttavia, se si guarda al fenomeno in una prospettiva più complessa, appare palese che la trasparenza non può essere ridotta ad una sua *forma* (accessibilità o pubblicità), e che rispetto a queste essa ha necessariamente un contenuto più ampio.

Proprio d’altra parte, la configurazione della trasparenza come principio generale dell’ordinamento (art. 1, l. n. 241 del 1990), ed addirittura come livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche (art. 11, d.lgs. n. 150 del 2009; art. 1, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013) evidenzia al di là di ogni dubbio, che la trasparenza suppone l’accessibilità e la pubblicità, ma va oltre di esse. In questa prospettiva la trasparenza è sì “conoscenza diffusa” delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ma è anche regola del procedimento e dell’organiz-

zazione ¹⁷, valore immanente nell'ordinamento ¹⁸, strumento per evitare elusioni al principio di concorrenza ed accordi illeciti o corruttivi ¹⁹: una realtà cioè che si proietta oltre la questione del rapporto del cittadino con le informazioni detenute dall'amministrazione, per divenire istituto fondamentale di democrazia amministrativa ²⁰ e *regola*, organizzativa e funzionale, del potere.

La trasparenza è essa stessa, nell'ottica della democrazia amministrativa, un *carattere strutturale del potere pubblico*, che deve essere realizzata con tutti gli strumenti che l'ordinamento a tal fine prevede.

In questa prospettiva, l'*accessibilità* degli atti e delle informazioni è una modalità di realizzazione della trasparenza che affida al cittadino la ricerca e la selezione delle informazioni di cui ha bisogno ²¹. Essa, dunque, suppone un movimento del cittadino verso l'amministrazione, la quale deve limitarsi a consentire l'accesso, ed a mantenere riservate quelle informazioni e quei documenti necessari per la cura di interessi pubblici o privati (riservatezza e dati personali). In un certo senso, nel sistema basato sull'accesso – che non è, nella sua configurazione generale, legato necessariamente al rapporto con la tutela di una situazione differenziata - la pubblicità è realizzata con l'iniziativa del cittadino, ed è appunto per questo che l'accesso è legato intimamente con la partecipazione.

Anche la *pubblicità* costituisce una forma (o uno strumento) di realizzazione della trasparenza: in essa, tuttavia, l'iniziativa del potere pubblico precede e anticipa il movimento del cittadino poiché prescinde da qualunque sua iniziativa e consiste nella *pubblicazione organizzata* di documenti ed informazioni dell'amministrazione. Essa si risolve, in senso tecnico, in un *obbligo* per l'amministrazione che può essere generalizzato con riferimento a tutte le informazioni, o riguardare invece categorie più o meno ampie di esse. Sotto questo profilo, non appare esatta l'affermazione secondo cui la pubblicità sarebbe «un mero stato di fatto dell'atto» ²²; al

¹⁷ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F. SCOCA (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012.

¹⁸ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit.

¹⁹ F. MANGANARO, *L'evoluzione*, cit., 3.

²⁰ F. MANGANARO, *L'evoluzione*, cit., 3.

²¹ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento*, cit., 18.

²² F. MANGANARO, *L'evoluzione*, cit., 4.

contrario, la pubblicità suppone e si risolve in un regime giuridico. Ciò che infatti caratterizza la pubblicità è il fatto che essa è giuridicamente ed organizzativamente *predisposta* dall'amministrazione, sicché l'intervento del cittadino è previsto quando l'ordinamento che dispone la pubblicità non ha attuazione spontanea.

Il carattere strumentale, rispetto alla trasparenza, dell'accesso e della pubblicità è, d'altra parte, ricavabile dalla stessa disciplina positiva: significativi, al riguardo, possono essere considerati l'art. 22 della l. n. 241 del 1990, che configura l'accesso come strumento di realizzazione del fine della trasparenza, e l'art. 1 della l. n. 190 del 2012, in forza del quale la trasparenza «è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti *web* istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione».

La distinzione fra trasparenza, accessibilità (o accesso) e pubblicità è utile perché rende possibile una valutazione differenziata²³. Tuttavia, la distinzione è particolarmente utile soprattutto perché consente di comprendere che il mutamento progressivo della nozione di trasparenza, nella legislazione positiva, si giustifica con il mutamento del rapporto tra essa e la forma (o lo strumento) di realizzazione. La trasparenza acquista, così, un contenuto normativo e concettuale diverso a seconda che l'ordinamento privilegi come *forma* o *strumento* di attuazione di essa, l'accesso o la pubblicità. Più precisamente, l'ordinamento positivo sembra registrare un mutamento della nozione giuridica di trasparenza via via che, nella forma della sua realizzazione, la pubblicità si afferma sull'accessibilità, pur ovviamente, non escludendola. L'evoluzione della nozione giuridica di trasparenza è, così, affidata alla dialettica tra questa, pubblicità e accessibilità.

7. - La l. n. 241 del 1990: trasparenza come primato dell'accessibilità.

Le osservazioni sopra esposte consentono di tracciare una "vicenda" della trasparenza nell'ordinamento positivo, che conduce, alla fine, alla configurazione di essa come strumento di lotta alla corruzione e di prevenzione

²³ F. MANGANARO, *L'evoluzione*, cit., 5.

della *maladministration*: la trasparenza può svolgere il ruolo assegnatole nella l. n. 190 del 2012 e nel d.lgs. n. 33 del 2013 proprio perché la relativa nozione, quale risulta dalla sua configurazione giuridica, non è più quella propria della legge n. 241, anche se la suppone e non la fa venir meno.

Al riguardo, è stato osservato che nel percorso normativo della trasparenza possono essere identificate diverse tappe evolutive²⁴ caratterizzate dal diverso rapporto fra essa e la propria prevalente forma realizzativa (accesso o pubblicità). Ad esse corrisponde un mutamento della nozione di trasparenza.

La prima tappa può essere identificata in quella legata alla legge n. 241, nella quale si registra una chiara prevalenza dello strumento dell'accesso. In essa, peraltro, come è ovvio, la trasparenza non si riduce all'accesso. Da una parte, fanno parte della prima, come si è visto, anche tutte le misure procedurali, dall'altra, pure in questa stagione la disciplina della trasparenza si realizza anche attraverso forme di pubblicità, come avviene per quelle, già ricordate, riguardanti la disciplina degli enti locali e dell'informazione ambientale. Tuttavia, non vi è dubbio che la centralità spetta al diritto di accesso. È esso, infatti, che costituisce esplicitamente lo strumento per realizzare la trasparenza intesa come un fine indispensabile per assicurare l'interlocuzione con il cittadino (art. 22, l. n. 241 del 1990, nel testo preesistente alla l. n. 15 del 2005). Il diritto di accesso costituisce ad un tempo l'oggetto principale (insieme alla possibilità di inviare memorie) della partecipazione procedimentale e lo strumento fondamentale, al di là della partecipazione procedimentale, per assicurare la tutela di una posizione sostanziale facente capo ad un soggetto pubblico o privato (art. 22, l. n. 241 del 1990).

Si afferma, così, l'esistenza di un diritto ad una informazione qualificata nei confronti dell'amministrazione, cui si accompagna la consapevolezza dell'importanza, ai fini dell'esercizio della funzione amministrativa, del patrimonio conoscitivo dell'amministrazione e della sua gestione.

In questo contesto, anche per l'intervento del giudice amministrativo, il diritto di accesso si va caratterizzando non tanto come misura di controllo sociale, quanto come strumento di tutela individuale di una situazione

²⁴ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 2.

soggettiva; non a caso, i procedimenti di massa sono esclusi dall'applicazione delle norme sulla partecipazione (art. 13, l. n. 241 del 1990).

Nella stessa stagione, peraltro, l'ordinamento conosce forme specifiche e limitate di accesso riconosciute al cittadino, in relazione a tale sua qualità e non con riferimento alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Ciò avviene in materia ambientale e con riferimento agli atti degli enti locali.

8. - La l. n. 205 del 2000 e la strutturazione dell'accesso come tutela di una situazione soggettiva.

Proprio l'elaborazione giurisprudenziale formatasi a proposito del diritto di accesso prepara la successiva stagione della trasparenza, che trova il proprio compimento nelle modifiche alla l. n. 241 del 1990 poste in essere con la l. n. 15 del 2005. In essa non soltanto la trasparenza mantiene il suo ancoraggio al procedimento, ma si fa, come si è visto, principio generale dell'attività amministrativa (art. 1, comma 1); per converso, quello di accesso si va, sempre più, configurando come un diritto a tutela di una situazione giuridica soggettiva, mutuando, non a caso, la propria struttura dall'esperienza della tutela giurisdizionale. Decisivo appare, in proposito, il nuovo testo dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, che indica coloro che intendano accedere come soggetti titolari di un interesse diretto, concreto, attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento, e fornisce copertura legislativa ai controinteressati all'accesso [art. 22, comma 1, lett. c)]. Vengono, altresì, precisati sia la nozione di documento amministrativo, con una formula in realtà assai ampia [art. 22, comma 1, lett. d)], anche se viene esclusa l'accessibilità di informazioni che non abbiano forma di documento amministrativo (art. 22, comma 4), sia l'ambito soggettivo della disciplina, estesa ai soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse [art. 22, comma 1, lett. e)]. Paradossalmente, in un periodo in cui quello di accesso si struttura come diritto volto alla tutela di una situazione soggettiva individuale, lo stesso viene indicato come "principio generale", dell'attività amministrativa, attesa la sua rilevante finalità di pubblico interesse (art. 22, comma 2); viene tuttavia ribadita la natura *strumentale* dell'accesso (ormai divenuto principio), alla realizzazione della trasparenza e del tradi-

zionale principio di imparzialità (art. 22, comma 2). La trasparenza, così, pur caratterizzandosi principalmente come accesso, tende a qualificarsi come regola organizzativa del sistema amministrativo.

9. - Il d.lgs. n. 150 del 2009: l'accessibilità "totale" verso la pubblicità.

È, tuttavia, con la disciplina successiva contenuta nel d.lgs. n. 150 del 2009 che la trasparenza inizia a distaccarsi dall'accesso inteso come strumento di tutela di situazioni individuali, per dirigersi verso forme generalizzate di conoscibilità che si avvicinano molto alla *pubblicità* e comunque ne suppongono una presenza molto più significativa. La l. n. 15 del 2009 aveva, con l'art. 1, delegato il Governo ad adottare misure di riforma del lavoro pubblico, indicando, tra l'altro, quali obiettivi da raggiungere, la garanzia della trasparenza dell'organizzazione del lavoro e l'introduzione di sistemi di valutazione del personale e della strutture, idonei a consentire anche agli organi politici di vertice l'accesso diretto alle informazioni relative alla valutazione del personale dipendente [art. 2, comma 1, lett. *c*) e *d*]): una trasparenza, quindi anche "interna", nel rapporto tra amministrazione e politica, anche al fine di una opportuna valorizzazione del merito [art. 1, comma 1, lett. *e*)]. Il d.lgs. n. 150 del 2009 ha dato attuazione alla delega realizzando, se non una vera e propria mutazione genetica²⁵, della trasparenza, un radicale spostamento del suo baricentro. Questo, infatti, non si caratterizza più per il riferimento ai singoli procedimenti, ma, sempre nell'ottica della valutazione e della misurazione della *performance*, per il riferimento ai *risultati* dell'amministrazione ed alle risorse impiegate (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 1250 del 2009). La trasparenza si sposta dai singoli procedimenti alla funzione amministrativa *tout court*, di cui va misurata l'efficienza e la qualità. Il riferimento diviene, così, non solo il principio di imparzialità (art. 22, comma 2, l. n. 241 del 1990), ma anche quello di buon andamento (efficienza, efficacia ed economicità).

In coerenza con tale spostamento, la trasparenza non si realizza più soltanto con un accesso legato alla tutela di posizioni individuali, ma anche e soprattutto con una *accessibilità totale* ad una serie di dati tendenzialmente

²⁵ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 3.

omnicomprensivi dell'azione e delle organizzazioni pubbliche allo scopo di realizzare «forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità» (art. 11, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2009).

Cambia, così, l'oggetto della trasparenza: non più il procedimento ed il provvedimento, non più i documenti amministrativi, ma più ampiamente le "informazioni" riguardanti in via generale l'organizzazione, gli indicatori relativi alla gestione, l'utilizzo delle risorse (finanziarie, strumentali ed umane) i risultati dell'attività di misurazione e valutazione (art. 11, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2009. Da tutela della situazione soggettiva l'accesso (e con essa la trasparenza), diviene, in qualche modo, servizio pubblico nell'interesse della collettività; da servizio burocratico a fruizione individuale²⁶ diviene servizio pubblico nell'interesse generale.

L'accessibilità totale che caratterizza la nuova trasparenza è, con evidenza, cosa ben diversa dall'accesso previsto dalla legge n. 241, non supponendo più un «interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata» [art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990]. Il d.lgs. n. 150 del 2009 non fa venir meno l'accesso come disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, ma affianca ad esso una diversa trasparenza, fondata su una accessibilità che attribuisce al cittadino una nuova posizione qualificata e diffusa rispetto alle informazioni pubbliche²⁷.

Quanto alle *modalità di realizzazione* dell'accessibilità totale, va rilevato che esse si allontanano significativamente da quelle tradizionali, consistenti nell'affidamento al cittadino della ricerca delle informazioni di cui ha bisogno²⁸. Esse, infatti, si realizzano, principalmente, con la pubblicazione di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e le risorse nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, con una serie di adempimenti finalizzati alla riduzione del costo dei servizi ed al loro monitoraggio, con l'attuazione degli adempimenti relativi alla posta elettronica certificata, e soprattutto con una complessa attività di pianificazione e programmazione riguardante l'elaborazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, il Piano e la Relazione sulla perfor-

²⁶ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, 126-127.

²⁷ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 3.

²⁸ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento*, cit., 18.

mance (art. 11, commi 2, 4, 5, 6, 7). Si tratta, pertanto di una accessibilità che ha perduto il proprio tradizionale carattere, consistente nell'iniziativa del cittadino, che muove decisamente verso forme qualificate e stringenti di pubblicità, e che suppone una importante attività preventiva di valutazione e di organizzazione da parte dell'amministrazione. Muta così, il contenuto concettuale della trasparenza perché si modifica in modo significativo il rapporto di questa con la pubblicità. L'accessibilità totale fa della trasparenza una funzione di servizio agli utenti ed un controllo sociale diffuso dell'operato delle amministrazioni ²⁹ che, proprio perché tale, appare diversa dall'accesso tradizionale, che, per esplicita indicazione legislativa, non può realizzare un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 3, l. n. 241 del 1990 come modificata dalla l. n. 15 del 2005).

Il vero cambiamento si realizza, pertanto, rispetto alla trasparenza come configurata dalla l. n. 15 del 2005: il superamento dell'accesso tradizionale, legato alla tutela delle situazioni soggettive, e la scelta di forme significative di obblighi di programmazione e pubblicità a carico delle amministrazioni, consentono la configurazione di una "nuova" trasparenza, che proprio perché volta a misurare e monitorare l'esercizio del potere in funzione della soddisfazione degli utenti, può essere configurata come livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost. (art. 11, d.lgs. n. 150 del 2009): configurazione questa che appare di grande rilievo ³⁰ perché postula la trasformazione di alcuni tratti dell'attività amministrativa in "prestazione" a fronte di specifici diritti di individui, operatori economici e soggetti privati introdotti dalla legge ordinaria (Corte cost. 20 luglio 2012, n. 2303).

Il nuovo volto della trasparenza consente, infine, il collegamento con l'integrità, intesa non solo come assenza di forme di *maladministration*, ma come promozione di un forte spirito civico (art. 11, d.lgs. n. 150 del 2009).

²⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 3.

³⁰ B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 11, 1137 ss.

10. - La disciplina anticorruzione ed il superamento dell'accesso. La trasparenza come pubblicità.

È proprio tale situazione che rende possibile la quarta stagione, nella quale la trasparenza diventa strumento precipuo di prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Con la l. n. 190 del 2012, approvata in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della l. 3 agosto 2009, n. 116 e degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, si è fatta strada nell'ordinamento, come si è già visto, una diversa e più ampia nozione di corruzione, che può essere definita "amministrativistica"³¹.

In tal modo le politiche pubbliche di controllo e di prevenzione della corruzione trovano uno strumento generale.

La legge – che pure è caratterizzata da lacune, con riferimento ad esempio, alla corruzione politica ed al conflitto di interessi dei membri del Parlamento –³² affida le politiche di prevenzione ad un approccio complesso, che vede presenti strumenti diversi, quali una vera e proprio *organizzazione amministrativa*, *misure di pubblicità* delle informazioni sia a carattere generale che con riferimento a settori specifici (appalti), *disposizioni* sugli arbitrati, sul procedimento amministrativo, sulle incompatibilità e sugli incarichi esterni, sugli incarichi dirigenziali, sull'incapacità dei soggetti condannati ad assumere incarichi, sulla decadenza, sui codici di comportamento e sulla responsabilità disciplinare, sulla tutela dei denunciati.

Un approccio così esteso e complesso è frutto anche della tendenza del legislatore italiano a giustapporre istituti diversi, senza una adeguata riflessione sul risultato finale e soprattutto sulla realizzabilità in tempi ragionevoli degli interventi programmati: non vi è dubbio, tuttavia, che nel novero delle misure indicate dalla legge, un ruolo di primo piano spetta a quelle dedicate alla trasparenza. Di ciò non ci si può meravigliare, essendosi verificato con la legislazione successiva al 2005, quel mutamento

³¹ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 124.

³² B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 124.

radicale in forza del quale la trasparenza è realizzata sostanzialmente con forme di pubblicità piuttosto che con disposizioni sull'accesso.

All'appuntamento con la disciplina anticorruzione giungono, peraltro, non solo quella che, enfaticamente, è stata definita "accessibilità totale", ma anche tutte le esperienze che in proposito, a partire dal 2005, sono state realizzate. Come è stato efficacemente osservato³³ la scelta della pubblicità come istituto fondamentale della trasparenza, unitamente all'approvazione, nel codice dell'amministrazione digitale, delle disposizioni sul contenuto obbligatorio dei siti delle amministrazioni, ha generato una vera e propria euforia legislativa che ha visto l'introduzione di più di cento previsioni in tema di obbligo di pubblicazione, a cui ha fatto seguito quello che è stato indicato come un "duplice fallimento", legato alla frammentarietà della disciplina sulla pubblicità ed al conseguente elevato tasso di inosservanza³⁴. È per tale ragione che la l. n. 190 del 2012 ha, opportunamente, previsto, all'art. 1, commi 35 e 36, una delega legislativa per il riordino degli obblighi di pubblicità, di trasparenza, diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. In attuazione di tale delega è stato emanato il d.lgs. n. 33 del 2013.

La trasparenza prevista e disciplinata dalla l. n. 190 del 2012 e dal d.lgs. n. 33 del 2013 si pone, pertanto, in una linea di continuità con l'accessibilità totale di cui al d.lgs. n. 150 del 2009, e di essa eredita pregi e difetti.

Come già nel d.lgs. n. 150 del 2009 – e secondo l'impostazione generale che caratterizza la l. n. 241 del 1990 – la trasparenza, intesa come valore da perseguire, non è affidata soltanto ad obblighi di pubblicità, ma anche a misure amministrative ed organizzative ed a quella che è stata definita una complessa e velleitaria pianificazione³⁵.

Si segnala, in proposito, la figura del responsabile della prevenzione della corruzione, che, richiama, con chiarezza, il responsabile del procedimento di cui alla l. n. 241 del 1990. Il suo ruolo è intimamente legato agli strumenti di pianificazione e programmazione previsti dalla legge, ed in

³³ M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 8-9, 797.

³⁴ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 798.

³⁵ M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza*, cit., 113 ss.

particolare al piano triennale di prevenzione della corruzione (art. 1, comma 8, l. n. 190 del 2012).

La legge, infatti, predispone un processo di pianificazione a cascata, che ricorda da vicino quello previsto dal d.lgs. n. 150 del 2009, con il quale si pone un evidente problema di sovrapposizione, e che si basa sul piano nazionale, elaborato dal Dipartimento della funzione pubblica ed approvato dalla CIVIT, poi divenuta Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche con l'art. 5, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. in l. n. 125 del 2013, quale autorità nazionale anticorruzione (art. 1, commi 2 e 4), e sui piani triennali, predisposti dalle singole amministrazioni, adottati, su proposta del responsabile dall'organo di indirizzo politico. Il piano nazionale intende valorizzare ed introdurre nelle pubbliche amministrazioni misure mutuuate dall'esperienza della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, e suppone l'utilizzazione di tecniche proprie del settore privato, quali quelle di *risk management* e di *risk assessment*.

Quanto al responsabile della corruzione, la legge gli assegna un ruolo di promozione (art. 1, comma 8, l. n. 190 del 2012), di verifica della rotazione effettiva degli incarichi dirigenziali (art. 1, comma 10, l. n. 190 del 2012) e introduce per il medesimo una specifica responsabilità (art. 1, commi 12, 13 e 14). Si tratta, nel complesso, di misure che suscitano notevoli perplessità anche per il rischio che le stesse abbiano una attuazione meramente formale e burocratica.

Le altre misure riguardano l'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (l'Autorità Nazionale Anticorruzione) e la modifica di alcune disposizioni della l. n. 241 del 1990. Su di esse la valutazione non può essere positiva, se non altro perché reiterano la tendenza a variare continuamente una legge che, per essere fondamentale, dovrebbe essere contrassegnata da una certa stabilità. Alcune sembrano realizzare, nel segno della trasparenza, una regressione anziché un progresso, come quella che prescrive che gli accordi *ex art. 11, l. n. 241 del 1990* siano motivati, e che segna la definitiva sconfitta dell'amministrazione consensuale.

È tuttavia con le specifiche disposizioni sulla trasparenza che si coglie il definitivo superamento dello schema che affidava all'accesso la sua realizzazione. L'art. 1, comma 15, precisa infatti che la trasparenza dell'attività

amministrativa «si realizza mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali della pubblica amministrazione», delle informazioni relative agli oggetti nella stessa norma indicate. È quindi la *pubblicità* che costituisce lo *strumento fondamentale* per la realizzazione della trasparenza; tale pubblicità si attua, peraltro, non attraverso un generale obbligo di pubblicazione delle informazioni in possesso dell'amministrazione, ma attraverso la configurazione di una serie di obblighi puntuali (art. 1, commi 15-16 e 26-31) che si aggiungono ai molti già presenti nell'ordinamento. È per tale ragione che la legge ha previsto, all'art. 1, comma 33, una apposita delega per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità.

E tuttavia, tale disposizione, se appare opportuna per portare ordine nel gran numero di obblighi di pubblicità esistenti, conferma al di là di ogni dubbio la scelta di un modello in cui la trasparenza si realizza non attraverso un generale dovere di pubblicità, ma per il tramite della previsione di una serie ampia, ma puntuale, di obblighi di pubblicazione.

11. - La nuova trasparenza. Obblighi di pubblicazione e diritto di conoscenza.

È quindi con il d.lgs. n. 33 del 2013, che è stata completata e messa a punto la nuova configurazione della trasparenza amministrativa che, proprio perché fondata su una serie assai ampia di obblighi di pubblicità, appare capace di realizzare forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (così, testualmente, l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013). Alla trasparenza intesa come accesso volto alla soddisfazione della posizione soggettiva individuale e di controllo puntuale, si aggiunge e si consolida l'accessibilità totale, che intende realizzare un controllo democratico sull'esercizio del potere pubblico.

Al di là, peraltro delle importanti ma enfatiche affermazioni di principio contenute nell'art. 1, decisiva, per la comprensione del sistema, appare la disposizione contenuta nel successivo art. 3, d.lgs. n. 33 del 2013 sotto la significativa rubrica "pubblicità e diritto alla conoscibilità".

L'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013 contiene due disposizioni. In forza della prima «tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubbli-

cazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici»; in forza della seconda, «chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'art. 7».

Nella sua efficace concisione, l'art. 3, comma 1 evidenzia, in controluce, tutti i profili evolutivi della trasparenza, ma anche tutti i profili limitativi di essa; in qualche modo, tutte le luci, ma anche qualche ombra.

Il primo rilievo attiene alla trasparenza. Coerentemente alle previsioni dell'art. 1 l. n. 190 del 2012, la trasparenza è pienamente realizzata con la *pubblicità*. Evidente risulta l'abbandono del metodo dell'accesso per la realizzazione di una trasparenza che acquista un significato diverso da quello tradizionale, così divenendo un vero e proprio servizio pubblico, strumento privilegiato per la realizzazione dell'*open government*.

Tale pubblicità riguarda «tutti i documenti, le informazioni e i dati»: risulta, pertanto, con maggior chiarezza, evidente, l'abbandono (ed il superamento) non solo dello strumento, ma anche del «sistema» dell'accesso, dal momento che in questo l'accessibilità riguardava i «documenti amministrativi» (art. 22, comma 3, l. n. 241 del 1990), mentre non erano accessibili «le informazioni» che non avessero la forma di «documento amministrativo» (art. 22, comma 4, l. n. 241 del 1990).

La pubblicità, peraltro, riguarda i documenti, le informazioni e i dati «oggetto di pubblicazione obbligatoria» (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013), mentre, in stretta correlazione a tale obbligo di pubblicità, è attribuito «a chiunque» il diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di «utilizzarli e riutilizzarli».

Sembrerebbe così realizzato, anche nel nostro ordinamento, quel *right to know* che è una caratteristica specifica degli ordinamenti ispirati al *Freedom of information Act*, strettamente correlato alla realizzazione dell'*open government* ed al funzionamento di un ordinamento democratico e che costituisce un vero e proprio diritto fondamentale³⁶.

Le cose, tuttavia, non stanno in questo senso. La pubblicità riguarda infatti non tutte le informazioni in possesso delle amministrazioni, con l'unico limite delle esigenze di riservatezza correlate ad interessi pubblici

³⁶ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 795 ss.

e privati previamente identificati, ma i documenti, le informazioni ed i dati “oggetto di pubblicazione obbligatoria”.

È quindi la previsione positiva dell’ordinamento (presente anche fuori del d.lgs. n. 33 del 1993) e non una regola generale, e stabilire l’obbligo di pubblicazione, che di tali previsioni segna l’ampiezza ed il limite. Correlativamente, la norma positiva *conforma* il diritto di conoscenza: questo è riconosciuto a *chiunque*, ma *nei limiti delle previsioni di legge*, e quindi soltanto per i documenti per cui esista un obbligo di pubblicazione normativamente stabilito.

Che le cose vadano in tal senso risulta ulteriormente chiarito dal successivo art. 4. Quest’ultimo, nel precisare che le amministrazioni possono disporre la pubblicazione di documenti atti o informazioni che non hanno l’obbligo di pubblicare, implicitamente ma chiaramente conferma che non può esservi pubblicità senza apposita previsione che la imponga, e che il *right to know* è strettamente legato all’esistenza dell’obbligo di pubblicazione. Al di fuori dell’obbligo di pubblicazione (scaturente da norma legislativa o regolamentare o dall’autonoma facoltativa determinazione dell’amministrazione) non può esservi trasparenza come “accessibilità” totale, ma soltanto la possibilità dell’accesso, esercitato alla stregua della disciplina contenuta nella l. n. 241 del 1990.

Nel sistema del d.lgs. n. 33 del 2013, coesistono pertanto due diversi tipi (e due diverse nozioni) di trasparenza con due diversi regimi giuridici: una trasparenza come *pubblicità*, riguardante le informazioni per le quali è previsto un obbligo di pubblicità, ed una trasparenza come *accessibilità ex lege* n. 241 del 1990, per gli atti amministrativi (e non le informazioni) non soggetti ad obblighi di pubblicità, per i quali continua ad operare la Commissione per l’accesso (art. 4, comma 7). Non a caso, con riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 33 del 2013, si è affermato che essa distingue tra l’area della *pubblicità necessaria* e l’area residuale della *pubblicità facoltativa*, per la quale, in mancanza della scelta puntuale dell’amministrazione, sono azionabili soltanto le tradizionali previsioni dell’accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990³⁷.

A tali diversi tipi di trasparenza corrispondono, pertanto, due situazioni

³⁷ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 802.

giuridiche soggettive tra loro molto diverse: un *diritto di conoscenza* e di fruizione riconosciuto a *chiunque* per gli atti sottoposti ad obbligo di pubblicazione, ed un *diritto di accesso* riconosciuto a coloro che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridica tutelata [art. 22, comma 1, lett. *b*), l. n. 241 del 1990] per gli atti per i quali non sussista obbligo di pubblicazione.

Può pertanto, nonostante le enfatiche dichiarazioni contenute nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013, dubitarsi che la trasparenza intesa come accessibilità totale, costituisca effettivamente un principio generale applicabile in ogni caso ed effettivamente operativo. Tale principio, infatti, non trova applicazione con riferimento agli atti che non sono oggetto di pubblicazione obbligatoria, mentre lo stesso art. 2, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013, nel precisare che le disposizioni in esso contenute *individuano* gli obblighi di trasparenza concernenti l'organizzazione e l'attività della p.a., chiaramente conferma che il principio affermato nell'art. 1, comma 1, abbisogna, per divenire operativo, di una specifica disciplina attuativa.

12. - Il d.lgs. n. 33 del 2013: principio di trasparenza e sistematizzazione della pubblicità.

239

Le ulteriori, importanti, disposizioni contenute nel d.lgs n. 33 del 2013 seguono fedelmente l'impostazione sopra descritta. Proprio una trasparenza intesa come conoscibilità di documenti, atti ed informazioni, soggetti ad obblighi di pubblicazione, rendeva necessaria l'opera di raccolta dei circa cento obblighi previsti in diverse discipline di settore³⁸. A tanto provvede il d.lgs n. 33 del 2013, sia introducendone di specifici per gli atti normativi ed amministrativi generali, (ma si veda l'art. 24, l. n. 241 del 1990), sia riordinando le disposizioni già presenti nell'ordinamento in quattro capi, concernenti l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione (capo II), l'uso delle risorse pubbliche (capo III), le prestazioni offerte ed i servizi erogati (capo IV), ed i settori speciali (capo V).

Il d.lgs n. 33 del 2013, oltre a riordinare in un approccio sistematico gli obblighi già esistenti, ne introduce di nuovi, tra i quali possono essere

³⁸ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 798.

ricordati, in quanto rispondenti ad una domanda sociale largamente diffusa, i dati concernenti i redditi e la condizione patrimoniale dei titolari degli organi di indirizzo politico (art. 14), ed i rendiconti dei gruppi consiliari e regionali; significativa è anche la pubblicazione degli atti di conferimento di incarichi e di consulenza, e la configurazione di tale adempimento come condizione di efficacia dei medesimi ³⁹.

Degli obblighi di pubblicazione complessivamente contenuti nel decreto delegato è stata opportunamente proposta una classificazione di tipo funzionale, che distingue tra quelli finalizzati a consentire un controllo diffuso sul personale e sull'azione amministrativa, quelli diretti a rafforzare l'*accountability* delle amministrazioni finanziarie, e quelli orientati alla *customer satisfaction* ⁴⁰. Nel complesso questi obblighi generali – cui si aggiungono quelli previsti per i settori speciali (contratti pubblici, opere pubbliche, pianificazione e governo del territorio, servizio sanitario nazionale, interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente) – realizzano, almeno sulla carta, un significativo controllo sull'esercizio della funzione pubblica. In questa ottica, un ruolo particolarmente significativo deve essere riconosciuto a quelli riguardanti la gestione finanziaria, come gli obblighi di pubblicazione del bilancio annuale di previsione a consuntivo in forma sintetica, aggregata e semplificata (art. 30), e, novità assai significativa in vista di una interazione tra controllo legale e controllo sociale, i rilievi degli organi di controllo con particolare riguardo a quelli non recepiti (art. 31).

13. - L'accesso civico: il diritto di accesso *conformato* dagli obblighi di pubblicazione.

Il d.lgs. n. 33 del 2013, individua negli artt. 43-45 gli obblighi di vigilanza e le sanzioni per l'inosservanza dei medesimi. Ai meccanismi di *enforcement* va, peraltro, ricondotto ⁴¹ anche l'accesso civico regolato dall'art. 5. La disciplina di cui agli artt. 43, 44 e 45 rinvia alla complessa opera di programmazione e pianificazione sopra ricordata, dal momento che agli

³⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 5.

⁴⁰ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 798 ss.

⁴¹ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 799 ss.

atti programmatici si connettono sia il sistema di vigilanza posta in essere dal responsabile per la trasparenza, sia i profili di responsabilità configurati (art. 43). Nella stessa ottica devono essere collocati sia gli interventi degli organismi indipendenti di valutazione (art. 41) sia i controlli esercitati dalla CIVIT, anche quale Autorità nazionale anticorruzione.

Il più importante elemento di novità è, però, costituito dall'istituto dell'accesso civico, disciplinato dall'art. 5, la cui configurazione è strettamente legata a quella della pubblicità obbligatoria di cui all'art. 6, e che di essa costituisce, in qualche modo, la conseguenza necessaria. La disciplina dell'art. 5 per un verso riprende la configurazione del diritto di accesso civico indicato nella seconda parte dall'art. 3, confermando che esso è riconosciuto a tutti, indipendentemente da situazioni o limitazioni soggettive (art. 5, comma 2), ma nell'ambito degli obblighi di pubblicazione previsti; dall'altro procedimentalizza la realizzazione di tale diritto, attraverso l'istanza rivolta al responsabile del procedimento ed i conseguenti obblighi dell'amministrazione (art. 5, commi 3, 4 e 6). La tutela giurisdizionale è effettuata nelle forme proprie dalla tutela dell'accesso, e considerato che, con le indicazioni sopra ricordate, il diritto è riconosciuto a chiunque, può dirsi che si è di fronte ad una vera azione popolare esercitata attraverso tale rito speciale.

L'accesso civico ed il relativo diritto costituiscono la diretta conseguenza della configurazione di una trasparenza direttamente legata non ad un generale obbligo, ma a puntuali obblighi di pubblicazione; vengono, così, previsti gli strumenti, amministrativi e giurisdizionali, esercitabili in caso di mancata spontanea attuazione dell'ordinamento. La trasparenza realizzata per il tramite della *spontanea attività* dell'amministrazione attraverso l'adempimento degli obblighi di pubblicazione è *completata* da quella su istanza del cittadino, propria della disciplina generale dell'accesso, che si attiva, in sede amministrativa e giurisdizionale, a seguito *dell'inadempimento dell'obbligo* dell'amministrazione. Viene, così, assicurata, attraverso l'intervento del cittadino ed il suo accesso civico, la corrispondenza, almeno potenziale, tra obblighi astratti di pubblicazione e soddisfazione effettiva dei medesimi. L'accesso civico ha, così, anche una funzione di *completamento* (integrativa e correttiva) della trasparenza realizzata attraverso la previsione dei diversi obblighi di pubblicazione.

14. - Regime di *open data* e qualità dell'informazione.

Del sistema delineato dalla l. n. 190 del 2012 e dal d.lgs. n. 33 del 2013 costituiscono elementi non secondari la disciplina degli artt. 6 e 7. Il primo evidenzia il ruolo decisivo della qualità dei dati, intesa nel senso di esattezza, completezza integrità, costante aggiornamento, tempestività, semplicità di consultazione, indicazione della provenienza dei medesimi. In un sistema che privilegia la realizzazione effettiva della trasparenza può forse, ritenersi che alle gravi violazioni dell'art. 6 da parte dell'amministrazione possa essere posto rimedio con gli strumenti – amministrativi e giurisdizionali – dell'accesso civico.

L'art. 7 riguarda, invece, la scelta per un regime di *open data*, riferito a tutte le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria. Come è stato osservato, tale scelta «consolida un nucleo duro, non comprimibile, di informazioni diffuse in formato aperto», e proietta la stessa trasparenza amministrativa verso un “nuovo paradigma”, nel quale essa si configura come elaborazione dei dati e delle informazioni in possesso dell'amministrazione da parte dei soggetti terzi ⁴².

242

15. - La “nuova” trasparenza ed i vizi “antichi” del legislatore.

Le indicazioni e le osservazioni che precedono non esauriscono né la descrizione della “nuova” trasparenza amministrativa né le riflessioni che su di essa possano essere fatte; esse, peraltro, consentono una prima provvisoria e sommaria valutazione.

Sotto questo profilo, il sistema risultante dalla l. n. 190 del 2012 e dal d.lgs. n. 33 del 2013, appare caratterizzato da molte luci, ma anche da molte ombre, e complessivamente, forse più da ombre che da luci.

Lo sforzo fatto dal legislatore per completare e meglio individuare gli annunci un po' enfatici contenuti nella disciplina del 2009 è stato notevole, e di ciò deve essere dato atto. Soprattutto l'opera di riordino e di sistemazione realizzata con d.lgs. n. 33 del 2013 appare di grande importanza. Attraverso le previsioni in esso contenute la trasparenza come

⁴² F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 7.

“accessibilità totale” è divenuta meno generica e più precisa, con una scelta chiara che individua negli obblighi di pubblicità e nell’adempimento di essi gli strumenti attuativi o principali.

In tal modo, l’accesso ha aggiunto un nuovo volto a quello tradizionalmente conosciuto, ed è divenuto un vero e proprio *diritto civico*, realizzando il passaggio del *need to know* al *right to know*, assistito da un meccanismo di implementazione ⁴³.

Tuttavia, questo *right to know* non è quello che caratterizza i sistemi ispirati al *Freedom of information Act* ⁴⁴, ma si risolve in un sistema normativo, in grado di «costringere le amministrazioni ad assicurare la pubblicità che la legge prescrive» ⁴⁵. È questo diritto *nei limiti delle previsioni legislative* che costituisce il tratto che segna la distanza più significativa con le esperienze delle democrazie liberali, portando, secondo un certo modo di pensare, all’inversione del rapporto tra mezzo (obbligo di pubblicazione) e fine (diritto di accedere all’informazione), così configurando l’accesso come un “diritto riflesso” ⁴⁶. La pubblicità viene prima dell’informazione e del diritto, che dai relativi obblighi risulta conformato.

In realtà i problemi della nuova disciplina sulla trasparenza derivano da *vizi antichi* del legislatore italiano. Di essi, alcuni attengono alla scelta degli strumenti, altri invece, si riflettono sull’impostazione generale.

Cominciando dai primi, occorre osservare che il sistema prescelto dal legislatore si basa su di uno strumento tradizionale per la conformazione dell’attività amministrativa, che è quello della *pianificazione a cascata* (Piano nazionale di prevenzione, programma triennale per la trasparenza e l’integrità) della quale si può dire che è complessa e velleitaria ⁴⁷ e, comunque, che costituisce una scommessa dagli esiti incerti ⁴⁸. L’ordinamento ha già da tempo sperimentato la sostanziale inefficacia e la valenza spesso meramente cartolare di strumenti del genere; le perplessità sono destinate ad aumentare se si guarda all’esperienza, finora insoddisfacente, dei programmi per l’integrità *ex* d.lgs. n. 150 del 2009.

⁴³ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 6.

⁴⁴ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 804.

⁴⁵ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione*, cit., 6.

⁴⁶ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 804.

⁴⁷ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 804.

⁴⁸ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 127.

I rischi connessi a questo tipo di scelta sono quello di una attuazione burocratica ed elusiva, che fa dei piani e dei programmi il luogo di vaghe affermazioni di principio, e quello che il responsabile dell'integrità sia indotto ad un approccio volto a produrre atti che abbiano il solo scopo di esonerarlo dalla responsabilità. Si tratta di una ipoteca seria sul funzionamento del sistema.

La seconda preoccupazione riguarda l'indifferenza del legislatore per i tempi e, più in generale, per le difficoltà legate all'attuazione della riforma. Si evidenzia, così, un antico vizio del legislatore italiano, che è quello di ritenere che la riforma sia realizzata con la sua approvazione legislativa, con una totale dimenticanza delle difficoltà legate alla sua attuazione ed implementazione ed ai tempi a tal fine necessari⁴⁹. È stato osservato che, vi è nella norma un difetto di realismo che spesso caratterizza l'approccio italiano con le questioni di amministrazione, e che per cogliere il valore del fattore "tempo" nell'attuazione di un processo riformatore, basta guardare all'esperienza britannica, che ha visto l'entrata in vigore delle norme sul *Freedom of information act* dopo quattro anni dall'epoca di approvazione (2000) proprio per dare alle amministrazioni il tempo di adeguarsi.

Al contrario, proprio quando vengono introdotte previsioni la cui attuazione non potrà non essere particolarmente gravosa, il legislatore sembra cullarsi «nell'illusione che le leggi vengano implementate nel momento in cui entrano in vigore», mostrando «una fiducia nella spontanea attuazione delle previsioni, anche in assenza di incentivi e sanzioni, che può far sorridere»⁵⁰.

La terza, e forse più rilevante, questione attiene ad un profilo di particolare importanza nel nuovo sistema, e cioè alla scelta per una trasparenza realizzata attraverso numerosi, svariati ma sempre puntuali obblighi di pubblicazione. Tali obblighi sono stati opportunamente raccolti nel d.lgs. n. 33 del 2013, ma ciò non cambia i termini della questione, dal momento che, per un verso, si scarica comunque sull'amministrazione una serie assai consistente di adempimenti amministrativi connessi a previsioni di pubblicità puntuali e invece, per l'altro, si trascura il fatto che il legislatore

⁴⁹ M. SAVINO, *La nuova disciplina*, cit., 804.

⁵⁰ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 126.

o la stessa amministrazione (art. 4, comma 3) possono comunque sempre aumentare il numero di tali adempimenti. L'errore prospettico che in tal modo si compie è quello di far prevalere un *connotato quantitativo* della pubblicità, con l'imposizione di una amplissima serie di informazioni, che rischia di prendere, cartolarmente, il posto di una *trasparenza di qualità*. Il rischio è che «la bulimica e dettagliatissima imposizione di obblighi di redazione-pubblicazione con cui il legislatore pretende di aver realizzato la *total disclosure* dell'azione amministrativa»⁵¹ si risolva, alla fine, in un incremento di quella "opacità per confusione" che è propria dell'eccesso di previsioni e di informazioni. Si tocca, qui, un profilo paradossale; nel momento in cui, attraverso il riordino delle disposizioni sugli obblighi della trasparenza, si intendeva fare opera di semplificazione, si affida la trasparenza ad un sistema di pubblicità che, in quanto fondato sulla descrizione di una serie minuziosa dei relativi obblighi, realizza una vera e propria inflazione normativa, così aumentando il tasso di complicazione dell'ordinamento. Ancora di recente è stato rilevato che il nostro è un paese che ha un numero incredibilmente alto di leggi, che finiscono col formare un fitto reticolo di norme spesso in contraddizione tra loro, nel quale il cittadino rimane impigliato; in una situazione del genere, la trasparenza annunciata rischia di rivelarsi, come è stato amaramente osservato, quasi un inganno espressivo, perdendosi nella copiosità delle regole e nella sproporzione degli adempimenti⁵².

Ancora una volta, pertanto, alla base dell'errore prospettico compiuto dal legislatore, sta un vizio antico, quello cioè di far ricorso, per realizzare un obiettivo, ad una iperregolamentazione puntuale, che provoca inflazione normativa e con essa non trasparenza, ma confusione ed opacità.

C'è, peraltro, in tale modo di procedere, una autentica sfiducia nella portata dei principi generali nella costruzione dell'ordinamento, ed in particolare, nella capacità stessa della trasparenza di costituire una regola generale: se tale fiducia, nonostante le enunciazioni normative, vi fosse stata, si sarebbe affermato l'obbligo generale di consentire l'accesso ai

⁵¹ V. AZZOLINI, *Trasparenza: quando la quantità nuoce alla qualità*, in www.leoniblog.it, 13 giugno 2013.

⁵² V. AZZOLINI, *Trasparenza*, cit.

cittadini, senza necessità di motivazione, salva la riservatezza legata a specifiche esigenze indicate dall'ordinamento, senza necessità di far ricorso ad una spasmodica ed ossessiva elencazione dei casi di esclusione. La diversa scelta operata dal legislatore appare, invece, gravida di conseguenze per la stessa configurazione degli istituti di trasparenza. Il sistema prescelto rischia di ridurre il principio generale ad una minuziosa disciplina positiva: in presenza di una individuazione per legge degli obblighi di trasparenza (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013) quello di conoscere e di accedere non si risolve in un diritto fondamentale, ma in un diritto conformato dagli obblighi di pubblicazione e da questo limitato dirigitivamente, secondo una impostazione autoritaria: un diritto di accesso *nei limiti* degli obblighi riconosciuti dalla legge o dagli atti amministrativi. È, questa, forse, alla fine, la distanza più rilevante del sistema di cui alla l. n. 190 del 2012 ed al d.lgs. n. 39 del 2013, rispetto a quelli ispirati ai principi del *Freedom of information Act*. Il rischio è che la iperregolamentazione e la limitatezza del diritto di accesso rischino di compromettere l'efficacia della trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione. La partita è aperta, ma è assai incerta la sua conclusione.