

La trasparenza amministrativa presidio di legalità e integrità

www.salvisjuribus.it

La trasparenza amministrativa presidio di legalità e integrità

Webinar - 3 dicembre 2021

con il contributo di





Sommario

ISSN 2464-9775

Antonia Foglia

Il concetto di trasparenza quale strumento di tutela della privacy

Giuliana Gaudioso, Valeria Varchetta

La trasparenza nelle procedure concorsuali e nelle gare pubbliche

Carmela Incarnato, Margherita Esposito

Il Piano triennale di prevenzione della corruzione e la figura del Responsabile

Luisa Miggiano

Il consigliere comunale.Titolare incondizionato di diritto di accesso?

Maria Lembo

Il Comitato Unico di Garanzia: un organismo a presidio delle Pari Opportunità

Lucia Minervini

Brevi annotazioni in tema di trasparenza e accesso nei contratti pubblici

Fabrizio Giorgilli

Riforma radicale delle
Pubbliche Amministrazioni e
ruolo strategico dei
comportamenti etici

Gennaro Dezio

Il whistelblowing presidio di trasparenza e strumento di lotta ai fenomeni corruttivi

Giuseppe Bertini, Silvia Dellasanta

L'esercizio del diritto di accesso.

Differenze ed analogie. Rapporto con il diritto alla privacy

Laura Cavaglià

I limiti alla trasparenza

amministrativa stabiliti dall'art. 24
della legge 7 agosto 1990 n° 241

Giosuè Giardinieri

Le recenti politiche di investimento pubblico in trasparenza e anticorruzione



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Prefazione

avv. Giacomo RomanoDirettore Responsabile



Ci sono tanti buoni motivi, a maggior ragione di questi tempi, per parlare di trasparenza amministrativa.

Ed infatti, il concetto di trasparenza, insieme a quelli di pubblicità ed accesso, sono stati oggetto, negli ultimi anni, di rilevanti interventi del legislatore che ne hanno reso, in qualche modo, meno certo il significato.

Appare ormai portato acquisito alla scienza giuridica che il principio di trasparenza amministrativa gode — nel nostro, come nell'ordinamento europeo — di un fondamento costituzionale, in quanto strettamente connesso al principio democratico.

A partire dal Trattato di Amsterdam è stata affermata, al livello del diritto primario dell'Unione europea, in via generale e con portata cogente, la necessità di creare un'unione «sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini».

Il Trattato di Lisbona, poi, ha inserito il diritto di accedere ai documenti delle autorità europee tra le «*Disposizioni di applicazione generale*» del Trattato sul funzionamento dell'Unione, imponendo di considerare l'accesso quale vero e proprio principio generale del diritto europeo (art. 15, par. 3, primo comma, Tfue).

La trasparenza e il diritto di accesso alle informazioni detenute dal governo e dalle amministrazioni pubbliche sono duquue considerati, anche a livello internazionale, fattori essenziali per la prevenzione di fenomeni corruttivi, per il rafforzamento della partecipazione democratica dei cittadini, per l'innalzamento del livello di fiducia nelle istituzioni pubbliche.

La difficoltà, piuttosto, sta nell'individuare "oggi" cosa debba intendersi con questa l'espressione "trasparenza amministrativa", che rischia di assumere le fattezze di un concetto *bon à tout faire*, come dicono i francesi, difficilmente distinguibile dai contigui istituti della pubblicità e dell'accesso.

L'innegabile valenza costituzionale della trasparenza, ormai da intendersi nell'ordinamento interno quale «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni» (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 33/2013), si desume dal fatto che essa costituisce criterio organizzativo, volto ad assicurare l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), corrispondente, sul piano delle situazioni soggettive, al diritto all'informazione, inteso nella sua accezione più stretta di libertà di informarsi.

Tali considerazioni consentono di affermare che, allo stato attuale, la trasparenza costituisce la regola, mentre il segreto l'eccezione che la limita dall'esterno, legittimo nella misura in cui sia a tutela di interessi (pubblici e privati) costituzionalmente riconosciuti.

La trasparenza amministrativa rappresenta il presupposto, il fondamento, il baricentro e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile.

Il nostro ordinamento è costellato oramai di disposizioni che tendono a favorire la massima trasparenza dell'attività amministrativa: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'obbligo di motivazione, all'accesso civico generalizzato.

La crescita dell'esigenza della trasparenza rappresenta nelle società occidentali, un fenomeno concomitante al crescente sviluppo di *internet*.

La nota espressione «Government as a Platform», pronunciata da Obama per sintetizzare l'irreversibile necessità di collocare i principi di Open Government all'interno del contesto tecnologico, implica la creazione di uno scenario radicalmente nuovo in cui l'accesso aperto alle informazioni e ai dati delle pubbliche amministrazioni sia realmente in grado di trasformare l'idea stessa di governo.

Servono piattaforme, architetture digitali per affrontare efficacemente le nuove sfide dell'economia dei dati (*data economy*). L'Italia timidamente sta da poco avviando iniziative di partecipazione e collaborazione tra amministrazione e cittadino: un esempio è dato dall'inaugurazione, di pochi giorni fa, della piattaforma 'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente', ma la strada da fare è ancora lunga.

La tecnologia impone, infatti, di stare al passo con i continui cambiamenti, anche delle abitudini di vita. In questo senso non va trascurato il ruolo dei *social network*. La tendenziale *«onnipresenza»* dell'amministrazione, tipica delle interazioni sui *social*, può, infatti, favorire l'idea di un'amministrazione che sia parte della più ampia comunità on line del cittadino/utente.

Il nuovo significato che assume la trasparenza amministrativa nell'ambito dei processi di innovazione e digitalizzazione è, quindi, potenzialmente in grado di andare ben oltre le originarie finalità di controllo e prevenzione di fenomeni corruttivi ed aprire considerevoli scenari di sviluppo economico, politico e sociale.

Del resto, molteplici sono anche i rischi connessi ad un "eccesso di trasparenza". Quello maggiore è certamente rappresentato dal sacrificio di altre libertà, la più invocata, al riguardo, è la riservatezza.

Inoltre, il cattivo uso di *internet* rischia di favorire una fuorviata conoscenza e, di conseguenza, una inquinata interazione con i processi decisionali della pubblica amministrazione da parte del «popolo della rete». E, purtroppo, gli esempi di questi "fraintendimenti" sono quotidiani e tristemente noti.

Il mondo attuale sta evolvendo velocemente. Probabilmente siamo già agli albori di un'altra grande rivoluzione dovuta al mondo della *blockchain* o, ad esempio, all'intelligenza artificiale; una rivoluzione simile a quella che c'è stata con i *social media* nel decennio appena trascorso.

L'esigenza di trasparenza sarà sempre maggiore. Si pensi solo che, di recente, il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria ha chiarito che le istanze di accesso non devono per forza essere funzionalizzate al perseguimento di un interesse pubblico ma vanno soddisfatte anche se avanzate per motivi personali o di mera curiosità, purché non abbiano caratteristiche «vessatorie o pretestuose» (sul punto, cfr. sent. 2 aprile 2020, n. 10).

La sfida sarà, dunque, quella di provare a "cavalcare" questa rivoluzione, a non lasciarci trovare impreparati perché serviranno maggiori infrastrutture tecnologiche e maggiori tutele.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Il concetto di trasparenza quale strumento di tutela della privacy

The concept of transparency as a model of protecting privacy

Antonia Foglia

Avvocato. Dottoressa di ricerca.

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords: Privacy GDPR Trasparenza Tutela Legge	Il presente lavoro, partendo da una evoluzione storica del concetto di privacy, intende indagare le possibili connessioni tra gli strumenti di tutela del diritto alla riservatezza ed il concetto di trasparenza declinato nell'ambito dei lavori delle pubbliche amministrazioni.
Keywords: Privacy GDPR Transparency Protection Law	This work, starting from a historical evolution of the concept of privacy, intends to investigate the possible connections between the tools for the protection of the right to privacy and the concept of transparency expressed in the context of the work of public administrations.
(cc) BY-NC	
Autore corrispondente: Antonia Foglia Avvocato. Dottoressa di ricerca E-mail: antoniafoglia@yahoo.it	

Sommario: 1. *Privacy* e trasparenza: esigenza di un equo bilanciamento - 2. Il reg. Ue 2016/679 - 3. Il rapporto tra *privacy*, trasparenza amministrativa e *accountability* alla luce del GDPR

Summary: 1. Privacy and transparency: need for a fair balance - **2.** Reg. EU 2016/679 - **3.** The relationship between privacy, administrative transparency and accountability in light of the GDPR

1. PRIVACY E TRASPARENZA: ESIGENZA DI UN EQUO BILANCIAMENTO

Quello della *privacy* può essere considerato un concetto poliedrico e multifuzionale che, a seconda del contesto ordinamentale di riferimento che si prende come base, si caratterizza per assumere una pluralità di distinti significati che mutano in relazione al succedersi, nel tempo, delle diverse istanze emergenti nel tessuto sociale.

Di matrice anglosassone, il diritto alla *privacy*, nello ordinamento nazionale, attiene a due diversi piani dell'esistenza umana e cioè alla dimensione fisica ed a quella digitale.

I due aspetti risultano, inoltre, irrimediabilmente connessi visto che la potenziale emersione di profili di criticità nell'azione di tutela della persona nel cyberspazio finisce per riflettersi, irrimediabilmente, nel mondo fisico¹.

Il fine precipuo della *privacy*, che consente di connetterla indissolubilmente al diritto alla riservatezza, è quello di assicurare a ciascun individuo uno spazio sicuro, protetto da ingerenze esterne, all'interno del quale poter sviluppare liberamente la propria personalità².

Quale attributo di rilievo della persona, la riservatezza è contemplata, nell'ambito dei diritti di c.d. "quarta generazione", pur non essendovi espressamente menzionata, fra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.³ che è fattispecie aperta volta a tutelare i nuovi diritti che, di volta in volta, emergono nel contesto politico-sociale.

La riservatezza quale potere di regolare l'accesso alla propria sfera di intimità, permettendone o vietandone l'intromissione altrui, è, altresì, presa in considerazione dall'art 3. Cost. che, nel tutelare la dignità sociale, amplia in concreto la protezione della stessa, estendendola ad una dimensione che non è riconducibile, in via esclusiva, alla mera individualità⁴.

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta, sul tema si è anche focalizzata l'attenzione del legislatore con la previsione generalizzata della protezione, per ogni individuo, "dei dati personali che lo riguardano"5.

Di conseguenza il trattamento degli stessi deve essere posto in essere nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali così come della dignità dell'interessato, con particolare riguardo alla riservatezza e all'identità personale.

Inoltre, in considerazione degli sconfinamenti nella sfera di riservatezza di ciascun individuo determinati dalle nuove tecnologie informatiche e dai social network, è emersa la necessità di tutelare con maggior forza i dati sensibili dei cittadini europei, tanto che lo stesso legislatore eurounitario ha provveduto a rivedere il concetto di sfera privata specificando nella Carta dei diritti fondamentali della Ue, all'art. 7, che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni» e, all'art. 8, che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano».

La privacy, dunque, si caratterizza come estensione del diritto alla riservatezza e determina i diversi elementi che definiscono l'identità dell'individuo: la sua storia, le peculiarità, le abitudini, lo status.

Per tale motivo essa è ritenuta meritevole di una particolare protezione da parte del legislatore visto che una sua violazione è potenzialmente in grado di provocare, in qualche maniera, danni fisici, materiali o immateriali.

Si differenzia dal diritto alla riservatezza poiché la privacy trasferisce la protezione dell'individuo nella dimensione sociale garantendogli la possibilità di vietare che vengano divulgate informazioni personali e consentendogli di operare un controllo sulla raccolta e sul trattamento delle stesse.

Parallelamente, come evidenziato nei precedenti capitoli, è da rilevare che, negli stessi anni, la legge sul procedimento amministrativo, in risposta ad esigenze sempre più diffuse nel tessuto sociale, ha riconosciuto, invece, il diritto degli interessati a prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi6, anche quando all'interno degli stessi siano presenti dati di terzi soggetti (c.d. controinteressati)⁷.

Emerge, in tal modo, sul versante diametralmente opposto, espressione di un necessario ammodernamento dei presupposti del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, il principio di trasparenza che, basato sull'accesso e sull'ostensione degli atti, salve alcune eccezioni, si fonda sulla necessità di rendere accessibile e conoscibile ai consociati quello che è l'operato della pubblica amministrazione.

In tale direzione, agli stessi cittadini sono consentite forme di controllo diffuso sull'impiego delle risorse e sulla adeguatezza delle attività e degli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione, contribuendo al buon andamento della medesima, migliorandone l'efficacia e l'efficienza.

^{1.} F.G. IBBA, Brevi riflessioni sul rapporto tra privacy, trasparenza amministrativa e accountability alla luce del GDPR, in Cammino Diritto, «Rivista di informazione giuridica», luglio 2018.

^{2.} Rientra in tale concetto anche quello che attiene all'esigenza di riservatezza di gruppi, persone giuridiche, enti ed associazioni in riferimento, ad esempio, al segreto industriale o di impresa.

^{3.} T.A. AULETTA, Riservatezza e tutela della personalità, Giuffrè, Milano 1978.

^{4.} M. FILICE, Privacy e trasparenza: spunti di riflessione sul bilanciamento, in «Ratio Iuris», 2018.

^{5.} Si veda la l. 31 dicembre 1996, n. 675, seguita dal codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in vigore dal 1 gennaio 2004).

^{6.} Artt. 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241.

^{7.} Per una più completa disamina sul tema, si rimanda a E. D'ALTERIO, Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto", in «Giorn. dir. amm.», 1/2019.

Si è già visto, infatti, che, più specificamente, il principio di trasparenza, oltre ad assicurare la partecipazione dei cittadini allo svolgimento delle funzioni pubbliche, compatibilmente con il perseguimento dell'interesse pubblico, garantisce, inoltre, agli stessi, una più chiara ed approfondita comprensione delle strategie della pubblica amministrazione.

In questo modo, stimolando una maggiore efficienza ed efficacia della p.a. e quindi il suo buon andamento, il principio in parola funge da anticorpo rispetto ai rischi legati alla corruzione.

Tali prerogative, cui si aggiunge la possibilità per i cittadini di esprimere un maggiore o minore gradimento sui servizi offerti, concorrono a ricostituire quel fondamentale rapporto di fiducia, in precedenza compromesso, tra la p.a. ed i cittadini, sempre più consapevoli dei diritti loro spettanti⁸.

Sebbene la trasparenza non sia espressamente prevista dalla Carta costituzionale, essa è valore fondante dell'ordinamento, poiché «concorre ad attuare il principio democratico ed 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. Esso è 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»⁹.

Tanto premesso, dunque, la concezione di trasparenza si è poi evoluta e ampliata, raggiungendo la sua massima estensione con il c.d. "Foia" italiano in base al quale, infatti, «chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione [...]» 12.

Ed è proprio tale evoluzione a lasciar trasparire ancora di più la problematica del contemperamento tra la *privacy* e la trasparenza.

Infatti, l'amministrazione con l'intenzione di assicurare il diritto alla protezione dei dati personali potrebbe, d'altra parte, con la sua stessa azione, determinare una limitazione del diritto alla conoscenza (c.d. "right to know" alla base del "Foia" nelle sue molteplici declinazioni) 14.

Allo stesso modo, l'amministrazione assicurando pienamente la circolazione delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo, sia fra quest'ultimo e il mondo esterno¹⁵, nonché, quindi, il diritto di chiunque all'accesso generalizzato ai dati e alle informazioni potrebbe, nel contempo, ledere proprio il diritto alla riservatezza del cittadino¹⁶.

Posta, dunque, come inevitabile, una possibile contrapposizione con la normativa di tutela dei dati personali, anche l'Autorità garante ha più volte specificato che, se priva di adeguati criteri discretivi, la pubblicazione, da parte delle p.a., di un complesso di informazioni così vasto e in continuo aumento rischia di portare a conoscenza fatti, circostanze e contingenze la cui divulgazione non sarebbe giustificata da una finalità di controllo sull'esercizio del potere ma, diversamente, si configurerebbe come assai pregiudizievole per l'interessato

In tal senso, la previsione di specifiche linee guida¹⁷ finalizzate all'individuazione delle cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare nei casi in cui diffondono dati personali sui propri siti *internet* istituzionali per finalità di trasparenza e/o di pubblicità dell'azione amministrativa contribuisce, nelle intenzioni del Garante, ad assicurare l'osservanza della disciplina in materia di protezione dei dati personali nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione.

Sulla base del quadro così tracciato, è chiaro che la trasparenza si trovi a operare in un più ampio e complesso contesto di riferimento rispetto al quale, considerate le ulteriori complicazioni che, nella

^{8.} Sul punto, si veda M. FILICE, Privacy e trasparenza: spunti di riflessione sul bilanciamento, cit.

^{9.} D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, art. 1.

^{10.} Come ampiamente commentato nel precedente capitolo, il c.d. *Freedom of information act* (Foia) previsto nell'ordinamento statunitense, a partire del 1966, è la normativa di riferimento alla quale il legislatore nazionale si è ispirato al fine di innovare il novero degli strumenti di trasparenza e introdurre un nuovo sistema di accesso generalizzato.

^{11.} Sullo sviluppo del c.d. "modello Foia" in Italia si consulti l'interessante contributo, tra gli altri, di G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in «Federalismi.it», 11 gennaio 2017. 12. Art. 5, co. 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, così come riformulato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

^{13.} Sul funzionamento dei modelli "Foia" in altri ordinamenti, si veda B.G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di) *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Editoriale scientifica, Napoli 2018.

^{14.} Tenendo conto che il mancato rispetto di una piena trasparenza avrebbe effetti negativi per il conseguimento dei risultati che essa si pone, anche per quanto concerne gli strumenti di prevenzione della corruzione quali, ad es., il c.d. "whistleblower", i programmi per la trasparenza e l'integrità ed i piani di prevenzione della corruzione.

^{15.} Presidenza del Consiglio dei ministri, comunicazione pubblica del 28 febbraio 2014 ripresa da A. SIMONATI, La trasparenza amministrativa e il legislatore. Un caso di entropia normativa?, in «Dir. amm.», n. 4/2013, pp. 749 ss.

^{16.} E. D'Alterio, Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto", cit.

^{17.} Del 15 maggio 2014.

fondamentale opera di bilanciamento di tali diritti, sono scaturite dall'entrata in vigore¹⁸ del reg. Ue n. 2016/679¹⁹, risulta a maggior ragione ineludibile una adeguata interpretazione e applicazione del principio in parola al fine di ovviare a potenziali lesioni del diritto alla *privacy*²⁰.

In effetti, sebbene non manchino norme, orientamenti dottrinali e giurisprudenziali²¹ aventi quale obiettivo precipuo quello dell'individuazione del diritto prevalente²², il contemperamento di situazioni giuridiche contrapposte, come in caso di contrasto tra diritto di accesso e diritto alla protezione dei dati personali, è, d'altro canto, un tratto tipico dell'azione amministrativa ed è quindi plausibile prospettare che la soluzione di tali contrasti possa essere demandata all'azione concreta delle pubbliche amministrazioni

2. IL REG. UE 2016/679

L'iter che ha portato all'adozione del regolamento ha inizio nel gennaio del 2012 quando la Commissione Ue decise di presentare una proposta di regolamento generale sulla protezione dei dati personali volta a sostituire la direttiva 95/46/CE e ad armonizzare la normativa sul trattamento dei dati personali dei singoli stati membri.

Successivamente, tra il 2013 e il 2015, il Parlamento europeo e il Consiglio, disposte le relative e pertinenti modifiche, avviarono poi dei negoziati finalizzati alla ricerca di un accordo ed effettivamente, in tal senso, un compromesso fu raggiunto il 15 dicembre 2015.

Solo due giorni dopo la Commissione LIBE del Parlamento europeo palesò la disponibilità ad approvare il testo del compromesso senza proporre emendamenti.

Nel corso del mese di aprile del 2016 fu, poi, licenziata una nuova versione del testo che, immediatamente sottoposta al Consiglio, alla Commissione LIBE, nonché al Parlamento europeo, nello stesso mese condusse all'approvazione del nuovo RGPD, entrato in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e divenuto efficace il 25 maggio 2018²³.

Per la prima volta, quindi, lo strumento utilizzato dal legislatore eurounitario non è più quello della direttiva bensì, diversamente, quello regolamentare.

Segno, questo, di un chiaro cambio di strategia visto che se la direttiva, volta a garantire l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, lascia agli stati un certo margine di discrezionalità nel relativo recepimento interno, il regolamento, invece, come noto, comprime al massimo tale discrezionalità nell'adeguare la disciplina nazionale, essendo immediatamente applicabile negli ordinamenti interni e prevalendo, nel caso, sulle norme nazionali contrastanti.

Il reg. Ue 2016/679²⁴, intitolato «protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento ed alla libera circolazione dei dati personali» e la direttiva Ue 2016/680, che abroga la direttiva Ce 1995/46, hanno

^{18.} Il regolamento, come disposto dall'art. 99, è entrato in vigore il 25 maggio 2016, ma applicato solo dal 25 maggio 2018 con la contestuale abrogazione della direttiva 95/46/CE recante il precedente regolamento generale sulla protezione dei dati personali.

^{19.} M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali, la Privacy dopo il regolamento Ue 2016/79*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2017.

^{20.} S. CIMINI, Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri, in «Giust. civ.», 2005, n. 10, 407.

^{21.} Sul punto, particolarmente delicata è la funzione svolta dagli operatori giuridici, specie quando chiamati a contemperare i contrapposti, ma egualmente fondamentali, interessi che di volta in volta vengono in gioco, facendo prevalere, ora l'uno, ora l'altro, in considerazione delle circostanze emerse in concreto. Ad es., in materia di dati relativi alla salute, con la sentenza del T.a.r. Cagliari, Sez. I, n. 370 del 26 aprile 2018 è stato statuito che «in materia di accesso a dati relativi alla salute di terzi, l'amministrazione deve operare un motivato bilanciamento tra acceso e riservatezza, per stabilire se debba considerarsi prevalente il primo o la seconda e, all'esito, decidere se concedere o meno l'accesso richiesto; ai fini di tale operazione assumeranno rilievo l'art. 60 del d.lgs. n. 196/2003 [...] e la seconda parte dell'art. 24, co. 7, della l. n. 241/1990, secondo cui l'accesso ai dati relativi alla salute e alla vita sessuale può essere consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile alla difesa del richiedente e per la tutela di una posizione soggettiva di pari rango ordinamentale rispetto alla riservatezza del terzo controinteressato».

^{22.} Si veda., tra gli altri, Cons. st., Sez. VI, 30 marzo 2001, n. 1882, che ha definito il rapporto tra accesso e protezione dei dati personali in termini di "aspro contrasto".

^{23.} Per approfondimenti sul GDPR si veda anche G. FONDERICO, La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali, in «Giorn. dir. amm.», 2018.

^{24.} In relazione ai profili di criticità derivanti dall'applicazione di tale normativa si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, Torino 2016. L'autore precisa che «la decisione di adottare un nuovo strumento normativo nella forma del regolamento immediatamente applicabile in tutti gli stati membri, in sostituzione della direttiva 95/46, trova la sua radice proprio nel fatto che, nel corso del tempo, questa si è dimostrata sempre meno idonea a garantire in tutta l'Unione, e da parte di tutte le Autorità dei paesi membri, l'uniformità di applicazione che invece la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione richiedono». Per quanto concerne, invero, gli orientamenti della Corte di giustizia, volti a sollecitare un'evoluzione normativa in materia di *privacy*,

modificato profondamente l'assetto giuridico tradizionale in materia di tutela della *privacy*, provando, altresì, ad armonizzarne la regolamentazione prevista nei diversi stati²⁵ e inaugurando una nuova stagione per i diritti dei cittadini europei nei rapporti con le pubbliche amministrazioni e le imprese²⁶. Non solo.

La normativa ha, inoltre, rafforzato l'indipendenza delle *Autorithies* nazionali ed europee²⁷, le prerogative concernenti la attività regolatoria delle stesse²⁸, con la previsione di rilevanti innovazioni relativamente agli obblighi imposti, anche alle amministrazioni statali e regionali, in materia di *accountability e privacy impact assessment*.

L'obiettivo del regolamento è quello di assicurare la protezione delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati e alla loro circolazione, con la garanzia di un livello *standard* di protezione della *privacy* per tutti i cittadini europei e di un medesimo livello di diritti azionabili, nonché di obblighi e responsabilità per i titolari del trattamento e per i responsabili del trattamento.

Ciò anche nell'ottica di offrire in tutto il territorio europeo la certezza del diritto, l'attuazione della trasparenza e un chiaro quadro di regole uniformi per operatori economici ed imprese.

Come sottolineato da molteplici e autorevoli orientamenti dottrinali, il cambio di passo segnato dal RGPD, non è da ricondurre meramente ai puntuali adempimenti prescritti dalla normativa ma, più che altro, ad un più profondo cambio di prospettiva, con il passaggio da una normativa completamente incentrata sui diritti dell'interessato a una, invece, basata sui doveri del titolare e del responsabile del trattamento dei dati.

Quindi, la nuova disciplina²⁹ se da un lato incide sui diritti e sulle libertà fondamentali degli interessati, dall'altro ha modificato, profondamente, l'assetto riguardante la titolarità e la responsabilità del trattamento dei dati personali.

In tale direzione, dunque, appare a maggior ragione necessario e impellente, dopo aver brevemente delineato e tratteggiato le principali novità introdotte, soffermarsi in maniera puntuale sulle ricadute della novella riguardanti il settore pubblico³⁰.

Non in tutti i settori trova però applicazione il RGPD che, infatti, non si estende né al trattamento di dati personali effettuato dagli stati membri in materia di politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea, né al trattamento di dati personali da parte delle Autorità competenti a fini della prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati ovvero della esecuzione di sanzioni penali, compresa la salvaguardia della sicurezza pubblica, nonché della prevenzione di minacce o attentato alla stessa.

Inoltre, il Regolamento GPD in questione non si occupa del trattamento di dati per attività a carattere esclusivamente personale o comunque non commerciali o professionali.

Ciò posto, il regolamento si caratterizza per un approccio alla protezione dei dati fondato sul *data* management³¹, cioè sulla previa adozione di opportune ed adeguate misure tecniche e organizzative finalizzate alla realizzazione di obiettivi di sicurezza e tutela.

si veda. O. POLLICINO, Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale, in «Federalismi.it», 11, 2014.

^{25.} Ciò ha comportato anche la necessità di alimentare lo sviluppo di un mercato unico digitale attraverso la creazione e la promozione di nuovi servizi, applicazioni, piattaforme e *software*.

^{26.} M. MACCHIA, C. FIGLIOLIA, Autorità per la privacy e Comitato europeo nel quadro del General Data Protection Regulation, in «Giorn. dir. amm.», 2018.

^{27.} Si vedano sul punto, tra gli altri, N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, 2a ed., Giappichelli, Torino 2009; A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello stato*, in «Rass. dir. pubbl. europ.», n. 1–2/2015; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci, Bari 2017, pp. 158 ss. e 239 ss.

^{28.} G. Berti, Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto, in G. Gitti (a cura di) L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto, il Mulino, Bologna 2006, 25 ss. In giurisprudenza, si vedano, tra le altre, Cass. civ., Sez. III, sent. 27 luglio 2011, n. 16401, in Giur. it., 2012, 1559; Cass. civ., Sez. III, sent. 28 luglio 2011, n. 16519, in «Foro it.», 2012, pt. III, c. 870; Cass. civ., Sez. VI–3, sent. 13 luglio 2012, n. 11992, in Guida al dir., 2012, n. 37, p. 67.

^{29.} Il regolamento non riguarda solo le organizzazioni costituite nell'Ue ma anche le persone giuridiche che hanno sede nell'Ue rispetto alla propria attività ed indipendentemente dal fatto che i dati siano trattati internamente o esternamente all'Ue. Riguarda anche le organizzazioni poste fuori ai confini dell'Unione in riferimento all'offerta di beni e servizi agli interessati che si trovano nell'Unione europea compresi i loro comportamenti, nel caso in cui si verificassero all'interno dell'Ue

^{30.} Per una più completa analisi inerente al tema si rimanda all'interessante contributo di G. GUZZARDO, *Accountability e pubbliche amministrazioni nel regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali*, in «Amministrazione in cammino», «Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione», a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2018.

^{31.} In relazione alla organizzazione della protezione dei dati nel settore pubblico si veda F. Di RESTA, *La nuova "privacy europea"*. *I principali adempimenti del regolamento Ue 2016/679 e i profili risarcitori*, Giappichelli, Torino 2018.

Per rispondere efficacemente alle esigenze emerse la normativa che, tra l'altro, oltre a prevedere prescrizioni stringenti lascia un certo margine di autonomia ai soggetti chiamati ad attuare le disposizioni, si fonda sui tre seguenti fondamentali principi: *accountability*³² (art. 5 GDPR), *data protection by design* e di *privacy by default* (art. 25 GDPR)³³.

Prevista nel settimo considerando del RGPD, il tema dello *accountability*, è emerso significativamente nel corso dei lavori della 32ma ICDPPC (conferenza internazionale sulla protezione dei dati personali) svoltasi a Gerusalemme nel mese di ottobre 2010.

In quella circostanza furono trattati temi particolarmente innovativi tra cui i social networks, la privacy by design, il diritto all'oblio digitale e, appunto, quale elemento di maggiore novità, l'accountability.

Inizialmente messa a punto per favorire il flusso di dati personali a livello internazionale, essa si è distinta per una portata applicativa più ampia, ergendosi quale paradigma generale nel trattamento dei dati personali³⁴.

Nota anche come principio di responsabilizzazione, la c.d. *accountability* attiene specificamente all'opportunità di creare un clima di fiducia tra i soggetti interessati e i titolari del trattamento per garantire affidabilità e la competenza nella gestione dei dati personali e realizzare lo sviluppo dell'economia digitale nel mercato interno³⁵.

Sulla base del principio di *accountability*, il regolamento assicura l'attribuzione di ampi margini di autonomia ai titolari del trattamento dei dati personali che, nei limiti delle disposizioni di legge, procedono ad adeguare alle proprie realtà organizzative le misure da adottare.

In capo a tali soggetti, che pur devono essere in grado di dimostrare che il trattamento dei dati personali effettuato, tenuto conto della loro natura, del campo di applicazione, delle finalità del trattamento, nonché dei vari rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, è conforme allo stesso regolamento³⁶, è posta quindi una responsabilità con relative sanzioni.

Su tali basi, l'accountability può essere ritenuta un approccio pratico alla *privacy* e al trattamento dei dati personali, che opera anche per lo sviluppo di strumenti che le diverse organizzazioni possono utilizzare per valutare il livello della propria accountability e renderne conto alle *Authorities* per la protezione dei dati personali³⁷.

Il modello si completa poi con i principi di privacy by design e di privacy by default³⁸.

L'espressione *privacy by design*³⁹ fu coniata per la prima volta da Ann Cavoukian, *privacy commissioner* dell'Ontario (Canada), e ripresa nella già citata 32° conferenza internazionale dei Garanti *privacy*.

Il concetto in questione attiene, nello specifico, a un disegno *ex ante* realizzato dal titolare del trattamento, che diventa attore e che, operando personalmente, si assume la responsabilità delle misure di sicurezza che ritiene di dover applicare alla fattispecie concreta, dopo aver soppesato i rischi, sempre nel rispetto delle prescrizioni di legge⁴⁰.

^{32.} Sul punto, si veda sul tema R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in «Ciberspazio e diritto», 2018.

^{33.} L. FIORENTINO, *Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in «Giorn. dir. amm.», 2018.

^{34.} M. IASELLI, *Il principio di accountability: uno dei pilastri del GDPR*, il cui interessante contributo è in https://www.altalex.com/documents/news/2018/02/13/il-principio-di-accountability-uno-dei-pilastri-del-gdpr.

^{35.} F.G. IBBA, Brevi riflessioni sul rapporto tra privacy, trasparenza amministrativa e accountability alla luce del GDPR, cit

^{36.} Art. 24 del GDPR.

^{37.} M. IASELLI, Il principio di accountability: uno dei pilastri del GDPR, cit.

^{38.} L'art. 5 del reg. Ue 2016/679 prevede che «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati». Il principio della "protezione per impostazione predefinita" imporrebbe al titolare del trattamento di mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento Tale obbligo varrebbe per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. Sicché dette misure garantirebbero che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.

^{39.} Protezione dei dati fin dalla progettazione.

^{40.} Sul punto, si veda M. BIANCHI, *Privacy by Design e Privacy by Default*, in https://www.cyberlaws.it/2019/privacy-by-design-e-privacy-by-default/.

Il regolamento, infatti, adotta un *risk based approach to data privacy*, ovvero un approccio fondato sulla valutazione del rischio quale parametro di riferimento della responsabilità del titolare.

Il rischio preso in considerazione attiene al potenziale impatto pregiudizievole che il trattamento potrebbe avere sulle libertà e sui diritti degli interessati con possibili danni fisici, materiali o immateriali quando, ad esempio, a causa del trattamento possano verificarsi pregiudizi alla reputazione, discriminazioni, patimenti finanziari.

Il titolare del trattamento, nello specifico, dovrà provvedere a una valutazione di impatto del trattamento (D.P.I.A., data protection impact assessment) mediante la quale si analizzano, in via preventiva le conseguenze che, per ogni singola attività di trattamento dei dati, derivano in punto di protezione dei diritti e delle libertà degli interessati, attraverso la individuazione di specifici strumenti volti a contenere o eliminare i rischi potenziali.

Esso provvede, dunque, ad incorporare la tutela della *privacy* in tutto il ciclo di attività del trattamento dati, realizzando, pertanto, prodotti e servizi che già dalla fase iniziale della progettazione siano conformi alle disposizioni in materia di protezione dei dati, in modo da minimizzare *ab initio* la raccolta dei dati medesimi ed i relativi trattamenti.

In questo modo, dal principio di *privacy by design* scaturisce anche un principio di *privacy by default*⁴¹ che si caratterizza nel prevedere, a monte, un utilizzo dei dati che sia limitato ai soli casi necessari, a seconda delle finalità prefissate e del tipo di operazioni da compiersi.

Conseguentemente, dovranno essere trattati di *default* soltanto i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento e la quantità dei dati raccolti, nonché il periodo di conservazione degli stessi non potranno valicare il minimo richiesto ai fini della realizzazione della specifica finalità.

Mediante tale approccio, nel rispetto dei principi di necessità, pertinenza ed adeguatezza, si assume come imprescindibile la massima protezione dei dati acquisiti, attraverso una loro utilizzazione limitata all'esclusiva realizzazione della finalità per cui sono stati rilasciati⁴².

Tale assetto normativo è volto alla predisposizione di un sistema che assicuri delle forme di tutela preventive evitando, attraverso un'idonea fase di progettazione, quelle criticità proprie del meccanismo di trattamento dei dati e rendendosi, per tale ragione, ineludibile una diversa e potenziata organizzazione della p.a. e dei suoi uffici⁴³.

L'obiettivo di implementare la tutela della *privacy* è stato poi anche perseguito incrementando i poteri delle Autorità di garanzia⁴⁴ tenuto conto che, come precisato dalla stessa giurisprudenza europea, le *authorities* nazionali, indipendentemente dal fatto che possa o meno essere già pervenuta una decisione della Commissione europea, nel momento in cui sia rivolta a esse una richiesta di protezione della *privacy*, relativamente al trattamento dei dati personali, hanno piena autonomia nello accertamento del rispetto dei requisiti previsti dalla direttiva⁴⁵.

Il nuovo approccio di tutela della *privacy* si fonda, infatti, anche sulla previsione di specifiche professionalità in materia, quali il titolare del trattamento/contitolare e il responsabile della protezione dei dati personali (*data protection officer*)⁴⁶.

Il titolare è quel soggetto⁴⁷ che, da solo o insieme ai contitolari, è chiamato a individuare e specificare fini e mezzi del trattamento di dati personali e che, in base a quanto previsto dall'art. 4 del RGPD, pone in essere quella molteplicità di «operazioni applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, lo adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o la interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»⁴⁸.

Di sicuro rilievo è, poi, l'istituzione di una peculiare figura nell'ambito dell'organizzazione amministrativa: il c.d. "data protection officer" (DPO), un guardiano dei dati che viene nominato dal titolare

^{41.} Sul punto si veda, M. VEALE, R. BINNS, J. AUSLOOS, When data protection by design and data subject rights clash, in Int'l Data Privacy, 2018, vol. 8, p. 105.

^{42.} M. BIANCHI, Privacy by Design e Privacy by Default, cit.

^{43.} M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in «Europa e Diritto Privato», 2016.

^{44.} S. CASSESE, Diritto amministrativo europeo e diritto ammistrativo nazionale: signoria o integrazione?, in «Riv. dir. pubb. com.», 2004.

^{45.} Tale prerogativa viene meno solo quando il comitato per le funzioni, che svolge attività di consulenza nei confronti della Commissione, esercita poteri vincolanti.

^{46.} G. GUZZARDO, Accountability e pubbliche amministrazioni nel regolamento europeo in materia di protezione dei dati

^{47.} Persona fisica, persona giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro tipo di organismo.

^{48.} L. FIORENTINO, Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche, cit.

del trattamento e dal responsabile del trattamento sulla base di qualità professionali ed in presenza della conoscenza approfondita della normativa in materia.

Egli potrà essere un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento oppure un collaboratore esterno che opera sulla base di un contratto di servizi.

Concretamente, il *data protection officer*⁴⁹, che di fatto rappresenta un elemento innovativo nel quadro delineato dal regolamento, è chiamato a occuparsi di una pluralità di compiti connessi allo svolgimento di una attività neutrale, di vigilanza e tecnico–consultiva in materia di trattamento e protezione di dati personali⁵⁰.

Tale figura⁵¹ espressamente creata dalla disposizione in questione, dovrà essere obbligatoriamente nominata nei casi previsti al paragrafo 1 dell'art. 37, ovvero quando:

- a) il trattamento è effettuato da una autorità pubblica ovvero da un organismo pubblico⁵², eccettuate le autorità giurisdizionali quando esse esercitano le loro funzioni giurisdizionali;
- b) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala;
- c) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art. 10.

Lo *status* giuridico del c.d. "data protection officer" si desume dagli artt. 38 e 39: tale soggetto, infatti, nello svolgimento dei suoi compiti, nel rispetto dei canoni di terzietà, assenza di conflitto di interessi, vincolo derivante dalle norme sul segreto professionale, oltre a rappresentare la figura di riferimento con l'esterno rispetto alle tematiche connesse alla materia, è chiamato sia a porre in essere attività informative e di consulenza⁵³ a beneficio del titolare del trattamento o del responsabile, nonché a favore dei dipendenti che lo eseguono per quanto concerne gli obblighi previsti dalla normativa eurounitaria, sia a svolgere attività di sorveglianza rispetto all'attuazione del regolamento⁵⁴.

Chiaramente dovrà essere tempestivamente coinvolto in tutte le questioni relative alla protezione dei dati personali e visto il potere di spesa di cui è titolare, al fine di svolgere le proprie prerogative, dovrà ricevere le necessarie risorse.

La libertà di azione di cui pure è titolare gli consente di agire senza ricevere istruzioni nello svolgimento dei suoi compiti, nè potrà essere rimosso dal titolare/responsabile del trattamento dei dati per motivi concernenti l'adempimento delle sue funzioni.

Concludendo, il nuovo regolamento fa della tutela della *privacy* uno tra gli obiettivi a cui deve tendere tutta l'azione dei soggetti sia pubblici sia privati, con un necessario cambio di rotta nella definizione delle politiche di tutela dei dati personali che dovrà portare alla elaborazione di un innovativo modello di organizzazione per le pubbliche amministrazioni.

A tal fine, per garantire l'effettività delle previsioni in esso contenute fondamentale è anche l'aspetto sanzionatorio.

E infatti, in riferimento alle misure sanzionatorie, di natura preventiva e repressiva, il regolamento prevede che dovranno essere gli stati membri a disciplinare gli ambiti e la portata delle sanzioni da irrogare, siano esse a carattere amministrativo o penale, ma sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e omogeneità tra i differenti ordinamenti.

3. IL RAPPORTO TRA *PRIVACY*, TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E *ACCOUNTABILITY* ALLA LUCE DEL GDPR

^{49.} A. TORTORA, Il nuovo regolamento europeo per la protezione dei dati (GDPR) e la figura del "Data protection officer" (DPO): incidenza sulla attività della pubblica amministrazione, Commento a reg. Ue 2016/679, in «Amministrativamente», 2018.

^{50.} G. Guzzardo, Accountability e pubbliche amministrazioni nel regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, cit.

^{51.} Il RPD potrà essere un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento oppure svolgere tale attività in ragione un contratto di servizi. (art. 37, par. 6 GDPR). Sono altresì necessarie specifiche qualità professionali come la conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati, e l'idoneità di svolgere i propri compiti.

^{52.} Sulla nozione di organismo di diritto pubblico si veda, M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Clueb, Bologna 2000.

^{53.} G. SCIULLO, Interessi differenziati e procedimento amministrativo, in «Riv. giur. urb.», 2016, 58 ss.; V. Parisio, La funzione consultiva nella dinamica procedimentale, in AA.Vv., Codice dell'azione amministrativa, (a cura di) M.A. Sandulli, Giuffré, Milano 2017, pp. 802 ss.

^{54.} Tanto con riferimento agli adempimenti tecnici, tanto sollecitando la filiera descritta in precedenza all'osservanza degli obblighi di cui al regolamento o comunque previsti dalle altre fonti in materia di protezione dei dati.

La fiducia reciproca che deve caratterizzare il rapporto tra interessato e titolare nel trattamento dei dati personali, tuttavia, non può non tener conto delle esigenze connesse alla trasparenza amministrativa, potenzialmente configgenti con le istanze di tutela della *privacy*.

La trasparenza amministrativa, come è noto, attribuisce a ogni cittadino il diritto a ricevere informazioni comprensibili, chiare e trasparenti in ogni fase del rapporto con le amministrazioni pubbliche⁵⁵.

La trasparenza, oggi, è il frutto delle innovazioni legislative che negli ultimi tempi hanno fortemente inciso la materia: già con il d.lgs. n. 150/09 «attuazione della l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni» e con la c.d. "legge anticorruzione", del 6 novembre 2012, n. 190, era emersa, in modo significativo, la volontà del legislatore di implementare e rafforzare il principio di trasparenza nelle sue molteplici sfaccettature mirando, così, a ricostituire un saldo rapporto di fiducia tra cittadini e pubblica amministrazione, deteriorato da anni di inchieste e fatti di cronaca di peculiare gravità sotto il profilo etico ancora prima che giuridico.

Tale finalità ha rappresentato il principale obiettivo anche dei successivi interventi del legislatore ovvero prima del c.d. "decreto trasparenza", d.lgs. n. 33 del 2013 e poi del d.lgs. n. 97 del 2016 «recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione pubblicità e trasparenza correttivo della l. 6 novembre 2012, n. 190 e del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33⁵⁶ ai sensi dell'art. 7 della l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazioni delle amministrazioni pubbliche».

Attualmente, come già rilevato, la trasparenza, a seguito delle predette riforme e con l'introduzione del nostro contesto ordinamentale dei principi del *Freedom of Information Act* ("Foia"), è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche⁵⁷.

È evidente che, così congegnata, la trasparenza amministrativa nelle modalità attuative previste, nelle finalità perseguite come anche nella sua intima *ratio*, presenti punti di attrito con la tutela della riservatezza.

Anche per tali motivi, il legislatore europeo, nel rispetto dei profili di peculiarità che caratterizzano la organizzazione amministrativa dei diversi stati membri, ha previsto per i medesimi una certa discrezionalità nel recepimento, nei distinti contesti ordinamentali, delle disposizioni sovranazionali inerenti alla materia in questione, per la necessità di tener conto dei casi in cui il trattamento dei dati personali rilevi nell'ambito dell'azione amministrativa.

Prevede infatti il regolamento che «i dati personali contenuti in documenti ufficiali in possesso di un'autorità pubblica o di un organismo pubblico o privato per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico possono essere comunicati da tale autorità o organismo conformemente al diritto dell'Unione o degli stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti, al fine di conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento⁵⁸».

La disposizione normativa in questione precisa poi, senza indicare specifici criteri o principi, che all'interno degli ordinamenti nazionali è necessario trovare un punto d'incontro tra accesso del pubblico ai documenti ufficiali, riutilizzo delle informazioni del settore pubblico da un lato e il diritto alla protezione dei dati personali dall'altro.

Conseguentemente a tali esigenze di contemperamento dei vari interessi contrapposti, lo spazio di autonomia previsto per i singoli stati nel disciplinare i casi di accesso a documenti contenenti dati personali detenuti dalle pubbliche amministrazioni ha fatto sì che venisse ad emergere un sistema variamente congegnato.

^{55.} Sul punto, si veda M. FILICE, Privacy e trasparenza: spunti di riflessione sul bilanciamento, cit.

^{56.} Il decreto in parola ha previsto per la prima volta l'«accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche». Altra fondamentale è quella relativa all'istituto dell'accesso civico, previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, in base al quale nel caso in cui sia stata omessa la pubblicazione obbligatoria di dati, documenti o informazioni, chiunque avrà diritto a richiederli, senza limitazione e senza obbligo di motivazione. Giova rammentare che, in precedenza, ai fini di procedere all'accesso era sempre stato caratterizzato dal fatto che dovesse sussistere un interesse congruamente motivato dal soggetto.

^{57.} A. SIMONATI, L'accesso civico come strumento di trasparenza dell'azione amministrativa: luci ombre e prospettive future (anche per gli enti locali), in «Le istituzioni del federalismo», 2016.

^{58.} Il regolamento precisa che la direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sul riutilizzo delle informazioni nel settore pubblico, «non dovrebbe applicarsi ai documenti il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali, e a parti di documenti accessibili in virtù di tali regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo è stato previsto per legge come incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali».

Infatti, alle diverse modalità di accesso si accompagnano altrettanti differenziati criteri di valutazione del rapporto con la tutela dei dati personali previsti dalle norme interne⁵⁹ che dovranno sempre essere proporzionate⁶⁰ rispetto alla finalità perseguita e sempre caratterizzate dalla presenza di misure appropriate e specifiche a salvaguardia dei diritti fondamentali e degli interessi delle persone cui i dati si riferiscono⁶¹.

Ciò avverrà, comunque, nel rispetto dell'assetto giuridico tratteggiato dal RGPD affinché possano essere assicurati sia dei livelli minimi di protezione nei diversi stati membri, sia una applicazione omogenea delle tutele previste⁶².

A tal riguardo, inoltre, il legislatore nazionale ha provveduto ad adeguare l'apparato normativo interno alle previsioni del reg. Ue n. 2016/679 con l'emanazione del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

Con tale modifica legislativa il sistema normativo interno è divenuto più complesso visto che il trattamento dovrà essere realizzato sia secondo le norme del regolamento in parola che costituiscono regime primario interno, sia secondo quanto disposto dal d.lgs. n. 196/2003, così come modificato nel 2018.

Tale nuovo inquadramento della disciplina ha determinato il sorgere di una pluralità di questioni, derivanti per lo più dalla sussistenza, nel nostro ordinamento, di diverse tipologie di accesso.

Posto che la pubblica amministrazione una volta ricevuta una richiesta d'accesso dovrà procedere a verificare quale sia la disciplina applicabile alla fattispecie, indipendentemente dalla qualificazione fatta da chi abbia posto in essere la richiesta, le principali criticità sorgono proprio in tale fase di individuazione del regime di accesso applicabile.

L'operazione non si presenta particolarmente agevole, richiedendo una specifica e approfondita conoscenza della materia, con la conseguenza che spesso le amministrazioni, nelle ipotesi più problematiche di contrasto tra *privacy* e trasparenza, tendono o a lasciare inevasa la domanda di accesso, divenendo inadempienti, ovvero a rigettare la richiesta riservandosi di chiedere il parere al Garante per la protezione dei dati personali, nel caso in cui venga proposto il riesame presso il responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza⁶³.

La caratteristica che contraddistingue le diverse modalità attraverso cui esercitare il diritto di accesso è che, in ogni caso, bisognerà operare un equo contemperamento tra il diritto alla protezione dei dati personali del controinteressato e le situazioni giuridiche soggettive riferibili al richiedente che possono ricondursi a tali categorie: interesse qualificato nell'accesso previsto dalla l. 241/90, un interesse all'integrità e anticorruzione nello accesso civico semplice previsto dal d.lgs 33/2013 e, infine, un *right to know* nell'accesso civico generalizzato introdotto con il "Foia" italiano.

In riferimento alla prima ipotesi considerata, il rapporto tra la protezione dei dati personali e l'accesso qualificato è regolato dagli artt. 59 e 60 del d.lgs. n. 196/2003 in base ai quali, in via generale, a prevalere sarà il diritto di accesso⁶⁴, salvo i casi in cui esso inerisca ad atti riguardanti la salute, la vita o l'orientamento sessuale: sarà necessario, in tali ipotesi, procedere ad un bilanciamento più specifico⁶⁵.

63. Specifica il comma 7 dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 che: «Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine indicato al comma 6, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'art. 43, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'art. 5-bis, co. 2, lett. a), il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta».

64. «Fatto salvo quanto previsto dall'art. 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati di cui agli artt. 9 e 10 del regolamento e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso».

65. Nel nostro ordinamento è previsto che diritto di accesso possa essere limitato «quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti alla amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono». Ad ogni modo, «deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici».

^{59.} E. D'ALTERIO, Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto", cit.

^{60.} In merito all'inquadramento del principio di proporzionalità, si veda l'interessante e recente contributo di D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in AA.Vv., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffré, Milano 2017, II ed.

^{61.} Sul punto, si rimanda all'interessante contributo offerto da G. GUZZARDO, Accountability e pubbliche amministrazioni nel regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, cit.

^{62.} Considerando nr. 10 del reg. Ue 2016/679.

Inoltre, nel caso in cui l'accesso abbia ad oggetto atti contenenti dati personali⁶⁶, l'art. 3 del d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184 puntualizza l'obbligo di notifica ai controinteressati.

Ferma l'operatività del limite assoluto, previsto dall'art. 24, co. 1, lett. d), l. n. 241/1990, in base al quale è esclusa la possibilità di accedere ai documenti contenenti informazioni di carattere psico–attitudinale relativi a terzi⁶⁷, meno stringenti risultano essere i limiti, indicati alla lett. g), co. 2, dell'art. 9, del reg. Ue n. 2016/679.

Sul punto, il regolamento prevede che «il trattamento [...] necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli stati membri [...] deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

L'art. 60, invece, precisa che: «quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o allo orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale».

Posto che, nella prassi, in presenza di una richiesta di accesso qualificato, adeguatamente ed esaustivamente motivata, il diritto di accesso risulterà prevalere rispetto alle istanze di protezione dei dati personali del controinteressato, in entrambe le circostanze prese in considerazione dal regolamento la p.a. si trova a doversi districare tra questioni profondamente complesse.

Concretamente, nel primo caso esaminato, l'ufficio chiamato a occuparsi della richiesta di accesso dovrà preventivamente verificare che l'accesso all'atto, contenente dati personali, non oltrepassi i limiti posti.

Nelle altre ipotesi sopra richiamate, invece, occorrerà contemperare il diritto alla riservatezza del titolare dei dati e quello alla base della richiesta di accesso presentata che, tuttavia, sarà ritenuto prevalente quando di rango almeno pari o quando consista in maniera diretta in un diritto della personalità o libertà fondamentale.

L'accesso civico previsto dal d.lgs. n. 33/2013 si fonda sulla pubblicazione sul sito *web* dell'amministrazione di tutta una serie di dati al fine di consentire ai cittadini di operare un controllo diffuso sull'operato della pubblica amministrazione, per meglio perseguire il buon andamento, una maggiore integrità dell'azione amministrativa⁶⁸ nonché le finalità previste in materia di anticorruzione.

Per quanto concern,e invece, il bilanciamento tra questa tipologia di accesso e il diritto alla protezione dei dati personali⁶⁹, l'ordinamento tende ad attribuire prevalenza alla richiesta di accesso civico che, riguardando una tipologia di documenti per i quali sono previsti obblighi di pubblicazione, sarà accolta automaticamente dall'amministrazione ricevente nel caso in cui l'atto o il dato non sia presente *online*⁷⁰.

L'amministrazione, in questo caso, non darà luogo ad alcuna valutazione, avendo il legislatore operato *ex ante* il bilanciamento tra i due diritti nel momento in cui ha previsto specifici obblighi normativi.

Con l'accoglimento della richiesta si provvederà a pubblicare l'atto o il dato⁷¹ mancante sul sito dell'amministrazione coinvolta specificando, a chi ne aveva fatto richiesta, il relativo *link* per facilitare il reperimento dei contenuti richiesti⁷².

Non mancano anche in questa circostanza delle limitazioni per la p.a. che dovrà: rendere anonimi i dati di pubblicazione facoltativa, criptare specifici dati personali⁷³, rispettare i requisiti di indispensabilità e pertinenza ed escludere dalla pubblicazione i dati c.d. "sensibilissimi".

^{66.} Sulla specifica questione, si rimanda all'interessante contributo di E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto"*, cit.

^{67.} Bisogna altresì considerare che con regolamento governativo possono essere apposti anche limiti c.d. "eventuali". 68. E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Giuffré, Milano 2015.

^{69.} Sul punto, si rimanda all'interessante contributo offerto da F. PATRONI GRIFFI, La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, cit.

^{70.} Come specificato anche dalla giurisprudenza (Cons. st., Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079; T.a.r. Lombardia, III, 14 luglio 2014, n. 1876), gli obblighi di pubblicazione dei documenti previsti dal d.lgs. n. 33/2013 fanno riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore del decreto e non anche a quello precedente.

^{71.} Resi anonimi nel caso in cui la pubblicazione non sia obbligatoria, visto che le amministrazioni possono pubblicare ulteriori dati rispetto a quelli oggetto degli specifici obblighi di pubblicazione.

^{72.} Sul punto specifico, si rimanda all'interessante contributo di E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto"*, cit.

^{73.} A titolo esemplificativo, nell'ambito della valutazione dei dipendenti pubblici, come previsto dall'art. 7–bis del d.lgs. n. 33/2013.

Previsto dal novellato d.lgs. n. 97/2016, l'accesso civico generalizzato è il più recente approdo in materia attraverso il quale si vuole realizzare e concretizzare, nel senso più ampio possibile, la libertà di informazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni⁷⁴.

Può essere posto in essere chiunque, senza che sia necessaria qualsivoglia qualificazione o motivazione⁷⁵, sia in presenza di un interesse individuale sia di un interesse pubblico generale.

In questo caso, a differenza di quanto visto in precedenza, a risultare prevalente è il diritto alla protezione dei dati rispetto al diritto d'accesso al fine di evitare un pregiudizio concreto alle esigenze di protezione delle informazioni personali.

Quindi in presenza di qualsivoglia dato personale la amministrazione verificherà, a seguito di un necessario bilanciamento, esclusivamente la sussistenza del pregiudizio, anche quando solo potenziale.

Il tema del contemperamento tra *privacy* e trasparenza, relativamente a quanto disposto dall'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013, così come novellato dal d.lgs. n. 97 del 2016⁷⁶, è stato, inoltre, oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale, con la sentenza n. 20 del 2019⁷⁷.

In tale sede, la Corte costituzionale ha dovuto operare un serio bilanciamento tra i principi della pubblicità e della trasparenza amministrativa da un lato e il diritto alla riservatezza dall'altro, in riferimento a una possibile violazione della normativa europea sulla *privacy* in base alla quale è stato disposto l'obbligo a carico delle amministrazioni di pubblicare sui propri siti *web* i documenti relativi ai compensi e ai rimborsi ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi, nonché le dichiarazioni dei redditi e patrimoniali dei medesimi e dei loro congiunti.

Le disposizioni in questione esaminate dalla Corte costituzionale sono entrate a far parte del d.lgs. n. 33/2013 con la novella recata dall'art. 13, co. 1, lett. c) del d.lgs. n. 97/2016 adottato in attuazione della delega legislativa prevista all'art. 7 della l. n. 124/2015.

Rispetto al richiamato impianto normativo così come novellato, infatti, il T.a.r. del Lazio ha sollevato questione di costituzionalità alla Corte, ritenendo sussistente oltre alla violazione di alcuni principi costituzionali interni (artt. 2, 3, 13 e 117 Cost.) anche quella degli artt. 7, 8, 52 della Carta dei diritti Ue, dell'art. 8 Cedu e di varie disposizioni contenute nella direttiva 95/46/Ce inerente al trattamento dei dati personali, adesso sostituita dal reg. 2016/679/Ue⁷⁸.

Chiamata a verificare se l'obbligo posto in capo a tutti i dirigenti pubblici di pubblicare le dichiarazioni patrimoniali potesse essere compatibile con la protezione del diritto alla riservatezza, la Corte costituzionale ha provveduto a operare un equilibrato bilanciamento tra i due diritti presi in considerazione avvalendosi del *test* di proporzionalità «che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

In concreto, secondo i giudici costituzionali «lo scrutinio intorno al punto di equilibrio individuato dal legislatore sulla questione dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti amministrativi va condotto alla stregua del parametro costituzionale interno evocato dal giudice a quo (art.3 Cost), come integrato dai principi di derivazione europea. Essi sanciscono l'obbligo, per la legislazione nazionale, di rispettare i criteri di necessità, proporzionalità, finalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, pur al cospetto dell'esigenza di garantire, fino al punto tollerabile, la pubblicità dei dati in possesso della pubblica amministrazione»⁷⁹.

Partendo da tali presupposti, la Corte costituzionale giunge a conclusioni differenti rispetto alle diverse disposizioni oggetto del suo sindacato.

12

⁷⁴ E. D'ALTERIO, Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto", cit.

^{75.} E. D'ALTERIO, La trasparenza amministrativa, in B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla l. n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi, Giuffré, Milano 2017.

^{76.} Al comma 1 sono specificati i dati e le informazioni concernenti i titolari di incarichi politici, anche se non di carattere elettivo, di livello statale regionale e locale, che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare sui propri siti *web*. Il comma 1–*bis* attua un'estensione di tali previsioni anche ai titolari di incarichi dirigenziali a indipendentemente dal titolo in base al quale siano conferiti. Diversamente, il comma 1–*ter*, invece, dispone che ciascun dirigente è tenuto a comunicare alla amministrazione di appartenenza ogni emolumento percepito che sia a carico della finanza pubblica, con conseguente obbligo per l'amministrazione stessa di pubblicare sul proprio sito istituzionale un riepilogo di tali somme.

^{77.} Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in www.cortecostituzionale.it. Sul punto, si veda, inoltre, M. CHIARELLI, L'ANAC e gli obblighi di trasparenza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019, in «Federalismi.it», 18 dicembre 2019.

^{78.} O. POLLICINO, F. RESTA, Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale, in «Agenda Digitale», 24 febbraio 2019.

^{79.} Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in www.cortecostituzionale.it.

Da un lato, in riferimento a quanto disposto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 14 del d.lgs. 33 del 2013, la Corte ha sostenuto l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Per i giudici costituzionali la possibilità che si possa avere conoscenza dei vari compensi connessi all'assunzione della carica, nonché degli altri importi erogati e posti a carico delle finanze pubbliche è da considerarsi proporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti dalla normativa sulla trasparenza amministrativa.

Tale conoscenza, infatti, è da ritenersi necessaria al fine di consentire un giudizio consapevole circa l'adeguatezza tanto delle risorse utilizzate per la remunerazione dei soggetti responsabili del buon andamento dell'attività amministrativa, quanto dei risultati raggiunti e della qualità dei servizi offerti

Inoltre non è da considerarsi pregiudizievole della riservatezza e della libertà dei soggetti coinvolti la conoscibilità delle informazioni relative alla situazione economica individuale dovendosi escludere, a giudizio della Corte, possibili lesioni alla dignità personale.

E ciò vale per tutti i dirigenti pubblici, indipendentemente dalla amministrazione di riferimento.

Ad un esito diverso sono, invece, approdati i giudici costituzionali rispetto all'art. 14, co. 1, lett. f) del d.lgs. n. 33/2013.

È stata infatti pronunciata l'incostituzionalità dell'art. 14, co. 1-bis del d.lgs. 33 del 2013 nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni siano tenute alla pubblicazione dei dati di cui all'art. 14, co. 1 lett. f), dello stesso decreto legislativo anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, co. 3 e 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

A giudizio della Corte infatti, in questo caso, la norma considerata è da censurare per il mancato rispetto del principio di proporzionalità nel contemperamento effettuato tra il diritto alla riservatezza dei dati personali e i principi di pubblicità e trasparenza.

Nel caso in trattazione manca, in presenza di una evidente compressione del diritto alla riservatezza, un simmetrico ampliamento del diritto alla trasparenza, nonché a una corretta informazione.

Tantomeno ne giova l'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi.

Secondo la Corte in mancanza di una opportuna diversificazione degli obblighi di pubblicazione considerati, ponderata in base al ruolo ed alla carica ricoperta dai dirigenti, la norma non è da ritenersi commisurata rispetto agli obiettivi in punto di trasparenza risultando, conseguentemente, contrastante con i principi costituzionali che, nel caso di specie, vengono in rilievo.

Sul punto, posto che le previsioni considerate erano riferite, inizialmente, ai soli titolari di incarichi politici, una loro significativa estensione alla generalità dei dirigenti non appare conforme alle finalità dello stesso "decreto trasparenza".

Infatti, considerato che il livello dell'incarico e il relativo potere decisionale sono strettamente connessi alla gravità del rischio corruttivo appare chiara l'indispensabilità di una gradazione delle prescrizioni in materia di trasparenza e di conoscibilità dei dati⁸⁰.

^{80.} Ibidem.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

La trasparenza nelle procedure concorsuali e nelle gare pubbliche

Transparency in competition procedures and public tenders

Giuliana Gaudioso¹, Valeria Varchetta²

¹Avvocato Amministrativista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli ² Dottoressa abilitata all'esercizio della professione forense

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords:	La trasparenza è uno dei principi cardine dell'azione della Pubblica
Trasparenza	Amministrazione e permea diversi campi del diritto amministrativo. Due de
Concorsi	principali ambiti applicativi sono rappresentati dalle procedure concorsuali e dalle gare pubbliche, che, come due facce della stessa medaglia, tendono
Appalti	a ricercare i soggetti più idonei ad entrare a far parte della Pubblica
Autovincolo	Amministrazione o a contrattare con essa. La trasparenza va quindi
Discrezionalità	garantita sia durante lo svolgimento dei procedimenti a ciò finalizzati sia a conclusione degli stessi, in modo che ne risultino maggiormente tutelati sia i partecipanti sia il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, i presupposti e le condizioni possono essere
	diversi e non mancano alcuni limiti.
Kevwords:	Transparency is one of the cardinal principles of Public Administration
•	Transparency is one of the cardinal principles of Public Administration action and permeates various fields of administrative law. Two of the main
Keywords: Transparency	Transparency is one of the cardinal principles of Public Administration action and permeates various fields of administrative law. Two of the main application areas are represented by competition procedures and public
•	Transparency is one of the cardinal principles of Public Administration action and permeates various fields of administrative law. Two of the main

Autore corrispondente:

Giuliana Gaudioso

Avvocato Amministrativista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli

E-mail: giulianagaudioso@live.it

PEC giulianagaudioso@avvocatinapoli.legalmail.it

Sommario: 1. Introduzione. La trasparenza: tappe evolutive, fisionomia e declinazioni. -2. La trasparenza nelle procedure concorsuali. -2.1. Il bando di concorso. Criteri partecipativi e valutativi. -2.1.1. Caratteristiche e sindacato giurisdizionale. -2.1.2. Predeterminazione come autovincolo. -2.2. Motivazione e voto numerico. -3. La trasparenza nelle gare pubbliche. -3.1. Il bando di gara. -3.2. Tipicità delle cause di esclusione e soccorso istruttorio. -3.3. Accesso agli atti nella fase di esecuzione del contratto. -4. Conclusioni.

Summary: 1. Introduction. Transparency: evolutionary stages, physiognomy and variations. -2. Transparency in competition procedures. -2.1. The competition notice. Participatory and evaluation criteria. -2.1.1. Characteristics and judicial review. -2.1.2. Predetermination as self-constraint. -2.2. Motivation and numerical vote. -3. Transparency in public tenders. -3.1. The tenders notice. -3.2. Typicality of the causes of exclusion and instructional succour. -3.3. Access to documents in the contract execution phase. -4. Conclusions

1. INTRODUZIONE. LA TRASPARENZA: TAPPE EVOLUTIVE, FISIONOMIA E DECLINAZIONI

Il principio di trasparenza, legato a doppio filo con il principio di pubblicità, è espressamente enunciato all'art. 1 L. 241/1990 (Legge sul procedimento amministrativo, L.P.A.), come modificato solo nel 2005. Tuttavia, esso trova il proprio fondamento già nella Carta Costituzionale, all'art. 97 co. 2.

Infatti, al fine di garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, primario rilievo assume, tra gli altri, il principio di pubblicità, che – in netto contrasto con il principio di segretezza che caratterizzava precedentemente i rapporti tra P.A. e consociati – impone alla stessa di rendere visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato (cd. Casa di Vetro di Turati).

Corollario della pubblicità è senza dubbio il principio di trasparenza, il quale delinea la comprensibilità dell'azione dei soggetti pubblici sotto diversi profili, come la semplicità e la conoscibilità, in modo da consentire la conoscenza reale dell'attività amministrativa e di effettuare il controllo sulla stessa. Come è stato osservato, essa, pur non esplicitamente definita, "dovrebbe quindi configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali, ed un obiettivo a cui tendere, direttamente legato con il valore democratico della funzione amministrativa".

In tale ottica, le sue principali espressioni sono comunemente rinvenute nei diversi istituti di partecipazione al procedimento amministrativo, nella disciplina sempre più corposa sull'accesso ai documenti amministrativi e nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti.

La concezione di trasparenza, tuttavia, ha subito alcune "mutazioni genetiche" nel tempo, parallelamente al percorso evolutivo che ha caratterizzato la disciplina sull'accesso. Dall'accesso "classico" di cui all'art. 22 L.P.A. si è passati per l'accesso "civico" di cui al D.Lgs. 33/2013, fino ad arrivare all'accesso "generalizzato" introdotto dal D.Lgs. 97/2016. In particolare, il D.Lgs. 33/2013 costituisce attuazione della delega contenuta nella L. 190/2012, la quale, su più larga scala, è caratterizzata dall'obiettivo di far assurgere la trasparenza dell'azione amministrativa a misura preventiva e trasversale di lotta ai fenomeni corruttivi e all'illegalità della P.A.².

Sicché, sotto questo punto di vista, le procedure concorsuali e le gare pubbliche d'appalto costituiscono terreno fertile per analizzare – senza pretesa di esaustività – alcune delle sfumature e delle sfaccettature del principio in esame.

Come due facce della stessa medaglia, i concorsi pubblici e gli appalti tendono a consentire un funzionamento ottimale della macchina amministrativa, di talché si collegano anch'essi direttamente all'art. 97 co. 2 della Costituzione. Da un lato, le procedure concorsuali mirano al reclutamento di figure professionali da inserire all'interno della stessa P.A.; dall'altro lato, le gare pubbliche d'appalto sono dirette ad individuare soggetti esterni con cui contrarre in vista dello svolgimento di un servizio o dell'esecuzione di un'opera di interesse pubblico.

Appare allora evidente come l'individuazione dei miglior candidati passi necessariamente per il perseguimento della massima trasparenza delle procedure, sia a monte, durante lo svolgimento delle stesse, sia a valle, in fase di verifica della correttezza delle conclusioni.

2. LA TRASPARENZA NELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Focalizzando preliminarmente l'attenzione sulle procedure concorsuali, il più volte citato art. 97 Cost., al co. 4, sancisce che "agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

I concorsi pubblici, quindi, la cui disciplina è dettata dal D.P.R. 487/1994, sono funzionali all'instaurazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A., come tali disciplinati dal D.Lgs. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego, T.U.P.I.).

L'art. 35 T.U.P.I., rubricato "Reclutamento del personale", al co. 3 elenca specificamente i principi cui devono conformarsi le Pubbliche Amministrazioni nelle procedure di reclutamento, tra i quali – per quanto qui di interesse – spiccano: alla lett. a), "l'adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento [...]"; e alla lett. b),

² R. Garofoli e G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo – Parte generale e speciale*, Nel Diritto Editore, 2020.

 $^{^{\}rm 1}$ A. Pajno, Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione, in www.giustiziacivile.com

"l'adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire".

2.1. BANDO DI CONCORSO. CRITERI PARTECIPATIVI E VALUTATIVI

Ebbene, in primissima battuta viene in rilievo il Bando di concorso, che costituisce il primo atto di una procedura concorsuale, in cui sono resi noti l'esistenza della procedura selettiva, i requisiti di ammissione, le modalità di partecipazione, le regole della procedura e i criteri di valutazione.

2.1.1. CARATTERISTICHE E SINDACATO GIURISDIZIONALE

Lo svolgimento di una procedura corretta richiede quindi, a monte, che la P.A. delinei in maniera chiara ed intellegibile il profilo della figura professionale ricercata e plasmi il relativo bando di concorso prevedendo requisiti di accesso e criteri valutativi ragionevoli e coerenti.

Ferma restando la discrezionalità della P.A. nel fissare, all'interno della *lex specialis*, i parametri di capacità tecnica dei partecipanti ed i requisiti soggettivi specifici di partecipazione per selezionare la tipologia di lavoratore ricercato – anche in base alle relative carenze di organico – gli stessi devono rispettare i principi di ragionevolezza e proporzionalità. Cosicché, è consentito il sindacato giurisdizionale sull'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto della specifica procedura, conseguendone che l'Amministrazione è certamente legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti richiedendo particolari qualificazioni, "ma solo quando tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito"³.

Invero, come più volte chiarito dalla giurisprudenza, "nei concorsi pubblici, le scelte operate nel bando attraverso l'individuazione dei requisiti di partecipazione, dei titoli valutabili, delle modalità di svolgimento delle prove di esame attengono al merito dell'azione amministrativa e sfuggono, quindi, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva la loro palese arbitrarietà, illogicità, irragionevolezza ed irrazionalità⁴".

In merito alla scelta di richiedere come requisito di accesso, ad esempio, un limite massimo di età, rispetto alle carriere attinenti alla Pubblica Sicurezza, si discute della ragionevolezza della singola soglia di volta in volta prevista rispetto alla qualifica da rivestire. Ed in proposito è innanzitutto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ad indicare la via.

La questione appare *ictu oculi* di massima attualità se sol si consideri che la CGUE, dopo essersi pronunciata già tre volte su problematiche similari⁵, è stata di recente chiamata nuovamente ad intervenire sulla legittimità della soglia massima di 30 anni richiesta per accedere alla qualifica di Commissario della Polizia di Stato. I dati dirimenti sono comuni a tutte le sentenze citate, le quali "si sono tutte pronunciate dopo avere preso in considerazione il mansionario della figura professionale considerata così come previsto dalle norme nazionali in materia; hanno poi preso in considerazione le concrete condizioni del servizio, in particolare il periodo di formazione eventualmente richiesto e l'età pensionabile prevista, con la correlata esigenza di garantire un congruo numero di anni di servizio attivo"⁶.

Si tratta, dunque, di operare una comparazione tra le mansioni generalmente affidate alla figura ricercata e i requisiti richiesti per accedervi, al fine di stabilire se la scelta appaia proporzionata e ragionevole o se invece tali requisiti poco o nulla abbiano a che vedere con la professione da svolgere.

Il medesimo giudizio di ragionevolezza è poi richiesto per i criteri valutativi cui la Commissione esaminatrice deve attenersi durante lo svolgimento della procedura concorsuale e la correlativa valutazione finale che la stessa è chiamata ad esprimere.

Tali criteri valutativi, attinenti all'attribuzione ai candidati dei punteggi spettanti per i titoli da essi vantati nell'ambito del punteggio massimo stabilito dal bando, sono frutto della più ampia discrezionalità della P.A., al fine di rendere concreti ed attuali gli stessi criteri stabiliti dal bando. Così come, le valutazioni in ordine agli stessi, espresse dalla Commissione esaminatrice, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati.

Invero, la Commissione è formata da esperti del settore che sono in grado, in ragione della propria competenza, di valutare quella altrui, cosicché "l'esercizio di tale discrezionalità [tecnica] sfugge al sindacato

_

³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, sent. 1 aprile 2021, n. 3935.

⁴ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, sent. 7 febbraio 2011, n. 1133; Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 7 gennaio 2021, n. 202; Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 19 gennaio 2018, n. 352.

⁵ Grande Sezione, sent. 15 novembre 2016, causa C-258/2015, *Sorondo*; Sez. II, sent. 13 novembre 2014, causa C-416/2013 *Perez*; e Grande Sezione, sent. 12 gennaio 2010, causa C-229/2008, *Wolf*.

⁶ Cons. di Stato, Sez. IV, ord. 23 aprile 2021, n. 3272.

di legittimità del giudice amministrativo, salvo che il suo uso non sia caratterizzato da macroscopici vizi di eccesso di potere per irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o arbitrarietà oppure da errori nell'apprezzamento di dati di fatto non opinabili⁷", laddove con l'aggettivo "macroscopici" si intende "riscontrabili ab externo e ictu oculi dalla sola lettura degli atti⁸"

Il giudice amministrativo, quindi, non è in grado e non può "sostituire una propria valutazione nuova e alternativa al giudizio formulato da una Commissione esaminatrice, poiché lo stesso è espressione di ampia discrezionalità tecnica e apprezzamento con elevato grado di opinabilità sulla preparazione del candidato⁹"; "di conseguenza, il giudizio amministrativo non è la sede per contrapporre giudizi di merito a quelli effettuati dalla Commissione d'esame, salvo il caso in cui questi ultimi siano chiaramente irragionevoli e arbitrari ovvero tali da integrare un errore o travisamento di fatto¹⁰".

2.1.2. PREDETERMINAZIONE COME AUTOVINCOLO

Nell'ottica della trasparenza, poi, i criteri valutativi, oltre ad avere le caratteristiche appena esaminate, devono essere predeterminati dalla Commissione in attuazione di quelli di cui al bando. La *ratio* è chiara: essa deve stabilire gli specifici criteri che si impegna a seguire nel corso della procedura di valutazione dei candidati, prima che abbia il benché minimo contatto con gli stessi, in modo da evitare indebite soggettivizzazioni e garantire la *par condicio* dei concorsisti, onde scongiurare il rischio che la confezione dei criteri predetti avvenga su misura, in modo da favorire taluno dei *competitors*.

In particolare, la giurisprudenza ha dato un'interpretazione estensiva dell'art. 12 D.P.R. 487/1994, che parla di "prima riunione", precisando che l'attività di predeterminazione può avvenire anche dopo lo svolgimento delle prove scritte, purché prima che si proceda alla loro correzione. Invero, "l'assunto [...] deve essere inquadrato nell'ottica della trasparenza dell'attività amministrativa perseguita dal legislatore, il quale pone l'accento sulla necessità della determinazione e verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti, con la conseguenza che è legittima la determinazione dei predetti criteri di valutazione delle prove concorsuali, anche dopo la loro effettuazione, purché prima della loro concreta valutazione¹¹".

La predeterminazione è dunque un autovincolo, capace di ridurre sul piano sostanziale la discrezionalità – anche tecnica – della P.A., in modo da consentire al privato di pretenderne il rispetto ed azionare la relativa tutela giurisdizionale.

Invero, va qui brevemente ricordato che una recente sentenza del Consiglio di Stato¹² ha ammesso la sussistenza di una "riduzione progressiva della discrezionalità", con conseguente "formazione progressiva del giudicato", ad opera di tre fattori: a) sul piano sostanziale, degli autovincoli che la stessa P.A. si impone; b) sul piano processuale, dei meccanismi giudiziari che, sollecitando la P.A. resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono la concentrazione di tutte le attività in un unico episodio giurisdizionale; c) ed infine dell'insanabile frattura del rapporto di fiducia tra P.A. e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri.

2.2. MOTIVAZIONE E VOTO NUMERICO

Conclusa la – seppur breve – disamina degli strumenti che garantiscono la trasparenza "a monte", il principale strumento con cui la si persegue invece "a valle" è la motivazione.

L'obbligo motivazionale è espressamente sancito dall'art. 3 L.P.A., il quale prevede che la motivazione debba indicare "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Il successivo co. 3, in un'ottica di una ancor maggior democraticità e trasparenza, prescrive poi che "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato".

La motivazione, quindi, risponde a plurime finalità: oltre a garantire al soggetto leso le informazioni necessarie ed indispensabili nella prospettiva dell'accesso al controllo giurisdizionale ed a consentire allo stesso Giudice di svolgere un sindacato estrinseco sulla legittimità dell'atto impugnato, essa persegue la trasparenza dell'azione amministrativa, assicurando legittimazione democratica alla stessa.

⁷ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 24 marzo 2021, n. 1974.

⁸ Cons. di Stato, Sez. II, sent. 24 maggio 2021, n. 4018.

⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, sent. 07 settembre 2018, n. 5420.

¹⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 1 dicembre 2020, n. 5696.

¹¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, sent. 3 ottobre 2018, n. 9718.

¹² Cons. di Stato, Sez. VI, sent. 25 febbraio 2019, n. 1321.

In altre parole, "la motivazione di un provvedimento amministrativo è costituita dall'esplicazione delle ragioni di fatto e nella individuazione delle relative norme di diritto che ne vanno a giustificare il contenuto. In particolare, la motivazione ha lo scopo di consentire al destinatario del provvedimento la ricostruzione dell'iter logico-giuridico che ha determinato la volontà dell'Amministrazione precisata nella determinazione adottata, sicché la motivazione degli atti amministrativi costituisce uno strumento di verifica del rispetto dei limiti della discrezionalità allo scopo di far conoscere agli interessati le ragioni che impongono la restrizione delle rispettive sfere giuridiche o che ne impediscono l'ampliamento 13".

Ebbene, fermo restando l'ormai generalizzato obbligo motivazionale, si può discutere circa l'ampiezza dello stesso.

In particolare, una prima questione che si è posta all'attenzione del G.A. attiene al ruolo della "motivazione" nel rapporto tra lo scorrimento di una graduatoria ancora valida ed efficace e l'indizione di un nuovo concorso.

Ed invero, pur trattandosi di strade entrambe percorribili dalla P.A. che voglia procedere all'assunzione di nuovo personale e pur essendo entrambe le scelte rispettose dei valori costituzionali, il principio di trasparenza impone che la P.A. debba motivare la propria decisione, nel rispetto altresì dei principi di efficienza e ragionevolezza dell'*agere* amministrativo.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria è giunta ad affermare che "in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'Amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti ¹⁴".

Più specificamente, la motivazione assume rilievo dirimente ai fini della legittimità dell'operato della P.A.: in altre parole, secondo l'Adunanza Plenaria, in presenza di graduatorie di concorso vigenti, l'indizione di una nuova procedura per il reclutamento di personale deve essere debitamente motivata.

Un'altra annosa problematica si è presentata con riguardo alla legittimità di un voto esclusivamente numerico.

Il tema è delicato, perché è evidente il pericolo che il giudice si sostituisca alla P.A., valutando egli stesso la prova concorsuale, laddove è noto che i giudizi estesi al merito sono circoscritti ad un numero ristretto e tassativo di casi. Ecco allora che il limite al sindacato del giudice è dato proprio dalla motivazione, che è luogo di culto della legalità e della trasparenza.

Inoltre, qui la trasparenza si intreccia inevitabilmente con le altrettanto importanti esigenze di efficienza e celerità dell'operato della P.A.: in concorsi che richiedono la valutazione di un numero considerevole di candidati, un obbligo di motivazione analitica renderebbe la procedura oltremodo lunga e tediosa. Va quindi operato un corretto bilanciamento di interessi, che impedisca di estremizzare la tutela dell'uno piuttosto che dell'altro valore in gioco.

Per questi motivi, in effetti, la giurisprudenza si è sempre vista generalmente concorde nell'affermazione dell'adeguatezza di una motivazione che si sostanzi nell'apposizione di un voto meramente numerico, essendosi creato, anche ad avviso della Consulta, un diritto vivente in tal senso¹⁵.

Il principio è stato poi definitivamente confermato anche dall'Adunanza Plenaria, pronunciandosi su una controversia avente ad oggetto l'Esame di abilitazione per l'esercizio della professione di Avvocato. Nella nota sentenza si legge infatti che "il voto numerico attribuito dalle competenti commissioni alle prove o ai titoli nell'ambito di un concorso pubblico o di un esame - in mancanza di una contraria disposizione - esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della Commissione stessa, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni, quale principio di economicità amministrativa di valutazione, assicura la necessaria chiarezza e graduazione delle valutazioni compiute dalla Commissione nell'ambito del punteggio disponibile e del potere amministrativo da essa esercitato e la significatività delle espressioni numeriche del voto, sotto il profilo della sufficienza motivazionale in relazione alla prefissazione, da parte della stessa Commissione esaminatrice, di criteri di massima di valutazione che soprassiedono all'attribuzione del voto, da cui desumere con evidenza, la graduazione e l'omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto, con il solo limite della contraddizione manifesta tra specifici elementi di fatto obiettivi, i criteri di massima prestabiliti e la conseguente attribuzione del voto. Inoltre, ai fini della verifica di legittimità dei verbali di correzione e dei conseguenti giudizi non occorre l'apposizione di glosse, segni grafici o indicazioni di qualsivoglia tipo sugli elaborati in relazione a eventuali errori commessi. Solo se mancano criteri di massima e precisi parametri di riferimento cui raccordare il punteggio assegnato, si può ritenere illegittima la valutazione dei titoli in forma numerica". 16.

18

¹³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, sent. 15 gennaio 2020, n. 471.

¹⁴ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 28 luglio 2011, n. 14.

¹⁵ Corte Cost., sent. 30 gennaio 2009, n. 20; e sent. 15 giugno 2011, n. 175.

¹⁶ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 20 settembre 2017, n. 7

Ci si ricollega dunque a quanto precedentemente esaminato rispetto alla predeterminazione, da parte della Commissione esaminatrice, dei criteri valutativi da seguire nella correzione degli elaborati. Il rispetto di tale preliminare regola e la coerenza della votazione numerica rispetto ai predetti criteri impediscono l'ingerenza del giudice nei giudizi della P.A., "a meno che non venga prospettata con precisione e giustificazione probatoria la sussistenza delle note figure dell'illogicità, dell'irrazionalità e del radicale travisamento dei fatti"¹⁷. Tanto è vero che, in assenza di una adeguata griglia prestabilita, la giurisprudenza di merito ritiene legittimo il voto numerico solo ove accompagnato da una valutazione analitica ¹⁸.

Lo stesso è a dirsi laddove le valutazioni espresse, pur non traducendosi nell'attribuzione di un punteggio numerico, si risolvano nell'attribuzione di un giudizio, in relazione ai diversi criteri individuati, in termini di "discreto", "buono", "molto buono" e "ottimo", certo sintetici, ma comunque idonei a fare emergere la valutazione espressa su ciascun candidato dalla Commissione stessa, in conformità al principio di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa¹⁹.

In altri termini, nei concorsi pubblici, la discrezionalità della Commissione nella valutazione dei profili dei candidati incontra, quale unico limite, il "collegamento" tra la motivazione ed i criteri di valutazione predeterminati dalla Commissione: le valutazioni concrete nei confronti dei singoli candidati, a garanzia di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione, devono far riferimento a criteri precisi e ampiamente predefiniti.

In altre parole, il voto numerico e/o la valutazione "sintetica" sarebbero sufficienti a motivare il giudizio della Commissione, se ed in quanto "collegata" a dettagliati e specifici criteri di valutazione, tali da consentire la ricostruzione dell'iter decisionale seguito dalla Commissione.

3. LA TRASPARENZA NELLE GARE PUBBLICHE

Il principio di trasparenza irradia anche la normativa sugli appalti pubblici, ove viene imposto *ex lege* un adeguato livello di pubblicità e, a completamento, la verifica sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione²⁰.

Esso viene preso in considerazione, ancora una volta insieme al principio di pubblicità, dall'art. 30 D.Lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), che lo richiama nel secondo periodo tra i principi applicabili specificamente alla fase di affidamento dell'appalto. Sono perciò numerose le disposizioni che, a monte della procedura, perseguono la massima trasparenza, in quanto strumentale alla realizzazione della parità di trattamento e di massima partecipazione e soprattutto in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione. Non mancano però, come si vedrà, applicazioni del suddetto principio anche nella fase di esecuzione del contratto stipulato a valle della procedura di aggiudicazione.

Ma a ben vedere, prima ancora dell'art. 30, è l'art. 29 del Codice ad essere espressamente rubricato "Principi in materia di trasparenza". Si tratta della previsione dell'obbligo, per le Amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, di pubblicare sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione Trasparente", tutti gli atti relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessione (compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico), alla composizione della Commissione giudicatrice e ai *curricula* dei suoi componenti, ove non considerati riservati ovvero secretati. Nella stessa Sezione, con le modalità previste dal D.Lgs. 33/2013 cit., devono essere pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione. I medesimi atti, poi, devono essere pubblicati anche sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) e sulla piattaforma digitale istituita presso il sito dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC)²¹.

Di recente, il TAR ha chiarito che il regime di trasparenza di cui all'art. 29 introduce degli adempimenti che, per un verso, assicurano la produzione degli effetti legali, quali ad esempio il decorrere dei termini per la partecipazione alla gara o per l'impugnazione degli atti, mentre, per altro verso, assicurano, con la pubblicazione nell'apposita sezione Amministrazione Trasparente della Stazione Appaltante, interessi di carattere conoscitivo e di controllo diffuso, dando in tal modo attuazione a quanto prescritto dal D. Lgs. n. 33/2013 come modificato dal D. Lgs. n. 96/2017²².

-

¹⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, sent. 03 luglio 2018, n. 7360.

¹⁸ T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 13 agosto 2018, n. 545.

¹⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sent. 1 dicembre 2020, n. 5696 cit.

²⁰ A. Amaolo, Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, in www.altalex.com

²¹ Per una più attenta disamina della disposizione: M. Bozza, *Principi in materia di trasparenza nel Codice dei contratti pubblici*, in www.diritto.it

²² T.A.R. Sicilia, Palermo, sezione III, sent. 19 gennaio 2021, n. 217.

3.1. IL BANDO DI GARA

Il primo atto da pubblicare, con cui la P.A. indice materialmente la gara, in attuazione della delibera a contrarre, è il Bando di gara. Esso costituisce l'atto strumentale e preparatorio rispetto al successivo provvedimento di aggiudicazione, destinato invece a concludere la procedura di evidenza pubblica. Con la sua pubblicazione, dunque, la P.A. rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico.

Un primo dato da analizzare è l'avvenuta "standardizzazione" dei bandi di gara, proprio in un'ottica di maggior trasparenza, ad opera dell'art. 71 del Codice dei contratti pubblici. Si è infatti ivi previsto, che al fine di agevolare le stazioni appaltanti, omogeneizzandone le condotte, i bandi di gara devono essere redatti in conformità ai "bandi tipo" redatti dall'ANAC, salva la possibilità di motivare espressamente una deroga agli stessi nella delibera a contrarre (cd. motivazione rafforzata).

Una volta redatto il bando in conformità all'oggetto del contratto ed ai criteri di selezione stabiliti dalla delibera a contrarre, il principio di trasparenza – in combinato disposto con il doveroso rispetto della *par condicio competitorum* – impedisce, in corso di gara, qualsiasi modifica della prestazione richiesta, ove ciò comporti la modifica di elementi fissati nel bando, in base ai quali i concorrenti hanno formulato la loro offerta.

Applicando tali coordinate, sono state agevolmente risolte due questioni problematiche.

La prima atteneva all'incidenza sul bando di gara dello *ius superveniens*. Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che le procedure di affidamento di contratti pubblici sono disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando e restano, perciò, insensibili allo *ius superveniens*, giacché, diversamente opinando, sarebbero sacrificati i valori della certezza e del buon andamento, insieme alla trasparenza ed all'affidamento dei concorrenti, i quali si vedrebbero esposti – senza potervi reagire – alla maturazione di esiti imprevedibili della gara, dovuti al mutamento delle regole in corso d'opera. Conseguentemente, in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la P.A. è tenuta ad applicare rigidamente le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura a evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi alla normativa sopravvenuta, salvo l'esercizio del potere di autotutela, la cui attivazione pertiene, però, alla sfera della discrezionalità amministrativa²³.

La seconda questione concerneva invece la dubbia eterointegrabilità del contenuto del bando di gara a seguito della sua emanazione. In tema, il Consiglio di Stato ha da tempo ammesso che, nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa vigente, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c.²⁴. Tuttavia, una deroga può essere necessaria laddove risulti compromessa la trasparenza della procedura.

In particolare, in presenza di una lex specialis che nulla dispone quanto ad un automatismo espulsivo inserito dalla disciplina nazionale speciale, vi è chi tende a valorizzare la trasparenza procedimentale e il dovere di chiarezza espositiva, dando valore determinante al principio di tassatività delle cause di esclusione, se non riportate nei documenti di gara, evitando quindi il ricorso al meccanismo della eterointegrazione²⁵. Tale orientamento applica i principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui "il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice³⁰.

Il principio di tipicità delle cause di esclusione dalle gare di appalto va però approfondito.

3.2. TIPICITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'art. 83 co. 8 del Codice dei contratti pubblici espressamente prevede che le cause di esclusione soggiacciano al principio di tassatività, prescrivendo che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

²⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, sent. 22 gennaio 2021, n. 113.

²³ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, sent. 13 settembre 2019, n. 2184.

²⁴ Cons. di Stato, Sez. III, sent. 13 maggio 2014, n. 2448.

²⁶ Corte di Gustizia dell'Unione Europea, Sez. VI, sent. 2 giugno 2016, causa C-27/15, Pippo Pizzo.

È a questo riguardo che è stato chiarito come l'eterointegrazione dei bandi di gara con obblighi imposti da norme di legge debba ritenersi ammessa solo ove l'enucleazione delle cause di esclusione sia sufficientemente chiara e conoscibile da tutti i concorrenti, dal momento che la mancanza di conoscenza o conoscibilità contrasterebbe con i principi di certezza giuridica e di massima concorrenza²⁷.

Su tale discorso si innesta poi quello concernente l'istituto del soccorso istruttorio, di cui al successivo co. 9 del medesimo art. 83 del Codice. Il legislatore ha infatti previsto che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha chiarito che tale "potere di soccorso" si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli - ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione -, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue, di talché non è consentita la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante ovvero la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali²⁸.

In altre parole, quando si parla di soccorso istruttorio si intende favorire il dialogo fra le parti, al fine di salvare l'offerta e tutelare il valore apicale della concorrenza. Tuttavia, il pendolo oscilla fra la possibilità di recupero, in un'ottica pro-concorrenziale, e la formalità del rito, in uno con l'esigenza di tutela della par condicio competitorum, dal momento che il soccorso istruttorio potrebbe essere usato strumentalmente per modificare la domanda.

Ebbene, in giurisprudenza sono emersi dubbi interpretativi sulla necessità per la stazione appaltante di far luogo al soccorso istruttorio a fronte della omessa esplicita indicazione nell'offerta dei costi di sicurezza, oggi prescritta dall'art. 95 co. 10 del Codice.

Le situazioni che possono porsi all'attenzione dell'interprete sono due: da un lato, l'offerente potrebbe aver completamente dimenticato di considerare tali costi nella propria domanda; dall'altro lato, gli stessi potrebbe essere stati sì calcolati, ma senza indicazione separata e specifica.

Le soluzioni sono entrambe legate alla valorizzazione, tra gli altri, del principio di trasparenza.

Invero, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁹, chiamata a pronunciarsi dalla stessa Adunanza Plenaria³⁰, ha affermato che "i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza [...] devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata indetta documentazione".

Un tale problema, infatti, non si pone più nel nostro ordinamento, dal momento che, con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, l'obbligo di indicazione di tali costi è espressamente previsto a pena di esclusione, discendendo chiaramente dal combinato disposto degli artt. 95 co. 10 e 83 co. 9. Ne consegue quindi l'impossibilità di ricorrere allo strumento del soccorso istruttorio, in quanto un qualsiasi offerente ragionevolmente informato o normalmente diligente è in grado di prendere conoscenza delle norme applicabili alla procedura di gara. Sicché la precedente giurisprudenza³¹, che si fondava sulla mancanza di una normativa ad hoc, non è più pertinente.

³¹ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 27 luglio 2016, n. 19, la quale ha stabilito che, in caso di mancata indicazione dei richiamati oneri, il soccorso istruttorio è ammesso, ma solo per le gare indette prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti. In tali casi il beneficio si giustifica in quanto nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara e univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza. Il soccorso istruttorio era finalizzato quindi ad assicurare il rispetto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento, di trasparenza, proporzionalità e par condicio.

²⁷ Cons. di Stato, Sez. V, sent. 27 luglio 2017, n. 3699.

²⁸ Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 25 febbraio 2014, n. 9.

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione IX, sent. 2 maggio 2019, causa c-309/18.

³⁰ Cons. di Stato, Ad. Pl., ord. 24 gennaio 2019, n. 1.

"Tuttavia – prosegue le Corte di Giustizia - se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, gli stessi principi di trasparenza e proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice".

Sicché, l'esclusione è imperativa anche ove l'offerente abbia considerato tali costi, ma non li abbia indicati separatamente, a meno che tale irregolarità non sia conseguenza diretta della mancata predisposizione, da parte della P.A., di un modulo a ciò riservato.

3.3. ACCESSO AGLI ATTI DI GARA NELLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Ebbene, per quanto la parte più corposa della normativa in materia di trasparenza attenga alla fase di affidamento dell'appalto, come anticipato, non mancano applicazioni del principio in parola anche nella fase successiva all'aggiudicazione.

Il confronto competitivo che si svolge tra i partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica rende tanto spiccate le esigenze di trasparenza che il Codice detta una disciplina speciale per l'accesso agli atti, all'art. 53. Tali esigenze, tuttavia, vanno contemperate con la tutela del fisiologico svolgersi della procedura, senza che un partecipante disveli le componenti delle altrui offerte al solo fine di modulare la propria. Ecco perché il co. 2 della medesima disposizione detta una serie di ipotesi di differimento dell'accesso. Allo stesso modo, il co. 5 elenca una serie di atti rispetto ai quali è precluso l'accesso, al fine di tutelare altrettante esigenze di riservatezza (a meno che essi non siano necessari – a determinate condizioni previste dal co. 6 – per la difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto).

Per ciò che qui interessa, l'art. 53 del Codice dei contratti pubblici rinvia, per quanto non previsto dallo stesso, alla disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. L.P.A. per l'accesso agli atti non solo "delle procedure di affidamento", ma anche "di esecuzione dei contratti pubblici".

Sul tema si è recentemente pronunciata l'Adunanza Plenaria³², secondo cui "esiste una rilevanza pubblicistica anche della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del Codice civile [...] e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100 – 113-bis del D.Lgs. 50/2016) sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale".

Tale rilevanza pubblicistica sarebbe dimostrata da una serie di disposizioni del Codice stesso, tra cui: i controlli di legittimità sull'aggiudicatario, il cui esito positivo costituisce condizione sospensiva del contratto; le molteplici ipotesi di recesso facoltativo da parte della stazione appaltante, che configurano altrettante ipotesi di autotutela pubblicistica; nonché le specifiche ipotesi di risoluzione di natura privatistica per gravi inadempimenti.

Sicché, il soggetto che abbia partecipato alla gara e che non ne sia stato definitivamente escluso per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero la partecipazione a qualsiasi gara, vanta un interesse giuridicamente rilevante, seppur strumentale, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, che gli consente di richiedere l'accesso anche agli atti inerenti all'esecuzione del contratto.

Nella lettura della sentenza, sono palesi e ripetuti gli accenni alla centralità della trasparenza e della concorrenza, che evidentemente non può esplicarsi in un contesto amministrativo inaccessibile e appunto non trasparente. Si susseguono perciò i testuali richiami al controllo pubblico, alla pubblicità – come sviluppo della imparzialità e del buon andamento – ed all'apporto collaborativo con la Pubblica Amministrazione. Infatti, un operatore economico che s'interessi allo svolgimento dei lavori da parte dell'appaltatore collabora con la P.A., monitorando l'interesse pubblico e la corretta e professionale diligenza di chi è stato scelto grazie all'evidenza pubblica.

Ed è proprio valorizzando la trasparenza che l'Adunanza Plenaria ritiene applicabile alla materia dei contratti pubblici anche l'accesso civico generalizzato disciplinato dal D.Lgs. 33/2013, il quale, lungi dall'essere estraneo alla materia contrattuale, è invece connaturato all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica, in ossequio alla funzione della cd. "trasparenza reattiva" (di cui si è accennato in apertura). E ciò indipendentemente dalla formulazione specifica o generica dell'istanza del richiedente l'accesso.

4. CONCLUSIONI

Negli ultimi anni, si è assistito ad un proliferare di normative finalizzate ad una sempre maggior trasparenza della *res* pubblica. La partecipazione del cittadino non è solo idonea a garantire una tutela più forte dello stesso nei confronti di una P.A. rispetto a cui si trova ormai in una posizione tendenzialmente paritaria,

_

³² Cons. di Stato, Ad. Pl., sent. 2 aprile 2020, n. 10.

ma è anche centrale per il corretto svolgimento dell'azione amministrativa e per il perseguimento dei valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento. Non a caso, la L. 190/2012 ed il D.Lgs. 33/2013 dimostrano una stretta interconnessione tra trasparenza ed anticorruzione.

Proprio il perseguimento di tali finalità richiede, come si è visto, che la trasparenza sia garantita non solo a monte, durante lo svolgimento dei procedimenti amministrativi, ma anche a valle, a conclusione degli stessi, di modo che non possano residuare "zone d'ombra" dell'azione amministrativa.

Così, ad esempio, la motivazione è deputata al controllo successivo del corretto svolgimento del procedimento, ripercorrendo l'iter-logico della P.A. nella fase dell'istruttoria, a cui il privato cittadino ha eventualmente partecipato. O ancora, l'accesso agli atti rappresenta uno strumento da utilizzarsi prima, durante o dopo la conclusione del procedimento, a seconda dell'interesse che si intenda tutelare.

In definitiva, se è vero che la vocazione della P.A. è quella di esse una cd. Casa di Vetro – come pensata da Turati – non di meno, ad oggi, i vetri della Casa si presentano un po' "opachi".

Il diritto amministrativo è notoriamente caratterizzato dalla continua ricerca di un giusto ed equilibrato contemperamento di interessi; nessuna materia vi fa eccezione.

Di talché, la trasparenza, quale interesse sicuramente di primario rilievo, non può essere perseguita a tutti i costi, ma va contemperata con altri interessi altrettanto importanti.

Si sono qui analizzati due dei principali ambiti di applicazione del principio in parola, che dimostrano tale assunto.

Si è visto, ad esempio, come la necessaria efficienza e celerità dell'azione amministrativa richieda a volte di ridimensionare la trasparenza, accontentandosi di una votazione delle prove concorsuali esclusivamente numerica. O ancora, la *par condicio competitorum* ed alcune istanze di segretezza sono talvolta idonee a differire o addirittura ad escludere l'accesso agli atti di una procedura ad evidenza pubblica.

Allo stesso modo, poi, il fondamentale principio di separazione dei poteri impone al Giudice di limitarsi ad un sindacato "debole" rispetto ad alcune questioni poste alla sua attenzione, seppur involgenti il canone della trasparenza.

Sicché l'argomento non è semplice da affrontare e non possono essere utilizzate facili generalizzazioni o estremizzazioni. La parola d'ordine è "cautela". Le soluzioni vanno ricercate in relazione alle peculiarità dei singoli casi concreti ed il sacrificio di alcuni interessi è talvolta necessario per la tutela di altri.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO

Il Piano triennale di prevenzione della corruzione e la figura del Responsabile

Three-year corruption prevention and transparency plan and role of the R.P.C.T.

Carmela Incarnato¹, Margherita Esposito²

¹Dottoressa abilitata all'esercizio della professione forense

Informazioni sull'articolo

ABSTRACT

Keywords:

Corruzione
Cattiva amministrazione
Pubblica amministrazione
Piano nazionale anticorruzione
Piano triennale di prevenzione
della corruzione
ANAC
R.P.C.T.

Il fenomeno dell'illegalità e della maladministration all'interno delle Pubbliche Amministrazioni ha indotto il Legislatore ad intervenire ed emanare la Legge 190/2012, la c.d. legge Anticorruzione, che ha introdotto novità importanti in materia, prevedendo misure atte a contrastare il fenomeno della corruzione. Ma tali novità, che andremo ad esaminare nello specifico, alla lunga sono stati davvero produttivi di effetti? Cercheremo di dare una risposta a questa domanda, analizzando quelli che sono, sia a livello nazionale che territoriale, gli strumenti previsti: il Piano Nazionale Anticorruzione e il Piano triennale di prevenzione della corruzione, e le figure preposte al loro rispetto, l'ANAC e il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

e-ISSN: 2464-9775

Keywords:

Corruption
Maladministration
Public administration
National Anti-corruption Plan
Three-year corruption
prevention plan
ANAC
R.P.C.T.

The phenomenon of illegality and maladministration within the Public Administrations led the Legislator to intervene and issue Law 190/2012, the so-called Anticorruption law, which introduced important innovations on the subject, providing for measures to combat the phenomenon of corruption. But these innovations, which we will examine specifically, were they really productive in the long run? We will try to answer this question, analyzing what are, both nationally and territorially, the instruments provided: the National Anti-Corruption Plan and the Three-Year Corruption Prevention Plan, and the figures responsible for their compliance, ANAC and the Head of Corruption Prevention and Transparency.



Autore corrispondente:

Carmela Incarnato

Dottoressa abilitata all'esercizio della professione forense

E-mail: carmen.incarinato93@gmail.com

Sommario: 1. Il fenomeno della corruzione all'interno della P.A. - 2. I principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e trasparenza della macchina amministrativa - 2.1 Il principio di accesso civico e il nuovo "FOIA" - 3. La legge 6 novembre 2012, n. 190: "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" - 3.1 Gli Organi Responsabili della trasparenza e prevenzione della corruzione - 3.1.1 L'ANAC: Autorità Nazionale Anticorruzione - 3.1.2 Il ruolo del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT) - 3.1.2.2 Responsabilità e

²Dottoressa abilitata all'esercizio della professione forense

sanzioni del RPCT - 3.1.2.3 Misure Repressive: le disposizioni in materia presenti nel Codice Penale - 3.2 Gli strumenti per la tutela della P.A. contro la corruzione e l'illegalità nella PA - 3.2.1 Il PNA: il Piano Nazionale Anticorruzione - 3.2.2 Il PTPC: il piano triennale di prevenzione della corruzione - 3.2.3 Altri strumenti di prevenzione della corruzione - 4. Conclusioni

Summary: 1. The phenomenon of corruption within the Public Administration - 2. The constitutional principles: transparency, impartiality and good performance of the administrative machinery - 2.1 The principle of civic access and the new "FOIA" - 3. The law 6 November 2012, n. 190: "Provisions for the prevention and repression of corruption and illegality in the public administration" - 3.1 The role of responsible for transparency and prevention of corruption - 3.1.1 ANAC: National Anti-corruption Authority - 3.1.2 The role of the Head of Corruption Prevention and Transparency (RPCT) - 3.1.2.2 Responsibilities and sanctions of the RPCT - 3.1.2.3 Repressive measures: the provisions on the subject present in the Criminal Code - 3.2 The tools for the protection of the Public Administration against corruption and illegality in the PA - 3.2.1 The PNA: the National Anti-corruption Plan - 3.2.2 The PTPC: the three-year corruption prevention plan - 3.2.3 Other corruption prevention tools - 4. Conclusions

\mathbf{IL} **FENOMENO** DELLA CORRUZIONE **ALL'INTERNO DELLA PUBBLICA** AMMINISTRAZIONE

La disciplina della corruzione, contenuta tra gli artt. 318 e 322 del codice penale, indica il pactum sceleris, o accordo, tra un funzionario pubblico ed un soggetto privato, attraverso cui il primo riceve indebitamente dal secondo, o ne accetta la promessa, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, durante l'esercizio della pubblica funzione.

Il fenomeno corruttivo, dunque, nasce dalla violazione dei doveri legati all'esercizio della pubblica funzione, dal malfunzionamento dell'apparato amministrativo e dalla conseguente lesione dell'interesse collettivo a un'Amministrazione che persegue i principi costituzionali di trasparenza, imparzialità e buon andamento. Una scarsa trasparenza e la mancanza di controlli interni adeguati, infatti, compromettono l'integrità dell'azione amministrativa.

Dal punto di vista normativo, tra i più importanti interventi legislativi in materia di lotta alla corruzione si richiamano la legge 6 novembre 2012 n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica amministrazione", il Testo Unico sulla Trasparenza amministrativa, d.lgs. n.33/2013, la normativa FOIA introdotta con d.lgs. 97 del 2016 che è parte integrante del processo di riforma della Pubblica Amministrazione intervenuto con la Legge n. 124/2015.

La legge Anticorruzione n. 190 del 2012, cd. Legge Severino, persegue il duplice obiettivo di contrastare la corruzione all'interno della macchina amministrativa in senso più repressivo¹, e di adeguare l'ordinamento italiano agli obblighi assunti sul piano internazionale². L'ordinamento italiano, infatti, si è orientato verso un sistema di prevenzione che, a livello centrale, si basa sul Piano Nazionale Anticorruzione, adottato dall'ANAC, mentre, a livello di singola amministrazione, sui Piani triennali di prevenzione della corruzione.³

Le misure normative di contrasto alla corruzione, dunque, hanno riguardato la prevenzione di fenomeni corruttivi, nonché dei casi di maladministration, oltre agli interventi nel settore della repressione penale.4

I soggetti coinvolti all'interno della macchina amministrativa nella lotta al fenomeno della corruzione sono, a livello centrale, l'Autorità Nazionale Anticorruzione⁵, che adotta il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) con funzioni di prevenzione e contrasto attraverso poteri di vigilanza, controllo e sanzione; il Prefetto,

¹ Da un lato, infatti, sono stati innalzati i minimi edittali previsti per i reati di peculato (art. 314 c.p.), abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), concussione (art. 317 c.p.), corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); dall'altro, la fattispecie della concussione è stata oggetto di uno spacchettamento rispetto alle due condotte originariamente disciplinate all'art. 317 del codice penale, che oggi contiene il riferimento alla sola concussione intesa come "costrizione", e non anche "all'induzione" oggetto, invece, della disciplina prevista all'art. 319 quater c.p.

² La legge di riforma in materia di corruzione si ispira alla "Convenzione di Merida" delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003, ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116, alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110 e al rapporto redatto dal GRECO, "Group of States against corruption", istituito in seno al Consiglio di Europa, con il quale gli Stati membri sono stati invitati ad adottare un regime sanzionatorio di misure dissuasive contro la corruzione.

 ³ Camera dei Deputati, "Prevenzione della corruzione e Anac", 20 settembre 2019.
 ⁴ Camera dei Deputati, "Prevenzione della corruzione e Anac", 20 settembre 2019.
 ⁵ L'autorità è stata istituita con la Legge 6 novembre 2012, n. 190 ed ha assorbito le funzioni e le competenze della Commissione indipendente per la valutazione, trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT).

con funzioni di supporto tecnico ed informativo per gli enti locali nella stesura dei Piani Triennali di prevenzione della Corruzione e Trasparenza (PTPCT); la Corte dei Conti, con funzioni giurisdizionali e di controllo relativamente alla contabilità pubblica e al possibile danno erariale.

All'interno delle singole amministrazioni, invece, i soggetti coinvolti nella lotta alla corruzione sono l'Organo di indirizzo politico, con il compito di definire gli obiettivi strategici in materia di anticorruzione e di approvazione dei Piani Triennali di prevenzione (PTCPT); il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza con l'importante funzione di proposta dei Piani Triennali, nonché di segnalazione di fenomeni corruttivi agli uffici disciplinari; gli Organismi indipendenti di valutazione (OIV), con la particolare funzione di valutazione delle performance dei dipendenti.

2. I PRINCIPI COSTITUZIONALI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO E TRASPARENZA DELLA MACCHINA AMMINISTRATIVA

Affinché la Pubblica Amministrazione possa perseguire gli interessi pubblici, tre sono i principi cardine della sua attività: imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa.

L'articolo 97, comma 2, della Costituzione sancisce che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione. Questi ultimi rappresentano, infatti, i pilastri cui deve ispirarsi l'attività della Pubblica Amministrazione e sono stati successivamente ribaditi all'art. 1 della Legge n. 241 del 1990 che, in materia di procedimento amministrativo, statuisce che "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 princípi dell'ordinamento comunitario".

Relativamente al principio del buon andamento dell'amministrazione, la giurisprudenza Costituzionale riconosce ad esso il valore di principio cardine della vita amministrativa e, dunque, condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale, nonché valore di parametro di legittimità delle scelte discrezionali effettuate dal legislatore nella organizzazione degli apparati amministrativi.⁶

Non c'è infatti settore dell'attività pubblica immune alle esigenze del buon andamento, la cui operatività si estende al complessivo funzionamento della P.A., riguardando non solo l'organizzazione degli apparati e l'articolazione delle competenze, ma anche la disciplina dei poteri amministrativi e dei relativi procedimenti.

Il principio di buon andamento si pone sicuramente in concorso con quello di imparzialità. Quest'ultimo mira all'assenza di indebite interferenze nell'azione amministrativa, nel senso che l'interesse pubblico affidato dalla legge rappresenta la direzione obbligata verso cui muovere, all'interno di un assetto organizzativo dell'amministrazione avulso da pressioni di parte, che difficilmente potrebbero realizzare un assetto imparziale di interessi.⁷

Entrambi, dunque, rappresentano canoni regolativi che orientano l'amministrazione al raggiungimento del fine primario, quale è l'interesse pubblico perseguito.

Il principio di trasparenza, inteso quale strumento di monitoraggio civico dell'azione amministrativa, rappresenta un principio generale dell'azione amministrativa, sancito all'art.1 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, come modificata dalla Legge n.15 del 2005. Infatti, il principio di trasparenza è stato introdotto proprio dalla legge n. 15/2005 e stabilisce l'obbligo per tutte le Pubbliche Amministrazioni di rendere visibile e controllabile all'esterno il proprio operato, dunque a rendere conoscibile l'azione amministrativa. Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33 recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" ha riordinato e integrato le disposizioni in materia di obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte dei soggetti pubblici; ha, inoltre, potenziato gli strumenti di accesso dei cittadini alle informazioni detenute dai pubblici uffici con l'introduzione dell'accesso civico ai documenti per i quali esiste un obbligo di pubblicazione da parte delle p.a. e l'accesso libero, alla stregua del "Freedom of Information Act".9

Non solo, la pubblicazione dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni intende anche incentivare la partecipazione dei cittadini, soprattutto allo scopo di prevenire fenomeni di corruzione e promuovere l'integrità dell'azione amministrativa ed assicurare la conoscenza dei servizi resi e le modalità di erogazione da parte della P.A.

⁸ ANAC, "La corruzione in Italia 2016-2019 – Numeri, luoghi e contropartite del malaffare", 17 ottobre 2019.

⁶ Nota introduttiva a "Il Principio di buon andamento dell'Amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", a cura di L. Iannuccilli e A. de Tura.

⁷ Ottavio Grasso, "I principi generali dell'attività amministrativa"

⁹ "Diritto di accesso e trasparenza della Pubblica Amministrazione", Camera dei Deputati Servizio Studi, 4 agosto 2020.

2.1 IL PRINCIPIO DI ACCESSO CIVICO E IL NUOVO "FOIA"

I principi di trasparenza, pubblicità e di imparzialità trovano una propria estrinsecazione nell'accesso civico. Ma cos'è l'accesso civico¹⁰, o meglio, il diritto di accesso civico? L'accesso civico rappresenta un diritto di fondamentale importanza, soprattutto a tutela della pubblica amministrazione contro le illegalità e la corruzione, attribuito ai cittadini, nessuno escluso, e nasce dall'obbligo di pubblicazione di documenti, informazioni e dati in capo alle pubbliche amministrazioni: per comprendere tale diritto possiamo immaginare la Pubblica amministrazione come un "casa di vetro¹¹", una casa in cui in cui tutte le attività, o quasi, svolte dai dipendenti possono essere viste dall'esterno, cioè dai cittadini, e non solo. L'accesso civico consente ai cittadini di controllare l'operato della Pubblica Amministrazione attraverso l'accessibilità a tutte, o quasi, le informazioni e i documenti da essa detenuti.

Possiamo distinguere due tipi di accesso civico:

- il primo introdotto dal decreto legislativo del 14 marzo 2013, n. 33, Testo Unico per la Trasparenza nella P.A., contenente il riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, che ha introdotto nel nostro ordinamento il cd. "accesso civico semplice". Ai sensi dell'art. 5, co.1¹²,infatti, vige un obbligo in capo alle P.A. di pubblicare documenti, informazioni o dati: da questo obbligo deriva il diritto di chiunque di richiedere questi ultimi che, coperti dall'obbligo di pubblicazione, non siano stati pubblicati;
- il secondo, "l'accesso civico generalizzato", il c.d. Freedom of Information Act (FOIA), introdotto con il decreto legislativo n. 97 del 2016, recante disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza nella pubblica amministrazione, che ha novellato il TU per la trasparenza su menzionato, inserendo al comma 2 ex art. 5¹³, la previsione, con lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, secondo cui chiunque ha diritto di accedere ai documenti detenuti dalle amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli già oggetto di pubblicazione, nel rispetto delle esclusioni e dei limiti previsti all'art.5 bis dello stesso decreto. L'ANAC ha definito l'accesso civico generalizzato come "un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione" 14.

3. LA LEGGE 6 NOVEMBRE 2012, N. 190: "DISPOSIZIONI PER LA PREVENZIONE E LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE E DELL'ILLEGALITÀ NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE"

Proprio l'intento di contrastare i fenomeni corruttivi e della criminalità organizzata all'interno della Pubblica Amministrazione - e degli Enti Locali in particolare - ha spinto il Legislatore ad emanare - in attuazione anche delle Convenzioni internazionali – la su menzionata Legge Severino, meglio conosciuta come Legge anticorruzione, la Legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione", che con l'articolo 1 e i suoi 83 commi ha introdotto strumenti a tutela della P.A. e dei suoi dipendenti e controlli ancora più stingenti contro la corruzione e l'illegalità¹⁵.

¹⁰ Diverso dall'accesso civico è l'accesso documentale, disciplinato dalla Legge n. 241/90, Legge sul procedimento amministrativo, all'art. 22 e ss.: non è riconosciuto a tutti i cittadini in generale, ma soltanto a coloro abbiano un interesso diretto, concreto ed attuale rispetto a determinati atti o attività posti in essere da una pubblica amministrazione.

¹¹ L'espressione "casa di vetro" è stata utilizzata per la prima volta nel 1908 da Filippo Turati, in occasione di un discorso tenuto alla Camera dei Deputati.

¹² Art. 5, co.1, d.lgs. 33/2013: "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.

¹³ Art. 5, co.2, d.lgs. 33/2013 "Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.).

¹⁴ Determinazione ANAC n. 1309/2016 del 28.12.2016 "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013)

¹⁵ La Legge 6 novembre 2012, n. 190, prevede due soli articoli. L'articolo 1, composto da 83 commi, disciplina l'intera materia, mentre l'art. 2, composto dai commi 1 e 2, inserisce la Clausola di invarianza: "1. Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. 2. Le amministrazioni competenti

Con tale legge il Legislatore ha introdotto organi e strumenti per affiancare e tutelare le pubbliche amministrazioni.

Ma chi sono i veri protagonisti nello scenario italiano a cui la legge attribuisce il compito di tutelare la P.A. contro il fenomeno della corruzione – affinché la macchina amministrativa possa funzionare correttamente sulla base dei principi costituzionali del buon andamento, trasparenza e soprattutto imparzialità - e quali sono gli strumenti utilizzati per contrastare il fenomeno dirompente dell'illegalità?

3.1 I SOGGETTI RESPONSABILI DELLA TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

3.1.1 L'ANAC: AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Un ruolo di primaria importanza a livello nazionale nella prevenzione della corruzione è stato attribuito all'Autorità Nazionale Anticorruzione, siglata ANAC.

L'ANAC nasce sostanzialmente dall'unificazione di due organismi, della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle Amministrazioni Pubbliche, la c.d. CiVIT, e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Viene assoggetta nel corso degli anni ad una serie di riforme, sia nell'attribuzione di poteri e responsabilità, sia nella sua nomenclatura. E' soltanto con il decretolegge 24 giugno 2014, n. 90 – Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, che assume la sua attuale denominazione con una variazione dei compiti attribuitogli: le viene attribuita competenza in materia di prevenzione, più che di repressione, della corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche, nella sua definizione più ampia, e competenza in materia di contratti pubblici, mentre viene spogliata degli originari compiti in materia di valutazione delle performance, trasferita al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La funzione principale dell'ANAC¹6 è quindi di consultazione, vigilanza, controllo e prevenzione, anche attraverso i suoi poteri ispettivi, della corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa delle pubbliche amministrazioni, nelle società partecipate e controllate¹7, attraverso un'azione collaborativa con le stesse. La legge n. 190/2012 attribuisce all'ANAC un ruolo fondamentale non solo nella predisposizione del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), ma anche nella vigilanza sui Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PTPC) e sui Codici di comportamento adottati dalle singole Amministrazioni Pubbliche, monitorando le misure di prevenzione adottate ed eventualmente la mancata adozione o la mancata pubblicazione dei Piani, con poteri di ordine e con poteri sanzionatori. Ha, inoltre, poteri di vigilanza in tema di segnalazioni di whistleblowing, che affronteremo nei prossimi paragrafi, avendo in tale campo anche poteri sanzionatori. A tal fine, con lo "Schema di Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)", adottato con Delibera n. 469 del 9 giugno 2021, ha istituito un vero e proprio sistema di gestione delle segnalazione degli illeciti provenienti non solo dalla propria organizzazione interna ma anche da altre amministrazioni pubbliche.

3.1.2. IL RUOLO DEL RESPONSABILE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE E DELLA TRASPARENZA (RPCT)

La figura chiave e punto di riferimento, a livello decentrato, nella lotta contro la corruzione nella PA. e la malamministrazione, assicurando con la sua attività la buona immagine e il decoro dell'amministrazione cui rappresenta, è costituita dal Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT).

Tale figura è stata introdotta dalla Legge n. 190/2012, con la denominazione di Responsabile della Prevenzione della corruzione (RPC)¹⁸. E' soltanto, nel 2016, con il D.Lgs n. 97, che è stata investita anche della funzione di Responsabile della Trasparenza, unificando in capo ad un unico soggetto poteri e funzioni, rafforzando ruolo e incisività nel sistema. Il Responsabile si pone come centro di connessione tra gli organi nazionali, quali l'ANAC, e gli organi delle amministrazioni interessate, quali Dirigenti, OIV, Titolare del trattamento dei dati personali, favorendo un clima di costruttiva collaborazione e di interlocuzione tra tutte le figure.

esecuzione dei contratti pubblici.

provvedono allo svolgimento delle attività previste dalla presente legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente".

¹⁶ L'ANAC è organo collegiale composto dal Presidente e da quattro componenti scelti tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico sia in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione 17 L'attività di ANAC si esplica attraverso la vigilanza su vari fronti: applicazione della normativa anticorruzione e rispetto degli obblighi di trasparenza, conferimento degli incarichi pubblici, conflitti di interesse dei funzionari, affidamento ed

¹⁸ In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Onu contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003.

La legge n. 190 detta la disciplina in materia di nomina del Responsabile. Ai sensi dell'art. 1, comma 4, punto 7, così come modificato dal D.Lgs n. 97/2016, "l'organo di indirizzo individua, di norma tra i dirigenti di ruolo in servizio, il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, disponendo le eventuali modifiche organizzative necessarie per assicurare funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività. Negli enti locali, il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza è individuato, di norma, nel segretario o nel dirigente apicale, salva diversa e motivata determinazione 19."

Il Responsabile deve pertanto essere dotato, per poter esercitare tale funzione in piena autonomia e indipendenza, da parte dell'amministrazione appartenente, di una struttura organizzativa propria. Ovviamente per ragioni di incompatibilità e per evitare anche eventuali conflitti di interesse, il Responsabile non può essere scelto tra i dirigenti assegnati agli uffici più soggetti al rischio di corruzione, quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, uffici acquisti e uffici che si occupano di opere pubbliche e di appalti²⁰.

Il compito principale del Responsabile²¹, così individuato, consiste nella predisposizione e nella verifica di un efficace sistema di prevenzione della corruzione che realizza attraverso il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione. Pertanto, il Responsabile ha l'obbligo di vigilare sulla corretta attuazione del Piano, segnalando eventuali sue disfunzioni e/o segnalando eventuali comportamenti contrari del personale dell'amministrazione.

Proprio in quanto Responsabile della prevenzione della corruzione, un'altra funzione altrettanto importante attribuitagli è costituita dalla c.d. whisteblowing, introdotta dalla Legge anticorruzione, e riformata per ultimo dalla Legge 30 novembre 2017 n. 179, recante "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato". Con il termine whistleblower "si intende il dipendente pubblico, il c.d. whistleblower, che segnala illeciti di interesse generale, reati o irregolarità, di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, in base a quanto previsto dall'art. 54 bis del d.lgs. n. 165/2001 così come modificato dalla legge 30 novembre 2017, n. 179". Pertanto, il Responsabile riceve e prende in carico, nonché sottopone a verifica, le segnalazioni da parte dei dipendenti²², assicurando l'anonimato delle segnalazioni al fine di tutelare i soggetti segnalanti, evitando in tal modo misure ritorsive da parte del whistleblower.

Il Responsabile controlla, inoltre, l'esatto adempimento, segnalando agli organi competenti eventuali ritardi o mancati adempimenti, degli obblighi di pubblicazione previsti dal D.lgs. 33/2013, assicurando completezza, chiarezza e aggiornamento delle informazioni pubblicate²³. A tal fine verifica la corretta applicazione delle norme in materia di accesso, soprattutto con riferimento all'accesso civico generalizzato.

Rientra nell'attività del RPCT la predisposizione di una relazione sull'attività svolta, ai sensi dell'art. 1, comma 14, della legge n. 190/2012 da presentare entro termine al 31 gennaio dell'anno successivo.

23 Legge n. 190/2012, art. 1, co. 15: "Ai fini della presente legge, la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, secondo quanto previsto all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali. Nei siti web istituzionali delle amministrazioni pubbliche sono 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. Le informazioni sui costi sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ne cura altresì la raccolta e la pubblicazione nel proprio sito web istituzionale al fine di consentirne una agevole comparazione".

29

1

¹⁹ www.anticorruzione.it/ - Faq ANAC – 1.3 Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza è individuato tra i dirigenti. Laddove possibile, è altamente consigliato attribuire l'incarico di RPCT in capo a dirigenti di prima fascia, o equiparati. Negli enti locali, per specifica disposizione legislativa (art. 1, co. 7, 1. 190/2012) il RPCT è individuato, di norma, nel Segretario o nel dirigente apicale, salvo diversa e motivata determinazione.

²⁰ Con la sentenza n. 52/2019, la Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Regione Sardegna ha stabilito che "E' danno erariale prevedere un compenso aggiuntivo per il Responsabile anti-corruzione. Il collegio ha ritenuto che nel caso di specie, non vi era stato un "mutamento di mansioni", né era stato chiamato a svolgere temporaneamente mansioni superiori di talché dovesse essergli riconosciuta una differente retribuzione; in realtà, a questi era stato affidato un incarico che non poteva essere retribuito separatamente, ma per il quale, contrariamente a quanto previsto financo dalla disciplina contrattuale (che prevedeva l'attribuzione della base parametrale del superiore livello), era stato riconosciuto un "emolumento aggiuntivo", da corrispondersi facendo ricorso all'avanzo di bilancio, proprio in quanto la nomina del Responsabile Anticorruzione non poteva dar luogo a nuovi e maggiori costi per la finanza pubblica".

²¹ Funzioni e compiti del RPCT: Autorità Nazionale Anticorruzione - delibera n. 840 del 2 ottobre 2018 - parte IV del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) 2019, approvato con deliberazione ANAC n. 1064 del 13 novembre 2019 e l'Allegato 3 dello stesso PNA.

Il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza è, dunque, responsabile di delineare la strategia di prevenzione della corruzione adeguata all'amministrazione di riferimento e controllare, con poteri di intervento, il rispetto delle misure di prevenzione da parte dei dipendenti.

3.1.2.2 RESPONSABILITÀ E SANZIONI DEL RPCT

Da grandi poteri derivano grandi responsabilità, e anche grandi probabilità di incorrere in sanzioni. Ma quando il RPCT può incorrere in provvedimenti sanzionatori?

Ed è la stessa legge istitutiva di tale figura a dare una risposta a questa domanda, delineando le responsabilità e le sanzioni assegnate. Infatti la Legge n. 190/2012, ai commi 12 e 14, disciplina i casi in cui il Responsabile può incorrere in sanzioni nell'adempimento, o meglio dire, inadempimenti nelle proprie funzioni.

Infatti, il comma 12 stabilisce che "in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione". Per essere esente da qualsiasi responsabilità di tale tipo il Responsabile deve provare, contemporaneamente, di aver predisposto il Piano, tenendo conto di tutte le prescrizioni previste dalla normativa, e di aver vigilato con diligenza sul funzionamento di tale piano e sull'osservanza dello stesso da parte di tutti i dipendenti dell'amministrazione stessa e non solo: deve pertanto provare di aver adempiuto ai proprio doveri di funzione.

Ancora, il comma 14, così come sostituito dall'art. 41 del d.lgs. n. 97 del 2016, stabilisce che "in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché, per omesso controllo, sul piano disciplinare, salvo che provi di avere comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità e di avere vigilato sull'osservanza del Piano. La violazione, da parte dei dipendenti dell'amministrazione, delle misure di prevenzione previste dal Piano costituisce illecito disciplinare. Entro il 15 dicembre di ogni anno, il dirigente individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo trasmette all'organismo indipendente di valutazione e all'organo di indirizzo dell'amministrazione una relazione recante i risultati dell'attività svolta e la pubblica nel sito web dell'amministrazione. Nei casi in cui l'organo di indirizzo lo richieda o qualora il dirigente responsabile lo ritenga opportuno, quest'ultimo riferisce sull'attività".

Le responsabilità del RPCT non vengono individuate soltanto alla Legge Anticorruzione, ma sono contenute anche in altri testi normati, quali il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche". Infatti, l'art. 54-bis, rubricato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti", al comma 6, stabilisce una responsabilità del Responsabile nel caso in cui venga accertata da parte dell'ANAC l'adozione di misure discriminatorie da parte dell'Amministrazione di appartenenza, ovvero nel caso in cui venga accertata la mancata attivazione di procedure per l'inoltro e gestione delle segnalazioni ovvero di procedure non conformi, ovvero il mancato svolgimento da parte del RPCT delle attività di verifica delle segnalazioni pervenutogli, con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Infine, in merito alla trasparenza, il Legislatore, con il D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"²⁵, agli artt. 46²⁶ e 47, ha previsto altre responsabilità sanzionabili in capo all' RPCT: infatti, il mancato adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il mancato adempimento delle prescrizioni previste in merito all'accesso civico, costituiscono responsabilità dirigenziale ed eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, salvo che non provi che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile, mentre il mancato adempimento di obblighi di trasparenza specifici contemplati dagli artt. 14 e articolo 22, comma 2 dello stesso D.Lgs, comportano l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

3.2 GLI STRUMENTI PER LA TUTELA DELLA P.A. CONTRO LA CORRUZIONE E L'ILLEGALITÀ NELLA PA

3.2.1 IL PNA: IL PIANO NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Uno strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità introdotto, a livello nazionale, dalla Legge Anticorruzione è il Piano Nazionale Anticorruzione – il PNA.

²⁴ Aggiornato al decreto-legge 21 ottobre 2021, n. 146.

²⁵ Titolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016.

²⁶ Art. 46, rubricato "Responsabilità derivante dalla violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione e di accesso civico".

Ai sensi dell'art. 1, comma 2bis, della Legge n. 190/2012, l'ANAC adotta ogni tre anni, con aggiornamento annuale, il PNA, sentiti il Comitato interministeriale e la Conferenza unificata. Costituisce atto di indirizzo per tutte le amministrazioni pubbliche per l'adozione dei loro Piani triennali di prevenzione della corruzione, individuando i principali rischi di corruzione e gli obiettivi, tempi e modalità di attuazione delle misure di contrasto. Infatti, il comma su citato così recita: "esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a) Esso, inoltre, anche in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione".

Il contenuto del PNA può essere pertanto considerato come un insieme di obiettivi strategici che le PP.AA. devono seguire per poter contrastare i fenomeni di corruzione e illegalità, dandone una veste concreta nei propri PTPC. Ed è proprio per questo motivo che il PNA viene aggiornato annualmente: perché attraverso la concreta adozione di strategie da parte degli Enti, le misure di prevenzione e repressione vengono adottate, controllate nei loro risultati ed eventualmente modificate e sostituite in relazione al feedback ottenuto dalla loro applicazione, attraverso un dialogo sinergico tra ANAC e organi preposti ad assicurare il rispetto e la concreta adozione del PTCP a livello locale.

3.2.2 IL PTPC: IL PIANO TRIENNALE DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

Il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC), che include il Programma Triennale di Trasparenza e Integrità, siglato PTTI, il Piano delle Performance, il Codice di Comportamento Aziendale e il Regolamento aziendale riguardante l'affidamento degli incarichi extra-istituzionali, è un documento di natura programmatica che, in linea con gli obiettivi strategici di prevenzione della corruzione e trasparenza, delineati dall'organo di indirizzo, e a seguito di un'attenta analisi del sistema di prevenzione attuato fino a quel momento, dell' analisi del contesto, dell' organizzazione e della valutazione del rischio - delinea la strategia che l'Amministrazione mette in campo ogni anno per far fronte alle esigenze di prevenzione della corruzione e dell'illegalità.

Viene predisposto dal RPCT e approvato dall'organo di indirizzo politico - amministrativo entro il 31 gennaio di ogni anno e trasmesso al Dipartimento della Funzione Pubblica.

E' compito dell'intera Amministrazione, e non soltanto del Responsabile della prevenzione, individuare le misure idonee al contenimento del rischio, attraverso una valutazione del rischio e una sua ponderazione, così da assicurare il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità delle decisioni e dell'attività amministrativa e prevenire il verificarsi di eventi corruttivi: identificazione e valutazione del rischio infatti posso essere considerate la parte centrale del Piano triennale. Tale identificazione passa inevitabilmente per un'analisi del contesto interna (struttura organizzativa e mappatura dei processi) - ed esterna (caratteristiche del territorio o del settore di riferimento e relazioni con gli stakeholder), valutazione del rischio - identificazione degli eventi rischiosi, analisi del rischio, ponderazione del rischio - trattamento del rischio - ovvero individuazione e programmazione delle misure - e infine monitoraggio e riesame - monitoraggio sull'attuazione delle misure, monitoraggio sull'idoneità delle misure e riesame periodico della funzionalità complessiva del sistema.

Il processo di gestione del rischio si sviluppa pertanto secondo una logica sequenziale e ciclica: si tiene conto dell'esperienza passata per analizzare e migliorare le misure nei Piani successivi, tenendo sempre in considerazione i mutamenti del contesto in cui i piani vanno ad esplicitare i loro effetti.

3.2.3 ALTRI STRUMENTI DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

Il Legislatore, a tutela delle Pubbliche amministrazioni, ha previsto e introdotto ulteriori strumenti, in un'ottica di prevenzione, più che di repressione, quali:

Il D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante "Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le Pubbliche Amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico";

L'art 6 bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", rubricato "conflitto di interessi", che dispone un obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse, anche potenziale, nell'esercizio delle proprie funzioni. Infatti dispone che "Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale"

L'art. 53, co. 16-ter, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" che ha introdotto il cd. Pantouflage o revolving doors, che dispone il divieto, e la conseguente nullità dei contratti posti in essere in difetto di tale divieto, per i dipendenti delle PP.AA. che negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato poteri autoritativi e negoziali, di poter svolgere, nei successivi tre anni dalla cessazione del rapporto di lavoro, attività lavorativa presso privati che siano stati i destinatari dei una qualsiasi attività della P.A. Infatti, "I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti".

Infine, lo stesso articolo 53, D.lgs. n. 165, al comma 1 bis, prevede il divieto di conferimento di incarichi di direzione a soggetti che rivestono o abbiano rivestito cariche in partiti politici o organizzazione sindacali - "Non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni".

4. CONCLUSIONI

Numerosi sono gli strumenti introdotti dal legislatore per contrastare il fenomeno corruttivo all'interno della PP.AA: strumenti amministrativi, introduzione di figure con funzioni di controllo e vigilanza, previsione di sanzioni amministrative e configurazione di nuovi reati all'interno del codice penale.

Ma tutto ciò è davvero servito a qualcosa?

A darci la risposta è la stessa Autorità preposta al controllo e vigilanza del fenomeno corruttivo all'interno della P.A. Con un dossier presentato nell'anno 2019²⁷, l'ANAC ha infatti fatto luce sull'aumento esponenziale delle segnalazioni dei whistleblowing e degli episodi di corruzione – sottolineando come "le mazzette ricevute dai funzionari pubblici siano rappresentate semplicemente da "ristrutturazioni edilizie, riparazioni, trasporto mobili, pasti, pernottamenti e buoni benzina o persino da un abbacchio" -. E l'emergenza sanitaria "COVID 19" di certo non ha contributo a far diminuire tali numeri, anzi.

Non ci va meglio sul fronte dell'Indice di percezione della corruzione di Transparency International²⁸, che ci posiziona invece al 52° posto su 179.

E forse alla luce di ciò ci rendiamo conto di come strutture e mezzi a disposizione siano davvero troppi lievi per contrastare un fenomeno così dirompente. E forse, più che di strumenti, abbiamo bisogno di persone, di mentalità e moralità diverse all'interno degli uffici delle pubbliche amministrazioni, di maggiore sostegno a chi denuncia, e di maggiori sanzioni per chi, invece, contribuisce ad aumentare un fenomeno oramai già troppo esteso.

²⁷ www.anticorruzione.it - Dossier ANAC "La corruzione in Italia 2016-2019 – Numeri, luoghi e contropartite del malaffare" - 17 Ottobre 2019: "Il settore più a rischio (tab. 3) si conferma quello legato ai lavori pubblici, in una accezione ampia che comprende anche interventi di riqualificazione e manutenzione (edifici, strade, messa in sicurezza del territorio): 61 gli episodi di corruzione censiti nel triennio, pari al 40% del totale. A seguire, il comparto legato al ciclo dei rifiuti (raccolta, trasporto, gestione, conferimento in discarica) con 33 casi (22%) e quello sanitario con 19 casi (forniture di farmaci, di apparecchiature mediche e strumenti medicali, servizi di lavanolo e pulizia), equivalente al 13%...Nel periodo in esame sono stati 207 i pubblici ufficiali/incaricati di pubblico servizio indagati per corruzione (tab. 4)

²⁸ www.transparency.it – Indice di percezione della corruzione di Transparency International 2020: "L'indice di Percezione della Corruzione (CPI) di Transparency International misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in numerosi Paesi di tutto il mondo. Lo fa basandosi sull'opinione di esperti e assegnando una valutazione che va da 0, per i Paesi ritenuti molto corrotti, a 100, per quelli "puliti". La metodologia cambia ogni anno per riuscire a dare uno spaccato sempre più attendibile delle realtà locali."



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Il Consigliere comunale. Titolare incondizionato di diritto di accesso?

The Municipal Councillor. Unconditional holder of access?

Luisa Miggiano

Funzionario amministrativo EE.LL.

ABSTRACT
Il diritto di accesso riconosciuto al consigliere si configura quale diritto "soggettivo pubblico funzionalizzato" espressione del
principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza
esponenziale della collettività, dai confini più ampi rispetto sia a
diritto di cui all'art. 10 T.U.E.L., sia a quello disciplinato dalla legge
n. 241/1990. Le coordinate generali interpretative enucleate da
principi espressi dalla giurisprudenza più recente definiscono pertanto i confini del diritto di accesso del Consigliere comunale e ne evidenziano la funzione strumentale all'espletamento del mandato escludendo qualsivoglia tirannia.
While recognizing that the right of access of the city councilor has a broad
extension, greater than access to administrative documents pursuant to law
no. 241 of 7 August 1990, deducible from the letter of the art. 43, paragraph 2, of the consolidated act on the organization of local authorities, according
to which the municipal councilor has the right to obtain from the
administration offices where he exercises his political-administrative
mandate and from its instrumental bodies "all news and information in their possession, useful for the fulfillment of their mandate ", the same jurisprudence expressly excludes the possibility of exercising them with prejudice to other interests recognized by the legal system equally worthy of protection, without therefore the right de quo being able to escape the necessary balancing with the different rights that come into relief from time to time.

Autore corrispondente:

Luisa Miggiano

Funzionario amministrativo EE.LL. *E-mail*: <u>luisamiggiano@gmail.com</u>

Sommario: 1. Premessa - 2. Il quadro normativo - 3. Diritto di accesso dei consiglieri comunali e diritto alla privacy: un bilanciamento complesso - 3.1 L'accesso agli atti della magistratura della Corte dei Conti: limiti alla luce del concorso con norme speciali - 4. Il caso emblematico dell'accesso del Consigliere comunale all'elenco dei nuclei familiari a cui siano stati concessi buoni spesa: l'obbligo al segreto d'ufficio non legittima l'accesso - 5. Conclusioni

Summary: 1. Introduction - **2.** The regulatory framework - **3.** Right of access for municipal councilors and the right to privacy: a complex balance - **3.1** Access to the records of the judiciary of the Court of Auditors: limits in light of the competition with special rules - **4.** The emblematic case of the municipal councilor's

access to the list of households to which shopping vouchers have been granted: the obligation of professional secrecy does not legitimize access - 5. Conclusions

1. PREMESSA

Il diritto di accesso riconosciuto dall'ordinamento giuridico ai consiglieri comunali e provinciali appare un tema d'indubbia attualità, anche alla luce delle movimentate evoluzioni giurisprudenziali. L'art. 43, comma 2, del Testo unico degli enti locali- D.lgs. n. 267/2000 - statuisce che: "I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge".

Dalla normativa citata si evince che si potrà richiedere al consigliere comunale soltanto di mantenere il riserbo delle informazioni acquisite, peraltro «nei casi determinati dalla legge», o di dimostrare, come argomenteremo in seguito, che le notizie richieste siano «utili» per l'espletamento del proprio mandato.

Preliminarmente si può dunque sostenere agevolmente che l'ampio riconoscimento positivo di cui godono i consiglieri comunali, risulti condizionato soltanto da due elementi: la dimostrazione dell'utilità dell'accesso (funzionalizzato all'espletamento del mandato) e l'obbligo di riserbo delle informazioni acquisite.

Su questi due aspetti occorre soffermarsi per tentare di inquadrare più adeguatamente il tema della presente riflessione.

Quanto al primo profilo, secondo la giurisprudenza amministrativa la dimostrazione della utilità delle informazioni e delle notizie richieste non comporta alcuna limitazione del diritto di accesso dei consiglieri comunali ma, al contrario, da esso deriva l'estensione di tale diritto a qualunque documento amministrativo.

Sul consigliere comunale, invero, non può gravare alcun onere di motivazione delle proprie richieste di accesso e ciò nel senso che la richiesta medesima è da intendersi strumentale, e di per sé giustificata, all'esercizio di un *munus* pubblico.

Allo stesso modo, l'obbligo di segreto è stato interpretato dalla giurisprudenza in maniera sostanzialmente favorevole per i consiglieri comunali, stabilendosi che tale espressione deve essere intesa nel senso che: lecitamente acquisite le informazioni e le notizie utili all'espletamento del mandato, il consigliere è autorizzato a divulgarle, ed un divieto di comunicazione a terzi dovrebbe derivare soltanto da apposita disposizione normativa².

A fronte di quanto premesso, si assiste però a frequenti conflitti tra consiglieri comunali ed ente locale di appartenenza a causa di disposizioni regolamentari che, nel tentativo di disciplinare l'esercizio del diritto di accesso, al fine di evitare un non meglio precisato abuso del diritto in esame, introducono restrizioni che appaiono esorbitanti rispetto al dato legislativo prima richiamato, ponendosi in contrasto con esso.

Nondimeno, pur riconoscendo che il diritto di accesso del consigliere comunale abbia un'estensione ampia, maggiore dell'accesso agli atti amministrativi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, desumibile dalla lettera del citato art. 43, comma 2, del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, secondo cui il consigliere comunale ha diritto di ottenere dagli uffici dell'amministrazione presso cui esercita il proprio mandato politico-amministrativo e dai suoi enti strumentali «tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato», la stessa giurisprudenza ne esclude espressamente la possibilità di esercizio con pregiudizio di altri interessi riconosciuti dall'ordinamento parimenti meritevoli di tutela, senza che pertanto il diritto *de quo* possa sottrarsi al necessario bilanciamento con i diversi diritti che di volta in volta vengano in rilievo³.

¹ Sul piano diacronico la disposizione ha i suoi antecedenti nell'articolo 24 della L. n. 816/1985 recante "Esercizio delle funzioni consiliari" secondo cui "I consiglieri comunali, i consiglieri provinciali e i componenti delle assemblee delle unità sanitarie locali e delle comunità montane, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato", successivamente modificato dall'articolo 31 comma 5 L. n. 142/1990 recante "Consigli comunali e provinciali" secondo cui "I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge" e poi trasfuso nell'art. 43 comma 2 del T.U.E.L. Per la trattazione della disciplina originaria si veda G. PASTORI, I diritti di informazione di cui alla L. n. 816 del 1985 e la loro attuazione, in Scritti in onore M.S. Giannini, vol. III, Milano, 1988.

² Stefano Villamena, *Accesso ed esercizio del mandato elettorale negli enti locali: tra <<diritto non condizionato>> e <<lacci e lacciuoli>>, in Nuove Autonomie, 2007.*

³ Giuseppe Vinciguerra, Il diritto di accesso del consigliere comunale non è un diritto "tiranno", ma strumentale (all'espletamento del mandato): il caso del relativo accesso all'elenco dei nuclei familiari a cui siano stati concessi buoni spesa, in www.ildirittoamministrativo.it.

2. IL OUADRO NORMATIVO

Tale diritto, in apparenza illimitato, si inserisce in un contesto normativo che prevede ulterioridisposizioni a presidio della libertà di accesso in genere agli atti dell'amministrazione.

Il riferimento è all'art. 10 del T.U.E.L. ai sensi del quale "tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese".

Il cittadino di un ente locale non ha, pertanto, bisogno di provare uno specifico interesse per accedere agli atti dell'amministrazione in cui risiede, vedendosi riconosciuta una sorta di azione popolare che non richiede la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento richiesto⁴.

In questo modo il cittadino residente può avere accesso senza limitazioni né specificazione delle ragioni sottese all'istanza "dovendosi cautelare la sola segretezza degli atti la cui esibizione è vietata dalla legge o da esigenze di tutela della riservatezza dei terzi".

Il diritto amplia la sua portata applicativa quando letto in combinazione con l'art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241⁶ che conferisce ai soggetti privati, compresi i portatori d'interessi pubblici o diffusi, il diritto di conoscere gli atti e documenti (mediante visione e/o estrazione di copia) detenuti dall'amministrazione al fine di tutelare la propria posizione soggettiva eventualmente lesa⁷.

Quello riconosciuto al consigliere si configura invece quale diritto "soggettivo pubblico funzionalizzato" espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, dai confini più ampi rispetto sia al diritto di cui all'art. 10 T.U.E.L., sia a quello disciplinato dalla legge n. 241/1990. La ragione dell'ampia legittimazione riconosciuta sta nel consentire al consigliere di svolgere il suo mandato, verificando e controllando il comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente, così da poter "esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio e promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale".

La posizione soggettiva attribuita rende superflua la motivazione della richiesta e la specificazione dell'interesse sotteso alla stessa qualora si dichiari di esercitare il diritto di accesso in rapporto alle proprie funzioni. Qualsiasi diniego determinerebbe una compressione illegittima della funzione consiliare, salvo ipotesi eccezionali e contingenti, da motivare adeguatamente, o la dimostrazione che si tratta di richieste d'accesso manifestamente non conformi rispetto l'esercizio delle funzioni dell'ente locale o addirittura presentate per interesse personale¹⁰. A conferma dell'ampiezza del diritto si rileva che il suo esercizio è esteso

⁴ Rocco Cicatelli, *Il diritto di accesso del consigliere comunale agli atti della magistratura della Corte dei Conti. Nota alla sentenza del Consiglio di stato, sez. V, 2 gennaio 2019, n. 12, in Il Piemonte delle Autonomie,* Anno VI, Numero 1-2019.

⁵ Parere n. 2.5 del 23 ottobre 2012 della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, in "Relazione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione (anno 2012)" – paragrafo 6.1. La commissione è un organismo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri a seguito dell'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, preposto alla vigilanza sull'attuazione del principio di piena conoscibilità e trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, al quale possono rivolgersi privati cittadini e pubbliche amministrazioni ("Relazione per l'anno 2016 sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione" disponibile su www.commissioneaccesso.it).

⁶ Per una compiuta ricostruzione concernente i rapporti tra le diverse forme di accesso, si rinvia ai principi recentemente affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 20 gennaio 2020.

⁷ Sul diritto di accesso ai documenti amministrativi in generale, tra i numerosissimi riferimenti bibliografici, si veda F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.

⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471.

⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879.

¹⁰ La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha, inoltre, precisato che "l'accesso ai documenti deve essere concesso nei tempi più celeri e ragionevoli possibili in modo tale da consentire il concreto espletamento del mandato da parte del consigliere ex art. 43 T.U.E.L., fatti salvi i casi di abuso del diritto all'informazione, attuato con richieste non contenute entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza e che determini un ingiustificato aggravio dell'ente" (Parere 2.1 del 17 gennaio 2012). Di più, secondo la Commissione "il diritto di accesso agli atti del Consigliere comunale non può subire compressioni per pretese esigenze di ordine burocratico dell'Ente, tali da ostacolare l'esercizio del suo mandato istituzionale; l'unico limite è rappresentato dal fatto che il Consigliere comunale non può abusare del diritto all'informazione riconosciutagli dall'ordinamento, interferendo pesantemente sulla funzionalità e sull'efficienza dell'azione amministrativa dell'Ente civico (nel caso di specie sulle funzioni dell'Organismo Indipendente di Valutazione), con richieste che travalichino i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza" (Parere n. 2.5 del 17 gennaio 2012). Ancora, a parere di una parte della giurisprudenza la richiesta dovrebbe essere "precisa e puntuale...non potendosi richiedere

a tutti gli atti del Comune, anche non formati dalla pubblica amministrazione di appartenenza¹¹, e, in genere, a qualsiasi notizia o informazione utile ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari. Al tempo stesso non si può però interpretare quale pretesa indiscriminata e generalizzata a ottenere qualsiasi atto dell'amministrazione giacché la loro cognizione è pur sempre finalizzata all'espletamento del mandato che costituisce, contestualmente, il presupposto legittimante l'accesso e il fattore che ne delimita la portata 12.

Seppure appaia indubbio che il diritto dei consiglieri comunali risulti a oggi essenziale per verificare il corretto esercizio del potere da parte degli organi dell'ente, la sua previsione può scontrarsi con altri valori costituzionali, quali la segretezza e la riservatezza¹³.

Laddove emersi spesso si è assistito ad un'estensione del diritto de quo, sicché, oggi, non sarebbe possibile opporre profili di riservatezza se l'esercizio del diritto è connesso al mandato istituzionale, salvo i conseguenti obblighi di segretezza e divieto di divulgazione gravanti sul consigliere in ottemperanza alla previsione per cui "essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge" 14.

A riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha specificato fin da subito che l'innovazione legislativa introdotta con il T.U.E.L. non poteva travolgere le diverse ipotesi di segreto previste dall'ordinamento, anche in presenza di documenti formati o detenuti dall'amministrazione.

L'esistenza di ipotesi speciali di segreto è stata definita dall'art. 24, comma 1, lett. a) della legge 241/1990 che esclude il diritto di accesso "(...) nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge (...)", riferendosi a casi in cui l'esigenza di segretezza è volta alla protezione di "interessi di natura e consistenza diversa da quelli genericamente amministrativi".

Si è così affermato che il diritto non è esercitabile nei confronti di alcuni tipi di atti, quali gli atti legali redatti a fini consulenziali per l'amministrazione e relativi a processi pendenti, da ritenersi segreti e non sufficientemente protetti dal semplice obbligo di non divulgazione delle notizie ivi riportate.

Se così non fosse, l'accesso del consigliere ai documenti coperti da segreto "assumerebbe una portata oggettiva più ampia di quella riconosciuta ai cittadini ed ai titolari di posizioni giuridiche differenziate (pure comprensive di situazioni protette a livello costituzionale)"15.

Le esigenze connesse al particolare munus espletato dal consigliere comunale non potrebbero, pertanto, autorizzare un privilegio incondizionato a scapito di altri soggetti interessati e a sacrificio degli interessi tutelati dalla normativa sul segreto.

¹³ Sul conflitto tra il diritto di accesso e la riservatezza del terzo si legga tra tanti F. Astiggiano, *Illecito trattamento di dati* "supersensibili" e risarcimento del danno, in Famiglia e Diritto, 2016, 5, 468 e ss.; C.M. Nanna, Accesso ai dati personali

e tutela dei diritti fondamentali nel sistema del d. lgs. 196/2003, in Corriere Giuridico, 2013, 12, 1543 e ss.

indiscriminatamente di accedere a tutti i fascicoli adottati successivamente ad una determinata data ed a quelli ancora da adottare" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 26 maggio 2004, n. 1762). In sostanza, l'accesso dovrebbe concretarsi in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali e non dovrebbe sostanziarsi in richieste generiche o meramente emulative che si traducono in un sindacato generale sull'attività amministrativa (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 846).

¹¹ L'accesso è stato riconosciuto anche per la documentazione detenuta dalle società partecipate nei limiti in cui queste siano qualificate come sostanzialmente pubbliche amministrazioni. Si veda R.M. Carbonara, Il diritto di accesso "incombe" anche sulle società partecipate, Il nuovo diritto amministrativo n. 6/2014.

¹² Rocco Cicatelli, *op. cit*.

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2716.

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893: il Collegio giudicante richiama la previsione contenuta nell'articolo 2 del decreto del Presidente del Consiglio 26 gennaio 1996, n. 200 ("Regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso") che sottrae all'accesso i pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza, gli atti defensionali e la relativa corrispondenza. Tale norma detterebbe una regola di portata generale, codificando il principio secondo cui sono sottratti all'accesso gli scritti defensionali "in considerazione delle esigenze di salvaguardia della strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto e, tanto meno, al proprio contraddittore, attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie". Viene inoltre fatta una distinzione tra: 1) ipotesi in cui il ricorso alla consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, poi richiamato nella motivazione dell'atto finale. Ne deriva che la consulenza è soggetta all'accesso perché oggettivamente correlata ad un procedimento amministrativo; 2) ipotesi in cui, dopo l'avvio di un procedimento contenzioso, l'amministrazione si rivolge ad un professionista, al fine di definire la propria strategia difensiva. Il parere non è destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi. Ne deriva che le consulenze legali restano caratterizzate da riservatezza; 3) ipotesi nelle quali la richiesta della consulenza legale interviene in una fase intermedia, successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente l'instaurazione di un giudizio o l'avvio dell'eventuale procedimento precontenzioso. La consulenza legale persegue lo scopo di consentire all'amministrazione di articolare le proprie strategie difensive. Ne deriverebbe pertanto l'esigenza di garantire il segreto.

3. DIRITTO DI ACCESSO DEI CONSIGLIERI COMUNALI E DIRITTO ALLA PRIVACY: UN BILANCIAMENTO COMPLESSO

L'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679 ha avuto un impatto rilevante non solo nella nostra vita sociale ma anche in quella degli Enti Locali che sono chiamati a rivedere la propria politica in materia di trattamento dei dati per adeguarsi alle nuove disposizioni comunitarie e con il Dlgs. n. 101/18 che, in applicazione del Regolamento Ue, ha innovato in modo significativo il Dlgs. n. 196/03, meglio conosciuto come "Codice della privacy".

Infatti, la protezione dei dati personali, quale diritto fondamentale dell'uomo, determina la necessità di una struttura organizzativa che abbia la capacità di evitare violazioni di legge o, in ogni caso, di limitarne la possibilità che ciò avvenga.

In tal senso, una situazione particolare alla quale deve far fronte l'Ente Locale riguarda certamente l'esercizio del diritto di accesso agli atti esercitato dai consiglieri, ove la previsione legislativa del "segreto" di cui all'art. 43 del D. Lgs. n. 267/2000 riconduce questa ampia conoscenza nell'alveo della privacy e la disposizione del t.u.e.l. non è in grado, di per sé, a soddisfare gli obblighi di protezione dei dati personali dei quali gli amministratori vengono a conoscenza per le finalità di legge.

L'art. 25 GDPR, affida al titolare del trattamento obblighi e responsabilità anche di natura personale nella prospettiva della privacy fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita che, di conseguenza, deve adottare tutte le misure tecniche ed organizzative necessarie per prevenire un trattamento illegittimo dei dati.

Pertanto, in base al combinato disposto delle norme comunitarie con quelle interne di cui al Dlgs. n. 196/03 come novellato dal Dlgs. n. 101/18, è necessario che tutti i soggetti che trattano i dati, e quindi anche i consiglieri degli Enti Locali, devono essere individuati e nominati dal titolare quali soggetti autorizzati al trattamento dei dati.

Il Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE 2016/679) imponendo chiarezza nella gestione della privacy si pone in netta discontinuità con il sistema precedente.

Quindi, se da un lato, abbiamo l'istituto della trasparenza, nel suo ampio significato di "accessibilità totale" dall'altro, ai sensi dell'art. 5 par.1, lett. b) GDPR e del Considerando 39, sarà sempre più necessario che i dati siano raccolti per scopi determinati, specifici e legittimi e poi trattati in modo legittimo.

L'individuazione delle finalità dei trattamenti sarà fondamentale e dovranno essere esplicitate in modo chiaro nell'informativa in modo da stabilire ciò che è necessario trattare da ciò che non lo è. In tal senso dispone l'art.5, par.1, lett. c) GDPR secondo il quale i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità per i quali sono raccolti e, conseguentemente, trattati. In termini generali, quindi, il diritto di accesso, quale diritto fondamentale dell'individuo, è esercitabile sia dai cittadini privati per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi anche per il controllo dell'utilizzo delle risorse pubbliche, sia da parte dei soggetti che rivestono un ruolo istituzionale, i quali agiscono in modo particolare per esercitare il controllo sull'operato della Pubblica Amministrazione.

Sulla scorta di tanto è evidente come uno degli aspetti più delicati nel rapporto tra accesso e privacy è il diritto che hanno i consiglieri degli Enti Locali, ma sarebbe opportuno estendere la problematica a tutti gli amministratori di tali enti, di avere accesso *ex lege* a tutti gli atti, le informazioni e i dati per l'esercizio del proprio mandato soprattutto per quanto attiene la loro attività di controllo nei confronti della gestione dell'ente in particolare in relazione all'attività dell'organo esecutivo.

Siamo di fronte, quindi, ad una situazione estremamente delicata caratterizzata da un'attività di natura politica ma che va a "scontrarsi" con aspetti collegati con la riservatezza dei dati personali.

È del tutto evidente che qualsiasi richiesta dei consiglieri degli Enti Locali quali amministratori riguarda la problematica relativa al bilanciamento del loro diritto soggettivo di accesso di visionare, ottenere copia di atti o avere notizie e informazioni utili per la loro attività istituzionale, coinvolge inevitabilmente la protezione dei dati, soprattutto per quanto riguarda l'adozione delle misure tecniche e di organizzazione da parte dell'ente di appartenenza.

Il rapporto sinergico fra il diritto di accesso, anche in modalità digitale, e il diritto alla privacy rappresenta due interessi e diritti di primario e pari rango che, in quanto tali, sono meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico¹⁷.

¹⁶ S. Paoli, L'Esercizio del diritto di accesso dei Consiglieri comunali dopo l'entrata in vigore del Regolamento Ue 2016/679, in www.entilocali-online.it.

¹⁷ Sull'argomento, in relazione al rapporto fra diritto di accesso e diritto alla privacy dei Consiglieri comunali, si era espresso il Garante con un provvedimento del 9 giugno 1998 che, rapportandolo al contenuto dell'art. 2-sexies Dlgs. n. 196/03 introdotto dal Dlgs. n.101/18, è da ritenersi ancora valido in quanto non contrasta con il contenuto della norma citata e dei principi contenuti nel Regolamento Ue 2016/679. Il Garante ha evidenziato che l'obbligo per il Comune di rendere accessibili i dati in proprio possesso ai Consiglieri comunali rappresenta una delle norme di legge che permettono di trattare

Appare evidente che i dati e le informazioni di cui viene a conoscenza il Consigliere comunale devono essere da questi utilizzati solo per le finalità realmente pertinenti al mandato, rispettando il dovere del segreto nei casi espressamente previsti dalla legge nonché il rispetto dei principi in materia di privacy di cui al Regolamento Ue 2016/679 e al Dlgs. n. 196/03 come novellato dal Dlgs. n. 101/18.

Sul punto, la giurisprudenza si è spesso pronunciata e, fra le tante, merita una particolare attenzione la Sentenza del Consiglio di Stato del 2 gennaio 2019, n. 12 nella quale sono definiti i confini del diritto di accesso dei Consiglieri comunali che è qualificato quale diritto soggettivo pubblico. Di conseguenza, il Giudice afferma che questo diritto è un'espressione delle prerogative di controllo democratico e non incontra alcuna limitazione relativa all'eventuale natura riservata degli atti e/o delle informazioni, considerato anche l'esistenza del segreto d'ufficio, ma, allo stesso tempo, non può che essere strumentale all'esercizio della funzione altrimenti sarebbe una limitazione del diritto stesso.

3.1 L'ACCESSO AGLI ATTI DELLA MAGISTRATURA DELLA CORTE DEI CONTI: LIMITI ALLA LUCE DEL CONCORSO CON NORME SPECIALI

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 2 gennaio 2019, n. 12 definisce i confini del diritto di accesso del Consigliere comunale¹⁸.

L'oggetto dell'appello risultava un diniego dell'Amministrazione civica riferito ad un'istanza di accesso tesa ad acquisire, per l'esercizio del mandato, la richiesta trasmessa ad un Comune dalla Procura regionale della Corte dei Conti, nonché alla successiva risposta di riscontro, ricadendo le questioni su profili di natura finanziaria e sulla corretta tenuta del bilancio dell'Ente. L'Amministrazione ingiunta nel negare l'accesso, eccepiva tra l'altro l'assoggettamento degli atti richiesti a segreto istruttorio. Il consigliere comunale avvalorava le regioni della richiesta a fronte del diniego, osservando che sarebbe comunque vincolato al segreto d'ufficio e che il fascicolo della Corte dei Conti era già stato archiviato.

Il giudice di primo grado, respingeva il ricorso, sul presupposto che non era stato dimostrato l'effettivo interesse all'accesso e che la documentazione della quale era stata chiesta l'ostensione non riguardava un atto prodotto nell'esercizio delle competenze proprie dell'Amministrazione comunale, anzi provenienti dalla Procura della Corte dei Conti relativi ad un'indagine promossa dalla stessa Procura. Il giudice di appello, nel respingere il ricorso puntualizzava, in motivazione che il diritto di accesso dei consiglieri trova fonte primaria nell'art. 43 comma 2, del t.u.e.l., che impone ad essi il segreto ove accedano ad atti che incidono sulla sfera giuridica e soggettiva di terzi (caso di specie, non vi sono esigenze di riservatezza istruttoria, dal momento che il fascicolo della Corte dei Conti era già stato archiviato all'atto dell'istanza). Ed invero la disciplina regolamentare dell'Ente non attribuisce al singolo consigliere comunale un generale diritto di accesso in ragione del sol fatto di ricoprire detta carica istituzionale, bensì, strumentalmente, lo collega all'esercizio delle sue funzioni all'interno dell'assemblea di cui fa parte.

Sul punto osserva la Sezione del Consiglio di Stato che <*non è sufficiente rivestire la carica di consigliere per essere legittimati sic et simpliciter all'accesso, ma occorre dare atto che l'istanza muova da un'effettiva esigenza collegata all'esame di questioni proprie dell'assemblea consiliare>>. L'accesso ai documenti è finalizzato, in termini diversi, sicuramente al munus espletato, costituendone il presupposto legittimante ma anche il limite dello stesso, configurandosi come funzionale allo svolgimento dei compiti del consigliere¹⁹.*

_

dati ed informazioni per il perseguimento di finalità istituzionali o, come oggi afferma l'art. 2-sexies citato, per finalità "di interesse pubblico rilevante". Riconosciuto, quindi, in termini generali, il diritto di accesso da parte dei Consiglieri comunali, il Garante ha precisato che << il Consigliere, qualora richieda l'accesso ai sensi dell'art. 43 t.u.e.l..., non deve dimostrare, in base alle norme comuni sull'accesso, l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante, essendo sufficiente che rappresenti l'effettiva utilità delle notizie e delle informazioni richieste rispetto al mandato.

Dal canto suo il Comune deve rispettare il principio di pertinenza permettendo l'accesso ai dati effettivamente utili per lo svolgimento del mandato:

⁻ In presenza della dichiarazione da parte del Consigliere che la richiesta è utile per l'espletamento del suo mandato sarebbe arbitraria da parte del comune una distinzione che si basi sulla natura dei dati richiesti i quali possono riguardare anche, per esempio, verbali con sui si contestano infrazioni o altri documenti che contengono dati particolari ex art. 9 Regolamento Ue 2016/679;

⁻L'art. 43, comma 2, t.u.e.l. impone ai Consiglieri comunali il segreto qualora accedano ad atti che incidono sulla sfera giuridica e soggetiva di terzi;

⁻Il diritto di accesso di cui al presente quesito deve essere altresì coordinato con le norme speciali in materia di Coronavirus emanate dal nostro legislatore a seguito della pandemia nonché con quelle relative ai dati particolari dei soggetti interessati>>. S. Paoli, op. cit.

¹⁸ M. Lucca, Limiti cogenti ed evolutivi al diritto di accesso dei consiglieri comunali, in www.mauriziolucca.com.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2000, n. 5109.

Appare evidente che, in relazione alla norma regolamentare dell'Ente, il diritto di accesso riguarda esclusivamente gli "atti, anche interni, formati dall'amministrazione o comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa" non essendo previste specifiche deroghe per i consiglieri comunali.

Si comprende pertanto che un procedimento aperto dalla magistratura contabile, ancorché tale indagine fosse collegata ad una determinata attività dell'Ente territoriale, non è un procedimento imputabile al Comune.

In tal senso, è d'uopo precisare che il diritto di accesso (anche nelle sue forme di diritto all'informazione) va riferito ai documenti amministrativi e tali non possono essere considerati gli atti di natura processuale o, comunque, relativi ad un procedimento che si svolge o si sia svolto innanzi a un'Autorità giudiziaria, «con riferimento alle possibili sovrapposizioni con l'esercizio dell'attività giudiziaria, occorre chiarire che l'accesso generalizzato riguarda, atti, dati e informazioni che siano riconducibili a un'attività amministrativa, in senso oggettivo e funzionale. Esulano, pertanto, dall'accesso generalizzato gli atti giudiziari, cioè gli atti processuali o quelli che siano espressione della funzione giurisdizionale, ancorché non immediatamente collegati a provvedimenti che siano espressione dello "ius dicere", purché intimamente e strumentalmente connessi a questi ultimi» (Linee Guida ANAC n. 1309/2016, c.d. FOIA, par. 7.6.).

Il Consiglio di Stato, nel risolvere la vicenda non può che osservare come la richiesta attenga ad un'attività che esula dal perimetro di applicazione della disciplina del diritto di accesso del consigliere comunale (sia a livello regolamentare interno che più in generale, dall'art. 43 del t.u.e.l.), con l'effetto che le eccezionali prerogative riconosciute da tale norma ai consiglieri comunali dovevano considerarsi inapplicabili, tanto più a fronte di previsioni di legge che prevedessero invece un regime speciale di segretezza o riservatezza, nell'interesse generale o di terzi.

A conferma di tale orientamento, si rileva il carattere speciale della riserva di cui alle disposizioni del D.Lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (c.d. Codice della giustizia contabile) che regolano – nell'ambito delle attività di indagine della Procura contabile – le ipotesi di accesso al fascicolo istruttorio (art. 71), la riservatezza della fase istruttoria (art. 57) e le comunicazioni dell'archiviazione dei procedimenti istruttori (art. 69)²⁰. In tale specifico procedimento erariale solamente il destinatario dell'invito a dedurre ha diritto di visionare e di estrarre copia di tutti i documenti inseriti nel fascicolo istruttorio depositato presso la segreteria della procura regionale, previa presentazione di domanda scritta, salva comunque la tutela della riservatezza di cui all'articolo 52, comma 1 (relativa all'obbligo di segretezza delle generalità del pubblico dipendente denunziante). Il quadro normativo delle disposizioni citate porta a ritenere che l'accesso alla documentazione istruttoria è limitato solo ai soggetti individuati dalla legge e interessati all'attività inquirente (in particolare, quelli invitati a dedurre), nel rispetto dei principi del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali)²¹.

Consentire l'accesso alla documentazione – ai soggetti non individuati puntualmente dalla legge (fonte o base giuridica di riferimento) – vorrebbe snaturare la *ratio* del processo: «e ciò all'evidente fine di evitare che la gestione della documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio possa in concreto comportare nocumento alla riservatezza dei soggetti coinvolti negli accertamenti; del resto, ad ulteriormente ribadire tale esigenza, lo stesso provvedimento di archiviazione viene inoltrato solamente a chi abbia assunto formalmente la veste di "invitato a dedurre" (ex art. 69, comma 4, d.lgs. n. 174 del 2016), dovendo in linea di principio rimanere ignoto ai terzi».

Vorrebbe dire che anche se il fascicolo della Corte dei Conti viene archiviato permane il limite dell'inacessibilità: un'esigenza concreta di garantire la permanenza della riservatezza.

Sulla scorta di tanto, la pronuncia in esame del Consiglio di Stato si presta a più chiavi di lettura²².

La prima, e immediata, porta ad escludere il diritto di accesso ai consiglieri comunali di tutta la documentazione afferente ad un'attività d'indagine della Procura della Corte dei Conti (anche in caso di archiviazione), così come per i procedimenti delle altre Autorità giurisdizionali, essendo il procedimento di accesso agli atti disciplinato da una specifica fonte normativa, che non trova espansione o espressione nell'art. 43, comma 2 del t.u.e.l.

La seconda, indiretta, l'accesso del consigliere comunale, al di fuori dell'attività amministrativa in quanto tale, non può essere regolato nelle attività e nei procedimenti giurisdizionali, dove vigono regole differenti.

-

²⁰ M. Lucca, op. cit.

²¹ Sul punto, si richiama il Regolamento (UE) 2016/679 che per particolari dati (quelli riferiti ai procedimenti giudiziari) impone specifiche cautele, prima di richiedere la fonte o base giuridica per consentirne l'accesso o il trattamento: l'accesso a tale genere di dati (sensibili o giudiziari) potrebbero determinare un'interferenza ingiustificata e sproporzionata nei diritti e libertà del soggetto e di eventuali controinteressati, con possibili ripercussioni negative sul piano personale e sociale.

²² Così come osservato da M.Lucca, op. cit.

La terza, e in via estensiva, impone delle limitazioni all'accesso, quando meno temporale (differimento) se non permanente, per tutte quelle attività di natura ispettiva o di vigilanza ad opera di Autorità esterne di controllo, in presenza di procedimenti codificati e da regole partecipative definite dalla legge.

La quarta, e in via evolutiva, richiede un'attenta valutazione istruttoria, con tutti i limiti sulla possibilità di verificare le istanze di accesso dei consiglieri comunali (che non vanno motivate), quando sono presenti dati personali – sensibili e giudiziari – alla luce della disciplina comunitaria e nazionale in materia di protezione dei dati personali, avendo cura di osservare le norme di sicurezza sul trattamento, sulla profilazione e tracciabilità dell'accesso.

La conclusione alla quale è giunto il Consiglio di Stato si presta però anche ad alcune osservazioni critiche dell'attuale sistema²³. Se è pur vero che la limitazione al diritto di accesso del consigliere sarebbe imposta da un'ipotesi speciale di segreto, non si può dimenticare che l'accessibilità del consigliere agli atti dell'ente di appartenenza costituisce ormai principio di riferimento nel nostro ordinamento espressione della legittima esigenza di controllo e informazione della cittadinanza per mezzo dei suoi rappresentanti.

Pertanto, la sua esclusione estesa anche ai casi di archiviazione, pur essendo prevista dal codice contabile, si potrebbe ritenere sproporzionata, giacché la chiusura delle indagini farebbe venire meno la *ratio* dell'obbligo di segretezza che si impone nella fase inquirente: si potrebbe definire una lettura restrittiva dell'art. 43, comma 2, del t.u.e.l.

L'eccezione per cui comunque permarrebbe un'esigenza di tutela di dati personali eventualmente maneggiati durante le indagini non dovrebbe estendersi alle ipotesi in cui siano coinvolti nelle indagini enti la cui attività è pubblica. La tutela di dati personali altrui d'altronde ben potrebbe essere sostenuta mediante tecniche di anonimizzazione.

Parimenti, l'obiezione per cui tali atti non rappresentano un atto amministrativo formato dall'ente, bensì un servizio di informazione in favore dell'attività investigativa delegata dalla procura, non esclude che comunque si tratta di atti di fatto entrati nella disponibilità dell'ente. Infatti, l'atto ha acquisito un numero di protocollo andando così a confluire nell'archivio dell'amministrazione.

Seppure non accessibili, il diritto alla loro conoscenza dovrebbe almeno beneficiare di una minima tutela trattandosi di documenti esplicativi in grado di fornire, magari solo parzialmente, un'utile chiave di lettura per l'esercizio delle funzioni consiliari. Dire invece che il diritto di accesso è ammesso solo per le questioni di bilancio o poste all'ordine del giorno costituirebbe una limitazione esorbitante dall'ambito applicativo della norma²⁴.

La mediazione potrebbe essere quella di considerare ragionevole ammettere la conoscibilità oltre che del dispositivo di archiviazione ovvero della citazione a giudizio, al pari di quanto già concesso nella prassi ad altri soggetti coinvolti nel procedimento, anche della motivazione e/o di copia integrale del provvedimento, dopo l'avvenuta notifica agli invitati, in cui vengano esposti perlomeno sommariamente i documenti oggetto di ostensione del consigliere.

Si consentirebbe così il superamento delle attuali restrizioni del diritto non supportate dalla *ratio* posta alla base della limitazione, ovvero la tutela della segretezza delle indagini, in tal modo rimuovendo tentativi di abuso del diritto da parte degli Enti, resi possibili dal vuoto di tutela e da una normativa non definita²⁵.

A riguardo, si segnala una recente pronuncia giurisprudenziale²⁶ ove a fronte della proposizione del ricorso contro il differimento dell'acceso richiesto da alcuni consiglieri comunali a documenti amministrativi relativi a taluni interventi edilizi, residenziali e non, insistenti nel territorio comunale in quanto oggetto di segnalazioni anonime che ne denunciano il carattere abusivo, il Tar accoglie le doglianze dedotte dai ricorrenti osservando che «L'esistenza di un'indagine penale non implica, di per sé, la non ostensibilità di tutti gli atti o provvedimenti che in qualsiasi modo possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine: solo gli atti per i quali è stato disposto il sequestro e quelli coperti da segreto possono risultare sottratti al diritto di accesso. Infatti, soltanto gli atti di indagine compiuti dal P.M. e dalla polizia giudiziaria sono coperti dall'obbligo di segreto nei procedimenti penali ai sensi dell'art. 329 c.p.p., di talché gli atti posti in essere da una pubblica amministrazione nell'ambito della sua attività istituzionale sono atti amministrativi, anche se riguardanti lo svolgimento di attività di vigilanza, controllo e di accertamento di illeciti e rimangono tali pur dopo l'inoltro di una denunzia all'autorità giudiziaria; tali atti, dunque, restano nella disponibilità dell'amministrazione

_

²³ L'orientamento di cui si fa portatore il Consiglio di Stato non sembra essere univoco. In un caso riguardante la richiesta di accesso di un consigliere comunale alle note e relativi allegati forniti dall'amministrazione alla Procura della Corte dei Conti, nonché della relativa corrispondenza intercorsa, i giudici amministrativi hanno ritenuto il diniego (tacito) all'accesso da parte dell'amministrazione illegittimo; cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 novembre 2017, n. 1745.

²⁴ In tal senso si era espresso il giudice amministrativo nella sentenza di primo grado, T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 21 novembre 2017, n. 1036.

²⁵ R. Cicatelli, op. cit.

²⁶ Tar Lazio, Roma, Sez. II quater, sentenza 21 giugno 2021, n. 7338.

fintanto che non intervenga uno specifico provvedimento di sequestro da parte dell'A.G., cosicché non può legittimamente impedirsi, nei loro confronti, l'accesso garantito all'interessato dall'art. 22, L. 7 agosto 1990 n. 241, non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui all'art. 24, 1. n. 241 del 1990 »²⁷.

4. IL CASO EMBLEMATICO DELL'ACCESSO DEL CONSIGLIERE COMUNALE ALL'ELENCO DEI NUCLEI FAMILIARI A CUI SIANO STATI CONCESSI BUONI SPESA: L'OBBLIGO AL SEGRETO D'UFFICIO NON LEGITTIMA L'ACCESSO

La gestione dei buoni spesa richiede ai Comuni non solo un imponente sforzo organizzativo, ma anche l'onere di fare fronte alle innumerevoli richieste dei consiglieri di accedere agli elenchi dei beneficiari degli aiuti.

E' un caso molto complesso di palese contrasto di diritti. Da un lato, il vastissimo diritto di accesso del consigliere, così come sancito dal t.u.e.l.; dall'altro lato, le moltissime norme a tutela della riservatezza e, in particolare il d.lgs 196/2003 e il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

E' del tutto evidente che l'accesso ai nominativi dei beneficiari interagisca con le regole sulla tutela dei dati personali e pertanto diventa inevitabile il conflitto tra il diritto del consigliere all'accesso e il diritto del beneficiario alla riservatezza²⁸.

In apparenza, tra i due diritti in gioco la prevalenza è da assegnare al diritto dei consiglieri, in ragione, soprattutto, della sua amplissima estensione ed assolutezza, accertate in maniera uniforme dalla giurisprudenza²⁹.

Sul punto, è intervenuta una pronuncia miliare del Consiglio di Stato che escludendo qualsivoglia "tirannia" del diritto di accesso del consigliere comunale ne evidenzia la funzione strumentale all'espletamento del mandato.

Con la sentenza n. 2089 dell'11 marzo 2021, la V Sezione del Consiglio di Stato, nello stabilire il principio in base al quale anche il diritto di accesso dei consiglieri comunali incontra dei limiti, puntualizza che il diritto di accesso dei consiglieri comunali non è illimitato ma di fronte ad altri diritti della persona è necessario effettuare un "ragionevole bilanciamento" di tutti i diritti e interessi coinvolti.

La vicenda fattuale nel cui ambito è stata pronunciata la sentenza riguarda la richiesta avanzata da un consigliere comunale al proprio ente per accedere all'elenco dei nuclei familiari a cui erano stati concessi i buoni spesa³⁰ e anche quelli che ne avevano fatto richiesta ma che erano stati esclusi.

Il Comune, in accoglimento parziale della richiesta, ha fornito l'elenco senza indicare il nominativo dei soggetti istanti adducendo la motivazione che si trattasse di dati sensibili.

Al fine di ottenere tutti i dati, il consigliere ha proposto un ricorso in materia di diritto di accesso dei consiglieri comunali ai documenti amministrativi avanti al Tar Basilicata.

Il giudice di *prime cure* con sentenza della V Sezione n. 2089 del 25 settembre 2020 accoglie il ricorso del consigliere comunale sul rilievo che ai sensi dell'art. 43 del t.u.e.l. il consigliere comunale è titolare di un "incondizionato diritto d'accesso". Avverso tale sentenza il Comune ha proposto appello avanti al Consiglio di Stato in quanto la comunicazione dei nominativi avrebbe costituito una gravissima lesione del diritto alla riservatezza e alla privacy.

Il Collegio giudicante in riforma della sentenza di primo grado osserva che il diritto di accesso non può esercitarsi sempre e comunque con pregiudizio di altri interessi riconosciuti dall'ordinamento meritevoli di tutela.

Nella vicenda *de qua* che ha determinato la decisione in epigrafe, è d'uopo precisare che il Comune aveva comunicato al consigliere i seguenti dati: l'importo del contributo stanziato dalla Protezione civile e dalla Regione di appartenenza a favore dell'ente locale; il numero dei beneficiari ammessi e delle istanze ancora in esame; e l'ammontare complessivo erogato.

Alla nota di riscontro dell'istanza di accesso era inoltre stato allegato un elenco delle domande, recante l'indicazione della data di ricezione e del numero di protocollo assegnato, della composizione del nucleo familiare del richiedente, del reddito mensile dichiarato, di eventuali altre indennità già percepite (tra cui, con

 $^{^{27}\,}M.\,Lucca,\,Illegittimo\,\,differimento\,\,del\,\,diritto\,\,di\,\,accesso\,\,del\,\,Consigliere\,\,Comunale,\,in\,\,www.lentepubblica.it$

²⁸ L'articolo 4, omma 1, del Regolamento 2016/679 considera come dato personale "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile; si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica culturale o sociale"

genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

29 L. Oliveri, "Buoni spesa: le non condivisibili indicazioni del Tar Basilicata sul diritto di accesso dei consiglieri ai nominativi dei richiedenti", in https:// luigioliveri.blogspot.com.

³⁰ Provvidenze economiche di cui all'Ordinanza del 29 marzo 2020, n. 658, del Capo della Protezione Civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

separata menzione, il reddito di cittadinanza), dell'esito dell'istanza e dell'importo erogato. Era al contrario stata omessa l'indicazione dei nominativi dei soggetti istanti, con la motivazione che tali dati erano da considerarsi «sensibili» ai sensi del Regolamento europeo sulla protezione dei dati e del Codice nazionale della privacy.

Da ciò il ricorso ex art. 116 c.p.a. del consigliere comunale, accolto dal Tar Basilicata con la succitata sentenza, nella considerazione che il consigliere comunale sia titolare di «un incondizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere utili all'espletamento delle proprie funzioni», al quale non sono opponibili «limitazioni connesse all'esigenza di assicurare la riservatezza dei dati e il diritto alla privacy dei terzi». Per il Tar, questa esigenza sarebbe invero tutelata dalla sottoposizione del consigliere «al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge», ad opera dell'ultimo inciso del citato art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000³¹.

Con il medesimo motivo di appello, ritenendo il Comune che il diritto del consigliere comunale all'accesso agli atti dell'ente locale ex art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 non sia – contrariamente a quanto statuito dalla sentenza di primo grado - "incondizionato", ha poi per altro verso dedotto che, da un lato, la conoscenza dei soggetti che avevano chiesto le provvidenze di cui al richiamato provvedimento emergenziale non sarebbe stata utile all'espletamento delle funzioni di consigliere comunale; e, dall'altro lato, che tale conoscenza avrebbe determinato «una gravissima lesione degli intangibili diritti alla riservatezza e alla privacy dei beneficiari³²» delle prestazioni assistenziali, ritenendosi peraltro che in ogni caso le prerogative connesse alla carica di consigliere nel caso di specie siano state soddisfatte con la comunicazione al richiedente dei dati resi disponibili in riscontro alla relativa istanza di accesso, rispetto ai quali, a parere del Collegio giudicante, l'aggiunta dei nominativi non sarebbe stata di alcuna utilità.

L'attribuzione, da parte del giudice di *prime cure*, al diritto in questione di un carattere «incondizionato» (ogni qualvolta esso riguardi atti dell'amministrazione che per il consigliere comunale «possano essere utili all'espletamento delle proprie funzioni»), sulla scorta di quanto osservato dal Consiglio di Stato nella sentenza *de qua*, si porrebbe nella prospettiva ricostruttiva del diritto di accesso del consigliere comunale come un diritto «"tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Il Collegio, in riforma della sentenza di primo grado, ritiene che l'accesso del consigliere comunale non si sottragga alla regola del ragionevole bilanciamento propria dei rapporti tra diritti fondamentali di pari rango. Detta argomentazione, rifacendosi al pronunciamento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza 19 maggio 2013, n. 85³³- in occasione del quale la Corte ha affermato che in un ordinamento costituzionale, in cui i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano «in rapporto di integrazione reciproca», non ordinato su base gerarchica, non è possibile «individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri», e dunque una «illimitata espansione» dei primi a danno di questi ultimi - appare condividerne il consequenziale precipitato logico circa la necessità che i predetti diritti di rango costituzionale vadano coordinati secondo «un ragionevole bilanciamento», e ciò essenzialmente ai fini della tutela della "dignità della persona", ovvero, in altri termini, nel rispetto del cd. principio personalistico, la cui formale enunciazione in sede costituzionale si rinviene nei principi di uguaglianza formale e sostanziale dell'individuo e nei doveri di solidarietà sociale di cui agli artt. 3, commi 1 e 2, e 2 della Costituzione³⁴.

Alla luce di tutto ciò, pur riconoscendo dunque il Consiglio di Stato che il diritto di accesso del consigliere comunale abbia un'estensione ampia, maggiore dell'accesso agli atti amministrativi ai sensi della

_

³¹ G. Vinciguerra, Il diritto di accesso del consigliere comunale non è un diritto "tiranno", ma strumentale (all'espletamento del mandato): il caso del relativo accesso all'elenco dei nuclei familiari a cui siano stati concessi buoni spesa, in www.ildirittoamministrativo.it.

spesa, in www.ildirittoamministrativo.it.

32 Tra le censure mosse dall'amministrazione appellante, si richiama il terzo motivo d'appello ove la sentenza viene censurata per violazione dell'art. 49 cod. proc. amm. per non avere ordinato l'estensione del contraddittorio ai beneficiari dei buoni spesa, da considerarsi nella fattispecie de qua «portatori di un interesse giuridicamente qualificato di natura contraria a quello del ricorrente» e dunque controinteressati rispetto a quest'ultimo.

Ed ancora, con il secondo motivo d'appello, il Comune ha, per un verso, censurato la sentenza appellata per violazione e falsa applicazione delle disposizioni sull'accesso agli atti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della legge sul procedimento amministrativo, e di cui all'art. 43, comma 2, del testo unico sugli enti locali, per avere il Tar posto a fondamento della relativa pronuncia di accoglimento del ricorso proprio detta ultima disposizione normativa a fronte di un'istanza di accesso fondata invece in via esclusiva sulla disciplina dell'accesso di cui alla legge n. 241 del 1990, e dunque, con ciò, non avvedendosi della «mutatio libelli» di controparte rilevabile d'ufficio, senza pertanto far corretta applicazione dei principi giurisprudenziali concernenti i rapporti tra le diverse forme di accesso (sul punto, si rinvia ai principi all'uopo recentemente affermati dalla citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 20 gennaio 2020).

³³ Si tratta della sentenza della Corte costituzionale di rigetto delle questioni di costituzionalità sulla disciplina penalistica speciale relativa allo stabilimento industriale dell'Ilva di Taranto nella parte in cui se ne assumeva un contrasto con il diritto alla salute ex art. 32 Cost.

³⁴ G. Vinciguera, op. cit.

legge 7 agosto 1990, n. 241, desumibile dalla lettera del più volte citato art. 43, comma 2, del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali³⁵, lo stesso ne esclude espressamente la possibilità di esercizio con pregiudizio di altri interessi riconosciuti dall'ordinamento parimenti meritevoli di tutela, senza che pertanto il diritto *de quo* possa sottrarsi al necessario bilanciamento con questi ultimi³⁶.

Sotto un distinto profilo, la preclusione all'esercizio del diritto di accesso del consigliere comunale con possibile pregiudizio di altri diritti/interessi parimenti tutelati dalla Costituzione è dal Consiglio di Stato ricondotta al «limite funzionale intrinseco» cui il diritto d'accesso è sottoposto, e che si ritiene potersi rintracciare nel richiamo alla utilità delle notizie e delle informazioni possedute dall'ente locale rispetto alla funzione di rappresentanza politica del consigliere comunale, espressamente riportato nel testo dell'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000.

Il Consiglio di Stato ritiene che il limite della cd. funzionalizzazione dell'accesso del consigliere comunale all'espletamento del proprio mandato implica che "il bisogno di conoscenza del titolare della carica elettiva debba porsi in rapporto di strumentalità con la funzione «di indirizzo e di controllo politico-amministrativo», di cui nell'ordinamento dell'ente locale è collegialmente rivestito il consiglio comunale (art. 42, comma 1, t.u.e.l.), e alle prerogative attribuite singolarmente al componente dell'organo elettivo (art. 43)".

Invero, il Giudice d'appello ha così puntualizzato che nel caso di specie, con il negare i nominativi dei soggetti richiedenti le provvidenze erogate dalla Protezione civile a livello locale, ma con il fornire nel contempo tutte le altre notizie relative a tali istanze, il Comune abbia messo a disposizione del consigliere comunale ogni informazione utile per l'esercizio delle funzioni di rappresenta politico-amministrativa inerenti alla relativa carica, realizzando così un equilibrato bilanciamento tra le prerogative ad essa connesse con le contrapposte esigenze di tutela della riservatezza della persona³⁷.

Sul punto, come chiarito nella pronuncia *de qua*, si ritiene che la conoscenza dei nominativi dei soggetti in condizione economica disagiata non sia strumentale all'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo, e, pertanto, suscettibile di tradursi in un inutile sacrificio delle ragioni di riservatezza³⁸ di questi ultimi. Ed invero, il Consiglio di Stato dichiara di condividere quanto dedotto dal Comune coinvolto in quanto l'accesso a tali nominativi avrebbe fatto venire meno il riserbo su un dato personale consistente nello stato di bisogno del soggetto richiedente il buono pasto, che, in base alla citata Ordinanza della protezione civile del 29 marzo 2020, n. 658, costituiva uno dei presupposti per potervi accedere (art. 2, comma 6).

Peraltro, osserva il Collegio giudicante che neppure la previsione normativa di cui al comma 2 del medesimo art. 43 del t.u.e.l., secondo la quale il consigliere comunale è tenuto al segreto sui dati e le informazioni di cui sia venuto a conoscenza all'esito dell'accesso agli atti dell'amministrazione lo legittima, in quanto «in termini generali il segreto è un obbligo che si riferisce all'uso di dati e informazioni legittimamente acquisiti, mentre nel presente giudizio si controverte proprio sulla legittimità di tale acquisizione».

Il segreto non legittima l'accesso e non tutela la riservatezza delle persone, ma vincola il consigliere all'utilizzo esclusivo per l'esercizio del suo mandato ove però l'accesso sia legittimamente disposto. Se, infatti, viene diffuso un dato ad un consigliere che a quel dato non ha diritto di accedere (nel caso di specie, il nominativo di una persona in difficoltà economica), la circostanza che il consigliere non possa a sua volta diffonderlo non elimina l'illegittima diffusione del dato al consigliere medesimo³⁹.

In aggiunta a ciò, il Consiglio di Stato osserva che proprio dalla strumentalità del diritto di accesso dei consiglieri comunali alla funzione «di indirizzo e di controllo politico-amministrativo», di cui nell'ordinamento dell'ente locale è collegialmente rivestito il consiglio comunale, e alle prerogative attribuite

43

.

³⁵ Sulla maggiore ampiezza del diritto di accesso del consigliere comunale ex art. 43 del t.u.e.l., rispetto all'accesso documentale di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, Cons. Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5032.

³⁶ In altre parole, nel pronunciamento del Consiglio di Stato pare potersi cogliere la possibilità di configurare detto rapporto, in termini di prevalenza relativa che, caso per caso, sia il frutto proprio di detto equo bilanciamento tra i diversi diritti che di volta in volta vengano in rilievo.

³⁷ Non condivisibili sono state d'altro canto ritenute dalla V Sezione del Consiglio di Stato le deduzioni difensive del consigliere comunale nella parte in cui ha affermato che la conoscenza dei nominativi dei soggetti richiedenti i buoni spesa messi a disposizione della Protezione civile sarebbe stata necessaria per «poter intraprendere iniziative politiche a sostegno (e) verificare anche la correttezza della distribuzione (attività che non possono essere prerogativa assoluta di un funzionario alle dirette dipendenze del Sindaco e/o della Giunta)», non avendo il consigliere dimostrato quale utilità concreta ed aggiuntiva rispetto ai dati acquisiti avrebbe avuto per l'esercizio del suo mandato la conoscenza dei nominativi dei soggetti richiedenti. Ed invero, si evidenzia come nell'elenco allegato alla nota con cui l'amministrazione si è determinata sull'istanza predetta fossero contenuti i riferimenti temporali e di numero di protocollo, i presupposti reddituali su cui le domande di provvidenze economiche sono state decise, con il relativo esito e l'importo riconosciuto.

³⁸ Per un approfondimento sul tema dei cd. *fondi di solidarietà alimentare* legati all'emergenza sanitaria da Covid-19, si rinvia a G. VINCIGUERRA, "*Fondi solidarietà alimentare Regione Sicilia: alcuni chiarimenti*", pubblicato sul quotidiano partecipativo della PA – www.*lentepubblica.it* (21 aprile 2020).

³⁹ L. Oliveri, Illegittimo accedere ai nomi dei beneficiari dei buoni spesa. Una pietra miliare del Consiglio di Stato, in https://luigioliveri.blogspot.com.

singolarmente al componente dell'organo elettivo (attesa la ordinaria pubblicità delle sedute dell'organo consiliare nelle quali le predette prerogative sono destinate ad essere esercitate) «discenderebbe peraltro una potenziale conoscibilità erga omnes dei dati e delle informazioni riservate, con inerente aggravamento della lesione della riservatezza delle persone che solo il diniego di accesso può salvaguardare».

Da ultimo appare infine la considerazione incidentale espressa dal Consiglio di Stato in ordine alla potenziale estensione della funzione di indirizzo politico-amministrativo inerente la carica di consigliere comunale, sostenendo al riguardo che nel relativo ambito non rientri il potere di sostituirsi al singolo interessato né un riesame di legittimità di singoli provvedimenti adottati dai competenti uffici comunali, attesa la valenza politica connessa alle funzioni di controllo, e non anche di sindacato di legittimità o tanto meno di carattere "inquisitorio" con ciò ponendo un argine al grave rischio di travalicamento di funzioni/poteri a danno dell'attuale assetto dell'equilibrio costituzionalmente garantito tra i diversi poteri dello Stato.

A riguardo si richiama una recentissima sentenza⁴¹ del giudice di *prime cure* inerente il caso in cui il Sindaco ha opposto il diniego di accesso alla proposta avanzata da alcuni consiglieri di minoranza per il rilascio delle credenziali per l'accesso al protocollo informatico con la motivazione che il rilascio delle stesse "si tradurrebbe in un accesso generalizzato ed indiscriminato a tutti i dati della corrispondenza in entrata ed in uscita, sproporzionato rispetto alle esigenze conoscitive sottese alla ratio della norma, dunque eccessiva rispetto allo scopo perseguito".

Il Collegio nel rigettare il ricorso proposto dai Consiglieri finalizzato ad ottenere il rilascio delle credenziali di accesso al protocollo informatico dell'Ente ovvero all'adozione delle misure opportune utili a consentire l'esercizio del diritto di accesso ritiene che il diniego non inficia la qualità del diritto dei consiglieri comunali, né può considerarsi un reale impedimento per l'espletamento del *munus* pubblico (cfr. in tema TAR Campania n. 5507 del 24/11/2020). Ed invero, il rifiuto di concedere ai consiglieri comunali l'accesso al protocollo non incide negativamente sul potere riconosciuto dall'art. 43 del t.u.e.l. ma ne contempera le modalità di fruizione, in un'ottica di bilanciamento, non irragionevole, di molteplici interessi meritevoli di tutela (come, ad esempio, quello di prevenire un irragionevole e ingiustificato controllo generalizzato dell'attività amministrativa, anche solo mediante lettura della documentazione in sintesi, avulso al paradigma della strumentalità dell'accesso allo svolgimento della funzione svolta dai consiglieri comunali).

Il diniego delle password di sola lettura in questione (con le quali i consiglieri potrebbero sì accedere da remoto, ma visualizzando solo ed esclusivamente dati sintetici degli atti), non può considerarsi al pari di un diniego di accesso ovvero di un maggior aggravio per tale diritto, in quanto non rende in ogni caso inaccessibile la documentazione integrale, le cui regole di accessibilità, mediante apposita istanza, restano immutate nel pieno rispetto della legge e del principio generale di trasparenza amministrativa.

Peraltro, osserva altresì il giudice amministrativo di primo grado che deve essere tenuta in adeguata considerazione anche l'esigenza di riservatezza dei dati di soggetti terzi che nulla hanno a che vedere con le esigenze connesse all'espletamento del mandato dei consiglieri comunali.

E' verosimile, infatti, che molti atti che vengono "veicolati" attraverso il protocollo comunale, anche se resi disponibili in forma di mera sintesi, possono rendere immediatamente consultabili "dati", anche personalissimi, che non possono considerarsi in alcun modo attratti nella sfera di necessaria conoscenza e/o conoscibilità che deve essere assicurata ai consiglieri comunali, sì da rendere, conseguentemente, ingiustificato il "trattamento" che in tal modo verrebbe effettuato, peraltro in assenza delle necessarie garanzie, essendo palese che il "segreto" cui sono tenuti tali soggetti nulla ha a che vedere con le garanzie che devono, per l'appunto, presidiare il trattamento dei dati personali.

Sul punto, si è espresso anche il Ministero dell'Interno⁴² che rispondendo ad una richiesta di parere di un segretario comunale relativa alla possibilità di accedere da remoto al protocollo informatico ed al sistema di contabilità dell'ente da parte dei consiglieri comunali, ai sensi dell'art.43 del d.lgs. n.267/2000, richiamate le coordinate generali interpretative enucleate dai principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa più recente⁴³, ha ritenuto ammissibile l'utilizzo di postazioni informatiche presso i locali dell'ente per l'accesso ai

⁴² Ministero degli Interni- Dipartimento per gli Affari interni e territoriali- parere n.14160 del 15 luglio 2021.

⁴⁰ Sul tema della resistenza del diritto alla riservatezza rispetto ad un atteggiamento "inquisitorio" del consigliere comunale, *cfr.*: A. MARI, *La riservatezza resiste al consigliere comunale che diventa inquisitore*, in *Diritto e giustizia*, 2002, *n*. 13, *p*. 14; G. Vinciguerra, *op. cit.*

⁴¹ Tar Lazio, Latina, Sez. I, sentenza 26 ottobre 2021, n. 587.

⁴³ Tra le varie pronunce richiamate, si segnala il Consiglio di Stato, Sez.V, che con sentenza dell'8 giugno 2018, n.3486, ha sottolineato la necessità per le amministrazioni di rendere fruibili le informazioni in modalità digitale ai sensi dell'art.2, comma 1, d.lgs. n.82/2005, recante il c.d. Codice dell'amministrazione digitale, ed ha intimato all'Amministrazione di apprestare, entro un termine di 60 giorni, le modalità organizzative per il rilascio di password per l'accesso da remoto al sistema informatico. Invero, prendendo le mosse dai consolidati approdi giurisprudenziali sul diritto di accesso dei consiglieri comunali, il Supremo consesso di Giustizia amministrativa fornisce una lettura nuova dello strumento giuridico, in chiave "digitale", argomentando sulla base delle previsioni del codice dell'amministrazione digitale e, in particolare,

dati di sintesi, mentre è demandata allo stesso la valutazione dell'opportunità di consentire ai consiglieri comunali l'accesso a tali dati da remoto nel rispetto della regola del bilanciamento dei diritti delle parti interessate.

4. CONCLUSIONI

Sulla scorta di quanto fin qui esposto, quello riconosciuto al consigliere si configura, pertanto, quale diritto "soggettivo pubblico funzionalizzato" espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, dai confini più ampi rispetto sia al diritto di cui all'art. 10 del t.u.e.l., sia a quello disciplinato dall'art. 22 della l. n. 241/1990.

Qualsiasi diniego determinerebbe una compressione illegittima della funzione consiliare, salvo ipotesi eccezionali e contingenti, da motivare adeguatamente, o la dimostrazione che si tratta di richieste d'accesso manifestamente inconferenti rispetto all'esercizio delle funzioni dell'ente locale o addirittura presentate per interesse personale.

Ed invero, a parere di una parte della giurisprudenza la richiesta dovrebbe essere "precisa e puntuale, non potendosi richiedere indiscriminatamente di accedere a tutti i fascicoli adottati successivamente ad una determinata data ed a quelli ancora da adottare".

A conferma dell'ampiezza del diritto si rileva che il suo esercizio è esteso a tutti gli atti del Comune, anche non formati dalla pubblica amministrazione di appartenenza, e, in genere, a qualsiasi notizia o informazione utile ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari.

Contestualmente non si può però interpretare quale pretesa indiscriminata e generalizzata a ottenere qualsiasi atto dell'amministrazione giacché la loro cognizione è pur sempre finalizzata all'espletamento del mandato che costituisce, nel contempo, il presupposto legittimante l'accesso e il fattore che ne delimita la portata.

Sebbene appaia inconfutato che il diritto dei consiglieri comunali risulti a oggi essenziale per verificare il corretto esercizio del potere da parte degli organi dell'ente, la sua previsione può scontrarsi con altri valori costituzionali, quali la segretezza e la riservatezza, come si evince nei diversi casi trattati in precedenza.

Alla luce di ciò, il diritto di accesso dei consiglieri comunali, quindi, si atteggia quale latissimo diritto all'informazione al quale si contrappone l'obbligo degli uffici di fornire ai richiedenti tutte le notizie e informazioni in loro possesso, fermo il divieto di perseguire interessi personali o di tenere condotte emulative.

Diversamente, però, è stato ritenuto con riferimento all'accesso ai documenti coperti dal segreto. La giurisprudenza ha statuito fin da subito che l'innovazione legislativa introdotta con il t.u.e.l. non poteva travolgere le diverse ipotesi di segreto previste dall'ordinamento, anche in presenza di documenti formati o detenuti dall'amministrazione.

L'esistenza di ipotesi speciali di segreto è stata esplicitata dall'art. 24, comma 1, lett. a) della 1. n. 241/1990 che esclude il diritto di accesso "nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge", riferendosi a casi in cui l'esigenza di segretezza è volta alla protezione di "interessi di natura e consistenza diversa da quelli genericamente amministrativi".

Si è così affermato che il diritto non è esercitabile nei confronti di alcuni tipi di provvedimenti, quali gli atti legali redatti a fini consulenziali per l'amministrazione e relativi a processi pendenti, da ritenersi segreti e non sufficientemente protetti dal semplice obbligo di non divulgazione delle notizie ivi riportate.

Se così non fosse, l'accesso del consigliere ai documenti coperto da segreto assumerebbe una portata oggettiva più ampia di quella riconosciuta ai cittadini e ai titolari di posizioni giuridiche differenziate, pure comprensive di situazioni protette a livello costituzionale. Le esigenze connesse all'espletamento del mandato non potrebbero, pertanto, autorizzare un privilegio incondizionato a scapito di altri soggetti interessati e a sacrificio degli interessi tutelati dalla normativa sul segreto.

In effetti, il riconoscimento da parte del t.u.e.l., di una particolare forma costituita dall'accesso del consigliere comunale per l'esercizio del mandato di cui è attributario, non può condurre allo stravolgimento dei principi generali in materia di accesso ai documenti.

Soprattutto, la particolare disposizione del testo unico degli enti locali va coordinata con la modifica introdotta all'art. 22 della l. n. 241 del 1990 dalla l. n. 15 del 2005, di tal che, in egual misura, il consigliere comunale deve essere portatore di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale richiede l'accesso.

[&]quot;della duplice direttiva" emergente dall'art. 2 comma D.Lgs. n. 82/2005 del "doveroso approntamento" e del "costante adeguamento" delle tecnologie disponibili, ai fini di un migliore, efficace e funzionale accesso ai dati; cfr. E. Conte, Il diritto di accesso del consigliere comunale alle credenziali di accesso del programma di contabilità, in www.ambientediritto.it.

Sulla base di tali considerazioni generali, pertanto, sarebbe legittimo un plausibile diniego eventualmente opposto da un'amministrazione comunale alla richiesta rivolta da un consigliere comunale diretta all'estrazione di copie in assenza di motivazione in ordine all'esistenza dei presupposti del diritto di accesso, soprattutto in presenza di un'istanza che tende ad ottenere una documentazione pletorica⁴⁴.

Diversamente, si ritiene illegittimo il differimento del diritto di accesso di un consigliere comunale afferente una richiesta di copia degli atti relativi ad un intervento edilizio. Ed invero, la Sezione Seconda del TAR Lombardia con la sentenza del 5 agosto 2021, n. 1890, accoglie il ricorso di un consigliere comunale a fronte del differimento di accesso a documenti in istruttoria motivando che tra i casi di esclusione del diritto di accesso, di cui all'art. 24 della L. n. 241/1990, non si annovera la contemporanea detenzione del documento da parte di altra Amministrazione o autorità dello Stato: se la documentazione è nella disponibilità dell'Ente non vi sono ragioni di un differimento, potendo l'Amministrazione acquisire gli atti anche presso altre amministrazioni se coinvolte nel procedimento⁴⁵.

Pertanto, in buona sostanza, la *vis espansiva* dell'ostensione richiesta dal consigliere comunale, ritenendo la nozione di "notizie e informazioni" più lata della nozione di "documenti" ravvisabile nell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, investe ogni elemento conoscitivo in possesso dell'amministrazione, anche non riferibile alle competenze del consiglio comunale, purché sempre inerente al *munus* rivestito.

Ciò nondimeno, si deve rilevare come la richiesta di accesso agli atti da parte del consigliere presenta anche degli ovvi risvolti penalistici. Infatti, l'art. 43 comma 2 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, t.u.e.l., stabilendo che i consiglieri sono tenuti al segreto per le notizie acquisite esercitando il diritto d'accesso, li espone all'applicazione dell'art. 326 c.p. in caso di violazione di tale segreto⁴⁶.

Il contenuto dell'obbligo la cui violazione è sanzionata dal citato art. 326 c.p. non è, difatti, limitato soltanto alle informazioni sottratte alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma si estende altresì alle informazioni la cui diffusione sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, perché effettuata senza il rispetto delle modalità previste, ovvero nei confronti di soggetti non titolari del relativo diritto.

In base a tale indirizzo la rivelazione da parte del consigliere comunale delle informazioni acquisite esercitando il diritto d'accesso è punibile ai sensi dell'art. 326 c.p.

L'esercizio del diritto di accesso assegnato dalla legge ai consiglieri comunali nell'ambito dell'attività di controllo eseguita nei confronti del governo locale, ineluttabilmente, reca con sé profili collegati alla riservatezza e alla protezione dei dati personali.

La vicendevolezza correttamente calibrata tra trasparenza amministrativa e riservatezza, determina l'attuazione di un controllo capillare sull'azione amministrativa, sull'utilizzo delle risorse e sull'idoneità della gestione della *performance*, che consente di far fronte in modo appropriato alle esigenze dei cittadini, meglio informati e portatori di interessi sempre nuovi, costituendo — in tal guisa — una delle priorità e delle sfide maggiori per un'amministrazione locale⁴⁷.

Tali esigenze non sono unicamente protese all'erogazione di servizi di qualità ma mirano, anzitutto, al pieno recupero della fiducia dei cittadini — notoriamente compromessa — con una rinnovata legittimazione sociale all'attività amministrativa.

Si profila, in tal guisa, un diritto soggettivo pubblico all'ostensione, quale corollario del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, funzionalmente correlato alla salvaguardia di un interesse pubblico insito nel mandato conferito ai consiglieri dai cittadini elettori piuttosto che all'interesse personale di ciascun rappresentante.

Si è, quindi, dinanzi a un diritto politico funzionale alla tutela dell'interesse pubblico che costituisce la premessa legittimante l'ostensione e, nel contempo, il solo tratto di demarcazione. Talché, il legislatore non prescrive un onere motivazionale, che potrebbe innescare un controllo arbitrario dell'Ente pubblico, e contestualmente non attribuisce all'autonomia locale il potere di contestarlo.

La norma, per la sua collocazione sistematica e per il suo significato letterale, intende ribadire la regola secondo cui, lecitamente acquisite e le informazioni e le notizie utili all'espletamento del mandato, il consigliere, di regola, è autorizzato a divulgarle. Un divieto di comunicazione a terzi deve derivare da apposita disposizione normativa, alla luce altresì di una giurisprudenza consolidata che riconosce che le notizie acquisite

⁴⁴ Diversamente, la prime sezione del TAR Veneto, con la sentenza n. 393 del 29 aprile 2020, interviene sul diritto di accesso del consigliere comunale ipovedente al quale non può essere negato il rilascio di copia analogica dei documenti rispetto a quella digitale, o altra forma di accesso, assolta con la pubblicazione on line dell'atto richiesto; cfr. M. Lucca, *Il diritto esteso di copia cartacea degli atti da parte del consigliere comunale*, in Azienditalia Enti Locali, 2020, n. 7.

⁴⁵ A riguardo TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7 giugno 2021, n. 6756.

⁴⁶ G. Sola, Il diritto di accesso del consigliere comunale e il vincolo al segreto d'ufficio, in www.federalismi.it.

⁴⁷ Cfr. E. BARBA, Privacy e trasparenza: due diritti speculari, in htpp://www.salvisjuribus.it/privacy-e-trasparenza-amministrativa-due-diritti-speculari/.

dai consiglieri comunali nell'esercizio del proprio diritto di accesso sono divulgabili, ove ciò non sia espressamente vietato da disposizioni legislative specifiche.

In tal senso, la commistione tra il diritto di accesso, nella rinnovata veste digitale e il diritto alla riservatezza appare di plateale evidenza. Il diritto all'informazione e il diritto alla *privacy* costituiscono, infatti, due interessi di rango primario che, in quanto tali, devono ritenersi entrambi meritevoli di costante ed adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Del resto, come precisato nella citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 2089/2021, il diritto di accesso del consigliere comunale è sottoposto alla regola del ragionevole bilanciamento propria dei rapporti tra diritti fondamentali.

Sostanzialmente, viene a delinearsi, in ragione della generale operatività del principio di trasparenza, un insieme di precetti che impongono l'adozione di misure di sicurezza indispensabili ad evitare un abuso del diritto di accesso ovvero un uso non conforme a quello consentito dalla legge per finalità istituzionali connesse all'esercizio del mandato di consigliere.

Il codice penale, infatti, non tutela il segreto in via principale, bensì lo ritiene funzionale ad altri beni/interessi e, quindi, da salvaguardare strumentalmente nell'ambito della tutela di tali beni. Le norme che puniscono gli abusi del segreto rinvengono una collocazione codicistica dipendente non solo dall'oggetto del segreto ma altresì da chi ne è titolare e, quindi, dalla soggettivazione che detiene il bene-interesse correlato.

Ne scaturirebbe, pertanto, l'assoluzione di un consigliere comunale, colpevole di aver diffuso alcune informazioni acquisite nell'esercizio del proprio diritto all'ostensione, laddove la fattispecie non integri uno dei casi in cui la legge impone il segreto d'ufficio.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Il Comitato Unico di Garanzia: un organismo a presidio delle pari opportunità

The Guarantee Committee: a model to safeguard equal opportunities

Maria Lembo

Avvocata, Dott.ssa di ricerca, membro CUG di Pubblica Amministrazione (Le opinioni sono espresse a titolo personale e non involgono l'ente di appartenenza)

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords:	L'articolo si propone di descrivere i Comitati Unici di Garanzia e il loro operato, ripercorrendone le loro radici storiche e normative. Ciò al fine definire la natura giuridica di questi organismi, chiarendo le prerogative de la forza impositiva di cui dispongono e suggerendo come la loro operativita possa essere rafforzata.
Comitati unici di garanzia Natura giuridica Kegge	
Keywords:	The article proposes to describe the Single Committees of Guarantee and their functions, tracing their historical and normative roots. This is done in order to define the legal nature of these bodies and to clarify what prerogatives and what imposing force they have and how their operativeness could be strengthened
Committees of Guarantess Legal nature	

Autore corrispondente:

Maria Lembo

Avvocata, Dott.ssa di ricerca, membro CUG di Pubblica Amministrazione

E-mail: marylembo@gmail.com

Sommario: **1.** Le origini - **2.** Il ruolo dei Comitati Unici di Garanzia - **3.** Le azioni positive e relazioni annuali sulla condizione del personale - **4.** Conclusioni

Summary: 1. The origins - **2.** The role of the Single Guarantee Committees - **3.** Positive actions and annual reports on the condition of personnel - **4.** Conclusions

1. LE ORIGINI

Nell'affrontare il compito di descrivere i Comitati Unici di Garanzia e le loro funzioni nel contesto delle Amministrazioni in cui operano, è necessario definirne l'ambito di azione, ripercorrendone le loro radici storiche e normative. Ciò al fine di definire la natura giuridica di questi organismi, chiarendo le prerogative e la forza impositiva di cui dispongono e suggerendo come la loro operatività possa essere rafforzata.

La normativa nazionale di promozione e tutela delle Pari Opportunità si rinviene, innanzitutto, nella Carta costituzionale che, con specifico riferimento alle discriminazioni basate sul sesso, se ne occupa nella parte prima, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini. In dettaglio, l'art. 37, commi 1 e 2 Cost. prevede che «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore» e che «Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Peraltro, risale appena al 1963 la legge n. 66, che rese effettiva la norma costituzionale di cui all'art. 51, primo comma, che consentì anche alle donne di «accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazioni di mansioni e di svolgimento di carriera».

La previgente legge 17 luglio 1919, n. 1176, invece, consentiva alle donne il solo accesso ai soli ruoli subalterni, escludendole *«da tutti gli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di diritti e di potestà pubbliche»* in quanto considerate inidonee ad assumere la responsabilità degli uffici cui aspiravano.

Negli ultimi anni il legislatore recependo i principi e le prescrizioni poste dalle fonti sovranazionali, in particolare da quelle europee¹, ha effettuato significativi interventi a sostegno della parità di genere², giungendo nel 2003, ad integrare il secondo comma dell'art. 51 della Costituzione, aggiungendovi l'attuale secondo periodo: «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini³».

Attualmente l'art. 37, comma 1 della Costituzione, dopo aver introdotto il principio paritario secondo cui «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore», sottolinea la necessità di un intervento protettivo nei confronti delle risorse femminili, assumendo che «le condizioni di lavoro devono consentire alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre ed al bambino una speciale ed adeguata protezione».

Con tale intento, con la legge n. 125 del 1991 venne istituito il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità che invitava i vari attori sociali ad adottare le c.d. "azioni positive", strumenti, duttili e temporanei, tendenti ad assicurare la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne.

Successivamente, con il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196, recante Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'art. 47 della legge 17 maggio 1999, n. 144, si ebbe il completamento, sotto il profilo strumentale, della legge del 1991.

I consiglieri di parità sono pubblici funzionari il cui compito è presidiare la condizione della donna nel mercato del lavoro, nonché svolgere ogni utile iniziativa a favore della realizzazione delle Pari Opportunità. Sono dotati di poteri ispettivi ed è loro inoltre riservata la facoltà richiedere informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni e della formazione e promozione professionale presso i luoghi di lavoro, nonché di rapportarsi all'autorità giudiziaria su reati di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle funzioni. Infine, la norma attribuisce al consigliere il mandato e le capacità di colpire i comportamenti lesivi dell'eguaglianza di genere e della sensibilità civile e giuridica del nostro tempo, assegnandogli, oltre alle

prerogative ispettive appena descritte, la facoltà di agire in giudizio nelle liti in cui si ipotizzi una discriminazione di genere, siano queste promosse davanti al giudice del lavoro, ovvero innanzi al tribunale amministrativo regionale su delega della lavoratrice.

Negli anni 2000, all'esigenza della tutela delle Pari Opportunità, si affianca quella della tutela del benessere organizzativo nell'ambito della Pubblica Amministrazione.

In particolare, già nella direttiva 24 marzo 2004, emanata dal Dipartimento della Funzione Pubblica l'esigenza di tutela del benessere di chi lavora è stato oggetto di specifica disciplina, evidenziandosi la necessità di mirare al "benessere fisico e psicologico delle persone, attraverso la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscano al miglioramento della qualità della vita dei lavoratori e delle prestazioni". Nella suddetta direttiva expressis verbis si afferma che per lo sviluppo e l'efficienza delle Amministrazioni, le condizioni emotive dell'ambiente in cui si lavora, la sussistenza di un clima organizzativo che stimoli la

_

¹ Cfr. ad es., Decisione del Consiglio d'Europa del 27 Novembre 2000, istitutiva del programma d'azione eurounitario per combattere le discriminazioni.

² Da ultimo, L. 162 del 5 novembre 2021, che modifica il codice di cui al d.lgs. 198 dell'11 aprile 2006. Tra i vari interventi che si sono susseguiti nel corso del tempo, cfr. ex multis, legge 9 dicembre 1977, n. 3, recante Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, Attuazione della direttiva2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 145, Attuazione della direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro.

³ Periodo aggiunto dall'art. 1 della legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1.

creatività e l'apprendimento, l'ergonomia – oltre che la sicurezza – degli ambienti di lavoro, costituiscono elementi di fondamentale importanza ai fini dello sviluppo e dell'efficienza delle amministrazioni pubbliche.

In dettaglio, in materia di benessere organizzativo si prevede che "per migliorare le prestazioni e gli effetti delle politiche pubbliche, è importante offrire agli operatori la possibilità di lavorare in contesti organizzativi che favoriscono gli scambi, la trasparenza e la visibilità dei risultati del lavoro, in ambienti dove esiste un'adeguata attenzione agli spazi architettonici, ai rapporti tra le persone e allo sviluppo professionale".

Dal 2006, tutte le misure vigenti a tutele delle pari opportunità sono confluite nel c. d. "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna"⁴, con l'obiettivo di favorire una divulgazione ed attuazione omogenea della disciplina antidiscriminatoria italiana.

Il codice raccoglie in un unico testo di cinquantanove articoli, divisi in quattro libri⁵, le previgenti undici leggi sulle Pari Opportunità, operando una razionalizzazione ed un riordino delle norme sulle Pari Opportunità. Il codice, nel ribadire il divieto generale di discriminazione fra uomini e donne, assegna ai diversi organismi deputati alla promozione delle pari opportunità⁶, le specifiche attribuzioni e competenze a ciò dedicate.

Il percorso regolativo italiano prosegue poi con la direttiva dei Ministri per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione e per le Pari Opportunità del 23 maggio 2007, Misure per realizzare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle Amministrazioni pubbliche, ai sensi della quale occorre "fornire nuove opportunità di sviluppo professionale e rimuovere tutti gli ostacoli che ancora si frappongono alla valorizzazione professionale e allo sviluppo di pari opportunità di carriera per i lavoratori e le lavoratrici".

In tale ottica, nell'ambito dei Contratti collettivi nel settore del Pubblico impiego⁷ sono stati istituiti i Comitati per le Pari opportunità, cui sono stati aggiunti successivamente i Comitati paritetici sul fenomeno del *mobbing*⁸.

I suddetti Comitati erano disciplinati dal D.Lgs. n° 81 del 2008⁹, che all'art. 2, lett. ee) prevedeva gli «organismi paritetici», ovvero quegli organismi "costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, quali sedi privilegiate per la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro; l'assistenza alle imprese finalizzata all'attuazione degli adempimenti in materia; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento".

Ai Comitati per la prevenzione del fenomeno del *mobbing* erano attribuite, invece, le seguenti prerogative: la raccolta dei dati relativi all'aspetto quantitativo e qualitativo del fenomeno del *mobbing* in relazione alle materie di propria competenza; l'individuazione delle possibili cause del fenomeno, con particolare riferimento alla verifica dell'esistenza delle condizioni di lavoro o fattori organizzativi e gestionali che possano determinare l'insorgere di situazioni persecutorie o di violenza morale; la formulazione di proposte di azioni positive in ordine alla prevenzione ed alla repressione delle situazioni di criticità, anche al fine di realizzare misure di tutela del dipendente interessato; la formulazione di proposte per la definizione dei codici di condotta, sentite le OO.SS. firmatarie, per la costituzione ed il funzionamento di sportelli di ascolto e per l'istituzione del consigliere/consigliera di fiducia.

Inoltre, era loro affidata l'effettuazione di interventi formativi e di aggiornamento del personale volti all'affermazione di una cultura organizzativa che comportasse una maggiore consapevolezza della gravità del

50

⁴ Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246, recentemente modificato dalla L. 162 del 2021.

⁵ E' il terzo libro del codice ad essere dedicato, specificamente, ai rapporti economici e alle Pari Opportunità nel campo del lavoro, nell'esercizio dell'attività d'impresa e nell'accesso a beni e servizi.

⁶ Gli organismi individuati dalla norma sono: la Commissione per le Pari Opportunità fra uomo e donna, il Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici, il Consigliere e i consiglieri di parità, nonché il Comitato per l'imprenditoria femminile.

⁷ Cfr. il CCLN del 1999 per il personale dirigente e il CCLN del 2000 per tutto il personale del comparto delle regioni e delle autonomie locali.

⁸ Cfr. CCNL dell'area della dirigenza e del comparto regioni e autonomie locali per il quadriennio normativo 2002-2005 e il biennio economico 2002-2003, firmato in data 22 febbraio 2006, Titolo II, Forme di partecipazione e raffreddamento dei conflitti, art. 8 Comitato paritetico sul fenomeno del *mobbing*.

⁹ Invero, questa tipologia di organismi a rappresentanza anche sindacale compaiono nelle previsioni legislative già a partire dalla fine degli anni Ottanta, quando il d.p.r. 13 maggio 1987, n. 268, all'art. 7, rubricato proprio «Pari Opportunità», prevedeva che, in sede di contrattazione decentrata del comparto amministrativo, si definissero meccanismi tesi a consentire una reale parità tra uomini e donne, anche mediante *«interventi che si concretizzino in 'azioni positive' a favore delle lavoratrici»*.

fenomeno e delle sue conseguenze individuali e sociali, nonché a favorire la coesione e la solidarietà dei dipendenti, attraverso una più specifica conoscenza dei ruoli e delle dinamiche interpersonali all'interno degli uffici, anche al fine di incentivare il recupero della motivazione e dell'affezione all'ambiente lavorativo da parte del personale.

Successivamente, al fine di superare la frammentazione di competenze, è intervenuta la legge 183 del 4 novembre 2010¹⁰. In particolare, l'articolo 21¹¹ di tale legge è interamente dedicato alle Pari Opportunità e al benessere di chi lavora nella Pubblica Amministrazione e stabilisce che ogni Pubblica Amministrazione si doti obbligatoriamente di un "Comitato Unico di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", che sostituisce e unifica i preesistenti Comitati per le pari opportunità e i Comitati contro il fenomeno del mobbing, assorbendone tutte le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle Amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni.

2. IL RUOLO DEI COMITATI UNICI DI GARANZIA

Gli attuali Comitati Unici di Garanzia sostituiscono sia i precedenti Comitati delle Pari Opportunità che quelli sul fenomeno del *mobbing*, assumendone le funzioni con l'aggiunta di nuove.

Pur operando in un'ottica di continuità con l'attività e le progettualità poste in essere dagli organismi preesistenti, i Comitati Unici di Garanzia sono, invero, organismi nuovi. La costituzione di tali Comitati rappresenta un **adempimento obbligatorio per le Pubbliche Amministrazioni**, che recepisce i principi più volte enunciati dalla legislazione eurounitaria¹², circa l'ampliamento delle garanzie da rivolgere oltre che alle discriminazioni legate al genere, anche ad ogni altra forma di discriminazione, diretta od indiretta, che possa discendere dai diversi fattori di rischio legate alle condizioni di lavoro.

Con l'ampliamento delle competenze previste dalla normativa, i C.U.G. consentono di presidiare ogni forma di discriminazione (genere, età, orientamento sessuale, razza e origine etnica, disabilità, religione e convinzioni personali), estendendo la tutela all'accesso, al trattamento e alle condizioni di lavoro, alla formazione professionale, alle promozioni e alla sicurezza.

I Comitati Unici di Garanzia sono organi paritetici composti da rappresentanti dell'Amministrazione (dipendenti) e da rappresentanti delle OO.SS. (due componenti designati da ogni Organizzazione Sindacale maggiormente rappresentativa, in base alla normativa vigente). I rappresentanti delle OO.SS. e i rappresentanti dell'Amministrazione sono nominati in pari numero.

La composizione, le competenze e gli ambiti di intervento del Comitato Unico di Garanzia sono disciplinati dalla legge, dalle Linee Guida sulle modalità di funzionamento dei Comitati Unici di Garanzia¹³, dalle misure per promuovere le pari opportunità e rafforzare il ruolo dei Comitati unici di

Garanzia nelle Amministrazioni pubbliche¹⁴, dalla contrattazione collettiva, nonché dall'atto costitutivo e dal regolamento.

In particolare, come previsto dalle Linee guida per il funzionamento dei Comitati Unici, quest'ultimi hanno compiti propositivi, consultivi e di verifica.

Con specifico riguardo alla funzione consultiva, i pareri dei Comitati Unici sono di tipo obbligatorio, non vincolante, con la conseguenza che, in caso di atto adottato senza previa richiesta del parere del C.U.G., trova applicazione la disciplina generale contenuta legge procedimento amministrativo del 1990, segnatamente con riferimento all'annullabilità e alla nullità degli atti difetto parere amministrativi, adottati del dovuto dell'organo deputato. Conseguentemente, alla luce dell'art. 21 octies comma 1 della legge n. 241 del 1990, gli atti di (ri)organizzazione dell'Amministrazione e gli atti di pianificazione-programmazione, se emanati omettendo l'acquisizione del parere del C.U.G., sono passibili di illegittimità e pertanto annullabili in base parametro del vizio di violazione di legge.

¹⁰ "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro".

¹¹ "Misure atte a garantire pari opportunità, benessere a chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche".

¹² Ex multis, Risoluzione del Parlamento europeo del 20 settembre 2001, più di recente, Comunicazione della Commissione "Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025", Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sulla strategia dell'UE per la parità di genere.

¹³ Direttiva del 4 marzo 2011 del Dipartimento della Funzione Pubblica e del Dipartimento per le pari opportunità.

¹⁴ Direttiva n. 2 del 26 giugno 2019 del Ministro per la Pubblica Amministrazione e del sottosegretario delegato alle pari opportunità.

Peraltro, sebbene il parere del C.U.G. non è vincolante, qualora l'Amministrazione si discosti dall'atto di opinione espresso da tale organo consultivo, dovrà motivare puntualmente le ragioni del non accoglimento del parere medesimo.

I Comitati Unici operano in stretto raccordo con i vertici amministrativi degli enti presso cui sono istituiti, esercitando le proprie funzioni utilizzando le risorse umane e strumentali che l'Amministrazione mette loro a disposizione.

Si tratta di organismi con competenze specifiche in materia di gestione del personale, organizzazione, conciliazione, salute e, in generale, benessere nel contesto lavorativo che possono costituire un fattore di crescita del benessere in un periodo di trasformazione e rinnovamento delle Pubbliche Amministrazioni, uno strumento funzionale e allo stesso tempo non costoso per favorire un clima migliore, nonché un attento sensore del clima generale, grazie alla sua composizione paritetica.

Il livello di operatività dei Comitati Unici è, peraltro, differente dato che in alcuni enti pubblici si è arrivati alla mera costituzione dell'organismo, in altri (i più) i Comitati Unici provvedono alla raccolta dei dati attinenti alle tematiche di loro competenza, in alcuni (i più virtuosi) procedono alla elaborazione ed attuazione di azioni positive per la prevenzione dello stress lavoro-correlato.

Essenziale è la collaborazione con l'Amministrazione in cui i Comitati Unici sono istituiti, che deve fornire ad essi tutti i dati e le informazioni necessarie a garantirne l'effettiva operatività e consultarli preventivamente ogni qualvolta siano adottati atti interni nelle materie di competenza: solo con la collaborazione delle strutture dell'Amministrazione e con il costante collegamento con esse i Comitati Unici possono svolgere appieno il loro ruolo e favorire il mantenimento di un contesto lavorativo vitale e collaborativo.

Ai Comitati Unici possono essere segnalate situazioni di disagio dei lavoratori: sebbene tali organismi non possano intervenire su casi individuali portati alla loro attenzione, possono tuttavia monitorare episodi di disagio suscettibili di interessare intere categorie di lavoratori e proporre all'Amministrazione azioni per il miglioramento del contesto lavorativo.

I Comitati Unici svolgono, altresì, un ruolo di rilievo nella prevenzione della corruzione.

Come è noto, con l'approvazione della legge 16 novembre 2012, n. 190 recante Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione l'ordinamento italiano si è dotato, nell'ambito delle iniziative di contrasto alla corruzione, di un sistema di prevenzione che si articola, a livello nazionale, nell'adozione del Piano nazionale anticorruzione e a livello di ciascuna amministrazione nell'adozione di Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza. Il Piano Triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (P.T.P.C.T.), secondo il disposto dell'articolo 1 della Legge 6 novembre 2012, n. 190, costituisce la modalità principale attraverso la quale le Amministrazioni Pubbliche definiscono e comunicano all'Autorità Nazionale Anticorruzione la valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici a rischio di corruzione e indicano gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio 15.

Ai fini della predisposizione del P.T.P.C.T., il Piano Nazionale Anticorruzione raccomanda alle Amministrazioni di realizzare forme di consultazione volte a sollecitare la società civile e le organizzazioni portatrici di interessi collettivi a formulare proposte da valutare in sede di elaborazione del P.T.P.C.T., anche quale contributo per individuare le priorità di intervento.

In tale ambito molti Comitati Unici hanno collaborato al fine di una diffusione delle circolari, direttive, linee guida, nonché dei risultati dei progetti del Piano, operando in coordinamento con i Responsabili Prevenzione Corruzione e Trasparenza delle Amministrazioni, al fine di evitare comportamenti discriminatori in conseguenza del sistema di segnalazione illeciti, come previsto dal Piano nazionale anticorruzione.

Nel campo del benessere organizzativo, le linee guida richiamano tra i compiti dei Comitati Unici, la loro azione propositiva verso la riduzione dello stress lavoro correlato, anche con specifico riferimento ai "rischi di genere".

Così, in occasione delle valutazioni periodiche svolte dai responsabili della prevenzione e sicurezza e/o dal il medico competente, i Comitati Unici possono collaborare con tali figure e con il resto dell'Amministrazione, richiamando ulteriormente la loro attenzione sui disagi derivanti da forme di discriminazione e/o violenza morale, psichica o fisica.

Nell'ambito della discriminazione di razza e origine etnica, i Comitati Unici possono chiedere che si dia conto della presenza di personale con caratteristiche particolari – quali diversità di razza e lingua – ed inserire queste variabili in eventuali questionari rivolti al personale dipendente, per testare il livello di accoglienza nei confronti di questa categoria di lavoratori.

_

¹⁵ Art. 1, comma 5.

In sintesi, i principali compiti dei Comitati Unici possono ravvisarsi nel favorire le uguaglianze di trattamento e rimuovere le disuguaglianze, per creare condizioni di pari opportunità tra i dipendenti; prevenire discriminazioni dirette o indirette, dovute a genere, età, orientamento sessuale, razza, origine etnica, disabilità, religione, lingua; contrastare qualsiasi tipo di comportamento aggressivo o vessatorio e ogni forma di violenza morale o psicologica verificando condizioni, fattori organizzativi e fenomeni che li possono generare; impedire qualsiasi episodio di *mobbing*, promuovendo codici di condotta e azioni per prevenire, arginare e analizzare il fenomeno; prevenire la corruzione; intervenire nelle sedi competenti per porre rimedio a specifici casi segnalati.

Quanto alle modalità in cui i C.U.G. concorrono al governo delle Amministrazioni, si tratta prevalentemente di effettuare un vaglio preventivo sulle determinazioni amministrative che possono incidere sulla sfera personale dei dipendenti, al fine di chiedere la censura di disposizioni direttamente o indirettamente discriminatorie o di trattamenti e regimi deteriori rispetto a quanto sia invece ragionevolmente possibile accordare ai propri dipendenti.

Si tratta, ad esempio, di valutare se i regolamenti interni attinenti al trattamento giuridico del personale offrano strumenti conciliativi dei ritmi vita-lavoro, di verificare che le commissioni di concorso siano composte, sia da membri di sesso femminile, che maschile ecc. L'operato di tali Comitati si svolge dando pareri, proponendo azioni positive, controllando l'attuazione di obiettivi nelle materie precedentemente indicate e assicurando, annualmente, un *report* al vertice politico e a quello amministrativo.

3. LE AZIONI POSITIVE E LA RELAZIONE ANNUALE SULLA CONDIZIONE DEL PERSONALE

L'origine delle azioni positive si rintraccia nella legislazione degli Stati Uniti¹⁶ che le ha introdotte e sperimentate inizialmente in relazione al contrasto delle discriminazioni fondante sulla razza, allargandone poi il campo d'azione a quelle legate alla confessione religiosa, all'origine nazionale e soprattutto al sesso per tutto ciò che attiene ai rapporti di lavoro. Le *affirmative actions*, secondo la denominazione delle azioni positive nel lessico statunitense, hanno rappresentato uno strumento essenziale di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale ed un caposaldo delle politiche di pari opportunità.

Nel nostro ordinamento, le azioni positive sono state introdotte con la Legge 125 del 1991, ottenendo un definitivo riconoscimento nel Codice delle Pari Opporunità¹⁷, che espressamente chiarisce: "Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedono vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato" ¹⁸.

La normativa italiana ha diversificato i modelli di azioni positive a seconda che si tratti di realizzarle nel settore privato, ovvero nella Pubblica Amministrazione. Per quest'ultima, tali azioni si inseriscono nell'ambito delle iniziative promosse dalle Amministrazioni per dare attuazione agli obiettivi di Pari Opportunità, in attuazione alle prescrizioni del decreto legislativo 196 del 2000.

L'articolo 7 comma 5 del decreto legislativo 196 dispone che le Pubbliche Amministrazioni adottino obbligatoriamente Piani di Azioni Positive tendenti ad assicurare, nel loro ambito, la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra donne e uomini.

Il Piano triennale di azioni positive nasce come adempimento dei Comitati Pari Opportunità, che lo proponevano all'Amministrazione, con il fine di promuovere l'inserimento delle donne nei settori e nei livelli professionali nei quali esse erano sottorappresentate.

Oggi il Piano di Azioni Positive, proposto dai Comitati Unici di Garanzia all'Amministrazione, rispecchia le competenze allargate di questo nuovo organismo e viene redatto per rispondere anche all'esigenza di contribuire al miglioramento del clima lavorativo, per favorire la condivisione dei valori di equità e di rispetto della dignità dei lavoratori. Le Pubbliche Amministrazioni adottano il Piano di Azioni Positive dopo aver acquisito il parere della Consigliera di Parità territorialmente competente.

I Piani sono un documento programmatico dell'Amministrazione e hanno durata triennale e in accordo con la Direttiva 2/2019 possono essere revisionati entro il 31 gennaio di ogni anno: la redazione di tali Piani rientra tra i compiti propositivi dei Comitati Unici di Garanzia.

Le azioni positive contenute nei Piani di Azioni Positive sono misure temporanee speciali che, in deroga al principio di uguaglianza formale, mirano a rimuovere gli ostacoli alla piena ed effettiva parità di opportunità tra donne e uomini.

Sono misure speciali, in quanto non generali ma specifiche e ben definite, che intervengono in un determinato contesto per eliminare ogni forma di discriminazione, sia diretta che indiretta e temporanee, in quanto necessarie fintanto si rilevi una disparità di trattamento tra donne e uomini.

-

¹⁶ Equal Pay Act, legge di parità salariale, del 1963; Civil Rights Act, legge per i diritti civili, del 1964.

¹⁷ D.Lgs. n. 198 del 2006 art. 1 così come riscritto dall'art. 1 del D.Lgs. n. 5 del 2010.

¹⁸ Cfr. art 1, comma 3.

La strategia delle azioni positive si occupa di rimuovere gli ostacoli che le persone incontrano, ragione delle proprie caratteristiche familiari, etniche, linguistiche, ideologiche, culturali, fisiche, psichiche sociali, rispetto genere, e universali di cittadinanza.

Le azioni positive sono uno strumento operativo della politica europea sorta da più di vent'anni per favorire l'attuazione dei principi di parità e pari opportunità tra uomini e donne nei luoghi di lavoro. Tali azioni rappresentano misure preferenziali per porre rimedio agli effetti sfavorevoli indotti dalle discriminazioni, per guardare alla parità attraverso interventi di valorizzazione del lavoro delle donne e per riequilibrare la presenza femminile nei posti di vertice. Accanto ai predetti obiettivi, si collocano azioni volte a favorire politiche di conciliazione o, meglio, di armonizzazione, tra lavoro professionale e familiare, a formare una cultura della differenza di genere, a promuovere l'occupazione femminile, a realizzare nuove politiche dei tempi e dei cicli di vita, a rimuovere la segregazione occupazionale orizzontale e verticale.

Le azioni positive, dunque, hanno la finalità di eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e favorire il loro inserimento nel mercato del lavoro: questa è la definizione che il diritto eurounitario e la Corte di Giustizia UE hanno nel tempo sostanzialmente mantenuto valida per introdurre nei corpi normativi dei singoli Paesi tale strumento di attuazione delle politiche di Pari Opportunità.

In riferimento a questi Piani, il C.U.G. svolge funzioni attive, di monitoraggio e controllo, predisponendo, entro il 30 marzo di ogni anno, una relazione sulla situazione del personale dell'Amministrazione in cui opera riferita all'anno precedente, contenente una apposita sezione sulla attuazione del Piano, come stabilito dalla citata Direttiva n. 2/2019.

La relazione sulla condizione del personale è un adempimento del Comitato Unico di dalla Garanzia previsto Direttiva della Presidenza del Consiglio Ministri del le "Linee guida sulle modalità di funzionamento CUG", recante come integrata dalla direttiva n. 2/2019 del 26 giugno 2019.

La relazione ha una duplice finalità, ossia quella di fornire uno spaccato sulla situazione del personale, analizzando i dati forniti dall'Amministrazione e, al tempo stesso, costituire uno strumento utile per le azioni di benessere organizzativo da promuovere, verificando lo stato di attuazione di quelle già inserite nel Piano di azioni positive adottato dall'Amministrazione.

Compito del C.U.G. è aggregare i dati provenienti da vari attori interni alla propria delle conclusioni all'attuazione organizzazione per trarne in merito delle tematiche competenza: attuazione dei principi di parità e pari opportunità, benessere organizzativo, contrasto alle discriminazioni e alle violenze morali psicologiche luogo di lavoro.

La relazione si compone di due parti, una prima parte dedicata all'analisi dei dati sul personale forniti dagli uffici risorse umane sulla distribuzione del personale per genere¹⁹ e dai dati raccolti con le indagini sul benessere organizzativo con riguardo alle risultanze delle azioni messe in campo. Nella seconda parte della relazione trova spazio, invece, una analisi relativa al rapporto tra il Comitato e i vertici dell'Amministrazione, nonché una sintesi delle attività curate direttamente dal Comitato nell'anno di riferimento.

Di seguito si riportano, sinteticamente, le principali azioni virtuose messe in campo dai CUG²⁰ negli ultimi anni.

Un'attenzione particolare è stata riservata, soprattutto a seguito della pandemia da Covid 19, al lavoro agile. Quest'ultimo è una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato caratterizzato dall'assenza di vincoli orari o spaziali e un'organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, stabilita mediante accordo tra dipendente e datore di lavoro; una modalità che aiuta il lavoratore a conciliare i tempi di vita e lavoro e, al contempo, favorire la crescita della sua produttività.

La definizione di *smart working*, contenuta nella legge n. 81 del 2017, pone l'accento sulla flessibilità organizzativa, sulla volontarietà delle parti che sottoscrivono l'accordo individuale e sull'utilizzo di strumentazioni che consentano di lavorare da remoto²¹.

Ai lavoratori agili viene garantita la parità di trattamento - economico e normativo - rispetto ai loro colleghi che eseguono la prestazione con modalità ordinarie. È, quindi, prevista la loro tutela in caso di infortuni e malattie professionali, secondo le modalità illustrate dall'INAIL nella circolare n. 48 del 2017.

I C.U.G. hanno seguito molto da vicino questa importante attività amministrativa mettendo il tema all'ordine del giorno delle proprie riunioni e attraverso un serrato e proficuo scambio di idee, proposte e pareri

_

¹⁹ Fruizione di istituti per la conciliazione vita-lavoro, congedi/permessi per disabilità, congedi parentali, ecc.

²⁰ Per approfondimenti si rinvia alle relazioni annuali dei singoli Comitati Unici di Garanzia.

²¹ A titolo esemplificativo, pc portatili, tablet e smartphone.

con gli Uffici amministrativi competenti, contribuendo talora alla definizione dei POLA (Piani Operativi per il Lavoro Agile).

Un'ulteriore tematica che è stata oggetto dell'attività dei C.U.G. ha avuto ad oggetto l'educazione al riconoscimento della diversità e la diffusione di una cultura fondata sul rispetto delle differenze, anche di genere. Per tale ragione, la formazione e l'informazione rivolte al personale in merito alla normativa e alle strategie da adottare in materia sono state considerate quali obiettivi di primaria importanza.

In tale ambito, i Comitati Unici hanno operato anche al fine di prevenire eventuali discriminazioni per disabilità, promuovendo strumenti di lavoro adeguati rispetto alle condizioni fisiche del dipendente – quali, ad esempio, il telelavoro, lo *smartworking* ovvero stipulando accordi con l'UNAR²² e con l'INAIL per la segnalazione e trattazione di casi di disabilità, nonché per il miglioramento dei protocolli di reinserimento da infortunio sul lavoro.

Nel contesto della promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro prevista dalla direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n. 3/2017, vari C.U.G. hanno seguito da vicino e con attenzione i progetti relativi all'apertura di asili nido presso la sede delle Pubbliche Amministrazioni e sono stati promossi strumenti flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, quali il telelavoro, il *co-working*²³ e l'orario multiperiodale²⁴.

Particolare attenzione è stata riservata nei confronti del personale assente dal lavoro per lunghi periodi (es: maternità), attuando sistemi di informazione/formazione per favorirne il reinserimento.

Nell'ambito del contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica è stata rafforzata l'azione dei Consiglieri di Fiducia e sono state predisposte azioni di informazione, formazione e sensibilizzazione sull'antidiscriminazione.

Inoltre, i Comitati Unici hanno svolto un importante ruolo consultivo e propositivo in varie Amministrazioni in cui sono stati adottati i Codici etici, di condotta, di comportamento.

Vari Comitati Unici, inoltre, hanno posto in essere azioni in materia di benessere organizzativo, salute e sicurezza, promuovendo la consapevolezza sulle differenze tra uomini e donne nelle rispettive condizioni di esposizione al rischio e di potenziali pericoli per la salute ed iniziative di prevenzione, nonché invitando le Amministrazioni alla stipula di convenzioni con enti e presidi medico-sanitari e alla realizzazione di campagne di sensibilizzazione a un corretto e sano stile di vita.

Peraltro, poiché tra gli obiettivi posti ai C.U.G. dal legislatore vi è il perseguimento del l'ottimizzazione e la razionalizzazione delle Pubbliche Amministrazioni, la loro azione sovente è stata rivolta anche ai processi di valutazione del personale ed ai percorsi di carriera offerti dalle Amministrazioni: sono state proposte azioni positive sinergiche per la valorizzazione di meriti e competenze in previsione della assegnazione degli incarichi dirigenziali e degli altri ruoli che comportavano un avanzamento di carriera, e, in un'ottica di genere, ove rilevata una scarsa presenza femminile nei livelli dirigenziali, i Comitati hanno evidenziato la percentuale delle posizioni apicali o di rilevo attribuite alle donne all'interno delle Amministrazioni.

In sintesi, l'operato dei Comitati Unici in questi anni può dirsi si sia concentrato nell'adozione di azioni volte ad assumere misure efficaci rispetto a: l'eliminazione di stereotipi di genere al fine di promuovere la piena partecipazione femminile in tutte le sfere sociali; lo sviluppo di servizi accessibili e di alta qualità per l'infanzia; la promozione di sistemi lavorativi flessibili; il rafforzamento di politiche di prevenzione e protezione contro la violenza di genere.

4. CONCLUSIONI

Dall'analisi effettuata emerge inequivocabilmente che, allo stato, molte ed apprezzabili iniziative sono state effettuate dai C.U.G. presenti nel territorio. Tuttavia, dalla verifica sull'effettiva operatività degli strumenti ed istituti dedicati alle pari opportunità operata, a livello centrale, dal Dipartimento Pari Opportunità, che annualmente relaziona sul loro stato di avanzamento, si evince, talora, un sottoutilizzo di tali Comitati da

²² L'Ufficio Nazionale Anti-discriminazione Razziale, conosciuto anche con l'acronimo UNAR, è un organismo per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza, sull'origine etnica e sulle disabilità. È attivo in Italia dal 2003 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Pari Opportunità.

²³ Tale modalità lavorativa consente al dipendente di lavorare presso una sede diversa da quella di appartenenza.

²⁴ L'orario multiperiodale consiste nella programmazione di calendari di lavoro plurisettimanali con orari anche superiori alle ore settimanali ordinariamente previste, per poi prevedere il recupero del maggior lavoro effettuato anche tramite la riduzione del numero delle giornate lavorative nell'anno.

parte delle Amministrazioni, che induce a ritenere che molto potrebbe essere ancora realizzato per garantire una tutela delle pari opportunità di tipo effettivo.

Non va sottaciuto che, sebbene il d.lgs. n. 165 del 2001 metta a disposizione delle Pubbliche Amministrazioni una varietà di mezzi per garantire le pari opportunità, tali mezzi devono essere reperiti dalle Amministrazioni stesse «senza nuovi oneri per la finanza pubblica». Da ciò deriva che l'impegno lavorativo che i membri dei Comitati dedicano all'attività dei C.U.G. si svolge nell'ambito del loro orario di lavoro di dipendenti/dirigenti dell'Amministrazione.

Pertanto, pur essendo l'attività svolta in seno al Comitato un'attività lavorativa a tutti gli effetti, tale attività è in concorrenza con il tempo che i membri del Comitato, in qualità di dipendenti/dirigenti di Pubblica Amministrazione devono riservare in via preferenziale al loro ruolo nella P.A. Necessariamente tale concorrenza comporta una contrazione dell'impegno che i membri del Comitato possono dedicare alle riunioni (poche Amministrazioni riescono a riunirsi mensilmente e sovente non tutti i membri riescono a garantire la loro presenza), nonché una certa difficoltà ad indire eventuali incontri supplementari suggeriti dalle norme, ove sia richiesto un parere preventivo del C.U.G. su questioni urgenti.

Oltre al tempo, un'altra criticità che talora emerge nell'ambito dei Comitati è la necessità di competenza dei membri che ne fanno parte. Ogni Comitato dovrebbe essere composto da membri competenti in un'ampia gamma di materie, già di pertinenza di altri servizi e unità operative dell'Amministrazione in cui il Comitato è chiamato ad operare²⁵ e tuttavia può risultare difficile individuare membri che dispongano delle suddette competenze.

Nella prassi, le Pubbliche Amministrazioni tendono, al fine di garantire la competenza dei membri del Comitato in materie così specifiche, a reclutare un certo numero di membri presso le medesime strutture preposte alla gestione di tali funzioni, talora scegliendo personale che in queste ricopre ruoli apicali o di responsabilità.

In tal modo, da un lato, viene garantita la competenza, dall'altro la presenza di figure che ricoprono ruolo apicali in settori strettamente connessi a quelli del C.U.G. favorisce la connessione verso gli uffici ed i servizi affini, a beneficio dell'operatività dei Comitati.

Sebbene non siano mancate obiezioni nei confronti di questa opzione che, per quanto legittima, può rischiare di attenuare il momento del confronto critico e del reciproco controllo, si è dell'avviso che tale scelta possa essere, in concreto, una buona soluzione, dovendo però valutarsi in tal caso, con estrema accuratezza, la compresenza di quelle attitudini personali, relazionali e motivazionali richieste dalle linee guida.

In particolare, una forte motivazione deve necessariamente caratterizzare ogni membro del Comitato (motivo per cui nella selezione dei membri dovrebbe essere data particolare attenzione a tale aspetto), tenendo conto che nella realizzazione delle prerogative dei C.U.G. un ruolo determinante dipende sia dalla buona volontà dei vertici della Pubblica Amministrazione, che dei membri dei Comitati stessi.

Infine, affinchè l'operato dei C.U.G. risulti sempre più efficace, determinante è il creare delle relazioni interne ed esterne all'ente. In tale ottica, andrebbe rafforzato il Forum Nazionale dei Comitati Unici di Garanzia, operativo dal 2015²⁶, ossia una rete di C.U.G. di diverse Amministrazioni spontaneamente costituita, nata come "azione positiva" per uno scambio di esperienze, competenze e buone prassi tra Amministrazioni ed enti diversi tra loro al fine rafforzare il ruolo dei Comitati Unici di Garanzia.

Il Forum nazionale dei C.U.G. ha un regolamento e strumenti operativi: un Comitato di coordinamento, una Segreteria, Commissioni tematiche e per macro aree. Obiettivi del progetto sono: rinforzare le potenzialità dei singoli C.U.G. attraverso la costituzione di un sistema che consenta il confronto e la dialettica tra Amministrazioni anche diverse tra loro; contribuire attraverso i C.U.G. all'innovazione della Pubbliche Amministrazioni; avere un ruolo nella valorizzazione del benessere dei lavoratori pubblici e delle organizzazioni; realizzare pari opportunità di genere ma anche prevenire e contrastare tutte le condotte discriminatorie con riferimento ad ogni fattore di rischio; superare i modelli di autoreferenzialità delle P.A. e contribuire alla nascita di una cultura del confronto e delle sinergie.

56

²⁵ Le linee guida, nell'illustrare le competenze che dovrebbe avere il presidente del C.U.G., specifica che alcune di queste devono essere comuni a tutti/e i/le componenti. In particolare, i membri dei Comitati, oltre ad adeguate attitudini personali, relazionali e motivazionali, devono possedere specifiche conoscenze nelle materie di competenza del C.U.G., nonché aver maturato – durante il proprio personale percorso professionale – esperienze nell'ambito delle pari opportunità e/o del *mobbing*, del contrasto alle discriminazioni. Vi sono poi delle competenze specifiche, si pensi, ad esempio a quella inerente la gestione delle risorse umane, così come previsto dal punto 3.1.3 delle linee guida, ovvero alla competenza in materia di comunicazione, necessaria al fine di diffondere l'operato del Comitato all'esterno, di cui solo personale altamente qualificato o appartenente a determinati uffici può disporre.

²⁶ Il progetto è nato nel 2015 con la sottoscrizione della Carta del Forum nazionale dei C.U.G. a Montecitorio il 16 giugno 2015.

Il potenziamento di tale rete, attraverso cui vengono condivise conoscenze, buone pratiche e competenze favorirebbe, infatti, l'individuazione di soluzioni avverso criticità di cui taluni membri della rete abbiano già fatto esperienza, o la produzione di soluzioni originali, grazie alla condivisione delle competenze²⁷.

Le potenzialità della figura dei Comitati Unici, come visto, sono notevoli ed è auspicabile una loro sempre maggiore operatività, trattandosi di strutture che offrono garanzie di equilibrio, serietà, attendibilità delle indagini ed imparzialità nell'operare.

²⁷ Sussistono peraltro delle esperienze positive di rete tra i C.U.G. affini, quali ad esempio la rete dei C.U.G. delle regioni e delle agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, si tratta però di esperienze isolate che potrebbero essere implementate, in modo che vi sia tra i veri C.U.G. affini un'attività continua e coordinata e non solo interventi sporadici e frammentari.

57



E-mail: minervini.lucia@gmail.com

Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Brevi annotazioni in tema di trasparenza e accesso nei contratti pubblici

Notes on transparency and access in public contracts. Brief notes on transparency and access in public contracts

Lucia Minervini

Magistrato presso la Corte dei Conti

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords:	Il contributo si incentra sul tema della trasparenza nell'ambito dei contratt pubblici affrontando le problematiche relative alla coesistenza dell'accesso documentale agli atti di gara e dell'accesso civico semplice e universale e l'introduzione dei nuovi obblighi di pubblicazione posti in capo alle stazion appaltanti.
Trasparenza Accesso documentale Accesso civico	
Keywords:	The contribution focuses on the issue of transparency in the context of public contracts, addressing the problems relating to the coexistence of
Transparency Documentary access Civic access	documentary access to tender documents and simple and universal civic access.
(cc) BY-NC	
Autore corrispondente:	
Lucia Minervini Magistrato presso la Corte dei Cor	nti

Sommario: **1.** Note introduttive sulle diverse connotazioni della trasparenza in tema di commesse pubbliche **2.** Accesso documentale, accesso civico e trasparenza amministrativa: un quadro normativo composito **3.** La trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici **4.** L'accesso civico e limiti **5.** I principi dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2020

Summary: 1. Introductory notes on the different connotations of transparency in terms of public procurement - 2. Document access, civic access and administrative transparency: a composite regulatory framework. - 3. Administrative transparency in the public contracts code - 4. Civic access and limits - 5. The principles of the Plenary Meeting of the Council of State No. 10 of 2020

1. NOTE INTRODUTTIVE SULLE DIVERSE CONNOTAZIONI DELLA TRASPARENZA IN TEMA DI COMMESSE PUBBLICHE

Il settore delle commesse pubbliche, dei procedimenti ad "evidenza pubblica" reca con sé l'esigenza di rendere trasparenti i processi di acquisto e le scelte di allocazione delle risorse pubbliche compiute dalle amministrazioni¹.

Alla pubblicità del procedimento a garanzia della *par condicio* degli operatori economici e massima partecipazione, disciplinata secondo le modalità di volta in volta indicate nel codice, si aggiungono, a seguito delle diverse modifiche normative degli ultimi anni, ulteriori regimi di trasparenza² che rispondono anche all'esigenza di moralizzazione della pubblica amministrazione e di lotta ai fenomeni corruttivi. La stratificazione delle norme e la moltiplicazione degli istituti porta con sé l'esigenza di operarne il raccordo.

Il riferimento è alle multiformi discipline dell'accesso documentale e civico (c.d. semplice e universale) che hanno richiesto un particolare sforzo di approfondimento dottrinale e l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato per dirimere contrasti interpretativi, chiarirne le reciproche interferenze e definirne i confini applicativi, con particolare riguardo al settore dei contratti pubblici.

Il contributo si incentra sul tema della trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici affrontando le problematiche relative alla coesistenza dell'accesso documentale agli atti di gara e dell'accesso civico semplice e universale e l'introduzione dei nuovi obblighi di pubblicazione posti in capo alle stazioni appaltanti

2. ACCESSO DOCUMENTALE, ACCESSO CIVICO E TRASPARENZA AMMINISTRATIVA: UN QUADRO NORMATIVO COMPOSITO

Il binomio trasparenza e contratti pubblici, come detto, attraversa l'intera disciplina di settore ed invero, figura all'articolo 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, tra i principi indefettibili che nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, unitamente a quelli di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e pubblicità.

Peraltro, una lettura del principio di trasparenza sensibile alle istanze conoscitive dei cittadini si rinviene anche all' art. 15 del TFUE secondo cui al fine di garantire la partecipazione alla società civile gli organi UE operano nel modo più trasparente possibile; all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che nel disciplinare il diritto ad una buona amministrazione include anche il diritto di accesso, all' art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che oltre ad affermare la libertà di manifestazione del pensiero, tutela e garantisce la libertà di informare ed essere informati.

Il principio di trasparenza pur non trovando espressa menzione nel testo costituzionale trova fondamento nell'art.97 Cost. che afferma i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, nell'art. 21 Cost. che tutela la libertà di manifestazione del pensiero e di informazione (che contiene al suo interno anche la libertà all'informazione), nell'art. 117 co 2 lett m) Cost. che tutela i livelli essenziali delle prestazioni ivi inclusi l'accesso e la trasparenza qualificati dall'art. 29 comma 2bis della l. 241 del 1990 principi generali dell'azione amministrativa attinente ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, negli artt. 24 e 113 della costituzione in ragione della maggiore garanzia che la conoscibilità degli atti appresta alla tutela giurisdizionale.

Diverse sono le forme di attuazione del principio generale.

Più nel dettaglio, il codice dei contratti pubblici disciplina nell'art. 53 l'accesso documentale agli atti di gara, quale derivazione dell'analogo istituto disciplinato dalla legge generale sul procedimento amministrativo, consistente nel diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi con specifiche disposizioni in punto di limitazione, differimento e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che vengono in rilievo nel mercato delle gare pubbliche.

¹ P. Lazzara, *Introduzione al sistema dei contratti della Pubblica amministrazione*, in II diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni aggiornato al d.l. 77/2021 a cura di Paolo Lazzara, Aracne editore, I Edizione, novembre 2021; S. Toschei, *il sistema della trasparenza*, in La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative. Il sistema di prevenzione della corruzione in materia di trasparenza e di tutela della privacy, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, FF Tuccari, Milano 2021; Sergio Foà, La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso in Manuale di diritto amministrativo, a cura di Carlo Emanuele Gallo p. 265 ss Giappichelli editore, 2020; sia consentito rinviare altresì a L. Minervini, *principi di trasparenza e accesso civico semplice e generalizzato* p. 63 e ss in II diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni aggiornato al d.l. 77/2021 a cura di Paolo Lazzara, Aracne editore, 2021.

² F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità* totale e riservatezza, in *federalismi.it*, 2013, osserva che l'evoluzione della trasparenza può ricondursi a tre tappe evolutive segnate da altrettanti interventi normativi: la stagione della l. 241 del 1990, quella dell'affermazione dell'accessibilità totale in chiave efficientistica di cui al d.lgs. 150 del 2009 e, il nuovo corso inaugurato con il decreto trasparenza nel 2013, modificato dal d.lgs. 97 del 2016

La regola generale è l'accessibilità degli atti amministrativi che può essere negata, se non risulti sufficiente il differimento³. Il comma 5 dell'art. 53, esclude in via assoluta dal diritto di accesso i pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici (art. 53, comma 5, lett. b); le relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto (art. 53, comma 5, lett. c); le soluzioni tecniche e i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale (art. 53, comma 5, lett. d). Costituisce invece, un' ipotesi di esclusione relativa, quella di cui alla lett. a) del comma 5 dell'art. 53 relativa alle offerte per cui il diritto di accesso è differito fino all'aggiudicazione ma è, comunque, escluso in relazione "alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Tale divieto, peraltro, ha carattere relativo poiché il comma 6 dell'art. 53 consente l'accesso al concorrente, ove lo stesso risulti strumentale allo svolgimento della difesa in giudizio dei propri interessi.

Il divieto di divulgazione riguarda la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti al fine di evitare che le concorrenti possano servirsi dell'accesso per carpire in maniera indebita le conoscenze possedute da altri, piuttosto che per valutare la legittimità del provvedimento. In conclusione ciò che è sottratto all'accesso, non è l'offerta nel suo complesso ma solo la parte di essa che afferisce ai "*segreti tecnici e commerciali*". Di conseguenza Pertanto, ove oggetto dell'istanza di accesso sia l'intera offerta, essa deve essere esibita al richiedente depurata delle parti per le quali prevalgano ragioni di riservatezza, che operano al ricorrere dei presupposti indicati dalla legge.

La peculiarità della disciplina dell'accesso agli atti di gara si rinviene nella previsione contenuta nel comma 6 del citato art. 53, per cui qualora si versi nell'ipotesi di "segreti tecnici o commerciali" l'ostensione è consentita (solo) ai fini «della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto» a differenza dell'art. 24, comma 7, della 1. 241 del 1990 che consente l'accesso difensivo ove necessario per la cura e la tutela della posizione giuridica del richiedente senza alcuna restrizione sul piano processuale, offrendo, dunque, più ampie possibilità come di recente evidenziato dall'adunanza plenaria del Consiglio di stato, sentenza 18 marzo 2021, n. 4⁴, pur precisando che l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

In definitiva, per giustificare il rifiuto di accesso è necessario per un verso una specifica motivazione che evidenzi le ragioni di "concreta segretezza commerciale" dell'offerta, non essendo sufficiente la mera opposizione dell'offerente, come già sopra esposto, e per_l'altro, un accurato controllo da parte della stazione

³ In tema di accesso documentale si vedano adunanza plenaria del consiglio di stato, sentenze nn. 19 e 20 del 25 settembre 2020 in www.giustizia-amministrativa.it che hanno affermato i seguenti principi di dirittoLe dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (d)agli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990»;

⁽ii) «L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.»;

⁽iii) «L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia»;(iv) «L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato mediante estrazione di copia». ⁴ Ad. Plen. Cons. di Stato, sentenza 18 marzo 2021, n 4 ha espresso i seguenti principi di diritto:" in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; b) la pubblica amministrazione detentrice del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrice del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990".

appaltante che porti ad escludere l'effettiva utilità e/o pertinenza della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio⁵.

3. LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici con la previsione dell'art. 29 recante "Principi in materia di trasparenza del codice dei contratti pubblici ha trovato ingresso la nuova trasparenza amministrativa introdotta dal d.lgs.14 marzo 2013, n. 33 (c.d. decreto trasparenza), e successive modifiche, che assume il significato di *accessibilità totale* ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle risorse pubbliche mediante l'obbligo posto in capo alla pubblica amministrazione di pubblicare determinati dati sul proprio sito istituzionale.

Il citato art. 29 –collocato nel titolo IV relativo ai principi comuni, prevede al primo comma, l'obbligo di pubblicazione sul proprio sito istituzionale sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 di "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, (...), alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti.

Il bilanciamento tra esigenze di trasparenza degli atti relativi ai principali momenti della gara e la riservatezza è attuato con il richiamo alle limitazioni e divieti recati dall'articolo 53 a tutela di interessi pubblici e privati, quali la riservatezza delle imprese, ecc⁶.

Quanto agli effetti della pubblicazione, si precisa altresì da un lato che tali atti recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente e dall'altro che "fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente".

Sul rapporto tra le disposizioni sopra citate, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, in linea con la previsione contenuta nell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016⁷. Ciò posto l'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta⁸.

La disciplina della trasparenza si specifica con le previsioni del comma 2 dell'art. 29 riscritto ad opera dell'art.53, comma 5, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 a norma del quale tutte le informazioni inerenti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite

61

⁵ T.A.R. Veneto, Sez. I, 18 luglio 2018, 802 precisa che il principio di subordinazione del diritto alla riservatezza dei dati e dei documenti rispetto all'accesso non è assoluto ma relativo: va applicato tenendo conto delle ragioni effettive che supportano l'esigenza di conoscenza della documentazione in rapporto alla situazione in cui matura la domanda di accesso. Nel caso di specie secondo il giudice la ricorrente intendeva utilizzare per scopo meramente esplorativo l'accesso ad alcuni documenti dell'offerta tecnica per cui era stato opposto il segreto tecnico-industriale derivante da brevetto industriale e dal rischio di plagio da parte delle concorrenti per l'alta tecnologia e innovatività dei prodotti, fondamentali per il futuro del marchio. Sul tema sia consentito richiamare Lucia Minervini, , accesso agli atti di gara e riservatezza degli offerenti p. 95 e ss in Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni aggiornato al d.l. 77/2021 a cura di Paolo Lazzara, Aracne editore, 2021;

⁶ A. Donato, Accesso agli atti di gara: intera offerta tecnica coperta da segreto e impugnazione dell'aggiudicazione, 25 febbraio 2021 in riferimento a Cons. St. sez. III 16 febbraio 2021, n. 1428 in www.legal-team.it ⁷ Cons. Stato Sez. V, 3 maggio 2021, n. 3466.

⁸ Cons. Stato Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4753, Cons. Stato Sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575 precisano che la decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto va collocata: dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentante) ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, D.Lgs. n. 50/2016 dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016 ma solo a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale; dalla proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta oppure dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara "purchè gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9.

Si prevede inoltre che l'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, in materia di accesso agli atti di gara e riservatezza, e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73.

Il comma in argomento si chiude con la precisazione che "Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici"⁹.

4. L'ACCESSO CIVICO E LIMITI

Il sistema della trasparenza è arricchito dagli istituti dell'accesso civico semplice o da pubblicazione e universale. In particolare, l'art. 5, comma 1, del citato decreto trasparenza, riconosce il potere dei cittadini ed enti di controllare democraticamente se un'amministrazione pubblica abbia adempiuto gli obblighi di trasparenza previsti dalla legge, attribuendo a "chiunque" l'esercizio del c.d. "diritto di accesso civico", e cioè la possibilità di chiedere all'amministrazione inottemperante agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge di rilasciare i dati nei casi in cui sia stata omessa la pubblicazione ¹⁰. Il legislatore ha inteso così garantire una più stringente verifica dei conti pubblici, delle spese connesse al funzionamento degli uffici e dei servizi e, dunque, dell'effettiva rispondenza dei servizi erogati ai bisogni dei cittadini, avvalendosi di questi ultimi, quali cives, come tali responsabili anch'essi della gestione della cosa pubblica. L'accesso civico semplice trova cittadinanza nel sistema dei contratti pubblici per il tramite del citato art. 29.

A seguito, poi, della novella operata dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 il legislatore ha introdotto il c.d. l'accesso "libero e universale" ispirato al *freedom of information act* c.d. FOIA di derivazione statunitense¹¹.

L'art. 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013, prescindendo dall'omessa pubblicazione dell'amministrazione, assicura a «chiunque» il «diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis».

Giova precisare che il legislatore ha posto dei limiti tassativi alla pretesa di conoscenza generalizzata prevedendo la possibilità di rigettare l'istanza qualora il diniego sia necessario "per evitare un pregiudizio concreto" alla tutela di uno degli interessi pubblici o privati elencati nel nuovo art. 5-bis, rispettivamente, ai

⁹ Decreto-Legge 18 aprile 2019 n. 32 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" (c.d. Decreto Sblocca Cantieri), pubblicato sulla G.U. n. 92 del 18 aprile 2019 ha apportato, con gli articoli 1 e 2, numerose modifiche al d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). L'art. 1, comma 1, lett. c) del d.l. n. 32/2019 ha modificato l'art. 29 del Codice dei contratti pubblici e soppresso mediante l'art. 1, comma 4, del d.l. in argomento il cd. rito super-accelerato di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a. Inoltre il d.l. 32/2009 all'articolo 76, dopo il comma 2 ha inserito il seguente: "2-bis che prevede l'obbligo delle stazioni appaltanti di comunicare individualmente ai concorrenti (d'ufficio ed entro cinque giorni) il provvedimento recante le esclusioni/ammissioni dalla procedura, unitamente all'indicazione dell'ufficio o del collegamento informatico ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ad atti. Il d.l. n. 32 del 2019 è stato convertito, con modificazioni dalla l. n. 55 del 14 giugno 2019 entrata in vigore il 18 giugno 2019 che ha confermato le suddette modifiche alla disciplina in parte qua, cfr. Il Sole 24 Ore Focus, lo sblocca cantieri riforma gli appalti, 3 luglio 2019

¹⁰ Sul piano definitorio si veda l'art. 5 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", come modificato dall'art. 2, del Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124" e Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013 – Art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/201, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

Su trasparenza e accesso civico si veda: E. Carloni, l'obbligo di pubblicazione, op. cit.; A. Cauduro, Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazio limitata, in Diritto Amministrativo», op. cit.; A. Corrado, Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione, op. cit., p. 104 e ss.;; A. Corrado, L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato, in federalismi.it, n. 10 del 15 aprile 2020

¹¹ Così definito nel parere n. 515 del 24 febbraio del cons. St., mentre nelle Linee guida ANAC viene definito civico generalizzato per distinguerlo dall'accesso civico semplice connesso agli obblighi di pubblicazione, G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Giappichelli Editore, 2017, p. 96 ss

commi 1 e 2¹². Tenuto conto della innovatività della disciplina l'ANAC nel 2016 d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, ha dettato Linee Guida recanti le prime indicazioni operative ai fini delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico.

Giova altresì evidenziare che l'amministrazione deve valutare la sussistenza di un nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio ad uno o più degli interessi elencati che devono essere specificamente indicati, non risultando sufficiente la prefigurazione in via generica ed astratta di un pregiudizio ai fini del diniego di ostensione degli atti e, deve valutare, altresì, se il pregiudizio conseguente all'accesso sia un evento altamente probabile e non soltanto possibile in relazione al contesto temporale in cui viene formulata la domanda di accesso e non in termini astratti e atemporali.

Tra gli interessi pubblici sono indicati la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la difesa e le questioni militari, le relazioni internazionali, la politica e la stabilita finanziaria ed economica dello stato, la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, il regolare svolgimento di attività ispettive.

Nell'elenco degli interessi privati vi sono la protezione di dati personali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, *gli interessi economici e commerciali*.

Inoltre, si prevede l'esclusione assoluta del diritto di cui all'art. 5, comma 2, «nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

Tale previsione normativa, come si dirà nel seguito, ha dato luogo a diversi contrasti interpretativi in ordine alla possibilità di sottrarre all'applicazione della nuova disciplina l'intera materia dei contratti pubblici.

In coerenza con il principio di proporzionalità, i successivi commi 4 e 5 dell'art. 5-bis prevedono, rispettivamente, la possibilità per la pubblica amministrazione di escludere l'accesso solo rispetto ad alcuni dati o alcune

parti del documento richiesto, o di fare ricorso al potere di differimento ove sufficiente a garantire la tutela dei suddetti interessi.

Inoltre, sotto il profilo temporale, si prevede che i suddetti limiti si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato.

5. I PRINCIPI DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO N°10 DEL 2020

¹² Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013, art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14/03/2013 recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 in www.anac.it P. Lazzara, La regolazione amministrativa: contenuto e regime, in Diritto Amministrativo, 2/2018, Giuffrè, Milano. Le suddette Linee guida definiscono le tre tipologie di accesso e ne circoscrivono i rispettivi ambiti, inoltre, al fine di evitare comportamenti disomogenei della stessa amministrazione nell'attuazione della disciplina invitano le amministrazioni a provvedere all'adozione di una disciplina sulle diverse tipologie di accesso (anche nella forma di un regolamento interno), ad individuare gli uffici competenti a decidere sulle richieste di accesso generalizzato; all'adeguamento organizzativo al fine di rafforzare il coordinamento dei comportamenti delle richieste di accesso generalizzato provvedendo alla concentrazione della competenza a decidere sulle stesse in un unico ufficio (dotato di risorse professionali adeguate, che si specializzano nel tempo accumulando know how ed all'istituzione presso ogni amministrazione di un registro delle richieste di accesso presentate per tutte le tipologie di accesso di cui ANAC auspica la pubblicazione almeno ogni sei mesi nella sezione amministrazione trasparente "altri contenuti- accesso civico" al fine di consentire un monitoraggio delle decisioni assunte dalle varie amministrazione a garanzia delle uniformità delle decisioni

Con riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici la questione dell'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato¹³ ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti che hanno portato alla importante decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.10 del 2020¹⁴.

In via preliminare il Consiglio di Stato ha definito l'accesso generalizzato come diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento riconosce alla persona, diventando precondizione per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento.

La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato è evincibile, secondo l'Alto consesso, dagli artt. 1, 2, 97 e 117 della Costituzione, è riconosciuta e garantita dall'art. 42 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea per gli atti delle istituzioni europee e, in una prospettiva convenzionale, rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 della CEDU.

Inoltre, la Plenaria pone in assoluto risalto la valenza solidaristica del diritto in questione poiché afferma che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva degli atti "è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso". Pertanto, l'accesso documentale continua a sussistere, parallelamente ai "nuovi" accessi pur restando fermi i diversi presupposti di legittimazione in capo al richiedente come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 10 del 2 aprile 2020.

Nell'indagare i rapporti tra le varie tipologie di accesso e le relative discipline, con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici, la citata Plenaria si è soffermata sul dovere dell'amministrazione di esaminare l'istanza formulata in modo generico "ancipite" (cioè senza riferimento ad una specifica ipotesi di accesso), vagliando la sussistenza dei presupposti sia dell'accesso c.d. tradizionale (di cui alla l. 241 del 1990), che di quello civico generalizzato di cui all'art. 5 del d.lgs. 33 del 2013.

Infatti, solo nel coso in cui l'istante abbia inteso, espressamente e inequivocabilmente, limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, quello documentale o quello civico, la pubblica amministrazione dovrà limitarsi ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sui presupposti dell'altra forma di accesso, non richiesta dall'interessato (punto 10) e ciò in quanto operando diversamente si pronuncerebbe, "con una sorta di diniego difensivo "in prevenzione", su una istanza, quella di accesso civico generalizzato, mai proposta, nemmeno in forma,implicita e/o congiunta o, ancipite dall'interessato, che si è limitato a richiedere l'accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990 (punto 11.2).

Quanto alla riconduzione nell'alveo di applicazione dell'accesso civico anche della materia degli appalti la Plenaria giunge ad una posizione di segno positivo. Pur non ignorando l'infelice formulazione della disposizione di cui all'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, la sentenza osserva che l'interpretazione, ancorata al dato letterale e ad un inquadramento dei rapporti tra le varie discipline nell'ambito del solo principio di specialità, condurrebbe all'esclusione di interi ambiti di materie dall'accesso generalizzato. Si perverrebbe, aderendo a siffatta impostazione ermeneutica, ad introdurre un limite – quello di materia – non previsto espressamente dal legislatore, e a dar vita ad una sorta di "buco nero della trasparenza" 15.

Una lettura sistematica, costituzionalmente orientata, impone, al contrario, un approccio restrittivo ai limiti all'accesso, secondo un'interpretazione tassativizzante, ed induce a guardare i diversi regimi normativi secondo un "canone ermeneutico di completamento/inclusione", che consenta un'integrazione degli stessi in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo.

¹³ Per gli atti compresi negli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, quindi, potranno operare cumulativamente tanto il diritto di accesso 'classico' *ex* 1. 241 del 1990 quanto il diritto di accesso civico ex d.lgs. n. 33 del 2013, mentre, per gli atti non rientranti in tali obblighi di pubblicazione, opererà, evidentemente, il solo diritto di accesso procedimentale 'classico' di cui alla l. n. 241 del 1990. Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 5671 in *www.giustizia-amministrativa.it*.; Cons. St., sez. VI con sentenza 651 del 2018 in *www.giustizia-amministrativa.it*. In giurisprudenza è stato chiarito che le disposizioni che lo disciplinano sono pienamente e direttamente applicabili alle Regioni e agli Enti locali, in quanto tutti gli obblighi contemplati dal d.lgs. n. 33 del 2013 sono intesi quali "livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e costituiscono altresì esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. *r*), Cost." (art. 1, comma 3). Così, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 567

¹⁴ A. Berti, note a margine dell'adunanza plenaria del Cons. St. 2 aprile 2020, n.10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Sergio Foà, La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso in Manuale di diritto amministrativo, a cura di Carlo Emanuele Gallo p. 265 ss Giappichelli editore, 2020; Roberto Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, XV Edizione 2021-2022, p. 717 e ss., neldiritto editore.

Con riferimento all'accesso agli atti della fase di esecuzione del contratto la Plenaria ha riconosciuto la sussistenza di un interesse legittimante l'accesso in capo al concorrente non aggiudicatario ai sensi degli art. 22 e ss della l. 241 del 1990, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione del contratto e allo scorrimento della graduatoria. In definitiva occorre, ai fini dell'accesso, che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza poiché in tal caso l'istituto in argomento svolgerebbe una finalità, espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della l. n. 241 del 1990).

Più in generale con riferimento alla fase dell'esecuzione si evidenzia che la stessa "rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio Secondo i giudici esiste, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile – applicabili «per quanto non espressamente previsto dal presente codice e negli atti attuativi»: art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016) – e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100-113-bis del d. lgs. n. 50 del 2016), sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale".

La plenaria del Cons. St. n. 10 del 2020 ha precisato che «la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza».

Emerge dalle linee sinteticamente descritte la convergenza del sistema normativo e giurisprudenziale verso una complementarietà delle discipline per attuare al massimo grado possibile il principio della trasparenza amministrativa.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Riforma radicale delle Pubbliche Amministrazioni e ruolo strategico dei comportamenti etici

Radical reform of Public Administrations and strategic role of ethical behavior

Fabrizio Giorgilli

Dirigente Pubblica Amministrazione e docente a contratto in "Psicologia del lavoro e delle organizzazioni" presso l'Università degli Studi del Molise

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords:	Oggi è tornata al centro la funzione strategica della Pubblica Amministrazione, considerando la globalizzazione selvaggia e la Pandemia.
Virtù Comportamenti Pubblica Amministrazione Potere Carriera Valutazione	Serve una riforma radicale del settore pubblico, puntando sui comportamenti etici. La Costituzione Italiana è un punto di riferimento. L'"Etica delle Virtù" offre una metodologia solida, già valorizzata nel nord europea e nelle culture anglosassoni. E' necessario, inoltre, riformare la concezione del potere, delle carriere, della valutazione e della formazione in un'ottica di riorganizzazione per processi. Questo il percorso proposto da questo lavoro.
Keywords: Virtues Behaviors Public Administration Power Career Assessment	Today the strategic function of the Public Administration has returned to the center, taking into account the wild globalization and the Pandemic. We need a radical reform of the public sector, focusing on ethical behavior. The Italian Constitution is a point of reference. The "Ethics of Virtues" offers a solid methodology, already valued in northern Europe and in Anglo-Saxon cultures. It is also necessary to reform the concept of power, careers, evaluation and training in a perspective of "reorganization by processes". This is the path proposed by this work.



Autore corrispondente:

Fabrizio Giorgilli

Dirigente Pubblica Amministrazione e docente a contratto in "Psicologia del lavoro e delle organizzazioni" presso l'Università degli Studi del Molise

E-mail: fabrizio.giorgilli@unimol.it

Sommario: **1.** Introduzione - **2.** La dimensione etico-comportamentale come luogo imprescindibile per la "riforma radicale" delle Pubbliche Amministrazioni - **3.** Il modello comportamentale delle virtù: affrontare il

vero nodo del cambiamento - **3.1.** Etica dell Virtù (EdV) e modello operativo CERTS - **3.2.** Descrizione comportamentale delle singole virtù riferite al modello CERTS - **4.** Conclusioni

Summary: 1. Introduction - **2.** The ethical-behavioral dimension as an essential place for the "radical reform" of Public Administrations - **3.** The behavioral model of virtues: facing the real issue of change - **3.1.** Ethics of Virtue and CERTS operating model - **3.2.** Behavioral description of the individual virtues referred to the CERTS model - **4.** Conclusions

1. INTRODUZIONE

In questo contributo si cercherà di declinare, considerando anche quanto contenuto in un recente lavoro¹, il percorso necessario e l'approdo inevitabile se si cerca una strada per una "riforma radicale" dell'azione delle Pubbliche Amministrazioni. Radicale perchè l'opzione considerata necessaria è quella che coinvolge i comportamenti profondi degli operatori pubblici, comportamenti etici, "oltre la competenza".

Per far ciò, sappiamo di poter contare su tutto il tesoro di sensibilità e riflessioni che nei secoli ha creato l'humus di riferimento per qualsiasi proposta comportamentale. Un cammino che, per garantirci la profondità della quale si parlava prima come base per la radicalità della riforma, giunge sino ai lavori dall'Assemblea Costituente che valorizzarono, in particolare, due grandi tradizioni di pensiero contemporanee, quella del cristianesimo sociale e quella liberal-democratica. Questo percorso è stato ed è oggi alimentato dal sistema di valori costruito nel contesto dell'Unione Europea.²

Così, nel terzo paragrafo, si riproporrà, sempre con riferimento al lavoro prima citato, una sintetica descrizione del sistema di "virtù comportamentali", iscrivibili concretamente nei processi metodologici di sviluppo e cambiamento organizzativo.

Infine, nelle conclusioni si darà spazio ad alcune considerazioni ulteriori in riferimento a variabili organizzative di particolare evidenza etico-comportamentale.

2. LA DIMENSIONE ETICO-COMPORTAMENTALE COME LUOGO IMPRESCINDIBILE PER LA "RIFORMA RADICALE" DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Andiamo per gradi successivi e tra loro interrelati.

E' necessario inizialmente porsi una domanda (od ipotesi di ricerca) iniziale: cosa si deve aspettare una società democratica dal comportamento dei suoi funzionari pubblici, in termini di valori socialmente accettati, in quanto finalizzati al consolidamento della coesione sociale nelle società pluraliste avanzate in contesto di globalizzazione?

Dunque, sembra che proprio oggi sia il tempo del recupero del ruolo strategico della Pubblica Amministrazione. La non-linearità della globalizzazione economica in generale e la Pandemia in particolare, hanno frantumato il tessuto solidale e di comunità al cui rafforzamento lavorò invece la classe dirigente costituente. In tal senso, la Pubblica Amministrazione è l'attore più forte, titolare pieno della missione costitutiva coerente con il bisogno contemporaneo di etica nei comportamenti sociali³, in quanto senso di responsabilità per l'altro, a tutela delle vulnerabilità sociali, nella dimensione operativa e culturale del bene comune.⁴

⁴ F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012.

¹ F. GIORGILLI, Etica e virtù nel lavoro pubblico. Il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni, Torino, Giappichelli, 2020.

² Su questa ricostruzione del cammino storico e valoriale si veda Cfr. F. GIORGILLI, *Etica e virtù nel lavoro pubblico. Il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2020, capitoli I-IV.

³ La A. HELLER, *Oltre la giustizia*, Bologna, il Mulino, 1990, citando il lavoro del filosofo scozzese del '700 F. HUTCHESON ("*Ricerca sull'origine delle nostre idee di bellezza e virtù*", 1725), ci ricorda che la moralità esiste perché le azioni disinteressate hanno sempre rappresentato un vantaggio per l'umanità. Il bene morale si contrappone, sul piano sociale, alla forza del "potere invisibile", ossia dell'espressione patologica dei comportamenti di autorità. Esempio paradigmatico e paradossale è proprio nel processo storico dello Stato Sociale, nato per supportare, aiutare, accompagnare l'individuo nel suo percorso di autonomia e dignità, si è trasformato spesso in assistenzialismo, con lo stesso individuo stavolta in ruolo passivo. C. SINI, *Il potere invisibile*, lectio magistralis al Festival della Filosofia di Carpi-Modena-Sassuolo, 2014, a tal proposito ci rammenta il gioco imprevedibile delle relazioni e delle connessioni, presenti nei complessi fenomeni sociali.

Si tratta di uno spazio inevitabilmente concreto e della quotidianità, nel quale si producono valori, attraverso i comportamenti più semplici come quelli maggiormente evidenti, in ogni caso incastonati in dinamiche sociali e comunitarie.⁵

Il piano etico-comportamentale permette di far emergere il valore autonomo del modello organizzativo pubblico (progettuale e di *mission*) nella sua peculiarità rispetto a quello privato. Il settore pubblico deve diventare "Adulto" (si usa, non a caso, la concettualizzazione dell'Analisi Transazionale⁶), rendendosi consapevole, attraverso i comportamenti etici, della necessità di integrare l'espressione esterna (servizio) e quella interna (cultura organizzativa), la dimensione delle finalità dell'azione pubblica e quella della quotidianità lavorativa del singolo funzionario pubblico. Il privato, in tutto questo, può essere partner, controllato ma mai driver, e comunque sempre fino ad un punto di equilibrio socialmente accettabile tra produzione di profitto e tutela dei beni comuni. Per usare una metafora di filosofia pratica, si può affermare che il profilo etico dei comportamenti organizzativi pubblici (carattere "apollineo") permette il dispiegarsi, in forme socialmente accettabili, delle forze del libero mercato (carattere "dionisiaco"). ⁸

D'altronde, per capire la concretezza del ragionamento che si sta facendo e la sua storia, sappiamo che già da tempo, sia nella letteratura che si occupa di temi organizzativi che anche in molte realtà organizzative private, il tema etico ha cominciato ad essere considerato strategico anche per il business.⁹

Le diverse e numerose riforme delle Pubbliche Amministrazioni (sin dagli anni '90 dello scorso secolo)¹⁰ alla prova dei fatti hanno mostrato una bassa capacità trasformativa negli esiti e questo sembra confermato dal Piano Nazionale di Resilienza, che ripropone identici script cognitivi del passato.

⁵ Questo ci ricorda C. MAFFEI, *La mindfulness. Dalla tradizione alla ricerca empirica*, in R.A. BAER (a cura di), Come funziona la mindfulness, Milano, Cortina, 2012.

⁶ I. STEWART-V. JOINES, L'analisi transazionale, Milano, Garzanti, 1990

⁷ Per il privato è evidente che la sola razionalità tecnica ed economica non richiede obbligatoriamente la scelta di valori sociali, mentre assolutizza i principi di funzionalità e consequenzialità. Rimangono certamente possibili ed utili canali di confronto su specifiche esperienze gestionali (si pensi, ad esempio, allo storico modello di *mentoring* sperimentato alla Siemens), come anche opportunità di collaborazione per la valorizzazione di risorse sociali e la crescita delle comunità territoriali (si veda il tema dell'economia civile e sociale, come quello della Responsabilità Sociale d'Impresa o del recupero di modelli olivettiani d'impresa), anche solo considerando il fatto che la stessa Carta Costituzionale indica al privato una precisa *vision* nello sviluppo della sua azione, cercando di renderla "compatibile" con quella delle Istituzioni.

⁸ Su quanto detto è possibile rintracciare prime riflessioni già negli anni '90 del secolo scorso: P. ROMEI, Appunti per una morale nelle pubbliche amministrazioni, in Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione, n. 2 (1991); E. TODRES, La dimensione etica nella Pubblica Amministrazione", in Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione, n. 3 (1994). E sul confronto con le logiche private, sempre nello stesso decennio: E. BERMAN-J. WEST-A. CAVA, La questione etica nelle amministrazioni locali e nelle grandi imprese: analogie e differenze, in Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, in Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, in Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, n. 1 (1995).

⁹ Per tutti, in generale, si veda il lavoro di E. RIZZIATO, Etica dello sviluppo e senso del lavoro, Milano, Franco Angeli, 2010. Imprescindibile poi il contributo di K.E. WEICK, Senso e significato nell'organizzazione, Milano, Cortina, 1997. Impegnato sul tema etico nelle organizzazioni, anche il lavoro di C. LAZZARI, Psicologia ed etica del lavoro e delle organizzazioni, Roma, Armando, 2004. Infine esplicito in tal senso il lavoro di S.M.R. COVEY, La sfida della fiducia, Milano, Franco Angeli, 2008. Altri riferimenti: P. CERVARI-N. POLLASTRI, Il filosofo in azienda, Milano, Apogeo, 2010; E. VEGLERIS, Manager con la filosofia, Milano, Apogeo, 2008. In lingua inglese, sempre con forte anticipo sulla riflessione italiana, si possono ricordare tra gli altri: J. OAKLEY-D. COCKING, Virtue ethics and professional roles, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; M. L. DJELIC-R. VRANCEANU, Moral foundations of management knowledge, Cheltenham (London), Elgar Publishing, 2007; S. L. MUHR-B. MEIER SØRENSEN-S. VALLENTIN, Ethics and organizational practice: questioning the moral foundations of management, Cheltenham (London), Elgar Publishing, 2010; M. FRYER, Ethics and organizational leadership: developing a normative model, Oxford, Oxford University Press, 2011. Da segnalare anche lo spazio qualificato e storico della rivista Philosophy of Management, edita da Springer (Berlino). Non si deve poi dimenticare l'enorme letteratura europea sul tema della Responsabilità Sociale d'Impresa, già citato. Qui si indicherà: H. ALFORD-F. COMPAGNONI, Fondare la responsabilità sociale d'impresa, Roma, Città Nuova, 2008; D.W. LUTZ, Beyond Business Ethics, in Oikonomia, n. 13 (2003).

¹⁰ Nella ricostruzione storico-giuridica, sempre insuperabile il lavoro, anche se datato, di F. CARINCI-L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004. Per arrivare ad oggi: L. OLIVIERI, *Riforma Madia e pubblico impiego*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015; A. BIANCO-A. BOSCATI-

In primo luogo si rintraccia la consueta compulsività messianica sul contributo delle architetture normative. Il tecnicismo come *deus ex machina* e non come mezzo, ossia come strumento necessario ma tra altri. Si torna alla consueta oscillazione tra "deregolamentare" (per non frenare lo sviluppo ed il genio italiano) e "riregolamentare al dettaglio" (per difendersi dall'"illegalità esperta", puntuale ad ogni appuntamento di deregolamentazione).

In secondo luogo, si conferma un'attenzione superficiale al fatto organizzativo pubblico. E' assente in assoluto una sensibilità di carattere psicosociale.

In terzo luogo ci si affida, con lo stesso approccio usato per lo strumento normativo, a sistemi di competenze tecniche (progettazione e *problem solving* operativo) con innesti digitali ritenuti risolutori. In realtà, stiamo parlando di tradizionali *assets* organizzativi che, pur nella loro necessarietà ed ineludibilità, fanno parte, anche in questo caso, di uno strumento tra gli altri, di un capitolo classico in qualsiasi manuale di organizzazione. Nelle discipline organizzative si sa già da molti anni che lo sviluppo di capacità razionali e tecnocratiche non garantisce affatto la spinta al cambiamento. Per recuperare un tema aristotelico, la virtù di giudizio ha bisogno di una virtù di carattere. La relazione di servizio nelle Pubbliche Amministrazioni, per determinare la qualità, richiede "sensibilità" rispetto ai ruoli istituzionali, sia nella risposta positiva che in quella negativa data alla domanda del singolo cittadino.

In quarto luogo, sembra si possa affermare la riconferma di una considerazione monoculare e non sistemica del cambiamento dei processi di servizio. Si pensa così ancora ad una generica Pubblica Amministrazione e non alle diversificate (in termini di culture organizzative) Pubbliche Amministrazioni che, nella realtà concreta, sono però strettamente connesse in moltissime filiere finalizzate a prestazioni importanti per il cittadino. Inoltre, come conseguenza di questo pensiero, l'azione operativa viene immaginata come svincolata dall'antropologia dei territori dove essa si propone.

Principalmente però è mancata, in questi piani riformatori, il riconoscimento della centralità dell'azione ai comportamenti identitari etico-vocazionali (che integrano il piano emotivo con quello cognitivo), come abbiamo visto presenti costituzionalmente nella fisiologia del lavoro pubblico ed inevitabilmente alimentati dall'orientamento alla cura del bene comune.

Questo vuol dire che vi sono una evidente irriducibilità ed una imprescindibile esigenza di emancipazione rispetto ad un modello come quello del *New Public Management*, centrato sull'idea vecchia, inefficiente ed irrazionale dell'innesto totalizzante e sostitutivo del modello privato su quello pubblico¹¹. Irriducibilità ed emancipazione che permettono di riconsiderare, di contro, uno spazio possibile di ricongiunzione tra le etiche dei principi e della responsabilità di weberiana memoria. L'analisi dei singoli casi organizzativi ci insegna e conferma che i pochi cambiamenti effettivi, infatti, sono stati determinati sempre da una consapevolezza di ruolo degli operatori, consapevolezza alimentata in modo specifico dal profilo etico. Siamo su di un piano motivazionale e delle personalità agite.

Questa, dunque, la tesi sin qui proposta in questo contributo: rimettere al centro (come drive strategico) i comportamenti vocazionali e di garanzia (terzietà)¹², considerando le azioni sulla dimensione

R. RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; F. CARINCI-A. BOSCATI-S. MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2021; con particolare riguardo alla Riforma del 2009 (D.Lgs n. 150), F. CARINCI-S. MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Torino, Utet, 2011. Si segua anche il dibattito qualificato sulla rivista *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, edita dalla Giappichelli.

¹¹ Sulla crisi del modello del NPM, come esperienza di "ravvedimento operoso", tra gli altri si veda F. DI MASCIO-A. NATALINI, *Oltre il New Public Management*, Milano, Carocci, 2018.

¹² Una necessità resa ancor più attuale dalla stretta alleanza tra ideologia del decisionismo e inaccessibilità delle conoscenze tecniche e specialistiche, motivo di una sempre più ampia delega a decidere da parte del singolo verso gli apparati politici o professionali, con un evidente trionfo dell'irrazionalità sulla democrazia, del carisma oligarchico (patronage) sulla partecipazione consapevole. Un debito, per queste considerazioni, verso U. GALIMBERTI, *Agonia*, lectio magistralis al Festival della Filosofia di Carpi-Modena-Sassuolo, 2016. La R. DE MONTICELLI, *Al di qua del bene e del male*, Torino, Einaudi, 2015, pp. X, 6, parla di "agenzia di verità", riferendosi alla responsabilità di tutti coloro impegnati con ruolo nelle istituzioni come nei "processi di produzione giuridica" a fronteggiare (od alimentare) il "male pubblico" in considerazione di "(...) quella parte della coscienza che 'risponde' alla sfera pubblica della nostra vita". In un altro suo lavoro R. DE MONTICELLI, *La questione morale*, Milano, Cortina, 2010, p. 163, aggiunge un'ulteriore considerazione in ordine alla terzietà: "Servono le istituzioni che permettono l'esercizio pieno della cittadinanza e delle sue difficili virtù e che, prima ancora, rendono possibile l'enorme maturazione morale che fa dei bambini degli adulti capaci di autonomia e di responsabilità, e dei cittadini." Dunque, Pubbliche Amministrazioni come istituzioni laiche, terze, di comunità, necessarie per integrare senza disindividualizzare.

competenziale per quello che sono, ossia una routine tanto necessaria quanto implicita per i ruoli pubblici, e non "il fattore" di cambiamento.

In questa direzione si trovano riferimenti sicuri nella stessa Costituzione Italiana: in particolare il Titolo II, dove senza timori si pone in evidenza proprio il tema etico-comportamentale con la sua stessa declaratoria ("Rapporti etico-sociali"); il Titolo III; e l'art. 54 del Titolo IV. Non si deve mai dimenticare, inoltre, il principio liberalsociale espresso nel primo comma dell'Articolo 98 della Costituzione: "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione". Tutti questi riferimenti si collegano allora naturalmente ad idee forti come quelle di "bene comune" o di "beni pubblici". Sembra andare in questa direzione, la posizione espressa dal Valotti¹³ quando ricorda come sia necessario, per la PA, rivolgersi ad una "competitività sul piano dei valori", da intendersi come "capacità di recuperare il valore competitivo della dimensione pubblica, di servizio alla comunità, di promozione e tutela dell'interesse generale". Entra in gioco, per lo studioso, la figura del "civil servant" o "professionista al servizio della comunità".

D'altronde, i valori (dimensione culturale profonda) non a caso sono alla base di tutti i "Codici Etici" scritti per il lavoro sociale e pubblico, perché sono questi, a loro volta, il vero motore dell'azione. 14

Per compiere questa riforma radicale possiamo poi utilizzare un approccio interdisciplinare che ci permette di attraversare tutti gli strati (organizzativo, tecnologico, normativo, ecc.) dell'organizzazione pubblica avendo però come "Virgilio" le discipline che più di altre si sono confrontate con lo strato più significativo rappresentato dalla cultura dei valori. Da tempo, infatti, ad esempio, la psicologia morale e la psicologia organizzativa si confrontano con le discipline filosofiche più avanzate. ¹⁵ Tra queste, un ruolo decisivo lo svolge la "filosofia pratica" che risponde pienamente al senso etico costitutivo, come si è detto, del lavoro pubblico. ¹⁶ Essa introduce, in generale, una dimensione "riflessiva" profonda che implica, su di un piano esistenziale, il coinvolgimento del funzionario pubblico come "persona-dedicata-alla-comunità" reclutando nuovamente l'idea ed il senso della vocazione. ¹⁸ E' un piano fortemente pratico, o meglio di valorizzazione

¹³ G. VALOTTI, Fannulloni si diventa, Milano, Università Bocconi, 2009.

¹⁴ Sul tema dell'"esigenza etica" si veda cfr. R. DE MONTICELLI, *Al di qua del bene e del male*, Torino, Einaudi, 2015, pp. 143-160. L'autrice ci ricorda che tutta l'esperienza "è essenzialmente esperienza di valori e disvalori". Si veda sul tema anche cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, p. 219ss.

¹⁵ Così L. SACCONI (a cura di), *Etica della pubblica amministrazione*, Milano, Guerini & Associati, 1998, pp. XVII-XVIII: "L'Etica della PA come campo di studi e disciplina accademica si sviluppa in America (...) sotto l'influsso dello sviluppo dell'etica applicata, (...) in coincidenza con il movimento moralizzatore sollevato dallo scandalo Watergate. Come campo di etica applicata l'etica della PA si sviluppa dall'incontro e dalla collaborazione interdisciplinare tra etica filosofica (filosofia politica, filosofia morale), scienza politica (scienza dell'amministrazione, analisi delle politiche pubbliche), economia (teoria economica dell'organizzazione e delle istituzioni, economia delle scelte pubbliche) e discipline giuridiche (diritto amministrativo, diritto pubblico, diritto costituzionale)." Sul profilo storico del campo di studi, si veda anche E.E. COCCIOLO, *Corruzione, etica amministrativa e 'autoregolazione regolata' dei pubblici poteri*, in Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze, n. 6/7 (2005), pp. 7ss.

¹⁶ Qui ci serve ricordare quanto affermava un grande riformatore del '700, Antonio Genovesi. Uomo concreto ed attento al ruolo dello Stato ed al suo portato etico, osservava, infatti, che il giureconsulto, oltre a dover conoscere le lingue e la storia, doveva fondamentalmente essere filosofo: 'se non sarà filosofo, riempirà i suoi commenti di ciarle'. Insomma, la Scienza delle leggi come 'la più grande e importante filosofia'. Utile, ai nostri fini, anche quanto affermava Jeanne Hersch, allieva del filosofo Jaspers, circa la filosofia, ossia che essa "(...) non è ciò che ci permette di prendere delle decisioni, ma ciò che ci permette di sapere in funzione di cosa prendiamo le nostre decisioni." (citazione della R. DE MONTICELLI, L'allegria della mente, Torino, Einaudi, 2004, p. 12. Sulla "filosofia pratica", oltre ai testi già citati in riferimento all'ambito privato, vanno ricordati, tra gli altri, i lavori di: M. CAVALLÈ, *La saggezza ritrovata*, Milano, Mursia, 2013; S. CONTESINI E ALTRI (a cura di), Fare cose con la filosofia, Milano, Apogeo, 2005; R. FREGA-R. BRIGANTI (a cura di), La svolta pratica in filosofia. Grammatiche e teorie della pratica. Vol. 1, Macerata, Quodlibet, 2004; R. FREGA-R. BRIGANTI (a cura di), La svolta pratica in filosofia. Dalla filosofia pratica alla pratica filosofica. Volume 2, Macerata, Quodlibet, 2005; J. HABERMAS, Teoria della morale, Bari, Laterza, 1994; M.T. PANSERA (a cura di), Etica e filosofia pratica, Sesto San Giovanni (Milano), Mimesis, 2010; F. VOLPI, Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla "riabilitazione della filosofia pratica", in C. A. VIANO (a cura di), Teorie etiche contemporanee, Torino, Boringhieri, 2002.

¹⁷ A. HELLER, Etica generale, Bologna, il Mulino, 1994.

¹⁸ In campo pubblico, per alcuni utili spunti bibliografici si rimanda a cfr. F. GIORGILLI, *Etica e virtù nel lavoro pubblico. Il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2020. Un recente ed utile contributo è quello di E. ONGARO, *Filosofia e governance pubblica*, Milano, Bocconi, 2021.

della causazione circolare tipica del rapporto sano tra ideazione ed applicazione operativa. Non a caso l'etica è da sempre stata collocata nella letteratura al capitolo dedicato ai comportamenti concreti.

3. IL MODELLO COMPORTAMENTALE DELLE VIRTÙ: AFFRONTARE IL VERO NODO DEL CAMBIAMENTO

3.1. ETICA DELL VIRTÙ (EDV) E MODELLO OPERATIVO CERTS

Se è corretto tutto quello che abbiamo detto sin qui, sappiamo di poter allora contare anche su di un percorso concreto offerto dall'approccio dell'Etica delle Virtù (*Virtute Ethics*-VE, da ora in poi "EdV"). Questa concezione operativa comportamentale, questa possibile pedagogia professionale nel lavoro pubblico ci permette una reale incidenza sull'azione organizzativa intesa, come si è già detto, nell'interdipendenza tra orientamento verso l'interno (modalità di lavoro) ed orientamento verso l'esterno (relazione di servizio al cittadino/comunità).

Così, l'EdV ci aiuta a recuperare il fattore etico-vocazionale richiesto al lavoro pubblico, fattore un tempo ritualizzato simbolicamente nel "giuramento" al momento dell'accesso all'impiego ed oggi purtroppo non più richiesto.

L'approccio dell'EdV, originato da lavori degli anni '50 del secolo scorso, a partire da contributi di autori angloamericani e tornato all'attenzione della letteratura nei primi anni 2000. Una teoria e pratica morale che ha le sue radici nel pensiero aristotelico principalmente, ma che poi ha trovato approdi anche nel pensiero humeano. ¹⁹

L'EdV, come ci ricorda l'economista Zamagni²⁰, concentra la sua attenzione sulla persona che agisce (etica della prima persona). Essa pone al centro la motivazione intrinseca e l'attenzione alle caratteristiche di

Si citeranno invece alcuni lavori in lingua inglese, tra gli altri, a testimonianza di una riflessione storica ed originaria che si è sviluppata nelle culture anglosassoni sul tema etico: J. ROHR, *Ethics for bureaucrats: an essay on law and values*, London, Routledge, 1988; L.W.J.C. HUBERTS (a cura di), *Ethics end integrity of governance: perspectives across frontiers*, Cheltenham (London), Elgar Publishing, 2008; W. C. RAYMOND, *Ethics and integrity in Public Administration: concepts and cases*, London, Routledge, 2009; C. W. LEWIS-S. C. GILMAN, *The ethics challenge in public service*, Cheltenham (London), Elgar Publishing, 2012; D.C. MENZEL, *Ethics management for public administrators: building organizations of integrity*, London, Routledge, 2012; H. G. FREDERICKSON-R. K. GHERE, *Ethics in public management*, London, Routledge, 2013; J. V. DENHARDT, *The new public service: serving, not steering*, London, Routledge, 2015. Da anni viene pubblicata la rivista, tra le altre, dal titolo eloquente: *Public Integrity*, edita da Taylor and Francis (London).

¹⁹ Ricostruiscono, per noi utilmente, il percorso storico della riflessione contemporanea sull'etica delle virtù (compresi gli approcci eterodossi): L. GRECO, Alcune osservazioni sull'etica contemporanea delle virtù, in Iride, n. 2 (2006); M.S. VACCAREZZA, (materiale didattico) Questioni di antropologia filosofica II. Che cos'è la Virtue Ethics: protagonisti e correnti, in www.pul.it, 2017; M. MANGINI, Etica delle virtù: appunti di viaggio, in Philosophical News, n. 4 (2012); L. CERI, Ragioni e desideri, Bologna, il Mulino, 2009; gli essenziali riferimenti bilbiografici di M. RICCIARDI, Le virtù prima di MacIntyre, in Keiron, n. 6 (2001), p. 62; da un osservatorio cattolico S. SAMEK LODOVICI, *Il ritorno delle virtù*, Edizioni Studio Domenicano, 2009. Generalmente, al di là della datazione originaria indicata, si fa riferimento al contributo del filosofo scozzese Alasdair MacIntyre (After Virtue, uscito nell'edizione originale nel 1981 e qui citato come A. MACINTYRE, Dopo la virtù, Roma, Armando, 2009), vista la considerazione nel dibattito internazionale che il suo lavoro ebbe, proprio nel riporre al centro la dimensione delle virtù. Precede questo lavoro, il contributo fondativo di G. E. M. ANSCOMBE, Modern moral philosophy, in The Journal of the Royal Institute of Philosophy, n. 124 (1958). Per una sintetica ed efficace descrizione delle "obiezioni" all'EdV e delle sue "direzioni future", si veda (con utile bibliografia) R. HURSTHOUSE-G. PETTIGROVE (voce), Virtue Ethics, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, in www.plato.stanford.edu, 2003. Da ricordare anche: N.J.H. DENT, The Moral psychology of the virtues, Cambridge, Cambridge University Press, 1984; C. SWANTON, Virtue Ethics. A pluralistic view, Oxford, Oxford University Press, 2003; A.C. BAIER, Postures of the mind. Essays on mind and morals, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1985; A.C. BAIER, Moral prejudices. Essays on ethics, Cambridge, Harvard University Press, 1994; E. LECALDANO, The passions, character, and the self in Hume, in Hume Studies, n. 28 (2002).

²⁰ S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 107, osserva ancora: "Per dirla diversamente, mentre l'utilitarismo suggerisce che conviene seguire i canoni dell'etica fintanto che ciò risulta profittevole; mentre il deontologismo kantiano insiste che ci si deve comportare in un certo modo per senso del dovere; e mentre il contrattualismo invita a seguire le regole che sono frutto di convenzioni, l'etica delle virtù indica che è la ricerca del bene comune il movente principale al comportamento etico.".

71

personalità²¹, incontrandosi a mio parere utilmente con alcuni approcci manageriali alla motivazione come quello di McClelland²² e quello di Adams²³ dell'equità organizzativa. Il problema etico fondamentale è nel capire quale tipo di persone, quali tratti di personalità, quali attitudini/disposizioni si devono coltivare (processo di interiorizzazione) per agire in modo continuativo (persistenza nel tempo)²⁴ secondo profili comportamentali socialmente richiesti. Si guarda all'individuo nella sua completezza, fatta di razionalità e di emozioni, logica e sentimenti ed alimentata dalla dimensione motivazionale interna (quale tipo di persona dovrei essere?) per la crescita personale, per la maturazione individuale ("fioritura dell'Io")²⁵ utile a porre nel giusto equilibrio desideri/bisogni soggettivi ed esigenze connesse al bene comune/interesse generale. E' una visione *agent centered*, centrata sull'agente e sul suo profondo cambiamento, prevalente rispetto al focus sul singolo atto (*act-centered*).²⁶ Un approccio poi generalmente collegato all'"*Exemplarist Virtue Ethics*": la "motivazione esemplare dell'agente". ²⁷

Condivise queste coordinate per inquadrare, anche se sinteticamente l'approccio dell' EdV, è necessario osservare come ci siano esempi istituzionali sul campo, come quello della Finlandia nel suo Working Group Memoranda (2000)²⁸. In questo documento, infatti, viene introdotto il concetto di "Ethics Infrastructure", capace, per le istituzioni finlandesi, di rendere possibili elevati standard comportamentali (encourages high standards of behavior), puntando ad esempio tra le altre azioni sul valore esemplearista della leadership.²⁹

E' quindi già da tempo chiaro che c'è uno spazio per l'apprendimento ed il potenziamento dei comportamenti etici ispirati alle virtù. Nelle Conclusioni di questo contributo se ne darà conto.

In questo paragrafo invece si descriverà, sinteticamente, una proposta di tipologia comportamentale delle virtù (nel loro acronimo, CERTS), quelle che, a parere di chi scrive, si ritengono essenziali per il lavoro pubblico sempre in ottica di riforma radicale, di un rinnovamento etico comportamentale nel lavoro pubblico:³⁰

- Cura (*Care*);
- Equità (Equity);
- Responsabilizzazione (*Empowerment*);
- Trasparenza (*Trasparency*);

²¹ Su questo tema, si rimanda ad una prima problematizzazione sintetica (con relativa bibliografia introduttiva) in cfr. F. GIORGILLI, *Etica e virtù nel lavoro pubblico. Il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 303-305.

²² D. C. MCCLELLAND, *Human motivation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

J. S. ADAMS, *Inequity in social exchange*, in L. BERKOWITZ (a cura di), Advances in experimental social psychology (vol.2), New York, Academic Press, 1965.
 Non basta possedere la virtù, ma occorre esercitarla con costanza ed impegno, rendendo così il contributo

²⁴ Non basta possedere la virtù, ma occorre esercitarla con costanza ed impegno, rendendo così il contributo del lavoratore sociale e pubblico ricco di significato per la comunità. Cfr. R. DE MONTICELLI, *La questione morale*, Milano, Cortina, 2010 ci ricorda come gli antichi definivano virtù proprio il comportamento di valore che diventa, in modo autentico e naturale, abituale.

²⁵ "Flourishing", questa la traduzione generalmente accettata.

²⁶ Così si esprimono cfr. R. HURSTHOUSE-G. PETTIGROVE (voce), *Virtue Ethics*, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, in www.plato.stanford.edu, 2003: "Una virtù è un eccellente tratto di carattere. È una disposizione, ben radicata nel suo possessore - qualcosa che, come diciamo, va fino in fondo, a differenza di un'abitudine (...). Possedere una virtù significa essere un certo tipo di persona con a certa mentalità complessa. Un aspetto significativo di questa mentalità è l'accettazione incondizionata di una specifica gamma di considerazioni in quanto ragioni per l'azione. (...) Dato che una virtù è una disposizione multitraccia [nda. *multi-track disposition*], sarebbe ovviamente sconsiderato attribuirne una a un agente sulla base di una singola azione osservata o anche una serie di azioni simili, soprattutto se non si conoscono le ragioni dell'agente per agire come ha fatto."

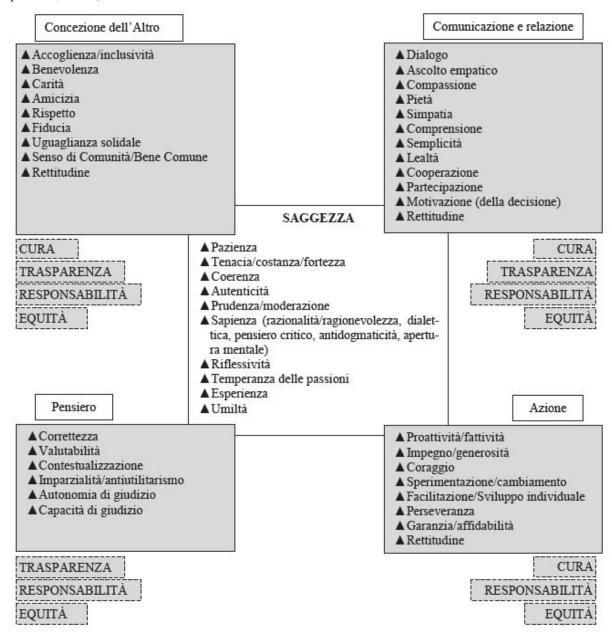
²⁷ Alcuni contributi importanti, pur differenziati, riferiti alla centratura sull'agente ed all'esemplearismo: M. SLOTE, *Morals from Motives*, Oxford, Oxford University Press, 2001; L. ZAGZEBSKI, *Virtues of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; L. ZAGZEBSKI, *Exemplarist Virtue Theory*, in Metaphilosophy, n. 41 (2010).

²⁸ WORKIN GROUP MEMORANDA, Civil service ethics, Ministero delle Finanze Finlandese, 2000.

²⁹ Sembra utile, a tal riguardo, citare il lavoro di T.L. COOPER, *Hierarchy, virtue, and the practice of Public Administration: a perspective for normative ethics*, in Public Administration Review, n. 47 (1987). Per Cooper, ogni ambito di attività della Pubblica Amministrazione corrisponde ad un valore intrinseco ad una lista di virtù. ³⁰ Cfr. F. GIORGILLI, *Etica e virtù nel lavoro pubblico. Il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2020, capitolo VI.

• Saggezza (Wisdom)³¹

Ed ecco la mappa, costruita mettendo in relazione le virtù con macro-aggregazioni funzionali (cognitivo-comportamentali) di rilievo organizzativo (concezione dell'altro, comunicazione e relazione, pensiero, azione):



3.2. DESCRIZIONE COMPORTAMENTALE DELLE SINGOLE VIRTÙ RIFERITE AL MODELLO CERTS

Di seguito, rispetto alla proposta originaria, si proporrà la descrizione sintetica delle singole dimensioni etico-comportamentali.

a) Cura (sono "qui ed ora" affianco all'Altro per).³² Virtù fortemente identificativa del ruolo del lavoratore pubblico. Attraverso la sua forma process-oriented: rende possibile e realizzabile un obiettivo,

_

³¹ Anche traducibile con le meno usate: *sapience* e *sageness*.

³² Responsabilità nei riguardi delle autonomie degli altri, della loro capacità di farsi responsabili e partecipi. Farsi carico di promuovere, favorire, recuperare la maturità civica (cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012). Sul piano della filosofia pratica, imprescindibile il contributo di L. MORTARI,

contribuendo a risolverne le criticità nei limiti delle possibilità (facilitazione/accompagnamento); agevola l'"uso delle risorse" (diversamente dall'Equità: si veda oltre) e la ricerca di mezzi e misure idonee; rassicura e protegge; consente lo spazio per la sperimentazione (cambiamento) individuale e gruppale; alimenta la resilienza; permette di costruire socievolezza oppositivamente alle pulsioni egotiche, principalmente attraverso il dialogo; valorizza la persona (che agisce e soffre), con il fine di aiutarla a realizzare il suo pieno sviluppo possibile nel rispetto (forma convinta di riconoscimento del valore dell'Altro) dell'autodeterminazione valoriale in quanto titolare di doveri e quindi diritti; esprime cortesia, paziente ascolto empatico e di compassione. ³³ Non c'è contraddizione tra *cura sui* e cura degli altri: l'ispirazione comportamentale, per il lavoratore pubblico, è nella massima di Socrate per la quale "subisco l'ingiustizia pur di non commetterla".

b) Equità. Così, ci riferiamo, in generale, alla valutazione attenta del singolo caso (arte del giudicare od etica del giudizio), trattandolo nello stesso modo di altri casi simili (corretta comparazione: trattare gli uguali in modo uguale e i disuguali in modo diseguale; fare questo, poi, con coerenza per rispettare il profilo di correttezza morale); sapendo coniugare i profili etici con quelli strettamente legali; usando proporzionalità e/ o ragionevolezza nell'uso del potere valutativo, con misure, motivazioni ed esiti plausibili (idonei) e giustificabili; tutelando sempre l'interesse generale/bene comune, in riferimento alla considerazione di tutti gli aspetti/attori coinvolti. L'Equità, quindi, richiede correttezza nel percorso valutativo, declinandola con la trasparenza, l'imparzialità e non arbitrarietà³⁴, l'assenza di interesse personale. Attraverso questa virtù si incide direttamente sulla dimensione della credibilità/autorevolezza nel governo dello spazio discrezionale del potere. Su questo piano, emerge il concetto di "reciprocità asimmetrica", ossia mi aspetto che tu ti comporti per quello che sei (ruolo) e lo stesso faccia Io. La giustizia appartiene alla comunità e non ai singoli. In definitiva, l'equità nella decisione richiede: indipendenza di giudizio (assenza di benefici personali); imparzialità (rispetto delle regole e dei sistemi di doveri-diritti); responsabilità (come meccanismo di sostegno alla fiducia sociale)³⁵. Sempre in generale, infine, si può poi affermare che questa virtù si concentra sull'accesso alle risorse (diversamente dalla Cura: vedi lettera precedente). Il "senso di giustizia" può determinare anche una riflessione critica sulle regole. "Senso" sia come "capacità mentale" (recta ratio) e sia come "sentimento". L'Equità rappresenta un luogo di realizzazione perfetta della saggezza (si veda oltre). Oggi appare evidente che la giustizia è il veicolo principale in una democrazia per garantire il rispetto della dignità di ciascuno. una virtù che rappresenta un "bene altrui Infatti, "compie ciò che è utile agli altri" È capace di raccordare la "misura interiore" con la "misura esteriore" (società giusta, atti giusti o conformi a legge). E' ingiusto chi tradisce la legge (paranomos), viola l'uguaglianza tra cittadini (anisos) e non accetta criteri del merito (pleonektes).

__

Filosofia della cura, Milano, Cortina, 2015. Altre letture sulla cura: S. CASTIGNONE, L'etica della cura e l'etica della simpatia, in Materiali per una storia della cultura giuridica, n. 1 (2006); S. LAUGIER, L'etica di Amy. La cura come cambio di paradigma in etica, in Iride, n. 2 (2011).

Non si ha qui lo spazio per definire, da un punto di vista comportamentale, la relazione tra empatia e compassione. Ci si limiterà a segnalare solo alcuni elementi: l'empatia (immaginarsi nella situazione dell'altro) non richiede giudizio valoriale di solidarietà (anche il torturatore è empatico); quando l'empatia, come capacità di comprensione, ci permette di leggere in modo interdipendente aspetti logico-razionali ed aspetti affettivo-emotivi di una situazione-comportamento, non fermandosi in superficie ma approfondisce pazientemente, senza pre-giudizi e con un autentico riguardo per l'Altro (o per la situazione specifica), allora apre le porte alla compassione. Questa, la si può intendere come immediata partecipazione, indipendentemente da ogni altro riguardo, al disagio di un altro e con ciò all'impedimento e annullamento di questo. La compassione comprende due virtù: giustizia (oppormi al disagio, che io stesso potrei causare); attenzione per il prossimo (azioni positive per aiutare gli altri). Vi sono poi delle precisi "requisiti cognitivi" che identificano il comportamento compassionevole, per i quali però si rimanda al lavoro della M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Mulino, 2004, capitolo VI.

Imparzialità: "(...) applicare in modo coerente le stesse norme-e-regole senza tener conto dell'interesse personale e del coinvolgimento emotivo (favorevole o meno)" (cfr. A. HELLER, *Oltre la giustizia*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 20).

³⁵ Così D. THOMPSON, *Political ethics and Public Office*, Harvard, Harvard University Press, 1987, come citato da cfr. L. SACCONI (a cura di), *Etica della pubblica amministrazione*, Milano, Guerini & Associati, 1998.

c) Responsabilizzazione³⁶. Si riferisce al processo comportamentale di profonda consapevolezza (motivazione intrinseca)³⁷ del dover rispondere, oltre la sola quanto riduttiva imputabilità ("responsabilità" accountability), delle proprie azioni (essere "causa volontaria" di effetti): l'Istituzione/organizzazione; verso la Comunità³⁸; verso l'Altro-cittadino. Assumere la responsabilità come principio, oltrepassando in tal modo l'idea della stessa come "qualcosa di estrinseco", come mera "conseguenza" che arriva dopo in una logica unica di controllo-imputazione. L'etica si propone, sul piano della responsabilità, come consapevolezza dei limiti, avendo la comunità, appunto, come interlocutore e spazio di convalida, e verifica. Il giudizio operativo assume una connotazione morale in una collocazione nella sfera pubblica (condivisione del mondo con gli altri). La responsabilità introduce e consente un comportamento moralmente giusto, attraverso il quale una mente viva, vigile e critica pensa un'azione, vuole che si compia e giudica senza pregiudizi come essa si sia inserita nel mondo plurale della coesistenza tra individui³⁹. Si configura allora una responsabilità morale, per la quale è sufficiente che l'agente abbia ragionevolmente potuto prevedere la sua azione come capace di contribuire ad un certo esito, anche se quello non voluto al momento (negativo). Un profilo di "onore di avere un onere" d', d'essere affidatario (affidabilità) di compiti per conto di Altri-cittadini, di lavorare per specifici ed alti valori sociali, ispirandosi ad una concezione antiutilitaristica (contrattualmente, diremo, solo schiacciata sull'idea retributiva e indennitaria, meramente sinallagmatica) e ad un'etica della generosità⁴¹ (impegno civile). "Onore" come cura della propria dignità come persona e cittadino, ed insieme considerazione dell'Altro come sodale, come compagno di viaggio. Rispondere però di cosa? Della soddisfazione del cittadino, nell'ambito però dei parametri di tutela dell'interesse generale/bene comune, ossia della sostenibilità sociale del proprio agire⁴². Una sorta di presidio finalizzato a saldare la partnership tra l'Altro-cittadino e la Comunità (solidarietà), contrastando le pulsioni egotiche e sviluppando una pedagogia dei valori condivisi a partire dall'uguaglianza (nessuno è più importante di altri) e dalla costruzione di una cultura comune della partecipazione. Il lavoratore pubblico si palesa come impegnato moralmente anche in

³⁶ Motivazione ad essere di fronte all'Altro da sé per accoglierne proattivamente le problematiche ed i bisogni. Il termine fa il suo ingresso nel XVIII sec. In riferimento alle azioni del funzionario pubblico. Hegel comincia a codificarlo in "Lineamenti di filosofia del diritto". L'etimologia ci dice molto: dal latino "spondeo" (prometto, do la mia parola, garantisco) nei contratti matrimoniali (promesso sposo, *sponsus*), con il significato ulteriore di vaticinare e, dunque, "rispondere all'altro"; con *respondeo* poi si allargano i significati. Per i risvolti del concetto di responsabilità nei diversi Codici di condotta, si veda utilmente cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, pp. 178-184. Per una classica analisi filosofica ed antropologica, si veda H. JONAS, *Il principio di responsabilità*, Torino, Einaudi.

³⁷ Escludono il tema della responsabilità come motivazione intrinseca; gli approcci garantista ed assistenzialista; l'approccio efficientista centrato sul controllo produttivo; l'approccio dell'imputazione (cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012).

³⁸ L'"orientamento verso la comunità" è considerata, in letteratura, una vera e propria dimensione del cd. apprendimento politico: livello di distinzione noi-altri, identificazione con simboli e sviluppo di appartenenza/lealtà al proprio gruppo sociale. Interessanti gli spunti bibliografici proposti. M.H. MOORE, *La creazione di valore pubblico*, Milano, Guerini & Associati, p. 204, nota 37.

³⁹ M.T. PANSERA, *Postfazione. Per una politica della responsabilità*, in H. ARENDT, Per un'etica della responsabilità, Sesto San Giovanni (Milano), Mimesis, 2017.

⁴⁰ Si riscopre una dignità nella "(...) piena, professionale consapevolezza di un ruolo civico e delle sue precise dinamiche" (cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, p. 177).

⁴¹ Ossia quella capacità di anteporre il bene altrui (e comune) alla propria soddisfazione, esprimendo ciò in forma di servizio. È' apertura agli altri, con fiducia e senso di condivisione. Così si declina l'"onore" come senso del dovere sorretto da integrità e sincerità (K. DENHARD, *Unearthing the moral foundations of public administration: honor, benevolence, and justice*. in J. BOWMAN, Ethical frontiers in public management, Hoboken (USA), Jossey-Bass, 1991).

⁴² Ogni responsabilità è precisa e "finita" (individuabile) ma anche "infinita" perché indiretta (ad esempio: la mamma che accudisce la famiglia ma, nell'uso degli elettrodomestici, contribuisce all'inquinamento!!!). "Il male sociale non è naturale bensi etico, procurato. Inutile e non scusabile. Dolore di cui tutti siamo, in qualche modo, responsabili, corresponsabili." (cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, p. 72). Ed ancora, come già accennato, la responsabilità "(...) si fa carico anche di ciò di cui non sempre si è direttamente responsabili (...) nel quadro di una responsabilità morale che riguarda il farsi carico comune per l'umanità dell'umano." (cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, pp. 139-140). Una "responsabilità prima di ogni responsabilità". Secondo F.P. CERASE, *La Pubblica Amministrazione*, Roma, Carocci, 1998, di contro il funzionariato impersonale può portare questi a considerare non più sé stesso ma l'"amministrazione", responsabile degli atti: non si è più *be held accountable* per il raggiungimento degli obiettivi. Così, in caso di spazio d'incertezza, si può determinare anche l'immobilismo o l'arbitrio.

riferimento ai comportamenti patologici del cittadino, sia quando considerato "consumatore" sia quando considerato "utente". Nel suo agire, determina un governo corretto dell'asimmetria del potere per "rendersi responsabili della responsabilità degli altri"⁴³. La responsabilità implica alcune rilevanze precise.

- <u>La dimensione comportamentale interiorizzata della lealtà/lealismo</u>, intesa come: rispetto delle regole e dei ruoli (identità con la *mission*, garanzia dell'esercizio dei doveri per l'uso dei diritti); identificazione (coerenza) con i fini istituzionali attraverso la guida dei valori (identità con la *vision*) e la trasparenza. Un "sentimento patriottico" come appartenenza ad un'identità comune, ad un agire comune: si servono valori da condividere e non procedure. Il funzionario, mettendo in campo una vera e propria "etica del giudizio", "non amministra, ma attua un ideale" ed è "guardiano dei valori" costituzionali. Così facendo, si contrappone in tal modo al contro-ideale del funzionario "neutrale rispetto ai valori"⁴⁴. In particolare, emerge qui il tema della non arbitrarietà nell'uso del potere: i limiti etici si aggiungono a quelli legali, sapendo che si possono rispettare i secondi anche venendo meno ai primi (ad esempio: relazioni negative, motivazioni insufficienti)⁴⁵.
- <u>La dimensione del "fare"</u> conseguente, come: capacità di risposta in quanto servizio (basato sull'"essere per" incondizionato) realizzato con flessibilità, capacità di analisi e visione critica, quest'ultima possibile solo se si supera il fenomeno della "responsabilità non consequenziale"⁴⁶ originata cioè da un'esasperata parcellizzazione dei compiti (ostacolo alla consapevolezza del risultato finale e della responsabilità rispetto ad esso). Un orientamento al servizio che partecipi al processo già citato di superamento dell'idea di "appropriazione del posto di lavoro"⁴⁷, in quanto fine in sé senza collegamento con le finalità istituzionali. Aver chiaro che non serve un risultato a tutti i costi, ma la creazione di un valore concreto etico-sociale che richieda comunque: capacità anche di decidere con coraggio (pro attività) o spirito innovativo; garanzia del massimo impegno (diligenza); ricerca costante della collaborazione, nelle sue diverse forme riferibili al coinvolgimento, alla condivisione (di informazioni, prassi e competenze), all'integrazione. Assume forma, allora, un'etica dei doveri (dignità/indegnità morale, reputazione professionale, rettitudine), ulteriori rispetto alla mera legalità ⁴⁸:

⁴³ cfr. F. RIVA, Bene comune e lavoro sociale, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, p. 201.

⁴⁴ Questo il pensiero di G.H. FREDERICKSON-D.K. HART, *The public service and the patriotism of benevolence*, in Public Administration Review, n. 45 (1985), p. 547: per Frederickson e Hart serve una "motivazione primaria" (*primary motivation*), ispirata al concetto di "benevolenza" ed oppositiva al mero carrierismo autointeressato. Il coraggio qui si declinerebbe virtù utile a coltivare l'idealismo (adesione agli ideali generali): così R.C. CHANDLER, *The problem of moral reasoning in American PublicAdministration. The case for a code of ethics*, in Public Administration Review, n. 43 (1983). Sull'etica del giudizio, utile la citazione di cfr. L. SACCONI (a cura di), *Etica della pubblica amministrazione*, Milano, Guerini & Associati, 1998, del contributo di C. VENTRISS, *Reconstructing government ethics: a public philosophy of civic virtue*, in J. BOWMAN, Ethical frontiers in public management, Hoboken (USA), Jossey-Bass, 1991.

⁴⁵ Cfr. L. SACCONI (a cura di), *Etica della pubblica amministrazione*, Milano, Guerini & Associati, 1998, pp. XIII-XIV, al contrario, cita i comportamenti "opportunistici": slealtà per sfruttare vantaggi informativi (cd. informazione asimmetrica); "abuso della discrezionalità" (informazione incompleta ed utilizzo del proprio ruolo fuori del lavoro: "lei non sa chi sono io"). Maggiore è la scissione tra finalità dell'Istituzione e significati o fini assegnati al proprio lavoro da parte del dipendente, maggiore sarà, secondo Cfr. F.P. CERASE, *La Pubblica Amministrazione*, Roma, Carocci, 1998, la priorità che questi assegnerà ai propri interessi, anche se in contrasto con quelli dell'ufficio, rifiutando al contempo ogni azione valutativa sul proprio operato.

⁴⁶ Cfr. F.P. CERASE, *La Pubblica Amministrazione*, Roma, Carocci, 1998.

⁴⁷ Cfr. F.P. CERASE, La Pubblica Amministrazione, Roma, Carocci, 1998.

⁴⁸ Infatti, quando l'applicazione della regola diventa un fine in sé, si realizza una "trasposizione dei fini", sviluppandosi un comportamento conformista e ritualista che fa perdere di vista i fini reali del proprio ruolo agito. Ciò apre la strada ad una evidente indisponibilità alla valutazione dei risultati, considerando il mero rispetto della regola l'unico esito possibile (habitus della conformità alla regola). Cfr. F.P. CERASE, *La Pubblica Amministrazione*, Roma, Carocci, 1998, ricorda, in ogni caso, che la conformità alla regola è anche "fonte di sicurezza", in quanto garanzia di compito corretto senza il rischio di esposizione a sanzioni. Nello stesso tempo, sempre Cerase, osserva il rischio di "ritualismo" (Merton) non più legato allo scopo/esito ma ispirato al timore della responsabilità. E sempre citando il lavoro di Merton, Cerase specifica comunque come l'attesa del comportamento sempre conforme alla norma possa creare un'"incapacità addestrata" (Merton) a cogliere il nuovo, riconducendo invece tutto a situazioni note (essenzialmente normate: richiamo al "già fatto", al "precedente già noto"), senza capacità nel cogliere il cambiamento. Secondo cfr. L. SACCONI (a cura di), *Etica della pubblica amministrazione*, Milano, Guerini & Associati, 1998, p. 136, poi, il funzionario "(...) dovrebbe promuovere il senso di autonomia e la partecipazione, attraverso l'impegno del giudizio indipendente ed il discernimento personale piuttosto che l'applicazione di routine della legge". Rimane dunque, anche in

la devozione, la dedizione e la dedicazione, in quanto espressioni vocazionali⁴⁹ che ispirano l'idea soggettiva del potere agito; la correttezza e la trasparenza (ad esempio, motivazione delle scelte); la disciplina, in quanto capacità di adempiere con regolarità (superamento della percezione inefficiente dell'"indeterminatezza del tempo organizzativo")⁵⁰ e qualità (perizia), *techné* ed *ars*. Costruzione di un senso dell'efficacia come prospettiva a lungo termine che richiede perseveranza e perspicacia. Riprendendo il profilo della rettitudine (*righteousness*), possiamo inoltre ricordare il suo rapporto con le norme: una persona è retta (*righteous*) se osserva le norme morali senza preoccuparsi delle sanzioni sociali; la persona retta osserva le norme perché le approva⁵¹. In generale, dunque, questi "doveri" costituiscono così una vera e propria "componente" dell'identità di ruolo e non il risultato di aspettative esterne subite passivamente. Una sorta di interiorizzazione ed "autopercezione funzionale" ("servitore dello Stato" o *Civil servant*), un *ethos* proprio in quanto componente positiva della propria identità sociale⁵². Le "preferenze di valore" fondano i "doveri personali": se non si rispettano, si sente un "disvalore" del quale ci vergognamo (elemento "vocazionale dell'ethos")⁵³.

La Responsabilità aiuta il funzionario a rendersi conto che il proprio comportamento incide direttamente sul grado di fiducia (percezione dell'affidabilità) dei cittadini nei confronti delle Istituzioni. Si è "di fronte all'Altro da sé". Si compone la figura del funzionario pubblico come "persona" con le sue capacità da sviluppare attraverso la "formazione alla dignità" per "farsi responsabile" e partecipe all'erogazione del servizio (torna di nuovo la motivazione intrinseca)⁵⁴. La responsabilità, allora, è nel dovere di formulare giudizi nello spazio della libertà, in quanto soggetti morali e non meri funzionari (profilo tecnocratico). Infine, questi profili di responsabilità aiutano a superare il cd. alibi collettivo: tutti sbagliano, nessuno è colpevole.

riferimento al ruolo guida che l'etica può svolgere, il problema storico della decodificazione delle regole e delle norme (spesso di cattiva qualità e inefficienti) in comportamenti organizzativi corretti. (P. DONATELLI, *Etica*, Torino, Einaudi, 2015.

77

⁴⁹ Sul valore euristico di questo concetto, forte è il debito verso la tradizione del cristianesimo sociale. Solo per un utile approfondimento, si vedano i lavori di: A. MOSER-B. LEERS, *Teologia morale: conflitti e alternative*, Padova, Cittadella, 1988; N. BEACH, *L'etica cristiana nella tradizione protestante*, Torino, Claudiana, 1993 in particolare il capitolo terzo; M. MIEGGE, *Vocazione e lavoro*, Torino, Claudiana, 2010; B. LANG (voce), *Lavoro*, in P. EICHER (a cura di), Biblioteca di teologia contemporanea. Volume II, Brescia, Queriniana, 2008, pp. 562ss; G. KEHRER E ALTRI (voce), *Labor*, in H.D. BETZ-D.S. BROWNING-B. JANOWSKI-E. JÜNGEL (cura di), Religion past and present. Volume VII, Leida (Paesi Bassi), Brill, 2010, pp. 270ss.. Rimane sempre senza soluzione la relazione diabolica tra ambizione personale e cultura del servizio.
⁵⁰ Recuperiamo una suggestione di Cfr. F.P. CERASE, *La Pubblica Amministrazione*, Roma, Carocci, 1998.

⁵¹ Così la cfr. A. HELLER, *Oltre la giustizia*, Bologna, il Mulino, 1990. La personalità etica è stata generalmente identificata in due tipi di rettitudine: obbedienza alle leggi e coscienza morale. Virtù e rettitudine,

generalmente identificata in due tipi di rettitudine: obbedienza alle leggi e coscienza morale. Virtù e rettitudine, dunque, come adeguatezza dell'individuo ai doveri scaturenti dai rapporti ai quali appartiene. Per un'identificazione sintetica dei profili della rettitudine, si veda cfr. F. GIORGILLI, *Etica e virtù nel lavoro pubblico. Il comportamento lavorativo nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 338-339.

⁵² Incidono, sulle nostre riflessioni fin qui, le diverse modalità del dipendente pubblico nel considerare e percepire il proprio lavoro: rispetto alla complessità (competenze richieste), all'autonomia (spazio individuale di decisione), alla responsabilità (su cosa si può essere chiamati a rispondere). Percezioni che sono evidentemente condizionate dal tasso di cambiamento di attività lavorativa, dall'anzianità di servizio, dal settore di appartenenza. Il senso del dovere, afferma cfr. F.P. CERASE, *La Pubblica Amministrazione*, Roma, Carocci, 1998, p 115, non è "disposizione all'obbedienza" pedissequa, spesso governata solo dal tornaconto personale (visione della Pubblica Amministrazione solo come "organizzazione remunerativa" con "orientamento principalmente utilitaristico" da parte dei propri dipendenti). Così, "mentre l'obbedienza può essere 'regolamentata', il senso del dovere come professione per quanto possa essere sorretto da determinati orientamenti di valore, sfugge ad ogni regolamentazione a priori e si manifesta piuttosto come pratica dell'agire quotidiano e come tale è soggetto ad un processo di apprendimento". Il "senso del dovere" (onorare gli obblighi senza attendersi ricompensa) è per Q. WILSON, *Il senso morale*, Roma, Edizioni di Comunità, 1995, un sentimento morale.

⁵³ Così cfr. R. DE MONTICELLI, La questione morale, Cortina, 2010.

⁵⁴ Così cfr. F. RIVA, *Bene comune e lavoro sociale*, Roma, Edizioni Lavoro, 2012, p. 184. Si veda anche D.F. THOMPSON, *Paradossi dell'etica della Pubblica Amministrazione*, in Problemi di Amministrazione Pubblica, n. 1 (1994), dove si sostiene il ruolo strategico della formazione sui comportamenti etici.

- d) *Trasparenza*. Una virtù che trova la sua ragion d'essere nell'incontro con l'Altro (cittadino/funzionario). È una manifestazione etica di cura finalizzata a: permettere la partecipazione, l'inclusività e l'accessibilità ai procedimenti operativi; rendere possibile il controllo, la valutazione, e l'utilità del *feedback* (modello circolare e non lineare). In tal senso, la Trasparenza richiede alcune azioni importanti.
 - Un'azione di semplificazione dei linguaggi e di chiarezza nell'offerta delle informazioni.
 - Un'azione dialogica, finalizzata al confronto franco e aperto, utile anche alla condivisione dei fini e dei valori.
 - Un "ragionamento pubblico" con la possibilità, per la persona, di incidere sulle decisioni.

Anche la Trasparenza, poi, richiede, in generale, correttezza. caratteristiche:.

e) Saggezza. Probabilmente la virtù più rilevante se pensiamo alla figura del funzionario pubblico. La saggezza indica così la capacità etica generale di equilibrio e moderazione nella relazione tra emozione e ragione (razionalità), un vero e proprio "modo di vivere". Capacità di porre il giusto ordine/rapporto in sé e con gli altri, competenza nel saper ragionare ponendo in sé misura attraverso una buona condotta (eupraxia) che valorizzi la dialettica. Si può realizzare una "razionalità ottimale della morale" se si sceglie se stessi come persone oneste, esercitando una virtù cognitiva, ossia scegliendo di controllare le norme e le azioni da un punto di vista morale. È una scelta originariamente esistenziale: la persona onesta si sceglie come "persona che fa la scelta esistenziale". Tale scelta è un atto libero. La competenza razionale è centrale per la stessa importanza della persona: competenza concepita come competenza nel saper definire regole di azione per sé e per gli altri. La persona saggia sembrerebbe aver maturato una particolare "sensibilità" per registrare la traccia etica e morale delle situazioni comportamentali. Esercita dunque in modo competente la funzione razionale, sapendola intrecciare con i profili caratteriali anche emotivo-irrazionali. ⁵⁵ In tal modo la persona saggia acquista libertà nell'azione, perché la moderazione permette il governo di tutti gli aspetti desiderativi ⁵⁶ e conferma il piano dell'etica come spazio rivolto alla vita quotidiana. Un approccio di ragionevolezza/buonsenso ⁵⁷, utile a dare valore alla prudenza/precauzione ⁵⁸ in modo tale da garantire la necessaria apertura mentale (allargamento degli

⁵⁵ La persona saggia esprime la sua virtù perché percepisce, di una situazione, le caratteristiche moralmente importanti. Cfr. L. CERI, Ragioni e desideri, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 152 e 154-155, citando J. MCDOWELL, Are moral requirements hypothetical imperatives?, in Proceedings of the Aristotelian Society, suppl. vol. 52, osserva come questa percezione non può essere scomposta in due parti, una cognitiva e una non cognitiva, affettiva o emotiva: 'la percezione degli aspetti salienti resiste alla scomposizione in consapevolezza «pura» e stati appetitivi (...)'. In altre parole, c'è un legame inestricabile tra credere che un'azione abbia certe caratteristiche e avere il desiderio di compierla. Ciò spiega perché non è possibile avere la credenza senza avere il desiderio: non è possibile essere consapevoli del fatto che un'azione è moralmente giusta e non sentirsi motivati a compierla. (...) Per comprendere il desiderio che spinge la persona virtuosa a fare ciò che fa dobbiamo riuscire a capire il modo in cui vede l'azione in questione: si rende conto che è giusto compierla e ciò è sufficiente per spingerla a compiere proprio quell'azione. (...) La differenza tra chi è virtuoso e chi non lo è - osserva McDowell - non consiste nel fatto che la persona virtuosa vede una certa azione nello stesso modo in cui la vede la persona non virtuosa, ma ha il desiderio di compierla mentre la persona non virtuosa non lo ha. (...) Così, se qualcuno non si sente affatto motivato a fare ciò che è moralmente giusto la sua mancanza di motivazione non dipende, secondo McDowell, dal fatto che non desidera agire moralmente, ma dal fatto che non è in grado di individuare le caratteristiche moralmente significative dell'azione in questione. La persona virtuosa, invece, possiede questa capacità percettiva ed è proprio in essa che, secondo McDowell, consiste la virtù."

⁵⁶ M. VEGETTI, *L'etica degli antichi*, Laterza, evidenzia come, nella filosofia pratica, una regola centrale è quella della medietà (*mesotes*) in riferimento a situazioni variabili e contingenti. La medietà rappresenta una scelta efficace tra eccesso e difetto di passione. La rettitudine (*orthotes*) è così conformazione del desiderio agli *standards* condivisi. Sul tema delle passioni: R. BODEI, *Geometria delle passioni*, Feltrinelli.

⁵⁷ Ragionevole è la persona giudiziosa, ossia pronta a prestare ascolto alla ragione degli altri (umanità).

⁵⁸ Osservano M. RUISI-G. DI FEDE-V. FASONE, *Le virtù 'cardinali' del 'revenue manager'*, in Rivista di scienze del turismo, n. 3 (2010), pp. 55-56: "La prudenza è la virtù che, partendo dalla conoscenza della realtà, permette di compiere il bene. La prudenza favorisce la scelta dei mezzi idonei per il conseguimento del fine (...). La prudenza consente di applicare i principi generali al caso specifico orientando la decisione e, a valle, l'azione. (...) Una virtù, tra le altre, collegata alla prudenza è l''eubulia'; essa riguarda la buona deliberazione conseguente a un'accurata disamina dei diversi aspetti collegati all'azione da compiere e a possibili nuove linee di condotta che portano il soggetto ad andare oltre il ricorso alla mera casistica". Il saggio è consapevole della "tensione irrisolvibile" tra legge generale e casi particolari.

orizzonti, *epoché*⁵⁹ come sospensione del giudizio, utile ad una ricerca-azione) nei confronti di esiti e soluzioni. Un giusto aggancio tra ponderazione (profondità, non superficialità, attenzione, proporzionalità, temperanza⁶⁰) e coraggio⁶¹, poggiando sulla tenacia/resilienza (fortezza⁶²) rispetto ai fini/compiti istituzionali (coerenza). Così, si sceglie in modo corretto in tutte le situazioni e sempre mantenendo il riferimento stretto ai fini "buoni". Il saggio, sul piano relazionale e comportamentale, esprime generalmente: generosità, tenacia, pazienza, coscienziosità, costanza.

La saggezza richiede il porre al centro due importanti elementi.

• <u>L'esperienza</u>, come consapevolezza: del negativo/dolore e del positivo; dell'importanza situazionale nella ricerca delle soluzioni organizzativo-comportamentali; della necessità di mantenere una visione di mediolungo respiro ed il più possibile sistemica. In particolare, l'esperienza è consolidamento di prassi comportamentali (non il singolo evento/gesto, ma un esercizio continuo) a forte carattere emotivo. L'impegno morale è reso razionale dalla coerenza, ossia "l'omogeneizzazione degli insiemi eterogenei di valori", conseguita attraverso il processo "azione-discorso-azione" 63.

⁵⁹ Il saggio è tale proprio perché utilizza l'epoché (sospensione del giudizio), enfatizzando così le funzioni di sperimentazione e verifica Considerare quindi le cose nella giusta luce pronti a rivoltare i nostri modi di vedere (la conversione è più importante della mera erudizione) attraverso la dialettica: "mettere la testa fuori dal mondo del divenire". Ciò è fondato sulla conoscenza della concatenazione delle cause degli eventi specifici. Il saggio accetta ed affronta lo stato delle cose ed i suoi esiti anche se non positivi.

⁶⁰ La temperanza va intesa come il giusto mezzo e deve risultare da un processo di interiorizzazione. Il "giusto mezzo" è il principio di governo delle virtù etiche, è la via di mezzo tra l'incontinenza nella ricerca della soddisfazione dei propri bisogni e l'insensibilità. Per ogni affetto ed emozione, un giusto mezzo: il coraggio, un esempio per tutti, come via mediana tra passività/timore e temerarietà. "La temperanza – secondo cfr. M. RUISI-G. DI FEDE-V. FASONE, *Le virtù 'cardinali' del 'revenue manager'*, in Rivista di scienze del turismo, n. 3 (2010), p. 59 – è la virtù che permette di regolare le passioni che tendono innanzitutto ai beni sensibili e indirettamente la tristezza connesse alla loro privazione. (...) consente, soprattutto di regolare l'operato dei soggetti in questione a partire dalla moderazione del piacere, della soddisfazione e dell'orgoglio per i risultati raggiunti/raggiungibili. (...) Virtù collegate possono essere la mitezza nelle relazioni con il personale e la modestia nel presentare i risultati conseguiti".

⁶¹ Il coraggio aiuta a vincere le lusinghe dei piaceri e gli ostacoli dei dolori. Si nutre della sapienza (conoscenza degli scopi alti) e della irascibilità (azione senza tentennamenti). Il coraggio richiede comunque il timore delle cose effettivamente temibili e, nello stesso tempo, l'ardimento, ossia l'essere pronto ad azioni forti senza incoscienza.

⁶² Affermano cfr. M. RUISI-G. DI FEDE-V. FASONE, *Le virtù 'cardinali' del 'revenue manager'*, in Rivista di scienze del turismo, n. 3 (2010), p. 58: "La fortezza è la virtù che rende capaci di affrontare tribolazioni e sofferenze senza cedere nell'angoscia e nella disperazione. La fortezza quindi non fa venire meno dall'impegno nel caso in cui motivazioni interne o esterne all'azienda [nda. si legga anche Amministrazione] dovessero mettere in dubbio l'opportunità di proseguire l'azione intrapresa. (...)". La fortezza è in relazione con la costanza ed aiuta la stabilità, in una logica di intenzionalità responsabile senza l'ansia del successo ad ogni costo. Per il funzionario pubblico si può tradurre anche nella scelta determinata di perseguire fini utili socialmente, a proprio rischio e senza onori pubblici.

⁶³ Le virtù, come si è già accennato, sono acquisibili solo tramite una lunga cura di sé (*epimeleia heautou*): diventiamo giusti compiendo cose giuste, ecc. Virtù come "disposizione del proponimento" riferibile al "sapere pratico" (acquisizione di habitus) dell'etica (*ethos* ha come significato anche abitudine). Solo attraverso un cambiamento profondo, si supera la dimensione "giuridico-civile" per entrare in quella "etico-civile", dove serve una volontà orientata al bene comune.

• <u>L'umiltà</u> (so di non sapere)⁶⁴, per: saper accettare l'errore, trasformandolo eventualmente in nuovo apprendimento (la conoscenza è fallibile)⁶⁵; sapersi scusare, senza temere di perdere stima e reputazione; accettare serenamente che non esistono modelli perfetti e la razionalità a nostra disposizione è "limitata" (antidogmaticità e sperimentabilità) a fronte di processi non-lineari (imprevedibili e complessi)⁶⁶, salvaguardare il proprio pensiero critico⁶⁷ e la propria autonomia di giudizio, senza rischiare rigidità e con la chiara evidenza del ruolo fondamentale dei processi di interdipendenza tra le persone (nessuno è autoreferenziale e "indipendente").La stessa rettitudine non ha a che fare con la perfettibilità ma con la "corregibilità" della natura umana.

L'umiltà, recuperando le forti considerazioni di Bobbio⁶⁸, è sicuramente arricchita e potenziata dal profilo della "mitezza", atteggiamento comportamentale che si valorizza solo "alla presenza dell'altro". La mitezza lascia essere l'Altro quello che è. È una "virtù sociale" e "debole", perché della persona non potente. Il contrario di mitezza, secondo Bobbio, è l'arroganza, in quanto opinione esagerata dei propri meriti (per giustificare la sopraffazione), prepotenza (abuso di potenza, ostentata ed esercitata e conseguente dominio arbitrario e crudele), protervia (arroganza ostentata). Il mite non ha grande opinione di sé, non per disistima ma per convinzione dei limiti dell'uomo. Il mite non ostenta nulla. Il mite non gareggia con gli altri, ma non è remissivo o bonario (non si fa illusioni sulle virtù degli altri) né vendicativo. Mantiene la propria misura (compostezza, disponibilità) anche nelle tempeste delle emozioni. Il mite è aperto verso gli altri senza

⁶⁴ L'umiltà, direttamente contrapposta alla superbia, non esclude la stima di Sé, ma solo se positiva, ossia funzionale ad una considerazione corretta della propria potenza di agire. Di contro, la superbia allora rappresenta la sopravvalutazione di sé, la vanagloria, intesa come autocompiacimento ingiustificato finalizzato alla ricerca di lodi sociali ed al desiderio ossessivo di manifestare una propria superiorità. L'umiltà, inoltre, non è positiva se esprime accettazione della propria impotenza, visto che ognuno ha una propria potenza che deve conoscere ed agevolare. L'umiltà si oppone, nell'organizzazione, alla competitività indulgente verso l'autocompiacimento narcisistico. La soddisfazione per i propri successi assume senso ma solo solo se sottoposta alla correzione da parte del punto di vista degli altri (osservazione e critica simpatetica). Il manager S. CASELLA, *La morale aziendale*, Milano, Tecniche Nuove (2014), ci ricorda che umiltà proviene da *humilis*, che viene dalla terra, che dà solidità, concretezza e forza.

⁶⁵ Ricorda Z. BAUMAN, *Società, etica, politica*, Milano, Cortina, 2002, p. 48, che essere morali non significa necessariamente essere buoni, ma significa aver acquisito una conoscenza delle concezioni socialmente condivise del bene e del male, per compiere, appunto, una "scelta", anche se "(...) in condizioni di profonda e dolorosa incertezza.".

⁶⁶ In questo ambito, si situa normalmente in letteratura il tema dei "dilemmi morali". Osserva utilmente C. BAGNOLI, I dilemmi morali e l'integrità, in Iride, n. 27 (1999)., pp. 291 e 296: "Il conflitto morale è solitamente considerato un invito alla deliberazione. Attraverso la deliberazione, l'agente stabilisce delle relazioni di priorità tra le ragioni morali che riconosce come importanti. Ma non tutti i conflitti morali possono essere risolti in questo modo. Il dilemma è infatti un caso particolare di conflitto in cui le ragioni in gioco sono ugualmente giustificate dalla teoria etica, eppure nessuna di esse è decisiva. In questi casi il processo deliberativo sembra incepparsi: non vengono stabilite relazioni di priorità tra le ragioni dell'agente. L'agente è come intrappolato, condannato a violare una ra gione morale qualsiasi sia l'azione che intraprende. Dirò che un dilemma è una sorta di 'trappola deliberativa senza via d'uscita'. Gli agenti morali che esperiscono un dilemma morale sono smarriti e perplessi non perché siano incerti rispetto ai loro doveri, ma perché non si tratta, per loro, di scegliere tra alternative in gioco che rappresentano una via d'uscita al dilemma. Per loro si tratta, piuttosto, di inventare una via d'uscita. Ma proprio perché la loro sarà una via d'uscita 'inventata', una decisione arbitraria, essa non può rappresentare una vera e propria risoluzione del dilemma.". Ed ancora: "Nella misura in cui dilemmi sorgono a causa di criteri di rilevanza di cui l'agente che opera in condizioni di razionalità imperfetta non può far a meno, tali dilemmi dipendono dai limiti costitutivi del nostro essere umani. (...) Proprio in quanto i dilemmi morali dipendono dai limiti costitutivi del nostro essere umani, essi non possono essere evitati. Il problema che la possibilità del dilemma ci pone non è un problema epistemico, ma un problema morale. L'agente non ha vie d'uscita, la sua integrità è minacciata quale che sia il corso di azioni che intende intraprendere. (...) Piuttosto, la possibilità del dilemma è spiegata dal fatto che l'agente adotta la teoria etica in condizioni di razionalità imperfetta.".

⁶⁷ Secondo R. M. HARE, *Il pensiero morale*, Bologna, il Mulino, 1981), il livello intuitivo deve essere soccorso dal pensiero critico, capace di formulare giudizi morali: il cd. Arcangelo od osservatore ideale e superiore (non influenzato dai propri interessi).

⁶⁸ N. BOBBIO, *Elogio della mitezza*, Milano, il Saggiatore, 2014, p. 34.

richiedere reciprocità: la mitezza è una donazione. Virtù complementari alla mitezza: semplicità e misericordia (o compassione); semplicità, in quanto modalità per rifuggire dalle "astrusie inutili" e dall'ambiguità; essere limpidi e chiari. Mitezza come forma di esercizio della temperanza dei poteri, introducendo anche i bisogni esclusi dalla razionalizzazione dei processi. La temperanza è mite perché mitiga, ma è anche forte perché tempra e rende lucidi.

La virtù della saggezza si fonda, allora, sulla forza del dialogo, affrontato con correttezza ed onestà. Il saggio è capace di tradurre in pratica la conoscenza, sapendo discutere correttamente e criticamente. Una sorta di libertà morale di ricerca aperta e libera, il parlare franco (parresia) con l'Altro (collega o cittadino), pur mantenendo il necessario ancoraggio ai principi, nel nostro caso, Costituzionali riferiti al lavoro pubblico. In questo senso la saggezza è una virtù utile agli altri e capace di trasmettere agli altri. Questa virtù, però, si fonda anche sulla riflessività, ossia sulla capacità di sapersi guardare dentro, individuando i propri punti di forza e le proprie criticità, ricercando costantemente un equilibrio tra ruolo ricoperto e persona, dandosi il tempo necessario per costruire la giusta consapevolezza sugli eventi organizzativi, garantendo a se stesso la massima disponibilità-dovere per l'apprendimento (come processo finalizzato sia allo sviluppo delle competenze che al rafforzamento del pensiero critico ed, in generale, come fattore del proprio orientamento alla crescita)⁶⁹. Attraverso la riflessività, si introduce il ruolo della "coscienza morale"⁷⁰ come percezione di riprovazione in riferimento a specifici impulsi di desiderio (Freud, "Totem e tabù"), praticando invece socraticamente l'autocontrollo (enkrateia) come argine all'incontinenza (akrasia). Il pensare (in noi stessi) ci rende coscienti (consciousness) e ci indirizza così verso la coscienza etica (conscience)⁷¹. L'interiorizzazione della coscienza morale conosce il ruolo di un'autorità esterna e un processo esperenziale socializzante. Al compimento del processo si definisce, diremo facendoci aiutare dalla psicoanalisi, un Super-Io (autorità interna) quale convinzione morale autonoma ed autentica, evitando così conformismo e mimetismo e confermando l'importanza di definire modelli comportamentali morali e meccanismi di autosservazione critica. La conoscenza utile è quella approvata dalla persona attraverso la coscienza innestando un processo di consapevolezza, di conoscenza di se stessi (e non illusione di se stessi), nella evidenza che la stessa centralità della persona passi anche attraverso l'autocoscienza, ossia il saper riflettere su di sé. Una ricerca di coerenza con i propri valori. Pensare come imperativo etico: "capacità di darsi ragione dell'evento attraverso il giudizio, facoltà mentale autonoma" attraverso la quale distinguere bene/male, giusto/ingiusto⁷². Una sorta di "progresso etico" che richiede anche la capacità di allenarci a prendere confidenza con i fallimenti.

4. CONCLUSIONI E PROPOSTE PER IL CAMBIAMENTO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Oggi serve, come si è detto, un capovolgimento nel modo di vedere la riformabilità delle PPAA. Questo capovolgimento richiede anche nuove visioni in diverse discipline che sviluppano temi importanti per il lavoro pubblico. Penso ai diversi diritti amministrativi, alle discipline economico-aziendali, a quelle psicosociali, a quelle giuslavoristiche ed a quelle sociologiche. Serve la consapevolezza e la voglia per realizzare nuove contaminazioni interdisciplinari, ricollocando le categorie analitiche specifiche di ogni area disciplinare in una tessitura culturale e riflessiva che riponga al centro il valore peculiare del settore pubblico, emancipandolo definitivamente dal servaggio verso altre mentalità organizzative ed operative. Una rivoluzione che, paradossalmente, ci riporta sulla strada di casa, allo spazio etico e vocazionale indicato dalla nostra Costituzione. Il Piano Nazionale di Resilienza sarebbe, quindi, un'occasione da non perdere.

⁶⁹ Sul tema si veda: D. LIPARI, *Riflessione sull'analisi dei bisogni di formazione nelle amministrazioni pubbliche*, in Formazione e cambiamento, n. 6 (2017); e F.P. ARCURI, F. GIORGILLI, *La formazione per la pubblica amministrazione: condizioni di contesto e possibili linee di azione*, in Formazione e cambiamento, n. 50 (2008).

⁷⁰ L. FONNESU, *Storia dell'etica contemporanea*, Milano, Carocci, 2006.. Sempre Fonnesu, riporta l'analisi piagetiana: va costruita una disposizione soggettiva positiva verso le norme ed il loro rispetto; di contro si rischierebbe un "realismo morale", ossia l'assunzione della regola solo per imposizione esterna (il bene è obbedienza e si osserva così la "lettera" ma non lo "spirito" della regola).

⁷¹ Cfr. M.T. PANSERA, *Postfazione. Per una politica della responsabilità*, in H. ARENDT, Per un'etica della responsabilità, Sesto San Giovanni (Milano), Mimesis, 2017.

⁷² Cfr. M.T. PANSERA, *Postfazione. Per una politica della responsabilità*, in H. ARENDT, Per un'etica della responsabilità, Sesto San Giovanni (Milano), Mimesis, 2017, pp. 140-141. Si tratta, secondo l'autore, di riunire il pensiero con la volontà ed il giudizio finalizzando il tutto all'azione. Saper valorizzare il momento del presente (*nunc stans*) creando un piccolo spazio di non-tempo nel cuore stesso del tempo (l'occhio del ciclone) come quiete per valutare, osservare, trovare significato, in definitiva per governare la ricerca continua e mai conclusa di verità. Il pensiero recupera il rapporto con il mondo (*praxis*) attraverso il giudizio a base dialogica, nel rapporto tra ragione e decisione (volontà).

Abbiamo visto allora come al centro andrebbero allora posti, con urgenza strategica, i comportamenti. In questa direzione si proporranno, in quest'ultimo paragrafo, ulteriori elementi di riflessione riferibili e decodificabili in termini di azioni organizzative.

L'approccio dell'EdV, come descritto nel paragrafo precedente, consente, in tal senso:

- ✓ una incidenza nell'agire quotidiano nelle organizzazioni;
- ✓ una nuova centralità assegnata al "movere", alla motivazione intrinseca;
- ✓ un percorso di crescita posto oltre la sola competenza tecnica ma anche oltre la mera efficienza comportamentale (tipica dei pur utili approcci classici del comportamento organizzativo);
- ✓ un investimento sulle capacità trasversali;
- ✓ la messa in evidenza di dimensioni profonde e determinanti per il cambiamento effettivo dei comportamenti
- 1. Il primo punto di appoggio non può, quindi, che essere rappresentato dalla necessità di porre al centro la dimensione dei poteri nelle diverse Pubbliche Amministrazioni. Questa non è stata infatti mai aggredita sul piano del cambiamento di mentalità, perdendo di vista la sua vicinanza alle forme di applicazione concreta della norma e determinando l'allontanamento dal criterio costituzionale generale che vede "cittadini al servizio di altri cittadini". Di fatto è la variabile fondamentale per tutte le strategie di cambiamento, principalmente perchè presente in particolare negli spazi non strutturati dell'organizzazione (il potere, quasi sempre, si sente, si vive, ma non si vede con chiarezza), ossia quegli spazi strategici per l'azione concreta ed il risultato prestazionale conclusivo: spazi tra norma/regola e caso concreto; spazi tra norma /regola e contesto socioantropologico. Una corretta lettura dei poteri agiti si collega direttamente, non andrebbe mai dimenticato, alla qualità dei profili di responsabilizzazione, di trasparenza, di equità. Dunque torna di attualità quanto affermava Sofocle (e ricordava Norberto Bobbio): se si vuole conoscere veramente la natura e il carattere di un uomo, bisogna osservarlo quando amministra poteri.
- 2. Ne consegue quasi di fatto, e siamo al secondo punto di appoggio, il bisogno di una <u>riforma culturale del concetto di carriera</u>. Questa, anche nel pubblico, è stata incentivata e tollerata, negli ultimi anni, nei suoi "ismi" (carrierismo) e nelle sue forme esasperatamente competitive, tipiche del modello privato aziendalistico ma lontane da ogni idea di servizio. Si erode così l'investimento istituzionale di ruolo a favore di quello personale. Questa punto di riforma apre, inoltre, nuovi spazi nel recruitment delle Pubbliche Amministrazioni: finalmente permette di tornare ad orientarsi verso quel segmento di mercato di lavoro ad esse più coerente perché rappresentato da tutte le culture civiche attente al bene comune, già presenti diffusivamente in molti giovani del nostro Paese.⁷³ Tutto ciò ci conduce verso ulteriori considerazioni.
 - Assunzione strategica dell'idea di "professional development" (sviluppo professionale). Da un lato, riguardo alla concezione di ruolo, come costruzione responsabile ed eticamente corretta di competenze e qualità comportamentali utili ad agire i diversi ruoli di servizio nell'ottica generale del civil servant. La centralità è delle funzioni del ruolo pubblico (empowering) e non delle ambizioni (di comando, possesso di spazi decisionali, destino personale, power) del funzionario pubblico: dal personalismo di ruolo (cerco le occasioni utili per me); al ruolo come luogo di consapevolezza del proprio compito di progettualità in termini di funzione sociale (do, insieme ad altri, quello che posso alla Comunità ed al suo patto sociale). Dall'altro lato, riguardo alle dinamiche di ruolo, come percorso bottom-up, capace di valorizzare la fioritura personale attraverso lo scambio interpersonale ed il lavoro cooperativo. Si giunge al ruolo con la saggezza adeguata. Di conseguenza, si deve dare valore al tempo (di crescita), senza fughe giovanilistiche od immobilismo di età: carriere veloci generalmente equivalgono a virtù deboli.
 - In questa nuova visione e concezione dei poteri e dello sviluppo professionale, le virtù ci sollecitano nell'immaginare politiche radicalmente nuove di "organizational development" (OD Sviluppo Organizzativo/SO), tali da valorizzare l'aging, lo scambio intergenerazionale e le modalità dell"entrare nelle organizzazioni"⁷⁴ Si deve costruire un"etnografia generazionale dei valori", sia diacronica (tramandare luoghi e storie rilevanti) che sincronica (trasferimento curato delle capacità/sensibilità). Andrebbero concepite, in particolare, forme strutturate di mentoring bidirezionale (reverse mentoring), centrato sul ruolo del gruppo come anche sull'esemplarità. ⁷⁵

⁷³ Sembra già in campo questa sensibilità, nelle procedure di concorso ultime sviluppate dall'Agenzia delle Entrate.

⁷⁴ Si veda M. DEPOLO, *Entrare nelle organizzazioni. Psicologia della socializzazione organizzativa*, Bologna, il Mulino. 1988.

⁷⁵ F. GIORGILLI, *Per un cambiamento radicale nella PA*, in Direzione del Personale, n. 197 (2021), p. 20.

- 3. Sviluppo delle forme di organizzazione per processi, dove al posto del soggettivismo/individualismo si punta all'individualità nella gruppalità. Tra le pieghe del flusso operativo per processi trovano riconoscimento quei micro-comportamenti che propongono un significato etico al principio di efficacia ed a quello di efficienza: il saper lavorare con gli altri colleghi, considerandoli risorse e non fastidi; la proattività in termini di problem solving, con la consapevolezza non solo della specifica azione operativa ma del suo più ampio "senso" di cura della comunità. ⁷⁶ Dove, ancora, si contrastano inefficienti dinamiche di fronteggiamento vinci-perdi tra persone e si introduce invece una mentalità sperimentale condivisa (nelle soluzioni operative).
- 4. Evoluzione delle dimensioni valutative e di controllo della performance. Queste, devono essere attente ad almeno tre diverse dimensioni architetturali: accentuata diversità operativa tra le Pubbliche Amministrazioni; polarizzazione individuo-gruppo; considerazione della diversità dei ruoli (dirigenti, quadri, funzionariato senza posizioni di responsabilità, ecc.). In generale appare utile superare l'approccio della mera efficienza comportamentale, che rischia di indebolire le sensibilità verso la tutela dei beni comuni a favore di una mera concezione strumentale/gestionale (ad esempio, cd. leadership efficace) e di un'esasperata lettura personale sinallagmatico-incentivante. Nello stesso tempo, si impone una maggiore attenzione alla valutazione dei processi prestazionali, abbandonando l'assioma culturale dell'"oggettivismo quantitativistico ("tutto è misurabile" in modo neutro). La valutazione quali-quantitativa, considerando le diversità soggettive ineludibili (negli apprendimenti, ecc.), dovrebbe affidarsi ad un set di metodologie, utile a centrare l'attenzione sulla persona e quindi sul suo comportamento etico; autovalutazione; monitoraggio/tutoring; valorizzazione delle sensibilità di leadership in riferimento a piccoli gruppi (max 20 componenti); valorizzazione delle dinamiche di gruppo, come spazio di reciproca osservazione operativa.
- 5. Riforma dei contenuti e nei metodi della formazione. Le virtù, nel loro valore comportamentale, ci spingono ad una riforma radicale dei contenuti e dei metodi della formazione. La loro provata insegnabilità⁷⁷, rende di nuovo centrale la dimensione gruppale e la logica esperienziale. Un processo di apprendimento che, ispirandosi alle logiche del mentoring, deve poggiarsi sul vissuto organizzativo, attraverso il potenziamento del dialogo, della capacità argomentativa, del lavoro cooperativo (connesso all'organizzazione del lavoro per processi) e di specifiche virtù "operative" (solo come esempio: la cura, la trasparenza, l'equità, la responsabilità, la saggezza). Si dovrebbe così guardare ad una formazione-intervento, di "comunità di pratiche" 78, con attenzione alla "fioritura" delle personalità di ruolo, in particolare quelle riferite alle dirigenze ed ai quadri intermedi (funzionariato direttivo). Fare questo vorrà dire assegnare una minore responsabilità taumaturgica alle formazioni tecniche classiche, sempre importanti ma presupposto di fatto implicito. Tali formazioni, in assenza di un habitat etico-esistenziale, risulterebbero infatti strumenti vuoti e persino adatti a dare efficienza, al contrario, a comportamenti non etici (o addirittura corrotti), come ci, racconta da tempo la letteratura internazionale.

⁷⁶ Riflessioni di G. CAPALDO, Riflessioni sul testo 'Etica e virtu' nel lavoro pubblico' di Fabrizio Giorgilli, in www.eticapa.it, 2021. Nello stesso contributo l'autore propone la metafora della "barca a vela" che mette in gioco, soprattutto "in mare aperto e burrascoso", tutte le virtù comportamentali. Su quella barca, dove "o si vince o si perde tutti", la vela principale è nella consapevolezza, anch'essa a tratto etico, dell'interdipendenza tra le persone coinvolte, dove non c'è indipendenza (autonomia solpsistica) e tantomeno dipendenza. Sempre dello stesso autore si veda il testo sull'organizzazione per processi: G. CAPALDO, Il Business Process Management, Milano, Franco Angeli, 2021.

⁷⁷ Qui ci limiteremo a ricordare come la letteratura, di nuovo principalmente in lingua inglese, da tempo stia costruendo ed implementando strumenti e metodiche di sviluppo del Sé sul piano etico-comportamentale. Tra gli altri: L. MORTARI-V. MAZZONI V., Le virtù a scuola, Milano, Cortina, 2014; L. MORTARI-F. VALBUSA, Sentieri di educazione etica", Milano, Cortina, 2017; L. MORTARI,, Cura e virtù: una filosofia dell'educazione all'etica, in Studi sulla Formazione, n. 1 (2020); B. MUTLU, Virtue ethics and its pedagogic implications, in International Journal of Social Sciences and Education Research, n.1 (2016); D. ALT-R. REINGOLD, Changes in Teachers' Moral Role, Berlino, Springer, 2012; A. COSENTINO, Pratica filosofica e professionalità riflessiva, Napoli, Liguori, 2006; D. CARR-J. STEUTEL, Virtue Ethics and Moral Education, London, Routledge, 1999; D. TRENT JACOBS-J. JACOBS-SPENCER, Teaching virtue, Lanham (USA), Rowman & Littlefield, 2001. Da ricordare poi la rivista Journal of Moral Education, edita da Routledge (London). Infine, solo una memo relativamente alla sterminata letteratura sulla leadership etica.

⁷⁸ La letteratura sul tema è amplissima. Si consideri, comunque: E. WENGER-R. MCDERMOTT-W. M.SNYDER, Coltivare comunità di pratica, Milano, Guerini, 2007; E. WENGER, Comunità di pratica, Milano, Cortina, 2006; G. ALESSANDRINI (a cura di), Comunità di pratica e società della conoscenza, Milano, Carocci, 2007; D. LIPARI-P. VALENTINI, Pratiche di comunità di pratica, Milano, PM Edizioni, 2021.

83

Come si affermava in un lavoro citato, già nella sua prima edizione dell'inizio degli anni duemila⁷⁹, la speranza è che, al più presto, si assuma la consapevolezza della necessità, per un cambiamento radicale nelle Pubbliche Amministrazioni, di prepararsi a "new ethical futures".

 $^{^{79}}$ C. MENZEL, *Ethics Management for Public Administrators*, Armonk (New York), M.E. Sharpe, 2007, p. XI.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO

Il whistleblowing: presidio di trasparenza e strumento di lotta ai fenomeni corruttivi

Whistleblowing: a supervision of transparency and a tool for fighting corruption

Gennaro Dezio

Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope

Informazioni sull'articolo

ABSTRACT

Keywords:

Whistleblower Anticorruzione Trasparenza Segnalazioni Tutele

La recente inchiesta del Wall Street Journal, che in questo caso ha coinvolto Facebook e venuta alla luce a seguito delle rivelazioni della whistleblower, ex dipendente, Frances Haugen, è solo l'ultimo, in ordine di tempo (si ricordino, ad esempio, i casi Dieselgate, Luxleaks, Panama Papers e Cambridge Analytica), degli scandali globali emersi grazie alle segnalazioni di coloro che operano all'interno di un determinato contesto lavorativo. Da ciò è possibile evincere la fondamentale funzione di prevenzione della corruzione che, anche nel settore pubblico, può essere, senza dubbio, rappresentata dal sistema di segnalazione il cui fulcro è rappresentato dal whistleblower che, in questo caso dall'interno di una Pubblica amministrazione, provvede a denunciare gli illeciti che possano ledere il pubblico interesse. È, quindi, evidente come tale attività di propedeutico ed attento monitoraggio, prima, e, quindi, eventualmente, di segnalazione, poi, si riveli imprescindibile sia per assicurare la tutela dell'integrità e la trasparenza delle istituzioni, sia per garantire la legalità dell'azione amministrativa nonché dei comportamenti e delle azioni del personale delle pubbliche amministrazioni.

e-ISSN: 2464-9775

Keywords:

Whistleblower Anti-corruption Transparency Reports Legal protections

The recent investigation by the Wall Street Journal, which in this case involved Facebook and came to light following the revelations of the whistleblower, former employee, Frances Haugen, is only the latest, in order of time (for example, the cases Dieselgate, Luxleaks, Panama Papers and Cambridge Analytica), of the global scandals that emerged thanks to the reports of those who operate within a specific work context. From this it is possible to deduce the fundamental function of preventing corruption which, even in the public sector, can undoubtedly be represented by the reporting system whose fulcrum is represented by the whistleblower who, in this case from within a public administration, proceeds to denounce any offenses that may harm the public interest. It is therefore evident that this preliminary and careful monitoring activity, first, and, therefore, possibly, of reporting, then, proves to be essential both to ensure the protection of the integrity and transparency of the institutions, and to guarantee the legality of administrative action as well as the behavior and actions of the personnel of the public administrations.



Autore corrispondente:

Gennaro Dezio

Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope

E-mail: gennarodezio@gmail.com

Sommario: **1.** Introduzione – **2.** Nascita del fenomeno e sua evoluzione nelle diverse esperienze ordinamentali – **3.** La tutela del segnalante nel contesto nazionale – **4.** Conclusioni

Summary: 1. Introduction - **2.** Birth of the phenomenon and its evolution in the various legal experiences - **3.** Protection of the whistleblower in the national context - **4.** Conclusions

1. INTRODUZIONE

Negli ultimi anni, nel contesto europeo e internazionale, la maturata la convinzione dell'insufficienza di una strategia di lotta ai fenomeni corruttivi fondata esclusivamente sull'utilizzo dello strumento penalistico¹ ha favorito l'affermazione di politiche di contrasto alla corruzione che individuano nel momento della prevenzione la loro massima espressione e che si sviluppano sul terreno della promozione della trasparenza, della programmazione e dell'organizzazione amministrativa, nel rispetto di standard e criteri di buona amministrazione².

Nel contesto appena tratteggiato, posto che tale nuovo approccio si basa sulla predisposizione di adeguate misure organizzative e di valutazione del rischio³, il *whistleblowing* può essere considerato come la più importante forma di controllo interna visto l'impatto che, in concreto, è ascrivibile alla denuncia di illeciti, di irregolarità da parte di chi, all'interno delle diverse organizzazioni, è a conoscenza di tali fatti o circostanze⁴. Tale forma di vigilanza collettiva interna, in altre parole, intervenendo sui fattori che cagionano la diffusione dei fenomeni corruttivi⁵, è, quindi, finalizzata a prevenire le situazioni con margini di rischio che siano potenzialmente idonee ad arrecare un concreto pregiudizio a terzi e/o all'amministrazione stessa.

2. NASCITA DEL FENOMENO E SUA EVOLUZIONE IN DIVERSE ESPERIENZE ORDINAMENTALI

L'istituto in esame trova le sue origini nell'ordinamento statunitense come risposta al frequente verificarsi di atti ritorsivi nei confronti dei dipendenti pubblici, in un contesto organizzativo che vedeva quali figure apicali funzionari eletti che tendevano a nominare soggetti fidati o, comunque, del medesimo orientamento politico.

È di tutta evidenza come, tale dinamica, andasse a rendere particolarmente complessa, insidiosa, la segnalazione di illeciti e/o di episodi di *maladministration*⁶.

La nascita dell'istituto in parola si fa risalire al *False Claims Act* del 1863⁷, attraverso il quale il legislatore americano intendeva limitare, da parte di imprese ed organizzazioni, quelle pretese economiche illegittime avanzate al governo federale, che si sostanziavano, perlopiù, nell'esigere prezzi fuori mercato rispetto alla quantità ed al valore delle forniture offerte⁸.

La possibilità di agire nei confronti di chi avesse posto in essere azioni fraudolente era assicurata ad ogni privato cittadino e non solo a chi avesse subito un danno personale e diretto dal reato oggetto di denuncia. Inoltre, la disciplina punitiva si ritenne operante sia nei confronti delle persone fisiche sia nei confronti di quelle giuridiche⁹.

Il modello di tutele offerto dal sistema statunitense che, come poi vedremo, non sarà replicato dal legislatore nazionale prevedeva un sistema premiale che assicurava al denunciante una ricompensa pari al 10% delle somme recuperate.

86

¹ Si v. G.M. Flick, Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione, in Riv. trim. dir. pen. econ. 3- 4/2018.

² G. Fasano, La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego, in Federalismi.it, n.14/2020.

⁴ D. U. Galetta, P. Provenzano, La disciplina italiana del whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre, in Federalismi.it, n. 18/2020.

⁵ R. Garofoli, "La nuova legge anticorruzione, tra prevenzione e repressione", relazione svolta al Convegno "Il contrasto alla corruzione: le prospettive aperte dopo la legge 6 novembre 2012, n. 190", tenuto in Corte di Cassazione il 17 aprile 2013

⁶ G. Di Stasio, Il *Whistleblowing*, in AA.VV., Il principio della trasparenza amministrativa tra nuove tecnologie e contrasto ai fenomeni corruttivi, Aracne editrice, Giugno 2020.

⁷ c.d. "Lincoln Law".

⁸ T. Cardarella, Il Whistlebowing, esperienze comparate di tutela del dipendente che segnala illeciti, https://tesi.luiss.it/id/eprint/19808.

⁹ Ibidem.

Tale importo, nelle riforme che successivamente, nel 1986 e nel 2006, hanno interessato la materia, è stato poi incrementato in una misura variabile tra il 15% ed il 20% e fino al 30% della somma recuperata grazie alla segnalazione¹⁰. Ciò, evidentemente, con l'obiettivo di stimolare un aumento delle denunce da parte dei *relators*.

L'attenzione, sul tema, del decisore pubblico statunitense è comunque sottolineata dagli ulteriori interventi che hanno riguardato la materia: si pensi al *Lloyd-La Follette Act* del 1912 o all'introduzione, nel 1958, di un codice etico in base al quale tutti i dipendenti pubblici erano chiamati a denunciare tutti i possibili fatti corruttivi dei quali avessero avuto contezza¹¹.

Più recentemente si segnala l'introduzione, nel 2012, del Whistleblower Protection Enhancement Act, emanato nel 2012, il cui tratto peculiare consiste nella garanzia di un'effettiva tutela per tutte quelle segnalazioni dalle quali emergano, pacificamente, gli illeciti cui si fa riferimento, prevedendo, inoltre, che non sarà più il lavoratore bensì la parte datoriale a dover provare, in modo convincente, che le azioni poste in essere nei confronti del lavoratore, a seguito della segnalazione, sarebbero state ugualmente poste in essere anche in assenza della medesima¹². Ciò, al fine di escludere la finalità ritorsiva della misura¹³.

Per quanto, invece, concerne il contesto eurounitario c'è da rilevare che a lungo si è scontata una certa difficoltà da parte degli Stati membri nell'approntare un quadro normativo coerente ed adeguato, da ciò derivando una sottovalutazione del ruolo svolto dal *whistleblower* in punto di trasparenza, integrità e responsabilità dell'azione amministrativa. Nell'ultimo periodo, tuttavia, anche in risposta alle sollecitazioni degli organismi sovranazionali, alle pressioni dei *media* e dell'opinione pubblica, molti Paesi membri hanno provveduto ad adeguare le rispettive legislazioni, con l'obiettivo di garantire una solida impalcatura di tutele all'interno delle quale possa realizzarsi l'attività di segnalazione, bloccando sul nascere, quindi, possibili ritorsioni.

Fondamentale, da questo punto di vista, è da considerarsi la direttiva 2019/1937¹⁴ con la quale, a livello eurounitario, ci si è dati l'obiettivo di provare ad armonizzare i diversi quadri regolatori nazionali. La direttiva, infatti, ha sancito gli standard di protezione del *whistleblower*, prescrivendo, altresì, agli Stati membri di rispettare il principio del trattamento più favorevole e di osservare la clausola di non regressione¹⁵.

La direttiva identifica, inoltre, il segnalante nel lavoratore sia pubblico che privato che abbia acquisito informazioni, oggetto di denuncia, nell'ambito del contesto lavorativo, indipendentemente dal titolo in base al quale ne faccia parte ed anche qualora il rapporto di lavoro non fosse «ancora iniziato» o sia «nel frattempo terminato». La tutela è, in questi casi, assicurata o sulla base delle informazioni preliminarmente acquisite in fase selettiva o di trattative precontrattuali oppure, diversamente, nel corso dello svolgimento del rapporto¹⁶.

Ad ogni modo, sulla scorta di quanto premesso, è opportuno rilevare come, attualmente, la protezione offerta ai segnalanti in ambito UE risulti ancora frammentata visto che mentre alcuni Stati membri hanno approntato una legislazione completa, idonea tra l'altro a proteggere efficacemente i *whistleblower* da possibili azioni ritorsive¹⁷, la maggior parte di essi ha predisposto solo una protezione il più delle volte settoriale.

Sul punto, tralasciando il caso del Regno Unito il cui quadro regolatorio con lo UK Public Interest Disclosure Act (PIDA) è considerato modello di riferimento per quanto concerne la tutela del segnalante, tra i Paesi in possesso di una normativa particolarmente avanzata vi si fanno, generalmente, rientrare Lussemburgo, Romania e Slovenia.

Tra i Paesi le cui forme di tutela sono comunque considerate adeguate si annoverano Austria, Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Francia, Germania, Italia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Svezia.

Il quadro di garanzie è invece da considerarsi, al momento, carente, quando non addirittura del tutto mancante, in Bulgaria, Finlandia, Grecia, Lituania, Portogallo, Slovacchia, Spagna.

¹³ Shaw v. Department of the Air Force, 80. M.S.P.R. 98, 113 (1998).

¹⁰P. Travaglione, II whistleblowing nella normativa italiana e straniera: luci ed ombre, in https://www.difesa.it/Giustizia Militare/rassegna/Bimestrale/2018/Documents/Cap Pierpaolo Travaglione.pdf

¹¹ Cfr. Appendix to Part 73, Code of Ethics for Government Service, punto IX.

¹²5 U.S. Code § 1214, lettera b, numero 4(B)(ii).

¹⁴ Tra gli atti che hanno preceduto tale direttiva pare opportuno menzionare, oltre a una comunicazione della Commissione (2003) e a un documento della Struttura di supporto al Parlamento (2006), soprattutto la raccomandazione del Comitato dei Ministri (2014)7, le risoluzioni del Consiglio 2015 (2060) e (2019) 2300 e la comunicazione della Commissione (2018). ¹⁵ Si v., sul punto, il *Considerando* 104 e art. 25.

¹⁶ F. F. Tùccari, *Il Whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it - ISSN 1974 - 9562 - Anno XX - Fascicolo 4/2020.

¹⁷ F. Quarta, Gli stati generali del *whistleblowing*, Dall'Europa all'America Latina passando per la campagna Restarting the Future, in http://masterapc.sp.unipi.it/wp-content/uploads/2016/09/Gli-stati-generali-del-whistleblowing-DallEuropa-allAmerica-Latina-passando-per-la-campagna-Restarting-the-Future.pdf

e-ISSN: 2464-9775

3. LA TUTELA DEL SEGNALANTE NEL CONTESTO NAZIONALE

Prima che, compiutamente, venisse alla luce, nel nostro contesto ordinamentale ¹⁸, un organico disegno riformatore della materia, il previgente quadro regolatorio risultava problematico, sia per la necessità di richiamare tutta una serie di fonti che, il più delle volte, disciplinavano fattispecie specifiche ¹⁹, sia per l'insufficiente afflittività delle sanzioni previste per chi omettesse di denunciare possibili illeciti, quand'anche si potesse dimostrare che ne fosse a conoscenza²⁰. La normativa, conseguentemente, scontava una certa inefficacia sia rispetto ad un possibile incremento delle segnalazioni, sia nell'assicurare che, successivamente, le omesse denunce fossero effettivamente perseguite in sede giurisdizionale²¹.

Una puntuale regolamentazione della fattispecie è stata, poi, prevista nell'ambito del disegno riformatore, in funzione di prevenzione della corruzione, inaugurato con la l. n.190/2012 e proseguito con diversi e successivi interventi²², rispetto ai quali, in ultima analisi, forte è stata la spinta propulsiva della direttiva UE 2019/1937 il cui obiettivo, nelle intenzioni del legislatore eurounitario, è quello, in una prospettiva armonizzatrice, di garantire un medesimo, elevato livello di protezione in tutti gli Stati membri²³.

Ciò anche in considerazione del fatto che politiche nazionali disomogenee e, come effetto delle stesse, garanzie insufficienti possono impattare, gravemente e negativamente, tanto sul singolo Stato membro quanto, in via generale, sul buon funzionamento delle politiche UE in materia di lotta alla corruzione²⁴.

Ed è proprio con l'obiettivo di scongiurare tale rischio che sono state elaborate le previsioni concernenti la garanzia della riservatezza ed il divieto di quegli atti ritorsivi volti a punire la condotta del segnalante.

Con riferimento alle esigenze di tutela della riservatezza, queste sono assicurate dall'art. 16 della direttiva, in base al quale: «gli Stati membri provvedono affinché l'identità della persona segnalante non sia divulgata, senza il suo consenso esplicito». È, altresì, posto l'obbligo di tenere riservata anche «qualsiasi altra informazione da cui si possa dedurre direttamente o indirettamente l'identità della persona segnalante». Tuttavia, in deroga: «la divulgazione dell'identità della persona segnalante e di qualsiasi altra informazione (...) è ammessa (...) qualora ciò rappresenti un obbligo necessario e proporzionato imposto dal diritto dell'Unione o nazionale nel contesto di indagini da parte delle autorità nazionali o di procedimenti giudiziari...anche al fine di salvaguardare i diritti della difesa della persona coinvolta»²⁵.

Per quanto, invece, attiene al divieto di qualsiasi atto ritorsivo adottato in conseguenza della segnalazione, esso è garantito dall'art. 19 della direttiva che, infatti, pone in capo agli Stati membri l'obbligo di adottare misure necessarie a vietare qualsiasi ritorsione avverso chi abbia provveduto alla segnalazione elencando, poi, specificamente, ma a titolo meramente esemplificativo, tutta una serie di condotte da ritenersi vietate²⁶.

La direttiva, che peraltro dovrebbe essere trasposta entro il 17 dicembre 2021, inoltre, assicura al segnalante sia il diritto al supporto legale, finanziario e psicologico con estensione della protezione alle persone che gli prestano assistenza (art. 20), sia il diritto al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti penali, assicurando, in caso di eventuali altre tipologie di procedimento, il diritto ad usufruire di consulenze o di ulteriori forme di assistenza legale.

¹⁸ Si v., tra gli altri, M. T. Carinci, Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" INT - 106/2014; Belsito, Il whistleblowing. Tutele e rischi per il soffiatore, Bari: Cacucci, 2013; G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi (a cura di), Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione, Roma, Bonanno, 2011; A. Riccio, La tutela del whistleblower in Italia, in DLRI, 2017, pp. 139 ss.

¹⁹ T. Cardarella, Il Whistlebowing, esperienze comparate di tutela del dipendente che segnala illeciti, op. cit.

²⁰ Il riferimento è a quelle previste, in riferimento a tali fattispecie, dal Codice Penale. La multa prevista varia tra i 30 e i 516 euro se si tratta di un pubblico ufficiale (art. 361 c.p.), mentre si ferma a un massimo di 103 euro nel caso l'omissione riguardi un incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.). Sono previste sanzioni più elevate per gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria (art. 361 c.p.).

polizia giudiziaria (art. 361 c.p.).

²¹ G. Di Stasio, Il *Whistleblowing*, in AA.VV., Il principio della trasparenza amministrativa tra nuove tecnologie e contrasto ai fenomeni corruttivi, op. cit.

²² Fondamentali, sul punto, le modifiche introdotte con la legge n. 179/2017, che ha esteso le tutele per il settore pubblico (modificando l'art. 54 bis d.lgs. 165/2001) e previsto introduce una limitata tutela del whistleblower anche nel settore privato (con l'introduzione dell'art. 6 co. 2 bis e ss d.lgs. 231/2001).

²³ F. F. Tùccari, Il Whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione, op. cit.

²⁴ G. Fasano, La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego, op.cit.

²⁵ D. U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre,* op.cit.

²⁶ Ad es. licenziamento, retrocessione di grado, adozione di misure disciplinari, mancata conversione di un contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro permanente.

Senza dubbio, un altro elemento peculiare della disciplina è ravvisabile nella possibilità, qualora ricorrano specifici presupposti, quali, ad esempio, il mancato seguito alla denuncia iniziale, il rischio di ritorsioni o di una situazione di pericolo imminente per l'interesse pubblico, di provvedere a denunciare pubblicamente quanto di propria conoscenza, utilizzando, ad esempio, il web o i social media²⁷.

Ciò posto il legislatore nazionale ha elaborato, per il nostro ordinamento, un modello che si allontana da quello statunitense, cui in precedenza si è fatto brevemente riferimento, e che, infatti, non contempla alcuno strumento premiale per chi provveda alla segnalazione.

Infatti, in coerenza con lo spirito ed i principi sanciti dalla nostra Carta Costituzionale, in capo ai dipendenti pubblici, cui è chiaramente assicurata tutela in caso di possibili ritorsioni, è posto un imprescindibile dovere, obbligo secondo la dottrina e giurisprudenza maggioritaria, di denuncia, al Responsabile PCT o all'Anac²⁸.

L'attuale disciplina legislativa è quindi perlopiù assimilabile, con talune significative differenze, proprio a quella prevista dalla direttiva n. 2019/1937 ed ha come obiettivo quello di garantire la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità da un lato assicurando il riserbo sulle generalità del *whistleblower* e, dall'altro, sanzionando con la nullità gli atti discriminatori eventualmente commessi in danno dello stesso²⁹

Ed infatti, sul punto, l'art. 54-*bis* del d.lgs.165/2001 oltre, chiaramente, a statuire il reintegro di chi sia stato licenziato come conseguenza della segnalazione, prevede la nullità di qualsivoglia atto discriminatoro e ritorsivo ponendo, in capo a chi abbia adottato la misura discriminatoria, una specifica sanzione irrogata dall'ANAC³⁰. Risulta essere stato anche ampliato lo stesso novero delle condotte discriminatorie visto che, oltre al licenziamento ed alle sanzioni disciplinari, ricomprende anche il demansionamento, il trasferimento ed ogni altra misura organizzativa con effetti negativi che sia conseguenza della segnalazione stessa.

Sul punto il legislatore, con la l. n. 179/2017³¹ ha, molto opportunamente, previsto un'inversione dell'onere della prova, attribuendo all'amministrazione ed agli enti ad essa assimilati l'onere di dimostrare che le misure considerate «sono motivante da ragioni estranee alla segnalazione stessa».

L'elemento su cui la legislazione nazionale maggiormente prende le distanze da quella eurounitaria riguarda, poi, il divieto di divulgazione del nominativo del segnalante, così come previsto dall'art. 54-bis. Mentre, infatti, il nostro ordinamento prevede tale divieto come assoluto, senza eccezioni³², fatta salva l'ipotesi di consenso del soggetto interessato, la disciplina eurounitaria, invece, pur conforme nell'assicurare il divieto di divulgazione, prende in considerazione, tuttavia, la possibilità di rendere nota l'identità dell'informatore in presenza di «un obbligo necessario e proporzionato imposto dal diritto dell'Unione o nazionale nel contesto di indagini da parte delle autorità nazionali o di procedimenti giudiziari», e nei casi in cui sia necessario «salvaguardare i diritti della difesa della persona coinvolta».

Ciò, evidentemente, a detrimento dell'affidamento del segnalante circa la possibilità di sentirsi ed essere effettivamente tutelato in caso di eventuali condotte discriminatorie.

Allo stesso modo, nel caso in cui fosse accertata l'infondatezza della segnalazione o la mancanza di buona fede del segnalante sarà avviato, altresì, il procedimento disciplinare con le possibili, annesse, sanzioni³³.

In via generale, come si può desumere dagli ultimi rapporti annuali sul *whistleblowing* di Anac, a seguito degli sforzi legislativi cui si è fatto riferimento, il numero delle denunce da parte dei dipendenti pubblici risulta in crescita, specie per quanto concerne la materia degli appalti pubblici. Nella maggior parte dei casi,

31 Si v. G. D'Alessio, La disciplina anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro, in Lav. pub. amm., 2018, 1 (num. un.), 99 ss.; D. Bolognino, Spunti di riflessione sui chiaro-oscuri della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017, in www.amministrazioneincammino.it, 2018, 3; Terzo rapporto annuale sull'applicazione del whistleblowing, in www.anticorruzione.it (28.6.2018); Quarto rapporto annuale sull'applicazione del whistleblowing, in www.anticorruzione.it (16.7.2019); I.A. Savini-F. Vetrò, Whistleblowing e meritevolezza: la tutela del segnalante e del segnalato nei settori pubblico e privato, in www.filodiritto.com (Sistema 231), 2020, 1.

²⁷ G. Fasano, La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego, op.cit.

²⁸ D. U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre, op.cit.*

²⁹ La giurisprudenza, peraltro, anticipando il legislatore, ha riconosciuto da tempo protezioni specifiche per la segnalazione di illeciti ed il massimo grado di tutela per il dipendente.

³⁰ Si v. i co. 6, 7, 8 dell'art. 54 bis.

³² Ciò è specificato al co. 3, ultimo periodo, dell'art. 54-bis che, infatti, puntualizza: «la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato»

³³ G. Di Stasio, Il *Whistleblowing*, in AA.VV., Il principio della trasparenza amministrativa tra nuove tecnologie e contrasto ai fenomeni corruttivi, op. cit.

inoltre, per quanto attiene all'individuazione delle amministrazioni in cui risultano incardinati i segnalanti, al primo posto vi sono, attualmente, Regioni ed enti locali, sebbene sia possibile rilevare un incremento anche per quanto concerne Ministeri, Autorità indipendenti ed altri enti pubblici³⁴.

4. CONCLUSIONI

Nonostante la disciplina presenti ancora zone d'ombra, basti pensare alle problematiche in punto di trasparenza e buona amministrazione connesse alle segnalazioni anonime, è evidente che, con gli interventi che hanno definito il quadro vigente, il legislatore abbia fatto segnare una tappa decisiva nell'evoluzione e nel perfezionamento di quello che può essere definito un sistema integrato preventivo-repressivo di politiche anticorruzione.

Di certo sarà opportuno, al fine di non vanificare i progressi realizzati, recuperare l'attuale ritardo sulla tabella di marcia che dovrà portare al recepimento della direttiva 2019/1937 che, come si è visto, oltre ad ampliare la platea dei tutelati garantendo anche volontari, consulenti e, più in generale, chi assiste il whistleblower, consentirà anche di punire in modo più efficace gli atti ritorsivi nei confronti degli stessi segnalanti.

Sebbene sia previsto un periodo di proroga, l'adeguamento del quadro regolatorio interno si rende, a maggior ragione, urgente in considerazione dei rischi circa un probabile incremento delle fattispecie patologiche che potrebbero emergere in concomitanza e come conseguenza dell'iniezione di liquidità garantita, nel nostro sistema economico nazionale, dal PNRR³⁵.

È chiaro che lo sforzo normativo, da solo non sufficiente, dovrà essere accompagnato da un puntuale **coinvolgimento di tutti gli** *stakeholder*, dalle organizzazioni ai sindacati, dalle associazioni alle imprese, fino ad arrivare agli stessi segnalanti: solo così sarà possibile garantire l'affermarsi di una rinnovata sensibilità della società civile e di una più profonda e consapevole cultura della buona amministrazione³⁶.

Un tale approccio consentirà, non solo, l'emersione di illeciti altrimenti destinati a rimanere ignoti ma, propedeuticamente, garantirà alle stesse Pubbliche amministrazioni di poter considerare tale misura un caposaldo imprescindibile nell'ambito delle concrete strategie di prevenzione e contenimento degli eventi rischiosi, a presidio degli specifici processi presi in considerazione all'interno delle schede di valutazione e trattamento dei rischi corruttivi.

90

³⁴ Il Rapporto 2019 di Anac è disponibile al link: https://www.anticorruzione.it/-/presentazione-del-4%C2%B0-rapporto-annuale-sul-whistleblowing

³⁵ A. Corrado, Il Pnrr e l'anticorruzione (che non può essere una moda), **corriere.it, 21 novembre 2021,** https://www.corriere.it/opinioni/21_novembre_21/pnrr-l-anticorruzione-che-non-puo-essere-moda-1fafd538-4afe-11ec-be32-a40a18c10418.shtml

³⁶ T. Cardarella, Il Whistlebowing, esperienze comparate di tutela del dipendente che segnala illeciti, op.cit.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

L'esercizio del diritto di accesso. Differenze e analogie. Rapporto con il diritto alla privacy

The exercise of the right of access. Differences and similarities. Relationship with the right to privacy

Giuseppe Bertini¹, Silvia Dellasanta²

¹Consulente legale presso la Pubblica amministrazione ²Funzionario amministrativo presso la Pubblica Amministrazione

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords: Trasparenza Riservatezza Dati personali Accesso Responsabilità	Il presente contributo intende descrivere l'evoluzione del diritto di accesso e le varie forme in cui si declina, evidenziandone gli elementi in comune e le differenze. Ci si sofferma in particolare sulla necessità di effettuare un eque bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla privacy, in considerazione del pericolo di ledere una situazione giuridica soggettiva specifica a seguito della diffusione di un determinato dato, informazione o documento. Vengono descritti alcuni casi pratici.
Keywords: Transparency Confidentiality Personal data Right of access Accountability	The present contribution aims to describe access right evolution and the different shapes in which it is declined, by highlighting their commor elements and differences. We focus in particular on the need to make the right balance between the right of access and the right to privacy, is consideration of the danger of harm a specific interest because of the diffusion of a identified date, information or document. The report describes some pratical cases with related jurisprudential indications.
(cc) BY-NC	

Autore corrispondente:

Giuseppe Bertini

Consulente legale presso la Pubblica amministrazione

E-mail: giuseppebertini27@gmail,com

Sommario: **1.** Introduzione – **2.** Dalla cultura del segreto nella Pubblica Amministrazione all'avvento della legge sul procedimento amministrativo – **2.1.** -Trasparenza e procedimento amministrativo. La Legge n.241/90: l'accesso come tutela di una situazione soggettiva ("accesso difensivo" e "accesso partecipativo") – **2.2.** Obblighi di pubblicazione e diritto di conoscenza. Il D. Lgs. n.33/2013 e l'accesso civico – **2.3.** Il D. Lgs. n.97/2016 e l'accesso civico generalizzato – **3.** Il rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza – **3.1.** Alcuni esempi di casi pratici – **4.** Conclusioni

Summary: 1. Introduction - **2.** From the culture of secrecy in the Public Administration to the advent of the law on administrative procedure - **2.1.** -Transparency and administrative procedure law No 241/90: access as protection of a subjective situation ("defensive access" and "participatory access") - **2.2.** Publication obligations and right of knowledge. D. Lgs. n.33/2013 and civic access - **2.3.** The D. Lgs. n. 97/2016 and generalised civic access - **3.** The relationship between the right of access and the right to privacy - **3.1.** Some examples of practical cases - **4.** Conclusions

1. INTRODUZIONE

Cambiano i tempi ed insieme ad essi evolvono anche gli istituti giuridici sia nell'ambito del diritto privato, sia nell'ambito del diritto pubblico ed è in questa direzione che si inseriscono i numerosi e recenti interventi normativi in risposta alla domanda di chiarezza e limpidità dell'azione amministrativa che negli anni è notevolmente aumentata.

Ciò allo scopo di riaffermare, da una parte, i principi di legalità, imparzialità ed uguaglianza che governano l'agire pubblico e, dall'altra, di recuperare efficienza ed economicità dell'azione amministrativa mediante il contrasto dei fenomeni di non corretta gestione delle risorse pubbliche che, spesso, sono causa di episodi di "cattiva amministrazione" (cd. *maladministration*), ben lontani, quindi dal conseguimento dei fini dettati dai principi costituzionali.

I fenomeni corruttivi hanno caratterizzato sin dall'antichità tutte le culture¹ e lo studio di tali circostanze consente di concludere che, nel momento in cui l'accettazione di comportamenti sgraditi, che creano disvalore, diviene un fatto culturale condiviso, lo diviene anche la tolleranza della violazione di norme giuridiche e morali. La corruzione è infatti legata alla percezione, individuale e collettiva, della linea di confine tra legalità ed illegalità, pertanto, più è ampio il ventaglio di comportamenti accettati, più ci si avvicina ad una corruzione cd. "sistemica".

È pur vero che, in una società caratterizzata dalla presenza di una sovrabbondanza di norme e, parallelamente, di continue deroghe ad esse, possano crearsi con più facilità delle zone "fluide". In particolare, nei vari settori dell'agire pubblico, l'intrico normativo determina una evidente rigidità del sistema e ciò alimenta gli eventi corruttivi che, spesso, avvengono come sfogo, come reazione specie dove si apre lo spazio alla discrezionalità dell'uso del potere pubblico.

In alcune circostanze, si delineano cioè quelli che Cassese definisce gli effetti di una "giuridicità debole", che si manifestano attraverso la ricerca, all'interno dell'apparato pubblico, di "facilitatori" da parte del cittadino che si sente legittimato ad ogni tipo di negoziazione con lo Stato pur di ottenere l'applicazione della norma più favorevole alla propria istanza.

Proprio in questo ambito si colloca l'attività dell'Anticorruzione che si basa su valori, non codificati, ma potenti e che opera non solo su un piano giuridico, ma anche su un piano etico condiviso ed organizzativo che funge da base per realizzare una "buona amministrazione".

Infatti, l'analisi delle dinamiche corruttive verificatisi nel tempo, ha consentito di concludere che per contrastare la corruzione è opportuno improntare un nuovo modello d'azione che si basi su una strategia coordinata e integrata tra interventi preventivi-amministrativi e di repressione. Occorre agire contemporaneamente su due livelli e quindi sia mediante un impianto normativo, repressivo, di controllo che si occupa però di accadimenti già avvenuti, sia sul recupero e potenziamento di valori etici attraverso una articolata strategia amministrativa di prevenzione che contempli l'impegno a realizzare una riorganizzazione delle singole PP.AA.. In questa direzione possono annoverarsi il Piano Triennale Anticorruzione, gli investimenti nel processo di digitalizzazione degli uffici pubblici e il potenziamento degli strumenti per l'affermazione del principio della trasparenza.

¹ A puro titolo esemplificativo, se ne rinvengono dimostrazioni già nella civiltà mesopotamica (dove era normale scambiarsi un favore in cambio di un dono), nell'antica Roma (testimonianze di ciò si recuperano ad esempio nelle Verrine di Cicerone e di altri noti autori del tempo), la stessa Riforma Luterana rappresenta una reazione a simili fenomeni avendo riguardo all'aspetto religioso.

Proprio quest'ultimo aspetto nelle sue varie declinazioni costituirà il tema centrale del presente contributo che cercherà di esaminare anche le implicazioni con il rispetto delle norme relative alla tutela della privacy.

2. DALLA CULTURA DEL SEGRETO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ALL'AVVENTO DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

È ampia la nozione di corruzione, ricomprendendo sia la definizione penalistica, sia la dimensione amministrativistica e costituzionale intendendo come eventi corruttivi molteplici fattispecie quali l'assenteismo, il conflitto di interessi, il nepotismo, il clientelismo, lo spreco di risorse, ecc.

Da una attenta analisi di tali molteplici sfaccettature, si è quindi compreso che per contrastare efficacemente simili episodi il metodo repressivo non è sufficiente da solo, poiché la sanzione interviene quando ormai i fatti sono stati commessi ed il buon andamento dell'agire amministrativo è stato compromesso. Occorre invece "indurre un cambiamento di mentalità all'interno della pubblica amministrazione"2.

Per questo dal 2012, in particolare con la cd. Legge Severino (L. n.190/2012) "si è giustamente concentrata l'attenzione sui rimedi di prevenzione della corruzione, soprattutto amministrativa, che hanno certamente un rilievo cruciale. I rimedi preventivi introdotti dal legislatore sono finalizzati a contrastare principalmente la corruzione delle persone, i comportamenti illeciti, ma in parte riguardano anche la corruzione <<oggettiva>>. La prevenzione si basa fondamentalmente su quattro strumenti: la pianificazione, la trasparenza, la tutela dell'imparzialità e la disciplina dei contratti pubblici.

Sono strumenti rilevanti per prevenire comportamenti corruttivi. I piani anticorruzione predisposti dalle varie amministrazioni pubbliche sono essenziali per individuare i maggiori rischi e per rimuoverli attenuarli. La trasparenza è forse l'antidoto principale alla corruzione"3.

In questa direzione si inserisce il D. Lgs. 25.05.2016, n.97, meglio conosciuto come FOIA (Freedom of Information Act) ovvero, in altri termini, la "Trasparenza", che secondo il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema della norma citata "si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una <<casa di vetro>>, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione (diritti inviolabili), che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri".

Freedom of Information Act significa Libertà d'informazione ed è sostanzialmente un diritto fondamentale riconosciuto nella maggior parte delle democrazie occidentali, ossia il diritto del cittadino a ricevere informazioni possedute dalle P.A.

Tuttavia, affinché questo possa configurarsi come diritto fondamentale, è necessario che l'ordinamento lo riconosca tale, ma in Italia e nel resto d'Europa, non è stata facile la strada dell'emancipazione alla libertà d'informazione.

In Italia, in particolare, un simile percorso è stato farraginoso, innanzitutto per la presenza di peculiari fattori storico-culturali. Il periodo della Seconda Guerra Mondiale e la Guerra Fredda hanno fatto sì che radicasse la cultura del segreto cui ha fatto seguito nelle moderne burocrazie la limitazione degli accessi in nome della tutela dell'interesse pubblico proprio in virtù della competenza tecnica specializzata acquisita negli anni dalla burocrazia.

"Gli studi sulla sociologia dell'amministrazione pubblica considerano fattori determinanti dei rapporti tra cittadini ed amministrazioni le posizioni di potere ed il grado di conoscenza e d'informazione delle parti del rapporto amministrativo, sia riguardo all'oggetto specifico della questione trattata che alla struttura organizzativa procedimentale dell'amministrazione, rilevando, peraltro, quanto all'informazione, carattere asimmetrico a vantaggio della burocrazia"⁴.

In tema di diritto all'informazione, l'articolo 21 Cost. che disciplina il lato attivo della libertà di informazione, intende appunto tale diritto quale libertà di esprimere liberamente la propria opinione.

E questo perché la Costituzione risente del ripudio del fascismo, in cui mancava la libera espressione del pensiero, e dunque i Padri Costituenti si sono concentrati sul lato attivo della libertà di informazione, trascurando il diritto ad essere informati ed il diritto ad informarsi.

La nostra Costituzione, dunque, non contiene una tale nozione, rendendo difficile dal punto di vista del diritto positivo l'affermazione di tale situazione giuridica soggettiva come diritto fondamentale riconosciuto a tutti. Tuttavia la maggior parte delle carte europee fa comunque riferimento a questo diritto⁵

² Allegato sull'Italia della Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014.

³ Marco D'Alberti, *Corruzione*, Treccani, 2020, p.84-85

⁴ Francesco Manganaro, Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni, in Diritto Amministrativo, fasc. 4, 2019, pag. 743 e ss.

⁵ Si vedano ad esempio, l'art. 10 CEDU (la libertà di ricevere informazioni); Art. 15 TFUE (accesso ai documenti delle

nella convinzione che il diritto ad essere informati rappresenti una premessa indispensabile per il buon funzionamento di un sistema liberal-democratico: "il governo della democrazia si caratterizza per essere potere pubblico in pubblico"⁶.

E' infatti il sistema democratico a richiedere che il potere vada esercitato in maniera pubblica, dal momento che "l'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, ed il segreto costituisce un'eccezione" e che "uno dei criteri per distinguere il regime democratico dal regime autocratico è proprio il diverso rapporto, il differente dosaggio tra pubblicità e trasparenza".

Il right to know è quindi il fine cui si tende e ci sono dei mezzi per realizzarlo: il rapporto tra il mezzo ed il fine lega il diritto all'informazione al principio della trasparenza amministrativa che si applica a vari istituti.

La trasparenza, infatti, non è un istituto, ma una "modalità di esercizio della funzione pubblica", un obiettivo cui orientare l'azione degli apparati pubblici8 realizzata sia dal "lato attivo", mediante l'attuazione degli obblighi di pubblicazione (Amministrazione Trasparente), sia dal "lato passivo", mediante la previsione del diritto di accesso.

In questa prospettiva, la trasparenza amministrativa riunisce una duplice dimensione giuridica. Infatti può essere considerata come:

- strumento di prevenzione della corruzione, consentendo di intercettare tutte quelle "azioni grigie" che non hanno un elevato grado di offensività (es. azioni di spreco, non efficaci e/o non efficienti) pur non essendo aderenti al principio di buon andamento,
- e come diritto fondamentale, trasversale al pari dei valori costituzionali e dei principi riconosciuti a livello internazionale.

Tuttavia solo negli ultimi anni, per effetto di una serie di recenti interventi normativi, la trasparenza amministrativa si è liberata da una condizione "servente" consentendo anche all'Italia di allinearsi agli standard

In particolare, tre possono considerarsi le tappe fondamentali che hanno contraddistinto l'affermazione del diritto all'informazione nel nostro ordinamento.

2.1. TRASPARENZA E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. LA LEGGE N.241/90: L'ACCESSO COME TUTELA DI UNA SITUAZIONE SOGGETTIVA ("ACCESSO DIFENSIVO" E "ACCESSO PARTECIPATIVO")

Originariamente, come anticipato più sopra, regnava in Europa la cultura del segreto d'ufficio a tutela dell'interesse pubblico e ciò per diversi fattori storico-culturali. Erano infatti ancora vivi i retaggi dell'Ancien Regime ed inoltre gli ordinamenti del tempo si ispiravano alle visioni dello "Stato Guardiano": lo Stato nasceva per garantire le funzioni di ordine e sicurezza, non altro, relegando l'amministrato ad un mero destinatario passivo.

Ancora. Dal punto di vista pratico, è un dato di fatto che fino a poco tempo fa, il documento era materiale, cartaceo e pertanto non facilmente riproducibile.

Successivamente, per effetto della trasformazione dello Stato Guardiano in Stato Sociale, si assiste ad un cambiamento poiché lo Stato, oltre ad assicurare le funzioni di sicurezza pubblica, si caratterizza per il fatto di offrire anche prestazioni socio-assistenziali.

In Europa e nel resto delle democrazie occidentali già dagli anni '60 iniziano a nascere i primi FOIA⁹, mentre in Italia le prime esili forme di accesso si trovano nella L. n.765/1967 degli atti procedimentali relativi alle licenze edilizie. Quindi alla fine degli anni Ottanta, alcune norme settoriali lasciano intravedere alcune deboli forme di pubblicità, basti pensare alla L. n.816/1985 relativa agli atti degli enti locali in cui si riconosce il diritto dei cittadini di prendere visione dei provvedimenti adottati dai singoli enti e, in seguito, un riconoscimento più significativo si rinviene anche nella L. n.349/1986, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, relativa all'accesso sulle informazioni ambientali quando si ha ad oggetto un provvedimento che interessi la generalità dei cittadini e risponda ad esigenze informative di carattere diffuso 10.

istituzioni, degli organi e degli organismi dell'UE); Art. 42 della Carta di Nizza (diritto di accesso ai documenti).

⁶ Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, 1984.

⁷ F. Manganaro, op cit., pag. 744.

⁸ A. Pajno, Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione, Giustizia Civile, Riv. Giuridica trimestrale, n.2/2015, pag.213/246.

⁹ Si consideri l'esperienza dell'*open government* dei Paesi anglosassoni, che ha avuto larga diffusione negli Stati Uniti, Canada, Australia e che si basa su una ampia partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini alle scelte amministrative, partendo dal presupposto della fruibilità delle informazioni in possesso della P.A.

¹⁰ Sara Sergio, Il diritto di accesso procedimentale e il diritto di accesso civico, fra differenze e analogie. In particolare la legittimazione ad esercitare il diritto di accesso, 24.06.2020, n.20/2020, federalismi.it.

Il passaggio significativo si registra, tuttavia, negli anni Novanta, quando cioè viene emanata la legge sul procedimento amministrativo che disciplina anche l'aspetto relativo alla trasparenza amministrativa.

Nella L. n. 241/90, Capo V, agli articoli 22 e seguenti, compare il diritto di accesso agli atti che tutt'ora è vigente invertendo in modo definitivo la regola classica per la quale l'azione amministrativa deve essere segreta¹¹, muovendo nell'ottica di un rapporto sempre più paritario e collaborativo tra cittadini e amministrazione.

Secondo l'idea iniziale della Commissione Nigro, l'accesso doveva essere soggettivamente riconosciuto a chiunque, tuttavia si è assistito ad un ridimensionamento della proposta originaria per vari motivi:

- a) in primis, con la L. n.241/90 sono stati introdotti in Italia istituti sconosciuti fino ad allora, che per la prima volta erano formalizzati in una legge. Aggravare ciò con il riconoscimento del diritto di accesso "allargato", probabilmente, avrebbe destabilizzato eccessivamente gli apparati pubblici, pertanto si scelse di ridurre la portata dell'articolo 22;
- b) successivamente la L. n.15/2005, di modifica della L. n.241/90, "ritocca" l'articolo 22. L'intento del Legislatore del 2005, infatti, era quello di affermare non tanto un accesso in quanto diritto all'informazione, diritto fondamentale tutelato in quanto tale, ma, bensì, quello di dare un accesso strumentale all'interesse del privato¹².

Oggi si può applicare l'articolo 22 citato per esercitare il diritto di accesso all'interno del procedimento amministrativo e per accedere agli atti in funzione strumentale alla tutela di un proprio diritto soggettivo ovvero interesse legittimo ed ha ad oggetto la richiesta del cittadino di prendere visione di un documento o l'estrazione di copia di esso al fine di garantire il "giusto procedimento".

Tuttavia la legittimazione è ristretta: per poter accedere agli atti, il richiedente deve dimostrare, motivando adeguatamente la propria istanza, di essere titolare di un interesse qualificato, diretto, concreto ed attuale (l'art. 24, c. 3 infatti non consente l'accesso esplorativo, volto a capire se un'amministrazione è in possesso di un determinato documento) ed è tenuto al rimborso dei costi sostenuti dall'amministrazione per l'istruttoria della pratica.

La P.A. interessata dovrà valutare, discrezionalmente, la fondatezza della pretesa descritta in atti e quindi potrà pronunciarsi concedendo o negando l'ostensione documentale.

2.2. OBBLIGHI DI PUBBLICAZIONE E DIRITTO DI CONOSCENZA. IL D. LGS. N.33/2013 E L'ACCESSO CIVICO

Il solo accesso procedimentale, così come strutturato, non era sufficiente ad assicurare e garantire il pieno dispiegarsi della trasparenza, ed è così che il Legislatore, valorizzando l'utilità di un simile diritto nell'ambito delle azioni da porre in essere con la finalità di prevenzione della corruzione, giunge all'emanazione del D. Lgs. n.33/2013.

Più precisamente, da tale norma e dai successivi decreti attuativi "emerge con chiarezza che la trasparenza non è da considerare come fine, ma come strumento per avere un'amministrazione che opera in maniera eticamente corretta e che persegue obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione"¹³.

In tal modo si è voluto abbattere l'angusta strada dell'accesso procedimentale, in favore di una accessibilità totale (art.1) che fosse comunque "a costo zero" per lo Stato, senza cioè che si dovessero sopportare oneri aggiuntivi per l'attuazione di questo diritto fondamentale.

Il Legislatore ha infatti ritenuto che, rendendo obbligatoria per le PP.AA. la pubblicazione on line di tutta una serie di documenti, sarebbe stato possibile assicurare a tutti i cittadini un controllo diffuso sull'operato delle stesse, consentendo di avere tali provvedimenti tutti a portata di click direttamente da casa.

Al fine di rendere effettiva e concreta una tale realtà, è stato quindi istituito e disciplinato il c.d. *accesso civico*, ovvero un diritto riconosciuto ad ogni privato cittadino (residente o non residente) in virtù del quale si può richiedere alla pubblica amministrazione la diffusione di documenti e dati contenuti in quegli atti per i quali è previsto l'obbligo di pubblicazione laddove questo non sia stato ottemperato.

Pertanto l'accesso civico risulta essere una tipologia di accesso "anomalo", poiché dal punto di vista soggettivo è rivolto a tutti i cittadini che non devono vantare un interesse qualificato per poterlo azionare, ma il suo esercizio è collegato agli obblighi di pubblicazione stabiliti in capo alla Pubblica Amministrazione.

_

¹¹ Si veda in proposito l'art.15 del D.P.R. n.3/1957, "*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*", in cui si dichiara che la regola a carattere generale era quella di garantire la riservatezza e il segreto d'ufficio.

¹² Il diritto di accesso è azionabile non solo nei confronti dei soggetti di diritto pubblico, ma anche dei soggetti privati che svolgano una attività di pubblico interesse regolamentata dalla normativa nazionale o comunitaria, Cfr. Paolo Canaparo, La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni, 19.02.2014, n.4/2014, federalismi.it

¹³ Cfr. Paolo Canaparo, op cit., pag.33

Appare dunque evidente che per il funzionamento del sistema istituzionale, democratico e pertanto soggetto a scrutinio, responsabilizzato nei confronti dell'opinione pubblica, la trasparenza assume un ruolo essenziale, in quanto diviene una regola generale che coinvolge ogni determinazione pubblica e rappresenta il principale indicatore degli standard di qualità dei servizi pubblici¹⁴. E' il mezzo per superare i limiti del diritto di accesso documentale con "lo scopo di promuovere- valorizzando la partecipazione e il controllo da parte dei cittadini utenti - la coerenza dell'azione di ciascuna amministrazione con le finalità proprie e la correttezza della gestione delle finanze pubbliche"15.

Si è quindi delineato un percorso tortuoso che ha portato, di fatto, al fallimento della normativa:

- da un lato le amministrazioni dopo la riforma del 2013 si sono paralizzate, e la loro attività è risultata intasata dalla pubblicazione incontrollata di documenti in base agli obblighi previsti dalla normativa. E' ampio infatti il novero delle categorie di atti e documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione, poiché riguarda dati e informazioni concernenti l'organizzazione delle PP.AA., i titolari di incarichi dirigenziali, enti pubblici vigilati, il bilancio preventivo e consuntivo, ecc. a cui si aggiungono una serie di obblighi di pubblicazione settoriali (es. in materia ambientale, sanitaria, ecc.) il tutto nel rispetto di modalità tecniche di pubblicazione uniformi e funzionali a rendere oggettivamente conoscibile ogni attività della P.A. Tutti i dati formati e le informazioni resi disponibili sui siti devono essere conformi e corrispondenti ai documenti originali, completi, comprensibili ed omogenei. Devono altresì essere rispettati i criteri di semplicità di consultazione, deve essere assicurata la tempestività dell'inserimento ed il costante aggiornamento di dati ed informazioni;

- dall'altro lato, le difficoltà hanno riguardato anche i destinatari dell'accesso che dovevano essere abili a capire se l'informazione di loro interesse fosse ricompresa nell'elenco degli atti di pubblicazione obbligatoria e se la stessa fosse contenuta nei siti internet dell'amministrazione di riferimento.

2.3. IL D. LGS. N.97/2016 E L'ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO

La constatazione di una simile situazione ha indotto il Legislatore ad intervenire di nuovo ed è così che con la Legge Delega n.124/2015 viene affidato al Governo l'incarico di revisionare il T.U. sulla Trasparenza (cd. Riforma Madia) e di introdurre una vera disciplina del FOIA, che facesse salvi gli obblighi di pubblicazione.

Il Governo ha introdotto quindi una ulteriore tipologia di accesso, ovvero l'accesso civico generalizzato, in base al quale chiunque potesse accedere a qualsiasi documento o dato in possesso delle P.A. anche non oggetto di pubblicazione, salvo i limiti aventi ad oggetto la tutela di interessi pubblici e privati rilevanti che costituiscono le eccezioni.

La legge citata stabilisce infatti agli artt. 2 e 2-bis che "Chiunque può accedere a tutte le informazioni, documenti e dati, salvo interessi rilevanti contenuti nelle eccezioni" ¹⁶garantendo il diritto di informazione in quanto tale, come bene della vita e non semplicemente in via strumentale ad un altro interesse da tutelare in giudizio, purchè necessariamente finalizzato al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non esclusivamente privato o commerciale¹⁷.

"Si aggiunge così alla trasparenza proattiva, che già obbligava le amministrazioni alla pubblicazione degli atti e dati, anche una trasparenza reattiva, che dà risposte pubbliche alle richieste dei privati"¹⁸.

Può quindi concludersi che il diritto di accesso civico, nelle sue forme di accesso civico e generalizzato, "viene dunque dichiaratamente riconosciuto allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche e senza che vi sia necessità di dimostrare quale interesse sia ad esso sotteso (art.1), ferma restando la possibilità di accedere alla tutela fornita dall'apposito giudizio innanzi il giudice amministrativo" ¹⁹.

¹⁴ Si veda art.11 del D. Lgs. n.286/1999, come modificato dall'art.28 del D. Lgs. N.150/2009.

¹⁵ Cfr. Paolo Canaparo, op. cit., p.36.

¹⁶ Riguarda tutti i documenti posseduti dalle P.A., salve le eccezioni rilevanti (<u>Interessi pubblici</u>: sicurezza nazionale, segreto di Stato, ordine pubblico; Interessi privati: protezione dei dati personali (art.2 Cost.); interessi legati allo sfruttamento della proprietà intellettuale (art.41 Cost.). Non è necessario motivarlo. E' gratuito e mira a garantire il diritto all'informazione come bene della vita.

¹⁷ Ampia è la sfera dei soggetti ai quali è possibile richiedere i dati e i documenti: **pubbliche amministrazioni** in senso stretto (Ministeri, Comuni, Provincie, Regioni, Scuole, Università, Camere di commercio e, naturalmente, le aziende ed enti del servizio sanitario nazionale), autorità portuali ed autorità amministrative indipendenti, enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico ed altri enti di diritto privato assimilati.

¹⁸ F. Manganaro, op cit., pag. 756.

¹⁹ Fabio Fracario, Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica, n.10/2019, federalismi.it, 22.05.2019.

Pertanto, è possibile osservare che, sebbene la Riforma Madia abbia consentito all'Italia di allinearsi agli standard europei ed internazionali²⁰, lascia parzialmente invariate tutte le tappe precedenti, facendo sì che, all'attualità, convivano nel nostro ordinamento tre diversi tipi di accesso. Ognuno di questi ha una funzione peculiare volendo tutelare una diversa pretesa, pur essendo accomunati dal fatto che la valutazione per il bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nell'istanza di ostensione documentale - ovvero tra l'interesse alla conoscenza e gli altri interessi in conflitto - viene effettuata discrezionalmente, caso per caso, dall'amministrazione interessata.

Una simile circostanza, se ad un primo impatto può apparire un elemento positivo, avendo il cittadino un ampio ventaglio di opzioni tra cui scegliere in materia di accesso, rivela, all'atto pratico, evidenti aspetti di criticità, poiché tale molteplicità di strumenti determina un margine di incertezza sia in capo al cittadino nella scelta del tipo di accesso da utilizzare, sia in capo alle amministrazioni che devono essere abili nell'inquadrare la tipologia delle istanze pervenute²¹.

3. IL RAPPORTO TRA DIRITTO DI ACCESSO E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA: IL DELICATO EQUILIBRIO TRA ESIGENZA DI TRASPARENZA E TUTELA DELLA PRIVACY

Il principio della trasparenza amministrativa e il diritto alla riservatezza rappresentano linfa vitale per la tenuta democratica del nostro apparato istituzionale in quanto, pur partendo da basi differenti, garantiscono in modo complementare il buon andamento dell'attività amministrativa.

Il principio della trasparenza, sulla base del concetto della "Casa di vetro" propugnato da Filippo Turati in un discorso alla Camera dei Deputati del 1908, permette un controllo diretto ed immediato di ogni singolo momento del procedimento amministrativo²².

Il tutto in ossequio al dettato costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera M, il quale inserisce le attività connesse al suddetto principio tra i "livelli essenziali delle prestazioni", e dell'art. 97 che punta a garantire l'operato imparziale della P.A.

Viceversa il principio della riservatezza ha il compito di tutelare da ingerenze esterne e discriminatorie la sfera privata delle persone fisiche e il riserbo commerciale e/o industriale delle persone giuridiche, degli enti e del mondo dell'associazionismo.

La progressiva affermazione di tale principio all'interno del panorama giuridico nostrano è andata costantemente di pari passo con quella dell'informatica e delle nuove tecnologie, motivo per il quale possiamo annoverarlo tra i cd. "diritti di quarta generazione".

Parliamo in questo caso di quel gruppo di diritti i quali, a causa del loro recente sviluppo, non sono direttamente menzionati in Costituzione ma sono tuttavia rinvenibili attraverso l'analisi di determinati articoli.

La copertura costituzionale è difatti assicurata dal contenuto a fattispecie aperta dell'art. 2 e dagli artt. 13, 14 e 15, i quali tutelano rispettivamente la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

Anche da tali disposizioni normative emerge il fatto che la trasparenza può costituire un valido strumento per rafforzare la democrazia partecipativa ed indurre le PP.AA. ad adottare comportamenti virtuosi nella consapevolezza di essere sottoposte ad un controllo diffuso. Secondo quanto previsto dalla L.190/2012 (cd. Legge Severino), le stesse amministrazioni sono chiamate a rispettare l'obbligo di pubblicare le informazioni previste dalla legge per assicurare la trasparenza e a garantire l'accesso alle informazioni che abbiano mancato di pubblicare e anche quelle non oggetto di pubblicazione, con i limiti indicati dalle norme. Per questo motivo, nelle singole amministrazioni sono nominati i responsabili per l'anticorruzione e la trasparenza (RPCT): a loro spetta il compito di redigere i piani e di monitorare sulla loro attuazione e sull'osservanza degli obblighi di pubblicazione delle informazioni.

97

²⁰ Per completezza espositiva, pare utile ricordare anche un ulteriore intervento normativo significativo per l'attuazione della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, ovvero il D. Lgs. n.150/2009. Tale norma disciplina il ciclo delle performance per le pubbliche amministrazioni e si articola in diverse fasi (si prevede la definizione e l'assegnazione degli obiettivi, il collegamento tra gli obiettivi e le risorse, il monitoraggio e la valutazione della performance organizzativa ed individuale, ecc.), ma il fatto che in tema di trasparenza rileva è la constatazione che tale ciclo si conclude con la rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ad organi esterni, ai cittadini, agli utenti dei servizi. Lo stesso decreto impone alle PP.AA. di "adottare un piano triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indichi le iniziative previste per garantire un adeguato livello di trasparenza, la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità, introducendo così per la prima volta, oltre al principio di trasparenza, anche quello di integrità" nell'ottica di garanzia di un'accessibilità totale (Cfr. F. MANGANARO, L'evoluzione del principio di trasparenza ammnistrativa, p.12, Studi in memoria di Roberto Marrama).

²¹ "La stessa copiosità degli interventi rischia di compromettere un approccio sistemico e, con esso, una più meditata comprensione del fenomeno, con il paradosso che l'eccesso incontrollato di informazioni sulla trasparenza può provocare, quella <<opacità per confusione>> che della trasparenza costituisce l'esatto contrario", Cfr. A. Pajno, Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione, Giustizia Civile Riv. Trim., n.2 – 2015.

²² "Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro." F. TURATI, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908

A livello sovranazionale possiamo trovare espliciti richiami nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, la quale riconosce il diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata, familiare (art. 7) e alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano (art. 8).

Il diritto alla privacy rappresenta in quest'ottica un'estensione del principio della riservatezza in quanto riconosce ulteriori diritti ed oneri ai chiamati in causa.

In primo luogo individua appositi canoni che devono essere rispettati da coloro i quali, nello svolgimento di funzioni pubbliche o attività private, sono chiamati a gestire banche dati, a conservare e trattare informazioni riservate.

In secondo luogo dota ogni individuo degli strumenti con cui controllare la corretta gestione dei propri dati da parte di terzi soggetti.

A tal proposito il Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali (GDPR) ha profondamente innovato il D.Lgs 30.6.2003, n. 196, cd. Codice della Privacy, insistendo sull'affermazione del principio dell'accountability, ossia la responsabilizzazione del titolare del trattamento dei dati personali e puntando sulla diffusione della cultura digitale tra gli individui, al fine di far comprendere l'importanza dei dati privati e di un loro utilizzo in sicurezza nell'odierna società.

Tale corpus normativo garantisce un identico livello di protezione dei dati personali in tutti i paesi dell'Unione Europea, così da facilitarne la circolazione ed impedire disparità di trattamento ed utilizzo.

In tal senso l'utilizzo dello strumento del Regolamento è molto chiaro: parliamo di uno atto normativo generale, vincolante in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ogni paese dell'Unione europea, senza alcun margine di operatività discrezionale da parte di quest'ultimi in merito alla sua applicazione.

Dalla lettura combinata del Provvedimento 22 maggio 2018, n. 312 del Garante della Privacy e dell'art. 1 del D.Lgs 196/2003 si evince la superiorità gerarchica del GDPR, il quale viene inquadrato come "regime primario interno in materia di protezione dei dati personali", in grado di prevalere sulle normative nazionali in aperto contrasto²³.

Il trattamento dei dati personali è improntato alla liceità, all'esattezza ed orientato al rispetto dei principi della "*Privacy by design*" e "*Privacy by default*", definiti all'interno dell'art. 25 del GDPR.

Nel primo caso la tutela dei dati trattati deve garantire sin dalla fase iniziale e per l'intero ciclo dell'utilizzo un elevato standard di sicurezza, favorendo una completa trasparenza delle attività in esame; nel secondo caso si prevede il trattamento esclusivo di quei dati strettamente necessari per gli scopi previsti e per l'arco di tempo espressamente richiesto (cd. minimizzazione).

Il rapporto tra il titolare del trattamento e l'interessato deve essere incentrato sul rispetto della lealtà e correttezza. Ad esempio, nel caso in cui l'utilizzo dei dati richieda il consenso dell'interessato, quest'ultimo va preventivamente reso edotto in merito alle finalità, alla base giuridica del trattamento, al periodo di utilizzo e conservazione dei dati.

Inoltre l'interessato deve essere messo a conoscenza del diritto di poter revocare in qualsiasi momento il consenso espresso e di non essere sottoposto ad attività di profilazione, ossia al trattamento automatizzato dei dati personali per motivazioni al di fuori di quelle elencate nell'art. 22²⁴.

Il rigoroso rispetto di tali principi è ben rappresentato dal dettato dell'art. 2decies del Codice della Privacy, il quale prevede una generale inutilizzabilità dei dati personali trattati in violazione alle normative in esame.

3.1. IL DIRITTO D'ACCESSO E IL PRINCIPIO DELLA PRIVACY.

I limiti all'esercizio del diritto d'accesso sono rinvenibili in primo luogo all'interno dell'art. 24 comma 1 della Legge 241/90, il quale esclude espressamente il materiale coperto da segreto di stato, i documenti relativi a procedimenti tributari, gli atti normativi, generali, di programmazione e pianificazione, gli atti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico – attitudinale di terze persone.

Di seguito il comma 6 attribuisce al Governo, mediante l'emanazione di regolamenti ex art. 17 comma 2, Legge 23 agosto 1988, n. 400, il potere di individuare ulteriori ipotesi di esclusione, finalizzate alla tutela di interessi eterogenei, quali la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la politica valutaria e monetaria, la repressione della criminalità, la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni.

²³ Garante della Privacy, Provvedimento 22 maggio 2018, n. 312 Parere sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679.

²⁴ Il divieto di profilazione dei dati personali non si applica nel caso in cui la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; nel caso in cui intervenga un'autorizzazione dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; nell'ipotesi di consenso esplicito dell'interessato.

Il Codice della Privacy e successivamente il GDPR hanno regolamentato tale rapporto attraverso l'individuazione di tre diverse tipologie di dati a cui hanno fatto corrispondere altrettanti livelli di tutela: i dati comuni; i dati sensibili, riguardanti l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale; i dati super – sensibili, inerenti l'orientamento sessuale, i dati genetici, lo stato di salute fisico e mentale²⁵.

Per i primi due casi il diritto d'accesso è consentito rispettivamente nell'ipotesi in cui la conoscenza di tali dati risulti fondamentale per la difesa dei propri interessi giuridici e nei limiti in cui ciò sia strettamente indispensabile.

L'ostensione di documenti contenenti dati super sensibili è consentita nelle ipotesi per cui l'art. 60 del Codice della Privacy richieda la tutela di "una situazione giuridicamente rilevante... di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero ...un diritto della personalita' o altro diritto o libertà fondamentale".

Secondo quanto espresso dall'art. 59 del Codice della Privacy, i presupposti, le modalità, i limiti del diritto d'accesso per i dati comuni, sensibili e giudiziari e la loro conseguente tutela giurisdizionale vengono disciplinati, in merito all'accesso procedimentale, esclusivamente dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e dai relativi regolamenti di attuazione; in merito all'esercizio dell'accesso civico e generalizzato, dal dettato del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Per quanto concerne i dati super sensibili il Garante della Privacy, attraverso un apposito provvedimento del luglio 2003, ha indicato la strada che i soggetti pubblici o privati devono seguire nell'effettuare la valutazione "*di pari rango*" tra il diritto vantato dal richiedente e quello della persona cui si riferiscono i dati²⁶.

Nello specifico il Garante ha preso in esame sia l'ipotesi in cui soggetti terzi chiedano ad un'Autorità pubblica di poter conoscere i singoli dati sulla salute o la vita sessuale, ritenuti necessari per far valere il diritto di difesa, sia l'ipotesi in cui la PA riceva una richiesta di ostensione di documenti amministrativi contenenti tali dati

Il soggetto decisore deve parametrare la sua decisione non tanto sulla base dell'esercizio dei diritti costituzionali di azione e difesa, bensì valutando quanto possa essere decisiva tale conoscenza e/o ostensione documentale per il diritto che il terzo sta facendo valere.

Di conseguenza non è possibile rispondere positivamente alla richiesta di accesso o di comunicazione da parte di terzi se i dati o il documento in questione, pur essendo ritenuti utili dal richiedente per tutelare un interesse legittimo o un diritto soggettivo, non risultano comunque predominanti rispetto alla concorrente necessità di tutelare la riservatezza, la dignità e gli altri diritti e libertà fondamentali dell'interessato.

Tale valutazione deve essere oltretutto improntata al rispetto dei principi di pertinenza e non eccedenza nel trattamento.

Il decisore deve difatti esaminare la possibilità di concedere un'ostensione parziale dei documenti in esame, valutando "se i dati o tutti i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale oggetto di richiesta siano effettivamente "necessari" al fine di far valere o difendere gli equivalenti diritti in sede contenziosa".

Il Garante ha oltretutto ritenuto che le medesime valutazioni debbano essere fatte nel caso in cui pervengano richieste di accesso o di comunicazione di dati da parte dei legali rappresentanti di un soggetto in relazione al dettato dell'art. 391-quater del c.p.p. Parliamo in questo caso delle cd. investigazioni difensive, attraverso le quali un avvocato viene incaricato dal proprio assistito di svolgere indagini attraverso cui documentare il suo alibi, qualora tema un suo coinvolgimento in un fatto delittuoso.

3.1. ALCUNI ESEMPI DI CASI PRATICI

- Accesso ex L. n. 241/1990. Accesso difensivo e separazione dei coniugi: richiesta di informazioni sulla situazione reddituale/patrimoniale/finanziaria dell'ex coniuge nella determinazione/rideterminazione assegno di mantenimento.

E' possibile rinvenire istanze di accesso agli atti ex art.22 L. 241/1990 collegate a procedimenti di separazione coniugale nel momento in cui le parti instaurano o hanno intenzione di instaurare un nuovo giudizio per ottenere dal giudice la determinazione ovvero la modifica delle condizioni economiche precedentemente concordate

Si ritiene interessante il caso qui di seguito rappresentato per la questione esaminata riguardante in particolare il rapporto esistente tra diritto di accesso documentale e rispetto della privacy anche alla luce della sentenza n.20 del 25.09.2020 pronunciata dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria.

-

²⁵ Le originarie definizioni di dati sensibili e giudiziari sono state sostituite rispettivamente con "categorie particolari di dati personali" (art. 9 GDPR) e "dati personali relativi a condanne penali e reati" (art. 10 GDPR).

²⁶ Provvedimento generale sui diritti di "pari rango" del 9 luglio 2003

FATTO

Veniva avviato un procedimento di accesso agli atti ex art.22 L. n.241/1990 da uno dei coniugi (istante) nei confronti dell'altro (parte controinteressata) essendo gli stessi intenzionati ad ottenere una separazione consensuale, benché al tempo dell'istanza, non fosse stato ancora incardinato un procedimento in Tribunale.

In particolare nell'istanza di accesso si chiedeva di poter conoscere i dati reddituali degli ultimi tre anni del coniuge in previsione della successiva determinazione dell'assegno di mantenimento sia con riferimento alla moglie che alla figlia minore.

Ciò in quanto una precedente simile richiesta rivolta direttamente alla parte controinteressata era rimasta inevasa.

L'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente, acquisita l'istanza e valutata la fondatezza della stessa, ha ritenuto di avviare il procedimento, notificando tramite lettera racc. A/R la rituale informativa alla parte controinteressata.

Quest'ultima, nei dieci giorni successivi la ricezione, per il tramite del proprio legale delegato, notificava all'Ufficio formale opposizione ex art.3, c.2, D.P.R. 184/2006 sulla base delle seguenti motivazioni:

- in primo luogo evidenziava di aver manifestato ampia disponibilità a raggiungere un accordo di separazione consensuale che avesse come finalità principale il benessere psicofisico della figlia minore ed eventualmente di valutare le richieste della moglie non ancora illustrate;
- ciò premesso, non ravvisava l'interesse diretto, concreto ed attuale della moglie ad ottenere così precocemente le dette informazioni violando il diritto alla privacy del marito, rilevato che il procedimento di separazione non era ancora stato incardinato. A giudizio di parte, il diritto a veder riconosciuto ed attributo l'assegno di mantenimento non può considerarsi sufficiente a fondare l'istanza di accesso, poiché non conoscere la situazione reddituale dell'altro coniuge non impedisce alla parte interessata di presentare una istanza di separazione consensuale;
- la conoscenza della situazione reddituale potrebbe essere funzionale alla sola determinazione dell'ammontare dell'importo dell'assegno mensile, e, nel caso, il giudice adito potrebbe pur sempre disporre gli accertamenti previsti per legge (artt. 155- sexies disp. att. C.p.C. e 492-bis C.p.C.);
- ciò precisato, conclude evidenziando che il diritto alla riservatezza della sua situazione reddituale prevarrebbe sul diritto di accesso agli atti amministrativi azionato dalla moglie, visto che quest'ultima non deve tutelare alcun suo interesse giuridicamente rilevante, posto che nulla le è stato negato, dal momento che nulla è stato formalmente richiesto.

Alla luce di tali eccezioni, l'Ufficio è stato chiamato a decidere se procedere alla ostensione dei documenti richiesti oppure rispondere negando l'accesso.

Sul punto appare significativa la recente pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.19 del 2020 in cui ha affrontato una problematica tra le più attuali nell'ambito del dibattito giurisprudenziale riguardante l'applicazione della disciplina del diritto di accesso amministrativo e precisamente l'aspetto attinente il rapporto tra l'accesso difensivo ed il diritto alla riservatezza.

Per ogni istanza di accesso è necessario affrontare il delicato problema di come conciliare l'interesse pubblico alla trasparenza dell'attività amministrativa ed i diritti alla personalità correlati alla privacy che potrebbero porsi in rapporto potenzialmente antitetico.

Si consideri che condizione legittimante l'accesso al documento amministrativo non è soltanto la titolarità, da parte del richiedente, di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ma anche l'esistenza di un collegamento tra detta situazione e il documento oggetto della pretesa ostensiva.

Quanto alla riservatezza, la legge identifica tre diversi livelli di tutela per tre differenti esigenze:

- a) i dati super-sensibili (riferiti cioè allo stato di salute e vita sessuale) rispetto ai quali il Consiglio di Stato si è pronunciato riconoscendone l'ostensibilità (Sez. V, 28.09.2010, n.7166) se questi coinvolgono un diritto della personalità ritenendolo di pari rango;
- i dati sensibili (inerenti alla origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, opinioni politiche, ecc.)
 per i quali l'accesso è consentito nei limiti in cui ciò sia strettamente indispensabile per difendere i propri diritti;
- c) infine i dati comuni verso i quali la legge riconosce l'ostensione nei casi in cui la conoscenza degli stessi sia necessaria per la difesa dei propri interessi.

Con riferimento all'accesso difensivo, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n.19 del 2020 affronta il rapporto fra la disciplina generale degli artt. 22 e ss. della L. n.241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi avendo riguardo ai procedimenti in materia di famiglia (art.492 – bis C.p.C. e art. 155-sexies disp. att. C.p.C.) quando si chiedano, *extra iudicium*, informazioni relative ai dati reddituali, patrimoniali e finanziari presenti in Anagrafe Tributaria.

In merito il giudice adito precisa in primis che i documenti contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari acquisiti e conservati nella banca dati dell'Anagrafe Tributaria gestita dall'Agenzia delle Entrate, costituiscono documento amministrativo rilevante ai fini dell'accesso documentale.

Quindi affronta l'aspetto relativo al rapporto tra l'accesso documentale e gli strumenti di acquisizione dei documenti amministrativi nel processo civile, sia secondo la disciplina generale ex artt. 210, 211 e 213 C.p.C., sia secondo la particolare disciplina introdotta per i procedimenti in materia di famiglia.

Sul punto:

- tenuto conto che l'unica eccezione ai limiti del diritto di accesso, attinente al rapporto tra diritto di accesso e riservatezza, è prevista dall'art.24, c.7 che riconosce all'interessato un accesso difensivo, da garantirsi a coloro che ne facciano richiesta per tutelare propri interessi giuridici,
- e preso atto della coesistenza di due fattispecie particolari di accesso, ovvero quello "partecipativo" (imperniato sul principio generale della massima trasparenza possibile) e quello "difensivo" (relativo all'accessibilità dei documenti per esigenza di tutela)

il giudice giunge alla conclusione che per l'esercizio di quest'ultima forma di accesso non è necessaria la pendenza di una lite, anche se questa può costituire un valido elemento per valutare la concretezza dell'interesse legittimante la specifica istanza iniziale.

Una simile interpretazione, risulterebbe in linea con la *ratio* della legislazione relativa al diritto di famiglia che intende disciplinare la famiglia nei suoi vari momenti, ovvero dalla sua formazione, nel suo svolgimento ed, eventualmente, nei suoi momenti di crisi e scioglimento, che corrispondono a necessità e bisogni particolarmente sentiti dalla comunità.

Naturalmente è necessario supportare l'istanza da una idonea motivazione ex art.25, c.2 L. n.241/90, intendendo evidenziare che è richiesto delineare in modo preciso le esigenze probatorie alla base di essa.

Ancora. Ciò precisato, il giudice ritiene che i due istituti citati siano complementari e non concorrenti in virtù del fatto che le situazioni giuridiche alla base dell'accesso difensivo e dell'impugnativa giudiziale sono autonome: la controversia potrebbe concludersi in via stragiudiziale o meno rimanendo comunque identica la necessità di conoscere tutti i dettagli della *res controversa* fermo restando il fatto che, laddove non si addivenga ad una composizione amichevole della lite, i documenti acquisiti faranno ingresso nel processo per diretta produzione della parte e non per disposizione del giudice.

Pare utile evidenziare la specifica tutela assegnata dal Legislatore al diritto di accesso che, nel caso venisse illegittimamente negato, può essere autonomamente impugnato, mentre gli strumenti processuali istruttori sono rimessi alla valutazione del giudice adito e, in quest'ultima ipotesi si potrebbero impugnare eventuali vizi dell'istruttoria solo con la sentenza.

E' quindi possibile concludere che l'esercizio del diritto di accesso da parte del singolo e l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice sono complementari, nel senso che questi ultimi potrebbero configurarsi in via residuale se l'acquisizione dei documenti da parte dei privati, in base alle singole specifiche discipline, non sia stata esercitata. Ciò è ancor più evidente quando ci si riferisce a documenti detenuti nelle banche dati delle PP.AA.

Non è infatti possibile rinvenire nell'ordinamento giuridico clausole di esclusività, specialità o prevalenza della normativa processual civilistica rispetto alla disciplina dell'accesso difensivo ex art.22 L.241/1990, né i poteri istruttori d'ufficio possono essere esercitati per sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, essendo possibile ricorrere ad essi quando questa dimostri di aver esperito tutti i tentativi possibili per poterli acquisire.

Pertanto, nei procedimenti in materia di famiglia, non si ravvisano motivazioni particolari per giustificare la preclusione dell'accessibilità dei dati reddituali, patrimoniali e finanziari presenti al sistema informativo dell'Anagrafe Tributaria essendo gli stessi utili per giungere ad una congrua determinazione dell'entità dell'assegno disposto a favore della parte più bisognosa e della prole, se presente. Tali dati, in simili controversie, sono indispensabili sia prima che in pendenza di un eventuale giudizio, né ledono il diritto di difesa e/o riservatezza della parte controinteressata, previa valutazione della sussistenza dei requisiti generali per l'esercizio dell'accesso difensivo²⁷.

Una simile complementarietà consente di garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale nel suo complesso²⁸.

²⁷ Nel contrasto tra diritto di accesso agli atti amministrativi e diritto alla privacy, va privilegiato il diritto di accesso, considerando per converso recessivo l'interesse alla riservatezza di terzi, quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso sia necessario alla difesa di quell'interesse (Cons. di Stato, Sez. VI, 20.04.2006, n.2223).

²⁸ La sentenza citata precisa altresì che, data la particolarità dei documenti richiesti, è necessaria l'estrazione della copia non potendo essere diversamente esaminati.

- Accesso ex L. n. 241/1990 e diritto di difesa. Accesso ai documenti gestiti e/o redatti dall'Autorità di Pubblica Sicurezza.

Il Ministero dell'Interno, mediante il D.M. 10 maggio 1994, n. 415, ha regolamentato il tema del diritto d'accesso in merito alla documentazione amministrativa rilevante ai fini dell'attività di pubblica sicurezza²⁹.

Più nello specifico, l'art. 3 comma 1 lettera B del presente decreto non ritiene ostensibili le "relazioni di servizio, informazioni ed altri atti o documenti inerenti ad adempimenti istruttori relativi a licenze, concessioni od autorizzazioni comunque denominate o ad altri provvedimenti di competenza di autorità o organi diversi, compresi quelli relativi al contenzioso amministrativo, che contengono notizie relative a situazioni di interesse per l'ordine e la sicurezza pubblica e all'attività di prevenzione e repressione della criminalità salvo che, per disposizioni di legge o di regolamento, ne siano previste particolari forme di pubblicità o debbano essere uniti a provvedimenti o atti soggetti a pubblicità".

A tal proposito, è utile esaminare la Sentenza del Cons. Stato, Sez. VI n. 1493/2010, attraverso la quale si affronta il rapporto esistente tra il diritto d'accesso documentale e l'esercizio del diritto di difesa richiamato dal destinatario di uno dei provvedimenti summenzionati.

FATTO

Un soggetto destinatario di un avviso orale ex artt. 1 e 4 L. n. 1423/1956 presentava ricorso al Tar Lazio con il quale chiedeva l'annullamento del provvedimento di diniego della richiesta d'accesso agli atti in esame, emesso dalla Divisione Anticrimine della Questura di Roma³⁰.

Il ricorrente lamentava di non aver potuto esercitare il proprio diritto di difesa, in quanto impossibilitato a prender visione dei documenti sui quali si basavano le contestazioni mossegli.

L'Autorità di Pubblica Sicurezza, costituitasi in giudizio, sosteneva al contrario che gli atti di cui si chiedeva l'ostensione andavano annoverati, in base al combinato disposto dalla legge n. 241/1990, dal D.P.R. n. 352/1992 e dal D.M. n. 415/1994, tra i "documenti non ostensibili per motivi di ordine e sicurezza pubblica nonché per finalità di prevenzione e repressione della criminalità e comunque rientranti tra quelli individuati quali presupposto per l'adozione di provvedimenti dell'Autorità di P.S., applicati secondo un meccanismo in cui il giudizio di pericolosità sociale è compiuto dall'Autorità emittente, concernenti la tutela dell'ordine e della sicurezza (art. 3 DM n. 415 del 1994)".

Questo perché, come addotto dalla Questura, il materiale utilizzato per l'emissione del sopramenzionato provvedimento era frutto di atti di indagine e, per tale motivo, da ritenersi non accessibile al fine di evitare rappresaglie nei confronti dei denuncianti e di salvaguardare il lavoro degli informatori.

Il Tar respingeva il ricorso, non condividendo l'argomentazione della presunta lesione del diritto di difesa del ricorrente per due specifici motivi.

In primo luogo, attraverso il richiamo di apposita giurisprudenza amministrativa in materia, riteneva che fosse compito dell'Amministrazione procedente, nelle more di una valutazione circa gli opposti interessi in campo, "determinare la linea di confine tra la conoscenza necessaria, che impone la possibilità dell'accesso, e la conoscenza non necessaria, rispetto alla quale l'accesso può essere legittimamente negato" 31.

In secondo luogo il Collegio ribadiva come fosse sufficiente per un'Amministrazione che richiamava il segreto d'ufficio limitarsi esclusivamente a menzionare le disposizioni di legge su cui si fondava quest'ultimo, senza dover dare spiegazioni e/o chiarimenti in ordine alla natura degli interessi tutelati o al pregiudizio derivante dall'accesso³².

Avverso tale decisione il ricorrente presentava appello al Consiglio di Stato, sostenendo in particolar modo come le indagini di polizia non potessero rappresentare un valido motivo di limitazione all'ostensione documentale a fronte dell'esercizio di un diritto sancito dalla Costituzione come quello di difesa; evidenziando come gli atti in possesso della Questura potessero essere utilizzati per l'adozione di provvedimenti più gravi di quello oggetto della controversia, motivo per il quale doveva essere riconosciuto al ricorrente l'accesso documentale.

Il Consiglio di Stato ritiene il ricorso infondato nel merito e, nel motivarne il rigetto, si sofferma anzitutto sull'inquadramento giuridico dell'avviso orale.

Trattasi di un provvedimento amministrativo che costituisce il presupposto logico per l'emanazione di una successiva misura di prevenzione nei confronti di quei soggetti che, secondo il dettato dell'art. 1 n. 3

102

²⁹ Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24 comma 4, della legge7 agosto1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

³⁰ Legge 27 dicembre 1956, n. 1423: Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità.

³¹ Viene richiamata la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, I, 24 novembre 2005, n. 12288

³² Come affermato dalla sentenza del Consiglio Stato, sez. VI, 5 giugno 1998, n. 936

Legge n. 1423/1956, "sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica". 33

Tale rapporto di conseguenzialità dimostra l'esistenza di uno stretto collegamento funzionale tra i due provvedimenti, motivo per il quale l'avviso orale, pur non essendo qualificabile come atto endoprocedimentale delle misure di prevenzione, può essere comunque annoverato tra i provvedimenti amministrativi afferenti la Pubblica sicurezza.

I giudici arrivano a disattendere la tesi del ricorrente di una lesione del diritto di difesa in quanto l'art. 24, comma 1 e 2 della Cost., "intende consentire al cittadino indubbiamente una tutela prudente e consapevole delle sue posizioni giuridiche, evitando, da un lato, "l'onerosa proliferazione di liti superflue" e assicurando, dall'altro, la possibilità di una contestazione mirata e puntuale di provvedimenti eventualmente ritenuti, all'esito di adeguata ponderazione, illegittimamente lesivi".

Il Collegio prosegue nelle sue argomentazioni ribadendo come la disciplina dell'accesso documentale sia contenuta in una legge di rango ordinario, motivo per il quale la valutazione inerente il rapporto tra accesso, riservatezza dei terzi e segreto d'ufficio debba essere generalmente svolta in sede amministrativa.

Sarà difatti compito dell'Amministrazione respingere l'istanza di accesso ove valuti gli atti non utili all'esercizio del diritto di difesa o viceversa accogliere l'istanza e procedere alla loro esibizione qualora questi siano ritenuti concretamente validi per tale finalità.

In conclusione la Giustizia Amministrativa ha affermato che gli atti alla base dell'emanazione di una misura di prevenzione sono generalmente esenti dalla normativa in materia di accesso e sono ritenuti, per via della loro finalità di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, gerarchicamente superiori alla tutela dello stesso diritto di difesa.

-Parto anonimo: il diritto del figlio di accedere ai dati sanitari della madre. La volontà della donna non esclude il diritto del figlio a conoscere l'anamnesi o la presenza di eventuali patologie anche ereditarie. Accesso alle origini e diritto all'anonimato.

Di recente la Corte di Cassazione è intervenuta sul delicatissimo tema del parto anonimo. È necessario operare un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza della madre in caso di parto anonimo ed il diritto di conoscere le proprie origini da parte dell'adottato. Nel nostro ordinamento, il parto anonimo è tutelato³⁴, tuttavia la scelta del segreto sull'identità della madre è divenuta una scelta reversibile (e non più assoluta), in seguito alla pronuncia della Consulta n.78 del 2013³⁵. Infatti, su richiesta del figlio, la genitrice può revocare la dichiarazione di anonimato fatta a suo tempo. Il "diritto di accesso alle origini" non va confuso tuttavia con la "domanda di accesso alle informazioni sanitarie", con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili.

Il giudice non può negare alla figlia di accedere ai dati sanitari che riguardano i suoi genitori, solo basandosi sulla volontà, mai rimossa, della madre di restare anonima. La Suprema Corte con sentenza n. 22497/2021 del 09.08.2021 accoglie sul punto il ricorso di una signora ultracinquantenne, arrivata fino all'ultimo grado di giudizio, per rivendicare il suo diritto di accesso alle origini. La ricorrente chiedeva ai

³⁴ Si ricorda che la madre ha diritto al parto in anonimato, in tal caso la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando la volontà della madre di non essere nominata (art. 30 DPR 396/2000). In questa circostanza, l'ufficiale di stato civile procede alla formazione dell'atto di nascita ed effettua la segnalazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni per la dichiarazione di adottabilità (possono provvedere alla segnalazione anche gli altri soggetti indicati dall'art. 9 legge 184/1983). Inoltre, il Codice della Privacy nell'articolo rubricato "certificato di assistenza al parto" dispone che:

- prima del decorso dei cento anni di cui sopra, la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta osservando le opportune cautele per evitare che la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata – sia identificabile (art. 93 c. 2 d. lgs. 196/2003).

³⁵ Il diritto di conoscere le proprie origini **era**, invece, **precluso per l'adottato** non riconosciuto alla nascita, **se il genitore aveva manifestato la volontà di rimanere anonimo**. Così disponeva l'art. 28 c. 7 legge 184/1983 come modificato dall'art. 177 c. 2 Codice della Privacy. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la pronuncia n.278/2013, ovvero con una sentenza additiva di principio con la quale ha affermato che il figlio può **chiedere al giudice di interpellare la madre** ai fini della revoca della dichiarazione di anonimato fatta a suo tempo, purché questo avvenga "*attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza*". Per completezza espositiva, si segnala che il citato art. 177 c. 2 Codice della Privacy – che ha introdotto l'art. 28 c. 7 legge 184/1983 – è stato abrogato dall'art. 27 del d. lgs. 101/2018 – recante l'adeguamento della normativa al GDPR – nondimeno tale abrogazione risulta irrilevante atteso che l'art. 28 c. 7 legge cit. risulta già caducato dalla sentenza della Consulta di cui sopra.

³³ Legge 27 dicembre 1956, n. 1423: Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità.

⁻ il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento (art. 93 c. 2 d. lgs. 196/2003);

giudici di procedere all'interpello della madre biologica per capire se c'erano margini di ripensamento da parte sua, oltre a chiedere di poter prendere visione delle informazioni sanitarie relative al genitore naturale e alle anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento alle malattie ereditare trasmissibili. La Corte d'Appello aveva negato entrambe le possibilità.

La madre biologica aveva ormai oltre 90 anni, un deterioramento cognitivo e una depressione bipolare. Malgrado non fosse interdetta dunque, il quadro era tale da impedire qualunque contatto nel senso auspicato dalla figlia tale da turbare un equilibrio psico-fisico già compromesso. Il divieto espresso dai giudici all'interpello della donna era stato esteso anche all'accesso agli atti sanitari. Per la Cassazione quest'ultimo veto è ingiustificato.

La Corte di Cassazione avalla la scelta dei giudici di seconda istanza di negare la possibilità di sentire la madre sulla conferma o meno di una volontà espressa oltre 50 anni prima al momento del parto e comunque mai nella vita messa in discussione nei fatti: la donna non aveva mai cercato la figlia. A distanza di tanto tempo il quadro clinico della donna era tale da precludere atti che potevano pregiudicarlo ulteriormente.

I giudici di legittimità ricordano, altresì, le condanne all'Italia da parte della Corte di Strasburgo³⁶ per non aver mai bilanciato il diritto all'anonimato della madre con quello del figlio a conoscere le origini, prevedendo l'irreversibilità del diniego opposto al momento del parto alla pubblicità dei dati materni. Una censura europea che ha portato il Legislatore, anche sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2013, a prevedere l'interpello della madre biologica. Un passaggio che, almeno finchè il genitore è ancora in vita, resta obbligato, e che i giudici di merito non hanno considerato possibile viste le condizioni di salute della madre naturale.

Ingiustificabile invece il divieto a conoscere i dati sanitari della genitrice per ragioni di salute, preservando comunque il segreto sulla sua identità. La Cassazione, annullando parzialmente la sentenza di merito, precisa, infatti, che, pur non essendo possibile una consultazione indiscriminata del certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica, non poteva essere negato un diritto «di accesso sulla base di un quesito specifico, non esplorativo, relativo a specifici dati sanitari e con l'osservanza di tutte le cautele necessarie a garantire la massima riservatezza e quindi la non identificabilità della madre biologica».

4. CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha lo scopo di riflettere sulla efficacia della normativa in materia di trasparenza come strumento a favore dell'anticorruzione, della legalità ed integrità nella Pubblica Amministrazione, nonché sull'effettività della stessa anche in rapporto al rispetto della normativa della privacy.

In merito alla trasparenza è emerso che se il FOIA funzionerà dipenderà da diversi fattori, in primis dall'impegno profuso dagli stessi operatori/funzionari coadiuvati dall'inserimento in una struttura che dovrà sapientemente riordinare i flussi documentali, garantirne la tracciatura e valorizzare la pubblicazione facoltativa; quindi potranno e dovranno essere considerati schemi di pubblicazione anche confrontando la nostra esperienza con le best practices dei vari Paesi.

Di certo rappresenta una importante opportunità per il cittadino, da un lato, che ha ora gli strumenti per monitorare l'azione amministrativa e partecipare ai processi decisionali e per le PP.AA., dall'altro, che possono rilegittimarsi come servizio al cittadino e come "case di vetro".

³⁶ La Corte di Strasburgo ha criticato l'Italia per l'assenza di un meccanismo che assicuri il bilanciamento tra gli opposti interessi di madre e figlio, ambedue meritevoli di tutela (*sent. Godelli c. Italia 25.09.2012*). La normativa nazionale, quindi, risulta in contrasto con l'art. 8 CEDU che prevede "*il rispetto della vita privata e familiare*", anche inteso come possibilità di conoscere le proprie origini o di acquisire informazioni su di esse. Sul punto è intervenuta anche la giurisprudenza nazionale, sia costituzionale che di legittimità.

I supremi giudici ricordano come il diritto all'identità personale rappresenti un diritto fondamentale di ciascun essere umano che può anche essere correlato alla necessità di tutelare la salute del richiedente, si pensi all'importanza di conoscere patologie genetiche per le quali occorre una anamnesi familiare. Infatti, deve "essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico" (C. Cost. 178/2013).

La Consulta, nella mentovata pronuncia (*sent. 178/2013*), ha sottolineato l'irragionevolezza dell'irreversibilità del segreto derivante dalla scelta del parto anonimo da parte della madre naturale, inoltre, ha espressamente richiesto l'intervento del legislatore per dettare le modalità pratiche del procedimento; tuttavia, ciò non si è verificato.

Nel dibattito, si sono "inserite" anche le Sezioni Unite (Cass. S.U. 1946/2017) le quali hanno chiarito che, in assenza di un intervento normativo, le modalità procedimentali da seguire per garantire il diritto di accesso alle origini devono essere tratte dal quadro normativo esistente e devono essere "idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità".

Ormai a qualche anno di distanza dall'entrata in vigore della normativa e considerato il necessario e fisiologico periodo di "rodaggio", diviene importante concentrarsi sull'analisi dei dati raccolti mediante iniziative di monitoraggio intraprese dalle PP.AA. per verificare il reale impatto della nuova normativa e per capire se e quali interventi modificativi e/o correttivi è necessario attuare anche alla luce delle pronunce giurisprudenziali nel frattempo intervenute.

La pretesa tutelata dalla legge è di fondo la stessa nei vari tipi di accesso, tutti espressione del principio di trasparenza, e consiste nella richiesta di poter visionare e ottenere copia dei documenti amministrativi, tuttavia affinchè il diritto alla conoscenza sia effettivo e tempestivo occorre evitare che per effetto della valutazione discrezionale possa troppo spesso svilire da diritto soggettivo ad interesse legittimo.

Un aspetto da monitorare è sicuramente il particolare rapporto tra l'interesse alla conoscenza ed il diritto alla riservatezza sia per le persone fisiche (ad es. accesso in materia di concorsi pubblici; richiesta della cartella clinica, ecc.), sia per le persone giuridiche (ad es. accesso in materia di appalti).

L'accesso *uti cives* al fine di garantire un controllo diffuso sull'operato dell'Amministrazione inizialmente negato dal Legislatore, è ora divenuto concreto nel nostro ordinamento attraverso il FOIA prevedendo l'obbligo di diffusione di dati come trasferimento di conoscenza tra cittadino e Amministrazione stessa ed è importante mantenere un simile diritto.

E' evidente come a tal fine sia necessario incentivare il progressivo processo di digitalizzazione della P.A. nel suo complesso in modo da garantire il continuo aggiornamento dei flussi di informazione previsti per legge, avendo cura di uniformare le modalità tecniche di pubblicazione così da garantire che le informazioni siano complete, comprensibili, omogenee nel rispetto dei criteri di semplicità di consultazione e tempestività.

Ciò per evitare che il rischio di una iperregolamentazione ed il limitato ricorso a tali istituti possano compromettere l'efficacia della trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione.



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

I limiti alla trasparenza amministrativa stabiliti dall'articolo 24 della legge 7 agosto 1990 n° 241

The limits to administrative transparency established by Article 24 of Law No. 241 of 7 August 1990

Laura Cavaglià

Dottoressa in giurisprudenza

Informazioni sull'articolo	ABSTRACT
Keywords:	Il contributo affronta il tema dei limiti posti all'accesso documentale dall'articolo 24 della legge 241 del 1990. Il legislatore, che, da un lato, aveva ritenuto necessaria la trasparenza amministrativa per tradurre in realtà i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, d'altro canto pone limiti a tale trasparenza a tutela di interessi superiori degni di speciale tutela individuati tassativamente dalla norma o da questa perimetrati e lasciati alla individuazione governativa. Si sono affrontate, in particolare, le questioni poste in sede di accesso tributario e di tutela della riservatezza, nonché i "controlimiti" posti, comunque a tutela dell'accesso.
Diritto d'accesso Imparzialità Buon andamento Legge	
Keywords:	The contribution addresses the issue of the limits placed on documentary access by article 24 of Law 241 of 1990. The legislator, who, on the one hand, had considered necessary the administrative transparency to translate into reality the principles of good progress and impartiality of the administration, on the other hand sets limits to this transparency to protect higher interests worthy of special protection. In particular, the issues of tax access and the protection of privacy have been addressed, as well as the "counter-limits" set, however, to protect access.
Access Impartiality Good progress Law	
(cc) BY-NC	
Autore corrispondente:	
Laura Cavaglià Dottoressa in giurisprudenza E-mail: lauracavaglia@gmail.com	

Sommario: 1. Un po' di storia - 2. La funzione dei limiti all'accesso documentale - 3. Nel dettaglio le macrocategorie dei limiti all'accesso documentale - 3.1. I limiti generali - 3.2. I limiti eventuali - 3.3. L'accesso nei procedimenti tributari - 4. I cosiddetti controlimiti - 4.1. La tutela della riservatezza - 4.2. Il Differimento

Summary: 1. A bit of history - **2.** The function of limits to document access - **3.** In detail, the macro-categories of limits to document access - **3.1.** The general limits - **3.2.** Any limits - **3.3.** Access in tax proceedings - **4.** The so-called counter-limits - **4.1.** The protection of confidentiality - **4.2.** The Deferral

1. UN PO' DI STORIA

Quando la legge 7 agosto 1990, n. 241, consentì, nell'ambito del procedimento amministrativo, la partecipazione ai cittadini, che fino ad allora erano stati soltanto inermi spettatori e destinatari dell'attività della Pubblica Amministrazione, si trattò, per il nostro ordinamento, di una vera e propria rivoluzione.

In verità le istanze europee, già allora, spingevano per una apertura al privato e per la più ampia trasparenza dell'attività amministrativa.

Nondimeno, negli Stati Uniti l'opinione pubblica aveva richiesto a gran voce, ed ottenuto, già verso la fine degli anni Sessanta, la promulgazione del "Freedom of information act" (FOIA) un atto normativo, che, nel disciplinare la massima trasparenza, aveva consentito, anche in virtù della libertà di stampa, l'accesso ad archivi fino ad allora soggetti dal segreto di Stato.

In Italia i principi del "giusto procedimento" e della "trasparenza amministrativa", non erano stati, direttamente ed espressamente, ricompresi fra i principi costituzionali, ma si dovrà attendere la sentenza 13 del 1962 della Corte Costituzionale per una loro prima definizione.

I padri costituenti, infatti, nel definire limiti e contenuto della Pubblica Amministrazione si erano preoccupati di garantire all'organizzazione degli uffici "il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" e di disporre che gli stessi fossero organizzati secondo disposizioni di legge.

L'attività delle amministrazioni pubbliche, che, dunque, deve essere legittima e finalizzata alla cura degli interessi pubblici, deve altresì conformarsi a regole funzionali alla realizzazione del buon andamento e dell'imparzialità.

Ne consegue che per garantire l'imparzialità la pubblica amministrazione deve rendere accessibile il proprio operato e quindi declinarlo nell'ottica della trasparenza amministrativa. Tale assioma non è, pertanto, di immediata derivazione costituzionale, ma per definirlo si è dovuto attendere la legge 241 del 1990, legge di principi ed estremamente snella, del tutto incentrata sul riconoscimento della partecipazione del privato.

La previsione del dovere di informare dell'avvio del procedimento amministrativo, di comunicare il nome di un responsabile cui riferirsi, di ammettere i privati alla stipula di accordi con l'amministrazione per accelerarne l'attività, di semplificare l'azione amministrativa fissando la durata dei procedimenti, di rendere significativi l'eventuale inerzia ed il silenzio e di consentire l'accesso alla documentazione sviluppatasi sono momenti peculiari di questo processo iniziato allora e che oggi ha condotto al quasi totale sgretolamento di ataviche chiusure.

Tuttavia a garanzia della correttezza dell'attività amministrativa, a tutela dello Stato democratico e a protezione dei cittadini stessi, chiamati d'altro canto a prendere parte alla pubblica amministrazione, il legislatore del Novanta ha, comunque frapposto alcuni limiti alla trasparenza, individuandoli nell'articolo 24 della legge 241/90.

Tale norma, nel tempo, ha avuto una rilevante evoluzione in concomitanza con le maggiori aperture alla trasparenza avviate da leggi successive alla 241 del 1990 e che ne hanno nel tempo modificato ed integrato le disposizioni.

2. LA FUNZIONE DEI LIMITI ALL'ACCESSO DOCUMENTALE

Il terzo comma dell'articolo 22 della legge 241 del 1990 pone la questione dei limiti all'accesso "Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6."

Nel presupposto, quindi, che tutti i documenti amministrativi sono ammessi all'accesso documentale, l'articolo 22 specifica che ve ne sono alcuni che non lo sono, ma che sono tassativamente indicati nel successivo articolo 24.

Il principio, nella maggior parte dei casi prevalente, della trasparenza dell'attività amministrativa, cioè, incontra il suo limite nella tassativa elencazione del primo comma dell'articolo 24 e della elencazione degli interessi primari da tutelare del sesto comma, per il quale la determinazione dei successivi singoli atti da sottrarre all'accesso è demandata ad un regolamento di delegificazione, pertanto, a procedura rinforzata.

L'ultima stesura dell'articolo 24, quella ampiamente riorganizzata dalla legge n. 15 del 2005, prevede, infatti, due macro categorie di limiti al diritto di accesso:

i limiti tassativi: quelli cioè per i quali è la stessa legge che determina il divieto;

i limiti eventuali per i quali la legge fissa delle generiche categorie che regolamenti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, devono definire nel dettaglio¹.

Al di fuori di entrambe le macroaree, ma sistematicamente posta in posizione centrale fra loro, si evidenzia la generale disposizione introdotta dalla legge 15 del 2005, che fissa nel comma 3 dell'articolo 24 la regola secondo la quale "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.".

Tale comma, sembra voler attenuare l'ampiezza della disposizione dell'articolo 22, comma 2, e delimitare il principio da questo proclamato in seguito con la novella della legge 18 giugno 2009, n. 69, secondo cui "L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce

_

¹ Alpa Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, Nel diritto editore, ed 2016

principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza".

La norma pone di fatto un limite finalizzato ad evitare attività di partecipazione che siano "bloccanti" rispetto all'attività della pubblica amministrazione, non connesse con specifici interessi da tutelare e che impediscano l'efficace gestione della cosa pubblica.

In comune entrambe le macroaree hanno la funzione di assicurare che, laddove sussistano interessi superiori degni di speciale tutela, siano posti limiti alla diffusione di informazioni, non discrezionalmente valutabili, vuoi perchè è la stessa legge a fissarne il contenuto, vuoi perchè le pubbliche amministrazioni li elenchino a tutela di interessi primari, comunque perimetrati dalla legge.

Quando, cioè, dall'accesso documentale potrebbe derivare un ostacolo all'attività amministrativa nell'esercizio della funzione di gestione di interessi ritenuti a tutela superiore, il Legislatore ha ritenuto di riportare nell'alveo della pubblica amministrazione la conoscibilità dei relativi documenti, quando le materie sono anche disciplinate da normative di settore (procedimenti tributari, emanazione di atti normativi o di amministrazione generale ecc.) o quando sono richieste speciali competenze ai detentori dei dati (ordine pubblico, attività indirizzata alla repressione e prevenzione della criminalità, tutela della privacy).

3. NEL DETTAGLIO LE MACROCATEGORIE DEI LIMITI ALL'ACCESSO DOCUMENTALE 3.1, I LIMITI GENERALI

Le limitazioni poste all'accesso documentale dal comma 1 dell'articolo 24 sono tassativamente elencate e non soggette ad alcuna valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione.

I documenti a cui fa riferimento la norma sono:

- quelli coperti da segreto di Stato ai sensi della *legge 24 ottobre 1977, n. 801*². La norma è posta a tutela della integrità della Repubblica e delle sue istituzioni costituzionalmente riconosciute, nonché a protezione delle relazioni internazionali e dell' indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati, anche sotto il profilo militare. È interessante sottolineare come sia sottratto al segreto tutto quanto concerne fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale ovvero tutto quel che riguarda la difesa da reati di strage, associazione a delinquere di stampo mafioso, scambio elettorale politicomafioso, per la particolare natura di tali reati che vivono di distorsioni della segretezza e che per essere specificamente combattuti necessitano di adeguata pubblicità;
- quelli in cui sia una norma di legge a determinarne la segretezza o quelli relativi ai limiti cosiddetti eventuali, laddove sia intervenuto il regolamento governativo a individuarli;
- gli atti dei procedimenti tributari³ perchè regolati da norme di settore;
- gli atti che formano il procedimento di emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, perché per tali categorie restano ferme le particolari norme che li regolano; la dottrina si è pronunciata in senso altalenante in proposito. Qualcuno ha affermato che la norma avrebbe la funzione di proteggere la pubblica amministrazione da condizionamenti, qualcuno ne ha rilevato la eccessiva genericità, per l'assenza di indicazioni sugli interessi specifici che intende tutelare;
- nei procedimenti selettivi, i documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi. La disposizione è stata inserita dalla novella del 2005 e deve essere letta
 in connessione con le disposizioni sulla tutela della privacy. L'accesso documentale in occasione di
 procedure concorsuali trova il suo limite nella documentazione idonea a rivelare lo stato di salute
 fisica e psichica dei controinteressati, informazioni soggette alle limitazioni a cui la normativa sulla
 privacy sottopone i dati altamente sensibili.

Al fine di garantire la concreta attuazione delle disposizioni sopra enucleate, il secondo comma della norma dispone che le Amministrazioni interessate emanino singoli regolamenti atti a determinare nello specifico gli atti di propria competenza sottratti all'accesso.

Corre l'obbligo di evidenziare che il comma 5 pone un limite alla sottrazione degli atti al diritto di accesso, anche qualora connessi con materie assoggettate al segreto di stato, stabilendo, però, che le pubbliche amministrazioni definiscano in anticipo i limiti temporali del relativo divieto di ostensione.

-

² La legge 24 ottobre 1977, n. 801 è stata abrogata dalla legge 3 agosto 2007, n. 124, che con l'articolo 39, comma 1, ripropone, con modifiche, la norma contenuta nell'articolo 12 della legge 801 del 1977. Articolo 39, comma 1: "Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato".

³ vd paragrafo successivo

3.2. I LIMITI EVENTUALI

Il comma 6 dell'articolo 24 della legge 241 aggiunge che per la tutela di alcuni interessi primari le pubbliche amministrazioni possono emanare regolamenti di delegificazione che salvaguardino interessi individuati nel loro genere dalla norma in esame.

- Innanzitutto è riportata la tutela generale della sicurezza, della difesa nazionale, dell'esercizio della
 sovranità nazionale e della continuità e correttezza delle relazioni internazionali, a tutela dei trattati.
 Qualora tali interessi, pur non assoggettati al segreto di Stato, possano essere lesi, appositi decreti
 ministeriali individuano e specificano quali atti debbano essere limitati nella loro divulgazione e
 quindi sottratti all'accesso.
- In secondo luogo, le limitazioni riguardano i casi in cui l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria.

In tali due casi il legislatore del 2005 è intervenuto per limitare, rispetto alla formulazione del 1990, la discrezionalità dell'Amministrazione sostituendo la valutazione della determinazione del concetto di "pregiudizio concreto" presente nella precedente stesura della norma, con la definizione, da riportare nei decreti governativi di "lesione specifica ed individuata" e della individuazione di uno specifico "pregiudizio".

- La lettera c) del comma 6 appare di chiara interpretazione. È evidente il danno alla sicurezza nazionale che provocherebbe la divulgazione in corso di indagini o in momenti di gestione dell'ordine pubblico di documenti che riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità. La norma esprime un particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini.
- Tutela specifica è accordata alla *privacy*, quando, cioè, i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono.
- Infine è garantita una limitazione all'accesso quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato. Per quel che concerne la contrattazione collettiva, il Legislatore ha ritenuto già garantita, per la partecipazione della componente dei rappresentanti dei lavoratori insieme all'amministrazione, la tutela degli interessi dei lavoratori, tanto da ritenere di evitare altre interruzioni nella formazione della volontà contrattuale, assicurando, invece, serenità al relativo processo di formazione.

Queste ultime tre ipotesi, in questa sede riportate quasi per intero rispetto alla formulazione del comma 6, sono caratterizzate proprio dalla formulazione di dettaglio della norma. La precedente stesura normativa⁴ ne indicava la categoria in modo generico consentendo alle pubbliche amministrazioni di garantirsi ampi margini di discrezionalità. A seguito della riforma gli interessi sono rimasti pressoché invariati, ma è stata modificata la modalità con cui essi sono stati individuati e descritti, con una elencazione del genere di atti da sottrarre all'accesso.

Naturalmente è sufficiente che i "documenti oggetto della richiesta contengano informazioni riguardanti gli interessi che li caratterizzano, a prescindere dalla sussistenza effettiva o potenziale di un pregiudizio"⁵.

3.3. L'ACCESSO NEI PROCEDIMENTI TRIBUTARI

È opportuno soffermarsi brevemente sull'accesso in materia tributaria e sulla determinazione dei relativi limiti. La disposizione è stata modificata dalla riforma del 2005, con la quale si è fatto rimando alle "particolari norme che li regolano". Infatti la particolare struttura del procedimento tributario che vede la determinazione normativa (articolo 23 della Costituzione) di ogni prestazione patrimoniale, comporta che i tributi sono già determinati per legge e che la loro attuazione è demandata in primo luogo al contribuente stesso.

c) l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità;

⁵ F. Pubusa, *Diritto di accesso e automazione*, Giappichelli, Torino 2006.

⁴ comma 2 dell'articolo 24 nella stesura precedente alla legge 15 del 2005: "Il Governo è autorizzato ad emanare, ai sensi del comma 2 dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti intesi a disciplinare le modalità di esercizio del diritto di accesso e gli altri casi di esclusione del diritto di accesso in relazione alla esigenza di salvaguardare:

a) la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali;

b) la politica monetaria e valutaria;

d) la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici"

L'attività dell'Amministrazione, prevalentemente accertativa, è rivolta al solo contribuente e non vede la partecipazione di controinteressati al procedimento né il contraddittorio con il contribuente stesso in corso di procedimento di accertamento.

Le specifiche norme di settore, tuttavia, prevedono una particolare partecipazione del contribuente attraverso la figura dell'Interpello.

L'articolo 11 dello Statuto del contribuente - legge 27 luglio 2000, n. 212 recante lo "Statuto dei diritti del contribuente"- gli attribuisce lo speciale potere di sottoporre all'amministrazione finanziaria "circostanziate e specifiche istanze di interpello concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti". La risposta dell'amministrazione vincola all'interpretazione attribuita nel caso concreto sia il privato richiedente, sia l'amministrazione stessa. A ulteriore tutela del contribuente, quando l'amministrazione non risponde entro un termine predeterminato, vale il silenzio assenso circa la soluzione proposta dall'interpellante, che farà stato fra questi e l'amministrazione.

4. I COSIDDETTI CONTROLIMITI

I commi 4, 5 e 7 dell'articolo 24 pongono, comunque, dei "controlimiti" alla limitazione al diritto di accesso.

Il comma 4 prevede la possibilità di evitare il diniego all'accesso qualora sia possibile fare ricorso al "Differimento"; il comma 5 determina il dovere delle Amministrazioni di porre limiti temporali per la sottrazione all'accesso di determinati documenti; il comma 7 stabilisce che debba essere garantito ai richiedenti l'accesso qualora la conoscenza del documento di cui è fatta istanza sia prodromica alla cura ed alla difesa dei propri interessi giuridici.

In questa sede si ritiene necessario approfondire la materia del diritto alla riservatezza in connessione con le valutazioni che le amministrazioni o l'autorità giudiziaria devono effettuare con specifico riferimento al caso in cui dati sensibili o sensibilissimi siano necessari alla cura degli interessi giuridici del richiedente e, da ultimo, la materia del "Differimento"

4.1. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA

Tale tutela corrisponde alla necessità di assicurare garanzia all'interesse privatistico in ordine a vicende che coinvolgono la sfera personale ed economico-patrimoniale di privati cittadini o persone giuridiche.

La disposizione deve essere coordinata con le norme contenute nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", norma in certi casi derogatoria delle disposizioni dettate dalla legge 241 del 1990.

Con riferimento all'accesso a dati che riguardano la persona, l'articolo 59 del d.lgs.196 del 2003 stabilisce che, ove riguardi persone terze, il richiedente dovrà seguire le disposizioni della legge 241 del 1990, dimostrando di vantare un interesse diretto, concreto ed attuale e connesso con il documento per il quale si richiede l'accesso; naturalmente l'Amministrazione sarà tenuta ad informare preventivamente i soggetti coinvolti.

L'articolo 4, comma 1, lettera d), fornisce una definizione dei dati cosiddetti "sensibili" come quei "dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale". Con riferimento a tali dati, che hanno a che vedere con l'estrinsecazione della persona umana e con la sua libertà di autodeterminarsi, vale la disposizione dell'articolo 24, comma 7, della legge 241 del 1990, secondo cui - e a questi sono assimilati gli atti giudiziari - l'amministrazione - o l'autorità giudiziaria - cui è richiesta l'ostensione è tenuta a consentire l'accesso quando risultino necessari, come extrema ratio, a garantire la cura e la difesa degli interessi giuridici del richiedente.

Limiti più stringenti incontra il diritto di accesso a dati cosiddetti "sensibilissimi" nei quali sono inclusi quei dati relativi allo stato di salute ed alla vita sessuale della persona. È, infatti la stessa legge 241 che fa rinvio (articolo 24, comma 7) all'articolo 60 del codice della privacy che espressamente prevede che "Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale".

In tali casi, pertanto, l'amministrazione dovrà valutare caso per caso e in concreto l'interesse del richiedente ed effettuare la comparazione richiesta dalla norma per decidere se mostrare o meno il documento richiesto.

Per la valutazione dei diritti di pari rango si ritiene siano da considerare non solo i diritti indicati espressamente dal richiedente, ma anche quelli riferiti comunque ai valori costituzionali in genere⁶ e che l'attualità dei medesimi sia posta anche in relazione alla ripristinabilità del bene primario leso. Laddove questo sia meramente risarcibile per equivalente nella comparazione prevarrà, comunque il diritto alla riservatezza.

4.2. IL DIFFERIMENTO

Il potere di differimento è disciplinato dal comma 4 dell'articolo 24, che stabilisce che "l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento".

Tale istituto, che consiste nella facoltà di rinviare nel tempo l'esercizio del diritto di accesso da parte della pubblica amministrazione sulla base di valutazioni discrezionali, ai sensi dell'articolo 9 del "Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi", d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, è disposto "ove sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge, o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa".

Il differimento, inoltre, andando in deroga al principio secondo cui le Amministrazioni devono provvedere in termini determinati, a tutela della certezza dell'attività amministrativa, deve essere motivato ed è finalizzato ad evitare, fino a che questo risulti possibile, il rigetto della domanda di accesso documentale.

Attese le motivazioni che devono essere addotte dall'istante per ottenerlo e da parte dell'amministrazione per concederlo, l'uso che ne viene fatto è estremamente limitato.

Il differimento cessa automaticamente con l'adozione del provvedimento finale e il relativo provvedimento deve indicarne una durata massima, oltre la quale l'Amministrazione sarà tenuta a provvedere all'ostensione degli atti richiesti.

Di fatto l'articolo 24 conferisce all'amministrazione un potere discrezionale, consentendole di effettuare una mediazione fra il diritto alla trasparenza sancito dalla legge 241 del 1990 e le ipotesi di esclusione.

La locuzione "specifiche esigenze" posta a condizione del ricorso al differimento sono state inserite dal regolamento del 2006 in sostituzione della più generica dicitura delle "esigenze di riservatezza dell'amministrazione" del precedente articolo 7 del d.P.R. 352 del 1992, per circoscriverne la portata. L'amministrazione prima della riforma, infatti, aveva la tendenza a occultare a terzi alcune categorie di atti in virtù di generiche esigenze di protezione dell'interesse pubblico.

La novella ha invece prodotto una ridefinizione dei confini della discrezionalità dell'amministrazione, al fine di assicurare sempre maggiore tutela degli interessi dei cittadini.

_

⁶ Daniele Giannini, *Diritto di accesso:oggetto e casi di esclusione*, De Jure, febbraio 2013



Salvis Juribus

www.salvisjuribus.it Listed in ROAD, con patrocinio UNESCO e-ISSN: 2464-9775

Le recenti politiche di investimento pubblico in trasparenza e anticorruzione

Recent public investment policies in transparency and anti-corruption

Giosuè Giardinieri

Policy advisor e consulente di organizzazione, gestione, revisione e controllo per le pubbliche amministrazioni in materia di investimenti pubblici

Informazioni sull'articolo

ABSTRACT

Keywords:

Trasparenza Anticorruzione Investimenti pubblici

Con il presente scritto si studiano le recenti politiche di investimento pubblico in tema di trasparenza e anticorruzione a partire dall'inquadramento del perimetro in cui si muovono i due concetti, in origine sviluppati come istituti indipendenti, che gradualmente si sono sempre di più sovrapposti fino a fondersi: la trasparenza si è legata ad esigenze di controllo diffuso e di prevenzione della corruzione. Fare investimenti pubblici in trasparenza e anticorruzione ha significato agire, innanzi tutto, sul rafforzamento della capacità amministrativa degli uffici pubblici preposti alle funzioni di vigilanza sull'anticorruzione e sulla trasparenza (più spesso nel senso di recupero delle competenze in senso etico e tecnico, ma anche della dotazione organica). Si è poi agito sulla riorganizzazione dei processi unita alla digitalizzazione diffusa degli istituti di gestione grazie all'utilizzo delle tecnologie informatiche. Tutto azioni intraprese con la costante della regola del costo zero per il bilancio dello Stato, ma con alcune eccezioni fra le quali sono stati studiati due progetti come esempi di soluzioni di policy realizzati dall'ANAC e dal Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri col sostegno delle risorse provenienti dai fondi strutturali. Infine, ci si è rivolti al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che al tema dedica attenzione all'interno della componente 1 della missione 1. A bene vedere il Piano annovera interventi volti alla realizzazione di obiettivi di crescita digitale e di modernizzazione della PA, ma senza una visione compiuta di pubblica amministrazione finalmente orientata al futuro; per questo motivo la trasparenza amministrativa, il recupero delle competenze perdute del personale pubblico, il reclutamento straordinario e la digitalizzazione sono le misure che compongono un puzzle attento più al "come agisce la pubblica amministrazione" – in digitale – piuttosto che al "cosa sia" magari aperta e inclusiva e attenta alla propria integrità.

Keywords:

Transparency Anti-corruption Public Investment policies In this case are studied the recent public investment policies in terms of transparency and anti-corruption starting from the framework of the perimeter in which the two concepts move, originally written as independent institutions, but gradually they have increasingly overlapped to merge: transparency is linked to the need for widespread control and corruption prevention. Making public investments in public transparency and anticorruption has meant acting, first of all, on strengthening the administrative capacity of the offices in charge of the supervisory functions on anticorruption and transparency (more often in the sense of recovering skills in the ethical and technical sense, but also of the organic endowment). We then acted on the reorganization of processes combined with the widespread digitization of management institutes thanks to the use of information technologies. All actions undertaken with the constant of the zero-cost rule, except in some exceptions among which two projects were studied as examples of policy solutions implemented by ANAC and by the Department of Public Function at the Presidency of the Council of Ministers with the support of resources from European structural funds. Finally, the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) was studied, which gives attention to

the topic within component 1 of mission 1. The Plan includes interventions aimed at achieving digital growth and modernization objectives of the PA, but without a complete vision of public administration finally oriented towards the future; for this reason, administrative transparency, the recovery of lost skills of public personnel, extraordinary recruitment and digitization are the measures that make up a puzzle that is more focused on "how the public administration works" - digitally - rather than on "what it is" perhaps open and inclusive and attentive to one's own integrity.



Autore corrispondente:

Giosuè Giardinieri

Policy advisor e consulente di Organizzazione, gestione, revisione e controllo per le pubbliche amministrazioni in materia di investimenti pubblici

E-mail: gios.giardinieri@gmail.com

Sommario: **1.** Introduzione – **2.** La tendenza alla sovrapposizione dei concetti di trasparenza e anticorruzione – **3.** Cosa significa investire in trasparenza e anticorruzione – **4.** Esempi di azioni di rafforzamento della capacità amministrativa e di innovazione delle pubbliche amministrazioni – **5.** La finestra/occasione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

Summary: 1. Introduction -2. The tendency to overlap the concepts of transparency and anti-corruption -3. What does investing in transparency and anti-corruption mean -4. Examples of actions to strengthen the administrative capacity and innovation of public administrations -5. The window/opportunity of the National Recovery and Resilience Plan

1. INTRODUZIONE

"Perché non traiamo occasione dalla gravissima crisi economica prodotta dall'emergenza sanitaria per realizzare un massiccio investimento pubblico teso a ricreare, con nuovo personale ad elevata competenza tecnica e con un deciso rilancio dell'utilizzazione delle tecnologie informatiche, quell'amministrazione di qualità che si è perduta negli ultimi vent'anni?". E ancora "La vera sfida per allontanare la corruzione è costruire un'amministrazione capace di fare il proprio dovere, un'amministrazione competente, qualificata e trasparente, che guardi ai risultati e che sappia usare la discrezionalità per assicurare ai cittadini i servizi migliori."².

Sono due posizioni brevi ma dense di significato manifestate dai due presidenti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che a distanza di un anno ripropongono lo stesso concetto: l'imperativo di costruire una pubblica amministrazione finalmente efficiente popolata da risorse umane con competenze adeguate e avendo a disposizione risorse tecniche in linea con i tempi moderni. Ma per arrivare a questo c'è bisogno di importanti investimenti pubblici che il sistema ha più volte previsto e programmato ma senza poi giungere a compimento.

Secondo l'indice di Percezione della Corruzione di *Transparency International* che misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica nei Paesi di tutto il mondo, nel 2021 l'Italia si colloca al 52° posto della classifica bel lontano dai partner europei³. La situazione è drammatica ma comunque migliore rispetto alla rilevazione dell'indice per il 2012 che poneva l'Italia in fondo alla classifica dei paesi europei e al 72° posto del *ranking* mondiale⁴. Il risultato è in gran parte dovuto agli effetti dell'introduzione dei provvedimenti in materia di trasparenza e anticorruzione, a partire dall'inizio degli anni 2010, in modo particolare la Legge n. 190 del 2012, meglio nota come legge anticorruzione.

¹ Cit. F. MERLONI, Lettera aperta del 9 aprile 2020 "ANAC e contratti pubblici: tante proposte, poca concretezza", www.anticorruzione.it.

² Cit. G. Busia, *Relazione annuale 2020: Presentazione del Presidente*, 18 giugno 2021, Camera dei Deputati, http://www.astrid-online.it/static/upload/anac/anacrelazioneinterventobusia.18.06.2021.pdf.

³ Transparency International, *Curruption Perception Index* 2020, https://www.transparency.it/indice-percezione-corruzione.

⁴ Transparency International, Curruption Perception Index 2012, https://www.transparency.org/en/cpi/2012/index/ita.

La necessità di proseguire nella riforma della pubblica amministrazione in trasparenza e anticorruzione con investimenti pubblici adeguati è legata a vari fattori. *In primis*, la raggiunta consapevolezza dell'ingente danno economico provocato dalla corruzione e dalla sua incidenza sul PIL, sulla competitività e sulla concorrenza, sugli investimenti esteri; in secondo luogo, la presa di coscienza del danno reputazionale collegato agli inviti sempre più pressanti e ripetuti dell'OCSE, del Consiglio d'Europa e del GRECO (Gruppo di azione europea contro la corruzione), dell'Unione Europea, delle Nazioni Unite, delle organizzazioni internazionali.⁵

Lo scopo del presente scritto è studiare le recenti politiche di investimento pubblico in tema di trasparenza e anticorruzione a partire dall'inquadramento del perimetro in cui si muovono i due concetti di trasparenza e anticorruzione i quali, in origine sviluppati come istituti indipendenti, gradualmente si sono sempre di più sovrapposti fino a fondersi: la trasparenza si è legata ad esigenze di controllo diffuso e di prevenzione della corruzione In questa evoluzione, l'ANAC è stata l'arbitro della partita per l'affermazione delle politiche nazionali di prevenzione della corruzione e di affermazione della trasparenza, sulla scorta delle disposizioni normative via via introdotte. Si deve all'ANAC, infatti, la copiosa soft regulation sul tema e gli indirizzi dati più o meno in sintonia con il Legislatore. Un percorso si di modernizzazione verso gli altri ordinamenti ma ancora poco concepito come di natura sistemica. Ci si è, per questo, chiesti cosa significhi investire in trasparenza e anticorruzione per chiarire gli obiettivi e la tendenza delle recenti politiche di investimento sul tema. Con la costante della regola del costo zero, si è intervenuti, in primo luogo, col rafforzamento della capacità amministrativa (più spesso nel senso di recupero delle competenze in senso etico e tecniche, ma anche della dotazione organica) degli uffici pubblici preposti alle funzioni di vigilanza sull'anticorruzione e sulla trasparenza. Sono intervenute poi la riorganizzazione dei processi della pubblica amministrazione in ottica di sviluppo organizzativo e la digitalizzazione diffusa degli istituti di gestione grazie all'utilizzo delle tecnologie informatiche; rientrano qui gli obblighi di pubblicazione a contenuto variabile sui siti internet, nonché la costruzione e l'aggiornamento delle banche dati informative, in particolare quella sui contratti pubblici. Non appartengono alla regola del costo zero, a dire il vero, i due progetti studiati come esempi di soluzioni di policy realizzati dall'ANAC (Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza) e dal Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Centro nazionale di competenza FOIA) in quali hanno contato sul sostegno delle risorse provenienti dai fondi strutturali europei grazie al PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020.

Infine, vista la sua portata eccezionale e l'obiettivo di riforma della pubblica amministrazione inserita fra le priorità, è stato studiato il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che al tema dedica attenzione all'interno della componente 1 della missione 1 "Digitalizzazione, innovazione e sicurezza della PA". A bene vedere il Piano annovera interventi volti alla realizzazione di obiettivi di crescita digitale e di modernizzazione della PA, ma senza una visione compiuta di pubblica amministrazione finalmente orientata al futuro; per questo motivo la trasparenza amministrativa, il recupero delle competenze perdute del personale pubblico, il reclutamento straordinario e la digitalizzazione sono le misure che compongono un puzzle attento più al "come agisce la pubblica amministrazione" – in digitale – piuttosto che al "cosa sia" magari aperta e inclusiva e attenta alla propria integrità.

2. LA TENDENZA ALLA SOVRAPPOSIZIONE DEI CONCETTI DI TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

La prima parte del ragionamento si concentra sulla definizione dei termini fondamentali del discorso e a cui, tra l'altro, sono dedicate le principali politiche di investimento pubblico. Trasparenza" e "anticorruzione" costituiscono, in origine, aspetti autonomi dell'agire della pubblica amministrazione che gradualmente si sono sovrapposti.

La trasparenza denota chiarezza, pubblicità dell'azione amministrativa pubblica, i cui atti sono accessibili dall'esterno da parte dell'utente, cittadino, altro soggetto pubblico o privato. Si richiama, spesso, la metafora della "casa di vetro" per descrivere una pubblica amministrazione la cui condotta quanto più trasparente, cioè conoscibile, e semplificata sia diretta alla tutela degli interessi pubblici secondo i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità richiamati dall'art. 97 della Costituzione⁷. La trasparenza è un dato, quindi, tanto assoluto, ossia una regola da osservare in quanto principio base dell'azione della

⁵ F. Bello, *La prevenzione della corruzione: best practice*, Salvis Juribus, novembre 2021, http://www.salvisjuribus.it/la-prevenzione-della-corruzione-best-practice/.

⁶ "Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro." Cit. F. Turati, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

⁷ E. Carloni, La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa, in Scritti in onore di Giuseppe Palma, V. 2, Torino, 2012.

pubblica amministrazione, quanto relativo, ossia strumentale alla prevenzione e contrasto dell'agire illecito dei dipendenti pubblici⁸.

L'anticorruzione, o lotta alla corruzione come la definisce la stessa ANAC⁹, sta nell'atteggiamento di avversione e di contrasto della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione, cioè di tutte quelle attività e tutti quei comportamenti posti in essere dai dipendenti pubblici in violazione dei doveri collegati alle funzioni pubbliche, con conseguente pregiudizio degli interessi collettivi generali¹⁰. Invero, nell'ordinamento italiano, l'anticorruzione si mescola spesso col concetto di prevenzione della corruzione nella logica che le azioni di contrasto previste *ex post*, siano spostate temporalmente a prima che l'evento illecito accada in modo da prevenirlo e scongiurarlo.

Come anticipato, però, trasparenza e anticorruzione sono concetti spesso collegati e ciò è rintracciabile anche nello spirito delle norme di riferimento. Secondo la formulazione contenuta nell'art. 1 del D.Lgs. 33 del 2013¹¹ la trasparenza "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. Essa è 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". In questo dispositivo del testo normativo emerge come la trasparenza sia intesa come un antidoto alla corruzione e all'illegalità, ma parimenti non si esaurisca in questa funzione perché dialoga con altri e alti principi costituzionali, quello democratico su tutti, e ne permette la realizzazione. Ciò è vero anche invertendo i termini del ragionamento, vale a dire l'anticorruzione non si esaurisce nella trasparenza, la quale è solo uno dei numerosi strumenti in cui si attua; anticorruzione è infatti integrità e regole di comportamento, incompatibilità e attenzione ai conflitti di interesse, piani di prevenzione e misure organizzative, regolazione dei procedimenti, misure di controllo interno, ecc. ¹²

Nell'ultimo decennio, l'ordinamento ha però conosciuto una graduale saldatura tra i due concetti in origine quindi separati, andando verso l'affermazione del principio che la trasparenza sia uno degli antidoti per contrastare la corruzione e l'illegalità e che misure importanti di investimento siano necessarie per arginare i fenomeni di illegalità¹³. Il processo ha origine con la legge "anticorruzione" n. 190 del 2012 nella quale la trasparenza agisce come misura fondamentale per l'introduzione di azioni di prevenzione e di contrasto anticipato della corruzione: la strategia di prevenzione della corruzione poggia sulla trasparenza esterna e sul controllo del cittadino e per questo sono codificati alcuni obblighi di pubblicazioni già nell'ordinamento ma non sistematizzati. Dal punto di vista organizzativo le funzioni di vigilanza sulla trasparenza intesa in modo sono deputate alla Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza (CIVIT) che diventa Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni.

Arriva poi il decreto-legge n. 90 del 2014¹⁴, convertito con legge nl 114 del 2014, con la quale è costituta, per incorporazione delle funzioni provenienti da altri soggetti vigilatori, l'Autorità Nazionale anticorruzione (ANAC) e sulla quale vengono concentrate le attività in ambito di trasparenza e di prevenzione della corruzione nelle pubbliche ammirazioni nel presupposto che questi capisaldi contribuiscano alla costruzione di un'amministrazione di qualità soltanto se sottoposta anche a controllo esterno della qualità reso possibile grazie a numerosi obblighi di pubblicazione.

Il D.Lgs. n. 97 del 2016¹⁵, poi, completa questo processo evolutivo visto che trasparenza e anticorruzione diventano un tutt'uno sulla scorta dell'introduzione del "Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza" che sostituisce il precedente "Programma triennale per la trasparenza e l'integrità" previsto dal D.Lgs. n. 33 del 2013. In questo documento ogni amministrazione o ente valuta il proprio grado di esposizione al rischio di corruzione e identifica e programma gli interventi organizzativi volti a prevenire il rischio; la logica fondamentale è quella della prevenzione e della gestione del rischio di

¹⁰ M. Gerardo, Anticorruzione e trasparenza nella pubblica amministrazione. Profili giuridici, economici ed informatici, in Rassegna avvocatura dello Stato, n. 3/2016.

⁸ S. Cassese, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in Gli Speciali del Giornale di Diritto Amministrativo, 2018.

⁹ https://www.anticorruzione.it/anticorruzione.

¹¹ Articolo 1, comma 2 del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni".

 $^{^{\}rm 12}$ R. Cantone, $\it Il$ sistema della prevenzione della corruzione, Giappichelli, 2020.

¹³ Pera una ricostruzione del percorso di affermazione degli istituti: E. CARLONI, *Alla lue del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in Diritto Amministrativo, n. 3/2019.

¹⁴ Decreto-Legge 24 giugno 2014, n. 90 "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari".

¹⁵ Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

corruzione, ed in questo senso, gli obblighi di pubblicazione e gli ulteriori livelli di trasparenza sono da considerarsi come strumentali a questa prospettiva. Ma ciò fa sì che il vecchio Piano della trasparenza diventi soltanto una sezione del Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Naturalmente l'ANAC gioca un ruolo fondamentale nell'indirizzare questo processo in continua evoluzione e, a cascata, i suoi indirizzi sono formalizzati alle pubbliche amministrazioni mediante la predisposizione del Piano Nazionale Anticorruzione, cioè di quel documento, aggiornato annualmente, contenente direttive e indicazioni utili per le pubbliche amministrazioni chiamate ad attuare tutti gli adempimenti previsti dalla legge. Con tale documento, in aggiunta, l'Autorità orienta le misure e gli interventi scelti dalle singole amministrazioni in trasparenza e prevenzione della corruzione che poi devono essere inserite nel proprio Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza. Ma c'è di più: proprio l'ANAC in questa veste ha consentito che si affermassero le politiche nazionali di prevenzione della corruzione e di rafforzamento della trasparenza varate dal Legislatore, sulla scorta delle disposizioni normative via via introdotte, e si stratificassero nella cultura della buona amministrazione. Inoltre, si deve all'ANAC la copiosa soft regulation sul tema nonché gli indirizzi dati, non sempre conformi alle volontà del Legislatore in quale spesso ha cercato di attuare semplificazioni normative e amministrative alleggerendo anche gli obblighi in trasparenza. In altre parole, è grazie all'opera dell'Agenzia, che si è compiuta l'istituzionalizzazione di sistemi di prevenzione e contrasto alla corruzione, nei quali la trasparenza veste il ruolo di strumento ampiamente presente e decisivo seppur declinato nelle varie forme del diritto di accesso, degli obblighi di pubblicazione.

3. COSA SIGNIFICA INVESTIRE IN TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

Fissato il perimetro concettuale entro cui si muove il ragionamento, ci si può domandare cosa significa investire in trasparenza e anticorruzione nelle pubbliche amministrazioni, in modo da chiarire una volta per tutte i principi e gli obiettivi di fondo delle recenti politiche di investimento varate su questi ambiti.

Una corretta analisi deve essere condotta, a parere di chi scrive, a partire dall'inquadramento della situazione di partenza sulla quale si sono innestati i diversi tentativi di riforma, a dire il vero, sempre costruiti secondo le medesime impostazioni e con una costante inefficacia nei risultati¹⁶. In questa opera vengono in aiuto le indicazioni specifiche raccolte nelle raccomandazioni del Semestre europeo per l'Italia sul 2020¹⁷ in cui è dedicata particolare attenzione ad alcune criticità di fondo del sistema pubblico italiano che toccano anche il tema della trasparenza e dell'anticorruzione.

La prima difficoltà rintracciata dalle istituzioni europee consiste nella perdurante fragilità della pubblica amministrazione intesa sia in senso organizzativo e sia nella performance di prestazione dei servizi ai cittadini: tali aspetti, secondo le istituzioni europee, limitano l'efficacia delle misure di erogazione di prestazioni sociali, sostegno alla liquidità e alle imprese che le carenze del settore pubblico rendono potenzialmente inefficaci o ostacolati (fra queste sono elencate: lunghezza delle procedure, basso livello di digitalizzazione, scarsa capacità amministrativa, inadeguatezza nelle procedure di controllo). Pertanto, è quanto mai urgente insistere sul miglioramento della pubblica amministrazione affinché sia in grado di garantire che le misure e gli interventi adottati per affrontare l'emergenza e sostenere la ripresa economica non siano rallentate nella loro attuazione.

A seguire, altro nodo cruciale è la digitalizzazione nelle pubbliche amministrazioni caratterizzata da una costante disomogeneità e accompagnata dalla mancanza di interoperabilità dei dati tra enti diversi, la quale è percepita come freno all'interazione digitale tra le autorità pubblica e i cittadini e, a causa del quale, risultano ancora pochi i procedimenti amministrativi gestiti dagli enti locali (regioni e comuni) che possono essere avviati e portati a termine in digitale.

La terza e la quarta criticità vengono affrontate insieme perché strettamente collegate: eccessiva burocratizzazione e corruzione ancora troppo diffusa negli uffici pubblici. Per arginare queste derive, le istituzioni europee consigliano di proseguire nel percorso di una vasta semplificazione amministrativa di settore unita al potenziamento dei sistemi di prevenzione e repressione della corruzione, nella prospettiva di garantire la ripresa e il rilancio del sistema economico: "in particolare, la trasparenza nel settore pubblico e il rafforzamento dei controlli per contrastare la corruzione possono evitare i tentativi della criminalità organizzata di infiltrarsi nell'economia e nella finanza, turbare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e, più in generale, distrarre risorse pubbliche necessarie per gli investimenti" Naturalmente anche il sistema dell'anticorruzione ha bisogno di alcuni correttivi perché, nonostante il rafforzamento costante e graduale attuato nel corso degli ultimi anni reso soprattutto dall'operato dell'ANAC, deve essere completato

-

¹⁶ F. SCIAUDONE e B. G. MATTARELLA, *Il Manuale del PNRR*, Class Editori, Milano, novembre 2021.

¹⁷ Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Italy, COM/2020/512 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0512.

¹⁸ Ibidem.

sulla scorta dell'introduzione di compiuti sistemi di sanzioni per i funzionari pubblici coinvolti in conflitti di interessi.

E ancora la quinta criticità che coincide con l'ingessamento del sistema di gestione amministrativa dei servizi pubblici per via di una pianificazione incoerente delle risorse finanziarie a disposizione, seppur scarse, e dell'insufficiente coordinamento fra i vari livelli competenti per settore, che ritardano l'attuazione dei servizi pubblici digitali in comparti fondamentali che contribuirebbero a ridurre la complessità e ad aumentare la trasparenza. Le sollecitazioni a tal proposito vanno verso il rafforzamento amministrativo delle pubbliche amministrazioni migliorando l'efficienza, investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici.

Per ultimo ma non meno importante, la criticità legata alla inadeguatezza amministrativa delle pubbliche amministrazioni vista come ostacolo all'efficace utilizzo di fondi europei: "la scarsa capacità del settore pubblico, soprattutto a livello locale, di amministrare i finanziamenti rappresenta una barriera agli investimenti in tutti i settori, a causa della complessità delle procedure, della sovrapposizione delle responsabilità e della gestione carente del pubblico impiego. L'inadeguatezza delle competenze nel settore pubblico limita la capacità di valutare, selezionare e gestire i progetti di investimento. Ciò incide negativamente anche sull'utilizzo dei fondi dell'Unione, ambito in cui l'Italia è indietro rispetto alla media dell'Unione. La qualità inferiore della governance nell'Italia meridionale limita seriamente la capacità di spesa e di definizione delle politiche in queste regioni". Questo, per concludere che "il miglioramento della capacità amministrativa è un presupposto indispensabile per garantire l'efficacia nell'erogazione degli investimenti pubblici e l'utilizzo dei fondi dell'Unione". 19

La realtà descritta con riferimento in particolare ai temi che più interessano in questo scritto, fa intendere cosa sia necessario fare e cosa è stato già fatto, almeno nelle intenzioni, in trasparenza e anticorruzione. Perché, invero, politiche di investimento pubblico mosse da spinte modernizzatrici interne e di riforma della pubblica amministrazione se ne sono registrate seppur sovente sovrapposte negli obiettivi e nei risultati effettivamente conseguiti, con un grado di attuazione per lo più parziale o deludente.²⁰

Ebbene fare investimenti pubblici in trasparenza e anticorruzione ha significato agire su tre piani d'azione principali di riforma. Il primo di questi riguarda la strategia di gestione del capitale umano costruita sul graduale rafforzamento della capacità amministrativa degli uffici pubblici preposti alle funzioni di vigilanza sull'anticorruzione e sulla trasparenza, attraverso interventi diffusi di formazione per il recupero delle competenze sia etiche che tecniche del personale pubblico. Molte di queste misure sono state previste nei singoli Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza sulla scorta delle indicazioni provenienti dal Piano Nazionale Anticorruzione dell'ANAC. A questo si sono aggiunti parziali incrementi della dotazione organica degli uffici dopo decenni di blocco del turnover, tradotti in fasi alterne di reclutamento di nuove risorse con competenze maggiormente in linea con le esigenze del sistema amministrativo. Dietro c'è il principio che trasparenza e anticorruzione appartengono alla sfera della formazione culturale dei pubblici uffici piuttosto che a quella tecnica e soltanto con un ricambio delle competenze si possa raggiungere un certo standard di performance amministrativa.

Il secondo piano d'azione ha riguardato la riorganizzazione dei processi della pubblica amministrazione in ottica di sviluppo organizzativo grazie a un approccio di assessment. Hanno fatto ingresso così le prime metodologie di *change management* strutturate sulla mappatura dei processi interni a ogni ufficio, cui è seguito il monitoraggio dei rischi di corruzione, per arrivare, da ultimo, alla programmazione di azioni di contrasto e di prevenzione della corruzione. Anche qui un decisivo impulso lo si deve riconoscere all'ANAC e alle indicazioni fornite nel Piano Nazionale Anticorruzione che, poi, ogni pubblica amministrazione ha declinato all'interno delle azioni previste nel proprio Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Infine, si è imposta una digitalizzazione diffusa grazie all'utilizzo delle tecnologie informatiche per avviare, per un verso, la dematerializzazione dei processi e, per l'altro, l'informatizzazione dei procedimenti amministrativi verso il riconoscimento dei servizi ai cittadini in forma digitale. D'altronde, l'esigenza di trasparenza cresce con l'apertura degli uffici e dei servizi pubblici alla tecnologia²¹. Questa è la più grande sfida che può davvero cambiare anche l'idea stessa di pubblica amministrazione.

Si badi bene, ogni investimento può seguire la regola del nessun maggiore onere a carico del bilancio dello Stato che sempre frequentemente ha accompagnato queste azioni di riforma. Probabilmente è proprio qui

²¹ Agenzia per l'Italia Digitale, Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022, https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository files/piano triennale per l informatica nella pa 2020 2022.pdf.

117

¹⁹ E. CARLONI, Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche, in Astrid Rassegna, n. 1/2021.

²⁰ F. SCIAUDONE e B. G. MATTARELLA, *Il Manuale del PNRR*, Class Editori, Milano, novembre 2021.

che sta il limite maggiore all'azione di riforma cioè non riconoscere che per realizzare transizioni di questa portata ci sia bisogno di impegni cospicui di risorse finanziarie²².

4. ESEMPI DI AZIONI DI RAFFORZAMENTO DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA E DI INNOVAZIONE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

La regola degli investimenti senza oneri aggiuntivi per il bilancio pubblico pocanzi richiamata trova alcune eccezioni che confermano quanto sia cruciale investire in trasparenza e anticorruzione per quantità di risorse dedicate e oggetto dell'intervento. Queste eccezioni sono indirizzate all'obiettivo sistemico e ampio del rafforzamento della capacità amministrativa e di innovazione delle amministrazioni pubbliche che trova sostegno nel Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità Istituzionale dell'Agenzia per la coesione territoriale, uno strumento della politica di coesione 2014-2020 finanziato dall'Unione europea attraverso i Fondi Strutturali e di Investimento Europei (Fondi SIE)²³. Il programma finanzia azioni indirizzate al miglioramento delle competenze, delle modalità organizzative e dell'offerta di servizi, nonché dei metodi e delle procedure, degli strumenti e delle soluzioni tecnologiche, delle forme di cooperazione istituzionale dei soggetti pubblici con l'obiettivo di rendere gli stessi più efficienti, efficaci e vicini a territori, cittadini e imprese. Fra le componenti più rilevanti che indirizzano la strategia del Programma Operativo, la trasparenza e la governance multilivello sono quelle più interessanti visto che sono il faro di due progetti particolarmente importanti per il tema oggetto di questo scritto e che si presentano di seguito, cioè il progetto del Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri "Centro nazionale di competenza FOIA" e il progetto dell'ANAC "Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza".

La componente "trasparenza", in particolare, incentiva tutte quelle operazioni di sviluppo delle competenze per la produzione e la gestione dei dati pubblici e per le iniziative di accesso e riuso favorendo la partecipazione civica. La componente "governance multilivello" promuove, invece, lo sviluppo delle capacità amministrative e tecniche nei programmi di investimento pubblico, di gestione della governance fra più livelli amministrativi insieme alla cooperazione tra pubbliche amministrazioni²⁴.

L'iniziativa promossa dal Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri "Centro nazionale di competenza FOIA" valorizza la prima componente "trasparenza", avendo come obiettivo centrale quello di favorire e supportare le pubbliche amministrazioni nella corretta attuazione della normativa sull'accesso civico generalizzato ai dati e ai documenti pubblici introdotta dal D.Lgs. n. 97/2016²⁵, conosciuta come Freedom of Information Act (FOIA). Il progetto ha ricevuto un sostegno di € 4.359.500,00 a valere del Programma Operativo Governance e Capacità Istituzionale destinato, da un lato, alla creazione di un Centro di Competenza in ambito FOIA a disposizione delle pubbliche amministrazioni bisognose di assistenza nel lancio della disclosure e, dall'altro, alla realizzazione della piattaforma web www.foia.gov.it.

Il Centro di Competenza è stato istituito e svolge i seguenti compiti cui viene data diffusione sulla piattaforma web www.foia.gov.it²⁶: 1) supporta le pubbliche amministrazioni nell'adozione delle misure necessarie per applicare la normativa FOIA; 2) sviluppa le competenze del personale pubblico promuovendo attività informative e formative in sinergia con la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) e con Formez PA; 3) opera in modo coordinato con le altre istituzioni che guidano il processo di attuazione dell'accesso civico generalizzato, in particolare con l'ANAC e con il Garante per la protezione dei dati personali; 4) individua le migliori pratiche internazionali per consentire alle amministrazioni di erogare servizi informativi di qualità e favorire l'accesso dei cittadini a informazioni comprensibili, affidabili, aggiornate e complete; 5) promuove una cultura orientata alla trasparenza per rafforzare la credibilità dell'azione pubblica e la fiducia dei cittadini nelle istituzioni; 6) diffonde tra i cittadini la conoscenza delle opportunità offerte dal diritto all'accesso civico generalizzato.

²² Cit. F. MERLONI, Lettera aperta del 9 aprile 2020 "ANAC e contratti pubblici: tante proposte, poca concretezza", www.anticorruzione.it.

²³ Programma Operativo nell'ambito dell'obiettivo "Investimenti in favore della crescita e dell'occupazione", http://www.pongovernance1420.gov.it/it/programma/.

²⁴ AGENZIA PER LA COESIONE TERRITORIALE, Sintesi del Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità Istituzionale, maggio 2016, http://www.pongovernance1420.gov.it/wp-content/uploads/2017/07/Sintesi-PON-Governance-Edizione-maggio-2016.pdf.

²⁵ Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicita' e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

²⁶ https://foia.gov.it/chi-siamo.

Particolarmente apprezzate sono le attività di supporto metodologico e organizzativo del Centro di Competenza grazie alle quali sono stati realizzati alcuni documenti operativi quali linee guida, documenti di metodo e contenuto, *toolkit* a supporto dell'attività di *self-assessment* al diritto di accesso, a disposizione degli utenti che consultano la piattaforma *web*.

Vale la pena citare anche i servizi di *help desk* FOIA e quelli informativi (osservatorio, *newsletter*, *focus* tematici) di diffusione delle pratiche in campo e di aggiornamento del contesto anche normativo di riferimento.

Il progetto "Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza" nasce su iniziativa dell'ANAC come corollario allo svolgimento delle sue attività istituzionali dedicate alla promozione della trasparenza amministrativa e all'esercizio dei poteri di vigilanza finalizzati alla prevenzione dell'illegalità e della corruzione riconosciuti dalla legge. Con un sostegno finanziario di € 5.402.383,00, il progetto ha la finalità di costruire e rendere disponibile un set di indicatori statistici in grado di quantificare concretamente la possibilità che si verifichino eventi patologici, così da sostenere azioni di prevenzione e di contrasto all'illegalità, e promuovere la trasparenza nell'azione delle pubbliche amministrazioni². Ciò permetterebbe di sopperire all'assenza di dati scientifici sul fenomeno corruttivo che vadano oltre la misurazione della percezione²8.

Questo progetto rappresenta la seconda componente considerata in questo scritto, ovvero "governance multilivello" in considerazione del coinvolgimento dei diversi soggetti istituzionali che svolgono compiti di vigilanza nei vari ambiti di competenza, i quanto firmatari del Protocollo d'Intesa siglato nel novembre 2017 da ANAC, con il Dipartimento per le Politiche di Coesione, l'Agenzia per la coesione territoriale, l'ISTAT, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero dell'interno e il Ministero della giustizia²⁹.

La strategia di azione poggia, come già anticipato, sul ruolo centrale dell'ANAC nel prevenire la corruzione mediante la costruzione di reti di collaborazione interistituzionale con tali soggetti per la condivisione e la messa a sistema di dati e informazioni in possesso. Tale base informativa è stata utilizzata per la costruzione del sistema di indicatori per il contrasto all'illegalità nelle pubbliche amministrazioni.

Le banche dati più rilevanti che sono state lavorate e sistematizzate sono: Banca Dati Nazionale Contratti Pubblici (ANAC), Banca dati relativa all'esercizio dei poteri disciplinari da parte delle amministrazioni pubbliche (Dipartimento della funzione pubblica), Banca dati del Sistema d'Indagine (Ministero dell'Interno), Banche dati derivanti dal sistema informativo del casellario giudiziale con dettagli sulle condanne per reati contro la pubblica amministrazione (Ministero della Giustizia), Banca dati sugli intermediari finanziari e sulle segnalazioni delle operazioni sospette (Unità di informazione finanziaria della Banca d'Italia), Banche dati sulle imprese *profit* e *non profit* e sulla spesa degli enti locali (ISTAT), Banca dati sui procedimenti giurisdizionali (Corte dei Conti), Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche e Banca Dati Unitaria sui progetti finanziati con risorse nazionali e comunitarie proprie della politica di coesione (Ministero dell'economia e delle finanze).

Il core delle attività progettuali è composto, quindi, in primo luogo, dalla formulazione di indicatori di rischio di corruzione e indicatori di contrasto distinti per categorie di amministrazioni e per livello territoriale; in secondo luogo, ne è seguita la misurazione e la rilevazione periodica anche su base territoriale; da ultimo è corso di rilascio una metodologia di riferimento per la misurazione del rischio di corruzione da condividere in ambito europeo. Una prima interessante evidenza è stata la pubblicazione dello studio "La corruzione in Italia (2016-2019). Numeri, luoghi e contropartite del malaffare"³⁰.

Si badi bene, l'iniziativa agevola di fatto l'ANAC nella progressiva pubblicazione in formato *open data* della propria Banca dati nazionale dei contratti pubblici e nello sviluppo di funzionalità di accesso e analisi con strumenti di *Big Data* e *Data Mining* che sarà poi al centro anche della riforma prevista dal PNRR.

5. LA FINESTRA/OCCASIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA

È vero, il PNRR rappresenta quell'occasione da cogliere al volo per investire le ingenti risorse pubbliche raccolte sui mercati dal *Next Generation EU* e modernizzare alcuni settori chiave del sistema economico nazionale. Il testo definitivo del Piano³¹, valutato positivamente prima dalla Commissione europea

²⁷http://www.pongovernance1420.gov.it/it/progetto/misurazione-del-rischio-di-corruzione-a-livello-territoriale-e-promozione-della-trasparenza/.

²⁸ANAC, *Misurare la corruzione per una società più trasparente*, 29 luglio 2020, http://www.pongovernance1420.gov.it/it/misurare-la-corruzione-per-una-societa-piu-trasparente/.

²⁹https://www.anticorruzione.it/-/protocollo-d-intesa-tra-a.n.ac-igrue-e-act?inheritRedirect=true&redirect=%2Fanac-spiega%3Fcategory%3D119199%26tag%3Dmassima1698%26tag%3Dmassima1892%26tag%3Dmassima2605%26tag%3Dmassima2053%26start%3D2145.

³⁰https://www.anticorruzione.it/-/la-corruzione-in-italia-2016-2019-.-numeri-luoghi-e-contropartite-del-malaffare.

³¹ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, aprile 2021, https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

e poi approvato in via definitiva dall'ECOFIN³², alloca tutti i 191,5 miliardi di euro destinati all'Italia su 6 missioni che il Governo ha individuato come prioritarie: 1) Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, 2) Rivoluzione verde e transizione ecologica, 3) Infrastrutture per una mobilità sostenibile, 4) Istruzione e ricerca, 5) Inclusione e coesione, 6) Salute.

Il Piano prevede un ampio programma di riforme, ritenute necessarie per facilitare la sua attuazione e contribuire alla modernizzazione del Paese e attrarre investimenti. A loro volta le missioni si articolano in 16 componenti, funzionali a realizzare gli obiettivi economico-sociali definiti nella strategia del Governo, per 43 ambiti di intervento. Questa struttura di fondo si arricchisce con l'inserimento di 133 linee d'investimento e 49 riforme settoriali e riforme orizzontali, assegnati alle singole missioni³³.

Come è evidente Il PNRR si presenta come un vasto e complesso piano di riforma, in quanto le linee di investimento devono essere condotte da una strategia di riforme orientata a migliorare le condizioni ordinamentali di contesto e a incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese³⁴. A tal fine sono stati individuati obiettivi di breve, medio e lungo periodo, nonché *milestones* e *target* inseriti in un cronoprogramma di realizzazione decisamente serrato che poco lascia spazio a errori e inefficienze³⁵.

Alla riforma della pubblica amministrazione, tema al centro di questo studio, il Piano assegna la priorità di riforma orizzontale ovvero la qualifica come un volano del processo di cambiamento e modernizzazione del sistema Paese e poi le dedica spazio nella Componente 1 della Missione 1 "Digitalizzazione, innovazione e sicurezza della PA". E qui si nota, già dalle premesse, la non ottimale impostazione: se da un lato si priorizza la riforma, dall'altro non le si riserva il rango di missione specifica ma la si relega a componente di una missione più ampia³⁶. Nel dettaglio, la Missione 1 ha come obiettivo generale quello di dare "un impulso decisivo al rilancio della competitività e della produttività del Paese"³⁷, mediante investimenti cospicui e pari a 49,86 miliardi di euro, idonei a garantire un deciso salto di qualità nel percorso di digitalizzazione. Essa prevede di investire in alcuni ampi settori di intervento e la digitalizzazione e modernizzazione della pubblica amministrazione è uno di questi, tanto che la Componente 1 si concentra sulla "Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA", ma al fianco di altre due componenti molto diverse, quali Componente 2 "Digitalizzazione, innovazione e competitività del sistema produttivo" e 3 "Turismo e cultura 4.0" ³⁸.

Nella Componente 1 sono inclusi 12 investimenti per un ammontare complessivo di 11,15 miliardi di euro. Mettendo a sistema i 12 investimenti, si nota che questi seguono 4 linee direttrici principali sui cui è costruita l'idea di riforma della pubblica amministrazione contenuta nel Piano: 1) personale pubblico, 2) semplificazione normativa, 3) semplificazione amministrativa, 4) digitalizzazione³⁹. La prima linea direttrice si concentra sull'accesso ed il reclutamento del personale nella pubblica amministrazione in ottica di rafforzamento recupero dei *gap* degli ultimi decenni. Essa prevede, da un lato, l'entrata in funzione del portale per il reclutamento, ovvero quella piattaforma digitale da cui le varie amministrazioni possono selezionare le professionalità più consone alle proprie necessità organizzative e amministrative insieme allo snellimento e efficienza delle procedure di selezione del personale, e a misure atte a favorire il ricambio generazionale. Dall'altro si dà rilevanza alla necessità di accrescimento delle competenze del personale pubblico in modo da renderlo adatto alla realtà organizzativa e economica di riferimento (cultura del *change management*), prevedendo la revisione dell'offerta formativa sulla base dei fabbisogni professionali delle singole amministrazioni. Si dà anche impulso agli istituti più di recente affermazione quali il lavoro agile e lo sviluppo di carriere più rapido e legato alle *skills*.

Con la seconda linea direttrice si prosegue nell'opera di snellimento e di riordino normativo in corso da qualche decennio ahimè con risultati deludenti. Essendo la semplificazione normativa trasversale rispetto

³² SERVIZI STUDI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, *Il Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza: le prossime tappe*, nota n. 78/3, 2021, https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01307658.pdf.

³³ SENATO DELLA REPUBBLICA e CAMERA DEI DEPUTATI DELLA REPUBBLICA, *Dossier - Schede di lettura il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 27 maggio 2021.

³⁴ L. FACONDINI, La riforma della Pubblica Amministrazione nel PNRR, 19 maggio 2021, https://www.diritto.it/.

³⁵ F. SCIAUDONE e B. G. MATTARELLA, *Il Manuale del PNRR*, Class Editori, Milano, novembre 2021.

³⁶ Cfr. E. CARLONI, Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche, in Astrid Rassegna, n. 1/2021.

³⁷ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, aprile 2021, https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

³⁸ Per completezza: 1) Infrastrutture digitali, 2) Abilitazione e facilitazione migrazione *cloud*, 3) Competenze digitali di base, 4) Competenze e capacità amministrativa, 5) *Cybersecurity*, 6) Dati e interoperabilità, 7) Digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali, 8) Investimento in capitale umano per rafforzare l'Ufficio del Processo e superare le disparità tra tribunali, 9) Portale unico del reclutamento, 10) Rafforzamento dell'Ufficio del processo per la Giustizia amministrativa, 11) Servizi digitali e cittadinanza digitale, 12 *Task force* digitalizzazione, monitoraggio e *performance*.

³⁹ SENATO DELLA REPUBBLICA e CAMERA DEI DEPUTATI DELLA REPUBBLICA, *Dossier - Schede di lettura il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 27 maggio 2021.

alle materie trattate dal Piano, le azioni qui proposte si riferiscono all'alveo della pubblica amministrazione e consistono nel potenziamento delle strutture di indirizzo della Presidenza del Consiglio dei Ministri competenti in materia mediante il reclutamento di professionalità adeguate, nel ridisegno dei processi di produzione delle norme insistendo in particolare sulla qualità della regolazione (analisi di impatto, lessico, chiarezza espositiva, ecc). È interessante notare che queste azioni solo parzialmente hanno carattere finanziario visto che si tratta di interventi in gran parte di riordino di processi e procedure, rispetto ai quali l'investimento previsto ha ad oggetto le risorse strumentali a supporto tecnico per la realizzazione delle riforme. Non bisogna dimenticare che in questa linea direttrice rientrano anche le semplificazioni delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni, ambientale, edilizia e urbanistica e di rigenerazione urbana, investimenti e interventi nel Mezzogiorno, di contenimento della corruzione⁴⁰.

La semplificazione amministrativa quale terza linea direttrice mira ad eliminare i vincoli burocratici, nonché rendere più efficiente ed efficace l'azione della pubblica amministrazione, con l'effetto di ridurre tempi e costi per le imprese e i cittadini⁴¹. Tutte le azioni ruotano intorno all'obiettivo generale di riordino dei processi e delle procedure orientato verso la reingegnerizzazione, la velocizzazione, la digitalizzazione, l'implementazione di azioni mirate per il superamento degli ostacoli burocratici per alcuni settori di interesse. Qui si richiama il principio del "once only" ossia l'amministrazione non chiede al cittadino e all'impresa le informazioni e i dati di cui è già in possesso grazie alla messa a sistema di tutte le banche dati a disposizione. Il Piano aiuta tutte le amministrazioni destinatarie degli interventi (centrali, periferiche e locali) con idonee risorse di assistenza tecnica (*task force* di professionisti selezionati dal centro) per le attività di progettazione e valutazione di progetti, e gestione dell'arretrato procedurale, supporto tecnico nella fase progettuale degli investimenti e nel monitoraggio dell'implementazione delle procedure e delle relative attività. Si badi bene, anche in questo caso, le diverse istanze non sono certo nuove ma richiamano sfide al cambiamento già note è inserite nel quadro normativa vigente e in parte già normato come col Decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. decreto semplificazioni) nell'ambito dell'Agenda per la semplificazione 2020-2023⁴².

Infine, la linea direttrice della digitalizzazione annovera al suo interno la maggior parte degli investimenti della componente 1, ovvero: infrastrutture digitali, abilitazione e facilitazione migrazione al cloud, dati ed interoperabilità, servizi digitali e cittadinanza digitale, cybersecurity, digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali, competenze digitali di base. Come è evidente, si insiste anche qui su misure già in parte programmate nelle agende dei vari governi ma che difficilmente avevano trovato una certa quantità di risorse da poter spendere (in particolare nel Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti e per l'innovazione digitale)⁴³. Potenziamento delle infrastrutture digitali, tecnologie cloud, interoperabilità delle piattaforme dati verso il principio del "once only", arricchimento dei servizi digitali offerti ai cittadini (SPID, ecc), protezione cibernetica, ridisegno delle infrastrutture digitali delle amministrazioni centrali e infine attenzione alle competenze digitali di base dei cittadini. I soggetti destinatari delle risorse sono prevalentemente le pubbliche amministrazioni centrali e locali seppur il Piano prefiguri anche importanti ricadute su cittadini e imprese in termini di rafforzamento della quantità e qualità dei servizi digitali messi a disposizione dalle PA attraverso gli investimenti poc'anzi presentati. Non bisogna dimenticare che la digitalizzazione è uno dei temi trasversali del Piano che ricorrono anche in altre missioni dedicate a temi specifici quali le infrastrutture (Missioni 2 e 3), l'istruzione (Missione 4) e la sanità (Missione 6 Componente $2)^{44}$.

Il tema della trasparenza e dell'anticorruzione, dunque, non viene tralasciato perché alcuni semi sono già insiti nei diversi investimenti inseriti nel momento in cui si insiste sulla digitalizzazione dei sistemi e delle strutture nonché sul rafforzamento delle competenze, stante che entrambi sono fattori che incrementano la trasparenza e il livello di percezione/controllo dell'illegalità nelle pubbliche amministrazioni. In più l'Allegato tecnico al PNRR⁴⁵ annovera un ulteriore impegno di riforma della normativa sulla trasparenza e sull'anticorruzione al fine di rafforzare le misure di prevenzione e abolire gli oneri superflui. L'obiettivo di questo intervento è superare l'approccio meramente formalistico che in alcuni istituti della normativa attuale persiste⁴⁶, con misure che si concentreranno su: revisione dei sistemi di monitoraggio e prevenzione della corruzione; semplificazione e uniformazione della disciplina sui conflitti di interesse e le incompatibilità;

 $^{^{40}}$ Ibidem.

⁴¹ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, aprile 2021, https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

⁴² http://www.funzionepubblica.gov.it/semplificazione/lagenda-la-semplificazione.

⁴³ SENATO DELLA REPUBBLICA e CAMERA DEI DEPUTATI DELLA REPUBBLICA, *Dossier - Schede di lettura il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 27 maggio 2021.

⁴⁴ F. SCIAUDONE e B. G. MATTARELLA, *Il Manuale del PNRR*, Class Editori, Milano, novembre 2021.

⁴⁵ https://www.camera.it/temiap/2021/05/20/OCD177-4961.pdf#page=457.

⁴⁶ D. Bolognino, *Anticorruzione e trasparenza: ridisegnare l'ambito soggettivo di applicazione?*, in Giornale di Diritto Amministrativo, n. 6/2020.

implementazione e interoperabilità di banche dati e creazione di piattaforme pubbliche digitali per i dati condivisione.

A questo punto dell'analisi, non ci si può sottrarre dal valutare la bontà dell'impianto del PNRR rispetto alle necessità di investimento in trasparenza e anticorruzione consolidate negli ultimi anni. Come si è cercato di esplicitare, seppur brevemente, il Piano coglie alcuni elementi di debolezza di fondo del sistema da riformare e propone delle soluzioni di investimento mirate a superare le diverse criticità; è il caso della crescita digitale oppure il rafforzamento delle competenze del personale pubblico, o ancora della riforma della normativa in prevenzione della corruzione. Tutte le istanze di riforma, a ben vedere, non hanno un carattere di piena novità perché, come si è cercato di mettere in evidenza, sono state oggetto di tentativi di riforma o di intervento nei tempi recenti, è si può dire di più, frequentemente gli obiettivi di riforma erano i medesimi e rimasti pressoché inattuati. Inoltre, ciò che manca agli interventi è una visione compiuta di pubblica amministrazione finalmente orientata al futuro che il Piano non ha e non cerca di sviluppare. Per questo motivo la trasparenza amministrativa, il recupero delle competenze perdute del personale pubblico, il reclutamento straordinario e la digitalizzazione sono le misure che compongono un puzzle attento più al "come agisce la pubblica amministrazione" – in digitale – piuttosto che al "cosa sia" magari aperta e inclusiva e attenta alla propria integrità⁴⁷.

⁴⁷ E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in Astrid Rassegna, n. 1/2021.



www.salvisjuribus.it

redazione@salvisjuribus.it