

LA TRASPARENZA NEL CONTESTO NORMATIVO INTRODOTTO DALLA L. 190/2012

La legge 6 novembre 2012, n. 190, contenente “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella Pubblica Amministrazione”, che si propone di arginare i fenomeni di *mala gestio* nella Pubblica Amministrazione è costituita da due soli articoli di cui il primo comprende ben 83 commi. Il secondo articolo fa riferimento alla clausola di invarianza della spesa.

La legge da un lato prevede un **Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.)** e, dall’altro, obbliga ogni amministrazione pubblica alla adozione di un **Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.)** che, in sintonia con il Piano Nazionale, analizza e valuta i rischi specifici di corruzione e indichi gli interventi organizzativi tesi a prevenirli.

La legge 190/2012 ha introdotto ed esteso strumenti per la prevenzione e la repressione del fenomeno corruttivo intervenendo:

- **sul piano repressivo, sulle disposizioni del codice penale** relative ai reati posti in essere dai pubblici ufficiali ai danni della Amministrazione pubblica ampliando le fattispecie delittuose, modificando e integrando fattispecie previste e sanzionate nel codice penale;

- **sul piano della prevenzione, sull’integrità morale dei funzionari pubblici** e, quindi, sulla disciplina dei codici etici e di condotta, delle incompatibilità, della responsabilità disciplinare, della formazione, sul livello di trasparenza dell’azione amministrativa.

Complessivamente, le indicazioni evidenziano l’esigenza di perseguire i tre seguenti obiettivi principali nell’ambito delle strategie di prevenzione:

- **ridurre le opportunità che si manifestino casi di corruzione;**

- **aumentare la capacità di scoprire casi di corruzione;**

- **creare un contesto sfavorevole alla corruzione.**

I principali strumenti previsti dalla normativa, oltre all’elaborazione del P.N.A., sono:

- l’adozione dei Piani di prevenzione di amministrazione (PTPC)

- **gli adempimenti di trasparenza**

- i codici di comportamento e gli obblighi di disclosure

- la rotazione del personale

- l’obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse attuale e potenziale

- la disciplina specifica in materia di svolgimento di incarichi d’ufficio e attività ed incarichi extra-istituzionali

- la disciplina specifica in materia di conferimento di incarichi dirigenziali in caso di particolari attività o incarichi precedenti e incompatibilità specifiche per posizioni dirigenziali

- la disciplina specifica in materia di formazione di commissioni, conferimento di incarichi dirigenziali in caso di condanna penale per delitti contro la pubblica amministrazione

- la disciplina specifica in materia di attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro

- disciplina specifica in materia di tutela del dipendente che effettua segnalazioni di illecito (c.d. Whistleblower)
- la formazione.

IL PRINCIPIO GENERALE DI TRASPARENZA NELLA L. 190/2012 E LA SUA DISCIPLINA NEL D.LGS. 33/2013

L'Italia, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento europeo e sulla base di importanti esperienze straniere fra cui la **Open Government initiative dell'Amministrazione Obama**, e la disciplina Statunitense dei **Freedom of information acts, "Atto per la libertà di informazione"**, (legge sulla libertà di informazione, emanata negli Stati Uniti il 4 luglio 1966 dal presidente Lyndon B. Johnson, che garantisce l'accessibilità a chiunque lo richieda, senza dover dimostrare quindi la sussistenza di un interesse qualificato o rilevante, fatte salve le eccezioni previste dalla legge), ha varato una codificazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza delle amministrazioni pubbliche, introducendo importanti modifiche al previgente regime.

Va chiarito subito che l'intento del legislatore non è quello di irrobustire una struttura di servizio per la collettività e le imprese, bensì nel contesto della legislazione di contrasto al fenomeno della corruzione, ha carattere di strumentalità rispetto all'attivazione di forme di controllo, diffuso e generalizzato, dei cittadini sull'attività amministrativa.

1) LA LEGGE 190/2012:

La trasparenza costituisce **"livello essenziale"** delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2 lett. m Cost. ed è assicurata **"mediante la pubblicazione sui siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione"** (art. 1, comma 15 della Legge).

La Legge individua anche i procedimenti amministrativi ritenuti più a **"rischio corruzione"** e per i quali i livelli essenziali suddetti devono essere principalmente assicurati.

Si tratta dei procedimenti di:

- a) **"autorizzazione e concessione"**;
- b) **"scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi"**;
- c) **"concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati"**;
- d) **"concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale e progressioni di carriera"** (art. 1, comma 16).

La Legge 190/2012 ha quindi delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo di riordino degli obblighi di pubblicità e trasparenza a carico delle p.a.

2) IL DECRETO DELEGATO

In attuazione della delega contenuta nella L. 190/2012, il Governo ha adottato il Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 recante il “*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*”.

Il Decreto declina il principio di trasparenza in termini di “accessibilità totale”.

La trasparenza, così intesa, è difatti diretta a:

“... favorire “forme diffuse di controllo sul:

a) perseguimento delle funzioni istituzionali

b) sull'utilizzo delle risorse pubbliche”;

Di qui l'importanza della previsione, contenuta nella Legge e poi specificata nel Decreto, che le informazioni siano facilmente accessibili, complete, integre, “comprensibili” (cfr.: “*facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione*” art. 1, comma 15 della Legge 190/2012).

In quest'ottica, con il d.lgs. n. 33 del 2013 il legislatore ha voluto perseguire, fra l'altro, i seguenti obiettivi:

a) riorganizzare le norme già esistenti in tema di obblighi di informazione, pubblicità e trasparenza;

b) introdurre una disciplina che riconosca un'ampia libertà a chiunque di visionare le diverse tipologie di informazioni e dati concernenti in sintesi:

- l'organizzazione;

- gli andamenti gestionali;

- l'utilizzo delle risorse da parte dell'amministrazione;

c) prevedere l'accesso “libero” (c.d. accesso civico) a tutti gli atti per i quali risulta inosservato l'obbligo di trasparenza, accordando in questo modo l'ostensione dei provvedimenti a chiunque intenda monitorare l'operato dell'amministrazione per ragioni di controllo democratico (e non di sola difesa giurisdizionale);

Il Decreto stabilisce che **“tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici”**.

Inoltre, per **“pubblicazione”** si intende, secondo il Decreto, il diritto **“di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”** (art. 2, comma 2).

La trasparenza dunque si attua attraverso strumenti informatici e telematici e attraverso la rete internet, senza alcun filtro o limitazione all'accesso.

Le informazioni devono essere pubblicate sui siti in una apposita sezione denominata **“Amministrazione trasparente”** e, scaduti i termini di pubblicazione, sono conservati e resi disponibili nella sezione del sito di archivio.

Bisogna comunque tenere distinti gli obblighi di pubblicazione previsti dal Decreto, da quelli previsti da altre disposizioni normative, che comunque permangono.

TRASPARENZA E PUBBLICITA' NEI CONTRATTI PUBBLICI

La trasparenza va distinta dalla pubblicità, che mira ad assolvere una funzione di diffusione temporalmente limitata di atti e provvedimenti ai fini legali quale condizione per la loro efficacia esecutività o quale presupposto di legale conoscenza per la loro consolidazione in mancanza di impugnativa decorso un certo arco di tempo dalla pubblicazione stessa.

Ad esempio, il Codice dei contratti pubblici individua già un'ampia serie di atti soggetti a specifici obblighi di pubblicità: es.:

- art. 63 Avviso di pre-informazione per i contratti sopra soglia comunitaria;
- art. 65 Avviso sui risultati della procedura di affidamento;
- art. 66 Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi;
- art. 122 Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia;
- art. 124 Appalti di servizi e forniture sotto soglia;
- art. 128 Programmazione dei lavori pubblici;
- art. 206 Norme applicabili (agli appalti dei settori speciali, analogamente alle altre norme del Codice indicate di seguito);
- art. 223 Avvisi periodici indicativi e avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione;
- art. 224 Avvisi con cui si indice una gara;
- art. 225 Avvisi relativi agli appalti aggiudicati;
- art. 238 Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Parimenti, il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il *“Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*, nelle quali vengono dettate ulteriori norme in materia di pubblicità.

Il D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, ha chiarito all'art. 37, che sono fatti salvi gli obblighi di pubblicità previsti dal Codice dei contratti pubblici.

L'art. 37, comma 1, del D.Lgs. 33/2013 dispone, in particolare, che:

“Fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, in particolare, quelli previsti dall’art. 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ciascuna amministrazione pubblica, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, in particolare, dagli articoli 63, 65, 66, 122, 124, 206 e 223, le informazioni relative alle procedure per l’affidamento e l’esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture”.

Considerato che si trattava di adempimenti che, sotto alcuni aspetti, si sovrapponevano, in attuazione del D.Lgs. 33/2013, **le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare annualmente all’interno della sezione ‘Amministrazione trasparente’, sotto-sezione di primo livello ‘Bandi di gara e contratti’,** prevista dall’allegato A del D.lgs. n.33/2013 e dall’allegato 1 della delibera CIVIT (ora A.N.AC.) n.50/2013 dei **propri siti istituzionali, esclusivamente quanto disposto dall’art. 1, comma 32, della Legge 190/2012 richiamato dall’articolo 37 del D.lgs. 33 /2013 ai fini degli adempimenti previsti per la trasparenza mediante tabelle riassuntive dei dati** (Struttura proponente, Oggetto del bando, Procedura di scelta del contraente, Elenco degli operatori invitati a presentare offerte, Aggiudicatario, Importo di aggiudicazione, Tempi di completamento dell’opera, servizio o fornitura intesi quali data di effettivo inizio lavori, servizi o forniture, data di ultimazione lavori, servizi o forniture, da intendersi quale data contrattualmente prevista e di eventualmente, prorogata o posticipata in virtù di successivi atti contrattuali, Importo delle somme liquidate) **riferiti agli anni precedenti, liberamente scaricabili in formato digitale standard aperto, da trasmettere digitalmente all’AVCP in formato XML.**

Inoltre:

- **l’art. 23 del D.Lgs. 33/2013 dispone che i provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente – con i contenuti e le modalità di cui al medesimo art. 23** (“nella forma di una scheda sintetica, prodotta automaticamente in sede di formazione del documento che contiene l’atto” - “il contenuto, l’oggetto, la eventuale spesa prevista e gli estremi relativi ai principali documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento”) – **vanno pubblicati ed aggiornati ogni sei mesi nella sezione “Amministrazione Trasparente”;**
- **l’art. 37, comma 2, introduce un ulteriore obbligo, prevedendo segnatamente che:** “Le pubbliche amministrazioni sono tenute altresì a pubblicare, nell’ipotesi di cui all’art.57, comma 6, (procedura negoziata con invito rivolto ad “almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei”) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la delibera a contrarre”.

SISTEMA SANZIONATORIO

a) Sanzioni in caso di mancato rispetto disciplina accesso civico (vedi sopra):

- Scaduti inutilmente trenta giorni, ove la richiesta di accesso civico fosse fondata, scaturisce l’obbligo da parte del responsabile della trasparenza di segnalazione, di cui all’art. 43, comma 5 del Decreto (...)*In relazione alla loro gravità, il responsabile segnala i casi di inadempimento o di adempimento parziale degli obblighi in materia di pubblicazione previsti dalla normativa vigente (...)* all’ufficio **disciplinare**, ai fini dell’eventuale attivazione di un procedimento disciplinare, e al vertice politico dell’amministrazione, nonché all’Organismo interno di vigilanza (OIV) ai fini dell’attivazione delle **altre forme di responsabilità** (comma 6). La tutela del diritto di accesso civico è affidata al giudice amministrativo (comma 5). Il legislatore ha voluto attrarre anche alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia, al

pari di quella del diritto di accesso di cui alla L. n. 241/1990. Dunque, i privati potranno ricorrere al tribunale amministrativo regionale competente in caso di mancata pubblicazione degli atti richiesti o in assenza di risposta.

b) Applicazione di sanzioni in materia di violazione degli specifici obblighi di trasparenza:

Art. 46. Violazione degli obblighi di trasparenza - Sanzioni

1. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente o la mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità **costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili.**

2. Il responsabile non risponde dell'inadempimento degli obblighi di cui al comma 1 se prova che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

Art. 47. Sanzioni per casi specifici

1. La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati di cui all'articolo 14, 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, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica, dà luogo a una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del **responsabile della mancata comunicazione** e il relativo provvedimento è pubblicato sul sito internet dell'amministrazione o organismo interessato.

2. La violazione degli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 22, comma 2, dà luogo ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della violazione. La stessa sanzione si applica agli amministratori societari che non comunicano ai soci pubblici il proprio incarico ed il relativo compenso entro trenta giorni dal conferimento ovvero, per le indennità di risultato, entro trenta giorni dal percepimento.

c) Mancata adozione dei Piani triennali di trasparenza che danno luogo ad una sanzione pecuniaria di cui all'art. 19, comma 5, del dl n. 90 del 2014, direttamente irrogabile dall'ANAC.

d) Esercizio del potere di ordine da parte di ANAC nel caso di mancata adozione di atti e provvedimenti richiesti dalle regole sulla trasparenza o con esse contrastanti (delibera n. 146/2014):

- un potere che non ha contenuto sanzionatorio, un potere conformativo e dissuasivo, a scopo collaborativo;
- può intrecciarsi in vario modo con il potere sanzionatorio, ad esempio può divenire il presupposto per il suo esercizio, secondo lo schema che prevede dapprima un ordine all'adozione e in caso di mancato adempimento, la possibilità di avviare un procedimento di irrogazione della sanzione (per perdurante mancata adozione dell'atto previsto dalla legge, non per mancata ottemperanza all'ordine). Ovvero può utilizzarsi il procedimento di accertamento della situazione che dà luogo al provvedimento di ordine per accertare eventuali responsabilità diverse (penali,

disciplinari, dirigenziali, amministrative, contabili) legate alla situazione accertata. con esso l'amministrazione viene aiutata ad una rapida riconduzione alla legalità.

- la pubblicità del provvedimento è la sola "sanzione" prevista, che ha effetti di natura solo "reputazionale" sugli organi dell'amministrazione destinataria del provvedimento e solo relativamente al momento di adozione del provvedimento di ordine dell'ANAC.

- L'Autorità, infine, comunica il provvedimento adottato alla Corte dei conti per la verifica della sussistenza di eventuale responsabilità per danno erariale, secondo quanto disposto dall'articolo 1, co. 14, della legge 6 novembre 2012, n. 190, e dall'articolo 46, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33;

e) Valenza sanzionatoria DPR 16 aprile 2013, n. 62. Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

- Art. 9. Trasparenza e tracciabilità –

1. Il dipendente assicura l'adempimento degli obblighi di trasparenza previsti in capo alle pubbliche amministrazioni secondo le disposizioni normative vigenti, prestando la massima collaborazione nell'elaborazione, reperimento e trasmissione dei dati sottoposti all'obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale.

-Art. 16. Responsabilità conseguente alla violazione dei doveri del codice –

1. La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio. Ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel presente Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, dà luogo anche a responsabilità penale, civile, amministrativa o contabile del pubblico dipendente, essa è fonte di responsabilità disciplinare accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni.

PROBLEMATICHE E RIFLESSIONI

Problemi:

- il rischio che dirigenti e dipendenti sperimentino il loro coinvolgimento istituzionale nella fasi dell'implementazione, del monitoraggio e dell'attuazione della trasparenza come mero complesso di adempimenti che si affastellano assieme a tutti gli altri (cultura dell'adempimento);

- stenta ad affermarsi nella pubblica amministrazione una cultura della trasparenza come opportunità di crescita nelle conoscenze, nella legalità, nell'autorevolezza del proprio ruolo rispetto ai valori della legalità al servizio del cittadino e dell'organizzazione di cui si fa parte, di una amministrazione moderna;

- carenza di risorse da investire per realizzare siti e programmi in grado di rendere completa, attrattiva e dialogica la comunicazione istituzionale e trasparente voluta dal legislatore

- si avverte un "disagio" in relazione a interventi legislativi "slegati": da una parte si avverte l'esigenza di una maggiore stretta repressiva, dall'altra il governo si muove verso una precarizzazione della dirigenza pubblica e l'introduzione di meccanismi generalizzati di *spoil system* che numerosissimi commentatori definiscono come un indebolimento "sostanziale" della garanzia di imparzialità del funzionario "nominato" su "interpello" e

per ciò, meno in grado di esercitare la sua funzione amministrativa nel rispetto della legalità in quanto maggiormente esposto a inevitabili condizionamenti e pressioni in dipendenza della sua “precarietà”: mi risuonano in mente le parole del Dr. Cantone, ora Presidente dell’ANAC quando l’anno scorso ebbe modo di esprimersi così: “*Quello che sta emergendo dall’inchiesta del Mose ... è un sistema che era rodato a 360 gradi e del quale facevano parte politici, magistrati contabili, e così via, ... strutturato per far sì che la corruzione fosse quasi fisiologica. Persone che non erano state semplicemente corrotte, ma che erano state scelte sin dall’inizio per quel motivo.*”

- **l’importanza della trasparenza e nel contempo i suoi limiti nella sua attuale configurazione operativa: un eccesso di informazioni, la mancanza di meccanismi di controllo intelligenti che finiscono col generare una complessità, una overdose controproducente che paradossalmente opacizza la capacità di penetrare i punti deboli in cui la corruzione si annida e disincentiva i cittadini, e contemporaneamente la moltiplicazione di adempimenti e fardelli che ingessano l’azione amministrativa al punto che i rallentamenti e le tecniche imposte delle norme di prevenzione rischiano di eccedere, in termini di costi-benefici sui vantaggi che essi possono comportare in termini economico-sociali al punto di disincentivare investimenti e iper-burocratizzare alcuni comparti di attività.** (cfr 1° Rapporto ANAC su attuazione L. 190 nell’anno 2013: ... l’abnorme estensione del numero degli obblighi di pubblicazione complessivamente circa 270, che costituiscono elementi che manifestano con tutta evidenza un problema di sostenibilità complessiva del sistema ...). **Cantone a Catania** (firma protocollo d’intesa per una rete tra i Comuni e gli Enti del Distretto per la prevenzione della corruzione e la promozione della legalità): **“L’efficienza è il vero antidoto, ma è una parola che significa tutto e niente. Eliminare regole e controlli? No. Bisogna pensare a meccanismi di controllo intelligenti che non blocchino la macchina burocratica.”... “La funzione della trasparenza è di andare verso l’efficienza”.**

Riflessioni

Il processo di revisione costituzionale attualmente in corso, pervenuto al testo approvato alla Camera (A.C. 2613-A e abb.), non contempla **modifiche alle norme del Titolo III, Sezione II (La pubblica amministrazione), se non per l’aggiunta, all’articolo 97, 1° comma, della trasparenza al buon andamento ed all’imparzialità, come finalità assegnate alle leggi in materia di pubblici uffici.**

Questa preoccupazione di “rafforzare” principi al livello più elevato potrebbe corrispondere alla **volontà, per tale via, di garantirvi effettività**, e per ciò stesso di fare in modo che i cittadini possano “crederci”, interiorizzarli in una prospettiva di etica pubblica costituzionale.

Oppure potrebbe tradire una difficoltà: **introdurre un valore a livello costituzionale al fine di rafforzarlo proprio perché si percepisce la difficoltà di tradurlo in consapevolezza giuridica e valore etico**, dato che per conseguire ciò non è evidentemente stato sufficiente (ed anzi non ha giovato) il già ipertrofico armamentario legislativo a disposizione.

“Alla *superstitio* i romani contrapponevano la *religio*, alle credenze che separano gli uomini i riti che li uniscono. Questi riti erano pure formalità, contratti poveri di sentimento, ma proprio lì stava il loro valore. La nostra *religio* è la democrazia laica. Non le chiediamo di essere entusiasmante né di soddisfare le nostre aspirazioni più segrete.” (Emmanuel Carrère, Il Regno, 2015)

La trasparenza diventerà un principio, un diritto, un valore più “vitale” solo per il suo ingresso in Costituzione?

E’ inevitabile un assorbimento culturale e un interiorizzazione a livello di etica pubblica sia da parte dei controllati che dei controllori, nella prospettiva di un accrescimento complessivo dell’integrità dell’intera società (costituita dagli uni e dagli altri) con il concorso di tutte le istituzioni che sono in grado di incidere per l’appunto nella sfera dell’integrità.

In definitiva, occorre promuovere l’integrità per non ritrovarsi poi a dover reprimere la corruzione.

Grazie per l’ascolto e buona prosecuzione.

Relazione Segretario Generale Dr. Ignazio Baglieri