amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2016

estratto

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

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Chiara Magrì, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Le società a partecipazione pubblica tra codice della trasparenza e codice civile

di Angelo Piazza[1]

ABSTRACT

La disciplina nazionale in materia di trasparenza amministrativa e anticorruzione costituisce il punto di arrivo di una complessa evoluzione normativa ed interpretativa le cui diverse fasi evolutive rispecchiano fedelmente la necessità, sempre più incalzante, di scoraggiare e ostacolare l'allarmante espansione del fenomeno .
Negli ultimi anni, ancora più che in passato, la lotta alla corruzione è avvertita come esigenza prioritaria nelle agende politiche internazionali: minando la fiducia dei mercati e delle imprese, il diffondersi delle prassi corruttive determina, invero, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i paesi.
Proprio l'urgenza di porre un freno alla patologica diffusione della corruzione, ha indotto il legislatore nazionale ad intervenire, a più riprese, al fine di intensificare gli strumenti di prevenzione e di repressione dei fenomeni corruttivi all'interno della pubblica amministrazione.
Tale scopo, in particolare, è stato perseguito dal legislatore attraverso un'applicazione estensiva del principio di trasparenza all'intera azione amministrativa non più circoscritto al mero rispetto di regole procedimentali.
Il presente lavoro ripercorre l'iter legislativo e gli atti dell'Autorità nazionale anticorruzione che hanno condotto all'estensione della normativa in materia di trasparenza anche alle società a partecipazione pubblica, soprattutto a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 97/2016 e del d.lgs. n. 175/2016, attuativi di due deleghe contenute nella c.d. "legge Madia" (legge n. 124/2015).

[1] Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi di Roma Foro Italico. Il lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

La disciplina nazionale in materia di trasparenza amministrativa[2] e anticorruzione costituisce il punto di arrivo di una complessa evoluzione normativa ed interpretativa le cui diverse fasi evolutive rispecchiano fedelmente la necessità, sempre più incalzante, di scoraggiare e ostacolare l'allarmante espansione del fenomeno[3].
Negli ultimi anni, ancora più che in passato, la lotta alla corruzione è avvertita come esigenza prioritaria nelle agende politiche internazionali: minando la fiducia dei mercati e delle imprese, il diffondersi delle prassi corruttive determina, invero, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i paesi.
Proprio l'urgenza di porre un freno alla patologica diffusione della corruzione, ha indotto il legislatore nazionale ad intervenire, a più riprese, al fine di intensificare gli strumenti di prevenzione e di repressione dei fenomeni corruttivi all'interno della pubblica amministrazione.
Tale scopo, in particolare, è stato perseguito dal legislatore attraverso un'applicazione estensiva del principio di trasparenza all'intera azione amministrativa non più circoscritto al mero rispetto di regole procedimentali.
Tale principio, normativamente consacrato dalla l. n. 15/2005, che ha riscritto il comma 1 dell'art. 1 della l. n. 241/1990, sancisce la conoscibilità esterna dell'azione amministrativa in attuazione della filosofia della *full disclosure* della P.A. alla quale si ispira la più moderna concezione del diritto amministrativo[4].
La *ratio* alla base di tale impostazione risiede nell'intenzione di rendere il cittadino, e quindi il beneficiario e finanziatore dei servizi che l'amministrazione rende o dovrebbe rendere, il protagonista della lotta al fenomeno corruttivo mediante l'esercizio di un controllo diffuso sull'attività della stessa.
Dunque, la trasparenza amministrativa, secondo questa visione, assume tinte particolarmente forti: essa diviene strumento diretto di controllo da parte del cittadino dell'azione amministrativa, sia con riferimento al perseguimento delle funzioni istituzionali che dell'utilizzo delle risorse pubbliche.
Come prima accennato, il concetto di trasparenza ha subito una progressiva espansione, frutto di una complessa evoluzione legislativa che prende le mosse dalla l. n. 15/2005 che ha, per la prima volta, introdotto il criterio della trasparenza quale principio generale dell'attività amministrativa[5].

[2] Per una essenziale bibliografia in tema di trasparenza amministrativa, nell'amplissimo panorama dottrinale, sirinvia alle opere principali dove rintracciare una bibliografia completa: G. ARENA, voce *Trasparenza Amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. 6, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 594- 595; P. Tanda, voce *Trasparenza (principio d*i) in *Dig. Disc. Pubbl*., Torino, 2008, pp. 884-945; F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008.

[3]Per un'analisi della diffusione del fenomeno corruttivo si veda il Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, Roma 2012, 7 e ss, pubblicato a cura del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, in www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzioneDEF.pdf.

[4] Sulla crescita della diffusione delle informazioni e sul rapporto che lega il livello di circolazione di queste con la crescita degli aspetti di democraticità degli Stati si veda N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in N. BOBBIO, il *Futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, 85 ss.. Dal punto di vista del diritto amministrativo è utile vedere come l'evoluzione della trasparenza amministrativa abbia fortemente modificato anche il concetto relazionale tra amministrazione e cittadino, in merito si veda S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione*, in Riv. Trim. Dir. Pubb., 1998, 1015; G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008.

[5] La trasparenza "*più che rappresentare un istituto giuridicamente preciso, riassume un modo di essere dell'amministrazione, un obiettivo un parametro cui commisurare lo svolgimento dell'azione amministrativa*": così R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm*., 1987, p. 528.

Successivamente, l'art.11 del d.lgs. 150/2009[6], ha fornito una definizione esplicita del concetto di trasparenza individuandola come "*accessibilità totale […] delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all''utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta*". *Tale norma, inoltre, ne ha finalizzato l'utilizzo "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità" e la ha considerata come "livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni*".

In seguito, la l. n. 190/2012 (e il successivo d.lgs. n. 33/2013 attuativo della delega[7]) ha ulteriormente potenziato e ridefinito il concetto di trasparenza amministrativa intesa quale accessibilità delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività della P.A., al fine di favorire forme diffuse di controllo sociale sul perseguimento dei fini pubblici e sul regolare svolgimento della relativa attività.

A tal fine, il legislatore ha disposto l'implemento degli strumenti di digitalizzazione della P.A. obbligando tutti gli enti pubblici a rendere accessibili in via telematica, agli interessati, muniti di adeguati strumenti di identificazione, le informazioni relative ai procedimenti e provvedimenti che li riguardano. Inoltre, la normativa in parola ha disposto la pubblicazione sui siti istituzionali della P.A. di tutti i provvedimenti adottati nell'esercizio della sua attività istituzionale e ha previsto norme di dettaglio, per il settore degli appalti pubblici, per il quale le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare in rete informazioni fondamentali relative a ogni procedura di affidamento e all'esecuzione del contratto.

Da ultimo, poi, il d.lgs. n. 97/2016[8] ha dato attuazione alla delega contenuta nella l. n. 124/2015 (c.d. "legge Madia") "*ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*".

La norma in particolare, reca alcune modifiche con specifico riguardo all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 33/2013 (c.d. "decreto trasparenza"). Con riferimento all'ambito oggettivo, è stato modificato l'art 1, comma primo, del suddetto decreto stabilendo espressamente che al fine di tutelare i diritti dei cittadini e promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa deve essere garantita l'accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalla P.A. non limitando, dunque, l'accessibilità alle sole informazioni relative all'organizzazione e all'attività.

Con riguardo all'ambito soggettivo, invece, è prevista l'applicazione della disciplina in materia di trasparenza, in quanto compatibile, oltre che alle amministrazioni e agli altri soggetti già previsti nella previgente disciplina, anche agli enti pubblici economici e gli ordini professionali, alle società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della l. n.124/2015, alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto priva-

[6] Sulla connessione tra corruzione e trasparenza e sulla legislazione in materia di trasparenza fino alla "legislazione Brunetta", si veda F. MERLONI, B. PONTI, *La trasparenza*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010.

[7] Sull'introduzione nel decreto di un nuovo regime giuridico per le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria a fini di trasparenza si veda B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto di riutilizzo*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, p. 75 ss.

[8] L. OLIVERI, *La riforma della trasparenza. Come cambia il D.Lgs 14 marzo 2013, n. 33 dopo il D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, Maggioli, 2016.

to comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore al mezzo milione di euro e che siano finanziate per più della metà da risorse pubbliche e gli ordini direttivi siano designati da pubbliche amministrazioni.

In buona sostanza, sicuramente, tra le novità introdotte dal legislatore del 2016, la più rilevante è quella che attiene alla generalizzazione degli obblighi di trasparenza non più riservati alle sole amministrazioni ma estesi, anche, ad altri destinatari con diverse caratteristiche organizzative e funzionali.

Sebbene lo sforzo attuato dal legislatore risulti senza dubbio apprezzabile, in quanto volto di ampliare la sfera dei soggetti destinarli delle prescrizioni in materia di trasparenza nell'ottica di un più intransigente contrasto a fenomeni di cattiva amministrazione, tuttavia non si può non osservare, fin da subito, come il nuovo regime di *total disclosure*, previsto dal d.lgs. n. 97/2016, rechi con sé il rischio e il pericolo di imporre regole, specificatamente meditate per le pubbliche amministrazioni, a soggetti che tali non sono e che si troverebbero, così, ad operare sul mercato in condizione di disparità rispetto agli altri soggetti imprenditoriali che, al contrario, non sono destinatari della medesima normativa.

Prima di analizzare *funditus* le novità introdotte dalla legge Madia, per poterne meglio apprezzare punti di forza e aspetti critici, sembra opportuno ripercorrere l'*iter* legislativo, sopra brevemente delineato, che ha condotto all'attuale assetto normativo.

Il principio di trasparenza viene per la prima volta introdotto nel nostro ordinamento dalla l. n. 15/2005 che, nel riscrivere l'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, espressamente prevede la trasparenza quale regola di condotta cui la P.A. deve attenersi nell'esercizio della sua attività.

Tale principio trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 97 che, come noto, sancisce i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione: ed infatti, dall'esigenza che quest'ultima operi in modo corretto ed imparziale, nasce la necessità di regole di trasparenza che rendano conoscibile e comprensibile all'esterno l'operato della stessa.

Per questa via, dunque, la trasparenza diviene strumento per attuare i principi di imparzialità ed uguaglianza, dal momento che la visibilità delle sedi di decisione[9], e dei soggetti che in esse operano, permette ai cittadini un confronto tra le modalità di trattamento ricevute e il trattamento riservato ad altri soggetti, che si siano trovati nella medesima condizione.

Allo stesso tempo, la visibilità degli interventi e dei risultati raggiunti funge, per la pubblica amministrazione, da stimolo ad operare nel modo migliore a servizio della propria comunità di riferimento così favorendo l'attuazione del principio di buona andamento e dei suoi corollari: efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Oltre che ad esigenze di garanzia di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'operato della P.A., la trasparenza contribuisce, inoltre, a raggiungere obiettivi ulteriori, come l'attuazione dei principi di responsabilità del soggetto pubblico e di lealtà dei dipendenti nell'ottica della prevenzione di fenomeni di corruzione e di cattiva amministrazione: la visibilità, infatti, contribuisce a responsabilizzare maggiormente chi interviene nell'azione.

Proprio tali considerazioni hanno indotto il legislatore del 2009 ad adottare il d.lgs. n. 150[10]

[9] Attenta dottrina attribuisce al concetto di trasparenze il significato di "conoscibilità esterna dell'azione amministrativa", cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2010, p. 398.

[10] Per una ricognizione relativamente agli obblighi previsti dal d.lgs. 150/2009, E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2010.

(c.d. "riforma Brunetta"[11]) recante disposizioni in materia di "*ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*."

In particolare, tra le finalità del decreto, l'art. 2 individua espressamente il raggiungimento di elevati *standard* qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi resi dall'amministrazione attraverso la creazione di un sistema meritocratico delle cariche pubbliche e la promozione del principio di trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche, anche a garanzia della legalità.

Il decreto, dunque, compie un passo importante verso la responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, andando incontro alle aspettative di chiarezza e trasparenza del loro operato nei confronti dei cittadini i quali avranno modo di essere informati sulla programmazione degli obiettivi prefissati dalle amministrazioni stesse e sui risultati da queste conseguiti, attraverso due nuovi strumenti: il piano della *performance* e la relazione sulla *performance*[12].

L'aspetto maggiormente innovativo della riforma, quindi, è proprio quello di promuovere la trasparenza non solo quale mezzo di incentivazione di un sistema virtuoso del lavoro pubblico ma anche, soprattutto, quale strumento di contrasto a fenomeni di illegalità. Trasparenza che il decreto stesso, all'art. 11, definisce come "*accessibilità totale dei documenti detenuti dalla amministrazioni, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità.*"

Sempre più consapevole della centralità che ricopre il pilastro della trasparenza al fine di prevenire e reprimere comportamenti corruttivi all'interno della pubblica amministrazione sempre più diffusi[13], il legislatore nuovamente interviene con la l. n. 190/2012[14] (c.d. "legge an-

[11] Sulla riforma Brunetta e l'operazione trasparenza, con la conseguente apertura, in ogni sito internet, di spazio dove ritrovare tutta la documentazione di cui è obbligatoria la pubblicazione, si rinvia a E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl*., 2009, pp. 3779 e ss.

[12] Il piano della performance è un documento programmatico triennale da adottare in coerenza con i contenuti e il ciclo della programmazione finanziaria e di bilancio, che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori. La relazione sulla *performance*, invece, è un documento da adottare entro il 30 giugno che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato.

[13] Per un'analisi della diffusione del fenomeno corruttivo si veda il Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, Roma 2012, 7 e ss, pubblicato a cura del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzioneDEF.pdf.

[14] BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo- Riv. trim., n, 3-4/2012*, p. 5 ss. Fortemente critico sulla riforma l'A., secondo cui: "*la riforma…ben difficilmente segnerà una tappa davvero significativa, e apprezzabile, nell'evoluzione del nostro sistema penale. Quello che fa pensare, alla luce di tutto ciò, è l'inspiegabile consenso sociale addensatosi su di un testo normativo di medio spessore e di modesto impatto. Certo, la definizione mediatica di decreto anticorruzione ha svolto la sua parte, quasi che non esprimersi a favore di esso sembrasse costituire una forma di connivenza nei confronti di politicanti corrotti. Lascia sempre un po' di amarezza pensare che tanta voglia di legalità proveniente dal corpo sociale possa essere così facilmente veicolata su obiettivi più o meno casuali*". Di opinione contraria, DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in

ticorruzione") recante "*disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*"[15].

Infatti, si legge all'art. 1, comma 15, che la trasparenza "*costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, secondo quanto previsto all'art. 11 del d.lgs. 150/2009*."

Essa, specifica lo stesso comma 15, è assicura mediante la pubblicazione, nei siti *web* istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, dei bilanci e conti consuntivi, nonché dei costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

La legge, inoltre, individua i procedimenti amministrativi ritenuti più a "rischio corruzione" e per i quali i livelli essenziali suddetti devono essere principalmente assicurati. Si tratta dei procedimenti di autorizzazione e concessione; di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; di concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale e progressioni di carriera (art. 1, comma 16).

La riforma, in buona sostanza, persegue un duplice obiettivo: da un lato, la predisposizione di una strategia di contrasto alla corruzione in senso maggiormente repressivo; dall'altro, di adeguamento del nostro ordinamento agli *standards* internazionali[16].

Con specifico riguardo al primo dei due obiettivi, la legge ha delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo di riordino degli obblighi di pubblicità e trasparenza a carico delle pubbliche amministrazioni avvenuto con l'adozione del d.lgs. n. 33/2013[17].

Il decreto non solo riorganizza e semplifica le norme già esistenti in tema di obblighi di informazione, pubblicità e trasparenza, ma integra, secondo i criteri di delega previsti dalla l. n. 190/2012, anche il quadro normativo vigente, introducendo uno specifico sistema sanzionato-

Diritto penale contemporaneo - Riv. trim., n. 1/2012, p. 232 ss;, secondo cui: "*ci pare opportuno ancora una volta ribadire…un complessivo apprezzamento per la riforma progettata, che affronta finalmente, seppur in modo parziale in ragione delle difficili contingenze politiche, un nodo essenziale per il futuro del paese: sulla base di un disegno di politica criminale magari non ambizioso, ma quanto meno chiaro e razionale. Di questi tempi, non è poco.*".

[15] F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione ammnistrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Roma, 2010; B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 123; A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Cacucci, Bari, 2013, cap. 3.

[16] In particolare, la legge sulla riforma della corruzione si ispira alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003, c.d. "Convenzione di Merida", ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116 e soprattutto alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (Convenzione di Strasburgo), ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n.110, nonché al rapporto redatto dal GRECO, "*Group of States against corruption*", istituito in seno al Consiglio di Europa, che ha adottato la raccomandazione con la quale l'organo ha invitato gli Stati membri ad adottare un regime sanzionatorio di misure efficaci, proporzionate e dissuasive contro la corruzione.
Gli obblighi previsti sul piano internazionale, si rammenta, sono vincolanti sul piano interno in virtù del richiamo contenuto nel primo comma dell'art. 117 della Carta Costituzionale che sancisce la potestà legislativa esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

[17] Per una ricostruzione e per il dibattito intorno al d.lgs. 33/2013 si rinvia, a diverso titolo a: M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2013, II, pagg. 795-810; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2013; B. PONTI, *Il codice della trasparenza amministrativo: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza on line*, in *Neldiritto.it*, 2013.

rio in caso di omesso, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione e prevedendo anche un nuovo istituto: il diritto di accesso civico[18].

In particolare, all'art. 1, co. 1, definisce la trasparenza come "*accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*" e attribuisce alla stessa lo "*scopo di favorire forme diffuse*[19] *di controllo*» su due fondamentali ambiti di intervento della P.A.: quello del «*perseguimento delle funzioni istituzionali*" e quello dell'"*utilizzo delle risorse pubbliche*".

Il comma successivo, poi, chiarisce espressamente come il principio abbia una portata di ampio respiro affermando che esso 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*". Precisa, inoltre, che la trasparenza "*è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali*" e caratterizza un nuovo modello più evoluto di amministrazione "*aperta*" e "*al servizio del cittadino*".

Infine, il terzo comma dell'art. 1, ribadisce quanto già disposto dal d.lgs. n. 150/2009 con riferimento all'art. 117 Cost., co. 2, lett. *m*) e lett. *r*), che, cioè, le disposizioni in materia di trasparenza "*integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione*", e che esse sono da considerarsi centrali per l'organizzazione e la gestione del sistema informativo pubblico, in quanto costituiscono "*esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale*".

Da una prima lettura della norma, emerge con chiarezza come il principio di trasparenza, nell'ottica del legislatore del 2013, abbia una valenza generale per l'attività amministrativa e non sia da riferire soltanto agli obiettivi di contrasto della corruzione e della valutazione dei

[18]La dottrina in materia di trasparenza e diritto di accesso è notoriamente estesa: per lo stato di questo rapporto prima delle riforme del 2005, cfr. i diversi contributi in G. ARENA, (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991 (ed in particolare ID., *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, ivi, pp. 15 ss.); ID., *Trasparenza amministrativa,* in Enc. giur., XXXI, Roma, Ist. Enc.It., 1995, p. 1; A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni in tema di diritto di accesso*, in *Scritti Silvestri*, Milano, Giuffrè, 1992; C. MARZUOLI, *Diritto d'accesso e segreto di ufficio*, in M. CAMMELLI, M. P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1997, pp. 257 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, Cedam, 1998; C.E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2000, pp. 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, Univ. degli studi, 2002. In materia, per un inquadramento complessivo del fenomeno nelle sue diverse angolazioni e per ulteriori riferimenti, si v. ora F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

Nel senso dell'importanza del diritto di accesso quale strumento di lotta alla corruzione v. T.A.R. Brescia, (Lombardia), sez. I, 04/03/2015, n. 360 secondo cui : "*La l. n. 241 del 1990 conferisce al diritto di accesso, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, valore di principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza. Decisiva, in tal senso, appare la recente introduzione del d.lg. n. 33 del 2013 in forza del quale tutti i documenti amministrativi sono, in via generale, da ritenersi accessibili, salvo specifiche e tassative eccezioni. In tal senso rileva anche l'introduzione del nuovo istituto del c.d. accesso civico, dal quale consegue che tutti i cittadini hanno diritto di chiedere e ottenere che le P.A. pubblichino atti e documenti e informazioni che detengano e che, per qualsiasi motivo, non hanno ancora divulgato*".

[19] Sembrerebbe dunque, entro certi limiti, essere superata la previsione dell'art. 24 della l. n. 241/90 secondo cui non sono ammesse istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

dipendenti pubblici, come invece sembrava desumibile dalla formulazione dell'art. 11 del d.lgs. n. 150/2009.

Si osserva, cioè, che la trasparenza, nella nuova normativa, è intesa come possibilità di accedere non solo a tutte le informazioni relative all'attività ma anche all'organizzazione amministrativa e mira, non soltanto ad attuare il principio di responsabilità e di lealtà dei dipendenti nell'ottica di una maggiore efficienza e repressione dei fenomeni di cattiva amministrazione, ma ambisce, in aggiunta, alla realizzazione del principio democratico[20].

Una trasparenza, quindi, che presenta non solo finalità di controllo e valutazione ma che è rivolta anche a realizzare un'amministrazione al contempo più efficiente ed efficace nel raggiungere i risultati che le sono richiesti e più aperta e più capace di coinvolgere le risorse partecipative della società nella soluzione dei problemi del vivere comune[21]. Una trasparenza, cioè, intesa non solo "contro" la cattiva amministrazione, ma anche "per" la buona amministrazione, in funzione della realizzazione di una P.A. democratica e partecipata[22].

La novella legislativa prevede ampi obblighi di pubblicazione in capo all'amministrazione, la quale non solo dovrà pubblicare le informazioni previste obbligatoriamente dalla legge, ma dovrà tenere costantemente aggiornate le informazioni e i documenti pubblicati; oltre a ciò le informazioni pubblicate dovranno avere il formato amministrativo di tipo aperto cosi come definito dall'art. 68 del Codice dell'Amministrazione digitale (art.7) e garantire la fruizione e il riutilizzo attraverso l'utilizzo delle tecnologie informatiche più comuni e diffuse.

In caso di omessa pubblicazione, è consentito il ricorso allo strumento del nuovo accesso civico[23]*ex* art. 5 del d.lgs. 33/2013 la cui richiesta non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione, a prescindere dalle limitazioni di natura soggettiva che invece, tuttora, caratterizzano il diritto di accesso ai documenti amministrativi nella disciplina della l. n. 241/1990[24].

Diversamente da quanto ricavabile dal tenore letterale dell'art. 24, co. 7 della l. n. 241/1990, che impone un'attenta valutazione circa la strumentalità dell'accesso alla salvaguardia di posizioni giuridiche protette[25], la richiesta di

[20] F. CARINGELLA, *Il sistema del diritto amministrativo. 1. Il nuovo diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, 2016.

[21] Trasparenza intesa secondo la ben nota metafora di Filippo Turati: e cioè di una pubblica amministrazione come "*casa di vetro*", "*all'interno della quale cioè tutto è sempre e costantementevisibile*". Così M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, in http://www.giustiziaamministrativa.it, link "studi e contributi".

[22] Così, M. BOMBARDELLI, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione*, 2014, www.treccani.it

[23] R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La legge 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it ; D. SAMMARTANO, *Il diritto d'accesso diventa un po' più democratico, ecco l'accesso civico*, in http://www.leggioggi.it/2013/05/15/il-diritto-daccesso-diventa-un-po-piu-democratico/15 maggio 2013.

[24] L'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge n.241/1990, è riferito, invece, al "*diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi*", intendendosi per interessati tutti i soggetti che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; in funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata.

[25] Sulla disciplina del diritto di accesso cfr. *ex multis* R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, p. 199 ss.; M. OCCHIENA, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Diz. dir. pubbl.*, 2006, p. 57 ss.; G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 409 ss

accesso civico prevista dalla nuova normativa, al contrario, non necessita di alcuna giustificazione e, cosa più importante, la legittimazione del richiedente non deve essere motivata in ordine all'interesse concreto sotteso all'istanza.

Oltre agli obblighi di trasparenza, poi, il decreto impone ad ogni amministrazione, sentite le associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, di adottare un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (art. 10).

Il Programma triennale è l'atto attraverso il quale l'amministrazione definisce le modalità attraverso le quali intende dare attuazione agli obblighi legislativi, quali sono gli obiettivi organizzativi e individuali che intende raggiungere attraverso la pubblicità, quali sono le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e tempestività dei flussi informativi.

Il Programma triennale viene disposto e aggiornato dal responsabile il quale svolge stabilmente un'attività di "*controllo sull'adempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, nonché' segnalando all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione*" (art. 43).

Per quanto attiene all'apparato sanzionatorio, il legislatore ha stabilito che gli inadempimenti degli obblighi prescritti nel decreto di riordino costituiscono, sia con riferimento alla pubblicazione delle informazioni di cui al decreto stesso che con riguardo all predisposizione del Programma triennale per la trasparenza, "*elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili*" salvo che il responsabile non provi che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile (art. 46).

Tra le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013 sicuramente la più controversa è quella che attiene all'ambito soggettivo di applicazione del decreto. L'art. 11 individua tra i destinatari degli obblighi di pubblicità e trasparenza le pubbliche amministrazioni come individuate ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001[26] mentre, alle società partecipate e alle società controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c.[27], trovano applicazione, "*limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*" le sole disposizioni *ex* art. 1, commi da 15 a 33 della l. n. 90/2012[28].

---

[26]Dispone l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001: "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

[27] Ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., si considerano in controllo pubblico le società in cui: a) la pubblica amministrazione dispone la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea; o b) la pubblica amministrazione dispone dei voti sufficienti per esercitare una influenza dominante nell'assemblea (l'influenza si presume quando nell'assemblea può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se si tratta di società quotate); o c) la pubblica amministrazione ha una influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali.

[28] Per completezza si rileva che all'art. 22, il d.lgs. n. 33/2013 nell'individuare gli obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in

Pertanto, rientrano nell'attuazione della normativa degli obblighi di pubblicazione anche i soggetti privati che, a vario titolo svolgono funzioni pubbliche, ma limitatamente alle informazioni rilevanti allo svolgimento della funzione pubblica ad essi affidata.

Infine, una terza categoria di organismi obbligati, con alcuni limiti, alla pubblicazione di informazioni e documenti amministrativi, sono indicati nel comma terzo dell'art. 11 a mente del quale le varie autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione provvedono all'attuazione di quanto previsto dalla normativa in materia di pubblicità "*secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti*".

La formulazione in esame si presenta assai ampia, chiaro essendo che astrattamente tutto potrebbe considerarsi "*disciplinato dal diritto nazionale o dell'Unione europea*": così intesa per altro la norma non avrebbe alcun senso, laddove è canone ermeneutico imprescindibile la necessità di preferire una lettura della norma che consente di attribuire ad essa un senso compiuto.

Ad implementare i dubbi e le incertezze interpretative hanno contribuito le numerose modiche intervenute negli ultimi anni le quali hanno comportato una progressiva espansione dell'ambito soggettivo di applicazione di tale disciplina.

In particolare, il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A) approvato con Delibera ANAC n. 72 dell'11 settembre 2013, ha esteso anche agli enti di diritto privato in controllo pubblico, alle società partecipate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. gli ulteriori adempimenti stabiliti dalla legge prevedendo anche per tali soggetti l'obbligo di nominare un responsabile dei propri Piani di prevenzione della corruzione.

Si segnala, ancora, il d.l. n. 90/2014, convertito con la l. n. 114/2014 e recante "*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*", il cui articolo 24-*bis* ha sostituito l'art. 11 del d.lgs. n. 33/2013.

Nello specifico, il comma 1 del nuovo articolo 11, conferma che le norme contenute nel codice della trasparenza si applicano alle pubbliche amministrazioni, individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001. In tale categoria si ricomprendono anche le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, alle quali, pertanto, le norme del codice si applicheranno in via diretta ed immediata e non previo adeguamento dei rispettivi ordinamenti come previsto dalla pregressa normativa.

Il successivo comma 2, poi, specifica che le norme sulla trasparenza si applicano integralmente agli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati da pubbliche amministrazioni, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati. Considerato che nella definizione di pubblica amministrazione contenuta nel richiamato articolo 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, sono ricompresi tutti gli enti pubblici non economici, l'effetto di tale modifica sembrerebbe quello di estendere l'ambito dei destinatari delle norme anche a tutti gli enti pubblici, inclusi quelli economici, siano essi nazionali, regionali o locali.

Gli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013, invece, si applicano limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, agli

società di diritto privato, precisa al comma 3 che le amministrazioni devono inserire nel loro sito il collegamento con i siti istituzionali dei soggetti anzi citati ove devono essere pubblicati i dati relativi ai componenti degli organi di indirizzo e ai soggetti titolati di incarico, in applicazione degli articoli 14 e 15 (obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico e i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione e/o consulenza). Con simile richiamo si finisce con l'estendere tali obblighi ai soggetti privati partecipati o controllati pur non essendo i diretti destinatati di dette norme che, come ormai noto, sono le pubbliche amministrazioni.

"*enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione e di veni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*".

Infine, il comma 3, dispone che alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni "*in caso di partecipazione non maggioritaria, si applicano, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'art. 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 90*".

In altri termini, la norma ha operato un distinguo tra gli enti di diritto privato in controllo pubblico e società partecipate dove la partecipaizone non sia maggioritaria: pur sempre nel comune limite dell'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea, il legislatore del 2014 ha ritenuto di differenziare il regime normativo prevedendo per i primi l'applicabilità integrale delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013; per i secondi, invece, le sole prescrizioni di cui agli artt. 15-33 della l. n. 190/2012.

La formulazione nebulosa, e a tratti confusa, del precetto normativo, la quale spesso ha dato luogo ad incertezze applicative, ha spinto l'ANAC ad intervenire, dapprima come mere circolari interpretative e, successivamente, con determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, "*Linee Guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*".

Anzitutto si segnala l'interessante presa d'atto, nelle premesse delle linee guida, dell'ampiezza ed eterogeneità dei soggetti destinatari, tenuto conto della molteplicità di strutture organizzative e di modelli giuridici da essi adottati e della varietà dei settori giuridici in cui essi operano.

Peculiarità che precludono, a parere di chi scrive, un trattamento indifferenziato mediante una disciplina unitaria, che tenga conto del solo elemento della partecipaizone pubblica, omettendo ogni considerazione sulle incisive differenze ontologiche che sussistono tra tali soggetti.

È chiaro, infatti, che l'applicazione di norme dettate per la pubblica amministrazione a società di diritto privato risulta del tutto inadeguata, considerata la diversità delle modalità operative ed organizzative di tali società rispetto a quelle facenti capo, invece, ad una pubblica amministrazione: le prime, invero, devono garantire l'attuazione di principi di imparzialità e buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost.; le seconde, invece sono soggette alle norme che regolano il mercato operando in regime di concorrenza. La loro attività, dunque, è subordinata alle regole e condizioni di mercato ed è in tale ambito che esse verrebbero a trovarsi in una posizione di svantaggio rispetto agli operatori economici in dipendenza del differente trattamento normativo e degli oneri ad esse imposti.

L'Autorità Anticorruzione, dunque, ha affermato, con riferimento alle società, che l'applicazione della normativa in questione deve avvenire in maniera differenziata, essendo necessario distinguere tra società direttamente o indirettamente controllate e società a partecipazione pubblica non maggioritaria, ovvero società per le quali la partecipazione pubblica non è idonea a determinare una situazione di controllo. "*La distinzione tra società in controllo pubblico e società a partecipazione pubblica non di controllo non ha carattere meramente formale bensì conforma, in modo differenziato, l'applicazione della*

normativa anticorruzione, in ragione del diverso grado di coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni all'interno delle due diverse tipologie di società.Infatti, occorre muovere dallo spirito della normativa che è quello di prevenire l'insorgere di fenomeni corruttivi nei settori più esposti ai rischi dove sono coinvolte pubbliche amministrazioni, risorse pubbliche o la cura di interessi pubblici: poiché l'influenza che l'amministrazione esercita sulle società in controllo pubblico è più penetrante di quello che deriva dalla mera partecipazione, ciò consente di ritenere che le società controllate siano esposte a rischi analoghi a quelli che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione del 2012 in relazione all'amministrazione controllante. Queste stesse esigenze si ravvisano anche quando il controllo sulla società sia esercitato congiuntamente da una pluralità di amministrazioni, cioè in caso di partecipazione frazionata fra più amministrazioni in grado di determinare una situazione in cui la società sia in mano pubblica".

Anche con riferimento agli enti di diritto privato diversi dalle società, le Linee Guida hanno operato la medesima distinzione tra "enti di diritto privato in controllo pubblico" ed "altri enti di diritto privato partecipati", differenziando l'ambito di applicazione della normativa. Nella seconda categoria, afferma l'ANAC, rientrano quegli enti di natura privatistica, diversi dalle società, non sottoposti a controllo pubblico, cioè quelli le cui decisioni e la cui attività non risultano soggette al controllo della P.A. nelle forme innanzi indicate. Tra questi enti "solo partecipati dalle pubbliche amministrazioni" l'Autorità ha indicato espressamente, le Casse di previdenza dei liberi professionisti.

Né, d'altronde, avrebbe potuto essere diversamente posto che la norma accanto alla fattispecie di natura civilistica di controllo societario, definita dall'art. 2359 c.c. (partecipazione azionaria di maggioranza; disponibilità di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominate in assemblea o esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano, comunque, di esercitare una influenza dominante), ha aggiunto la ulteriore ipotesi in cui siano riconosciuti alla P.A., a prescindere dalla entità della partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici (evidentemente in ragione della peculiarità della partecipazione pubblica alla compagine di soggetti aventi personalità giuridica di diritto privato e delle diverse modalità in cui essa può esplicarsi).

Poteri che, come chiarito dalla stessa ANAC, consentano alla P.A. di "*influire fortemente sull'attività dell'ente*".

Non è, perciò, sufficiente un mero potere di nomina ma esso deve comportare, affinché possa parlarsi di controllo, la possibilità di incidere fortemente sulle attività della società o ente di diritto privato.[29]

Con le stesse linee guida, l'ANAC ha, peraltro, evidenziato un quadro dispositivo particolarmente complesso, non coordinato, fonte di in-

[29]Che la nozione di controllo presupponga la capacità di incidere sulla politica e sulla gestione dell'ente privatistico risulta avvalorato dal parere con il quale il Consiglio di Stato ha, di recente, escluso che possa profilarsi un controllo, anche sotto forma di controllo congiunto (qualora la partecipazione societaria non appartenga ad un solo ente pubblico ma a più amministrazioni), in mancanza di siffatto potere. È richiesta, invero, secondo il parere del Consiglio di Stato la presenza negli organi dell'ente controllato, dei rappresentanti di tutte le amministrazioni e la possibilità per queste ultime di esercitare un'influenza dominante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Quest'ultima, inoltre, non deve perseguire interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti (Consiglio di Stato, Sez. I, Parere n. 01801 del 4 giugno 2014).
Pertanto, il mero potere di nomina di alcuni consiglieri di amministrazione non è di per sé sufficiente ad integrare un'ipotesi di controllo, occorrendo, a tal fine, che la nomina consenta di influire sulle scelte e sulle attività societarie e, dunque, che essa implichi la maggioranza all'interno degli organi e dei vertici aziendali o, comunque, sia accompagnata da ulteriori meccanismi, normativi o contrattuali, che consentano alla P.A. di determinare la gestione o le scelte di indirizzo politico dell'ente privato.

certezze interpretative, che non tiene adeguatamente conto delle esigenze di differenziazione in relazione ai soggetti, pubblici e privati, a cui si applica. Pertanto, ha auspicato un nuovo intervento normativo per risolvere e superare lacune, dubbi e difficoltà interpretative e favorire, così, una più efficace applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza.

L'auspicio dell'Autorità ha trovato concreta attuazione con il d.lgs. n. 97/2016, correttivo della l. n. 190/2012 e del d.lgs. n.33/2013, ai sensi dell'articolo 7 della l. n. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (c.d. "legge Madia"[30]).

Il comma 2 dell'articolo 3 del d.lgs. n. 97/2016, in particolare, inserisce nel corpo del d.lgs. n. 33/2013 l'art. 2-*bis*, rubricato "*Ambito soggettivo di applicazione*", sostituendo interamente l'articolo 11 così come modificato dalla legge n. 114/ 2014.

Il nuovo articolo 2-*bis* prevede ora una generalizzata applicazione delle misure in materia di trasparenza che supera il regime di *disclosure* "attenuato" della l. n. 190/2012 (commi 15-33), precedentemente riservato a taluni soggetti, contestualmente introducendo, per la prima volta, il limite generale della compatibilità e i limiti specifici legati alle dimensioni del finanziamento pubblico e dei bilanci.

La premessa è l'ennesima conferma dell'impianto del comma 1 dell'originario articolo 11 laddove, al comma 1 del nuovo articolo 2-*bis*, è prevista l'applicazione della disciplina sulla trasparenza a tutte le pubbliche amministrazioni così come individuate dal d.lgs. n. 165/2001, "*ivi comprese le autorità portuali*[31], *nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione*"[32].

Per il resto, il comma 1 dell'articolo 2-*bis* conferma l'applicazione uniforme del regime di *total disclosure* a tutto il sistema degli enti territoriali senza alcuna deroga per le gli enti locali minori, rispetto ai quali il d.lgs. n. 97/2016 si limita a prevedere una differenziata attuazione del regime di pubblicazione obbligatoria di dati ed informazioni, "*in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti (…)*" (comma 1-*ter* dell'articolo 5 del d.lgs. n. 33/2013, così come sostituito dall'articolo 4 del d.lgs. n. 97/2016).

Nel limite generale della compatibilità, il nuovo articolo 2-*bis* prevede che le disposizioni del decreto legislativo n. 33/2013 sono applicabili, innanzitutto, agli enti pubblici economici e agli ordini professionali. Ciò laddove, nel previgente testo si faceva, invece, riferimento agli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati.

Il richiamo espresso agli enti pubblici economici non costituisce, tuttavia, un elemento di sostanziale novità laddove, come già evidenziato,

[30] Sulle novità introdotte dalla riforma Madia V. T. TESSARO, S. PIOVESAN, *La riforma Madia del procedimento amministrativo*, Maggioli, 2015.

[31] La necessità di una previsione normativa esplicita per le autorità portuali desta perplessità per il Consiglio di Stato – espresse nel parere allo schema di regolamento – "*considerato che la loro natura di enti pubblici non economici appare sufficientemente consolidata, e sempre per le stesse tale natura è, in ogni caso, prossima ad essere ribadita per legge con il decreto attuativo dell'articolo 8 della legge n. 124 del 2015, con il quale le autorità portuali sono destinate ad essere soppiantate dalle Autorità di Sistema Portuale (AdSP)*".

[32] Si segnala che il testo definitivo ha recepito le osservazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di regolamento in cui suggeriva, con riguardo alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, la sostituzione delle parole "ivi comprese" del testo proposto dal Governo con la parola "nonché", non facendo parte le dette autorità delle amministrazioni pubbliche come definite dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

ancorché esercenti attività di impresa, sono ormai da tempo assunti già tra i soggetti destinatari della normativa in materia di trasparenza in quanto enti che perseguono finalità pubbliche.

Sempre in quanto compatibili, "*la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni*" è applicabile, ai sensi articolo 2-*bis*, comma 2, lett. *b)*, alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 18 della l. n. 124/2015, con l'esclusione di quelle quotate, come definite dallo stesso decreto legislativo.

Il D. Lgs. 8.9.2016, n. 175 "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" (emanato in attuazione dell'art. 18 della L. 124/2015) definisce, all'art. 2, comma 1, lett. p), le società quotate come: "*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*".

Orbene, dunque, la previsione ha espressamente chiarito la non assoggettabilità alla disciplina in materia di trasparenza alle società quotate, come innanzi definite.

A tale riguardo, l'ANAC nel PNA 2016, adottato con delibera di approvazione definitiva n. 831 del 3 agosto 2016, rilevando come "*le società quotate e quelle che emettono strumenti finanziari in mercati regolamentati non sono, invece, espressamente escluse dall'applicazione del comma 3 dello stesso articolo*", perviene ad affermare che "*sarebbe plausibile, allora, ritenere che, in considerazione delle peculiarità delle società quotate dovute alla quotazione delle azioni e alla contendibilità delle società sul mercato, indice dello svolgimento dell'attività prevalentemente in regime di libera concorrenza, e valutata l'esistenza di una specifica regolamentazione di settore, le società quotate o che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati, siano considerate, ai fini della trasparenza e della prevenzione della corruzione, quali società partecipate, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di effettivo controllo pubblico o meno*".

L'affermazione contenuta nel nuovo PNA (cfr. § 3.3 "*Società in partecipazione pubblica ed altri enti di diritto privato assimilati*"), oltre a non fornire un univoco criterio interpretativo – che nonostante rischia di dar vita unicamente a difficoltà applicative per gli interpreti ed operatori – impone alcune osservazioni.

Innanzitutto, sarebbe illogico ritenere che il legislatore abbia voluto escludere l'applicabilità della disciplina per le società quotate in controllo e prevedere, invece, l'applicabilità alle mere partecipate.

Laddove, invece, se il peculiare regime cui sono soggette tali società – destinatarie di una disciplina specifica anche in materia di trasparenza - ne esclude l'applicabilità in presenza di una partecipazione pubblica di controllo, la peculiarità di tali soggetti e della loro disciplina non può non rilevare anche laddove - e a maggior ragione - la partecipazione pubblica sia di minore entità.

Invero, le caratteristiche di tali società e la loro disciplina appaiono incompatibili con l'applicazione delle previsioni in materia di trasparenza ed anticorruzione. La quotazione della società in mercati regolamentati o l'emissione di strumenti diversi dalle azioni, su tali mercati, comporta, invero, l'assoggettamento alla normativa di riferimento, anche in materia di trasparenza, e alla peculiare disciplina che regolamenta tali soggetti e le loro attività sul mercato. Trattasi, infatti, di soggetti che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio per il quale sono previste regole specifiche e severe, anche al fine di garantire la trasparenza, che devono essere inderogabilmente applicate e che consentono di assicurare il rispetto dei meccanismi che

regolano il mercato oltre che della concorrenza tra le imprese.

Con il medesimo limite generale, inoltre, la detta disciplina è applicabile alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario da pubbliche amministrazioni o in cui la totalità o la maggioranza dei titolari dell'organo di amministrazione o indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni (articolo 2-*bis*, comma 2, lett. *c*)).

Giova qui ricordare, come sopra precisato, che la previgente disciplina prevedeva quali destinatari, limitatamente all'attività di pubblico interesse, i soli enti di diritto privato in controllo pubblico, secondo la definizione data dalla stessa norma. Sull'ambito di applicazione di tale disciplina, l'ANAC, con la medesima determinazione n. 8/2015 prima citata, aveva espressamente indicato le Casse di previdenza tra gli enti privati "partecipati" ossia non in controllo pubblico, concludendo che detti enti non fossero tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione dettata dalla L. 190/2012. Né tali enti potevano dirsi destinatari diretti, come invece le società a partecipazione pubblica non maggioritaria, delle disposizioni contenute nell'art. 11, co. 3, del D. Lgs. n. 33 del 2013.

La conclusione ha trovato conferma nella recente decisione con la quale il Tar Lazio, Sezione III bis, ha affermato l'infondatezza di un ricorso in materia di accesso civico nei confronti di ENPAM (Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri) avendo il Collegio ritenuto la non applicabilità integrale della disciplina in materia di obblighi di pubblicazione sui siti *web*, in considerazione della natura di ENPAM, persona giuridica di diritto privato, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 30 giugno 1994, n. 509[33] "*non sottoposto a penetrante controllo pubblico, ma qualificabile come "ente partecipato" o al più "ente vigilato"*.[34]

Ciò posto, è di tutta evidenza che la portata innovativa dell'art. 3 del D. Lgs. n. 97/2016 non sia di poco conto: alle fondazioni o enti di diritto privato "*in controllo*" (la cui attività sia finanziata in modo maggioritario da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità o la maggioranza dei titolari dell'organo di amministrazione o indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni) viene estesa l'applicabilità della disciplina, con il solo limite della compatibilità. La disciplina è estesa, poi, *in quanto compatibile e limitatamente a dati e documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea*, anche ai soggetti di diritto privato (associazioni, fondazioni ecc.) "*che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici o nei quali sono riconosciuti alle pubbliche amministrazioni poteri di nomina di componenti degli organi di governo*".

L'assoggettamento alla disciplina, in tal caso, prescinde dal concetto di controllo o partecipazione (e/o vigilanza) e l'attenzione del legislatore si incentra sulla natura dell'attività svolta dall'ente di diritto privato.

Per i soggetti sopra elencati, dunque, l'assoggettamento alla disciplina in materia di trasparenza interessa tutte le attività esercitate e non solamente quella di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, secondo quanto disposto dal previgente comma 2, lett. *b)*, dell'articolo 11 del d.lgs. n. 33/2013.

Il comma terzo del medesimo art. 2-*bis*, come riscritto dal legislatore del 2016, infine, applica la medesima disciplina prevista per pubbliche

[33]Cfr. da ultimo: Cass. civ. Sez. lavoro, 29-10-2015, n. 22149.

[34]Tar Lazio, Sez. III bis, sent. 20.06.2016, n.07075.

amministrazioni anche "*alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici*". Per questi ultimi soggetti, tuttavia, l'applicazione integrale delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013, soggiacciono al doppio limite dell'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea contestualmente a quello della generale compatibilità.

Da quanto descritto emerge, in via generale, che le nuove disposizioni legislative si muovono secondo linee di ricostruzione della disciplina analoghe a quanto previsto nella richiamata determinazione ANAC n. 8/2015, con riguardo all'individuazione di un diverso regime di obblighi in materia di trasparenza e anticorruzione a seconda che si sia in presenza di società ed enti di diritto privato controllati e di società ed enti di diritto privato partecipati dalle pubbliche amministrazioni.

Ed infatti, nel limite comune "*in quanto compatibili*", le prime sono ora sottoposte, diversamente da quanto precedentemente previsto, a tutte le disposizioni in tema di trasparenza e non più al regime "attenuato" della legge n. 190/2012 e con riferimento a tutte le loro attività e non solamente quella di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea. Alle società partecipate, invece, le misure contenute nel d.lgs.n.33/2013 sono applicabili *tout court* ma limitatamente - qui risiede la differenza - ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

Il D. Lgs. n. 97/2016, ha introdotto, altresì, con il Capo II, alcune modifiche alla L. 190/2012.Ed infatti, come noto, la L.190/2012 ha dettato, disposizioni in materia di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, introducendo e disciplinando una serie di misure tra cui, a livello decentrato, l'adozione del P.T.P.C. e la nomina del Responsabile della prevenzione della corruzione. Il legislatore ha posto tali adempimenti a carico delle amministrazioni (centrali ed enti locali) stabilendo, peraltro, che sia l'organo di indirizzo politico a nominare il Responsabile *di norma, tra i dirigenti amministrativi di ruolo di I fascia in servizio* e, negli enti locali, *di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione* (art. 1, co. 5 - 8). Tali previsioni, integrate dal D. Lgs. n. 97/2016 (art. 41), mantengono, comunque, inalterata l'attribuzione all'organo di indirizzo del compito di individuare il responsabile tra i dirigenti di ruolo in servizio delle amministrazioni e, per gli enti locali, nel segretario o nel dirigente apicale.

Con l'art. 41 del D. Lgs. 97/2016 è stato, poi, inserito, dopo il comma 2 dell'art. 1 L. n. 190/2012, il comma 2-bis che dispone "*Il Piano nazionale anticorruzione è adottato sentiti il Comitato interministeriale di cui al comma 4 e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il Piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente. 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."

La norma prevede, dunque, che siano le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co.2, D. Lgs. n. 165/2001 ad adottare i piani triennali di prevenzione della corruzione mentre gli altri soggetti individuati nell'art. 2-bis, comma 2, del D. Lgs. n. 33/2013 (enti pubblici economici ed ordini professionali; società in controllo pubblico; altri enti di diritto privato che presentino gli indici del controllo pubblico, come innanzi individuati) sarebbero tenuti ad adottare misure di prevenzione integrative di quelle previste ai sensi del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Alcun onere, invece, - nemmeno in tali ultimi termini (integrazione modello ex. D. Lgs. n. 231/2001) - è previsto per i soggetti di cui al comma 3 dell'art. 2-bis D. Lgs. n. 33/2013.

La previsione normativa è richiamata anche nel PNA 2016, adottato dall'ANAC con delibera del 3 agosto 2016: in tale atto– che l'Autorità definisce atto generale di indirizzo – l'ANAC ribadisce le considerazioni svolte nelle Linee Guida 2015, affermando, con riferimento ai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 2-bis D. Lgs. 33/2013, che le amministrazioni partecipanti o che siano collegate a detti soggetti in relazione alle funzioni amministrative o ai servizi pubblici da essi svolti ovvero all'attività di produzione di beni o di servizi dovrebbero - per i soggetti indicati nel comma 3 diversi dalle società - "*promuovere l'adozione di protocolli di legalità che disciplinino specifici obblighi di prevenzione della corruzione e, laddove compatibile con la dimensione organizzativa, l'adozione di modelli come quello previsto nel d.lgs. 231/2001*".[35]

Per completezza si segnala, brevemente, tra le novità introdotte dal d.lgs. n. 97/2016, quelle concernenti l'ambito oggettivo di applicazione della normativa e l'accesso civico.

Con riferimento al primo, si osserva come il decreto in esame ha modificato l'art 1, comma primo, del d.lgs. n. 33/2013 stabilendo espressamente che al fine di "*tutelare i diritti dei cittadini e promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa*" deve essere garantita l'accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle PA, dunque non limitando più l'accessibilità alle sole "*informazioni relative all'organizzazione e all'attività delle PA*".

Con riguardo all'istituto dell'accesso civico, invece, le modifiche apportate sembrano ricalcare a tutti gli effetti il c.d. *Freedom of Information Act* (F.O.I.A.)[36] proprio dei sistemi anglosassoni: come ha avuto modo di osservare lucida dottrina, con l'introduzione dell'accesso civico il legislatore ha perseguito l'obiettivo di un passaggio da un regime fondato sul "*need to know*" a uno basato sul "*right to know*"[37].

[35] Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016 (Delibera n. 831), Parte Generale, Premessa, § 3.3.

[36] Negli Stati Uniti esiste da tempo un regime di accesso *open to all*, generalizzato, in cui tutte le informazioni amministrative sono accessibili da "chiunque" senza bisogno di una particolare legittimazione, ma sempre su iniziativa dell'interessato, salvo le informazioni espressamente escluse dalla legge (*exemptions*). In argomento cfr. G. ARENA, *La "Legge sul diritto alla informazione" e la pubblicità degli atti dell'Amministrazione negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 279; G.F. FERRARI, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, p. 117 ss.; G. GARDINI, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Reg. gov. loc.*,1992, p. 757; G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 1 ss.; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni diffuse dalle amministrazioni negli Stati Uniti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1232 ss.; N. TURCHINI, *Trasparenza e accesso nell'esperienza inglese*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 499 ss. e, più ampiamente, P. BIRKINSHAW,*Government & Information: The Law Relating to Access, Disclosure and theirRegulation, Haywards Heath*, Tottel Publishing, 2005

[37] È stato in particolare evidenziato, a ridosso dell'entrata in vigore del decreto, che "*si sarebbe verificato il passaggio da un sistema che consente l'accesso agli atti amministrativi in ragione di proprie specifiche esigenze* (need to know*) a un sistema, analogo a quello previsto, ad esempio, dal* Freedom of

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dalla versione vigente dell'articolo 5 del d.lgs. n. 33/2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione, ma anche ai dati e ai documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve comunque fornire al richiedente.

Infine, il nuovo accesso civico si distingue dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della l. n. 241/1990. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, la richiesta di accesso non richiede alcuna qualificazione e motivazione, per cui il richiedente non deve dimostrare di essere titolare di un «*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*», così come stabilito, invece, per l'accesso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo.

Dal punto di vista oggettivo, al contrario, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico risultano più ampi e incisivi rispetto a quelli indicati dall'articolo 24 della l. n. 241/1990, consentendo alle amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici generali[38].

La differenza tra i due istituti viene anche da una recente pronuncia del Consiglio del Stato nella quale di legge che " *[..] il c.d. "accesso civico", consistente in una richiesta - che non deve essere motivata - di effettuare tale adempimento, con possibilità, in caso di conclusiva inadempienza all'obbligo in questione, di ricorrere al giudice amministrativo, secondo le disposizioni contenute nel relativo codice sul processo (d.lg. 2 luglio 2010 n. 104). Diversamente, l'accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli art. 22 ss. della l. 7 agosto 1990 n. 241 è riferito, invece, al "diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi", intendendosi per "interessati....tutti i soggetti....che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"; in funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata..*"[39].

Si precisa, in aggiunta, che l'accesso è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali (comma 3, art. 5-*bis*, lgs. n. 33/2013).

Non è chiaro, tuttavia, quali siano le modalità mediante le quali debba effettuarsi il bilanciamento delle posizioni coinvolte considerando

Information Act *(FOIA) statunitense, che garantisce all'intera collettività il diritto di conoscere gli atti adottati dalla pubblica amministrazione in funzione di controllo generalizzato da parte dell'opinione pubblica e di piena realizzazione del principio di trasparenza* (right to know)". V. L. CESTARO, *Accesso civico: verso il superamento dell'accesso procedimentale?*, in "Altalex", Esami e concorsi, n. 5/2013. Tali considerazioni, in accordo con altra parte della dottrina che si è espressa immediatamente dopo l'entrata in vigore del decreto e con l'evoluzione normativa successiva, sembrano potersi e doversi ridimensionare

[38] Ai sensi del comma 2, art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 come riformulato dal d.lgs. n. 97/2016, tali interessi attengono alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari , alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità finanziarla ed economica dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento, al regolare svolgimento di attività ispettive.

[39] Consiglio di Stato, sez. VI, 20/11/2013, n. 5515.

che, da un lato della bilancia, si configurano alcuni interessi privati come quello di tutela della *privacy*; dall'altro, una istanza priva di puntuale motivazione, in quanto frutto di un interesse generale del cittadino volto a favorire " *forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*" (comma 2, art. 5, d.lgs. n. 33/2013).
Si tratta sicuramente, come si legge nel parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 sullo schema di decreto, di "*un delicato, e sicuramente apprezzabile, lavoro di bilanciamento di interessi contrapposti, o comunque non sempre collimanti, la cui riuscita potrà essere valutata, tuttavia, solo in un tempo medio-lungo*".
Concludendo, è possibile osservare come sicuramente la trasparenza costituisca il mezzo privilegiato dal legislatore nella lotta alla corruzione.
Il concetto di trasparenza ha subito negli anni una evidente metamorfosi: esso, invero, ha assunto una portata sempre più ampia riferendosi non più ai soli obblighi procedimentali previsti nella l. n. 241/1990, ma all'intera azione amministrativa.
La trasparenza, dunque, assume una valenza nuova e inedita: essa diventa un ponte di collegamento finalizzato alla creazione di una relazione paritaria tra il soggetto pubblico e cittadini, al fine di rompere il muro di segretezza dietro il quale l'amministrazione censura la propria attività[40].
La trasparenza, in questa nuova accezione, risponde a diverse finalità: essa non solo tutela il principio democratico dell'azione amministrativa favorendo la partecipaizone ma contribuisce, inoltre, a raggiungere obiettivi ulteriori come il controllo sull'operato dell'amministrazione.

Tali scopi, tuttavia, spesso sembrano trovare una forte battuta d'arresto nell'ipertrofia legislativa che affligge il nostro ordinamento. La disciplina in materia di trasparenza, invero, è il prodotto di una complessa stratificazione normativa, a tratti nebulosa e contraddittoria.
Non sorprende, quindi, che spesso il legislatore sia intervenuto mosso dall'esigenza di un riordino della materia. I sempre più numerosi e ridondanti[41] obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa sulla trasparenza, infatti, hanno spinto parte della dottrina a parlare di "*inutili oneri burocratici*"[42]. Inoltre, la veridicità di questo assunto, risulta da ultimo confermata dall'art. 7 della l. n. 124/2015 rubricato proprio "*Revisione e esplicazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*".
Ciò in quanto, si è osservato, operare solo sul lato della pubblicità e trasparenza, senza al contempo prevedere un'effettiva semplificazione delle norme, rischia di prospettare una soluzione solo parziale al problema della corruzione offrendo al cittadino una fotografia più nitida

[40] A. M. BONOMO, *La trasparenza amministrativa: riflessioni di diritto comparato*, Annali della facoltà di Giurisprudenza di Taranto, Anno I, n. 2, pag. 55.

[41] Già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 33/2013, la CiVIT aveva segnalato la necessità di semplificare rispetto ai numerosi obblighi di trasparenza, ammontanti quasi a un centinaio e stratificatisi nel tempo. Così nel Rapporto "Per una semplificazione della trasparenza: esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza ed integrità, che presenta i risultati della consultazione pubblica effettuata dalla CiVIT tra settembre e inizio novembre 2012 con gli OIV, i Responsabili della Trasparenza dei ministeri e degli enti pubblici nazionali e le associazioni rappresentate nel CNCU e nel CNEL sui 96 obblighi di pubblicazione censiti a luglio 2012, cfr. www.anticorruzine.it.

[42] V. B.G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo, n. 5/2015*, p. 624 secondo il quale l'obiettivo della legge delega è appunto quello di "*rivedere gli strumenti di politiche più recenti, come […] la trasparenza amministrativi, che sono stati definiti proprio ignorando il principio di semplificazione e gravando le amministrazioni e i privati di inutili oneri burocratici*".

ma il cu soggetto continuerà ad essere sfocato e di difficile lettura[43].

Tra le varie finalità che il legislatore dimostra di volere perseguire attribuendo al cittadino il ruolo di supervisore dell'operato della pubblica amministrazione, vi è certamente quello di porre sotto stretta osservazione il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità in quanto "*se tutti possono vedere come le risorse pubbliche vengono utilizzate, vi è un disincentivo ad abusarne*"[44].

L'intenso legame che caratterizza la trasparenza e la repressione di fenomeni di *maladministration* si manifesta in tutta la sua chiarezza nella *ratio* dei vari interventi normativi che hanno provveduto, in maniera sempre maggiore, ad ampliare il novero dei soggetti destinatari degli obblighi di pubblicità e le informazioni che questi devono rendere note.

L'impianto complessivo delle riforme, ivi compresa la recente c.d. "legge Madia" e i relativi provvedimenti attuativi, merita complessivamente – al di là delle evidenziate carenze sul piano della tecnica legislativa e del principio di chiarezza dei testi legislativi (carenze ormai comuni a quasi ogni intervento normativo nel nostro Paese) – un giudizio positivo alla luce delle prioritarie esigenze di tutela sottese all'insieme delle disposizioni.

Si è già, peraltro, più sopra fatto cenno a taluni profili critici in ordine ai destinatari soggettivi delle norme.

Siamo indubbiamente di fronte ad una vistosa espansione dell'applicazione degli obblighi normativi prescritti dalla disciplina in materia, in ispecie per quanto attiene alla normativa in tema di trasparenza, anche a soggetti privati: ciò con particolare riguardo alle società a partecipazione pubblica, che hanno veste giuridica di società disciplinate dal codice civile, ma una partecipazione al capitale di amministrazioni pubbliche.

E' evidente che in proposito si impone una distinzione preliminare: possiamo anzitutto escludere dalle valutazioni che ne occupano le società c. d. *in house*, caratterizzate cioè dalla partecipazione totalitaria della P.A. o di soggetti ed enti pubblici, con ulteriori elementi organizzativi e gestionali che rendono il soggetto in esame una sorta di appendice operativa della stessa amministrazione[45]. La natura e le caratte-

[43] In questo senso A. MUCCI, D.P. PETRALIA, *Il principio di trasparenza tra ipertrofia regolamentare e debolezze del controllo sociale: il caso degli obblighi pubblicitari nel settore dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo.

[44] V. B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia* , in *Giornale di diritto amministrativo*, *n. 2/2013*, pp. 127-128.

[45] L'espressione *in house providing* identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della Pubblica Amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquisire un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato. Prima delle recentissime Direttive nn. 2014/24/UE, 20014/23/UE e 2014/25/UE, il fenomeno delle società in house non trovava una esplicita disciplina positiva qualificandosi, piuttosto, quale istituto di matrice giurisprudenziale. A partire dalla sentenza Teckal, la giurisprudenza comunitaria ha individuato le condizioni necessarie affinché si possa legittimamente derogare alla gara pubblica identificandole in due capisaldi: l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; la necessità che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente committente che lo controlla. L'individuazione del preciso contenuto semantico dell'espressione "controllo analogo" è stata oggetto di plurimi pronunciamenti della Corte di Giustizia. Già nella sentenza Teckal la Corte fornisce una prima definizione di "controllo analogo" quale "*rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione […] che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione*". La società *in house* deve, quindi, qualificarsi come *longa manus* dell'Amministrazione aggiudicatrice: ed infatti, le S.U. della Corte di Cassazione, con sentenza n. 26283/2013, hanno chiarito come "*Le società in house hanno della società solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi*".

ristiche del fenomeno del c. d. *in house providing* consentono certamente di ritenere immune da critiche l'assoggettamento di tali società alle medesime regole che disciplinano la pubblica amministrazione *dominus*, e pertanto nessuna obiezione può rivolgersi alla applicazione rigorosa delle norme in tema di trasparenza.

Ma la categoria delle società a partecipazione pubblica comprende anche altre(e più numerose) ipotesi di soggetti societari, nei quali difettano i requisiti dell' *in house*, ovvero le quote di capitale in capo a P. A. o enti pubblici non sono totalitarie, e sovente neppure maggioritarie.

Tali società, poi, in linea tendenziale dovrebbero operare secondo logiche imprenditoriali, e in una serie crescente di casi anche sul mercato (e sovente anzi in mercati assai competitivi).

In dette ipotesi sorge quindi un problema dalla applicabilità di norme e regole dettate per amministrazioni ed enti pubblici. I soggetti, privati sul piano giuridico formale e in molti casi anche sostanziale, sono chiamati ad operare con appesantimenti procedurali e regolamentari, di organizzazione e gestionali, non applicabili alle altre imprese che operano sul medesimo mercato.

E non può nascondersi il rischio che si ingeneri, di tal guisa, una lesione del principio di concorrenza, ponendosi tali soggetti in una situazione di disparità di trattamento rispetto ad altri soggetti imprenditoriali che pure sul mercato operano senza, tuttavia, sottostare a vincoli quali quelli di cui al d.lgs. n. 33/2013.

Principio di concorrenza che, si ricorda, trova un'espressa tutela, a livello di legislazione nazionale nella l. n. 287/1990, con cui è stata istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e a livello di normativa europea, agli

---

Nel panorama appena descritto che si inseriscono le direttive 2014/ 24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) – che sostituiscono le Direttive 2004/18/CE 2004/17/CE – e 2014/23/UE13 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, pubblicate in GUCE in data 28 marzo 2014. Le direttive forniscono, per la prima volta, la disciplina positiva dell'*in house providing*stabilendo che l'appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato può essere sottratto alle regole dell'evidenza pubblica ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di che trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Con le direttive del 2014 il Legislatore traduce in norme le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, confermando, *in primis*, il requisito del controllo analogo.Quanto al requisito della totalità del capitale in mano pubblica, poi, le Direttive citateintroducono una sostanziale novità: è ammessa la compatibilità con il modulo dell'*in house providing* della presenza di capitale privato, purché operata con modalità tali da escludere che il socio privato possa esercitare un'influenza dominante sulla persona giuridica affidataria. Infine, ulteriore requisito per il legittimo ricorso all'*in house providing*, è costituito dalla c.d. attività prevalente, che si sostanzia nella necessità che l'affidatario svolga la più parte della propria attività in favore dell'ente che lo controlla. Oggi è normativamente previsto che tale condizione è da ritenersi soddisfatta ove oltre l'80% dell'attività del soggetto affidatario *in house* sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'Amministrazione affidante.

Da ultimo, il Consiglio di Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154 ha ribadito che**:** «*I requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale perché possa farsi luogo ad affidamento in house sono: la totale partecipazione pubblica con divieto di cedibilità a privati; l'esclusività (destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante); il controllo analogo (esercizio di influenza decisiva sugli indirizzi strategici e sulle decisioni significative del soggetto affidatario, tale da escludere la sostanziale terzietà dell'affidatario rispetto al soggetto affidante)*».

artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento del diritto dell'Unione europea che consentono alle imprese di competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri, assicurando la concorrenzialità dei loro prodotti e servizi. E comunque, prima ancora, nella nostra Costituzione, in particolare agli articoli 41 e 43.

La tematica, del resto, si pone su un piano più generale, che trascende anche la specifica materia della normativa in tema di trasparenza e anticorruzione, qui in esame. Si sconta, in tali fattispecie, una contraddizione interna all'ordinamento, che da un lato consente (e ha anzi per lungo tempo incentivato) il ricorso a strutture privatistiche pure per la realizzazione di interessi generali e lo svolgimento di servizi pubblici anche a contenuto imprenditoriale, dall'altro disciplina poi i relativi soggetti operativi estendendo ad essi regole e garanzie proprie delle pubbliche amministrazioni.

La *ratio* di tale distonia risale a ragioni note e certamente rilevanti: nella prassi applicativa, società di diritto privato e soggetti imprenditoriali sono divenuti strumento elusivo delle regole di buona amministrazione, o addirittura creati o sviluppati al fine di evitare la applicazione della normativa pubblicistica. A reazione nei confronti di tale fenomeno, la sempre più estesa e penetrante tendenza dell'ordinamento (così come della giurisprudenza) a considerare tali soggetti come privati solo da un punto di vista formale, restando nella sostanza gli attratti dalla disciplina pubblicistica.

Anche se con ogni probabilità i tempi non sono maturi, appare tuttavia necessario che si pervenga - quando possibile - ad un superamento di questa situazione che si presenta oggettivamente come anomala sul piano ordinamentale, e frutto di una emergenza istituzionale quale quella che il Paese vive nella percezione e realtà di malaffare e malcostume amministrativo.

Due potranno essere le linee da seguire per ricondurre a normalità la vicenda: da un alto una distinzione attenta dei fenomeni complessivamente riconducibili alla categoria delle società a partecipazione pubblica, sfrondandone il numero ed individuando con rigore i presupposti di utilità generale e i limiti di utilizzo dell'istituto. E in tal senso già la legge qui in esame, e le sue applicazioni, portano un importante contributo di razionalizzazione del sistema.[46]

Dall'altro lato, per le società che residueranno, una forte valorizzazione delle regole civilistiche, che prevedono rimedi e regole di garanzia penetranti e consistenti, ove correttamente applicati . Si pensi al regime di responsabilità degli amministratori disciplinato dal codice civile, che il giudice civile può ben conoscere con esperienza e competenze certo non inferiori a quello contabile, ove si tratti di valutare attività e comportamenti di gestori di realtà soggettive private. Occorre pervenire, in prospettiva, ad un regime delle società commerciali che prescinda dalla natura del socio (pubblica o privata). A tal fine occorre partire ovviamente dal

[46] Ed infatti, l'art. 18 della l. n. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, delega il governo a provvedere al riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche "*al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori*". Inoltre, il D.lgs. n. 175/2016, in attuazione della delega, all'art. 2, lett. n), definisce la "società a partecipazione pubblica come"*le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*". Il successivo art. 3, poi, nell'individuare i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica, dispone che: "*Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società', anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa. Nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore. Nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale*".

contenimento del fenomeno del proliferare delle società pubbliche, e dalla razionalizzazione dell'utilizzo dell'istituto, che deve essere limitato ai solo casi in cui lo strumento privatistico effettivamente meglio risponda alla esigenza di perseguire finalità di interesse generale. Se si avrà la forza di raggiungere una ottimizzazione del fenomeno, cadranno anche le resistenze culturali dell'ordinamento e del mondo giuridico, che ad ora – e non senza ragioni stante l'abuso dello strumento societario sin qui verificatosi – ancora inclinano ad una disciplina delle società a partecipazione pubblica che talora si giustappone e talora si affianca al codice civile, creando indubbiamente una distonia.