Trasparenza Oggi

di Graziella Secreti [*]

1. Premessa

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33, portante norme in materia di "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", la trasparenza amministrativa - soltanto prefigurata dal D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 in quanto ancorata a finalità performative - trova definitiva cittadinanza e compiuta disciplina anche nell'ordinamento giuridico italiano.

L'intervento legislativo è apprezzabile da un punto di vista tecnico, poiché riordina in un unico corpo normativo le numerose disposizioni vigenti in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità delle pubbliche amministrazioni.

È innovativo da un punto di vista sostanziale, poiché introduce l'accesso civico come strumento di attuazione della trasparenza globale, in virtù della quale "chiunque" ha il potere di controllare democraticamente l'azione amministrativa, affinché questa sia orientata al perseguimento del pubblico interesse e ripudi le condotte corruttive volte ad un uso distorto dei poteri d'ufficio.

L'alta valenza costituzionale con il quale il decreto si presenta per il suo forte ancoraggio agli artt. 97 e 98 della Costituzione, mira ad una responsabilizzazione delle Pubbliche Amministrazioni, affinché siano in grado di soddisfare i bisogni del cittadino, accrescendo la fiducia da questi riposta e costruendo pertanto la sua legittimazione di fronte alla collettività.

È netto il divorzio tra l'istituzione governativa, che ha *ab origine* la sua legittimazione nel mandato elettorale e l'apparato amministrativo, che deve invece trovarla con un'azione improntata non solo ai principi di economicità ed efficienza, ma soprattutto di imparzialità, buon andamento e decoro del pubblico agire.

Il percorso, ai sensi del decreto, non deve compiersi attraverso forme di controllo interne e gerarchiche *top down* (dall'alto verso il basso), ma in un'ottica ribaltata di valorizzazione del cittadino che non sia meramente partecipativa.

Il privato ha un potere di controllo globale dal basso verso l'alto e ciò crea un circuito virtuoso tra la P.A., che ha bisogno del cittadino per il suo buon funzionamento e la sua legittimazione e il cittadino, che depone maggiore fiducia in una PA più trasparente e quindi più efficiente perché più controllabile.

Questo è il messaggio valoriale più innovativo del testo di legge, che ha forse in sé i germi dell'ambizione di mutare la percezione negativa della pubblica amministrazione, attraverso la diffusione di comportamenti pubblici nuovi e diversi.

Tuttavia, in quest'ottica innovativa di cambiamento si annida anche un segno di resa dell'Amministrazione e in generale della gestione della cosa pubblica da parte dello Stato, che, avendo fallito nella costruzione di un'amministrazione efficiente attraverso meccanismi interni, delega al privato questa importante missione, sperando che una sua funzione di stimolo esterno attui i principi costituzionali che regolano il pubblico agire.

2. Evoluzione storica: dall'accesso agli atti alla trasparenza amministrativa

Entrata in vigore la Costituzione, la concezione del pubblico potere conforme alla sua interpretazione, fu quella della massima opacità dell'azione amministrativa.

La segretezza aveva il suo fondamento nell'origine autoritativa della PA, dotata di supremazia speciale in quanto portatrice di pubblico interesse e quindi sovra-ordinata al privato cittadino.

In quest'ottica il principio generale secondo cui *"tutto è segreto tranne ciò che è eccezionalmente pubblico"* si conciliava con i principi costituzionali di efficienza, economicità e imparzialità della Pubblica Amministrazione.

L'opacità amministrativa inizia a sgretolarsi con il consolidarsi di principi giuridici europei, che tendono a demolire la supremazia predetta, apponendo dei limiti "quantitativi" alla segretezza del pubblico agire.

Il principio di proporzionalità, di origine tedesca, è un canone di valutazione della Pubblica Amministrazione, che deve realizzare l'interesse pubblico, arrecando la minima invasione possibile nella sfera privata del cittadino, per cui tutto ciò che eccede la "minima compressione" è illegittimo.

L'applicazione del principio alla segretezza amministrativa si realizza in Italia con l'introduzione del diritto di accesso ai sensi della Legge 7 agosto 1990 n. 241, fortemente voluta dal Prof. Mario Nigro, che ne ha presieduto la Commissione di presentazione del testo di riforma.

L'intervento legislativo realizza in materia una *"rivoluzione copernicana"* , poiché segna il tramonto del principio *"tutto è segreto tranne ciò che è eccezionalmente pubblico"* e l'avvento di quello secondo cui *"tutto è pubblico tranne ciò che è eccezionalmente segreto"*.

L'entrata in vigore del testo di legge e quindi della radicale svolta verso il cammino che porterà alla trasparenza, fu fortemente osteggiata durante i lavori condotti da aule parlamentari ancora impreparate a recepire la radicale innovazione.

Il testo ebbe un travaglio di approvazione che si concluse con votazione definitiva soltanto nel mese di agosto, allorquando il raggiungimento della maggioranza è favorito da aule semideserte.

La stesura definitiva della legge ridimensionò fortemente i lavori della Commissione, approvando, dopo un lungo *iter* parlamentare, la parziale accessibilità filtrata dall'interesse giuridicamente, in luogo della piena accessibilità riconosciuta a "chiunque".

Il diritto di accesso è, quindi, strumentale all'esercizio di difesa e non assurge a strumento di controllo delle Pubbliche Amministrazioni.

Nel 2005 il legislatore novellante il testo, nel recepire gli orientamenti giurisprudenziali formati, restringe ulteriormente il filtro dell'ostensione, richiedendo che l'interesse sotteso all'accesso sia personale, concreto ed attuale.

Nonostante ciò, il cammino verso un'Amministrazione aperta alla visibilità del privato è iniziato ed inarrestabile.

L'evoluzione è influenzata da istanze di altri ordinamenti, in primis quelli anglosassoni e in particolare quello statunitense, laddove - sebbene il *Freedom of Information Act* sia stato organicamente approvato nel 2000 - è sin dal 1963 che la trasparenza amministrativa, principio portante dell'intero sistema, regola la macchina del pubblico agire.

Tuttavia, il percorso evolutivo della trasparenza è stimolato da più *input* che rilevano non solo sul piano politico – giuridico, ma anche su quello dell'innovazione tecnologica e in particolare della digitalizzazione delle Amministrazioni.

Il rischio dell'appesantimento burocratico dell'apparato amministrativo era stata, infatti, la ragione maggiormente invocata da chi si era opposto all'entrata in vigore della Legge 241/1990 soprattutto nella versione voluta dalla Commissione di presentazione del testo.

Una PA impegnata ad evadere l'ostensione con modalità cartacee avrebbe impiegato in questo gran parte delle proprie energie, distogliendole dai compiti istituzionali.

Ebbene, con l'avvento del Codice dell'Amministrazione Digitale, di cui al D.Lgs. n. 82/2005, e quindi con il trasferimento dei dati amministrativi su rete, si spiana la strada agli interventi legislativi che si muoveranno nell'ottica della trasparenza.

3. I diversi significati della trasparenza amministrativa

Il termine "trasparenza" compare per la prima volta nell'ordinamento italiano nell'art.1 della legge n. 241/1990 come novellata dalla legge n. 15/2005, laddove *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla Legge nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

Nel contesto in cui è citata la trasparenza è intesa come accessibilità agli atti amministrativi, con finalità di difesa e in un ottica di coinvolgimento partecipativo del privato al procedimento amministrativo.

È solo con la legge n. 150/2009 che il concetto di trasparenza si impone in maniera svincolata dall'art. 24 Cost. e dal filtro dell'interesse giuridicamente rilevante.

Tuttavia, se non compaiono più i limiti suddetti, la trasparenza della 150/2009 appare compressa dalle finalità con cui essa è concepita.

Non è principio regolatore dell'agire pubblico in attuazione degli artt. 97 e 98 della Costituzione, ma è strumento per migliorare il rendimento dei pubblici dipendenti in un'ottica di efficienza amministrativa.

I Piani Triennali della Trasparenza sono strettamente connessi ai Piani Triennali della *Performance* e ne costituiscono il risvolto della medaglia.

La trasparenza globale, enucleata dal decreto 150/2010, è quindi una prescrizione debole, perché operante solo nell'ambito del rapporto lavorativo intercorrente tra le Amministrazioni e i pubblici dipendenti.

A ciò aggiungasi che nel testo di legge gli effetti per l'inosservanza degli obblighi di trasparenza o non ci sono, oppure sono troppo blandi.

In tanto un noma trova applicazione effettiva, in quanto è forte il deterrente alla sua inosservanza.

La mancanza di sanzioni, se non nella misura irrisoria della decurtazione della retribuzione di risultato ai Dirigenti, è tra le cause principali per cui la trasparenza performativa non viene realmente recepita e trova scarsa applicazione.

Il mutamento della nozione di trasparenza amministrativa si realizza soltanto con la sua funzionalizzazione alla prevenzione dei fenomeni corruttivi che si annidano nella Pubblica Amministrazione.

Iniziano a costruirsi le basi per rendere la trasparenza amministrativa strumento idoneo al contrasto di condotte deviate rispetto al perseguimento del pubblico interesse, a prescindere dalla loro rilevanza penale.

La nozione codicistica della corruzione, fondata sulla rilevanza del contatto tra corrotto e corruttore c.d. *pactum sceleris* come elemento costitutivo del reato, non è in grado di contrastare la pluralità di condotte corruttive realizzabili e soprattutto non è idonea ad incidere sulla percezione del fenomeno corruttivo, che in Italia è sicuramente superiore alla quantità stessa degli episodi giuridicamente rilevanti.

La casistica ci insegna, infatti, che molto spesso tra corruttore e agente pubblico non c'è un contatto diretto, ma il fenomeno si consuma attraverso una catena costituita da diversi anelli, spesso non incriminabili per mancanza proprio del contatto richiesto dalla fattispecie penale.

La Legge 6 novembre 2012 n. 190, recante *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, consapevole di ciò, fornisce un nuovo concetto di corruzione, che consiste nell'utilizzo distorto dei pubblici poteri, finalizzato ad interessi privati del pubblico funzionario, a prescindere dalla rilevanza penale della condotta.

La nuova impalcatura anti-corruzione prevede quindi un onere in capo ad ogni Amministrazione di fare una vera e propria mappatura dei rischi specifici in ragione delle funzioni e di predisporre strumenti volti a prevenire concretamente le occasioni di deviazione, pena la responsabilità dirigenziale.

Comincia a tracciarsi il cammino per l'attuazione nel nostro ordinamento addirittura del sistema anglosassone di *"Wistlebowing"*, che prevede la segnalazione dei fenomeni corruttivi ad opera dei privati, con garanzia di anonimato.

In questa nuova concezione la trasparenza amministrativa si svincola dalla finalità puramente performative e diventa trasparenza-anticorruzione e quindi principio regolatore del pubblico agire in attuazione non solo dell'efficacia e dell'economicità della PA, ma anche del decoro e dell'onore, con cui ogni pubblico dipendente deve adempiere alle proprie funzioni a servizio esclusivo della nazione.

Difatti, la Legge n. 198/2012 contiene la delega all'emanazione del decreto legislativo in materia di trasparenza amministrativa, recepita con il D.Lgs. n. 33/2013.

4. La nuova trasparenza amministrativa

Il D.Lgs. n. 33/2013 - che riordina in un unico testo tutte le disposizione in materia di trasparenza e pubblicità delle Pubbliche Amministrazioni, standardizzandone le modalità attuative attraverso la costituzione della sezione *"Amministrazione trasparente"* sul sito istituzionale - costituisce in primo luogo un'opportunità per dirigenti e funzionari di consolidare il corretto agire amministrativo, alimentando la fiducia dei cittadini nella Pubblica Amministrazione e creando le basi per una piena legittimazione di quest'ultima agli occhi dei privati.

Essa concorre ad attuare con metodo democratico i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, responsabilizzando le Pubbliche Amministrazioni.

Per la sua portata altamente costituzionale è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino.

Il testo di legge per consentire l'attuazione dei principi suddetti disciplina compiutamente le modalità della trasparenza, i soggetti coinvolti e l'apparto sanzionatorio applicabile in caso di inottemperanza.

5. Modalità e soggetti della trasparenza

Nella specifica sezione del sito web ogni Amministrazione ha l'obbligo di pubblicare tutti i dati e le informazioni afferenti l'organizzazione, l'attività e le modalità di realizzazione delle pubbliche azioni, secondo modelli standardizzati.

Il decreto impegna a modalità di pubblicazione di facile consultazione ed immediata comprensibilità, ciò in quanto un dato è trasparente non se è pubblico, ma se è comprensibile e di facile reperimento.

Ciò implica una lavorazione del dato, che deve essere reso fruibile da ogni cittadino sia da un punto di vista contenutistico, che da un punto di vista di facile accessibilità dall'esterno.

Le informazioni devono essere pubblicate con tempestività ed aggiornate periodicamente, nonché mantenute per un periodo di cinque anni e comunque fintanto che perdurano gli effetti.

Funzionale all'applicazione degli obblighi di trasparenza è l'adozione dei Piani Triennali per la Trasparenza, ai quali il D.Lgs. n. 33/2013 apporta parziali modifiche rispetto alla disciplina di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 150/2009, confermandone l'obbligo di adozione da parte della Amministrazioni destinatarie.

L'elemento di maggiore innovazione è costituito dalla correlazione del PTTI con il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, a riscontro della nuova valenza attribuita del decreto alla trasparenza amministrativa.

Per rafforzare il collegamento è previsto che entrambi i piani, adottati entro il 31 gennaio 2014 devono essere periodicamente aggiornati entro il 31 gennaio di ogni anno.

È evidente quindi che nel Piano Triennale per la Prevenzione e Corruzione ogni Amministrazione compie le dovute mappature dei rischi ed indica le azioni che intende intraprendere per prevenire i fenomeni corruttivi specifici.

Di ciò deve essere data adeguata diffusione conoscitiva alla collettività attraverso lo strumento della trasparenza e l'inserimento quindi di una specifica sezione in materia nei relativi Piani Triennali per la Trasparenza.

Gli obblighi di trasparenza gravano su tutte le Amministrazioni di cui all'art.1 comma 2) D.Lgs. n. 165/2001.

Alle società partecipate dalla pubbliche amministrazioni e da queste controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. le disposizioni si applicano *"limitatamente alle attività di pubblico interesse"* , secondo la disciplina del diritto nazionale o dell'Unione Europea.

Le autorità indipendenti di garanzia vigilanza e regolazione provvedono secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti.

Per ciò che concerne infine le regioni e gli enti locali, ferma restando l'efficacia generale delle norme dall'entrata in vigore del decreto, gli adempimenti attuativi sono definiti attraverso intese in sede di Conferenza Unificata.

6. Le ragioni del funzionamento

La legge non ha un valore pregevole solo per l'attuazione dei principi costituzionali e per l'innovazione dei contenuti addotti, ma anche perché dispone che ogni Amministrazione si doti di una struttura ben definita, in modo da rendere effettivi gli obblighi di trasparenza e riconoscibili i soggetti direttamente responsabili.

La legge prevede inoltre un sistema sanzionatorio di rilevante valore in caso di violazione degli obblighi di trasparenza.

In questo è ravvisabile l'elemento di maggiore garanzia circa l'effettiva operatività e applicazione della normativa.

7. I soggetti

a. Il Responsabile della Trasparenza. Ai sensi dell'art. 43 D.Lgs. n. 33/2013, ogni amministrazione è tenuta a nominare un Responsabile per la trasparenza, dedicato allo svolgimento dei compiti previsti dallo stesso decreto.
Le funzioni di responsabile in materia di trasparenza sono, di norma, di competenza del responsabile della prevenzione della corruzione.
Il responsabile della trasparenza provvede all'aggiornamento del P.T.T.I, svolge funzioni di controllo dell'applicazione degli obblighi di legge in materia e segnala all'O.I.V., all'Autorità nazionale anticorruzione e - nei casi più gravi - all'U.P.D. i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione, ai fini dell'attivazione del procedimento disciplinare e delle altre forme di responsabilità.
Il Responsabile di della Trasparenza assicura la regolare attuazione dell'accesso civico di cui al paragrafo successivo.
Esso è pertanto un organo che persegue tre funzioni fondamentali e complementari per l'attuazione della trasparenza: quella statica di controllo, quella dinamica di attivazione della procedure volte a rimediare agli inadempimenti e quella di relazione con il cittadino, che è attore in grado di stimolare la trasparenza amministrativa.
Data la sua rilevanza in materia di trasparenza, le Amministrazioni sono tenute a individuare anche il sostituto del responsabile inadempiente e in mancanza opera la previsione legale suppletiva per cui il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale, o in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio, o in mancanza, al più alto funzionario in grado.

b. **Gli Organismi Indipendenti di Valutazione** (O.I.V.): in qualità di organo di indirizzo politico, ricevono eventuali segnalazioni dei responsabili della trasparenza, verificano la coerenza tra i Piani della Trasparenza e i Piani della Performance, valutando anche l'adeguatezza degli indicatori utilizzati.
Essi utilizzano i dati e le informazioni relative agli obblighi di trasparenza anche per valutare il rendimento organizzativo ed individuale del responsabile e dei soggetti obbligati alla trasmissione dei dati.

c. **La CIVIT**: è l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che vigila sul corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione. Essa formula richiesta di informazioni ai responsabili della trasparenza e agli O.I.V. e in caso di rilevato inadempimento ordina la pubblicazione dei dati omessi e segnala gli inadempimenti agli uffici di disciplina, ai vertici politici e alla Corte dei Conti per l'eventuale responsabilità erariale connessa.

d. **Il Dipartimento della funzione pubblica**: monitora costantemente il grado di attuazione degli obblighi di trasparenza al fine di implementare le strategie di prevenzione della corruzione, con una funzione anche di supporto nell'organizzazione degli adempimenti;

e. **L'A.V.C.P.**: L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture è un organo collegiale che vigila sul rispetto delle regole che disciplinano la materia dei contratti pubblici ed è dotata di indipendenza funzionale, di giudizio, di valutazione e di autonomia. Con riferimento alle procedure di appalto, riceve dalle amministrazioni i dati e le informazioni, di cui all'art. 1, comma 32, della legge n. 190 del 2012, informazioni che devono essere pubblicate anche sul sito istituzionale dell'amministrazione, per sottoporle a controllo ai fini della relazione alla Corte dei Conti.

8. Le sanzioni

1) L'art. 46 del D.Lgs. n. 33/2013 prevede la responsabilità disciplinare, dirigenziale e amministrativa in caso di inadempimento degli obblighi di pubblicità previsti dalla normativa e in caso di mancata predisposizione del Programma Triennale per la Trasparenza.
Ciò implica che la condotta inottemperante: a) può costituire valutazione di responsabilità del dirigente, con conseguente applicazione delle sanzioni conservative o risolutive del rapporto; b) può essere eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, con conseguente rilevanza erariale; c) è comunque valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale dei responsabili.

2) L'art. 47 del decreto prevede sanzioni di tipo amministrativo – pecuniario a carico del responsabile della mancata

comunicazione dei dati riguardanti i componenti degli organi di indirizzo politico *"... concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonche'tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica".*

3) L'art. 22 prevede il mancato trasferimento di risorse a favore di enti pubblici vigilati, di enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché di partecipazioni in società di diritto privato, qualora non siano resi noti *"ragione sociale del soggetto privato, la misura della partecipazione della p.a., la durata dell'impegno e l'onere gravante sul bilancio della p.a., il numero dei rappresentanti della p.a. negli organi di governo e il trattamento economico complessivo spettante ad essi; i risultati di bilancio degli ultimi 3 esercizi; gli incarichi di amministratore dell'ente e il relativo trattamento economico"*.

4) L'art. 28 prevede inoltre la riduzione del 50 per cento delle risorse da trasferire o da assegnare nel corso dell'anno a Regioni e Province, in caso di mancata pubblicazione dei relativi rendiconti.

Oltre alle sanzioni a carico di tutti i soggetti che sono tenuti a contribuire agli adempimenti in materia di trasparenza, compresi gli organi politici che debbono fornire i dati per realizzare la pubblicazione, gli artt. 15 comma 2) e 26 comma 3) D.Lgs. n. 33/2013, prevedono anche sanzioni sull'atto, volte a bloccare gli effetti dei provvedimenti qualora si rilevi la violazione, ovvero a richiedere l'adempimento degli obblighi di legge come requisito di efficacia degli atti di competenza.

9. L'accesso civico

Da quanto sinora espresso si evince che il complesso sistema sanzionatorio ha la funzione di responsabilizzare massimamente le Amministrazioni in materia di attuazione degli obblighi di trasparenza.

Tuttavia, prevedere un sistema volto a garantire la sua applicazione con strumenti soltanto interni alle Amministrazioni, non realizzerebbe gli ambiziosi fini che si intendono raggiungere con un adeguato coinvolgimento partecipativo del cittadino, agli occhi del quale l'Amministrazione ambisce a mostrarsi affidabile ed efficiente.

L'art. 5 D.Lgs. n. 33/2013, nel disciplinare l'istituto dell'accesso civico, è norma di innovazione e di attuazione del principio di partecipazione democratica del cittadino all'azione amministrativa.

L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle Pubbliche Amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati, comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.

La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al Responsabile della Trasparenza, nominato in seno alle Amministrazioni.

Questi, se verifica che ci sia stata inosservanza dell'obbligo, provvede all'immediata pubblicazione del dato mancante, riscontrando tempestivamente il richiedente.

In caso contrario, si limita a comunicare all'istante le modalità di accesso al dato già pubblico.

Il decreto legislativo in esame conclude, quindi, quel lungo iter di evoluzione storica e normativa, che ha portato a una radicale trasformazione della Pubblica Amministrazione da *"casa dai vetri oscurati"* a *"casa dai vetri trasparenti"* , nell'ottica di valorizzare l'azione amministrativa in modo più conforme alle esigenze del privato fruitore dei servizi, rappresentando, questa, l'unica strada ormai percorribile per un vero e proprio recupero della legittimazione dell'Amministrazione Pubblica e delle sue funzioni.

[*] La dott.ssa Graziella Secreti è Ispettore del Lavoro, Avvocato, responsabile linea operativa commercio e pubblici esercizi della Direzione Territoriale del Lavoro di Catanzaro. Ai sensi della circolare del MLPS del 18 marzo 2004, le considerazioni contenute nel presente scritto sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno in alcun modo carattere impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.