amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi
(legge n. 190/2012 e decreti attuativi)
Lunedi 8 aprile 2013 – Ore 15,30
Sala Polifunzionale di Palazzo Chigi. Roma, Via di Santa Maria in Via n. 37

Intervento del Cons. Stefano Toschei, magistrato del Tribunale amministrativo regionale del Lazio

Se siete qui avete certo raccolto le suggestioni che provengono dal titolo di questo incontro di studi. Da questo titolo proviene anche una sorta di interrogativo. Riuscirà l'organizzazione degli Enti a reggere l'impatto delle norme sulla legge 190 del 2012 e poi dei decreti applicativi? Questo è il grande dilemma prima ancora di comprendere se il legislatore ha fatto bene o male ad intervenire. Ovvio che ha fatto bene. Eravamo in ritardo clamoroso rispetto a tutte le Organizzazioni internazionali. Il signor Ministri prima ha offerto qualche dato, io ne offrirò molti di meno, anche perché ho meno tempo. C'è una classifica mondiale dei Paesi più corrotti. Noi siamo riusciti nella incredibile avventura di riuscire ad essere superati, non ho nulla contro i Paesi africani, anche dal Ghana. Siamo scivolati al 72 posto. Sono dati di Organizzazioni non governative. In Europa ce la caviamo, siamo terzultimi, dietro a noi c'è solo la Grecia e la Bulgaria. Questo è un quadro sconcertante rispetto a quella che dovrebbe essere considerata la culla della civiltà del diritto. La legge 190, secondo me, non si discute, forse è solo l'inizio. E' chiaro che la legge soffre di un problema di iter, di sviluppo, di difficoltà di conclusione dell'iter di formazione della legge. Voi sapete che non è una legge che è stata proposta con un disegno di legge recente è addirittura del 2010. C'erano già delle iniziative precedenti, ma stagnava in Parlamento nel corso del 2012, fino a quando è accaduto qualcosa, un fatto grave, un fatto negativo, forse dovremmo rivalutare quel fatto come una spinta positiva, di reazione, del nostro Paese e, insomma qualcosa è accaduto, probabilmente ve lo ricordate a settembre del 2012 e nel giro di un mese soltanto quel disegno di legge composto di norme, spesso ancora acerbe, che dovevano ancora essere smussate e sagomate nel dibattito parlamentare, poi ha conosciuto la luce improvvisa. Ecco, dunque, che se voi incontrate nella legge 190 alcune difficoltà interpretative, alcune distonie evidenti sono soltanto il frutto di questo passaggio velocissimo di approvazione del testo stesso. La legge 190 scopre, individua dei macrosistemi di intervento. Il primo intervento è generale: non reprimere necessariamente, non inasprire necessariamente le pene, ma prevenzione, cultura della prevenzione, trasformazione del sentire la cosa pubblica, del sentire il servizio pubblico e la funzione amministrativa. questo come lo si realizza? Attraverso il Piano, una

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

pianificazione a cascata dalla pianificazione nazionale fino alla pianificazione locale che tiene fuori, però, quei soggetti privati che svolgono attività funzionalizzata alla cura di un pubblico interesse, vale a dire le cosiddette SpA in mano pubblica o in partecipazione pubblica, per le quali continua a valere ciò che è scritto nel decreto legislativo 231 del 6 giugno 2001. Per tutte le altre amministrazioni, invece, c'è l'obbligo di predisporre il Piano e questo è il primo punto. Un secondo punto è di incidere sicuramente sull'organizzazione dell'ente. Qui abbiamo delle novità assolute: la temporizzazione della permanenza negli uffici pubblici, i dipendenti che si trovano negli uffici pubblici, cosiddetti, più a rischio individuati all'esito di un serio e approfondito monitoraggio degli uffici che hanno maggiore in evidenza il rischio di essere oggetto di fenomeni corruttivi, coloro che lavoreranno in questi uffici devono sapere che la loro assunzione nella pubblica amministrazione è una assunzione nell'ente, non nell'ufficio, quindi non c'è la ingessatura nel posto di lavoro, c'è la cultura della multidisciplinarità, si è dipendenti pubblici, guardate questo può sembrare dirompente, può sembrare assurdo e pure fantasioso, accade negli altri Paesi, non vedo perchè non debba accadere nel nostro; quindi è soltanto capire che questo è l'unico modo, meglio, uno dei tanti modi, per riuscire a superare questo momento di grossa crisi nella cultura dell'amministrazione, anche nel sentire l'amministrazione da parte dei cittadini. Quante volte noi incontriamo, parlando con dei cittadini, sempre questo atteggiamento di sfiducia nei confronti, non solo, dell'attività amministrativa, ma del singolo dipendente. Pur tuttavia, già, pensare che un dirigente non debba rimanere costantemente all'interno di quell'ufficio e addirittura un funzionario che, ovviamente, abbia ruoli di autonomia decisionale, possa essere destinato ad altro incarico serenamente considerando questo spostamento come una occasione di crescita professionale e non come un demansionamento come, invece, normalmente viene considerato. Ebbene oltre alla rotazione degli incarichi, abbiamo un altro aspetto fondamentale: la formazione dei dipendenti, non solo sui temi dell'etica, della deontologia sui quali chiaramente si esprime la legge 190, ma anche su quelli della crescita professionale, dell'aggiornamento professionale perché un dipendente non aggiornato professionalmente può essere maggiormente vittima di fenomeni corruttivi, talvolta, quasi, dico quasi, inconsapevolmente. Sappiamo bene che non c'è mai inconsapevolezza in questa vicenda, purtuttavia diciamo che il fenomeno si accentua in questi casi. L'altro aspetto è quello della trasparenza. Trasparenza che cosa è? Tutti quanti parliamo di trasparenza fin dal 1990, immaginando che la legge 241 del '90 sia la legge sulla trasparenza, non c'è nulla di più sbagliato in questa affermazione tecnicamente. Se vogliamo intendere la trasparenza come quel fenomeno di interlocuzione cittadino pubblica amministrazione va benissimo, ma pensare che la trasparenza sia l'accesso ai documenti amministrativi, o la partecipazione procedimentale, è abbastanza improprio. La trasparenza è un trincio, già, di natura comunitaria che alberga nel primo articolo della legge 241 del '90, che noi traduciamo con l'espressione latina *par condicio,* abbiamo tutti le stesse chance dinanzi all'amministrazione, all'autorità che ci sta scru-

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

tinando. Ma la trasparenza, nel vero senso della parola, è stata creata, per la prima volta, nel 2009 con l'articolo 11 del decreto legislativo 150 del 2009, la trasparenza come accessibilità totale. Vorrei soltanto segnalare questo dato significativo. Da sempre l'accesso ai documenti è indicato come uno strumento per consentire al cittadino di poter acquisire le notizie utili per curare e difendere la propria posizione giuridica soggettiva dinanzi a qualsiasi giudice, a qualsiasi autorità anche non dinanzi ad alcun giudice, solo per curarla. Però non tutti possiamo chiederlo, perché bisogna dimostrare l'interesse, la legittimazione, l'intima connessione del documento con la tutela in giudizio, anche perché questa riflessione ci giunge da una precisa norma: l'articolo 24 terzo comma della legge 241, che esclude qualsiasi possibilità di riconoscimento dell'accesso documentale quando è volto ad ottenere documenti, ma non con un interesse personale particolare, qualificato del richiedente, ma soltanto per il controllo generalizzato diffuso, dell'attività della pubblica amministrazione. Quante volte le pubbliche amministrazioni si sono impegnate in queste torsioni giuridiche per impedire l'accesso ai documenti, ebbene nel 2009 si è creato un cambio di rotta completo almeno per alcuni dati. Ecco questo è il punto che bisogna comprendere fin da subito. Si tratta di una erosione lenta di una cultura pietrificata del segreto che deve essere superata attraverso un altrettanto lento processo di trasformazione per passare dal segreto alla accessibilità totale. Guardate che non son parole vuote, son parole della norma di legge: dell'articolo 11 del 150 del 2009, oggi riprodotto nel testo unico della trasparenza che è stato pubblicato venerdì 5 in gazzetta ufficiale, quindi entra in vigore il 20 aprile, 15 giorni dopo, vacatio legis, non è un qualcosa che entrerà in vigore più in là. Certo ci sono all'interno delle contro spinte ad una immediata entrata in vigore di tutte le disposizioni però, diciamo, grosso modo, una buona parte di queste, prima di tutte il diritto di accesso civico, entra in vigore fra 20 giorni, in poche parole fra 20 giorni, i cittadini si presentano presso gli uffici a chiedere dove sono i dati pubblicati, questo è il concetto di accesso civico. Tra il 2009 ed oggi abbiamo assistito ad un ulteriore processo, lentissimo, di erosione di questa cultura del segreto. Quanti contrasti ha incontrato l'attuazione dell'articolo 11 del 150 del 2009. Persone che si sentivano scoperte e violate nel proprio intimo se il curriculum veniva pubblicato sul sito. Attenzione, aspetto molto importante che finora non è emerso, ma credo che sia nella conoscenza di tutti voi, quando io chiedo l'accesso ai documenti amministrativi, io debbo chiedere l'accesso a qualche informazione che è già contenuta in un documento, non è l'accesso ad una banca dati. Quando, invece, parliamo di accessibilità totale e quindi, attenzione, con l'accesso al documento io ricevo quel documento e su di me incombono gli stessi obblighi che, fino a quel momento, incombevano sull'amministrazione, di non conoscenza all'esterno del contenuto di quel documento. Il codice per la tutela dei dati personali prevede delle disposizioni sanzionatorie che si impongono, non più all'amministrazione, ma ha colui che ha ottenuto l'accesso ai documenti. Con l'accessibilità totale si sta parlando di pubblicazione sul sito web, quindi di possibilità di interrogazione in qualsiasi parte del globo. Non solo, se voi ora

andate a leggere, l'oramai modificato dal decreto legge 179 del 18 ottobre 2009, l'articolo 68 del codice dell'amministrazione digitale, altro testo bellissimo mai letto da nessuno e che ora invece tutti dovranno prontamente leggere perché le regole di applicazione del testo unico della trasparenza sono proprio nel codice dell'amministrazione digitale, basta leggere l'articolo 68 per scoprire delle novità sconcertanti che non sono novità: il dato può essere anche riutilizzato, anche a scopi commerciali. In poche parole per essere proprio molto, molto banale, non puoi permetterti di pubblica re un documento in formato pdf immodificabile, perché io ho bisogno di carpire i dati ed utilizzarli a fini statistici, a fini personali, leciti, se li utilizzerò in modo illecito ci saranno le contromisure che il legislatore, nell'ambito civile e nell'ambito penale, ha già previsto. Ecco dunque che la trasparenza diventa uno dei fenomeni e degli strumenti attraverso i quali si sviluppa la *mission* che il legislatore ha dato alle pubbliche amministrazioni con la legge 190 del 2012 e notate che il diritto di accesso civico, diceva prima il signor Ministro che forse si è fatto troppo poco, ma già così è una innovazione incredibile. Innanzitutto sapete chi è titolare del diritto di accesso civico? Chiunque. Chiunque significa: persona fisica, persona giuridica, cittadino italiano, cittadino comunitario, cittadino straniero non comunitario, chiunque. C'è una sorta di inversione del rapporto tra utente e pubblica amministrazione. L'amministrazione ha degli obblighi di natura civilistica, perché il diritto di accesso civico è un vero e proprio diritto soggettivo perfetto, infatti e stranamente, su questo si può dibattere, viene attribuita la cognizione, la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Badate che il codice per la protezione dei dati personali attribuisce giurisdizione piena al giudice ordinario per quanto riguarda le questioni relative all'accesso ai dati e non l'accesso ai documenti. Questo perché, verosimilmente? Perché la complessità della macchina organizzativa pubblica, come quando fu introdotta la giurisdizione esclusiva nel pubblico impiego, suggerisce l'opportunità che ci sia un giudice specializzato nelle cose della pubblica amministrazione per poter cogliere esattamente esattamente laddove vi sono effettivamente inadempienze della pubblica amministrazione oppure necessità di mantenere riservato quel dato. Attenzione, che sia la legge 190 che il testo unico della trasparenza garantisce pur sempre l'applicazione del principio della piena accessibilità dei dati, delle informazioni, dei documenti in possesso dalla pubblica amministrazione, pur sempre nel rispetto del: principio del segreto di Stato, principio di riservatezza legato al codice per la protezione dei dati personali e all'articolo 24 della legge 241 del '90, quindi la difficoltà dell'ufficio è innanzitutto di capire quali sono i dati che debbono essere pubblicati necessariamente. Si creerà uno slalom, una gincana atroce, se vogliamo, per ciascun dipendente e poi ovviamente per il pover'uomo, come dicevamo prima, che sarebbe il responsabile per la protezione che poi è la stessa persona che si occupa anche è il responsabile della trasparenza, per capire quali dati sono pubblicabili e quali dati non sono pubblicabili, in quanto in questo secondo caso la loro pubblicazione determinerebbe una violazione del corretto trattamento dei dati personali punita dall'articolo 15 del co-

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

dice per la protezione dei dati stessi. Ecco perché poi alla fine la cautela nell'applicazione di queste disposizioni è sacrosanta. Perché è facile dire *ab externo* va tutto pubblicato, poi dopo quando quella persona che *ab externo* vorrebbe che tutto fosse pubblicato, ma il giorno che gli viene pubblicato qualcosa di suo protesta e chiede anche un risarcimento dei danni, pretendendo di tutelare la propria posizione. Perché e come mai? A questo punto che cosa accade? Si crea uno spirito di curiosità, un gossip continuo. Voglio avviarmi alla conclusione. Come ho detto già prima, il diritto di accesso civico è un presidio già presente negli altri ordinamenti. Ma come mai nessuno protesta? Perché nessuno chiede l'accesso ai documenti, pochissimi, a nessuno interessa come lavora la pubblica amministrazione, ma non perché è disinteressato, interessa per quel che riguarda la sua posizione non "gossipparmente" quella degli altri, non voglio sapere il mio vicino di casa cosa fa nella vita. E invece avete mai provato a presentarvi ad una persona? Tre secondi dopo è su google con tuo nome e cognome per capire che cosa fai. Questo è l'approccio sbagliato all'uso anche degli strumenti telematici. Allora? Quale è il problema? È che nelle altre amministrazioni, negli altri ordinamenti, c'è la fiducia nell'amministrazione e la fiducia nell'amministrazione, ovviamente ben riposta perché evidentemente ci sono stati segnali, grazie ai quali, si può riporre bene la fiducia in quelle amministrazioni, adesso è meglio non specificare perché altrimenti si entrerebbe poi in dinamiche che potrebbero far riconoscere episodi e persone, quindi lascio stare su questo punto, però la cosa importante è che non c'è questa rincorsa alla conoscenza. La conoscenza viene chirurgicamente pretesa laddove è necessaria. L'importante però è che sia disponibile, cioè, chiunque volendo può disporre del dato, solo che acquisisce quel dato quando è necessario. Dal momento che questo tipo di approccio nel nostro Paese ancora non c'è e non è dimostrato, trovo opportuno che sia graduale il cambio di rotta, il cambio di cultura. Io credo che poi questo non debba esser visto dai dipendenti pubblici come una sorta di demonizzazione del dipendente pubblico, una sorta di sistema per puntare l'indice contro la pubblica amministrazione sempre e comunque, questa invece va letta come una occasione da non lasciarsi sfuggire per dimostrare all'esterno che non c'è nessuna preoccupazione ad essere dipendente pubblico, che si può andare a testa alta a dire in giro che sono un dipendente pubblico e in qualche modo cominciare pian piano a far concludere questo periodo, molte volte giustificato, di demonizzazione continua e costante di tutto ciò che è pubblico.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821