

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/04/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36115-open-government-tra-digitalizzazione-e-trasparenza-della-pa>

Autore: Antonella Aloia

Open Government. Tra digitalizzazione e trasparenza della PA.

Open Government. Tra digitalizzazione e trasparenza della PA.

a cura della Dott.ssa Antonella Aloia

Cos'è l'Open Government?

L'*Open government*, o meglio *governo aperto*, costituisce una filosofia, divenuta prassi amministrativa, per la quale gli enti e le istituzioni pubbliche sono chiamati a plasmare il proprio operato intorno a tre importanti pilastri: la partecipazione, la trasparenza e la collaborazione. Nel senso più comune, l'*Open Government* vuole che il privato possa accedere ai documenti e ai lavori del governo, non più come suddito ma come cliente-utente in grado di poter collaborare e prendere parte alle decisioni. Un tale riconoscimento non è nuovo nella storia dei paesi democratici, in quanto affonda le sue radici nell'Illuminismo (con l'affermazione del diritto all'informazione) ed è stato espressamente sancito sia nella Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti sia nella Costituzione americana¹.

Questa prassi amministrativa ha trovato terreno fertile nei paesi anglosassoni, in Canada, in Australia e adesso anche in Europa. Ma la matrice di un tale ambizioso sistema si rinviene nel "*Memorandum For The Heads Of Executive Departments And Agencies*" laddove si legge: "*The three principles of transparency, participation, and collaboration form the cornerstone of an open government. Transparency promotes accountability by providing the public with information about what the Government is doing. Participation allows members of the public to contribute ideas and expertise so that their government can make policies with the benefit of information that is widely dispersed in society. Collaboration improves the effectiveness of Government by encouraging partnerships and cooperation within the Federal Government, across levels of government, and between the Government and private institutions*"². Ebbene, nella logica dell'*Open Government*³ i principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione devono costituire la struttura portante di un governo aperto al dialogo e al confronto partecipato con i cittadini, in modo da favorire un controllo diffuso da parte del privato sull'operato delle istituzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Non a caso, in occasione della *Open government directive* dell'8 dicembre 2010⁴, il Presidente Obama ha chiarito come la garanzia di un accesso facile e pieno alle informazioni sulla spesa pubblica sia un elemento imprescindibile per consentire un monitoraggio dettagliato e un'analisi della distribuzione delle risorse

¹"What is open government? In the most basic sense, it's the notion that the people have the right to access the documents and proceedings of government. The idea that the public has a right to scrutinize and participate in government dates at least to the Enlightenment and is enshrined in both the U.S. Declaration of Independence and U.S. Constitution. Its principles are recognized in virtually every democratic country on the planet", stralcio tratto dal testo "*Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*", Daniel Lathrop, Laurel Ruma, 2010, XIX.

²Cfr. http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government.

³È interessante osservare come la logica dell'*Open Government* abbia costituito parte integrante di una cultura etica hacker che, nel 1989, venne presentata in occasione di un meeting internazionale del Galatic Hacker Party. Vennero fuori preoccupazioni e perplessità intorno alla tecnologia dell'informazione, considerata elemento essenziale della libertà. A riguardo si veda, P. Himenen, *L'etica hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*, Milano, 2001.

⁴Cfr. <http://www.whitehouse.gov/open/documents/opengovernment-directive>.

pubbliche in modo da raggiungere risultati ottimali: *“la mia amministrazione si impegna a dare vita a un grado di apertura (openness) nel governo senza precedenti. Lavoreremo assieme per assicurare la fiducia pubblica e per stabilire un sistema basato sulla trasparenza, sulla partecipazione pubblica e sulla collaborazione. L'apertura rafforzerà la nostra democrazia e promuoverà l'efficienza e l'efficacia dell'amministrazione”*⁵.

Si è così tracciata la strada per l'*Open Government Partnership*, una iniziativa multilaterale destinata a garantire un impegno concreto da parte dei governi affinché siano più trasparenti, responsabili e più rispondenti alle esigenze dei propri cittadini. Il partenariato *Open Government* è stato varato ufficialmente il 20 settembre 2011 quando, gli otto governi fondatori (Brasile, Indonesia, Messico, Norvegia, Filippine, Sud Africa, Regno Unito e Stati Uniti) hanno approvato la *Open Government Declaration* e quindi si sono impegnati a promuovere una cultura globale di governo aperto, trasparente e partecipativo e conseguentemente a stilare il proprio *Action Plane* (piano di azione). Nell'arco di due anni, l'*OGP* ha accolto l'entrata di 55 governi supplementari al Partenariato. Tra questi anche l'Italia.

A livello europeo, un primo passo in questa direzione è stato compiuto con la Raccomandazione 19 (2001) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla *“Partecipazione dei cittadini alla vita pubblica a livello locale”*. Si tratta di un intervento che ha preso in considerazione la necessità di incentivare, per gli enti e le istituzioni delle nazioni europee, l'utilizzo di nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, attualmente gli unici validi strumenti di cambiamento e di innovazione in una logica di trasparenza e dialogo con il cittadino. Sono seguite a livello internazionale altre iniziative che hanno visto i governi centrali e locali più propensi ed aperti verso l'uso degli strumenti informatici e delle tecnologie all'interno dei loro modelli operativi e dei processi decisionali. Nonostante il significativo passo avanti, sembra ancora pressoché radicato il modello di una pubblica amministrazione ancorata alla tradizionale gestione dei dati, delle informazioni e dei servizi al cittadino, laddove in un contesto caratterizzato da un nuovo rapporto tra il cittadino e le pubbliche amministrazioni, queste ultime sono chiamate proprio a favorire l'apertura nei confronti dei cittadini-utenti garantendo: trasparenza, e quindi la conoscenza di dati e informazioni sulle decisioni prese e sul proprio operato alimentando così la fiducia all'interno della comunità locale; partecipazione e dunque la collaborazione tra istituzioni e cittadini nei processi decisionali; collaborazione come sinonimo di condivisione di dati e informazioni tra enti pubblici, organizzazioni no-profit e comunità di cittadini.

Il modello americano dell'*Open Government* ha preso piede in molti Paesi, pronti ad avviare un cambiamento dello scenario pubblico, verso una maggiore efficienza amministrativa, trasparenza e vicinanza con i cittadini. Anche l'Organizzazione delle Nazioni Unite è intervenuta al riguardo con il rapporto 2010 sullo stato dell'e-Government nel quale ha raccomandato l'adozione di modelli amministrativi “open”.

⁵B. Obama, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on Transparency and Open Government*, 2009, in <http://www.whitehouse.gov>.

Open Government in Italia.

Negli ultimi anni è stato avviato nel nostro Paese un profondo processo di modernizzazione amministrativa volto al miglioramento delle prestazioni dei pubblici servizi; processo che, per potersi realizzare, richiede un significativo rafforzamento degli strumenti di trasparenza della Pubblica Amministrazione e di partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici. In tal senso, determinanti sono stati gli interventi di semplificazione e di diffusione dell'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione, che recano con sé una inevitabile rivisitazione del rapporto tra PA, cittadini e imprese⁶.

In ossequio al programma di riforma avviato, l'Italia ha così deciso di aderire ai principi dell'*Open Government Declaration* ed ha presentato il proprio *Action Plan* prendendo così parte all'*Open Government Partnership*. L'intento è quello di avviare con i partner internazionali "un duraturo processo di aggiornamento reciproco sulle rispettive politiche nell'ambito della trasparenza della PA". Come si legge nell'*Action Plan*, gli interventi più significativi realizzati nella logica dell'*Open Government* hanno riguardato: la trasparenza e l'integrità nella PA, la partecipazione, la collaborazione dei cittadini, l'apertura del *Public Sector Information*, il sistema Pubblica Amministrazione 2.0.

Si tratta di iniziative strettamente connesse ed interdipendenti tra loro: come a voler dire che per la trasparenza non può che essere garantita la consultazione del privato e per la consultazione del privato non può che esserci l'informatizzazione della PA.

Autorevole dottrina⁷ ha individuato nella trasparenza e nella partecipazione, i vantaggi che possono derivare dal rendere pienamente fruibili i dati pubblici. Una società democratica come la nostra non può non garantire ai cittadini il diritto di conoscere ciò che il loro governo sta facendo: presupposti necessari per raggiungere la piena trasparenza sono accesso ai dati e loro condivisione. Non a caso, nell'*Action Plan* italiano si legge che "la trasparenza non è solo un diritto dei cittadini e imprese ma è anche un'opportunità per le amministrazioni, che devono rispondere non solo su "cosa" fanno ma anche sul "come" lo fanno, rendendo accessibili dati sull'organizzazione e sul personale, sui servizi, sui pagamenti, sulle misurazioni e valutazione delle performance. In aggiunta, l'impegno delle PA nella trasparenza e accessibilità fornirà uno strumento per meglio individuare aree di riforma, razionalizzare l'allocazione delle risorse, identificare aree per interventi anticorruzione e di semplificazione e favorire il confronto competitivo tra organizzazioni pubbliche".

A livello nazionale, un primo approccio nella direzione dell'*Open Government* risale al 18 ottobre 2011. In tale occasione sono state promosse tre

⁶Sul punto si veda *Action Plan italiano*, www.funzionepubblica.gov.it

⁷F. MARZANO, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, cit. pp. 298-299.

linee di azione: Open Data e applicazioni, Pubblica amministrazione 2.0, Government Cloud e in aggiunta è stato avviato il portale nazionale dei dati aperti www.dati.gov.it. Nel mese di Aprile 2012, l'Italia ha stilato il proprio action plan sul quale è stata avviata una consultazione pubblica e lo stesso è stato presentato al primo *meeting* tenutosi a Brasilia il 17 e 18 aprile 2012.

Il dibattito è stato avviato ma la strada da percorrere è ancora lunga.

Un qualche riferimento a tale modello si rinviene nella delibera n. 105/2010 della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche nella quale vengono illustrate le linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la Trasparenza e l'integrità laddove si legge che "l'accessibilità totale presuppone, invece, l'accesso da parte dell'intera collettività a tutte le "informazioni pubbliche", secondo il paradigma della "libertà di informazione" dell'*Open Government* di origine statunitense. Una tale disciplina è idonea a radicare, se non sempre un diritto in senso tecnico, una posizione qualificata e diffusa in capo a ciascun cittadino, rispetto all'azione delle pubbliche amministrazioni, con il principale "scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità" (articolo 11, comma 1, del d.lgs. 150/2009).

Nonostante tutto, il coinvolgimento della società civile italiana in materia di *Open Government* non risulta essere pienamente avviato, in quanto sporadico e poco incisivo: si fa riferimento, in particolar modo, ai pochi spazi dedicati ad un serio incontro e confronto sui temi della partecipazione all'*Open Government Partnership*, alla scarsa attenzione nei confronti del governo aperto, al mancato avvio di un procedimento di consultazione in occasione dell'adozione di atti importanti e relativi all'attuazione dell'*action plan* italiano (come il recente D. Lgs. n. 33/2013 in materia di trasparenza). A tal fine, particolarmente interessante è il lavoro condotto da alcune Associazioni attive in materia di Open Government⁸ che hanno ben pensato di dar vita ad un vero e proprio "monitoraggio indipendente" degli impegni assunti dal Governo italiano nell'ambito del primo Action Plan. In collaborazione con un gruppo di esperti, tali Associazioni hanno realizzato un documento⁹ particolarmente significativo che analizza l'*action plan* presentato dall'Italia nell'ambito dell'OGP. Dall'analisi effettuata sono emersi i seguenti dati: il 5% degli obiettivi sono stati raggiunti, il 39% è stato raggiunto solo parzialmente, il 56% delle azioni indicate nell'*action plan* non è stato nemmeno avviato.

I dati riportati sono stati ricavati attraverso l'utilizzo del sistema S.M.A.R.T. ossia di un modello di definizione degli obiettivi che deriva dal *project management* e che tiene conto di cinque indicatori: *specific, measurable, attainable, relevant, time-bound*¹⁰. Rispetto a ciascuno di questi indicatori è stata data una risposta negativa o

⁸Si fa riferimento alle seguenti associazioni in materia di Open Government: Agorà Digitale, Circolo dei Giuristi Telematici, Diritto di Sapere, FOIA.it, IWA Italy, OpenMediaCoalition, OpenPolis, Osservatorio per l'Open Government, Stati Generali dell'Innovazione, Transparency International, Wikitalia.

⁹Il report è stato pubblicato all'indirizzo: <http://www.slideshare.net/opengovit/report-della-societa-civile-sullimplementazione-del-primo-piano-di-azione-italiano-sulopen-government>.

¹⁰Gli indicatori summenzionati pongono i seguenti interrogativi: SPECIFIC : l'obiettivo è stato descritto con chiarezza?, MEASURABLE: sono individuati gli elementi necessari per misurare lo stato di attuazione e/o il livello di conseguimento degli obiettivi prestabiliti?, ATTAINABLE: sono state

affermativa: è emerso che l'unico obiettivo effettivamente portato a termine ha riguardato la realizzazione, da parte del Ministro per la coesione territoriale, di un sistema informato sullo stato di avanzamento di tutti gli interventi della programmazione regionale unitaria, con la creazione del portale "open coesione" (www.opencoesione.gov.it).

Il risultato complessivo è la presa d'atto del mancato coinvolgimento della società civile nella implementazione del piano, conseguenza inevitabile della scarsa attenzione ai principi proclamati dalla logica dell'*Open Government*. Questo denota una certa arretratezza dello Stato italiano rispetto al programma avviato in altri paesi europei: la strada è stata tracciata ma non è previsto alcun obbligo di implementare nel settore pubblico un tale modello innovativo, ma solo disposizioni che sembrano introdurre l'affermazione dei principi cardine dell'*Open Government*. Pertanto, non bisogna dimenticare il significativo esempio che ci viene dagli Usa: al fine di assicurare la trasparenza, la collaborazione e la partecipazione non ci si può "affidare ad iniziative sporadiche e spontaneistiche, ma è necessaria l'azione sistematica e complessiva di tutti i livelli dell'amministrazione"¹¹.

La trasparenza: "modo di essere e di agire dell'amministrazione".

Come si è visto in precedenza, uno dei pilastri della prassi amministrativa dell'*Open Government* è la trasparenza, strumento di imparzialità e buon andamento che deve governare l'attività amministrativa.

Come punto di partenza al fine di comprendere l'intima essenza del principio, si ritiene estremamente efficace ed evocativo il richiamo al concetto di trasparenza nel suo significato proprio, quale *capacità di un corpo di permettere il passaggio, attraverso il suo spessore, di radiazioni luminose, e quindi la visione di oggetti situati al di là di esso*¹²: esattamente come il vetro, con cui dovrebbe costruirsi la "casa dell'amministrazione" secondo l'espressione di Filippo Turati che ha inaugurato l'associazione del concetto di "trasparenza" alla pubblica amministrazione¹³.

Nel linguaggio proprio degli operatori del diritto, la trasparenza costituisce ormai "un vero e proprio valore portante quanto necessario dell'ordinamento (...), un obiettivo da conseguire tanto più se l'amministrazione è strumento al servizio della comunità, anzi espressione di quest'ultima, piuttosto che espressione di un potere sovraordinato"¹⁴. Dunque la trasparenza deve connotare l'attività e l'organizzazione di tutti gli enti pubblici, dal momento che questi sono chiamati a garantire l'accessibilità e conoscibilità di tutte le informazioni relative al proprio

esposte con chiarezza le modalità con le quali si intendono raggiungere gli obiettivi dichiarati?, RELEVANT: quale rilevanza hanno gli obiettivi dichiarati nel quadro delle politiche di Open Government del Paese?, TIME-BOUND: sono stati definiti i tempi necessari per il conseguimento degli obiettivi dichiarati?

¹¹Così E. Belisario, G. Cogo, R. Scano, *I siti web delle pubbliche amministrazioni. Norme tecniche e giuridiche dopo le Linee Guida Brunetta*, Maggioli Editore, 2012, 165.

¹²Definizione tratta da G. Devoto-G. Oli, *Il Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier.

¹³Cfr. M. Renna-F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012.

¹⁴A cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2010, 89.

operato; l'unica limitazione deve riguardare quegli ambiti in cui la realizzazione di un pubblico interesse o la tutela del privato impongano la segretezza delle informazioni.

È stato osservato che il concetto di trasparenza amministrativa sia spesso utilizzato in modo *atecnico*¹⁵, o perché confuso con la pubblicità e il diritto di accesso o perché, riferendosi generalmente all'attività e all'organizzazione dei pubblici uffici, non è ben chiaro in che modo debba operare nei due settori. Non si dimentichi che il principio in questione è stato consacrato dal legislatore solo di recente, con la Legge 241/1990, come modificata nel 2005, secondo cui l'attività amministrativa deve essere informata ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, e dal criterio di trasparenza¹⁶. Dottrina e giurisprudenza hanno sovente inteso la trasparenza quale "collante" al principio di concorsualità per l'accesso al pubblico impiego, di pubblicità nel settore degli appalti pubblici, al diritto di accesso ai documenti amministrativi, al diritto all'informazione e via discorrendo.

In buona sostanza, la trasparenza è insita nella maggior parte delle attività a cui sono chiamati i pubblici uffici. Un esempio per tutti: prima dell'intervento della L. 241 del 1990 non esisteva alcuna norma che sancisse l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi: con l'art. 3 è stato realizzato un significativo passo avanti nella logica della trasparenza, tanto che la mancanza di motivazione assurge a vizio di legittimità dell'atto (in particolare configura il vizio di violazione di legge) mentre la illogicità-contraddittorietà della motivazione configurano l'eccesso di potere¹⁷. Anche l'istituto del responsabile del procedimento, disciplinato dal capo II della *l. proc. amm.*¹⁸, ha rappresentato una novità assoluta estremamente funzionale alla logica della trasparenza amministrativa, attraverso l'individuazione, nell'ambito della unità organizzativa competente, di un soggetto al quale viene affidata la gestione del procedimento, la comunicazione ai soggetti interessati¹⁹ dell'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento nonché l'indicazione dei compiti di costui. Queste previsioni hanno

¹⁵Cfr. F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, www.astrid-online.it, R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione del procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.

¹⁶L.7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*. Art. 1, comma 1, come modificato dalla L. 11 febbraio 2005, n.15: "*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

¹⁷In materia si veda, Cons. St., IV, 31 ottobre 2006, n. 6464; Cons. St., IV, 14 aprile 2010 n. 2092, secondo cui la garanzia di adeguata tutela del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento finale non risultano chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla PA allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento.

¹⁸Il capo II della Legge 241 del 1990 si compone dei seguenti articoli: Art. 4 "Unità organizzativa responsabile del procedimento", art. 5 "Responsabile del procedimento", art. 6 "Compiti del responsabile del procedimento".

¹⁹Si fa riferimento ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire (art. 7, *l. proc. amm.*).

portato ad una profonda “riorganizzazione strutturale” dei pubblici uffici in quanto consentono ai soggetti interessati di venire a conoscenza del responsabile del procedimento e del suo operato, di assicurare l'*accountability* dei funzionari preposti nonché di realizzare una maggiore celerità del procedimento.

Tra i numerevoli strumenti di trasparenza che si desumono dalla lettura della legge sul procedimento amministrativo, non può non menzionarsi altresì il diritto di accesso sancito dagli ex artt. 22 e ss. In particolar modo, l'art. 22 come novellato dalla L. 15 del 2005 nonché dalla L. 69 del 2009, stabilisce espressamente che il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi, *attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*²⁰. L'intento è quello di favorire un dialogo paritetico fra pubblica amministrazione e cittadino. Si badi: trasparenza, pubblicità ed accesso non sono sovrapponibili ma costituiscono elementi funzionali alla trasparenza. Come è stato giustamente osservato, non può considerarsi trasparente, ad es., l'operato di una PA che renda accessibili gli atti, ma che li rediga in modo non chiaro e poco lineare. Allo stesso modo, il principio risulterebbe violato qualora una PA, al fine di limitare la conoscibilità a molti, decida di pubblicare un bando di concorso in un breve periodo estivo²¹. Orbene, non è corretto utilizzare i termini come sinonimi in quanto debbono considerarsi l'uno come condizione imprescindibile per l'altro.

Efficace l'intuizione di Scoca il quale ha definito la pubblicità come elemento “statico” e la trasparenza come espressione della interrelazione tra pubblico e privato. A suffragio di quanto detto, recente orientamento giurisprudenziale, ha ritenuto che le disposizioni in materia di diritto di accesso mirano a coniugare la ratio dell'istituto, quale fattore di trasparenza e garanzia di imparzialità dell'Amministrazione – nei termini di cui all'art. 22 della citata legge n. 241/90 – con il bilanciamento da effettuare rispetto ad interessi contrapposti, inerenti non solo alla riservatezza di altri soggetti coinvolti, ma anche alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione, che appare da salvaguardare in presenza di richieste pretestuose e defatiganti, ovvero introduttive di forme atipiche di controllo²².

Insomma, la trasparenza può definirsi un *quid pluris* sia rispetto alla pubblicità che allo stesso diritto di accesso, in quanto conferisce

²⁰Vedi art. 22, comma 2, *l. proc. Amm.*, così come sostituito dall'art. 10, comma 1, l. 69 del 2009.

²¹Così P.M.Zerman, *La trasparenza della p.a. tra accesso e privacy nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 2011, www.giustizia-amministrativa.it.

²²Quanto affermato dalla sent. Cons. St., VI, 20 novembre 2013, n. 5515, a tenore della quale: Le nuove disposizioni, dettate con dlgs. 14 marzo 2013, n. 33, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Le due fonti normative sono segnate da finalità e disciplina differenti, pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza, che si vuole affermare con sempre maggiore ampiezza nell'ambito dell'amministrazione pubblica”

all'amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma,²³ così da rafforzare il carattere democratico delle istituzioni.

Anche la riforma Brunetta²⁴ ha voluto incentivare le aspettative di chiarezza e di trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione nei confronti dei propri stakeholder, attraverso la previsione di due importanti strumenti, ossia il *Piano della Performance* e la *Relazione sulla performance*²⁵. Questi sono finalizzati ad assicurare l' "accessibilità totale" degli utenti a tutte quelle informazioni - fornite attraverso la pubblicazione sui siti istituzionali degli enti²⁶ - relative all'attività nonché all'organizzazione dei pubblici uffici. In tal modo si favoriscono forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità ex art. 97 della Costituzione²⁷. Tra le significative novità introdotte dalla Riforma Brunetta, si annovera l'istituzione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (acronimo CIVIT), oggi

²³F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, cit.

²⁴Il decreto Brunetta n. 150, pubblicato sulla gazzetta Ufficiale il 31 ottobre 2009, reca disposizioni concernenti la "Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni".

²⁵Art. 10, comma 1, d.lgs. 150/2009 : "Al fine di assicurare la qualità, comprensibilità ed attendibilità dei documenti di rappresentazione della performance, le amministrazioni pubbliche, secondo quanto stabilito dall'articolo 15, comma 2, lettera d) , redigono annualmente: a) entro il 31 gennaio, un documento programmatico triennale, denominato Piano della performance da adottare in coerenza con i contenuti e il ciclo della programmazione finanziaria e di bilancio, che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori; b) un documento, da adottare entro il 30 giugno, denominato: «Relazione sulla performance» che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato".

²⁶Il Decreto Brunetta sancisce, all'art. 11, comma 8, che le Pubbliche Amministrazioni debbono istituire una apposita sezione sul Sito Istituzionale denominata "Trasparenza, Valutazione e merito" dove pubblicare tutte le notizie riguardanti l'organizzazione e l'attività dell'Ente. Allo stesso modo l'art. 21, comma 1, della legge 18 Giugno 2009, n° 69, dispone l'obbligo delle Pubbliche Amministrazioni di pubblicare sui propri siti Internet, in attuazione dei principi di trasparenza e di buona amministrazione, i curricula vitae, i dati relativi alle retribuzioni ed i recapiti istituzionali del personale avente qualifica dirigenziale e dei Segretari Comunali e Provinciali, le informazioni inerenti i tassi di assenza e di presenza del personale di ciascuna Area.

²⁷Art. 11, comma 1, d.lgs.150/2009: "La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) , della Costituzione.

ANAC, ossia Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche²⁸.

L' ANAC è un' autorità amministrativa indipendente con il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all' esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale, informando annualmente il Ministro per l' attuazione del programma di Governo sull' attività svolta²⁹. Con la L. 190 del 2012, meglio nota come Legge Anticorruzione, la Commissione è stata altresì riconosciuta come Autorità nazionale anticorruzione.

Da ultimo il d. lgs. 33 del 2013, così come la già citata Legge 190 del 2012 (che, tra le altre, ha introdotto il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti), hanno definitivamente consacrato la trasparenza tra i canoni generali dell' azione amministrativa, auspicando che tutti i soggetti operanti nella cura concreta di interessi pubblici garantiscano maggiore partecipazione e controllo dell' esercizio del potere pubblico.

Collaborazione e partecipazione come espressione del principio del "giusto procedimento".

La nuova frontiera dell' *Open Government*, che ha preso strada anche nel nostro Paese seppur con molte riserve, sta per governo trasparente, e dunque aperto alla partecipazione e alla collaborazione del cittadino-utente. In tal modo, i destinatari del provvedimento finale sono messi in condizione di poter intervenire nel procedimento amministrativo, in ossequio ai principi costituzionali di uguaglianza, diritto di difesa, imparzialità e buona amministrazione.

Il disequilibrio che ha da sempre caratterizzato il rapporto tra cittadino e soggetto pubblico viene ad essere particolarmente attenuato dal momento che si riconosce al privato - la cui sfera giuridica può essere incisa dal provvedimento finale - di prendere parte al procedimento destinato all' adozione del provvedimento medesimo. Dunque, l' istituto della partecipazione assume una funzione rilevante in quanto consente la difesa dell' interesse del soggetto coinvolto nel procedimento e, conseguentemente, garantisce la collaborazione tra gli interessi pubblici e dei privati destinatari in modo da pervenire ad una corretta formazione del provvedimento finale.

La L. 241 del 1990 ha segnato una svolta in tal senso, in quanto ha dedicato il capo III³⁰ ad una serie di istituti destinati ad assicurare la partecipazione del

²⁸La denominazione da CIVIT ad ANAC è mutata con l' entrata in vigore della legge del 30 ottobre 2013, n. 125, di conversione del decreto legge del 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni.

²⁹Art. 13, comma 1, d. lgs. 150 del 2009. La Commissione opera in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e con il Ministero dell' economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato ed eventualmente in raccordo con altri enti o istituzioni pubbliche.

³⁰L' art. 13, comma 1, L. 241 del 1990, sancisce che: "Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell' attività della pubblica amministrazione diretta alla

privato al procedimento amministrativo: la comunicazione di avvio del procedimento, il diritto di partecipare al (o intervenire nel) procedimento, il c.d. preavviso di rigetto con riferimento ai procedimenti su istanza di parte, gli accordi con i privati per la determinazione del contenuto del provvedimento ovvero in sostituzione dello stesso. Il legislatore italiano è dunque intervenuto al fine di sopperire alla mancanza di una legge generale sul procedimento amministrativo; questo spiega la ragione per la quale, sino ad allora, dottrina e giurisprudenza avevano assegnato un ruolo del tutto secondario al procedimento e conseguentemente alla partecipazione dei privati allo stesso, confermando il primato da sempre riconosciuto al provvedimento amministrativo inteso quale massima espressione dell'esercizio di un potere sovraordinato.

Con la legge sul procedimento amministrativo e successive modificazioni, è stata definitivamente consacrata la possibilità per i privati di prendere parte al procedimento che li riguarda, spianando la strada nel nostro ordinamento a quello che è stato definito *'principio del giusto procedimento'* a tenore del quale, nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse, l'autorità procedente deve garantire un contraddittorio con i portatori di interessi contrapposti coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.

Non a caso, recente giurisprudenza ha chiarito come l'importanza *"del rispetto delle garanzie procedurali sancite dalla legge n.241/90 anche nella prospettiva, evidenziata da recente dottrina, di 'collaborazione procedimentale' cui sono tenute entrambi le parti (pubblica e privata) coinvolte nello svolgimento dell'azione amministrativa, che implica il superamento dell'esigenza del mero rispetto delle prescrizioni formali imposte dalla normativa in materia, e che, in un'ottica di legalità sostanziale, richiede, in una visione unitaria del rapporto amministrativo, che tutti i soggetti che in esso partecipano abbiano la possibilità di evidenziare circostanze di fatto e rappresentare interessi coinvolti in modo tale che lo scambio sia effettivamente utile per entrambi"*³¹.

Le norme sulla partecipazione, dunque, vengono ad assumere una duplice funzione, tanto difensiva, quanto collaborativa, nel senso di offrire ulteriori elementi fattuali ai fini di una più corretta formazione del provvedimento finale.

emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione" La disposizione in questione è stata oggetto di numerose critiche da parte dei primi commentatori; a ben vedere, è stato osservato come l'esclusione riguardi prevalentemente la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 e ss. e dunque il contraddittorio scritto tra PA e soggetti legittimati a partecipare. Tuttavia la previsione secondo la quale per i procedimenti ivi indicati restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione, è indicativa del fatto che sia demandata al legislatore la partecipazione ai procedimenti suddetti. La ragione di tale considerazione va ricercata nel fatto che la partecipazione non costituisce un principio che ha valenza costituzionale e pertanto il legislatore statale, quanto quello regionale, non trovano vincoli nella Costituzione all'esercizio della discrezionalità legislativa (M.A. Sandulli, 589). In dottrina, l'esclusione dell'istituto della partecipazione dai procedimenti di cui all'art.13, ha trovato una giustificazione nella considerazione secondo la quale tali procedimenti non sono caratterizzati da un contenuto che possa coinvolgere in via diretta ed immediata la posizione di soggetti privati, laddove l'istituto della partecipazione attiene a quei procedimenti che presuppongono un confronto tra pubblici interessi e titolari di interessi pretensivi od oppositivi in relazione al provvedimento finale.

³¹T.A.R. Lazio sez. II quater, 14.06.2012, n. 5464.

Vediamo di esaminare in breve i suindicati istituti, al fine di comprendere quali passi avanti sono stati compiuti dal legislatore italiano a garanzia della partecipazione e collaborazione del privato all'azione amministrativa.

Venendo al primo di tali istituti, la comunicazione di avvio del procedimento si rinviene nell'art. 7, *l. proc. amm.*, il quale prescrive che l'amministrazione deve, di norma, comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, a quelli che per legge debbono intervenire ed infine ai soggetti individuati o facilmente individuabili che dal provvedimento possono subire effetti pregiudizievoli³². In tal modo si vuole "consentire alla parte interessata di partecipare al procedimento amministrativo fin dal momento del suo concreto avvio, o quantomeno, di inserirsi in una fase che non sia avanzata o, peggio, conclusiva, altrimenti risultando del tutto eluse le finalità partecipative e di trasparenza dell'azione amministrativa"³³.

Il successivo art. 8 si preoccupa di chiarire le modalità e i contenuti della comunicazione di avvio del procedimento, specificando che, l'omissione della stessa, configura un'ipotesi di illegittimità dell'azione amministrativa che può essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista³⁴. La giurisprudenza, tuttavia, ha escluso la sussistenza di tale obbligo nei procedimenti con particolari esigenze di celerità o nei quali non si ritenga utile o rilevante il contraddittorio³⁵. Non a caso il legislatore, all'art. 21-octies, sancisce la non annullabilità del provvedimento per la mancata comunicazione in questione, laddove la PA dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

³²Interessante in tal senso, quanto si legge nella sent. 15 settembre 1999, n. 14, nella quale l'Adunanza Plenaria del Collegio di Palazzo Spada ha precisato che l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento "ha innestato nell'attività amministrativa un elemento di riqualificazione di grande rilievo civile, consistente nell'introduzione nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale, per cui alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse, oggetto, nei confronti dei destinatari di provvedimenti restrittivi, di un riserbo ad *excludendum* già ostilmente preordinato a rendere impossibile o sommamente difficile la tutela giurisdizionale, è subentrato il sistema della democraticità delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui i destinatari sono stati messi in condizione di contraddire".

³³Cons. St., sent. 26 maggio 1997, n. 560.

³⁴Art. 8, l. 241 del 1990, come modificata dalla L. 15 del 2005: "1. L'amministrazione provvede a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale. 2. Nella comunicazione debbono essere indicati: a) l'amministrazione competente; b) l'oggetto del procedimento promosso; c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti. 3. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. 4. L'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista".

³⁵Cfr. Tar Puglia, Bari, I, 26 ottobre 2002, n. 4676; TRGA, Trentino Alto-Adige, Bolzano, 12 agosto 2002, n. 379.

È evidente come, per un verso, il legislatore si preoccupa di soddisfare le esigenze di partecipazione e di trasparenza garantendo la posizione del privato, ma per altro, sacrifica tale obbligo quando sussistano esigenze di economia e di celerità procedimentale. La partecipazione viene ad essere così 'depotenziata' allorché la PA, ritenendo poco rilevante l'apporto del privato – dal momento che il provvedimento finale non avrebbe potuto essere differente da quello poi concretamente adottato - ometta la comunicazione senza esporre il relativo provvedimento al vizio di legittimità. A fronte di questo scenario, la giurisprudenza ha fatto leva sul '*principio del raggiungimento dello scopo*', in modo da escludere l'eventualità che la mancanza di comunicazione di avvio del procedimento possa determinare l'illegittimità del provvedimento finale: quando l'azione è raggiunta, la comunicazione di avvio del procedimento è superflua e può essere sacrificata in vista dei principi di celerità e speditezza dell'azione amministrativa³⁶.

Il secondo e forse più significativo dei diritti partecipativi riguarda il riconoscimento ai portatori di interessi pubblici, privati o diffusi che possano subire pregiudizio dal provvedimento finale, del diritto di intervenire nel procedimento amministrativo, presentando osservazioni e istanze concernenti il contenuto del provvedimento medesimo³⁷. Si tratta di una partecipazione di tipo 'difensivo' ossia destinata ad opporsi all'emanazione del provvedimento amministrativo. L'intervento si realizza attraverso la presa visione degli atti del procedimento - con esclusione dei documenti coperti dal segreto di Stato o dal divieto di divulgazione - e la presentazione di documenti e memorie scritte rispetto alle quali l'amministrazione è obbligata a tenerne conto qualora siano pertinenti all'oggetto del procedimento³⁸.

Orbene, l'art. 10 consacra quella che possiamo definire una '*partecipazione in forma scritta*'³⁹ laddove il contraddittorio orale non viene considerato quale modalità di partecipazione al procedimento. A tal proposito, la diffusione dell'utilizzo di strumenti informatici può di fatto contribuire a forme di partecipazione e collaborazione di gran lunga più snelle ed efficaci, orientando

³⁶Cfr. *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 505.

³⁷Art. 9, L. 241 del 1990, come modificata dalla L. 15 del 2005 e ss. mm.: "Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento". I soggetti portatori di interessi pubblici sono coloro che il responsabile del procedimento deve interpellare per acquisirne le determinazioni; i portatori di interessi privati non sono i destinatari del provvedimento finale in quanto soggetti terzi. Con riguardo ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, autorevole dottrina (Cerulli-Irelli) ha osservato come il legislatore abbia utilizzato l'espressione 'interessi diffusi' in modo improprio, dal momento che la giurisprudenza è stata chiara nel definire l'interesse diffuso come "un interesse privo di titolare, latente nella comunità e ancora allo stato fluido, in quanto comune a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente"; mentre l'interesse collettivo "fa capo a un ente esponenziale di un gruppo non occasionale, della più varia natura giuridica (si pensi alle associazioni riconosciute e non, ai comitati, agli ordini professionali), ma autonomamente individuabile. (Cons. St., VI, 11 luglio 2008, 3587). Dunque la disposizione in esame, riconosce il diritto di intervento ai portatori di interessi propri di un gruppo e dunque titolari di interessi collettivi.

³⁸Vedi art. 10, l. 241 del 1990.

³⁹Cerulli-Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 346.

l'intervento degli interessati verso un contraddittorio orale meno informale, in modo da ovviare agli inconvenienti che caratterizzano la produzione cartacea⁴⁰.

Le memorie, dunque, assurgono a strumento principale attraverso cui gli interessati possono dire la propria con riguardo a fatti e circostanze rilevanti nell'ambito del procedimento che li riguarda, e nel contempo offrono un apporto di fatti ed interessi sui quali verrà irrimediabilmente a formarsi la volontà della pubblica amministrazione. In breve, l'intervento funge da garanzia per la difesa degli interessati e da strumento di collaborazione per la definizione del contenuto del provvedimento finale⁴¹.

Un altro aspetto particolarmente innovativo introdotto nella L. n. 241/1990 dalla novella del 2005 e strettamente legato alla partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo, concerne il nuovo istituto di cui all'art. 10-bis, inserito dall'art. 6 della legge di riforma e denominato dal legislatore "*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*"⁴².

Laddove il responsabile del procedimento o l'autorità competente intenda assumere un provvedimento negativo a fronte dell'istanza pervenuta⁴³, lo stesso è tenuto a comunicare in via preventiva alla parte interessata i motivi⁴⁴ che ostano

⁴⁰Vedi Tatti, *La "nuova" partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009.

⁴¹In tal senso, si è osservato come la disposizione contenuta nell'art. 10 se da una parte riconosce il diritto di intervento nel procedimento ai soggetti interessati, lo stesso non può dirsi in sede processuale: più volte la giurisprudenza ha negato la legittimazione ad agire in giudizio agli enti esponenziali di interessi diffusi. Questa problematica ha iniziato a farsi sentire già a partire dagli anni '70, quando furono promosse diverse azioni processuali da parte di associazioni titolari di interessi diffusi e nei cui confronti la giurisprudenza è stata a dir poco oscillante sul riconoscimento o meno della legittimazione ad agire in sede processuale. Un passo avanti è stato compiuto con la L. 349 del 1986 istitutiva del Ministero dell'ambiente, grazie alla quale è stata riconosciuta alle associazioni che si occupavano di protezione ambientale, la possibilità di intervenire nei giudizi in materia di danno ambientale. Ad ogni modo la giurisprudenza è stata molto contrastante sul punto.

⁴²Art. 10bis, L. 241 del 1990, come modificata dalla L. 15 del 2005 e ss. mm.: "Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione".

⁴³La dottrina ha osservato come il legislatore sia caduto in contraddizione nel prevedere la necessità del preavviso di rigetto solo per i procedimenti iniziati su iniziativa di parte, senza includervi anche i procedimenti d'ufficio. Pertanto nei primi, il privato è messo in condizione di conoscere se la sua domanda potrà avere esito positivo o negativo, mentre nei secondi il provvedimento amministrativo potrà limitare la sfera giuridica del privato senza che questi venga avvisato in anticipo.

⁴⁴Nella norma in commento, non vi è alcuna indicazione specifica circa il contenuto del preavviso di diniego, prevedendo in modo generico che la Pubblica Amministrazione comunichi agli

all'accoglimento della domanda. Entro dieci giorni successivi al ricevimento della comunicazione – la quale interrompe i termini di conclusione del procedimento – la parte interessata può presentare le proprie osservazioni eventualmente corredate da documenti.

Il legislatore del 2005, nell'ottica di rafforzare il profilo della trasparenza e della partecipazione e al contempo di deflazionare il contenzioso giurisdizionale⁴⁵, ha riconosciuto la partecipazione anche nella fase 'predecisionale' del procedimento, laddove l'autorità competente ritenga di non poter accogliere l'istanza del privato. V'è chi ha ritenuto che, a seguito della suddetta comunicazione, si apra un 'sub-procedimento' nel procedimento medesimo, di modo che l'amministrazione assuma la propria determinazione sulla scorta sia delle proprie precedenti considerazioni, sia delle osservazioni presentate dal privato⁴⁶. Invero, con il preavviso di rigetto ex art. 10-bis, il legislatore è intervenuto per porre rimedio alla disparità di trattamento subita dai soggetti titolari di interessi *pretensivi* rispetto ai titolari di interessi *oppositivi* in relazione all'esito dell'azione amministrativa, riconoscendo per l'appunto ai primi la possibilità di partecipare al procedimento che li riguarda⁴⁷.

Perlopiù gran parte della dottrina ha ritenuto che la suddetta previsione tende a garantire una maggiore trasparenza – riconosciuta dalla stessa L. 15 del 2005 tra i canoni generali dell'azione amministrativa⁴⁸ - nonché una maggiore partecipazione del privato al procedimento amministrativo. L'istituto di cui all'art. 10bis⁴⁹ assolverebbe quindi ad una funzione 'dialogica', favorendo un "dialogo forzoso (...) assai più utile rispetto alla partecipazione dell'interessato nei momenti

istanti i 'motivi' che ostano all'accoglimento della domanda. Si deve ritenere che i motivi a cui fa riferimento il legislatore debbano consistere nella indicazione di tutti quegli elementi motivazionali che hanno portato l'amministrazione ad adottare una decisione negativa rispetto all'istanza avanzata dal privato.

⁴⁵Si legge nella Relazione dell'On. Bressa che: "Tale disposizione è tesa ad introdurre un istituto procedimentale attraverso il quale ci si propone di limitare il contenzioso tra cittadino e pubblica amministrazione mediante la previsione di un ulteriore canale di comunicazione tra le parti precedente alla decisione finale".

⁴⁶Cfr. G. Bottino, *Commento all'art. 10-bis*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 395.

⁴⁷Ferrari Ge., *Commento all'art. 10bis*, l. n. 241/1990, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di Bartolini-Fantini-Ferrari Ge., Milano, 2010, 275, ss.

⁴⁸Portiamo alla mente l'art. 1, comma 1, L. 241 del 1990: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

⁴⁹Sull'istituto si veda T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 03.07.2012, n. 1888, secondo cui: "Il preavviso di provvedimento negativo si inserisce nella scansione procedimentale come una seconda comunicazione volta, a differenza di quella prevista dall'art. 7, a rappresentare al soggetto che ha attivato l'azione amministrativa l'esistenza di motivi che ostano all'accoglimento della sua istanza. Tale comunicazione ha valenza istruttoria (consentendo al destinatario di presentare memorie e documenti) e nello stesso tempo rafforza il contraddittorio, anticipandolo già nella fase procedimentale, al chiaro fine di realizzare una funzione deflattiva".

iniziali del procedimento amministrativo”⁵⁰ e una funzione più propriamente ‘collaborativa’ in quanto mira a “soddisfare l’esigenza di democraticità dell’azione amministrativa, e più in generale, il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, che potrebbe giovare in tal senso anche di un apporto collaborativo dello stesso cittadino, utile ad attenuare il carico di lavoro dei pubblici uffici”⁵¹.

Il privato istante, dunque, deve essere posto nella condizione di poter replicare e controdedurre attraverso la presentazione di osservazioni scritte e l’eventuale produzione di documenti ove l’interessato ne ravvisi la necessità. Di conseguenza l’Amministrazione è tenuta a comunicare al richiedente tutte le motivazioni ostative⁵² sulle quali si fonda il mancato accoglimento della domanda, di modo che il privato possa replicare sul motivo o sui motivi di diniego sui quali dovrebbe basarsi il contenuto del provvedimento negativo⁵³.

Si osservi che la comunicazione dei motivi ostativi si presenta, oltre che per la definizione fornita dal legislatore nella rubrica dell’ art. 10-bis, come un atto *endoprocedimentale* e, dunque, preparatorio rispetto al provvedimento finale. Di qui, sulla scia del costante orientamento della giurisprudenza amministrativa nel senso di non ritenere impugnabili gli atti meramente endoprocedimentali perché

⁵⁰Così D. Chinello, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, www.lexitalia.it. Di rapporto “dialogico” parla anche G. Micari, *Il preavviso di rigetto procedimentale*, pag. 1544.

⁵¹Così G. Farina, *Sulla necessità di applicare in modo restrittivo e rigoroso il nuovo articolo 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stregua dell’ordinamento vigente*, in www.altalex.com.

⁵²“Sebbene non sia richiesta una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto del preavviso di rigetto (ossia tra le ragioni ostative indicate con il medesimo) e quello del provvedimento conclusivo del procedimento, essendo del tutto legittimo che l’amministrazione ritenga, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche, in relazione alle osservazioni del privato ed anche autonomamente (...) è necessario che il contenuto del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva (per così dire) nello schema delineato dal preavviso di rigetto, dovendosi ritenere precluso all’amministrazione fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell’atto endoprocedimentale, a scanso di frustare irrimediabilmente la funzione partecipativa e dialogica che la legge assegna all’atto di preavviso”, TAR Piemonte, I, 7 febbraio, 2007, n., 503.

⁵³Non si dimentichi che l’ultimo periodo dell’art. 10-bis delimita l’ambito di applicazione della norma, stabilendo che l’istituto del preavviso di diniego non trova applicazione nei confronti delle procedure concorsuali e dei procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale gestiti dagli enti di previdenza. Quanto alle procedure concorsuali, la ratio di tale esclusione si rinviene nelle esigenze di celerità e nelle difficoltà pratiche di effettuare un utile contraddittorio: procedimenti di questo tipo non seguono solitamente una normale procedura promossa da un singolo con il quale poter interloquire, bensì si caratterizzano per essere procedure complesse caratterizzate da un elevato numero di partecipanti, nelle quali la risposta negativa sull’istanza di uno dipende dall’accoglimento dell’istanza di un altro partecipante, a seguito della valutazione della posizione dei vari concorrenti, senza che possa trovare seguito un ipotetico preavviso di rigetto. Quanto alla seconda fattispecie, si fa riferimento ai procedimenti riguardanti la materia previdenziale ed assistenziale: tale ipotesi di esclusione è stata giustificata dal fatto che si tratta di un’attività pressoché vincolata, con la conseguenza che la fase partecipativa configurerebbe un mero aggravio, non potendo i privati fornire alcun elemento che possa in qualche modo indirizzare la conclusione vincolata dell’amministrazione pubblica. Così D. Chinello, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, cit, S. Toschei, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in Guida dir., 2005.

non dotati di autonoma capacità lesiva immediata, gli stessi potranno essere censurati solo congiuntamente all'atto finale del procedimento, con la conseguenza che il preavviso di diniego non possa essere autonomamente sottoposto a gravame. Lo stesso può dirsi per la comunicazione di avvio del procedimento, che, a dirla tutta, non presenta che la medesima *ratio giuridica* e *modus operandi* rispetto al preavviso di cui all'art. 10-bis. Difatti, in ordine alla comunicazione ex art. 7, L. n. 241/1990, la giurisprudenza amministrativa ha precisato più volte che "è inammissibile il ricorso avverso la comunicazione di avvio del procedimento (...) vuoi perché atto preliminare privo di effetti lesivi propri, vuoi perché, comunque, atto endoprocedimentale non impugnabile ex se"⁵⁴, salvo rare eccezioni⁵⁵. L'art. 10-bis appare così una norma particolarmente ambiziosa, che "si inserisce nel sistema delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, introducendo un nuovo livello endoprocedimentale di tutela e di partecipazione"⁵⁶.

Questi bei propositi vengono inevitabilmente a crollare con il secondo comma dell'art. 21-octies – come peraltro si è già visto per la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7, l. proc. amm. – a discapito delle garanzie riconosciute al privato: "la violazione dell'art. 10 bis l. 7 agosto 1990 n. 241, non produce ex se l'illegittimità del provvedimento terminale, dovendo la disposizione sul c.d. preavviso di diniego essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies della citata l. n. 241 del 1990, secondo cui, laddove il ricorrente sollevi determinati vizi di natura formale, è imposto al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e, quindi, di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato"⁵⁷.

In buona sostanza, l'orientamento giurisprudenziale prevalente assimila la mancata comunicazione del preavviso di rigetto alla mancata comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7, con la conseguenza che, sì, viene riconosciuta espressamente alla suddetta omissione una violazione delle norme sul procedimento - ai sensi e agli effetti dell'applicabilità dell'art. 21 octies - ma nel contempo si ritiene che non si debba procedere all'annullamento dell'atto

⁵⁴Così T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 19 giugno 2003, n. 453, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2003; si veda anche T.A.R. Lazio, sez. III, 9 gennaio 2004, n. 54, *ivi*, 2004, 153, in cui si afferma che: «È inammissibile il ricorso col quale si impugnano gli atti, preparatori, [...] e di comunicazione di avvio del procedimento, i quali non dispiegano concretamente alcun effetto immediatamente lesivo della posizione giuridica rivestita dal ricorrente e non sono perciò impugnabili se non congiuntamente all'atto conclusivo il quale ne faccia applicazione, non essendo ammissibile una pronuncia in via di prevenzione sui fatti di cui si controverta in mancanza del provvedimento finale che acclari e consolidi autoritativamente una precisa lesione attuale». *Idem* T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 10 dicembre 2003, n. 5734, *ivi*, 2003, 3438.

⁵⁵Un esempio per tutti T.A.R. Veneto, sez. I, 15 gennaio 2003, n. 410, in *Foro amm. TAR*, 2003, 25, ha ritenuto idoneo a ledere direttamente ed immediatamente la posizione giuridica del destinatario, la comunicazione di avvio del procedimento finalizzato alla dichiarazione di particolare interesse storico-artistico di taluni beni, ai sensi dell'art. 7, D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490, in quanto comportante l'immediata applicazione di misure cautelari di controllo.

⁵⁶Così A. Podda, *L'art.10 bis della L.241/90: Garanzia di partecipazione del cittadino o perdita di tempo per la P.A.*, in www.diritto.it, 2007.

⁵⁷Così TAR Puglia, II, sent. n. 4412 del 2006.

impugnato laddove in presenza di funzioni amministrative vincolate, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁵⁸ oppure quando le osservazioni del privato non si ritengono tali da poter incidere sul contenuto del provvedimento finale⁵⁹.

Queste riflessioni, che evidenziano le profonde contraddittorietà in cui si è imbattuto il legislatore, portano con sé l'inevitabile conseguenza della preoccupante riduzione delle garanzie di partecipazione e trasparenza formalmente riconosciute al privato, svuotando di contenuto la portata innovativa dell'istituto della partecipazione.

L'art. 11⁶⁰ della *l. proc. amm.*, introduce la possibilità per l'amministrazione procedente di concludere accordi⁶¹ con gli interessati al fine di determinare il contenuto del provvedimento (accordi procedurali o integrativi⁶²) ovvero in sostituzione a questo (accordi sostitutivi⁶³). Si badi che tale tipologia di accordi ha carattere squisitamente pubblico⁶⁴, in quanto si inseriscono nell'ambito o al termine di un procedimento e dunque in relazione all'esercizio di una funzione amministrativa⁶⁵. Al fine di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa, la stipulazione degli accordi, siano essi sostitutivi o integrativi, deve essere sempre preceduta da una determinazione⁶⁶ dell'organo competente per l'adozione del provvedimento⁶⁷. Tale previsione, introdotta con la novella del 2005,

⁵⁸Cfr. TAR Puglia, Bari, II, 10 aprile 2006, n. 1261.

⁵⁹Cfr. TAR Sicilia, Catania, 7 luglio 2009, 1252.

⁶⁰Il comma 1 così recita: "In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo".

⁶¹Sugli accordi sostitutivi e integrativi si veda E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, 1992; C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Giuffrè, 2002; F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Giappichelli, 2002; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, 2003.

⁶²Gli accordi integrativi sono quegli accordi conclusi tra l'amministrazione procedente e gli interessati al fine di determinare il contenuto del provvedimento.

⁶³Gli accordi sostitutivi, a differenza di quegli integrativi, sono stipulati in sostituzione del provvedimento amministrativo.

⁶⁴Il comma 2 dell'art. 11 sancisce che: "Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3". Si è discusso molto sulla natura privatistica o pubblicistica degli accordi, in relazione a quanto sancito dalla L. 241 del 1990; invero, si è giunti a ritenere che questi rientrino propriamente nell'alveo dei contratti di diritto pubblico, dal momento che la disciplina applicabile attinge non solo dai principi del diritto privato ma anche dalle norme speciali di diritto pubblico.

⁶⁵Si veda F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008, 170.

⁶⁶V'è chi ha ritenuto che la determinazione ex art. 11 ricordi la "determinazione a contrarre" ex art.197 D.lgs. 267/2000, aprendo così una parentesi pubblicistica in un contesto negoziale. Così F. Logiudice, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati*, in www.altalex.com, 2007.

⁶⁷Art. 11, comma 4-bis: A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi

sembra rispondere all'esigenza di individuare 'una sede' nella quale l'amministrazione debba manifestare la propria volontà di aderire all'accordo, indicandone i motivi con riferimento alla migliore cura dell'interesse pubblico e all'assenza di pregiudizio per i diritti dei terzi⁶⁸.

Si deve osservare che l'amministrazione non è del tutto libera nel ricorrere allo strumento consensuale *de quo* in luogo di quello autoritativo, nonostante il legislatore, con la locuzione "può concludere" lasci intravedere una scelta ampiamente discrezionale: difatti, risulta ragionevole ritenere che l'autorità procedente possa esercitare tale facoltà quando la situazione concreta renda più opportuno il ricorso all'accordo sulla base della maggiore flessibilità dello strumento consensuale anche in relazione alla cura dell'interesse pubblico, senza che questo comporti maggiori oneri rispetto all'adozione del tradizionale provvedimento.

Ma è l'istanza di concludere l'accordo avanzata dal privato ad essere l'espressione più incisiva e qualificata di partecipazione al procedimento amministrativo, in quanto si viene a realizzare un incontro con la volontà del soggetto interessato nonostante resta l'esigenza di non abbandonare l'applicazione delle norme di diritto amministrativo.

L'effettiva portata dei principi dell'*Open Government* nel nostro ordinamento.

È indubbio che significativi passi avanti sono stati compiuti nel senso di favorire un maggior coordinamento tra soggetti pubblici e privati, nonostante le evidenti contraddittorietà in cui è caduto il legislatore. Questo avanzamento in tema di dialettica procedimentale tra pubblico e privato, non può che attribuirsi anche al progressivo adeguamento ai principi di derivazione comunitaria, fra tutti *il principio di buona amministrazione*, previsto espressamente dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶⁹: il procedimento non va più guardato 'nella sola prospettiva del provvedimento finale, quale mera sequenza finalistica di atti giuridici che conduca all'emanazione del provvedimento autoritativo, ma rileva in positivo, come attività giuridica in cui si celebra quel rapporto "paritario" tra

previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

⁶⁸Così E. Varani, *La partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15 del 2005*, in www.diritto.net.

⁶⁹L'art. 41 summenzionato così recita: "Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua".

amministrazione e cittadino⁷⁰. Esattamente come previsto nella logica dell'*Open Government*. In un Paese che si proclama democratico, l'interesse pubblico non deve risultare come interesse proprio dell'amministrazione, ma deve favorire in concreto un coinvolgimento dei titolari di interessi esterni all'amministrazione stessa e dunque assurgere a *'valore emergente da una armonizzazione tra tutti gli interessati in qualche modo coinvolti dall'azione dei pubblici poteri'*⁷¹. Luhmann⁷² parlava di *legittimazione attraverso il procedimento*: in buona sostanza, la legittimità di un sistema politico deve coincidere con la partecipazione attiva dei cittadini alle procedure politiche e giuridiche dello stato di diritto, di modo che venga garantito il più ampio contraddittorio tra interessi contrapposti.

L'esigenza di garantire un rapporto dialettico tra pubblico e privato trova peraltro implicito riconoscimento nella Carta Costituzionale, laddove all'art. 3, comma secondo⁷³, la partecipazione viene sottintesa come strumento che consente di favorire lo sviluppo della vita politica e sociale, come *strumento di osmosi tra ordinamento giuridico e società*⁷⁴. Ma la prova tangibile della volontà del legislatore italiano di avviare un'apertura democratica del governo alle istanze dei privati, si rinviene nel *Piano di eGovernment 2012* lanciato nel 2009 dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, Renato Brunetta, nell'ambito del *Piano di Azione europeo sull'eGovernment*, un ambizioso progetto indirizzato allo sviluppo dell'accesso telematico ai servizi pubblici, all'attuazione della trasparenza ed alla semplificazione delle procedure. Il tutto in una logica di utilizzo intensivo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

A dirla tutta, il processo di innovazione e riorganizzazione della Pubblica Amministrazione attraverso una maggiore efficienza, trasparenza e semplificazione amministrativa, aveva mosso i suoi primi passi, come abbiamo già visto, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, nell'ambito della riforma amministrativa della Pubblica Amministrazione.

Ma solo con l'introduzione dei modelli innovativi legati all'*egov*, la tradizionale interazione fra amministrazione e cittadino e/o impresa ha subito un netto capovolgimento: adesso l'utente e le sue richieste sono poste al centro dell'azione amministrativa e spetterà all'amministrazione gestire in termini tecnologici le fasi di back office destinate all'erogazione on line del servizio finale. Difatti, l'utilizzo delle tecnologie informatiche quali le tecnologie dell'ICT (*Information Communication Technology*) nei processi amministrativi, è

⁷⁰Così C. Caldore, *La partecipazione al procedimento amministrativo: il punto di equilibrio tra garanzia ed efficienza*, in www.net.cisl.it.

⁷¹Così G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Giuffrè, 2010, 40.

⁷²In *Legitimation durch verfahren* (1976), trad. in *Legittimazione attraverso il procedimento*, Giuffrè, Milano, 1985. Niklas Luhmann (Luneburgo, 8 dicembre 1927 - Oerlinghausen, 6 novembre 1998) è stato un sociologo e filosofo tedesco. Uno dei maggiori esponenti della sociologia tedesca del XX secolo, Luhmann applicò alla società la teoria dei sistemi sociali (sociologia), che ebbe un forte riscontro anche nel campo della filosofia (Fonte: Wikipedia).

⁷³Art. 3, comma 2, Costituzione: "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

⁷⁴Così G. Pizzanelli, cit.

estremamente funzionale all'incontro diretto con le esigenze espresse dall'esterno, dal momento che consente di riorganizzare l'iter burocratico in modo più semplice e lineare, a vantaggio sia degli utenti interni che di quelli esterni.

Con l'e-government, dunque, si pongono le basi verso un'amministrazione digitale che impiega le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) nei processi amministrativi, per un'azione pubblica più efficiente in materia di qualità dei servizi pubblici erogati ai cittadini e di costi per la collettività: il 'Piano eGovernment, il nuovo CAD⁷⁵ e la costruzione delle grandi piattaforme rappresentano in sintesi i tre strumenti utilizzati per sviluppare in modo coerente e concreto il progetto di una nuova pubblica amministrazione trasparente, veloce, efficiente, e capace di rispondere alle esigenze di un paese moderno'⁷⁶. In buona sostanza, informatizzazione e digitalizzazione generale della Pubblica Amministrazione devono essere strumentali al miglioramento dei servizi finali resi agli utenti.

Invero, diverse sono state le realtà amministrative che hanno dato il via alla dematerializzazione e diffusione dei moderni strumenti informatici nella prassi burocratica: in Piemonte, per fare un esempio, ha riscosso enorme successo l'avvio del primo progetto in materia di *open data* grazie al quale la regione piemontese ha ottenuto la certificazione da parte di alcune istituzioni internazionali⁷⁷. La logica, propria dell'*Open Government*, di una amministrazione pubblica trasparente e aperta al dialogo con la società civile, garante di politiche pubbliche informate ed efficienti e di processi decisionali condivisi, non può dirsi che abbia concretamente preso piede nella nostra realtà⁷⁸ a fronte del paese 'depotenziamento' di alcuni di questi istituti, che finisce col frustare lo spazio di comunicazione tra cittadino/utente e pubblica amministrazione.

Trasparenza, partecipazione e collaborazione devono fungere da garanzie reali ed effettive per il cittadino e non da garanzie puramente formali,

⁷⁵Il CAD, *Codice dell'Amministrazione Digitale*, è stato introdotto con il D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche. Recentemente è stato aggiornato e integrato con il testo del NUOVO CAD, introdotto dal Decreto legislativo n. 235/2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 10 gennaio 2011, Suppl. Ord. n. 6, grazie al quale sono state introdotte interessanti novità nel panorama degli strumenti tecnologici di cui la PA deve servirsi. Insieme al CAD, completano il quadro legislativo, il D.Lgs. del 30 giugno 2003, che si preoccupa di disciplinare il trattamento dei dati personali anche attraverso gli strumenti elettronici e la L. del 9 gennaio 2004 n.4 (nota anche come Legge Stanca) che dispone per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici e finalizzata all'ampliamento delle politiche di inclusione digitale.

⁷⁶Stralcio tratto da *Piano di eGovernment 2012: Report di avanzamento attività*, Roma 11 novembre 2011, 23.

⁷⁷Così G. Preite, *Amministrazione pubblica e buon governo al passaggio del millennio*, Tangram Ediz. Scientifiche, 2012.

⁷⁸È interessante osservare come, nella cultura statunitense, la logica di un governo aperto alla partecipazione dei cittadini aveva già iniziato ad affermarsi nel lontano New Deal, il piano di riforme economiche e sociali promosse dal presidente americano Franklin Delano Roosevelt fra il 1933 e il 1937, allo scopo di risollevare il Paese dalla grande depressione che aveva travolto gli USA a partire dal 1929. Questo piano ha di fatto favorito una significativa espansione dei compiti affidati alla pubblica amministrazione e nel contempo garantito la partecipazione del privato al procedimento come strumento a difesa dei propri interessi per un verso e come strumento di raccolta di dati da parte dell'amministrazione, per altro.

elegantemente riconosciute dall'ampia produzione normativa ma che di fatto non hanno trovato sempre piena e concreta attuazione. Questo deve addebitarsi al fatto che, in realtà, non esistono ancora nel nostro ordinamento norme che sanciscano espressamente l'obbligo di innestare nel settore pubblico i modelli innovativi di un'amministrazione digitale, nonostante la presenza di svariate disposizioni che sembrano indirizzare nel senso di dare attuazione ai principi cardine dell'Open Gov. Certo, non dimentichiamo la direttiva n. 8 del 2009 promossa dall'allora Ministro per la Pubblica amministrazione e l'Innovazione Brunetta, destinata a fornire linee guida per i siti web della pubblica amministrazione verso l'affermazione di un modello di burocrazia trasparente, rivolta all'utente e interamente digitale; ancora, il d.lgs. 150 del 2009 introduttivo di una serie di strumenti finalizzati a garantire la trasparenza amministrativa intesa come "accessibilità totale"; il Codice dell'Amministrazione digitale, introdotto nel 2005 ma recentemente aggiornato dal d.lgs. 235 del 2010 a cui è stato riconosciuto il merito di aver introdotto l'obbligo a carico delle amministrazioni pubbliche, di redigere il Piano della Performance e il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, in linea con il modello di amministrazione digitale e accessibile.

Con timidezza, il legislatore italiano ha così mostrato il suo favore verso la prassi amministrativa dell'open go, avendo cura di precisare che *'il perseguimento delle finalità di trasparenza dell'attività delle pubbliche amministrazioni può avvenire senza infrangere i precetti della tutela dei dati personali'*⁷⁹: è necessario dunque, che nel garantire al privato la trasparenza quale 'accessibilità totale' si garantiscano al contempo le esigenze poste dalla tutela della privacy.

Nel tentativo di voler condurre una ricognizione sommaria dei passi compiuti dal legislatore italiano in materia di trasparenza, partecipazione e collaborazione, si è avuto modo di osservare come diverse sono state le opere avviate in tale senso, ma circostanze contingenti, quali, tra tutte, la mancata stabilità politica che negli ultimi tempi sta interessando il pubblico potere, ha fatto sì che tanti interventi con una valida ragion d'essere, siano rimasti incompiuti o comunque ancorati a progetti isolati.

Accessibilità delle informazioni: il Codice dell'Amministrazione digitale.

Risulta ormai consolidato l'assunto secondo il quale il fenomeno dell'amministrazione digitale⁸⁰, che richiede l'utilizzo dei moderni strumenti dell'informatica e della comunicazione nei pubblici ambienti, possa di fatto contribuire a ridurre i costi della Pubblica Amministrazione e conseguentemente a migliorarne la performance. A fronte di un assetto burocratico ed organizzativo particolarmente complesso, il processo di digitalizzazione deve essere sinonimo di *ottimizzazione e razionalizzazione* del lavoro degli Enti, in modo da assicurare nel

⁷⁹Autorità Garante della Privacy, provvedimento 2 marzo 2011, n. 88.

⁸⁰Alcuni autori parlano di "informatica giuridica" (Vedi Borruso-Di Giorgi-Mattioli-Ragona, *L'informatica del diritto*, Milano, 2004), un'espressione ambigua che, secondo alcuni, starebbe ad indicare il campo dei rapporti tra il diritto e l'informatica, mentre secondo altri l'espressione sarebbe equivalente all'informatica del diritto. Si veda a tal proposito Taddei Elmi, *Abilità informatiche*, con riguardo all'utilizzo delle banche dati giuridiche.

contempo una più pronta risposta alle richieste dei cittadini, abbattendo così le intollerabili lungaggini che la fisicità delle carte porta con sé.

Pertanto 'digitalizzazione' non sta per 'mera automazione e meccanizzazione dell'attività dell'amministrazione'⁸¹ ma per una maggiore efficacia, efficienza, trasparenza e semplicità dell'azione amministrativa. Un tale approccio deve quindi riguardare il management e l'organizzazione di ogni ente pubblico, dal momento che i processi di automazione sono inevitabilmente correlati ai processi di riorganizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa⁸².

Il percorso che ha interessato i pubblici uffici verso l'amministrazione digitale è stato storicamente frammentato e disomogeneo, in quanto ha visto un enorme proliferare di provvedimenti normativi, quali il piano nazionale di e-government, l'avvento del Codice dell'Amministrazione Digitale, la costituzione dell'Agenzia per l'Italia Digitale, l'emanazione del Decreto Digitalia convertito poi dalla legge 221 del 2012, solo per ricordarne alcuni.

Tutti con un unico obiettivo: la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione. Invero, l'espressione 'amministrazione digitale' ha assunto un peso significativo solo a seguito dell'emanazione del D. lgs. 82 del 2005, modificato dal d. lgs. 159 del 2006, con il quale è stato introdotto il *Codice dell'Amministrazione Digitale* (CAD)⁸³ orientato verso una rivoluzione organizzativa, amministrativa, gestionale ed economica dell'azione amministrativa, che ha conferito valore legale al documento informatico e alla firma digitale. Come si legge nell'art. 2, comma 1, del d. lgs. 82 del 2005, la finalità dello Stato, delle Regioni e delle Autonomie locali è quella di garantire *la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale*.

Con il successivo d.lgs. n. 235 del 2010 è stato rinnovato il quadro normativo in materia di amministrazione digitale delineato nel 2005, aggiornando le regole di riferimento rispetto alla progressiva evoluzione dei sistemi tecnologici. Il decreto del 2005 peraltro ha subito svariate modifiche normative, ancor prima del 2010: dal D.lgs. 4 aprile 2006 n. 159 si è passati nel corso del 2009 ad una serie di interventi introdotti con il DL 1 luglio 2009 n. 78 conv. con L. 3 agosto 2009 n.

⁸¹Così E. Belisario, *La nuova pubblica amministrazione digitale*, Maggioli, 2009, 9.

⁸²Così M. Mancarella, *La pubblica amministrazione tra management, e-government e federalismo*, Edizioni scientifiche, 2011; D.A. Limone, *Il Codice dell'Amministrazione Digitale. Verso un'Amministrazione nuova e moderna*, in M. Mancarella, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento, 2009, 140.

⁸³La strada che ha portato all'elaborazione del CAD, era già stata tracciata con la: L. 241 del 1990, i cui principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza sanciti dall'art. 1 costituiscono la base del nuovo modello organizzativo digitale; L. 150 del 2000 in materia di comunicazione pubblica, ribadisce la necessità che l'azione amministrativa sia orientata verso modelli di trasparenza, comunicazione anche telematica, interazione tra Pubblica amministrazione ed utenti; d. lgs. 165/2001, Testo Unico sul pubblico impiego e sulla organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni, nel quale viene sancito il principio di distinzione tra sistemi informativi automatizzati a supporto degli organi e quelli a supporto della dirigenza; d. lgs. 267/2000 in materia di ordinamento delle autonomie locali: la digitalizzazione delle procedure è funzionale alla ottimizzazione alle attività amministrative e gestionali delle Autonomie locali; da ultimo il D. Lgs. 196/2003 in materia di tutela dei dati personali, per cui tutti i dati personali digitali devono essere trattati in conformità a quanto stabilito dal Codice.

102, con la L. 69 del 2009 che, tra le altre, ha delegato al Governo il compito di procedere al riordino del CAD attraverso uno o più decreti legislativi⁸⁴, e con il D.lgs. n. 32 del 2010 in attuazione della Direttiva 2007/2/CE.

Ma le modifiche più significative sono state introdotte con il D. lgs. 235 del 2010 con il quale si è concluso il travagliato iter di modifiche apportate al D. lgs.

⁸⁴Così recita l'art. 33, d.lgs. 69 del 2009: "Il Governo è delegato ad adottare, secondo le modalità e i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri interessati, uno o più decreti legislativi volti a modificare il codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) prevedere forme sanzionatorie, anche inibendo l'erogazione dei servizi disponibili in modalità digitali attraverso canali tradizionali, per le pubbliche amministrazioni che non ottemperano alle prescrizioni del codice; b) individuare meccanismi volti a quantificare gli effettivi risparmi conseguiti dalle singole pubbliche amministrazioni, da utilizzare per l'incentivazione del personale coinvolto e per il finanziamento di progetti di innovazione; c) individuare meccanismi volti a quantificare i mancati risparmi derivati dall'inottemperanza alle disposizioni del codice al fine di introdurre decurtazioni alle risorse finanziarie assegnate o da assegnare alle amministrazioni inadempienti; d) prevedere l'affidamento temporaneo delle funzioni di cui all'articolo 17 del codice ad altre strutture in caso di mancata istituzione del centro di competenza; e) modificare la normativa in materia di firma digitale al fine di semplificarne l'adozione e l'uso da parte della pubblica amministrazione, dei cittadini e delle imprese, garantendo livelli di sicurezza non inferiori agli attuali; f) prevedere il censimento e la diffusione delle applicazioni informatiche realizzate o comunque utilizzate dalle pubbliche amministrazioni e dei servizi erogati con modalità digitali, nonché delle migliori pratiche tecnologiche e organizzative adottate, introducendo sanzioni per le amministrazioni inadempienti; g) individuare modalità di verifica dell'attuazione dell'innovazione tecnologica nelle pubbliche amministrazioni centrali e delle ulteriori funzioni di cui all'articolo 16 del codice con l'introduzione di forme di monitoraggio che includano valutazioni sull'impatto tecnologico, nonché sulla congruenza e compatibilità delle soluzioni adottate, prevedendo l'affidamento al CNIPA delle relative attività istruttorie; h) disporre l'implementazione del riuso dei programmi informatici di cui all'articolo 69 del codice, prevedendo a tal fine che i programmi sviluppati per le amministrazioni pubbliche presentino caratteri di modularità ed intersectorialità; i) introdurre specifiche disposizioni volte a rendere la finanza di progetto strumento per l'accelerazione dei processi di valorizzazione dei dati pubblici e per l'utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni centrali, regionali e locali; l) indicare modalità di predisposizione di progetti di investimento in materia di innovazione tecnologica e di imputazione della spesa dei medesimi che consentano la complessiva ed organica valutazione dei costi e delle economie che ne derivano; m) prevedere l'obbligo dell'utilizzo delle procedure e delle reti informatiche nelle comunicazioni tra le pubbliche amministrazioni, di qualsiasi livello, tra loro, con i propri dipendenti e con i concessionari di pubblici servizi; n) prevedere la pubblicazione di indicatori di prestazioni nei siti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, introducendo sanzioni per le amministrazioni inadempienti; o) equiparare alle pubbliche amministrazioni le società interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico; p) prevedere che tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001 erogino i propri servizi, ove possibile, nelle forme informatiche e con le modalità telematiche, consolidando inoltre i procedimenti informatici già implementati, anche in collaborazione con soggetti privati; q) introdurre nel codice ulteriori disposizioni volte ad implementare la sicurezza informatica dei dati, dei sistemi e delle infrastrutture delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione al Sistema pubblico di connettività. 2. All'attuazione della delega di cui al presente articolo le amministrazioni interessate provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

82/2005. Nel nuovo CAD viene definitivamente sancito il diritto all'uso delle tecnologie verso le amministrazioni e i gestori di pubblici servizi (art.3), consentendo agli utenti di non recarsi più agli sportelli per presentare documenti cartacei o per firmare personalmente domande e istanze, essendo sufficiente a tal uopo la Pec (Posta elettronica certificata), che diviene lo strumento principale per comunicare con il pubblico⁸⁵. Spetta dunque alle pubbliche amministrazioni centrali il compito di garantire l'attuazione delle linee strategiche per la riorganizzazione e digitalizzazione dell'amministrazione, definite dal Governo⁸⁶; dal canto loro, le regioni sono tenute a promuovere sul territorio azioni tese a realizzare un processo di digitalizzazione dell'azione amministrativa coordinato e condiviso tra le autonomie locali, implementando l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per garantire servizi migliori ai cittadini e alle imprese⁸⁷. Nel sancire il progressivo passaggio dal cartaceo al digitale, è stato introdotto poi il cd. 'glifo' ossia un contrassegno generato elettronicamente⁸⁸ e stampato direttamente dal cittadino dal proprio computer⁸⁹, con la finalità di garantire la conformità del documento cartaceo a quello digitale.

Pertanto le amministrazioni pubbliche hanno la responsabilità di divulgare e permettere la valorizzazione e diffusione dei dati pubblici, il linea con i principi dall'open government: in buona sostanza, il nuovo CAD definisce ulteriormente quanto già delineato con la riforma Brunetta (D. lgs. 150/2009) e con la direttiva 105/2010 promossa dall'allora Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), oggi ANAC, in materia di trasparenza ed accesso ai dati pubblici, specificando l'obbligo per le amministrazioni di aggiornare i dati e di trasmetterli al Dipartimento della Funzione pubblica, garantendo nel contempo la completezza del procedimento, la certificazione dell'esito e l'accertamento del grado di soddisfazione degli utenti.

Così il legislatore, più deciso verso l'informatizzazione e la digitalizzazione dei processi amministrativi, con la legge di conversione n. 35 del 4 aprile 2012, ha introdotto al decreto semplificazione e sviluppo importanti novità; tra quelle di maggiore impatto si annovera senza dubbio il nuovo art. 47 quinquies, con cui si aggiunge il comma 3 bis all'art. 63 del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. n.

⁸⁵La Pec è divenuta obbligatoria per imprese e amministrazioni mentre per i cittadini è facoltativa.

⁸⁶Vedi art. 12, D. lgs. 235 del 2010.

⁸⁷Vedi art. 10, D. lgs. 235 del 2010.

⁸⁸Esso è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 16, secondo comma, lett. a), dell'appena richiamato D.Lgs. 235/2010, in virtù del quale è stato inserito nel CAD l'art. 23-ter, il quale sancisce al comma 5 che: "Al fine di assicurare la provenienza e la conformità all'originale, sulle copie analogiche di documenti informatici, è apposto a stampa, sulla base dei criteri definiti con linee guida emanate da DigitPA, un contrassegno generato elettronicamente, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71 e tale da consentire la verifica automatica della conformità del documento analogico a quello informatico".

⁸⁹Sul punto sono sorte notevoli questioni: può sussistere una dichiarazione di conformità tra analogico e digitale? Può un cittadino presentarsi all'Ufficio anagrafe di un comune con un cd-rom o una penna usb contenente un documento informatico sottoscritto con firma digitale e farsi dichiarare conforme la sua stampa su carta?, si veda A. Lisi-G. Penzo Doria, *Il glifo protegge solo se stesso*, in www.altalex.com.

82/2005), che impone alle pubbliche amministrazioni (individuate al comma 2 dell'art. 2 dello stesso Codice), a partire dal 1 gennaio 2014, di avvalersi esclusivamente di canali e servizi telematici, ivi inclusa la posta elettronica certificata, per l'utilizzo dei propri servizi, anche a mezzo di intermediari abilitati, per la presentazione da parte degli interessati di denunce, istanze, atti e garanzie fideiussorie, per l'esecuzione di versamenti fiscali, contributivi, previdenziali, assistenziali e assicurativi, nonché per la richiesta di attestazioni e certificazioni.

Nella prospettiva di rendere più agevole il dialogo telematico tra cittadini e PA e di estendere i servizi da queste offerti, con l'art. 47 sexies, che modifica la lettera a) del primo comma dell'art. 65 del CAD, si amplia il novero degli strumenti digitali utili a sottoscrivere validamente le istanze e le dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica, aggiungendo alla firma digitale anche la firma elettronica qualificata, il cui certificato sia rilasciato da un certificatore accreditato⁹⁰.

Una significativa spinta verso la digitalizzazione, senza dubbio, è arrivata dall'Unione Europea con la creazione dell' "agenda digitale europea", una iniziativa proposta dalla Commissione europea, con l'obiettivo di sviluppare un mercato unico digitale in modo da sfruttare al meglio il potenziale sociale ed economico delle TIC⁹¹, in particolare di internet, che costituisce il supporto essenziale delle attività socioeconomiche; il fine è quello di riportare l'Europa sulla strada di una crescita *intelligente, sostenibile e inclusiva*, e definire lo scenario per le trasformazioni che l'economia e la società, sempre più digitalizzate, porteranno nel lungo periodo⁹².

Nel marzo 2010, la Commissione europea ha così lanciato la *strategia Europa 2020* con l'intento di uscire dalla crisi e di preparare l'economia dell'UE per le sfide del prossimo decennio. Nella comunicazione della Commissione si legge che una tale strategia può consentire di raggiungere alti livelli di *occupazione, produttività, coesione sociale e un'economia a basse emissioni di carbonio*, da attuare attraverso azioni concrete a livello di UE e di Stati membri.

Questa battaglia per la crescita e l'occupazione, richiede una seria mobilitazione e un sensibile coinvolgimento al massimo livello politico di tutte le parti interessate in Europa. Non a caso l'agenda digitale europea rappresenta una delle sette iniziative faro della strategia Europa 2020, e mira a stabilire il ruolo chiave delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) per raggiungere gli obiettivi che l'Europa si è prefissata per il 2020.

Sulla scia delle indicazioni dell'agenda digitale europea, il Governo italiano ha deciso di orientare la sua azione verso la modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi, a potenziare l'offerta di connettività a larga banda, a incentivare cittadini e imprese all'utilizzo di

⁹⁰Così S. Ungaro, *Il decreto semplificazioni e le modifiche al CAD: dal 2014 la comunicazione tra cittadini e PA sarà solo telematica*, in saperi.forumpa.it, 2012.

⁹¹TIC sta per *Tecnologie dell'informazione e della comunicazione*.

⁹²Si guardi la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *Un'agenda digitale europea* /* COM/2010/0245.

servizi digitali e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi⁹³.

Per realizzare tali propositi, è stata istituita una cabina di regia per l'attuazione dell'agenda digitale italiana⁹⁴, che richiede il coordinamento degli interventi pubblici da parte di regioni, province autonome ed enti locali volti alle medesime finalità. Solo con il Decreto Sviluppo del 15 giugno 2012 e successive modificazioni, è stata istituita l'*Agenzia per l'Italia digitale*, con il compito operativo di realizzare gli obiettivi già definiti con la strategia italiana dalla Cabina di Regia di cui sopra, di supportare le pubbliche amministrazioni con azioni mirate a stimolare l'innovazione e a favorire lo sviluppo di un sistema economico sociale incentrato sulla diffusione delle nuove tecnologie, in linea con l'Agenda digitale europea. Successivamente, con il DL 69/2013⁹⁵ il Governo ha rivisto la strategia dell'Agenda e il ruolo della Cabina di Regia, con l'istituzione di un "Tavolo permanente, composto da esperti", organismo consultivo permanente presieduto dal Commissario del Governo per l'attuazione dell'Agenda digitale e composto da esperti in materia di innovazione tecnologica e da esponenti delle imprese private e delle università⁹⁶.

Nella logica della prassi amministrativa dell'*Open Government* quanto finora esposto si traduce nel più ampio fenomeno dell'*Open Data*, ossia la pratica di

⁹³Art. 47, comma 1, d. l. 9 febbraio 2012, n. 5 *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*, convertito con modificazioni dalla L. 4 aprile 2012, n. 35.

⁹⁴Con il Decreto Legge del 18 ottobre 2012, n° 179 "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese" - c.d. provvedimento Crescita 2.0 - sono state introdotte le misure per l'applicazione concreta dell'ADI.

⁹⁵Il Decreto legge n. 69/2013, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, meglio conosciuto con la definizione di "Decreto Fare", contiene interessanti novità anche in tema di Agenda Digitale e di dematerializzazione, a cominciare dagli articoli 13 e ss., con i quali si stabiliscono nuove misure per il potenziamento dell'Agenda digitale italiana.

⁹⁶Con la L. 9 agosto 2013, n. 98 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, il comma 2 dell'articolo 47 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35 è stato sostituito dal seguente: 2. È istituita la cabina di regia per l'attuazione dell'agenda digitale italiana, presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o da un suo delegato e composta dal Ministro dello sviluppo economico, dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, dal Ministro per la coesione territoriale, dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, dal Ministro della salute, dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, da un Presidente di regione e da un Sindaco designati dalla Conferenza Unificata. La cabina di regia è integrata dai Ministri interessati alla trattazione di specifiche questioni. La cabina di regia presenta al Parlamento, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, avvalendosi anche dell'Agenzia per l'Italia digitale e delle amministrazioni rappresentate nella cabina di regia, un quadro complessivo delle norme vigenti, dei programmi avviati e del loro stato di avanzamento e delle risorse disponibili che costituiscono nel loro insieme l'agenda digitale. Nell'ambito della cabina di regia è istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri il Tavolo permanente per l'innovazione e l'agenda digitale italiana, organismo consultivo permanente composto da esperti in materia di innovazione tecnologica e da esponenti delle imprese private e delle università, presieduto dal Commissario del Governo per l'attuazione dell'agenda digitale posto a capo di una struttura di missione per l'attuazione dell'agenda digitale istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. All'istituzione della cabina di regia di cui al presente comma si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica."

rendere tipologie di dati pienamente fruibili a tutti, attraverso il ricorso alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione. I dati aperti sono dati accessibili a tutti, tipicamente via web, senza restrizioni di copyright, brevetti o altre forme di controllo che ne limitino la riproduzione. L'art. 9 del Decreto Legge 18.10.2012 n. 179, convertito in legge 17.12.2012 n. 221, nell'andare a modificare il dettato dell'art. 52 del d. lgs. 82 del 2005, prevede che i dati e le informazioni forniti dalla pubblica amministrazione devono essere obbligatoriamente pubblicati in formato aperto (cd. open data): pertanto, le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare nel proprio sito web, all'interno della sezione «Trasparenza, valutazione e merito» i regolamenti che disciplinano l'esercizio della facoltà di accesso telematico il riutilizzo, compreso il catalogo dei dati e dei metadati in loro possesso.

Al fine di creare una spinta decisiva alla diffusione della pratica dei dati aperti in Italia, è stato realizzato il portale DatiOpen.it attraverso la raccolta e la documentazione dei maggiori open data italiani in unico portale, la visualizzazione e consultazione diretta delle informazioni contenute in tali dati per mezzo di tabelle, grafici e mappe e infine attraverso la possibilità per gli enti pubblici e privati di pubblicare gratuitamente nuovi open data. In tal modo l'enorme patrimonio di dati aperti che si sta costituendo in Italia può essere reso prontamente e facilmente accessibile al grande pubblico (cittadini, professionisti, enti pubblici e/o privati), così da poter valorizzare gli open data e dare loro la diffusione che meritano⁹⁷.

1990-2009. Venti anni di trasparenza amministrativa.

“Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile”. Così recita il comma 1 dell'art. 15⁹⁸ della Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, il quale introduce espressamente il principio di trasparenza come uno degli strumenti di funzionamento dell'Unione, in virtù del quale i cittadini europei e le associazioni rappresentative hanno la possibilità di partecipare attivamente e di far conoscere le loro opinioni in tutti i settori di azione, in modo da garantire un dialogo aperto, trasparente e partecipativo⁹⁹. “La politica di trasparenza viene concepita, dunque,

⁹⁷Così la definizione di “dati aperti” ricavabile dal sito <http://www.datiopen.it/it>.

⁹⁸Il comma 3 attualmente sancisce che: “Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto”.

⁹⁹Così l'art. 11 TUE: “1.Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2.Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3.Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4.Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta

sia come leva strategica indispensabile per la realizzazione dell'avvicinamento in senso democratico dei cittadini alle attività e alle istituzioni dell'Unione, sia come strumento di potenziamento della crescita economica nello spazio europeo¹⁰⁰.

A livello nazionale, il tema della trasparenza amministrativa è stato oggetto di numerose attenzioni da parte del legislatore¹⁰¹. Senza dubbio, un ruolo di fondamentale importanza nell'evoluzione del principio è stato assunto dal progressivo avanzamento dell'utilizzo dei moderni strumenti informatici e di comunicazione, che hanno consentito di poter assumere la trasparenza non più come solo veicolo per l'accesso ai documenti amministrativi - come peraltro suggerito dall'originaria formulazione della legge sul procedimento ed in particolare dall'art. 22 - ma anche come strumento di pubblicità amministrativa. Oggi, contrariamente a quanto accadeva negli anni 90', tutte le amministrazioni pubbliche sono dotate di siti internet ad "accessibilità totale", nei quali è obbligatorio fornire delle informazioni minime, accessibili a tutti da qualsiasi parte nel mondo e in qualsiasi momento, con costi relativamente molto contenuti.

appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati".

¹⁰⁰G. Locchi, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹⁰¹M. Cappellano, in *La trasparenza amministrativa dopo il Decreto legislativo 14 marzo 2013*, n. 33, individua le varie tappe verso l'affermazione della massima trasparenza delle informazioni: • gli artt. 2, 12 e 50 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale); nonché l'art. 50, comma 1 bis, del medesimo decreto, introdotto dal terzo correttivo (decreto legislativo 30 dicembre 2010, n. 235), i quali contengono sia definizioni, sia obblighi di pubblicazione, ripresi dal d. lgs. n. 33/2013; • l'art. 2 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che indica la trasparenza tra i principi generali della disciplina dei contratti pubblici; • l'art. 10 della legge 18 giugno 2009, n. 69, il quale, modificando l'art. 22 della l. n. 241/1990, ha espressamente collegato il diritto di accesso ai principi dell'imparzialità e della trasparenza; l'art. 21 della citata l. n. 69/2009, il quale obbliga le pp.aa. a pubblicare sul sito internet "le retribuzioni annuali, i curricula vitae, gli indirizzi di posta elettronica e i numeri telefonici dei dirigenti e dei segretari comunali e provinciali nonché di rendere pubblici, con lo stesso mezzo, i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale, distinti per uffici di livello dirigenziale"; nonché, a rendere pubblico a) un indicatore dei propri tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, denominato "indicatore di tempestività dei pagamenti"; b) i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all'esercizio finanziario precedente"; • l'art. 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (cd. decreto "Brunetta"), il quale ha fornito una definizione di "trasparenza", intesa già in quella sede come "accessibilità totale", attraverso lo strumento della pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni di tutte le informazioni relative all'organizzazione e all'utilizzazione delle risorse per l'espletamento delle funzioni istituzionali; • l'art. 18 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, "Misure Urgenti per la crescita paese", convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, il quale, "in deroga ad ogni diversa disposizione di legge o regolamento" - e, quindi, anche al Codice Privacy - ha previsto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare, sui rispettivi siti internet istituzionali il "nome dell'impresa o altro soggetto beneficiario ed i suoi dati fiscali; l'importo; la norma o il titolo a base dell'attribuzione; l'ufficio e il funzionario o dirigente responsabile del relativo procedimento amministrativo; la modalità seguita per l'individuazione del beneficiario; il link al progetto selezionato, al curriculum del soggetto incaricato, nonché al contratto e capitolato della prestazione, fornitura o servizio; • l'art. 9 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, "Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese", recanti ulteriori obblighi di pubblicazione sui siti web istituzionali; • l'art. 1, commi 15, 16 e 29, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

A livello internazionale, la libertà di accesso alle informazioni è riconosciuta sulla base del 'FOIA' che sta per *Freedom of Information Act*, una legge sulla libertà di informazione emanata negli Stati Uniti dal Presidente Lyndon B. Johnson il 4 luglio 1966, in base alla quale le amministrazioni pubbliche devono consentire a chiunque di sapere come opera il Governo federale, attraverso l'accesso totale o parziale ai documenti¹⁰²: fu così che il Presidente americano decise di aprire gli archivi federali per salvaguardare il diritto alla conoscenza di tutti. Ad oggi, vi sono alcuni Paesi, come ad esempio la Svezia, che presentano una legislazione FOIA avanzata e che quindi permettono ai cittadini di accedere liberamente a quasi tutte le informazioni sull'operato della pubblica amministrazione; altri, come l'Inghilterra, presentano un FOIA 'intermedio' nel senso che viene consentito l'accesso a tutti i documenti della pubblica amministrazione con eccezione di quelli esplicitamente protetti da segreto di Stato; altri ancora, come l'Italia, che lentamente si stanno muovendo verso il riconoscimento di un vero e proprio accesso dei cittadini alle informazioni della pubblica amministrazione, dal momento che la regola restrittiva in base alla quale può accedere ad un atto amministrativo soltanto chi ha un interesse diretto, concreto ed attuale finisce con il prevalere rispetto alle esigenze di trasparenza.

Un esempio per tutti ci arriva dal Sud del mondo: il 17 agosto 2012 si è tenuto a Kathmandu, in Nepal, un importante incontro promosso dal Lutheran World Federation Nepal (LWF) sulla effettiva implementazione a livello nazionale del 'social audit', ossia un progetto che ruota intorno a tre pilastri, accountability, trasparenza, partecipazione e in base al quale i cittadini, attraverso una audizione comunitaria¹⁰³, sono chiamati ad esprimere il proprio parere in merito al corretto utilizzo delle risorse e all'efficacia dei progetti adottati. Il Social Audit¹⁰⁴, anche chiamato Public Audit, rappresenta un importante strumento per qualsiasi organizzazione, per rendicontare il proprio operato di fronte ai beneficiari e ai diversi attori della società civile e ai donatori. In Nepal tale pratica ha assunto una dimensione nazionale e ha ottenuto notevoli consensi dal momento che incentiva le Ong e le agenzie di sviluppo, sia locali che internazionali, a promuovere un cambiamento sociale e quindi ad essere maggiormente responsabili e trasparenti nel processo di ricezione e spesa dell'aiuto allo sviluppo.

Dal canto suo l'Italia, che non si è ancora dotata di un FOIA a tutti gli effetti, vede l'azione di un gruppo di associazioni e di singoli cittadini¹⁰⁵ che ha avviato un dibattito pubblico sull'esigenza di un maggiore riconoscimento del diritto all'informazione attraverso una legge sul *Freedom of Information Act* simile a quella introdotta negli Stati Uniti nel 1966 e che da tempo costituisce la pietra miliare di

¹⁰²In realtà il FOIA è nato in Svezia e Finlandia dopo la Seconda guerra mondiale. Successivamente è stato introdotto negli Stati Uniti nel 1966 ed ora è diffuso in oltre settanta Paesi di tutto il mondo, compresa l'India (che ha in vigore una delle versioni più ampie).

¹⁰³A tal proposito, sulla partecipazione dei cittadini, l'art. 11 TUE sancisce che : "Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate".

¹⁰⁴Il 'social audit' è un'iniziativa promossa dall'ActionAid, un'organizzazione internazionale indipendente fondata nel 1972 che si preoccupa di promuovere il rispetto dei diritti umani in Asia, Africa e America Latina coinvolgendo cittadini, imprese e istituzioni.

¹⁰⁵ Il riferimento sul web è il sito foia.it.

molti paesi democratici. Il principio del *Freedom of information* obbliga la pubblica amministrazione a rendere pubblici i propri atti in modo tale che tutti i cittadini siano a conoscenza delle scelte e dei risultati del lavoro amministrativo: il ritardo dell'Italia è particolarmente evidente laddove è l'unico Paese in Europa a subordinare la richiesta della documentazione della pubblica amministrazione a un interesse diretto, concreto ed attuale del singolo cittadino¹⁰⁶ e ad escludere esplicitamente la possibilità di un suo utilizzo come mezzo di controllo generalizzato sulla pubblica amministrazione¹⁰⁷.

A fronte di una forte richiesta di modificare le 'restrizioni' arrecate dalla legge sul procedimento amministrativo, si è giunti all'emanazione del D.lgs. 150/2009, meglio conosciuto come decreto Brunetta. Con esso, la trasparenza diviene espressione di "accessibilità totale" all'attività della pubblica amministrazione, da realizzarsi attraverso la pubblicazione delle informazioni e dei documenti più rilevanti, al fine di garantire il controllo diffuso dei cittadini e l'*accountability* dell'amministrazione¹⁰⁸. Il principio viene elevato come livello essenziale di prestazione, ex art. 117, comma 2 lett. m) della Costituzione¹⁰⁹ e in aggiunta, viene sancito l'obbligo per le amministrazioni di pubblicare una serie di documenti e di informazioni in formato aperto sul proprio sito, in modo tale da garantire a tutti l'accessibilità totale: si pensi alle informazioni relative ai dirigenti (situazioni patrimoniali, curriculum vitae), i tassi di assenza e di presenza del personale, nonché alle informazioni legate alla performance della pubblica amministrazione e degli stessi dirigenti¹¹⁰.

A questo punto ci si chiede: in quali termini si pone il rapporto tra pubblicità, diritto di accesso e trasparenza? Il quesito viene a complicarsi ulteriormente a fronte della equivoca formulazione contenuta nel terzo comma

¹⁰⁶ L'art. 22, comma 1, L. 241 del 1990 chiarisce che "interessati sono tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

¹⁰⁷ L'art. 24, comma 3, L. 241 del 1990, prevede espressamente che: "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

¹⁰⁸ Così D. David, *Il d.lgs. 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione dei nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, www.diritto.it, 2013.

¹⁰⁹ Art. 11, comma 1 ultima parte, Decreto Brunetta.

¹¹⁰ Così recita il comma 8, art. 11, d. lgs. 150/2009: "Ogni amministrazione ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale in apposita sezione di facile accesso e di consultazione, e denominata: «Trasparenza, valutazione e merito»: a) il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità ed il relativo stato di attuazione; b) il Piano e la Relazione di cui all'articolo 10; c) l'ammontare complessivo dei premi collegati alla performance stanziati e l'ammontare dei premi effettivamente distribuiti; d) l'analisi dei dati relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti; e) i nominativi ed i curricula dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione e del Responsabile delle funzioni di misurazione della performance di cui all'articolo 14; f) i curricula dei dirigenti e dei titolari di posizioni organizzative, redatti in conformità al vigente modello europeo; g) le retribuzioni dei dirigenti, con specifica evidenza sulle componenti variabili della retribuzione e delle componenti legate alla valutazione di risultato; h) i curricula e le retribuzioni di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo; i) gli incarichi, retribuiti e non retribuiti, conferiti ai dipendenti pubblici e a soggetti privati.

dell'art. 26, *l. proc. amm.*, laddove non si parla di diritto bensì di 'libertà di accesso', espressione peraltro non ancora pacificamente risolta in dottrina¹¹¹. Nel tentativo di voler inquadrare siffatto rapporto, si ritiene utile richiamare il primo regolamento sull'accesso, il D.P.R. 352 del 1992¹¹² il quale poneva la pubblicità come forma alternativa al 'diritto di accesso' qualora le modalità proprie della pubblicazione fossero in grado di garantire contemporaneamente accessibilità e conoscibilità dei documenti in possesso dell'amministrazione¹¹³.

In questi termini, la pubblicità sembra orientare la procedura verso una maggiore semplificazione e linearità rispetto alle reiterate istanze di accesso dei privati. Pertanto, in conformità a quanto ravvisato dalla dottrina, la pubblicità - che richiede che tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria siano pubblici con la conseguenza che chiunque ha il diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli - si pone come strumento che agevola il diritto di accesso e che amplia la conoscibilità degli atti.

Se la pubblicità diviene uno strumento di trasparenza, può dirsi lo stesso per il diritto di accesso? La delusione che emerge dalla L. 241 del 1990 è forte: ha senso parlare di trasparenza laddove è consentito l'accesso ai dati delle amministrazioni pubbliche solo su richiesta motivata dell'interessato? Sembra che, più che essere l'accesso uno strumento di affermazione della trasparenza amministrativa, sia uno strumento di negazione della stessa trasparenza: l'individuazione da parte delle amministrazioni pubbliche di categorie di atti sottratti al diritto di accesso può non essere in contrasto con la trasparenza solo laddove, nel bilanciamento degli interessi sottesi, si ritenga prevalente l'esigenza alla riservatezza. Questo sta a significare che la trasparenza non può essere confusa con la pubblicità o con l'accesso agli atti amministrativi, rappresentando rispetto a questi ultimi, un principio che impone alla pubblica amministrazione un obbligo di chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa¹¹⁴.

In questa direzione sono stati compiuti significativi passi avanti: è stata istituita una Commissione nazionale sulla trasparenza e l'integrità (CIVIT), introdotto un elenco tassativo dei dati da pubblicare online nonché l'obbligo per le amministrazioni di approvare il programma triennale per la trasparenza. Nonostante i numerosi provvedimenti legislativi, il modello europeo e americano sembra essere ancora lontano: il principio della "accessibilità totale" resta solo una mera affermazione di principio, non in grado di vincolare la pubblica amministrazione attraverso, ad esempio, un sistema di obbligo-sanzione.

Gli ultimi sviluppi normativi: il Decreto Trasparenza 33 del 2013.

Le ultime novità normative in materia di trasparenza sono culminate nel recente D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, con il quale è stata riordinata interamente la

¹¹¹“Con la pubblicazione di cui al comma 1, ove essa sia in integrale, la libertà di accesso ai documenti indicati nel predetto comma 1 s'intende realizzata”.

¹¹²Adesso è stato sostituito dal D.P.R. n. 184 del 2006 che non disciplina questo aspetto.

¹¹³Così A cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè. 2010, 1201.

¹¹⁴Così V. Esposito-F. Del Grosso-G. Passannanti, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso e l'accesso civico*, in www.filodiritto.com.

disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, al fine di garantire un' "accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni" e di "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"¹¹⁵.

Il legislatore, a dispetto delle iniziali timidezze e in linea con il sistema anglosassone, si è spinto sino al punto di elevare il concetto di trasparenza come principio che "concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione". La trasparenza è dunque "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino"¹¹⁶.

La trasparenza così definita risulta essere strumentale a due fondamentali funzioni: una maggiore diffusione di informazioni per tutti i cittadini, sinonimo di una maggiore democraticità del sistema; uno straordinario deterrente contro la corruzione, dal momento che l' "apertura dei dati" a tutti i cittadini realizza un controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni pubbliche.

Con la Legge 190/2012, meglio conosciuta come *Legge anticorruzione*, il legislatore ha introdotto una serie di strumenti volti a prevenire fenomeni di corruzione nella pubblica amministrazione e, attraverso il comma 35 dell'art. 1, una delega in favore del governo¹¹⁷ finalizzata ad intervenire attraverso un'opera di

¹¹⁵Art. 1, comma 1, D. Lgs. 33 del 2013.

¹¹⁶Art. 1, comma 2, D. Lgs. 33 del 2013. Il comma 3 sancisce che: "Le disposizioni del presente decreto, nonché le norme di attuazione adottate ai sensi dell'articolo 48, integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione.

¹¹⁷Così recita il comma 35: "Il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) ricognizione e coordinamento delle disposizioni che prevedono obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni pubbliche; b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative; c) precisazione degli obblighi di pubblicità di dati relativi ai titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale. Le dichiarazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria di cui alla lettera a) devono concernere almeno la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell'assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado di parentela, nonché tutti i compensi cui da' diritto l'assunzione della carica; d) ampliamento delle ipotesi di pubblicità, mediante pubblicazione nei siti web istituzionali, di informazioni relative ai titolari degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sia con riferimento a quelli che comportano funzioni di amministrazione e gestione, sia con riferimento

coordinamento e di semplificazione dell'ampio panorama degli obblighi previsti in materia di trasparenza, a fronte dei numerosi interventi legislativi che hanno arrecato una sensibile confusione della disciplina.

Ed ecco che con il decreto Trasparenza, in vigore dal 30 aprile 2013, il legislatore non solo ha proceduto ad un riordino della tipologia degli obblighi di pubblicazione (incarichi esterni, beni e contratti pubblici, servizi sanitari...) che gravano sulle pubbliche amministrazioni, bensì si è preoccupato di ribadire come la trasparenza costituisca un importante *“strumento al servizio dell'interesse alla conoscibilità degli elementi rilevanti ai fini di un controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni”*¹¹⁸. È bene notare come il nuovo d.lgs. 33/2013 rispetto al precedente d.lgs. 150/2009, operi una netta distinzione tra il principio della trasparenza amministrativa, intesa come principio di derivazione costituzionale (art. 1 comma 2), e la pubblicità (art. 3) intesa come strumento che consente di rendere pubblici e quindi conoscibili le informazioni e i documenti prodotti dall'amministrazione¹¹⁹.

Più in dettaglio, assume notevole rilevanza la disposizione contenuta nell'art. 5 del d.lgs. 33/2013, che introduce *l'accesso civico*¹²⁰, uno strumento di garanzia contro l'inadempienza dell'amministrazione che non rispetta gli obblighi legislativi di pubblicazione. In buona sostanza, se il cittadino non trova sul web le informazioni per le quali è prevista la pubblicazione obbligatoria, può rivolgersi al Giudice ed obbligare la pubblica amministrazione a provvedervi¹²¹. In tal modo viene riconosciuto in capo a chiunque un vero e proprio diritto di accesso generalizzato a tutti i documenti della pubblica amministrazione affinché gli

agli incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione; e) definizione di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e delle modalità di elaborazione dei relativi formati; f) obbligo di pubblicare tutti gli atti, i documenti e le informazioni di cui al presente comma anche in formato elettronico elaborabile e in formati di dati aperti. Per formati di dati aperti si devono intendere almeno i dati resi disponibili e fruibili on line in formati non proprietari, a condizioni tali da permetterne il più ampio riutilizzo anche a fini statistici e la redistribuzione senza ulteriori restrizioni d'uso, di riuso o di diffusione diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità; g) individuazione, anche mediante integrazione e coordinamento della disciplina vigente, della durata e dei termini di aggiornamento per ciascuna pubblicazione obbligatoria; h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione.

¹¹⁸B. Ponti, *Il codice della trasparenza: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on-line*, in www.nel.diritto.it.

¹¹⁹Art. 3, d.lgs. 33/2013: “Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7”.

¹²⁰Il comma 1 dell'art. 5 così recita: “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”.

¹²¹Commi 4 e 5, art. 5: “4. Nei casi di ritardo o mancata risposta il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, nei termini di cui al comma 9-ter del medesimo articolo, provvede ai sensi del comma 3. 5. La tutela del diritto di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, così come modificato dal presente decreto”.

interessati possano visionare e controllare l'attività dell'amministrazione, esplicita attraverso documenti amministrativi¹²². Il nuovo art. 5 ha quindi previsto un nuovo diritto di accesso, non più subordinato ai precedenti requisiti di legittimità posti dall'art. 22 *l. proc. amm.*, dal momento che *“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 dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione”*¹²³. In questo modo la pubblicità/trasparenza è un obbligo per l'amministrazione e al contempo un diritto alla conoscenza, i cui titolari sono tutti i cittadini.

Sempre in linea con la logica dell'open government, il decreto trasparenza ha introdotto l'obbligo di inserire nella home page del sito istituzionale di ciascun Ente una nuova sezione denominata *“Amministrazione Trasparente”*: i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria devono essere pubblicati come *“open data”*, ovvero in formato aperto di modo che siano facilmente conoscibili e riutilizzabili dagli utenti¹²⁴. Spetterà al Responsabile per la prevenzione della corruzione il compito di eseguire un controllo sull'adempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione previsti, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, nonché di segnalare all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV)¹²⁵, all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina, i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione¹²⁶.

¹²²Nella circolare 2/2013 del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione relativa all'applicazione del Decreto Trasparenza si legge che: *“Con l'accesso civico chiunque ha il 'potere' di controllare democraticamente la conformità dell'attività dell'amministrazione determinando anche una maggiore responsabilizzazione di coloro che ricoprono ruoli strategici all'interno dell'amministrazione, soprattutto nelle aree più sensibili al rischio corruzione, così come individuate dalla l. n. 190 del 2012”*.

¹²³Art. 5, comma 2, d.lgs. 33 del 2013.

¹²⁴Art. 7, d.lgs. 33 del 2013, rubricato *Dati aperti e riutilizzo*: *“I documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, resi disponibili anche a seguito dell'accesso civico di cui all'articolo 5, sono pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi dell'articolo 68 del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e sono riutilizzabili ai sensi del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità”*.

¹²⁵L'Organismo Indipendente di Valutazione della Performance (OIV), è un organismo di cui ogni amministrazione, singolarmente o in forma associata, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, si deve dotare, dal 30 aprile 2010, ai sensi ai sensi dell'articolo 14 del Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. L'art. 44 del Decreto Trasparenza ne individua i compiti: *“L'organismo indipendente di valutazione verifica la coerenza tra gli obiettivi previsti nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'articolo 10 e quelli indicati nel Piano della performance, valutando altresì l'adeguatezza dei relativi indicatori. I soggetti deputati alla misurazione e valutazione delle performance, nonché l'OIV, utilizzano le informazioni e i dati relativi all'attuazione degli obblighi di trasparenza ai fini della misurazione e valutazione delle performance sia organizzativa, sia individuale del responsabile e dei dirigenti dei singoli uffici responsabili della trasmissione dei dati”*.

¹²⁶Così recita l'art. 43, d.lgs. 33/2013.

Pertanto, l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti o la mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale e devono essere valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili. Viene esclusa la responsabilità per l'inadempimento di tali obblighi se il responsabile prova che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile¹²⁷.

Per la prima volta, dunque, viene introdotta una compiuta disciplina delle sanzioni conseguenti alla violazione degli obblighi di trasparenza¹²⁸. Si tratta di un passo avanti molto importante verso il *freedom of information act* ma la strada da percorrere è ancora lunga. Gli autori di *"The silent State"*, il primo rapporto sullo stato dell'accessibilità alle informazioni pubbliche in Italia, redatto da *Diritto Di Sapere e Access-Info Europe* e pubblicato nel mese di aprile 2013, hanno osservato che: *"Italy still lacks a proper Freedom of Information Act, and its legal framework on access to information is considered by International experts and organisations to be among the most restrictive in Europe"*¹²⁹. L'Italia risulta essere uno Stato nel quale il contesto normativo relativo all'accesso alle informazioni pubbliche è particolarmente arretrato: nel 73% dei casi la richiesta non porta ai dati che si chiedono; nel 65% l'Amministrazione non risponde.

Per quanto negli ultimi anni Governo e Parlamento abbiano compiuto significativi progressi per rendere più trasparente l'operato della PA italiana, in concreto la miriade di obblighi di trasparenza a carico di migliaia di amministrazioni pubbliche italiane, ha reso la disciplina sempre più frammentata e disomogenea tanto da non avere il tempo di comprenderla e realizzarla compiutamente. Un esempio per tutti: l'art. 18 del Decreto Legge n. 83/2012 rubricato "Amministrazione aperta"¹³⁰ poneva a carico delle amministrazioni e degli

¹²⁷Così recita l'art. 46, d.lgs. 33/2013.

¹²⁸Art. 47, d.lgs. 33/2013: "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. 3. Le sanzioni di cui ai commi 1 e 2 sono irrogate dall'autorità amministrativa competente in base a quanto previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689".

¹²⁹"In Italia manca ancora un vero e proprio Diritto all'informazione riconosciuto a norma di legge (*Freedom of Information Act*). Inoltre, il sistema normativo italiano per accedere all'informazione è considerato dagli esperti e dalle organizzazioni internazionali fra i più restrittivi d'Europa".

¹³⁰Per completezza riportiamo l'art. 18, d.l. 82/2012, secondo il quale: "1. La concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari alle imprese e l'attribuzione dei corrispettivi e dei compensi a persone, professionisti, imprese ed enti privati e comunque di vantaggi economici di

organismi pubblici l'obbligo di pubblicare sui propri siti web tutte le spese. Tale norma è stata abrogata e riscritta interamente dal nuovo decreto trasparenza, ragion per cui non è mai stata attuata ed ha avuto il solo merito di generare una enorme confusione normativa. Non a caso il nuovo decreto sulla trasparenza è sorto come decreto di riordino dell'intera materia¹³¹, ma al contempo

qualunque genere di cui all'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ad enti pubblici e privati, sono soggetti alla pubblicità sulla rete internet, ai sensi del presente articolo e secondo il principio di accessibilità totale di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. 2. Nei casi di cui al comma 1 ed in deroga ad ogni diversa disposizione di legge o regolamento, nel sito internet dell'ente obbligato sono indicati: a) il nome dell'impresa o altro soggetto beneficiario ed i suoi dati fiscali; b) l'importo; c) la norma o il titolo a base dell'attribuzione; d) l'ufficio e il funzionario o dirigente responsabile del relativo procedimento amministrativo; e) la modalità seguita per l'individuazione del beneficiario; f) il link al progetto selezionato, al curriculum del soggetto incaricato, nonché al contratto e capitolato della prestazione, fornitura o servizio. 3. Le informazioni di cui al comma 2 sono riportate, con link ben visibile nella homepage del sito, nell'ambito dei dati della sezione «Trasparenza, valutazione e merito» di cui al citato decreto legislativo n. 150 del 2009, che devono essere resi di facile consultazione, accessibili ai motori di ricerca ed in formato tabellare aperto che ne consente l'esportazione, il trattamento e il riuso ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. 4. Le disposizioni del presente articolo costituiscono diretta attuazione dei principi di legalità, buon andamento e imparzialità sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, e ad esse si conformano entro il 31 dicembre 2012, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere g), h), l), m), r) della Costituzione, tutte le pubbliche amministrazioni centrali, regionali e locali, i concessionari di servizi pubblici e le società a prevalente partecipazione o controllo pubblico. Le regioni ad autonomia speciale vi si conformano entro il medesimo termine secondo le previsioni dei rispettivi Statuti. 5. A decorrere dal 1° gennaio 2013, per le concessioni di vantaggi economici successivi all'entrata in vigore del presente decreto-legge, la pubblicazione ai sensi del presente articolo costituisce condizione legale di efficacia del titolo legittimante delle concessioni ed attribuzioni di importo complessivo superiore a mille euro nel corso dell'anno solare previste dal comma 1, e la sua eventuale omissione o incompletezza è rilevata d'ufficio dagli organi dirigenziali e di controllo, sotto la propria diretta responsabilità amministrativa, patrimoniale e contabile per l'indebita concessione o attribuzione del beneficio economico. La mancata, incompleta o ritardata pubblicazione è altresì rilevabile dal destinatario della prevista concessione o attribuzione e da chiunque altro abbia interesse, anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo da parte dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 30 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 6. Restano fermi l'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i decreti legislativi 7 marzo 2005, n. 82, 12 aprile 2006, n. 163 e 6 settembre 2011, n. 159, l'articolo 8 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52 e le ulteriori disposizioni in materia di pubblicità. Ai pagamenti obbligatori relativi ai rapporti di lavoro dipendente ed ai connessi trattamenti previdenziali e contributivi si applicano le disposizioni ad essi proprie. Il Governo, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, è autorizzato ad adottare entro il 31 dicembre 2012, previo parere della Conferenza unificata, un regolamento ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, volto a coordinare le predette disposizioni con il presente articolo ed a disciplinare le modalità di pubblicazione dei dati di cui ai commi precedenti anche sul portale nazionale della trasparenza di cui al citato decreto legislativo n. 150 del 2009. Lo stesso regolamento potrà altresì disciplinare le modalità di attuazione del presente articolo in ordine ai pagamenti periodici e per quelli diretti ad una pluralità di soggetti sulla base del medesimo titolo. 7. Dall'attuazione del presente articolo non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e alle attività previste si farà fronte con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.

¹³¹Dalla Circolare n. 2/2013 del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione relativa all'applicazione del Decreto Trasparenza si legge che: " L'obiettivo perseguito

l'introduzione successiva e reiterata di una serie di obblighi a carico delle pubbliche amministrazioni, inevitabilmente rende la disciplina di non facile realizzazione, al punto che dinamiche così frastornate costringono i responsabili della PA a destreggiarsi in un panorama normativo confusionario e disattento che di fatto impedisce di fornire gli strumenti più adeguati per realizzare concretamente la trasparenza¹³².

A ben vedere, se per un verso è tangibile lo sforzo del legislatore per dare finalmente il via all'accessibilità totale dei dati attinenti ai pubblici ambienti, per altro, l'attenta lettura del decreto in esame, mette luce su alcuni istituti che si orientano in senso contrario ai buoni propositi tanto proclamati dall'art. 1. Se si prende in considerazione, ad esempio, la disposizione contenuta nell'art. 29 del decreto, si osserva come il legislatore abbia sancito l'obbligo di pubblicare il bilancio di previsione e consuntivo in forma sintetica, aggregata e semplificata, rendendo estremamente difficile comprendere come vengano in concreto utilizzate le risorse pubbliche¹³³. A quanto pare in uno scenario del genere, dovranno essere i cittadini ad attivarsi concretamente per far valere il loro diritto alla piena accessibilità e disponibilità delle informazioni e dei dati che riguardano l'operato della PA. E proprio al fine di monitorare gli obblighi di pubblicazione sanciti dal decreto e in linea con i capisaldi dell'open government (trasparenza, partecipazione e accountability), è stato attivato il sistema denominato 'Bussola della trasparenza' realizzato dal Dipartimento della Funzione Pubblica, che *consente alle pubbliche amministrazioni e ai cittadini di utilizzare strumenti per l'analisi ed il monitoraggio dei siti web e di accompagnare le amministrazioni, anche attraverso il coinvolgimento diretto dei cittadini, nel miglioramento continuo della qualità delle informazioni on-line e dei servizi digitali*¹³⁴. Si tratta di uno strumento pubblico e accessibile che consente di effettuare analisi ed elaborazioni statistiche rendendo disponibili i risultati anche in formato Open-Data: i cittadini potranno così verificare il sito del proprio comune, capire quanto è trasparente sul web, effettuare statistiche in tempo reale, contribuendo a migliorarne la performance e a stimolare l'amministrazione ad essere più trasparente.

La trasparenza nella Legge Anticorruzione e nel Codice di comportamento dei pubblici dipendenti.

I dati sono chiari: l'Italia è la democrazia europea più corrotta dopo la Grecia e la Bulgaria. La corruzione permea tutti i livelli della pubblica amministrazione incidendo negativamente sulla crescita economica del Paese e sulle finanze dello Stato.

con l'approvazione del decreto è quello di rafforzare lo strumento della trasparenza, che rappresenta una misura fondamentale per la prevenzione della corruzione, e riordinare in un unico corpo normativo le numerose disposizioni vigenti in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità a carico delle pubbliche amministrazioni, standardizzando le modalità attuative della pubblicazione, che avviene attraverso il sito istituzionale".

¹³²Così T. Di Nardo, *Diritto di accesso civico*, in www.politicadomani.it, 2013.

¹³³Art. 29. D.lgs. 33/2013.

¹³⁴Si veda il sito www.magellanopa.it/bussola/.

Come è stato sostenuto nel Rapporto GRECO (*Group of States against corruption*) del 2011, con riferimento al contesto italiano nell'ultimo decennio, *"la corruzione è profondamente radicata in diverse aree della pubblica amministrazione, nella società civile, così come nel settore privato. Il pagamento delle tangenti sembra pratica comune per ottenere licenze e permessi, contratti pubblici, finanziamenti, per superare gli esami universitari, esercitare la professione medica, stringere accordi nel mondo calcistico, ecc. (...). La corruzione in Italia è un fenomeno pervasivo e sistemico che influenza la società nel suo complesso"*.

Certo, la repressione penale costituisce uno strumento indispensabile per contrastare i fenomeni corruttivi ma non è sufficiente: è necessario promuovere una collaborazione attiva della società civile ma soprattutto una cultura della trasparenza nella PA. La trasparenza, quale sinonimo di accessibilità totale all'enorme patrimonio di dati e informazioni in possesso delle amministrazioni, a maggior ragione accompagnata dall'implementazione delle moderne tecnologie informatiche, rappresenta uno straordinario quanto infallibile deterrente per la prevenzione della corruzione. Le parole chiave sono: pubblicità e dunque accessibilità totale alle informazioni; libero utilizzo e dunque condivisione dei dati pubblici.

La Legge 6 novembre 2012 n. 190, intitolata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", si presenta come il primo tentativo da parte del legislatore di gettare luce su quei delitti rientranti nel "numero oscuro", ossia in quella percentuale di delitti non denunciati e per lungo tempo "sommersi", preoccupandosi il legislatore di rafforzare tanto le misure preventive quanto quelle repressive penali. Ad essere sinceri, il primo passo verso il riconoscimento di una responsabilità a carico delle persone giuridiche, risale al d. lgs. 231/2001, grazie al quale è stata introdotta la responsabilità degli Enti per i reati commessi da coloro nel cui ambito svolgono determinate funzioni.

Con la L. 190/2012 ci si è spinti oltre, realizzando un significativo passo avanti in materia di prevenzione e repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione. A tal fine, - per quello che in questa sede ci interessa - il legislatore ha stabilito che l'organo di indirizzo politico, entro il 31 gennaio di ogni anno, è chiamato ad adottare un piano triennale di prevenzione della corruzione e a trasmetterlo al Dipartimento della funzione pubblica¹³⁵. La realizzazione del suddetto piano, secondo quanto previsto dal comma 9 dell'articolo 1 della legge 190, risponde a differenti finalità, quali individuare quelle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, attuare meccanismi di formazione, di attuazione e controllo delle decisioni idonee a prevenire il rischio di corruzione nonché individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge. Ed ecco che anche nella legge 190, al comma 15 dell'art. 1, la trasparenza dell'attività amministrativa deve essere assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, di tutte le informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di *facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione* e nel

¹³⁵Così recita l'art. 1, comma 8, Legge Anticorruzione.

rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali¹³⁶.

Dal rapporto della *Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, istituita dall'allora Ministro Filippo Patroni Griffi con decreto del 23 dicembre 2011, è emerso come un ruolo importante, in funzione di prevenzione della corruzione, assumono le disposizioni e gli strumenti in materia di trasparenza. Si legge che la trasparenza costituisce *un mezzo fondamentale di prevenzione della corruzione* nella misura in cui, portando ad evidenza dati relativi a tutti gli ambiti di intervento delle amministrazioni, *consente una forma di rendicontazione dell'azione pubblica nei confronti degli stakeholder*. Questo consente di agevolare sistemi di accountability e limita il rischio di annidamento di situazioni illecite in settori delicati dell'agire amministrativo (si pensi alla materia degli appalti). Dunque, sono due le finalità sottese alla trasparenza che rilevano nella prospettiva della prevenzione del fenomeno corruttivo: - *la funzionalità delle amministrazioni*, dal momento che il cittadino ha il diritto di conoscere come l'amministrazione usa le risorse a disposizione, quali risultati ottiene, con quali costi; - *l'imparzialità*, atteso che se l'amministrazione è trasparente è possibile far emergere vicende di *maladministration* e di condizionamento improprio nella cura dell'interesse pubblico.

Pensiamo alla disposizione contenuta nell'art. 17 del d.lgs. 163/2006, meglio conosciuto come Codice dei contratti pubblici, laddove vengono introdotte significative deroghe che riguardano la disciplina generale in materia di appalti pubblici sotto il profilo della pubblicità, della concorrenza e della par condicio contrattuale, il controllo della Corte dei Conti, limitatamente a quelli posti in essere da amministrazioni statali, essendo esclusi da quello preventivo di legittimità, la vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici¹³⁷.

¹³⁶ La Legge specifica che nei siti web istituzionali delle amministrazioni pubbliche devono essere pubblicati anche i relativi bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

¹³⁷ Così recita l'art. 17, d.lgs. 163/2006, rubricato *Contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza*: "1. Le disposizioni del presente codice relative alle procedure di affidamento possono essere derogate: a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza; b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative. 2. Ai fini dell'esclusione di cui al comma 1, lettera a), le amministrazioni e gli enti usuari attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, ovvero di altre norme vigenti. Ai fini dell'esclusione di cui al comma 1, lettera b), le amministrazioni e gli enti usuari dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento. 3. I contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal presente codice e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1-bis, della legge n. 124 del 2007. 4. L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza. 5. I contratti di cui al presente articolo posti in essere da amministrazioni statali sono sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti, la quale si pronuncia altresì sulla regolarità, sulla correttezza

La previsione di una deroga del genere in un ambito particolarmente delicato quale è quello degli appalti, non può che dare adito a comportamenti corruttivi e delinquenti, alimentando quelle zone buie dove i poteri criminali hanno e continueranno ad avere spazio. A fronte dell'esigenza di garantire il rispetto di un principio di trasparenza in materia, come peraltro spesso evidenziato dalla Corte dei Conti, nel febbraio 2011 un gruppo di parlamentari ha proposto di modificare l'art. 17 del Codice dei contratti pubblici, attraverso l'introduzione del controllo preventivo della Corte dei Conti sulla legittimità e regolarità dell'atto di secretazione. Il fine è quello di ricondurre i contratti secretati (attualmente sottoposti al solo controllo successivo) nell'ambito della disciplina generale dei contratti pubblici, per i quali è previsto il controllo preventivo di legittimità. Questa proposta, dopo aver concluso l'iter in Commissione nel dicembre 2012, non è stata discussa in aula.

Il dato allarmante per cui la Legge Anticorruzione risulta essere incompleta e insufficiente per la prevenzione e repressione del fenomeno, è stato confermato di recente in occasione del primo report della Commissione UE sulla corruzione in Europa, nella quale la stessa ha duramente contestato la recente Legge 190/2012 dal momento che *"lascia irrisolti"* vari problemi e *"non modifica la disciplina della prescrizione, la legge sul falso in bilancio e l'autoriciclaggio e non introduce reati per il voto di scambio"*. Bruxelles suggerisce dunque di perfezionare la legge, in quanto, tra le altre cose, *"frammenta"* le disposizioni sulla concussione e la corruzione, *"rischiando di dare adito ad ambiguità nella pratica e limitare ulteriormente la discrezionalità dell'azione penale"*. Sono inoltre *"ancora insufficienti le nuove disposizioni sulla corruzione nel settore privato e sulla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti"*.

Sempre nell'ottica di rafforzare la prevenzione e la repressione dei fenomeni corruttivi, l'articolo 54 del decreto legislativo n. 165 del 2001, come sostituito dall'articolo 1, comma 44, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ha previsto l'emanazione di un *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni* al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico. Così, con il D.P.R. 62/2013 è stato introdotto il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici, un vero e proprio vademecum che i dipendenti della pubblica amministrazione sono tenuti ad osservare in ossequio ai doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta. I destinatari sono i dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 1, d.Lgs. 165/2001, nonché per quanto compatibili, i collaboratori o consulenti, anche di imprese fornitrici di beni e servizi. La ratio risiederebbe nel prevenire comportamenti scorretti spesso riscontrabili nei pubblici ambienti, attraverso il divieto di ricevere regali, compensi o altre utilità, il dovere di contrastare fenomeni di corruzione e la generazione di conflitti di interesse¹³⁸.

e sull'efficacia della gestione. Dell'attività di cui al presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento".

¹³⁸A. Aloia, *D.P.R. 62/2013: ecco il nuovo codice di comportamento dei pubblici dipendenti*, in www.StudioCataki.it, 2013.

Ecco che ci troviamo dinanzi all'ennesimo tentativo di improntare l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia, nel rispetto dei principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza. I risultati a dir poco incoraggianti presentati dal nostro Paese non possono non addebitarsi alla mancata promozione di quei principi che costituiscono la struttura portante della strategia dell'Open Government: a) la partecipazione della società civile con il coinvolgimento di Parlamento ed autonomie locali; b) la promozione di strumenti operativi volti a realizzare l'accessibilità ai dati delle istituzioni pubbliche e quindi la massima trasparenza amministrativa; c) l'adozione di misure valide ed efficaci per la prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi (si pensi alla poca incisività della Legge Anticorruzione come dimostrato dalle classifiche internazionali); d) favorire le consultazioni pubbliche sui provvedimenti adottati in materia di trasparenza, partecipazione e collaborazione; e) ma più di tutti la vera volontà politica di costruire un governo aperto. Ma quanto dell'innumerabile mole di interventi legislativi che si sono susseguiti in materia, riescono a trovare concreta ed effettiva attuazione? La risposta c'è e ci è stata fornita migliaia di anni fa: *"in uno Stato corrotto si fanno leggi a non finire"* (Tacito).

Bibliografia

- F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008.
- E. Belisario, *La nuova pubblica amministrazione digitale*, Maggioli, 2009.
- E. Belisario, G. Cogo, R. Scano, *I siti web delle pubbliche amministrazioni. Norme tecniche e giuridiche dopo le Linee Guida Brunetta*, Maggioli Editore, 2012.
- G. Bottino, Commento all'art. 10-bis, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005.
- Cerulli-Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2010.
- Ferrari Ge., *Commento all'art. 10bis*, l. n. 241/1990, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di Bartolini-Fantini-Ferrari Ge., Milano, 2010-
- G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, 2003.
- D.A. Limone, *Il Codice dell'Amministrazione Digitale. Verso un'Amministrazione nuova e moderna*, in M. Mancarella, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento, 2009.
- M. Mancarella, *La pubblica amministrazione tra management, e-government e federalismo*, Edizioni scientifiche, 2011.

- R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione del procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.
- F. MARZANO, *La trasparenza nella Pubblica Amministrazione passa dall'Open Data o l'Open Data passa dalla trasparenza?*, in *Informatica e dir.*, 2011, fasc. 1-2.
- C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Giuffrè, 2002.
- G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Giuffrè, 2010.
- G. Preite, *Amministrazione pubblica e buon governo al passaggio del millennio*, Tangram Ediz. Scientifiche, 2012.
- M. Renna-F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012.
- M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè. 2010, 89.
- E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, 1992.
- Tatti, *La "nuova" partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009.
- F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Giappichelli, 2002.
- S. Toschei, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in *Guida dir.*, 2005.

Sul web:

- A.Aloia, *D.P.R. 62/2013: ecco il nuovo codice di comportamento dei pubblici dipendenti*, in www.StudioCataldi.it, 2013.
- Barbiero, *Atti «trasparenti» online con cautele sulla privacy*, in *Il Sole 24 Ore*, <http://24o.it/jpCvv>, 2013.
- E.Belisario, *Italia bocciata in Open Government*, 10 febbraio 2014, in www.wired.it.
- E.Belisario-G.Cogo-S.Epifani,-C.Forghieri, *Come si fa Open Data?, Istruzioni per l'uso per Enti e Amministrazioni Pubbliche*, in www.retecamere.it, 2011.
- C.Buongiovanni-T.Del Lungo, *Enrico Giovannini, ISTAT su Open data Italia*, in www.smartinnovation.forumpa.it.
- C.Caldore, *La partecipazione al procedimento amministrativo: il punto di equilibrio tra garanzia ed efficienza*, in www.net.cisl.it.
- M. Cappellano, in *La trasparenza amministrativa dopo il Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, in www.lklead.com.
- A.Cavallo, *CSI Piemonte, Open Data. Evoluzione dell'esperienza piemontese*, in forges.forumpa.it.
- D.Chinello, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, www.lexitalia.it.
- D.Crespi, *IL PORTALE OPEN DATA DI REGIONE LOMBARDIA - Un'opportunità di business per le imprese ICT*, in www.smau.it
- D. David, *Il d.lgs. 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione dei nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, www.diritto.it, 2013.
- T. Di Nardo, *Diritto di accesso civico*, in www.politicadomani.it, 2013.

- V.Esposito-F.Del Grosso-G.Passannanti, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso e l'accesso civico*, in www.filodiritto.com.
 - G.Garrisi, *La guerra fredda tra Privacy e Trasparenza. I nominativi dei fruitori di permessi sindacali*, in saperi.forumpa.it, 2014.
 - P.B.Giandonato, *I luoghi degli 'open data'*, in www.slideshare.net, 2010.
 - Lisi-G. Penzo Doria, *Il glifo protegge solo se stesso*, in www.altalex.com.
 - G. Locchi, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.
 - F. Logiudice, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati*, in www.altalex.com, 2007.
 - F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, www.astrid-online.it.
 - G.Mottura, *Dati aperti, usabili, visualizzabili: a colloquio con Alan Smith*, in www.istat.it, dicembre 2013.
 - A.Podda, *L'art.10 bis della L.241/90: Garanzia di partecipazione del cittadino o perdita di tempo per la P.A.*, in www.diritto.it, 2007.
 - B.Ponti, *Il codice della trasparenza: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa on-line*, in www.nel diritto.it.
 - Ungaro, *Il decreto semplificazioni e le modifiche al CAD: dal 2014 la comunicazione tra cittadini e PA sarà solo telematica*, in saperi.forumpa.it, 2012.
 - E. Varani, *La partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15 del 2005*, in www.diritto.net.
 - P.M.Zerman, *La trasparenza della p.a. tra accesso e privacy nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, 2011, www.giustizia-amministrativa.it.
- Altre fonti: sito <http://www.datiopen.it/it>. Open Data Inps. Modelli di sviluppo per l'Open Government, Forum PA, in www.forgesforumpa.it. egov.formez.it, 2011. www.smau.it. www.garanteprivacy.it.

Riferimenti giurisprudenziali:

- Cons. St., IV, 31 ottobre 2006, n. 6464; Cons. St., IV, 14 aprile 2010 n. 2092.
- Cons. St., VI, 20 novembre 2013, n. 5515.
- T.A.R. Lazio sez. II quater, 14.06.2012, n. 5464.
- Cons. St., Adunanza Plenaria 15 settembre 1999, n. 14.
- Cons. St., sent. 26 maggio 1997, n. 560.
- Tar Puglia, Bari, I, 26 ottobre 2002, n. 4676; TRGA, Trentino Alto-Adige, Bolzano, 12 agosto 2002, n. 379.
- Cons. St., VI, 11 luglio 2008, 3587.
- T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 03.07.2012, n. 1888.
- TAR Piemonte, I, 7 febbraio, 2007, n.503.
- T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 19 giugno 2003, n. 453.
- T.A.R. Lazio, sez. III, 9 gennaio 2004, n. 54.
- T.A.R. Veneto, sez. I, 15 gennaio 2003, n. 410.
- TAR Puglia, II, sent. n. 4412 del 2006.
- TAR Puglia, Bari, II, 10 aprile 2006, n. 1261.
- TAR Sicilia, Catania, 7 luglio 2009, 1252.

