

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Transparence et légitimité de l'action publique: la confiance par le contrôle et l'évaluation?*

di Gennaro Terracciano

1. Introduction/Conclusion

La Transparence administrative est une abstraction difficile à délimiter. Elle peut en effet concerner la façon d'être et se représenter du pouvoir public d'une manière subjective, mais aussi la modalité d'exercice du pouvoir public dans son sens objectif.

Elle est en même temps une qualité à la fois intrinsèque et un principe fondamental de référence, mais en même temps elle est aussi une valeur essentielle pour la réalisation de la vie démocratique et un outil de défense de la démocratie elle-même.

On peut affirmer qu'elle apparait comme étant déterminant pour l'équilibre entre l'administré et la communauté des individus d'une parte et les pouvoirs public et privé de l'autre.

2. Administration transparente: cette maison de verre impénétrable

On a affirmé[1] que le concept de « transparence administrative » devrait s'ancrer dans l'ADN même de la fonction administrative ou au moins en être l'essence, en représentant ontologiquement une manière d'être de l'administration publique.

En effet, surtout dans la dernière décennie du siècle dernier, le fait d'être transparent était souvent devenu, dans l'imaginaire collectif, synonyme d'une administration construite comme une maison de verre, grâce à laquelle on pouvait observer et connaitre ce que le pouvoir publique réservait pour l'administré. Très rapidement les clients-usagers se sont aperçus que même en observant au travers d'une fenêtre en cristal ce que le chef cuisinier préparait (comme il nous arrive aujourd'hui dans des restaurants de grandes renommée) le spectacle pouvait être suggestif, mais néanmoins incompréhensible si nous n'en connaissons pas les ingrédients et en plus, sans interlocution, il n'était même pas participatif.

Toutefois, la nécessité d'assurer une réponse raisonnable aux exigences d'une meilleure compréhension et connaissance de l'agissement de l'acteur public a eu comme conséquence directe une reconnaissance formelle (donc aussi

---

* Co-rapporteur, Colloque EUROPA 2013, Limoges - 22/11/2013, La transparence de la décision publique en Europe: faire du citoyen un acteur ou restaurer la confiance?

[1] S. TOSCHEI, *La trasparenza negli appalti pubblici*, dans *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, AA.VV., Eurilink, Roma, 2013, p. 139 e ss.; dans le *meme volume* lire aussi: V. SARCONE, *La trasparenza amministrativa: da principio a diritto*, p. 65 e ss, e V. VITULLO, *L'autorità nazionale anticorruzione. Organizzazione, compiti e poteri. Il ruolo del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, p. 19 e ss.

 ISSN 2036-7821

juridique) des principes de transparence et publicité, à la fois au niveau européen et national. Ces principes sont désormais nécessaires et ils conditionnent la participation démocratique des administrés à l'exercice du pouvoir public.
En effet, c'est avec le Traité d'Amsterdam que le principe de transparence et tous les droits qui y sont reliés, trouvent pour la première fois un fondement juridique dans les traités. Il est fixé par l'art. 1 du traité de l'Union européenne au sujet des décisions des institutions communautaires. Décisions qui doivent être assumées « le plus ouvertement possible et aussi le plus possible près des citoyens ». La Charte des droits fondamentaux du 7 Décembre 2000, art. 42, a mis en œuvre les dispositions de l'art. 255 TCE concernant le droit d'accès aux documents. Dans le traité successif, celui de Lisbonne, qui est entré en vigueur le 1er Décembre 2009, à la fois le TUE que le TCE ont été modifiés (art. 1 pour le TUE et art. 15 pour le TCE) prévoyant ainsi que les décisions de l'Union Européenne soient assumées de la manière la plus transparente possible et que les institutions, les organes et les organismes de l'Union puissent opérer de la manière la plus transparente possible.
Ainsi la stratégie de la transparence reste fonctionnelle à la réalisation du rapprochement (dans le sens démocratique) du citoyen aux activités et aux institutions de l'Union Européenne. Ceci au moment même où le déficit de représentation démocratique de ces mêmes institutions est le plus bas.
A vrais dire, il y a un lien assez évident entre les politiques de transparences en un sens subjectif (au travers une meilleure reconnaissance du droit d'accès des citoyens et de la nécessité d'une publicité des actes de l'administration Publique) et l'éloignement et la perte de confiance des citoyens envers les institutions publiques. Trop souvent ces politiques constituent une première réponse, partielle et insuffisante, dans la tentative de renouer avec le consensus populaire.
Ce que nous décrivons ici semble être un parcours commun à la plupart des pays Européens ainsi qu'aux USA. Ceci dit ce processus semble aller vers des directions nouvelles et intéressantes, utiles pour un réel rééquilibre du rapport entre pouvoir public et administrés.
A ce sujet il est important de souligner que mêmes aux USA on commence à affirmer que la transparence implique d'informer le public sur ce que fait son gouvernement, mais aussi comment et pourquoi il le fait[2].
Ceci signifie que les citoyens ont droit à quelque chose de 'plus' que le fait de simplement regarder l'administration « du dehors », ils ont droit à participer à l'élaboration des politiques publiques, ils peuvent aider à la configuration des priorités, ils peuvent collaborer avec les administrations pour la définition et la poursuite des objectifs gouvernementaux.

3. Transparence Vs. Corruption: *open data* ou motivations des actes?

Ce qu'a été ici exposé d'une manière assez synthétique permet de se défendre d'une illusion assez suggestive : celle selon laquelle il semblerait possible combattre des phénomènes de corruption grâce à la mise à disposition d'une quantité indéfinie de données, documents et actes de la part de l'administration publique.
Bien entendu, il n'est pas question de critiquer l'étendue du droit d'accès du citoyen dans les différentes législations des Pays Membres, ni l'utilité de toute forme de publicité des actes du pouvoir public ainsi que de documents et données concernant l'exercice de la fonction publique.
Ici on veut simplement affirmer que la corruption est un phénomène complexe[3] que, même si elle trouve un terrain tout à fait fertile dans les

[2] The Obama's Administration Commitment to Open Government, 2009.
[3] Rapporto della Commissione per lo studio e le proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, La corruzione in Italia per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma, 2013.

zones opaques du système administratif, elle ne sera pas éradiquée par une offre d'informations et données faite à la collectivité, autant étendue qu'elle puisse être. Par contre ce qui pourra affecter la corruption est une connaissance concrète de la procédure logique et des évaluations ayant conduit le décideur politique et administratif à la décision finale. En d'autres termes c'est la légitimité de l'action et de l'acte, politique ou administratif, qui contrastera les phénomènes de corruption. Pour que cette légitimité puisse subsister il faudra que chaque décision du pouvoir public soit justifiée et donc motivée.

L'excessive mise à disposition de données et informations représente d'abord une consommation sensible de ressources publiques et un travail continu pour respecter les différents droits de confidentialité. Mais surtout ceci risque de nous éloigner de ces éléments importants de connaissance, éléments qui font l'essence même de l'exercice de la fonction publique dont la mission est l'intérêt public.

En ce sens il semblerait que la connaissance des motivations de la conduite et des actions du pouvoir public soit bien plus utile et ceci même pour des finalités de contrôle et d'évaluation.

Tout ceci nous fait apparaitre certaines affirmations ayant accompagné l'introduction de nouvelles dispositions (d. L.gs n. 33 de 2013) en Italie en thème de transparence[4] comme étant bien lointaines de la réalité. Les instruments directs de transparence et d'efficience seraient des instruments de communication, dans leur sens le plus étendu, et qui devraient être évalués par rapport à leur impact sur l'usager. Plus particulièrement la **transparence** pourrait être une valeur capable de renforcer sensiblement la relation de confiance entre citoyen et administration publique. Elle devrait être déclinée, dans cette acception difficile à accepter, comme un nouvel accomplissement administratif dépourvu de lien avec la perception et l'effective utilisation de la part de l'usager, mais comme une « fonction strictement de communication ».

Concrètement, au contraire, il a été mis en lumière[5] que la transparence se traduit par la possibilité pour tous les citoyens d'avoir un accès direct au patrimoine d'informations des administrations publiques dans leur intégralité. Ceci représente un outil fondamental de prévention de la corruption dans la mesure dans laquelle, mettant en évidence des données concernant tout secteur de l'administration publique, permet une certaine forme de responsabilisation de l'action publique par rapport aux *stakeholder,* aide à la mise en place de systèmes d'*accountability* et limite le risque de cacher des situations illicites dans les zones sensibles de l'administration. Il est également précisé, avec une efficacité incontestable, que les objectifs qui sous-tendent la transparence comme but de prévention du phénomène de la corruption sont deux :

a) la fonctionnalité des administrations, puisque le citoyen a le droit de savoir de quelle manière l'administration utilise les ressources à sa disposition, avec quels résultats, avec quels couts ;

b) l'impartialité, étant donné que si l'administration est transparente, il est aussi possible de faire apparaître des épisodes de mauvaise administration qui influenceraient d'une manière inapproprié la mission d'intérêt général.

En Italie, la Présidence du Conseil des Ministres - Fonction Publique a également mis en place un moyen de vérifier le niveau de transparence, avec des indicateurs spécifiques, appelés «Boussole de la transparence » (www.magellanopa.it/bussola). Il fournit, en ligne et à tous, des outils de vérification et de contrôle de la transparence des sites institu-

[4] Esse si ritrovano anche sul sito internet del Dipartimento della Funzione Pubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Italia

[5] RAPPORTO, Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, 1 ottobre 2012.

tionnels (ceux qui sont actuellement surveillés sont environ 10.700): graphiques, des comparaisons et un tableau de bord graphique pour surveiller l'état du processus de transparence.
En outre, l'Autorité nationale de lutte contre la corruption, qui effectue également une action de contrôle des exigences de transparence, a adopté (résolution no. 50/2013 à Juillet 2013) des lignes directrices pour la mise à jour du programme triennale pour la transparence et l'intégrité en 2014 -2016, que chaque gouvernement et entités privées contrôlées, a l'obligation d'approuver en même temps que le programme triennale anti-corruption et le code de bonne conduite.

4. Accès diffus ou voyeurisme collectif?

La transparence administrative s'élève, à d'autres égards, jusqu'à une véritable exigence qualitative fondamentale de l'action administrative, non seulement en termes d'équité et de légalité de celle-ci, mais aussi en termes de performance. Ceci révèle que l'administration doit rendre compte de ses comportements et ainsi elle impose aux organes administratifs un exercice responsable de leur propres taches et fonctions parce que objet de contrôles et évaluations.
De cette manière la transparence finit par se transformer en outil de mis en place de formes de contrôle généralisés de la part des citoyens sur l'activité de l'administration.
L'accessibilité totale aux données, aux actes et aux documents produits, utilisés ou en possession de l'administration publique, doit être considéré strictement comme fonctionnelle à la réalisation de la transparence administrative et non comme une habilitation collective à exaucer un souhait de curiosité (ou pire encore une sorte de guide pour les malveillants).
En effet, lorsque on a analysé l'impact de la régulation concernant le d.lgs. n. 33/2013 on a pu constater que l'objectif est celui de réaliser effectivement le droit du citoyen à la connaissance par rapport à chaque document, information ou donnée censé être obligatoirement public et de rendre effectif le principe de transparence. Cette actuation devrait se faire soit au travers la publication sur les sites institutionnels des administrations publiques de toute information, soit par le biais de l'introduction du tout nouvel institut juridique d'accès civique. Celui-ci donne le droit, à tout citoyen en faisant la demande, d'accéder aux informations publiques, si elles n'ont pas été encore publiées dans les formes prévues. Ceci pour favoriser une certaine diffusion du contrôle de l'activité de l'administration publique.
Particulièrement en Italie, l'introduction d'un vrai principe de droit universel à l'accès représente une expérience radicalement innovatrice et dont les effets sont loin d'être prévisibles.
La différentiation entre transparence administrative, entendue comme obligation de publication de toute information qualifiée, et droit civique d'accès, est mis en évidence sur le plan normatif en prévision du fait que la requête civique d'accès n'est pas soumise par aucune limitation en matière de légitimité subjective de la part du citoyen qui en ferait la demande. Cette requête ne doit pas être motivée et elle est gratuite, elle doit être faite au responsable de la transparence de l'administration obligée à la publication et qui se prononce sur cette même requête. De la même manière apparaît l'obligation pour l'administration publique de publier sur son site internet, le document, l'information ou les données dont elle a reçu la requête et de transmettre au citoyen lui en ayant fait la demande, c'est-à-dire de lui communiquer la publication par le biais d'un lien internet le ramenant directement à la page du site de l'administration.
L'accès non qualifié, dans le sens soit subjectif soit objectif, représente la principale frontière pour la cognoscibilité abstraite de la part de l'intéressé. Néanmoins, il nécessite une prise de conscience de la part des différentes composantes de la communauté organisée, à laquelle la loi ne peut que demander une prise en charge de responsabilité en matière de comportement émulatif ou d'abus du droit.

5. Transparence, participation et lobbying

Il a déjà été reconnu comme la possibilité d'obtenir des informations sur le travail de l'administration, et la cognoscibilité des actes administratifs, ne sont pas des fins en soi, mais instrumentaux pour le control et l'évaluation de l'exercice du pouvoir public. Il est de notre devoir, à ce point, ajouter que la transparence administrative est aussi prodromique à la participation et à la procédure administrative de la formation des actes mais, chose bien plus importante, est la finalité que tous ces instruments devraient poursuivre : la participation de la collectivité à la formation de la volonté administrative. En d'autres termes, on devrait enfin passer de la participation à l' « exercice » de la fonction publique, à la participation à la « détermination » de la fonction publique.

Dans une telle perspective il reste important que la transparence puisse devenir aussi un principe de référence pour la régulation de l'activité représentant les intérêts particuliers mieux connue sous le nom d'activité de *lobbyng*. Comme nous le savons tous, aujourd'hui dans les démocraties modernes les activités de lobbying visant à influencer les choix des décideurs publics, n'est pas interdite en soit car utile à mieux définir et évaluer les intérêts privés sur lesquels le choix aura de répercussions. Ceci permet de poursuivre l'intérêt général avec le moins de sacrifice possible pour l'intérêt privé secondaire.

Par contre, là où ces activités de lobbying ne soient pas régulées ou ne soient pas respectueuses du principe de transparence, il y un risque qu'elles puissent être illicites ou conduire à une utilisation déformé du pouvoir public[6].

Dans l'absence d'une régulation spécifique de l'activité de lobbying, un contrôle de la part de la collectivité pourra être exercé strictement par le biais d'une transparence adéquate des critères, des motivations et de la modalité des choix des décideurs publics par la collectivité. Ceci soit au sujet de l'exercice de la fonction administrative, soit en matière d'exercice de la fonction législative.

D'ailleurs les disciplines normatives existantes en matière de lobbying s'inspirent au principe de transparence du processus décisionnel public ou au principe de participation régulée et transparente du porteurs d'intérêt particuliers[7].

En tout cas ce que semble avoir une certaine importance c'est le fait qu'au travers une certaine transparence des comportements, à la fois des membres des lobbies et à la fois des décideurs publics, tous les conflits d'intérêts, potentiels ou existants, sont mis en évidence.

Même au sein des institutions européennes, l'activité des intérêts particuliers est règlementée au travers de l'institution d'un registre conjoint où sont inscrites les données concernant les personnes pratiquant une activité de lobby auprès de la Commission et du Parlement Européen et avec la mise en place d'un système d'enregistrement codifiée et d'accréditation auprès du Parlement -- ceci ayant comme conséquence la soumission à un code de bonne conduite.

Comme nous le savons, l'OCDE a développé dix principes pour la transparence et l'intégrité de l'activité de *lobbying*. Parmi ces principes nous trouvons celui de l'égalité d'accès et de la participation au développement des politiques publiques et celui d'une accessibilité adéquate aux informations concernant les principaux aspects de l'activité de *lobbying*, à fin de garantir un contrôle efficace de la légalité.

---

[6] G. SGUEO, *Lobbying e sistemi democratici. La rappresentanza degli interessi nel contesto italiano*, dans *Rivista di politica*, 2012, p. 115.

[7] P.L. PETRILLO, *Le lobbies della democrazia e la democrazia delle lobbies. Ovvero note minime (e provvisorie) sul rapporto tra Parlamento e gruppi di pressione in Italia*, relazione al convegno "L'attività di lobbying tra trasparenza e partecipazione", Università Tor Vergata di Roma, 17 febbraio 2011; P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobbies nel diritto pubblico comparato*, 2011.

En fin de compte, il est clair que la transparence administrative exige un comportement reconnaissable, accessible, compréhensible, évaluables soit par les décideurs publics, soit par les acteurs privés intéressés par l'action de la fonction publique[8].

[8] Pour des approfondissements, lire: G. ARENA, voix «Trasparenza amministrativa», dans S. CASSESE (dirigé par), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 6, 2006, Milano, p. 5945-5955.

Bibliografia

1. BONOMO A. (2012), *Informazione e pubbliche amministrazioni: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, Cacucci.
2. CARCASSONNE G., *Le trouble de la transparence* , in *Transparence et secret* , Pouvoirs - 97, 2001, p. 19.
3. CARLONI E. (2011), *La trasparenza "totale" delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, ASTRID - Rassegna - Rivista elettronica, 2011, 13.
4. CARLONI E. (2008), *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in MERLONI F. (a cura di) (2008), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffré, p. 349-383.
5. DI DONATO F. (2010), *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, Edizioni ETS.
6. DONATI D. (2008), *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in MERLONI F. (a cura di) (2008), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffré, p. 83-130.
7. FIDELL E., (2009) *Transparency*, 2009, *Hastings Law Journal*, vol. 61, p. 457 et s.
8. Freedom of Information Act, Memorandum of January 21, 2009, Presidential Documents, Federal Register, vol. 74, n° 15, January 26, 2009, p. 4683-84.
9. FOIA Fee Summit, 2011, http://www.justice.gov/oip/docs/fee-summit.pdf
10. FUNG A., WEIL D., GRAHAM M., FAGOTTO E., *The Political Economy of Transparency: What Makes Disclosure Policies Effective?*, December, 2004, Ash Institute for Democratic.
11. LESSIG L. (2009), *Against Transparency*, New Republic.com, 9 octobre 2009, http://www.newrepublic.com/article/books-and-arts/against-transparency.
12. MANCOSU G. (2012), *Trasparenza amministrativa e open data: un binomio in fase di rodaggio*, Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, 17, http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=20793#.UV1OCaLvhIE.
13. MARRAMA R. (1991), *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza,* Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, Giuffrè, p. 53-88.
14. MARZUOLI C. (2008), *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffré, p.45-68.
15. MERLONI F. (2008), *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffré, p.3-28.
16. PONTI B. (2011), *Open Data and Transparency: A Paradigm Shift*, *Informatica e diritto*, 1-2, p. 305-320.
17. Schauer F. (2011), *Transparency in Three Dimensions*, University of Illinois Law Review, 2011, p. 1339 et s.
18. SUCEVIC P. (2008), *De l'accès à la reutilisation: le nouveau régime applicable aux données publiques en France*, in PONTI B. (a cura di) (2008), *Il regime dei dati pubblici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, p. 111-149.

19. The Obama's Administration Commitment to Open Government: A Status Report, 2009, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf.
20. Transparency and Open Government, Memorandum of January 21, 2009, Presidential Documents, Federal Register, vol. 74, n° 15, January 26, 2009, p. 4685-86.
21. WELCH E. W. (2005), HINNANT C. C. and MOON M. J., *Linking Citizen Satisfaction with E-Government and Trust in Government*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 15, p. 371 et s.
22. ZOLLER É. (2001), *La Justice comme contre-pouvoir: Regards croisés sur les pratiques américaine et française*, *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, pp. 559 et s. ZOLLER É. (2010), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Collection « Grands arrêts », Dalloz.