

I nuovi caratteri dell'azione amministrativa liberalizzata tra tutela della concorrenza, obblighi di trasparenza e corretta gestione delle risorse pubbliche

Innanzitutto un ringraziamento sentito per l'invito agli organizzatori di questo Congresso, in particolare all'Unione Provinciale degli Enti Locali e al Consigliere Stefano Glinianski.

Gli interventi che mi hanno preceduta – e segnatamente la relazione introduttiva del Presidente Pajno - hanno già evidenziato alcuni temi centrali legati ai recenti interventi di riforma della pubblica amministrazione: dall'esigenza di conformare l'azione amministrativa a modelli di gestione semplificata alla corretta e razionale gestione delle risorse pubbliche.

Nel disegno riformatore assume un ruolo strategico il principio di trasparenza inteso come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati e favorire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Fin da subito, vale la pena sottolineare come la trasparenza si declina, in primo luogo, come esigenza di semplificazione normativa.

Infatti, le strategie precauzionali per sbarrare la strada alla corruzione si basano su una architettura costruita su regole chiare e semplici.

Le Autorità Amministrative Indipendenti e segnatamente l’Autorità Nazionale Anticorruzione, che ho l’onore di rappresentare, nello svolgimento della fondamentale funzione regolatoria sono chiamate ad elaborare testi comprensibili, non opachi e di facile interpretazione.

Si tratta di un tema di particolare importanza, affrontato a livello comunitario e sovranazionale e sul quale si è soffermato in diverse occasioni anche il Consiglio di Stato.

Ed invero, in linea con i nuovi orientamenti della *better regulation*, gli obiettivi della chiarezza, comprensibilità, sistematicità e della tendenziale stabilità normativa in un determinato settore dell’ordinamento non si limitano soltanto alle fonti di primo grado ma costituiscono principio generale, valendo anche per la normazione di carattere secondario.

Da ultimo, proprio con riferimento al rispetto del principio di stabilità dell’ordinamento giuridico il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare il principio secondo cui *“occorre assicurare che le norme abbiano un tempo ragionevole di applicazione e di assimilazione, consentendo agli operatori di adeguarsi ad esse. Continui cambiamenti non giustificati da un effettivo riscontro nella pratica nuocciono alla certezza delle regole, alla stabilità del quadro regolatorio, alla efficienza di amministrazioni e imprese”*. (testualmente il Consiglio di Stato nel parere n.782 del 30 marzo 2017). In altre parole, si tratta di applicare alla funzione normativa il principio di trasparenza.

Il nuovo scenario normativo risponde ad una scelta culturale di maggiore adattabilità alle esigenze del mercato, in vista del perseguimento dell'obiettivo di una regolamentazione di qualità e nello stesso tempo semplice e comprensibile.

In una parola si declina nel campo della regolazione il principio della trasparenza. La semplificazione effettiva del quadro normativo si ottiene migliorando la qualità della tecnica linguistica seguita, attraverso testi chiari, comprensibili, non opachi, di facile interpretazione.

La trasparenza si ottiene altresì attraverso l'applicazione del divieto del "gold plating", cioè il divieto di introduzione e di mantenimento di un livello di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalla normativa comunitaria in materia di appalti e concessioni. Infatti, un sistema connotato da un'iperregolazione genera nell'operatore economico e nel cittadino confusione e sfiducia e contribuisce ad aumentare l'incertezza circa l'esatta applicazione della norma.

Per assecondare la nuova tendenza verso la semplificazione del quadro normativo, l'Autorità Nazionale Anticorruzione è chiamata a porre in essere l'attività di regolazione nel rispetto delle attribuzioni che il nuovo codice degli appalti gli conferisce, poiché il criterio della competenza vuole che le singole fonti di produzione intervengano esclusivamente negli ambiti assegnati alla loro cura dalla fonte legislativa.

La formazione degli atti di regolazione avviene attraverso una interlocuzione continua con gli *stakeholders*. Al criterio verticale,

tratto tipico delle fonti del diritto, si preferisce quello della “*circularità*” in cui la consultazione sistematica rappresenta una “forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati”.

In tal modo, sebbene la *soft regulation* rappresenti una tipologia poco conosciuta al nostro sistema delle fonti, “*in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale*”, l’osservanza di specifiche modalità procedimentali mira proprio a soddisfare l’ulteriore finalità di offrire elementi istruttori e motivazionali per l’adozione finale del provvedimento regolatorio proprio sul crinale del principio di trasparenza.

Si modellano nuovi istituti che servono a riempire il “fossato” tra le Autorità di regolazione, amministrazioni ed operatori del settore, in cui anche il linguaggio semplice e diretto, utilizzato per la scrittura delle linee guida sembra costituire un segnale non indifferente di evoluzione di un iter procedimentale ispirato al principio della più ampia partecipazione democratica.

In termini semplici, si utilizza uno strumento fondamentale per arricchire di ulteriori elementi la base conoscitiva dell’attività di regolazione e coinvolgere i soggetti interessati nell’approvazione dei provvedimenti regolatori.

La preparazione di tali atti avviene attraverso un percorso in divenire che consente di tener conto delle diverse sollecitazioni provenienti dai portatori del diritto.

La fase di “attenzione” è destinata a svolgere un ruolo essenziale, finendo per legarsi alla natura dell’Autorità Anticorruzione,

rafforzandone dal basso fondamento e legittimazione, quasi a recuperare quella “fetta” di separatezza che essa, per naturale vocazione, sconta, al pari delle altre Autorità Amministrative Indipendenti.

Tali forme di “ascolto” dei portatori di interesse non costituiscono una relazione di tipo collaborativo meramente formale che rischierebbe di rimanere fine a sé stessa, piuttosto, rappresentano il presupposto di un conseguente obbligo di valutazione da parte dell’Autorità dei contributi pervenuti, potendo risultare utile anche un supplemento di consultazione se il testo finale dovesse contenere modifiche rispetto a quello presentato nella prima fase.

Si realizza un modello di *better regulation*, attraverso un percorso trasparente e democratico, ove non residua spazio per l’autoreferenzialità tipica dei procedimenti legislativi, ed il confronto con imprese e amministrazioni conduce alla costruzione di un sistema condiviso di regole.

Così le Autorità Anticorruzione è capace di mettere in campo strumenti importanti per promuovere la regolazione, migliorare la qualità delle regole sia dal punto di vista formale, garantendone chiarezza, comprensibilità e accessibilità, utilizzando un linguaggio snello e semplice, in una parola trasparente, sia dal punto di vista sostanziale, adottando buone regole, capaci di disciplinare in modo adeguato il caso concreto.

Anche l’esperienza internazionale insegna che il successo effettivo di una riforma ordinamentale richiede l’impegno

sinergico di amministratori pubblici, operatori economici, imprese, istituzioni per riattivare il circuito della fiducia e dell'etica della responsabilità, in cui ciascuno è chiamato a svolgere la propria parte secondo i principi di affidamento, correttezza e buona fede.

La rispondenza delle regole alle reali esigenze del mercato costituisce, infatti, l'esito di un percorso complesso nel quale attività culturale e pedagogica costituiscono la base per l'effettiva accettazione delle stesse.

La trasparenza si afferma finalmente come valore "trasversale" che permea di sé l'ordinamento giuridico e si può annoverare fra i diritti fondamentali contenuti nell'art. 2 della Costituzione, divenendo qualcosa che si espande oltre il procedimento e l'organizzazione amministrativa.

Il decreto legislativo n.97 del 2016 consegna ai cittadini un diritto di partecipazione ai processi decisionali. Anche in capo ad Anac grava un vero e proprio obbligo di assicurare l'accessibilità delle informazioni ad una pluralità indeterminata di soggetti e di diffonderle attraverso i propri siti istituzionali.

La trasparenza, così, si pone al tempo stesso sia come fine per garantire la partecipazione all'azione amministrativa, sia come mezzo per scongiurare la violazione delle regole di concorrenza ed evitare l'evento corruttivo.

Si tratta di una aspirazione antica, secondo la frase pronunciata da Filippo Turati nel 1901, di rendere l'amministrazione come una "*casa dalle mura di vetro*", aperta e inclusiva, in cui le istituzioni

forniscono le informazioni ai cittadini a prescindere da un loro interesse giuridicamente rilevante.

La previsione contenuta nell'art. 97 della Costituzione, laddove impone che sia garantito il rispetto dei canoni di buon andamento ed imparzialità nell'azione amministrativa, si colloca al centro di una cornice ordinamentale in cui il diritto alla conoscibilità è presupposto ineliminabile per una collaborazione consapevole di tutti i consociati alla cura dell'interesse generale.

Il diritto alla trasparenza costituisce una compiuta declinazione dell'art. 117, 2° comma, lettera m) della Costituzione, integrando *“l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione”*.

La trasparenza assume i contorni di un nuovo diritto di cittadinanza: l'accessibilità totale e gli open data costituiscono l'ultimo traguardo della democrazia partecipativa in cui i cittadini interagiscono in maniera consapevole con le istituzioni.

Il principio di trasparenza assume nella fase odierna del nostro Paese una dimensione particolarmente pregnante, sol che si rifletta sulla circostanza che esso rappresenta una declinazione della stessa concezione liberaldemocratica degli Stati contemporanei. Esso si pone quale presupposto della disposizione contenuta nell'art. 1 della Costituzione, diretta conseguenza del principio di sovranità popolare.

La spettanza della sovranità al popolo esige strumenti che rendono effettiva la partecipazione dei cittadini alle scelte politiche fondamentali che non possono esaurirsi nella selezione dei rappresentati nei vari livelli di governo, ma consentire, altresì, una conoscenza e dunque una valutazione sull'operato degli stessi.

Ebbene, l'inveramento di tale processo è possibile se le scelte politico amministrative non costituiscono obiettivi predeterminati ma rappresentano il frutto di una serie di valutazioni progressive in cui sono chiamati ad intervenire i componenti della comunità.

Attraverso un processo decisionale visibile, che avviene "sotto i riflettori", è possibile realizzare il metodo di partecipazione, in cui la trasparenza diviene il crocevia, intersecando diritti partecipativi ed esigenze di prevenzione dei fenomeni di corruzione.

La trasparenza disvela le sue potenzialità, quale punto di congiunzione tra molteplici valori di rango costituzionale quali il buon andamento, l'imparzialità, il principio di legalità sostanziale e, primo fra tutti, il diritto di partecipazione democratica.

Si assiste ad un vero e proprio salto di qualità del principio di trasparenza, chiamato a svolgere un compito ancor più penetrante e delicato, non esclusivamente di controllo sociale diffuso da parte dei cittadini su chi esercita pubbliche funzioni, sui risultati raggiunti e sull'impiego delle risorse umane ed economiche, ma innanzitutto proiettato ad incentivare il diritto di

effettiva partecipazione democratica ai sensi delle previsioni contenute negli art. 1 e 2 della Costituzione italiana.

Infatti, nelle nuove forme di democrazia partecipata l'interesse pubblico non nasce "preconfezionato" ma si compone attraverso fasi procedurali complesse, cui sono chiamati a prendere parte attivamente i componenti della comunità.

Si tratta di far emergere gradualmente diversi interessi e aspettative, rendendoli visibili, e di trarre attraverso le fasi di formazione dell'atto amministrativo la sintesi, con il minor sacrificio possibile di ciascuno di essi e la più ampia soddisfazione degli stessi, nell'interesse collettivo e con l'uso razionale delle risorse. La selezione dell'interesse pubblico diviene, così, un incontro di volontà tra istituzioni e cittadini, produzione di una scelta condivisa, attraverso un percorso decisionale trasparente e democratico.

La trasparenza è il mezzo per promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, come viene espressamente ricordato nell'art. 1 del novellato d.lgs.33/2013.

Proprio nel solco del principio di trasparenza l'elaborazione delle fonti regolative avviene attraverso una interlocuzione costante con gli *stakeholders*. Così, al criterio verticale, tratto tipico delle fonti del diritto, si preferisce quello della circolarità in cui la consultazione sistematica con i portatori di interessi rappresenta una *"forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati"*.

La trasparenza si presenta, dunque, quale misura dell'amministrazione pubblica ai fini dell'attuazione di principi costituzionali quali l'eguaglianza, l'imparzialità, il buon andamento, la responsabilità, l'efficacia e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, l'integrità e la lealtà nel servizio della Nazione, come viene sottolineato nel 2 comma dell'art. 1 del d.lgs. 33/2013.

L'accesso generalizzato, nel rispetto degli altri interessi pubblici e privati costituzionalmente rilevanti, è esso stesso diritto che si sostanzia nella pretesa di chiunque di conoscere i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

L'innalzamento dei livelli di trasparenza consente un controllo sociale diffuso sull'operato della pubblica amministrazione, sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. Gli ordinamenti con sistemi di trasparenza all'avanguardia hanno tassi di corruzione e di *maladministration* sensibilmente più bassi di altri in cui la disciplina di accessibilità delle informazioni risulta essere arretrata.

L'incontro di oggi merita apprezzamento anche nella prospettiva di intensificare i momenti di riflessione e ascolto reciproco tra tutti i soggetti che saranno, in futuro, sempre più chiamati a fare un lavoro di squadra.

In conclusione, mi sembra come anche questa giornata di riflessione abbia dimostrato la particolare sensibilità istituzionale dei diversi attori pubblici e privati su temi che, lungi dall'essere

settoriali, si affermano come di carattere generalissimo, costituendo raffinata tessitura sulla trama dei principi costituzionali dell'eguaglianza, della libera concorrenza, della solidarietà, del buon andamento e della imparzialità della P.A.

Ida Angela Nicotra

Professore Ordinario Diritto Costituzionale Università di Catania

Componente Autorità Nazionale Anticorruzione

pubblicato il 13 Maggio 2017