



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI**  
**TESI DI DOTTORATO DI RICERCA**  
**IN DIRITTO DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA**  
**INFORMATIZZATA E DELLA COMUNICAZIONE PUBBLICA**  
**Ciclo XXIV**

**Siti istituzionali e trasparenza:**  
**dalla legge 241/90 alla legge 69/2009 e alle riforme**  
**del Codice dell'amministrazione digitale**  
**IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**Tutor/Relatore:**

**Prof. Enrico Carloni**

**Coordinatore Dottorato:**

**Prof.ssa Paola Piras**

**Tesi di Dottorato di:**

**Roberto Sanna**

**ANNO ACCADEMICO 2010/2011**



*Desidero ringraziare... Professor Pubusa per la grande disponibilità e stima sempre dimostratemi ed inoltre la Dott.ssa Puddu, il Dott. Tatti e il Dott. Marongiu per i preziosi consigli. Inoltre, un particolare ringraziamento al Professor Carloni per gli ottimi suggerimenti scientifici che hanno guidato questo lavoro. Un particolare ringraziamento va poi alla Prof.ssa Piras per la ricchezza delle attività di questo Dottorato che hanno contribuito ad arricchire il mio bagaglio culturale e scientifico.*



# INDICE

## **Capitolo Primo La trasparenza dalle origini alla Costituzione Repubblicana**7

1. <i>Etimologia del termine trasparenza e difficoltà operative</i> .....	7
2. <i>Alla ricerca delle origini storico-filosofiche della trasparenza: tra Rousseau e Kant</i> ....	10
3. <i>L'altra faccia della trasparenza: il segreto nell'Italia preunitaria</i> .....	22
4. <i>Evoluzione del segreto nell'Italia unita ante Costituzione</i> .....	31
5. <i>Principi del diritto amministrativo. Gian Domenico Romagnosi e la trasparenza</i> .....	42
6. <i>La Costituzione italiana non cita espressamente la trasparenza</i> .....	45
7. <i>Costituzione rigida ma principi costituzionali elastici</i> .....	49
8. <i>Trasparenza quale espressione del principio democratico</i> .....	51
9. <i>Il principio di trasparenza quale libertà di manifestazione del pensiero</i> .....	54
10. <i>Trasparenza tra diritti politici e rapporti tra potere legislativo ed esecutivo</i> .....	56
11. <i>Trasparenza e diritti di associazione e riunione</i> .....	59
12. <i>Trasparenza negli artt. 97 e 98 della Costituzione</i> .....	61

## **Capitolo Secondo La via italiana alla trasparenza: dal modello americano alle contraddizioni legislative del 2005**.....71

1. <i>Individuazione della nozione di pubblicità amministrativa degli atti</i> .....	71
2. <i>Compatibilità tra segreto d'ufficio e principio di pubblicità</i> .....	72
3. <i>Differenza tra pubblicità e trasparenza</i> .....	73
4. <i>Perché investigare sul principio di pubblicità</i> .....	79
5. <i>Derivazione costituzionale del principio di pubblicità</i> .....	81
6. <i>Influenze dottrinali e modelli ispiratori della legge n. 241/1990</i> .....	89
7. <i>Il FOIA – Freedom of Information Act – statunitense e la sua evoluzione</i> .....	96
8. <i>Disciplina del FOIA: l'accesso generalizzato</i> .....	103
9. <i>Le eccezioni nel FOIA americano</i> .....	111
10. <i>Il diritto di accesso fa ingresso nell'ordinamento italiano: confronto tra il disegno di legge Nigro e la legge n. 241/1990</i> .....	114
11. <i>Il diritto di accesso nella legge 142/1990 e nella evoluzione giurisprudenziale</i> .....	125
12. <i>Il diritto di accesso negli sviluppi normativi successivi</i> .....	132

## **Capitolo Terzo La trasparenza all'era di Internet .....151**

<i>1. L'importanza della comunicazione nel nuovo diritto amministrativo e la distinzione concettuale tra informazione comunicazione.....</i>	<i>151</i>
<i>2. Il problema delle fonti nell'eGovernment italiano.....</i>	<i>158</i>
<i>3. Digitalizzazione come fattore in grado di attenuare gli effetti del pluralismo amministrativo e nuove incognite .....</i>	<i>166</i>
<i>4. Fuga dal regolamento e dispersione normativa .....</i>	<i>169</i>
<i>5. Digitalizzazione tra nuove opportunità e inevitabili incognite.....</i>	<i>173</i>
<i>6. L'eGovernment italiano tra difficoltà organizzative, disinteresse governativo e spinte europeistiche .....</i>	<i>178</i>
<i>7. La centralità dei documenti amministrativi e la legge n. 150 del 2000.....</i>	<i>183</i>
<i>8. Il Codice dell'amministrazione digitale: la digitalizzazione degli enti pubblici diventa cogente e permanente.....</i>	<i>194</i>
<i>9. Il nuovo modello di trasparenza emergente dal CAD.....</i>	<i>199</i>
<i>10. La trasparenza amministrativa nella riforma Brunetta del 2009 e nelle successive linee guida CIVIT del 2010.....</i>	<i>214</i>
<i>11. Considerazioni conclusive.....</i>	<i>225</i>

## **Bibliografia.....229**

<i>Testi e documenti.....</i>	<i>229</i>
<i>Internet .....</i>	<i>238</i>

# Capitolo Primo

## La trasparenza dalle origini alla Costituzione Repubblicana

### *1. Etimologia del termine trasparenza e difficoltà operative*

Definire la trasparenza da un punto di vista prima etimologico, tralasciando per un attimo le primogeniture storiche, filosofiche e ancor più quelle giuridiche, significa spiegare una qualità, una caratteristica.

Secondo alcuni dizionari<sup>1</sup> tale prerogativa è riscontrabile in quegli oggetti che si lasciano attraversare dalla luce e permettono così di individuare con chiarezza altri oggetti retrostanti. Ma, se la trasparenza si usa per indicare un *corpus* che si lascia penetrare, essa non può che riferirsi a quegli oggetti, a quelle realtà materiali o anche immateriali che agiscono da filtro, cioè che si frappongono tra l'occhio umano e altri oggetti.

In realtà questa definizione è incompleta, perché la trasparenza è, in effetti, anche una qualità della vista stessa, un suo modo di essere. A tali conclusioni si può facilmente giungere andando a vedere l'etimologia classica del termine: infatti, la traduzione greca dell'aggettivo trasparente è “*diafanos*”, composto dalla preposizione *dia*, che significa attraverso e dall'aggettivo derivante dal verbo *faino*, che nel suo significato attivo significa mostrare nel senso di far vedere e rendere noto e, nella sua forma passiva “*fainomai*” significa apparire, venire alla luce, essere visibile, manifesto.

Tra l'altro, tale verbo ha un valore espressamente sensoriale, tanto che l'aggettivo che da esso deriva, “*fainomenos*”, significa essere visibile ai sensi. D'altronde, se si va a vedere la derivazione latina del termine, si può apprezzare che esso discenda dal latino tardo medioevale “*transparens*”, sia cioè un termine composto dalla preposizione *trans* –attraverso-, e dal verbo *pareo* che, siccome può essere sia transitivo che intransitivo, può significare vedere ma anche apparire, mostrarsi.

Non casualmente il latino classico traduce l'aggettivo trasparente con “*translucidus*”, “*liquidus*”, “*splendidus*”, attributi che spesso sono riferiti all'aria e all'acqua e significano limpido, nitido. Da questa breve analisi lessicale emerge che la trasparenza è la caratteristica di ciò che si vede, di come si vede, o ancora di come ci si mostra attraverso un filtro.

---

<sup>1</sup> Il Devoto Oli definisce la trasparenza come “la capacità di un corpo di permettere il passaggio, attraverso il suo spessore, di radiazioni luminose e quindi di oggetti situati al di là di esso”; invece, il dizionario della UTET fotografa la trasparenza come “qualità di un oggetto o di un corpo che, per natura della sostanza di cui è fatto o per l'esiguità dello spessore, si lascia attraversare dalla luce; donde si può vedere più o meno distintamente ciò che è posto al di là”.

Si delinea quindi una duplice funzione che il concetto di trasparenza sintetizza: è sicuramente la prerogativa di un oggetto con funzione di filtro, cioè evidenzia la caratteristica propria di quegli oggetti che fanno vedere ciò che si pone oltre a loro stessi, ma è anche quella particolare modalità della vista che si ha quando questa si avvale di un filtro.

Sicuramente tra queste due accezioni, quella che interessa maggiormente in questo lavoro è la prima, se non altro riportando alla mente la sempre attuale lezione del professor Massimo Severo Giannini che, già negli anni '70, teorizzava la necessità di un nuovo approccio nel rapporto tra enti pubblici e cittadini, caratterizzato dal fatto che essi divenissero utenti della P. A. e non meri soggetti subordinati a essa.

E d'altronde, la funzione di trasparenza come filtro emerge anche dalla voce enciclopedica all'uopo dedicata dallo studioso Gregorio Arena<sup>2</sup>.

Erano, dunque ormai maturi i tempi per inaugurare una nuova stagione nella quale, si disse, la P.A. diventasse una sorta di “casa di vetro”. Un allievo di Giannini, Sabino Cassese, divenuto Ministro della Funzione Pubblica nel biennio 93-94, tentò di riprenderne il pensiero, dettando le linee guida di una riforma della P.A. ispirata a quattro principi cardine: partecipazione, semplificazione, garanzia del cittadino e trasparenza. Eppure, a testimonianza delle difficoltà di un così alto obiettivo, il riformista Cassese si lasciò andare a parole di sconforto<sup>3</sup>. E comunque, ben prima di Cassese, furono gli studi di maestri del diritto amministrativo quali, primo in ordine di tempo, Feliciano Benvenuti già dagli anni '50 del secolo scorso e poi, successivamente, Umberto Allegretti Mario Nigro e Giorgio Pastori, a fare scoccare la scintilla della trasparenza quale esigenza ormai non rinunciabile nei rapporti tra cittadini e pubblici poteri.

In particolare, Feliciano Benvenuti, in oltre quaranta anni di riflessioni, è sempre stato fedele a un principio guida sin dal 1951<sup>4</sup>: bisognava assicurare la

---

<sup>2</sup> G. ARENA, *Enciclopedia giuridica Treccani*, voce “trasparenza amministrativa”, 1995, nel quale l'autore, sposando in pieno la accezione di trasparenza con significato di filtro, sottolinea che l'esperienza dimostra che ci sono vari modi con cui si può garantire l'imparzialità nell'amministrazione, (per es. la cura della selezione del personale e la formazione dei dipendenti pubblici avendo cura di assicurarne l'indipendenza dal potere politico ed economico, oppure ancora assicurando uguali opportunità di partecipazione a tutti i soggetti interessati all'esito di un procedimento amministrativo), ma, uno dei più efficaci, consiste senza dubbio nel rendere visibile a tutti gli interessati il processo decisionale mediante il quale l'amministrazione dispone l'assetto degli interessi e definisce il fine pubblico nel caso concreto, perché la consapevolezza di essere potenzialmente osservati durante tale attività costituisce il miglior deterrente nei confronti di comportamenti scorretti.

<sup>3</sup> Sabino Cassese si rese conto che le domande di efficienza e trasparenza nel nostro Paese erano in larga misura inevase e così affermò: “Dicano pure, ora, i conservatori –invocando la natura degli uomini o la mollezza delle abitudini o la debolezza dei costumi- che questo è un sogno. L'autore conosce paesi dove questo è realizzato, perché allora non coltivarlo?”

<sup>4</sup> E' datato 3 dicembre 1951 un famosissimo discorso che il Professor Feliciano Benvenuti tenne all'Università di Padova come docente di diritto amministrativo presso la facoltà di Scienze Politiche intitolato: “Funzione amministrativa, procedimento, processo” nel quale il maestro lamentava, in pratica, la difficoltà dei cittadini, quali soggetti portatori di interessi differenziati rispetto a quelli della P. A., di prendere effettivamente ed efficacemente parte al procedimento amministrativo a causa dell'inesistenza di regole di tipo “processuale” e



partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo e questo per varie ragioni; in primo luogo, al fine di realizzare una forma di difesa anticipata; infatti, partecipare alla formazione dell'atto nell'istruttoria, consente al privato di far valere le proprie ragioni con il risultato conseguente, tutt'altro che trascurabile, di favorire una concreta deflazione del contenzioso. Inoltre, la partecipazione, sostiene Benvenuti, consente, pur in presenza di allegazioni di parte, di offrire elementi conoscitivi ulteriori che sarebbe stato molto difficile, forse addirittura impossibile, acquisire al procedimento.

Questo salto dal lessico, alle intuizioni di Benvenuti negli anni '50, sino all'Italia degli anni '90, con la realtà della tanto attesa introduzione nel sistema della legge sul procedimento, è molto utile per capire che la trasparenza è anche un alto anelito, un'aspirazione cui devono tendere tutti gli enti pubblici, come la grande scuola amministrativa italiana teorizza sin dalla metà del secolo scorso, e che la missione dell'ente pubblico di fare vedere e comprendere al cittadino, utente finale, ciò che si cela dietro l'apparenza, è stata invece la questione più difficile che l'amministrazione italiana abbia mai dovuto affrontare.

Anzi, a oggi, nel 2012, con la recente modifica del codice dell'amministrazione digitale intervenuta nel 2011 che ha sollevato nuovi interrogativi, si può affermare che una parte del cammino è stata compiuta, ma in realtà i giochi sono ancora completamente aperti e proprio il difficile passaggio da un'amministrazione cartacea a una digitalizzata apre inevitabilmente nuovi scenari, nuove sfide e nuove complesse problematiche etiche ancora prima che giuridiche.

A tale proposito pare lecito toccare un tasto che, allo scrivente, pare delicato, quello della spersonalizzazione. Infatti, posto che la digitalizzazione dell'attività degli enti pubblici dovrebbe sveltire i procedimenti amministrativi così da renderli ipoteticamente istantanei, è tuttavia lecito domandarsi: se con la legge sul procedimento amministrativo si è sconfitto il carattere impersonale della P. A., cioè l'impossibilità materiale di individuare un soggetto responsabile dei singoli procedimenti amministrativi, dunque un centro d'imputazione cui fare riferimento, non si rischia che con l'uso massiccio dei sistemi informatici, che potrebbero anche portare un giorno ad avere solo procedimenti amministrativi interamente informatici, si possa balzare a un'epoca in cui sia, di fatto, impossibile individuare un soggetto responsabile del procedimento? Automazione nemica della personalizzazione della P. A. e quindi ritorno

---

quindi l'unica tutela azionabile per i cittadini era solo quella giurisdizionale che però ha l'inconveniente di essere sempre successiva, cioè di essere messa in moto dopo che è stato emanato un provvedimento amministrativo di contenuto sfavorevole. Questa Prolusione di Benvenuti a favore della partecipazione è da considerare la prima fiammella a favore della trasparenza nel sistema giuridico italiano. Certo, il modello che il Benvenuti aveva in testa non trovò ricezione nella realtà, perché egli pensava ad un complesso di regole sul procedimento sul modello di quello di tipo austriaco, caratterizzato da un grande numero di norme processuali: si vedano in proposito: F. BENVENUTI, *Scienza dell'amministrazione, diritto amministrativo e riforma della pubblica amministrazione*, in (*La tecnica della organizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, III, 1956, p. 415 ss.), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1344 ss.

all'impossibilità di avere un soggetto responsabile che debba rendere conto del fatto che il procedimento amministrativo informatico non sia andato a buon fine?

E' del tutto evidente che, in un'ipotetica situazione di questo tipo, la trasparenza sarebbe lesa in modo irrimediabile perché, venendo meno del tutto la personalizzazione dell'attività amministrativa a causa del primato assoluto e dominante dell'elaboratore elettronico sulle varie fasi del procedimento, diverrebbe assai difficile sanzionare una persona fisica quale cattivo amministratore e reo di un qualche comportamento riprovevole; così ragionando, in luogo della pubblica casa di vetro, rischieremmo grandemente di trovarci dinanzi a luoghi nebulosi, facendo un passo indietro di oltre vent'anni nelle dinamiche negoziali, collaborative, imparziali e in definitiva trasparenti che il legislatore sembra auspicare per i moderni enti pubblici.

## ***2. Alla ricerca delle origini storico-filosofiche della trasparenza: tra Rousseau e Kant***

Un fatto è comunque certo: la trasparenza agita anche oggi, all'alba del secondo decennio del ventiduesimo secolo, fortissime passioni. Peraltro, pur essendovi un'esigenza di purezza della gestione della cosa pubblica che affonda le sue radici nel lontano passato, esplosa in maniera fragorosa ai tempi della Rivoluzione Francese al calar del XVIII secolo, in tempi più recenti, la trasparenza è tornata prepotentemente di moda in politica, facendo parlare di essa in continuazione.

Se volessimo trovare un evento storico di grande impatto che ha riacceso, almeno mediaticamente, l'attenzione planetaria su di essa, forse dovremmo riferirci, quantomeno per il rilievo del personaggio coinvolto, allo scandalo Watergate<sup>5</sup>. Di più: con la *Glasnost*<sup>6</sup> messa in moto dal leader dell'allora Unione

---

<sup>5</sup> Lo scandalo Watergate scoppiò ufficialmente negli Stati Uniti nella notte del 17 giugno 1972, durò 2 anni e portò, dapprima alla richiesta di impeachment, poi, davanti a pressioni montanti ed ormai insostenibili, alle dimissioni dell'allora Presidente degli Stati Uniti Richard Nixon in data 8 agosto 1974. Lo scandalo prese il nome di Watergate Complex, il complesso edilizio sito in Washington che ospita il Watergate Hotel, l'albergo in cui era posto il quartier generale del Comitato nazionale democratico, la principale organizzazione per la raccolta fondi e la campagna elettorale del Partito Democratico. In quella notte di giugno del 1972, cinque uomini vennero sorpresi e arrestati probabilmente intenti a cambiare delle microspie e, forse, anche ad effettuare delle fotografie. Inizialmente l'opinione pubblica americana non credette al fatto che, l'allora presidente degli Stati Uniti, in odore di campagna elettorale ormai alle porte e con un enorme vantaggio in tutti i sondaggi sui potenziali rivali del Partito Democratico, potesse essere coinvolto in questioni etiche. Questa vicenda è paradigmatica del ruolo decisivo che possono giocare i mezzi di informazione, nella circostanza concreta anche profondamente ambiguo, almeno secondo il giudizio del celebre pensatore statunitense Noam Chomsky. Infatti, la vicenda rimase costantemente sotto i riflettori in quanto due reporter del Washington Post, Bob Woodward e Carl Bernstein, pubblicarono una serie di notizie frutto della loro investigazione sulla questione potenzialmente esplosiva, favoriti in questo da rivelazioni segrete apprese da una fonte di altissimo livello che si prestò a collaborare grazie all'esistenza di un rapporto personale con uno dei due reporter, Bob Woodward. Tale fonte rimase segreta al grande pubblico sino a disvelarsi il 31 Maggio 2005; si trattava di William Mark Felt, il numero due dell'FBI nei primi anni '70, che passò alla storia con il nome in codice di "Gola Profonda". Questa attenzione dell'informazione sulla vicenda distrusse l'immagine pubblica del Presidente Nixon in quanto si stima che circa l'85% degli americani in possesso di televisione si sintonizzarono almeno una volta per seguire le

Sovietica Michail Gorbaciov, la trasparenza è diventata addirittura sinonimo di altissimi valori civili e rivoluzionari. E, se andiamo ai tempi contemporanei, l'attualità e la passione che essa agita sono dimostrate da fatti di cronaca di fine 2010<sup>7</sup>, riferibili all'enorme clamore suscitato dalle pubblicazioni da parte di Wikileaks<sup>8</sup>, organizzazione internazionale senza scopo di lucro, di documenti riservati che riceve in modo anonimo da parte di attivisti di ogni parte del mondo; tutto ciò è reso possibile grazie ad un contenitore coperto da un estremamente efficace e potente sistema di cifratura. Si tratta di documenti pubblici su varie materie, coperte da malcelato segreto di stato, militare,

---

udienze sul Watergate tenute dal Comitato senatoriale della Casa Bianca e, lentamente ma inesorabilmente, si convinsero delle evidenti responsabilità del Presidente nel clamoroso caso di spionaggio dei suoi avversari politici. Tuttavia, come detto, il grande studioso della semantica Noam Chomsky, forse il più illustre studioso del linguaggio del XX secolo, classificò l'episodio come esempio emblematico dell'uso distorto dei fatti da parte dei mezzi di comunicazione in quanto osservò che, in realtà, contemporaneamente a questo scandalo uscirono notizie relativamente ad un altro caso, COINTELPRO, cioè il programma di controspionaggio statunitense che rivelò comportamenti di etica sconveniente di molti presidenti degli Stati Uniti sotto più aspetti: da un lato finalizzati alla limitazione delle libertà politiche, e questo sin dai tempi del presidente Theodore Roosevelt, con un deciso incremento sotto la presidenza Kennedy, da un altro, addirittura violenti e repressivi contro gli indiani d'America e le donne o contro il Partito Socialista dei lavoratori che pure svolgeva regolarmente attività politica nel rispetto di tutte le leggi. Eppure, di fronte a queste notizie scottanti contenute nel programma COINTELPRO la stampa non ha esercitato alcuna pressione e questo, sostiene Chomsky, è emblematico del comportamento ambiguo e non trasparente dei mezzi di informazione. Se a questo si aggiunge il fatto di gravità inaudita, sempre sotto l'amministrazione Nixon, consistente nei bombardamenti avvenuti in Cambogia sui civili con un numero di morti imprecisato ma stimato tra i 150.000 e i 200.000 senza che la stampa dicesse nulla, anzi con il comportamento connivente dei mezzi di informazione che hanno, invece, volutamente tenuta celata la notizia, si evince, almeno secondo le conclusioni dell'autore, che lo scandalo Watergate fu in realtà solo un pretesto per cacciare Nixon divenuto probabilmente ormai inviso ai poteri forti di tipo economico. Per quale ragione? Secondo le conclusioni di Chomsky, questo avvenne probabilmente perché esso abrogò il sistema di Bretton Woods consentendo sia una liberalizzazione della finanza sia, soprattutto, un maggior controllo degli investitori sull'economia come mai era stato sino ad allora. Questa mossa sortì però i suoi effetti nel lungo periodo perché, nella contemporaneità dei fatti, irritò profondamente le multinazionali e i grandi istituti di credito americani che decisero che fosse ormai giunto il momento di sbarazzarsi di Nixon e operarono a tal fine un'occulta pressione sui mezzi di informazione in modo da tenere altissima l'attenzione sul caso Watergate e rendere insostenibile la sua posizione sino ad indurlo, come poi effettivamente si verificò, alle dimissioni. Almeno, questa è la ricostruzione della vicenda di Noam Chomsky rinvenibile, in N. CHOMSKY, *Capire il potere*, Milano, 2002, pp. 166-169.

<sup>6</sup> "Glasnost" è un termine russo che significa letteralmente "pubblicità", nel senso di "dominio pubblico" che, tuttavia, viene tradotta in senso lato conferendole il più ampio significato di trasparenza. Questa parola è divenuta famosa nel 1986 in quanto fatta propria dal Presidente dell'allora Unione Sovietica Michail Gorbaciov per inaugurare una nuova era, fatta di maggior schiettezza e sincerità nei rapporti verso l'esterno, consistente nel non celare l'esistenza di eventuali difficoltà ma discuterle verso l'esterno, farne partecipe la società civile in modo da inaugurare una nuova era di maggior limpidezza e dialettica nei rapporti tra potere pubblico e mondo esterno. Questo termine poi, con il tempo, divenne sinonimo di circolazione più limpida e fluida delle notizie, sino a contrassegnare un graduale aumento della libertà di informazione nell'ex Unione Sovietica e una prima battuta d'arresto delle rigidissime maglie della censura. La "Glasnost" venne associata progressivamente alla "Perestrojka", ristrutturazione il significato letterale, ma tuttavia occorre porre attenzione al fatto che, almeno inizialmente, i due termini contrassegnarono due fenomeni separati in quanto la "perestrojka" si riferiva ad un profondo programma di ristrutturazione e pulizia che Gorbaciov avviò nel partito comunista sovietico ormai inquinato da un eccessivo grado di corruzione e malversazione nell'esercizio del potere.

<sup>7</sup> A partire dal 28 novembre 2010 Wikileaks ha avviato un percorso a tappe, teso a pubblicare nei mesi a venire una immensa mole pari a ben 251.287 documenti riservati che illustravano comportamenti poco etici del governo e della diplomazia statunitense nel mondo; l'inizio di questa operazione ha suscitato un clamore talmente elevato che, l'attuale Presidente degli Stati Uniti, Barak Obama, è prontamente intervenuto il 1 dicembre 2010 creando una "task force" denominata Interagency policy committee for Wikileaks con il compito di bloccare qualsiasi ulteriore fuga di documenti dall'amministrazione americana.

<sup>8</sup> Per una prima approssimativa idea sull'attività compiuta da Wikileaks, si legga la voce [www.wikipedia.it](http://www.wikipedia.it).

industriale e bancario per lo più, che vengono poi caricati sul web e resi pubblici scatenando polemiche feroci. Insomma, anche nell'era del bombardamento mediatico e della possibilità illimitata di avere a disposizione un flusso di notizie elevato come mai nella storia dell'uomo, gli “*arcana imperii*”<sup>9</sup>, o meglio, tenendo conto del flusso ineluttabile della storia come verificheremo, quelli che sono ormai diventati “*gli arcana burocratici*”, sono attuali come non mai e agitano le coscienze sollevando grandi passioni.

E d'altronde, che sia fortissima l'esigenza di celare la reale essenza dei fatti così come si sono svolti effettivamente anche in tempi contemporanei, pur dovendo tenere conto che l'oggettività assoluta è impossibile per la semplice ragione che un accadimento è pur raccontato da uomini che, sebbene onesti intellettualmente, esprimono pur sempre, anche involontariamente, un punto di vista, ce lo ricorda uno dei pensatori viventi più lucidi del nostro pianeta, il filosofo, linguista, nonché teorico della comunicazione statunitense, Noam Chomsky. Questa figura è notissima nel mondo per avere condotto aspre battaglie contro la centralità del mercato, colpevole, a suo dire, dell'accentuazione del divario tra ricchi e poveri, ma anche e soprattutto, per avere svolto un lavoro enciclopedico, in mezzo ad una immensa mole di dati e documenti, volto a smascherare un grande numero di casi di utilizzo fraudolento delle informazioni e, più in generale, per il fatto di essere uno strenuo combattente della povertà intellettuale e piattezza generale dei mezzi dell'informazione, soprattutto della televisione.

A questo pensatore straordinario, certo anche aspramente criticato per le sue posizioni vicine al movimento antiglobalizzazione, si deve comunque l'elaborazione dell'illuminante strategia della distrazione<sup>10</sup>, cioè quelle dieci

---

<sup>9</sup> L'espressione “*Arcana imperii*” ha una nobilissima ed antichissima primogenitura, in quanto risale al celebre senatore, oratore e soprattutto, storiografo romano, Publio Cornelio Tacito, il quale utilizzò per la prima volta questa locuzione nella sua ultima opera storica, gli “*Annales*”, lavoro monumentale di ben 16 libri che copre il periodo che va dalla morte dell'imperatore Augusto, avvenuta nel XIV D.C. sino al 68 D.C.

<sup>10</sup> Noam Chomsky si rende conto prima degli altri e più di ogni altro dell'importanza decisiva dei mass media nell'orientare il pensiero degli individui ed elabora la famosa lista delle 10 strategie della manipolazione attuabili da coloro che detengono il controllo dell'informazione: 1) La strategia della distrazione, che consiste nel deviare l'attenzione del pubblico dai problemi importanti e dai cambiamenti decisi dai potentati politici ed economici attraverso la tecnica del diluvio, cioè il bombardamento del pubblico di potenziali fruitori dei mezzi di informazione, soprattutto mediante la televisione, di informazioni insignificanti; 2) Creare problemi e offrire soluzioni, metodo noto anche come problema-reazione- soluzione, che consiste nel creare artificialmente un problema per creare una certa reazione da parte del pubblico con lo scopo che sia il pubblico stesso il mandante di determinate misure che si intende fare accettare; esempio più classico è il lasciare che la violenza urbana si intensifichi diminuendo volutamente i controlli in modo da poter poi introdurre, quasi a furor di popolo delle misure fortemente repressive che ottengano il reale risultato voluto sin dal principio, cioè quello di limitare la libertà personale; 3) La strategia della gradualità, per fare accettare una misura inaccettabile basta applicarla gradualmente, con il contagocce e per più anni consecutivi. E' in questo modo che situazioni socioeconomiche radicalmente nuove come il neoliberismo vennero imposte gradualmente nella società nei decenni '80 e '90: Stato minimo, privatizzazioni, flessibilità, precarietà costante, disoccupazione crescente, salari non più in grado di assicurare una qualità della vita dignitosa; un vortice di cambiamenti talmente dirimpante che, se fosse avvenuto attraverso misure applicate in un breve lasso di tempo, la conseguenza sarebbe stata certamente la rivoluzione, in questo modo, questi interventi vengono percepiti dai cittadini come ineluttabili; 4) La strategia del differire, che consiste in un altro efficace modo per fare accettare una misura impopolare, vale a dire

regole che, sfruttando il controllo dell'informazione, occultano la realtà delle notizie.

Certo, se ci s'impegna, per amor di completezza, nel non facile compito di individuare la genesi storica della trasparenza e di fornirne una collocazione temporale, si arriva a scoprire che, in realtà, essa ha origini concettuali addirittura più antiche del diritto amministrativo; infatti, la locuzione "diritto amministrativo" risale a circa duecento anni fa, dunque una lemma non certamente presente da sempre nel vocabolario giuridico, di genesi appartenente alla Francia dell'età napoleonica.

In Italia, il primo trattato conosciuto dedicato espressamente a questo ramo del diritto è datato 1807, opera del giurista Gian Domenico Romagnosi<sup>11</sup>. Il mondo giuridico anglosassone riconobbe il diritto amministrativo propriamente detto in modo assai tardivo rispetto ad altri paesi europei, visto che l'espressione

---

presentarla come dolorosa e necessaria, ottenendo una accettazione pubblica sul momento ma, presentandola come provvedimento destinato ad un'applicazione futura. Ci si basa sul semplice meccanismo psicologico per il quale è più facile accettare l'idea di un sacrificio nel futuro che nell'immediato per due ragioni, sia perché lo sforzo richiesto non è immediato, sia per il fatto che il pubblico ha la tendenza, generalmente, a sperare che il futuro sia migliore del presente. E così, quando la misura intollerabile verrà applicata, sarà più facile ottenere una rassegnata accettazione; 5) Rivolgersi al pubblico come ai bambini, la maggior della pubblicità usa toni, linguaggi e personaggi elementari e infantili quasi come se lo spettatore fosse un bambino e più l'intento è ingannatore più il tono che si ritiene efficace per lo scopo è infantile. Questo perché, se ci si rivolge allo spettatore come ad un bambino, è molto più facile abbatte il senso critico ed ottenere risposte più ingenuie, riuscire a suggestionarlo ed avere proprio risposte simili a quelle di un bambino. 6) Usare l'aspetto emotivo molto più della riflessione, si tratta di una tecnica classica consistente nel sfruttare l'emozione per provocare un corto circuito su un tentativo di analisi razionale e quindi sul senso critico dell'individuo. Altro vantaggio dell'utilizzo spregiudicato dell'aspetto emotivo è quello di aprire la porta d'accesso all'inconscio per iniettare nell'individuo idee, paure, desideri, timori o, addirittura indurre comportamenti che, razionalmente, non si sarebbero mai compiuti. 7) Mantenere il pubblico nell'ignoranza e nella mediocrità, sul punto Noam Chomsky è più diretto che mai: *"La qualità dell'educazione data alle classi sociali inferiori deve essere la più povera e mediocre possibile, in modo che la distanza dell'ignoranza che pianifica tra le classi inferiori e le classi superiori sia e rimanga impossibile da colmare nelle classi inferiori"*; 8) Stimolare il pubblico ad essere compiacente con la mediocrità, consistente nel spingere il pubblico a ritenere che sia di moda essere ignoranti, volgari, stupidi in modo da creare un corto circuito nell'esigenza del sapere e della reale trasparenza dei fatti; 9) Rafforzare l'autocolpevolezza, consistente nel fare credere all'individuo che è solo lui il colpevole della sua disgrazia, per cause derivanti dalla sua insufficiente intelligenza, poca volontà, basse capacità, tutto al fine di evitare qualsiasi moto di ribellione contro il sistema economico-sociale che si delinea e di indurre invece una autovalutazione di segno negativo dell'individuo in modo che crolli in uno stato depressivo e, di conseguenza, si auto inibisca dal passare a qualsiasi reazione; 10) Conoscere gli individui meglio di quanto loro stessi si conoscano, si tratta dell'ultimo punto, anch'esso basilare, spiegabile tenendo conto del fatto che, negli ultimi decenni l'evoluzione della scienza e della tecnica è stata talmente vigorosa da accentuare il divario tra le conoscenze delle classi dominanti e quelle del pubblico di massa. In particolare taluni rami della scienza, biologia, psicologia e neuropsicologia, si sono talmente evolute da consentire a coloro che aspirano al controllo delle masse di conoscere il pubblico meglio di quanto esso non conosca se stesso con la conseguenza di riuscire a controllarlo addirittura in modo maggiore di quanto l'individuo non sia in grado di controllare se stesso. Sono parole di straordinaria lucidità, 10 semplici regole volte a dimostrare efficacemente in che modo, attraverso la disinformazione e la manipolazione delle notizie, si possa manipolare efficacemente anche l'opinione pubblica.

<sup>11</sup> Ci si riferisce alla celebre opera *"Principi fondamentali di diritto amministrativo, onde tesserne le Istituzioni"* scritta a Pavia nel 1807 anche se qui il riferimento è solo per quel trattato che universalmente viene ormai riconosciuto dalla storiografia dominante come il primo dedicato espressamente al diritto amministrativo ma questo non deve fare dimenticare che, già 2 anni prima, nel 1805, il Romagnosi aveva scritto un'importante opera dedicata al diritto pubblico *"Introduzione allo studio del diritto pubblico universale"* che tuttavia gli storici non qualificano come la prima di diritto amministrativo perché contiene molte osservazioni centrate sul diritto costituzionale.

“*administrative law*” cominciò a essere recepita solo a cavallo tra le due guerre mondiali.

Ebbene, con un anticipo di oltre mezzo secolo, la sincerità nella politica, la purezza delle istituzioni, laddove l’etimologia del termine “sincerità” è piuttosto chiara perché significa senza cera, cioè senza il sigillo con cui nelle monarchie europee i segretari al servizio del Principe sigillavano le missive rendendole per l’appunto segrete, conosce uno snodo fondamentale in quello che, da taluni, è riconosciuto quale fondatore del mito moderno della trasparenza, il filosofo, musicista e scrittore svizzero Jean Jacques Rousseau<sup>12</sup>.

Tuttavia, quasi contemporaneamente, visse e affermò il suo pensiero di valore ugualmente determinante per la nozione di trasparenza, sviluppata compiutamente come limite del potere pubblico, un altro gigante del ‘700, il filosofo Immanuel Kant,<sup>13</sup> vissuto tra il 1724 e il 1804.

Assai difficile affermare, senza esitazione alcuna, chi tra i due debba essere considerato il vero padre putativo della trasparenza; parrebbe che Rousseau elabori l’idea prima di tutti, ma Kant conferisce a questo germe una maggiore compiutezza attribuendo, tra l’altro, alla scintilla di Rousseau della necessità di visibilità degli atti pubblici, una valenza non solo politica ma anche un significato di esigenza morale.

Jean Starobinski, tra coloro che hanno più studiato il pensiero politico di Rousseau, sembra attribuire questo merito al ginevrino, ma, dai ripetuti riferimenti kantiani effettuati dal filosofo, storico e politologo italiano Norberto Bobbio, sembrerebbe che l’idea di trasparenza come limite dell’esercizio del potere pubblico venga elaborata in profondità soprattutto dal prussiano Kant.

Molto famoso, infatti, sul punto, il saggio del pensatore tedesco datato 1784 intitolato “*Risposta alla domanda: che cosa è l’Illuminismo?*”, in cui compare un elogio del suo sovrano, il prussiano Federico II perché “*facendo un uso pubblico della propria ragione in tutti i campi*”, quale unica via per realizzare veramente l’Illuminismo tra gli uomini, aveva favorito la libertà religiosa e di pensiero. Ebbene, Kant afferma senza esitare che, l’unico modo plausibile per fare un pubblico uso della propria ragione, è quello di dare pubblicità agli atti del sovrano.

Questo è un punto cruciale degli scritti politici di Kant che rivela, anche oggi, una disarmante attualità: infatti, l’autore considera concetto trascendentale del

---

<sup>12</sup> Illuminante in proposito il saggio di Jean Starobinski, “*La transparence et l’obstacle*” del 1958.

<sup>13</sup> Norberto Bobbio, nel suo saggio N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, p. 91 ss., pubblicato per la prima volta proprio nel 1984 e poi ristampato più volte, afferma testualmente: “*Chi più di ogni altro ha contribuito a chiarire il nesso tra opinione pubblica e pubblicità del potere è stato Kant, che può essere considerato a buon diritto come il punto di partenza di ogni discorso sulla necessità della visibilità del potere*”.

diritto pubblico il seguente principio: “*Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste*”<sup>14</sup>.

Bobbio indaga nel pensiero di Kant spiegando che, con quest’asserzione, esso ci vuole tramandare la lezione secondo la quale una massima che non può essere resa pubblica, se mai lo divenisse, scatenerebbe nel pubblico destinatario una reazione talmente avversa che la sua attuazione diverrebbe concretamente impossibile. A supporto di quest’ assunto il filosofo porta due esempi di grande chiarezza di applicazioni destinate a divenire irrealizzabili, cioè di atti destinati a rimanere necessariamente segreti perché, se venissero resi pubblici, scatenerebbero un tale putiferio da renderli irrealizzabili.

Un primo atto, di diritto interno, è il diritto di resistenza; un secondo, di diritto internazionale, è il diritto di un sovrano di infrangere patti stabiliti con altri sovrani.

Per quanto riguarda il diritto di resistenza è sufficiente affermare che, nelle monarchie, i rapporti tra la testa coronata e i sudditi si fondano, evidentemente, su un “*pactum subiectiois*”, un accordo unilaterale nel quale il cittadino accetta volontariamente la sottomissione al sovrano. E’ chiaro che, a questo punto, il suddito come potrebbe mai dichiarare pubblicamente di non accettare gli ordini che vengono dal re, dopo avere accettato spontaneamente di sottomettersi ai suoi comandi? E’ ovvio che, in un regno, un diritto di resistere, di opporsi ai comandi non può che rimanere occulto, non si può riconoscere un diritto generale di questo tipo ai sudditi, in quanto è propria del regno l’esistenza, a monte, della sottomissione alla figura unica del regnante.

Secondo esempio di atto destinato necessariamente a non essere reso trasparente, perché la pubblicità ne ostacolerebbe irrimediabilmente l’attuazione, è quello dei trattati che un sovrano stipula con altri; è forse immaginabile che, dopo avere reso su scritto palese un accordo di un certo tipo, lo stesso re affermi poi in modo palese che non ha alcuna intenzione di rispettare il contenuto del medesimo? Facile comprendere che la reazione degli altri monarchi sarebbe così forte e violenta da impedire che il sovrano traditore non rispetti gli accordi e quindi, chi intende porre in essere siffatto contegno non può che farlo in modo occulto, in gran segreto.

---

<sup>14</sup> Il celebre scritto kantiano, “*Risposta alla domanda: che cosa è l’Illuminismo*”, rinvenibile, tra le altre fonti anche in AA. VV., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di Bobbio, Firpo e Mathieu, Torino, 1956, pp. 143 e pp. 148 va ricordato perché secondo Bobbio dimostra, più di altri, che proprio Kant è il pensatore che sviluppa compiutamente meglio di tutti gli altri, compreso Rousseau, il concetto di trasparenza del potere pubblico in quanto il pensatore prussiano era convinto che qualsiasi azione che gli uomini compivano con rilevanza pubblica non poteva che essere necessariamente resa pubblica. Questo scritto è passato alla storia per la più celebre definizione di Illuminismo che sia stata mai data, così infatti si esprimeva Kant: “*L’Illuminismo è l’uscita dell’uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità e’ l’incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stessa è questa minorità, se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di far uso del proprio intelletto senza essere guidati da un altro. Sapere aude! Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! E’ questo il motto dell’Illuminismo*”, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, op. cit., p. 141.

Questi due esempi sono molto utili per individuare lo stesso concetto di scandalo e di clamore nell'uomo comune dinnanzi ad una notizia avente ad oggetto un determinato atto pubblico: lo sdegno e la reazione della gente irata si hanno proprio davanti ad atti che, sino ad un certo momento, sono stati necessariamente secretati perché talmente clamorosi e riprovevoli che, se resi pubblici prima di essere compiuti, avrebbero generato un così forte scandalo nell'opinione pubblica da non poter essere poi effettivamente portati a compimento e il dito va puntato con decisione proprio contro i reati che quotidianamente infestano la pubblica amministrazione italiana: la malversazione, l'abuso d'ufficio, la concussione, tutti atti dominati, non casualmente, dal segreto e scoperti solo dopo che sono stati effettivamente compiuti.

Si può forse immaginare ipoteticamente un pubblico ufficiale che, al momento di insediarsi nel suo ruolo, dichiara pubblicamente di fare un uso illecito del denaro pubblico macchiandosi del reato di peculato? Certamente no, perché nessuno penserebbe di affidargli mai un ruolo nell'esercizio dei pubblici poteri.

Queste riflessioni sono molto importanti per due motivi; anzitutto si osservi che il criterio della pubblicità e della trasparenza degli atti assume il ruolo capace di consentire una distinzione tra ciò che è giusto e ingiusto: i comportamenti occulti sono certamente ingiusti, quelli leciti sono invece di sicuro giusti, perché non avrebbe alcun senso nascondarli; in secondo luogo si arriva ad un altro profilo, intimamente collegato, quello del forte valore morale della pubblicità degli atti compiuti dai pubblici poteri.

La trasparenza risponde anche a una precisa esigenza etica con una sola eccezione, dice Kant, quella del governo di un tiranno: tutti i suoi atti, in quanto compiuti da un despota, hanno valore automaticamente vincolante e coercitivo; nella sua figura coincidono la sfera privata e quella pubblica, i suoi interessi personali sono anche pubblici, il tiranno non ha alcuna ragione ed alcuna esigenza di nascondere comportamenti pubblici riprovevoli perché, in realtà, i suoi atti pubblici si sovrappongono e combaciano perfettamente con i suoi interessi personali.

Non bisogna mai dimenticare il contesto storico del pensiero di Kant e Rousseau; siamo in pieno Illuminismo, i lumi nella politica hanno il connotato di forte reazione contro gli Stati assoluti, di più, contro la figura dei sovrani assoluti, contro l'idea che il potere del re abbia una investitura e una derivazione divina che giustificerebbe tale carattere assoluto, il re un Dio in terra e, come tale, legittimato a muoversi sulla base degli "*arcana imperii*"<sup>15</sup>, non tenuto a

---

<sup>15</sup> La bibliografia sugli "*arcana imperii*" è vastissima però, tra i tanti scritti sull'argomento, Arnold Clapmar ha pubblicato l'opera forse più conosciuta in materia, "*De arcanis rerum publicarum*", nel 1605, definendoli in questo modo: "*Intimae et occultae rationes sive consilia eorum qui in republica principatum obtinent*", letteralmente significa "Le ragioni intime ed occulte e i piani di coloro che hanno ottenuto il regno della cosa pubblica", cioè di coloro che sono riusciti ad ascendere al potere della cosa pubblica, per i quali dunque,



spiegare mai le sue decisioni e, tantomeno, gli scopi che con esse intende perseguire.

Anzi, vale il ragionamento opposto: il sovrano tanto più è potente, quanto più riesce a tenere occulti i suoi comportamenti, a tenere sotto controllo e a vedere con chiarezza cosa fanno i suoi sudditi, rendendolo un veggente invisibile<sup>16</sup>. Il segreto dunque si trova proprio nel nucleo più intimo del potere<sup>17</sup>.

Non sfugge a queste considerazioni la conclusione che il tema del segreto, nella sua variante più classica, il segreto di stato, e quello connesso della pubblicità degli atti, ha un respiro così ampio che è impossibile confinarle nell'ambito del solo diritto amministrativo, ma investe anche il diritto costituzionale<sup>18</sup>; questo perché l'esistenza di soggetti depositari di cose segrete ad altri individui, pone i primi in posizione asimmetrica con i secondi, investendo in pieno il principio di uguaglianza.

E d'altronde, proprio per il tramite regolatore del principio di uguaglianza, se si vuole individuare uno dei principi fondamentali che caratterizzano uno stato costituzionale, non vi è dubbio che questo sia la pubblicità degli atti come regola e la segretezza come eccezione, giustificata dal fatto di essere interinale come lo sono tutte le misure eccezionali, di durata circoscritta<sup>19</sup>.

---

appariva scontato muoversi attraverso piani e progetti che, per avere successo e consolidarsi nel tempo, non potevano che rimanere segreti.

<sup>16</sup>Questa espressione è ricorrente negli scritti politici di Norberto Bobbio ed in particolare nel suo scritto N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in Riv. it. di scienza politica, 1980, p. 181 ss., di grandissimo rilievo per il lucido disincanto che traspare nell'autore il quale, pur convinto che la democrazia sia la migliore forma di governo possibile, l'unica, tra le altre, ad avere il merito di non avere mai dato luogo ad un conflitto tra due Stati che la avessero entrambi adottata, tuttavia ha tra i suoi fallimenti più gravi proprio quello del persistere di aree di opacità nell'esercizio del potere pubblico e dunque di incontrollabilità e di arbitrio minando, alle fondamenta, uno dei principi fondamentali della democrazia stessa, quello di trasparenza.

<sup>17</sup>Molto noti tra i vari autori che hanno affrontato il rapporto tra segreto e potere, gli studi dello scrittore bulgaro, naturalizzato britannico, Elias Canetti, premio Nobel per la letteratura nel 1981, autore di libri memorabili tra cui *"Masse und macht"*, del 1960, tradotto in italiano per la prima volta nel 1972. Per avere una visuale completa del pensiero dell'autore si consiglia di consultare E. CANETTI, *Massa e potere*, a cura di Jesi, Milano, 1982, in cui si evidenzia il grande valore che ha il segreto per il potente che, naturalmente, conosce con esattezza il contenuto di ciò che vuole mantenere occulto e arcano. Infatti, caratteristica del potere, afferma l'autore, *"è una ineguale ripartizione del vedere a fondo"*, p. 320.

<sup>18</sup>Tra i tanti costituzionalisti, si segnalano i contributi dati alla materia in esame di Aldo Loiodice, A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969, p. 296 ss.

<sup>19</sup>Alla fine del XIX° secolo, nel pieno della rivoluzione francese, si fa strada l'idea che il governo democratico sia il migliore possibile e sono tante le opere che descrivono questo convincimento tra le quali, molto efficace, una citazione di Michele Natali, vescovo di Vico, giustiziato a Napoli il 20 agosto 1799, contenuta nel suo scritto *"Catechismo repubblicano"*: *"Vi è niente di segreto nel Governo Democratico? Tutte le opere dei governanti devono essere note al Popolo Sovrano, eccetto qualche misura di sicurezza pubblica, che si deve far conoscere, quando il pericolo è passato"*. Dunque, sin da allora, si evidenziava che la democrazia è il governo del potere visibile, contrapposto al potere autocratico che tende, invece, a nascondersi in un duplice senso, sia in generale, con il fine di non fare sapere dove si trova e che cosa sia effettivamente, ma anche nei casi in cui deve necessariamente manifestarsi in pubblico in quanto, in queste ipotesi, appare in modo artefatto perché chi lo detiene manifesta all'esterno e rende conoscibili agli altri intenzioni che non corrispondono effettivamente a quelle reali.

Kant, mostrando una volta di più di avere le idee molto lucide in ordine alla strettissima connessione tra politica ed etica, sviluppa queste riflessioni sino a giungere a conclusioni molto radicali: se la pubblicità degli atti di un governo è l'unica via percorribile per evitare che la politica si macchi di immoralità, la premessa indispensabile per raggiungere questo risultato, preliminare per realizzare anche una condizione di rapporti pacifici tra i singoli Stati, è il divieto assoluto del ricorso alle spie<sup>20</sup>.

Certo, a pensare a queste sue riflessioni, viene oggi quasi tenerezza per l'ingenuità mostrata, almeno di fronte alle ciniche lezioni della storia, perché, l'unico modo per combattere il segreto, è stato quello di opporgli un segreto ancora più forte; per contrastare i servizi segreti di un dato paese, quello di aggiungere risorse economiche per rinforzare l'accuratezza del proprio sistema di spie.

Ciò che però preme sottolineare è la grande intuizione della necessità assoluta della pubblicità dell'azione pubblica, sia per fini morali ed etici tanto da farne il presupposto necessario per rapporti internazionali tra gli stati fondati sulla pace duratura.

Ciò che risulta evidente dal pensiero di Kant è una visione contemporanea del concetto di potere, di una modernità assoluta, non più visto come un qualcosa che si cala nella società dall'alto, il sovrano che ha un potere di origine divina, ma un qualcosa avente un'essenza assai più penetrante; si ramifica in tutta la società, la infetta, la pervade da dentro attraverso una miriade di segreti dei quali è detentore una figura ben definita, il sorvegliante, il quale può vedere, nondimeno con il vantaggio inestimabile di non essere visto, ogni movimento del sorvegliato, anche quelli più impercettibili<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Interessante notare che il divieto di spionaggio non sia, secondo Kant, una semplice regola sulla quale porre obiezioni, ma si tratti di un "*quid pluris*" non negoziabile, perché viene elevato a principio generale obbligatorio di ogni governo dei singoli Stati, in quanto, solo con la vigenza indistinta di questo dettame, si può riuscire a creare una situazione di pace stabile. Di più: siccome le spie, sostiene il pensatore prussiano, parrebbero avere un'apparente giustificazione nei periodi di conflitto, in realtà finiscono poi, inevitabilmente, per contaminare anche la purezza interna dello Stato in tempi di pace e sono uno dei fattori maggiormente responsabili dell'immoralità della politica. Anche perché, osserva Bobbio, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 103, la realtà della storia delle democrazie racconta altro, infatti nessuna ha mai rinunciato allo spionaggio e anzi, il fenomeno dei servizi segreti è oggi più che mai attuale perché rimane il più efficace stratagemma per cercare di sapere fatti altrui in gran segreto, cioè senza farsi scoprire, premessa per anticipare le mosse di Stati concorrenti in qualsiasi campo, sia in tempo di guerra che in tempo di pace; lo stato di belligeranza non si è mai rivelato decisivo per avvalersi o meno del potere invisibile delle spie. Anzi, la storia racconta che lo si è combattuto nel modo esattamente opposto, con il controspionaggio, cioè con altre spie espressioni di ulteriore potere invisibile.

<sup>21</sup> Ci si riferisce all'immagine del potere evocata dal celebre progetto dell'utilitarista britannico Jeremy Bentham che, dapprima, nel 1786, pubblicò un opuscolo intitolato "*Panopticon*", il cui significato è semplice; pur senza cognizioni dotte di greco classico, significa "ciò che fa vedere tutto" e indica una delle aspirazioni del Bentham, ma anche dell'uomo in ogni tempo, quella di appropriarsi di una delle prerogative più impressionanti della divinità: vedere ogni cosa. Partendo da queste visioni, il Bentham pubblicò nel 1791 un progetto, rimasto tuttavia solo su carta, di carcere ideale che battezzò appunto con il nome di Panopticon, completamente diverso dall'immaginario classico e secolare delle carceri, immaginate come spazi circondati da mura spesse, con un pesante portone chiuso con chiavistello a doppia mandata, spazi poveri o addirittura privi di luce. Eppure, nei

La storia contemporanea dell'Italia offre un lampante esempio di “*arcana imperii*” nella stagione del terrorismo, all’apice del successo nei sanguinosi anni ’70; il terrorismo è stato un potere occulto che ha infestato in modo cruento la fragile democrazia italiana.

Una delle grandi prerogative del terrorismo è la totale segretezza della sua attività, connaturata strutturalmente a questo fenomeno, come spiega il filosofo e rivoluzionario russo Michail Bakunin, tra i padri del terrorismo moderno<sup>22</sup>.

In realtà la montagna insuperabile, che ingenuamente ha cercato di superare anche il grande Jean Jacques Rousseau, consiste nel fatto che, prerogativa fisiologica del potere è la sua invisibilità; il potere è per sua natura invisibile, un eventuale principio della trasparenza del potere è innaturale. Il potere è come i decreti di Dio: per definizione incomprendibile, inafferrabile e imperscrutabile.

Se il grandissimo Immanuel Kant ha sviluppato il concetto di pubblicità dell’attività pubblica con forza e profondi connotati morali, le prime intuizioni,

---

lunghe momenti di solitudine, per paradossale che possa sembrare, l’individuo, privato della libertà personale, aveva comunque, nella sua solitudine, nel suo io intimo con il corpo, uno spazio tutto suo di libertà individuale, perché solo e abbandonato a se stesso non era comunque visto da nessuno. Con l’idea di Bentham no: il celebre filosofo francese del XX° secolo Michel Foucault, nella sua opera più nota, “*Sorvegliare e Punire*”, descrive infatti in questo modo il modello di penitenziario vagheggiato da Bentham: “*Tante gabbie, altrettanti piccoli teatri, in cui ogni attore è solo, perfettamente individuabile e costantemente visibile*”. Si tratta di un’idea inquietante, anticipatrice di circa 150 anni della figura del leggendario “*Big Brother*”, letteralmente fratello maggiore, il Grande Fratello, personaggio immaginario creato dal giornalista e scrittore britannico George Orwell che, nel suo romanzo più celebre, intitolato “*1984*”, scritto nel 1948, immagina che, in uno Stato chiamato Oceania, vi sia un dittatore, il Grande Fratello appunto, che teneva sotto costante controllo tutti gli individui. In realtà, non si è mai chiarito se il personaggio creato da Orwell fosse solo immaginario o lo scrittore avesse in mente una persona ben precisa; ciò che colpisce è che il “*Panopticon*” di Bentham rimanda proprio all’immagine del Grande Fratello orwelliano, un insieme di celle separate, ciascuna di esse racchiude un detenuto, disposte a raggiera, ognuna si conclude con una torretta, sopra la torretta è disposto un sorvegliante, il simbolo del potere, che può vedere, senza essere visto, ogni spostamento del carcerato-sorvegliato. Qui, il fatto veramente importante non è che il sorvegliato sia visto concretamente, ma che sappia che esiste la possibilità che il suo carceriere-sorvegliante lo possa vedere. Quindi, si può vedere senza essere visti. E’ questo il vero potere moderno, richiamato dalla peculiare struttura architettonica del “*Panopticon*” e dall’immagine del dittatore orwelliano, ancora diverso da un tiranno che, per sua natura, fa coincidere ogni gesto pubblico con l’interesse privato e quindi non ha bisogno di celare alcunché. Che il Bentham si fosse oltremodo compiaciuto per la sua visione, è testimoniato dal fatto che era giunto addirittura a considerare il “*Panopticon*” quale strumento in grado di riformare e migliorare la società in campi molteplici, dalla morale, all’industria, alla salute, trascurando quella che è la domanda semplice ma basilare che gli scrittori politici di ogni tempo, a partire da Platone, invece si pongono: “*Qui custodiet custodes?*”, “*Chi sorveglia i sorveglianti?*” In tempi moderni diremmo: come possiamo assicurarci che, chi esercita il potere pubblico, lo faccia poi per davvero in modo trasparente? Bentham aveva ideato una soluzione per il suo carcere ideale, immaginando che la gente e degli ispettori, appositamente preposti, potessero compiere frequenti controlli in modo da verificare un corretto rapporto sorvegliante-sorvegliato.

<sup>22</sup> Michail Bakunin, rivoluzionario e filosofo russo (1814-1876) è considerato universalmente uno dei padri dell’anarchismo moderno. Centrale nelle sue riflessioni è l’idea che l’uomo è un animale diverso da tutti gli altri per via della sua sete di conoscenza, che lo distingue da tutti gli altri esseri viventi e questo lo separa anche da un’iniziale condizione di natura. Infatti, dice Bakunin, se è vero che l’uomo nasce necessitato per natura, tuttavia, grazie alla sua sete di conoscenza, al fatto di essere una creatura pensante, diviene libero e in grado di determinare il proprio destino. Tuttavia, il grande dramma è dato dal fatto che, nella storia umana, si è formato e radicalizzato nel tempo un sistema profondamente ingiusto, colmo di sopraffazioni e soprusi; l’unico modo per capovolgerlo consiste nel fare la rivoluzione. Però, affinché questo progetto riesca, occorre realizzare una “*dittatura invisibile*”, che agisca cioè sulla base di uno stretto rapporto tra persone con un legame saldo, ma nella forma della società segreta.

temporalmente parlando, del cosiddetto mito della trasparenza, a volerne contrassegnare, almeno in senso assoluto la sua inafferrabilità, si devono, seppur in anticipo di pochi anni, a Rousseau. Questo grande pensatore, nato a Ginevra nel 1712 e morto a Ermenonville nei pressi di Parigi nel 1778, ideatore di concetti che influenzarono in modo consistente i moti che diedero origine alla Rivoluzione Francese, trascorse parte rilevante della sua vita in Francia e nel paese d'Oltralpe ricevette anche incarichi politici<sup>23</sup>, tuttavia mantenne sempre la fierezza delle origini svizzere, anzi ginevrine.

Un episodio apparentemente di piccolo conto, nel quale ebbe contezza per la prima volta di avere subito, e in qual modo brutale tra l'altro, la differenza tra l'essere e l'apparire, sconvolse completamente la sua vita di bambino, determinò la fine dell'età dell'innocenza e iniettò nel piccolo Jean Jacques il germe quasi ossessivo della ricerca della verità.<sup>24</sup> Infatti, è da questo momento, a causa di una punizione ingiusta vissuta come un trauma per un piccolo danno arrecato a un pettine di una ragazza, che scopre la sconvolgente contrapposizione tra l'essere effettivamente innocente e l'apparire colpevole.

Con l'incidente del pettine Rousseau scopre amaramente la menzogna dell'apparenza e il male dell'ingiustizia, elaborandole però in modo oggettivo, cioè determinatesi in modo impersonale e neutro senza mai scagliarsi contro coloro, i Lamercier, che l'hanno portato a compiere questa scoperta. L'accusa ingiustificata dunque come perdita dell'età dell'innocenza, abbandono di quell'età della vita, l'infanzia, nella quale la verità sembrava essere un valore indiscutibile.

L'episodio autobiografico come metafora di un'età della vita comune a tutti gli uomini, attraversati dapprima da un'epoca di giovinetti, contrassegnata da fiducia e trasparenza totali; tuttavia, lo stesso uomo, crescendo, introduce nella sua vita gli artifici e i raggiri che ne corrompono l'intrinseca onestà e trasparenza; c'è dunque un prima e un dopo che però non sono frutto di divinità ma della storia, cioè dell'uomo stesso che cambia la sua storia abbandonando l'innocenza e lasciandosi corrompere dalle simulazioni, dagli imbrogli e dall'inganno.

---

<sup>23</sup> Nel biennio 1743-1744 Rousseau fu nominato segretario dell'ambasciatore di Francia a Venezia.

<sup>24</sup> Si tratta del primo incontro con l'apparenza del bimbo Rousseau, al quale l'autore conferisce un peso decisivo: *“Da quel momento cessai di godere d'una pura felicità”*. Episodio così descritto nel libro I delle Confessioni: *“Un giorno, me ne stavo solo a studiare nella camera attigua alla cucina. La domestica aveva messo ad asciugare i pettini della signorina Lamercier sul frontone del camino. Quando tornò a riprenderli, ne trovò uno con tutta una fila di denti spezzata. Di chi la colpa di quel danno? Nessuno, fuorché io, era entrato nella stanza. Mi interrogano: nego di aver toccato il pettine. Il signore e la signorina Lamercier si mettono insieme, mi esortano, insistono, minacciano; io persisto, ostinato; ma l'evidenza era troppo palese, e l'ebbe vinta su ogni mia protesta, benché fosse la prima volta che mi trovassero tanta audacia nel mentire. La cosa venne presa sul serio e meritava di esserlo. La malvagità, la menzogna, l'ostinazione parvero ugualmente degne di castigo (.....). Non ero abbastanza ragionevole per comprendere come le apparenze fossero contro di me, e per mettermi nei panni degli altri. Mi attenevo al mio giudizio e sentivo solo il rigore di uno spaventoso castigo per un delitto non commesso”*.

Quindi, se la caduta è opera umana, se i comportamenti della società portano alla perdita della trasparenza, non vi è nulla che impedisca di scrivere una storia nuova, è la storia a dirci che la lotta contro il male appartiene al destino dell'uomo in tutte le epoche. Rousseau in questo è molto netto: è possibile una serie di interventi per riportare l'uomo a rispolverare la verità nascosta<sup>25</sup>.

I rimedi emergono da variegate esortazioni corrispondenti ad altrettante opere di Rousseau: con "*vitam impendere vero*", si sofferma sulle soluzioni atte a realizzare una riforma morale della persona, con "*Emilio*" sulle modalità di educazione dell'individuo, con "*Economia Politica*" e "*Contratto sociale*", sul modo corretto di procedere a una adeguata formazione politica dell'individuo in modo che i comportamenti di chi compie attività, diremo in termini moderni, di gestione della "*res publica*" siano guidati dalla cura, che deve divenire una vera ossessione, della sincerità e della trasparenza.

In particolare, esso si sofferma sulla costruzione di Istituzioni politiche ideali; certamente nel suo pensiero si può leggere una forte esortazione a trasformare la società mediante un'effettiva azione politica tesa solo a comportamenti trasparenti.

Non è un caso che Rousseau richiami l'essenzialità del ritorno allo Stato di natura, come unica opzione possibile per avere una società dominata dalla sincerità.

Semmai, il punto debole di questa costruzione, l'equivoco che ne scaturisce è dato dal fatto che l'autore, nel suo percorso argomentativo, finisce con il cadere in contraddizione. Infatti, parte da una critica del pensiero illuminista affermando che il tanto decantato progresso scientifico, asse portante del cosiddetto "periodo dei lumi", non ha per nulla migliorato la società; anzi è stato responsabile di decadenza morale e diffusione dell'assenza del senso del dovere ed indica l'introduzione dell'agricoltura e della metallurgia quali momenti che hanno determinato il passaggio dallo stato di natura alla civiltà, entrambi descritti come momenti traumatici, perché l'agricoltura ha significato l'introduzione della proprietà privata, per la prima volta esisteva un qualcosa solo dell'individuo intangibile da un altro, la seconda invece ha introdotto la divisione del lavoro.

Conclusione: agricoltura e metallurgia, motori base dell'origine della civiltà, sono però anche le principali responsabili della disuguaglianza tra gli uomini. Uno Stato ideale non può ammettere alcuna forma di disuguaglianza tra gli individui e, affinché non ci sia, vi rientra la trasparenza intesa come assoluta sincerità di comportamenti di questa comunità che, nel "*Contratto Sociale*", è

---

<sup>25</sup> Molto famoso è l'arresto di Rousseau, contenuto nel "*Discours sur l'Origine de l'Inégalité*", contenuto in "*Oeuvres complètes*", in cui il pensatore, convinto che ad essere compromessa non sia l'essenza dell'uomo ma solo la sua situazione momentanea, si domanda: "*Forse vorresti poter retrocedere?*"

ispirata al modello politico della democrazia diretta, rifiutando persino i modelli di rappresentatività provenienti dal mondo delle *Poleis* greche.

Lo Stato ideale di Rousseau doveva pertanto prevedere un'assoluta e totale cessione della volontà del singolo e dei propri diritti alla collettività, perché il fine ultimo di ogni cittadino era la volontà generale<sup>26</sup>.

Tuttavia, e qui vi è forse il principale punto debole della costruzione politica di Rousseau, se l'elemento da cui partire per avere uno Stato ideale è la cessione della volontà individuale per tornare a uno Stato di natura dominato da comportamenti trasparenti, questa acquisizione rischia anche di portare ad un pensiero che, in ultima analisi, si avvicina pericolosamente a costruzioni politiche totalitarie, a ideologie che ritengono naturale sottomettere la volontà del singolo e della minoranza per dare spazio, al fine di avere una società dominata dalla indispensabile trasparenza, solo e soltanto all'opinione della maggioranza.

Tuttavia, pur con queste innegabili contraddizioni, va dato atto a Jean Jacques Rousseau di avere, tra le tantissime suggestioni meritevoli di riflessione, teorizzato per la prima volta, il concetto secondo il quale lo Stato, oggi diciamo più in generale, tutte le amministrazioni pubbliche, deve avere un operato ispirato alla massima trasparenza.

Questa primogenitura, straordinariamente anticipatrice rispetto alla stessa genesi del diritto amministrativo, è da considerare una delle intuizioni più brillanti del pensiero politico-giuridico della mente ginevrina.

### ***3. L'altra faccia della trasparenza: il segreto nell'Italia preunitaria***

Le osservazioni di Norberto Bobbio consentono di concludere che la pubblicità degli atti del potere pubblico sia una delle prerogative fondanti di un qualsiasi regime democratico e che, quanto più esistono zone d'ombra, tanto più queste danno prova della debolezza di una democrazia che Bobbio ritiene la miglior forma di governo possibile o comunque, la meno peggiore di tutte.

Ciò premesso, non bisogna cadere nella tentazione di ritenere che le pubbliche amministrazioni debbano, per forza, essere tenute, sempre e comunque, a

---

<sup>26</sup> Tuttavia, occorre prestare attenzione e non cadere in equivoci, perché in realtà il pensatore ginevrino ha un orientamento emergente dal "*Contratto Sociale*" non già di spregio, anzi di tutela della volontà individuale, perché si afferma che "*ciascuno, unendosi a tutti, obbedisca tuttavia soltanto a se stesso, e resti non meno libero di prima*". Con queste parole vi è un chiaro intento di non trascurare il profilo egoistico e individuale degli individui, che anzi sono liberi sia nella scelta dei fini, che dei mezzi per raggiungere detti fini. Tuttavia vi è una clausola essenziale non rinunciabile per ricondurre ad unità tutto il sistema: l'alienazione totale di ciascun individuo. Infatti "*ciascuno*", capitolo VI, Libro I, "*deve mettere in comune la propria persona ed ogni proprio potere*"; questo comportamento è clausola non rinunciabile perché determina la nascita della collettività. Ecco che, in virtù del patto, la collettività si costituisce, istantaneamente, in un corpo morale e collettivo e si giunge al fine ultimo a cui deve tendere ogni buon cittadino, il perseguimento di una volontà generale e superiore, necessaria per raggiungere effettivamente il benessere comune.

rendere immediatamente conoscibile, pubblico e trasparente, qualsiasi tipo di atto da esse generato.

Certamente occorre intendersi nel sottolineare, una volta di più, che la trasparenza debba essere un continuo anelito da perseguire con determinazione, di questi tempi ancor di più, ma questa non deve essere trasformata in un mito, un elemento che rappresenti, “*tout court*”, il bene assoluto in contrapposizione al segreto quale elemento cui interfacciarsi conferendogli sempre e comunque un valore negativo, il male assoluto.

Ribaltare la prospettiva è dunque alquanto utile oltre che necessario per capire che clima si è respirato in Italia almeno sino all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, qual era il clima culturale che rendeva il segreto amministrativo un fortino inespugnabile e, in primissima approssimazione, tentare di conferire ad esso una colorazione buona: c’è qualcosa di positivo in un segreto? E, se sì, di cosa eventualmente si tratterebbe?

Saremmo tentati di ribadire proprio nulla, visto che esso, per etimologia lessicale derivante dal mondo romano arcaico<sup>27</sup>, occulta una conoscenza a potenziali cittadini fruitori del sapere, soggetti passivi tenuti lontano dalla verità. Tuttavia, sotto altro punto di vista, tenendo nascoste certe informazioni, che sottendono evidentemente alla pluralità d’interessi pubblici e privati che la P. A. tenta di conciliare, il segreto esclude dalla conoscenza di certe informazioni taluni soggetti, contemporaneamente, rappresenta una protezione di quel sapere e cioè di quei molteplici interessi che essa è chiamata quotidianamente a tutelare.

Questo per dire che, in realtà, il segreto è uno strumento, non è detto che sia sempre e solo negativo, dipende tutto dalla valutazione della qualità degli interessi che esso è chiamato a proteggere. Ora però, se è vero che solo il segreto ha l’attitudine a proteggere fondamentali interessi, siano essi pubblici o privati, giova sottolineare che può e deve trattarsi solo di circoscritte eccezioni.

“*Secretus*” è una parola latina derivante dal verbo *secernere*, composto da una particella, “*se*”, che indica la separazione, l’allontanamento, e dal verbo “*cerno*”, che indica l’operazione del separare e del dividere. In realtà “*cerno*” ha due significati: uno concreto, che fa riferimento al setacciare, un’operazione preliminare rispetto alla semina, e uno figurato che indica, invece, il

---

<sup>27</sup> R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1983, p. 99 ss. L’autore nota che le radici etimologiche del segreto appartengono alla Roma rurale delle origini ma, forse, questa osservazione è incompleta, perché l’idea del segreto nasce con l’uomo stesso. Il testo più letto della storia dell’umanità, la Bibbia, contiene numerosi riferimenti al segreto e utilizza questo sostantivo con ben tre diversi significati: 1) indicare le cose non conoscibili di per sé quali sono per esempio i segreti del futuro o quelli della natura; 2) le cose confidenziali in relazione alla voce “*sod*”, parola che in lingua ebraica significa “divano”, da cui deriva il consiglio o la riunione di “coloro che siedono sul divano”, quindi, in definitiva, le notizie che vengono trattate in un consiglio, cioè in gran segreto e che, per questo, non devono essere divulgate; 3) infine, la parola segreto indica i luoghi nascosti, che devono restare segreti, e questo ulteriore significato si trova per esempio nel Vangelo di Matteo, 6, 4-6.

compimento della stessa operazione di separazione mediante l'uso di organi sensoriali o l'intelletto. Se si usano i primi, essenzialmente uno di questi, la vista, in questo caso "*cerno*" significa discernere, nel senso di distinguere un oggetto da lontano; se si utilizza l'intelletto discernere significa distinguere il bene dal male, il vero dal falso. Però, dall'originario *secernere*, inteso come separare, sono scaturiti ulteriori significati derivanti dall'aggiunta di vari prefissi, due su tutti, *ex* e *se*. *Ex-cernere* significa allontanare da sé, *se-cernere* invece designa l'operazione opposta, conservare per sé; questa particella enfatizza il conservare per sé, quindi si separa, verbo *cerno*, per conservare.

Tornando alla derivazione rurale, si effettua un setaccio al fine di separare talune cose, non di valore, da altre, ritenute preziose, in termini latini le "*res mancipi*", le quali, tuttavia, proprio perché preziose, una volta individuate e separate dalle altre, vanno tenute per sé, cioè nascoste.

Per completare queste disquisizioni etimologiche, occorre ricordare anche che il termine segreto deriva da "*cribum*", che affonda le sue radici nel greco, visto che Polluce individua questo sostantivo per indicare uno strumento intessuto di tessuti o corde<sup>28</sup>, anche se altri autori, tra cui soprattutto Ateneo, contraddicono questa tesi<sup>29</sup>. Tuttavia, l'uso reale che si faceva del termine si deve ad un famoso editto rilasciato sia in latino che in greco dall'imperatore romano Diocleziano nel 301 d.c.<sup>30</sup>.

Questo testo è importante per giungere alla conclusione che si tratta di un termine molto esteso, che può essere composto da vari materiali, di fondamentale importanza e vasto uso nella vita delle società cerealicole mediterranee; tuttavia, nonostante possa realizzarsi con materiali disparati, un aspetto accomuna l'oggetto, la funzione: cioè quella di separare, distinguere, discernere i prodotti dell'agricoltura, cereali, legumi, farine e quant'altro dalle impurità che essi contengono.

Strumento che svolge, quindi, la funzione selettiva del setaccio e che spiega molto bene il concetto di notizia segreta: essa è, per definizione lessicale, nettamente separata dalle altre; dunque non esiste una soluzione mediana, una notizia è segreta o non segreta, la distinzione è netta, non ci sono altre vie.

---

<sup>28</sup> In realtà Giulio Polluce, retore e lessicografo greco vissuto nel II secolo D.C., si rifà ad una storiografia illustre derivante da Erodoto e Omero secondo il quale il "*Sxoinos*" è un singolare collettivo che indica una distesa di vimini e quindi, in senso più ampio, si tratterebbe di una corda fabbricata con l'intreccio di tali piante.

<sup>29</sup> Ateneo riteneva che il "*cribum*" fosse uno strumento con il fondo metallico bucherellato, che serviva per cernere e filtrare pasta di formaggio.

<sup>30</sup> Da questo testo epigrafico, l'editto "*De Pretiis*", dell'imperatore Diocleziano risulta, in modo inoppugnabile, l'uso che si faceva realmente del termine, perché espresso mediante uno strumento tipicamente comunicativo come l'editto che indica, per sua natura, da un lato un'autorità emanante, di converso un grande numero di cittadini appartenenti alle più disparate regioni dell'Impero romano, tenuti ad osservarlo: ebbene, dalla lettura dei suoi frammenti, risultano ben tre significati diversi del termine "*cribum*" o meglio, tre diverse tipologie di utensile: vi è un "*cribum*" di cuoio, uno di pelle ed un terzo costituito da un intreccio di vari possibili elementi tra i quali giunchi, cordicelle o fili di metallo.



Tuttavia, viste le origini lessicali, soltanto l'analisi storica dell'istituto consente di evidenziare che, solo dagli anni '50, almeno nel nostro paese, ovvero dall'avvento della Costituzione in poi, è emersa la funzione di separazione, la cernita tra le notizie che debbono essere celate e quelle no; il segreto rivela, come ora verificheremo, un carattere onnicomprensivo, intrinseco al pubblico potere, si sarebbe tentati di dire, la sua vera anima.

Occorre pertanto necessariamente compiere un percorso storico concettuale, volto a tentare di ricostruire l'istituto del segreto per capire meglio il perché di questa immanenza nell'attività pubblica. E si tratta di un percorso, per certi versi, anche sorprendente, che porterà a verificare che la nozione di segreto è in realtà variegata, perché esistono varie tipologie di segreti di cui, i più importanti per il nostro discorso sono tre: il segreto d'ufficio, quello di Stato e quello professionale.

Quest'analisi porterà a evidenziare che il segreto d'ufficio, in quanto nasce come rapporto fiduciario che si instaura tra amministratori ed amministrati, con questi ultimi che comunicano notizie riservate che li attengono ai singoli amministratori, che a loro volta acquisiscono ulteriori notizie segrete dai loro superiori nel corso della vita professionale trasformando nei fatti la pubblica amministrazione nel più grande contenitore di notizie della società, ha origini che lo avvicinano molto più al segreto professionale che non al segreto di Stato.

Infatti, come il segreto professionale, il fondamento del segreto d'ufficio, è almeno nella genesi dell'istituto, di tipo fiduciario per poi trasformarsi in un segreto avente ragioni organizzatorie, cioè semplicemente deriva dall'organizzazione del lavoro nella pubblica amministrazione. Quindi appureremo che solo nel codice penale italiano del 1889 e nel codice di procedura penale del 1913 il segreto d'ufficio acquista vita autonoma rispetto al segreto professionale e che, nella sostanza, anche l'attuale codice penale, il codice Rocco del 1930, riprende la disciplina del 1889.

E comunque, nella carrellata della disciplina sul segreto, si noterà una costante sorprendente: il legislatore italiano, non solo quello dell'Italia preunitaria, ma addirittura neppure quello contemporaneo, si è mai curato di dare una definizione letterale del "segreto d'ufficio", adottando questa espressione senza mai chiarirne pienamente il significato e allora si spiega perché, il compito dell'interprete divenga assai complicato.

La ricognizione dell'istituto è assai faticosa, l'indeterminatezza dell'oggetto ha una sua logica paradossale nella cronica mancanza della premessa, cioè se non abbiamo mai avuto né in passato e neppure in tempi contemporanei una puntuale definizione di "segreto d'ufficio", come aspettarsi di chiarire sempre in modo netto l'oggetto del segreto, com'è possibile capire di volta in volta se il segreto è posto a tutela d'interessi pubblici o anche privatistici?

Un compito impossibile o comunque, per ragioni di forza maggiore, incompleto, anche se certo, si può ipotizzare che tutta la disciplina del segreto nasca anche per tutelare interessi privatistici; si tratta però di ermeneutica, non di certezze assolute derivanti dal dettato normativo. Ma veniamo alle norme di diritto positivo per cercare di fare nostri alcuni punti fermi.

Facendo una primissima notazione di carattere storico, occorre ricordare quando il segreto acquista la dignità e l'onore di norma in Italia. Ebbene, da quei giorni lontani sono ormai passati quasi 150 anni, allorquando apparvero per la prima volta nel nostro ordinamento, correva il 1853, alcune disposizioni sul segreto d'ufficio, sia in un regolamento del Regno di Sardegna<sup>31</sup> che nell'art. 191 del codice penale del Granducato di Toscana.

E' di particolare importanza, nella nostra ricostruzione storico-concettuale del segreto, l'art. 39 del Regio Decreto 23 ottobre 1853, n. 1611 del Regno di Sardegna perché, sebbene ad una prima lettura paia espressamente fare riferimento al solo segreto, che, per semplicità espositiva, chiamiamo già d'ufficio, a presidio di interessi solo pubblici, in realtà la disposizione venne ricostruita pensando che facesse riferimento anche ad interessi privati.

Questa interpretazione mostra, per la prima volta, il volto bifacciale di questo istituto, in quanto esso è certamente rivolto verso l'interno come mezzo di tutela della P.A. dei propri atti, ma anche verso l'esterno in quanto la medesima pubblica amministrazione, nella persona di un suo operatore, che chiamiamo pubblico ufficiale, potrebbe essere benissimo detentrica di informazioni riguardanti i privati e la mancata divulgazione di queste produrrebbe l'effetto di proteggere interessi di rilievo riguardanti proprio i soggetti privati medesimi.

Certo, già in quei tempi la dottrina e la giurisprudenza, pur non vitali come oggi, dovevano avvertire come pressante l'esigenza di effettività, come attesta il fatto che una più adeguata tutela del segreto d'ufficio ed anche del segreto di Stato, dizioni moderne in quanto non c'era ancora la piena consapevolezza della netta

---

<sup>31</sup> Il Regio Decreto 23 ottobre 1853, n. 1611, art. 39, rappresenta la prima traccia assoluta del segreto d'ufficio, anche se sotto forma di sanzione disciplinare per la inosservanza del segreto imposto negli affari di servizio o come mancanza di riserva che abbia come effetto quello di ledere gli affari dei privati con la pesante sanzione della revoca dell'impiego. Dunque, due fattispecie poste a presidio di interessi affatto diversi, in un caso pubblici, nell'altro privati, inoltre, mentre nella prima ipotesi il mancato mantenimento del segreto comporta la revoca dall'impiego, addirittura indipendentemente dalla sussistenza di eventuali conseguenze dannose o da valutazioni relative all'elemento soggettivo, dolo o colpa, nella seconda ipotesi si va a vedere concretamente il pregiudizio, in quanto la mancanza di riserva è punita solo se ha cagionato un'effettiva lesione degli affari dei privati. In ogni caso, elemento che accomuna queste due situazioni, è l'estrema genericità, non si spiega cosa si intende con affari di servizio, non si specifica quali siano gli interessi privati lesi che determinano la revoca dall'incarico. E' comunque interessante sottolineare che, se ad una prima lettura restrittiva, fondata sulla premessa che gli interessi tutelati dal segreto d'ufficio siano solo quelli della pubblica amministrazione, parrebbe che solo la inosservanza del segreto imposto negli affari di servizio configuri un'ipotesi di segreto d'ufficio, accettando invece un più corretto ragionamento estensivo che attribuisca al segreto d'ufficio anche la funzione di presidio di interessi "*iure privatorum*", in questo caso nella locuzione "segreto d'ufficio" rientra anche "la mancanza di riserva che leda gli affari dei privati". A questa conclusione si può giungere anche riflettendo sul soggetto attivo, il medesimo in entrambi i casi, cioè un pubblico ufficiale.

distinzione tra i due istituti, la si raggiunge solo qualche anno più tardi. Si estende, infatti, la possibilità di astenersi dal deporre, durante un procedimento penale in corso, a categorie di soggetti ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 587 del codice penale sardo del 1859, pensato espressamente a tutela di un altro segreto, quello professionale<sup>32</sup> e conseguentemente calibrato su soggetti appartenenti alla categoria "in senso stretto" dei professionisti.

La bontà di questa soluzione è testimoniata dal fatto che nel 1865, una volta raggiunta ormai l'unità del Regno d'Italia, il primo codice di procedura penale del nuovo Stato riporta una norma replicativa, sul piano dei contenuti, dell'art. 587 del codice penale sardo<sup>33</sup>.

In termini moderni diremmo allora della necessità di analizzare l'art. 39 del Regio Decreto 23 ottobre 1853, n. 1611, in combinato disposto con l'art. 587 del codice penale sardo di sei anni più tardi che, peraltro, riporta una nozione di segreto professionale che ha un antecedente storico ripreso in modo pressoché integrale in quel codice napoleonico del 1810 che ha il merito di tentare una elaborazione, per la prima volta in assoluto nella storia del diritto, delle nozioni di segreto di Stato, professionale e d'ufficio, e che, per le suggestioni determinate sulle fonti normative successive, impone di tornarci a breve.

Restando per ora all'art. 39 del Regio Decreto del 1853, un altro spunto di grandissimo rilievo che emerge osservando le due ipotesi menzionate, "inosservanza del segreto imposto negli affari di servizio", "mancanza di riserva che leda gli affari dei privati", è l'assoluta indeterminatezza dell'oggetto, un elemento che ritornerà sempre nella storia dell'istituto, cioè l'assenza di una definizione puntuale e concreta su quali atti concretamente il segreto si esercita.

Tuttavia, pur trattandosi della prima normativa in materia, essa contiene spunti notevoli, come la precisazione del legislatore dell'epoca che il segreto d'ufficio non è un mero "segreto negli affari di servizio", ma è un "segreto imposto negli

---

<sup>32</sup> L'art. 587 del codice penale sardo indicava un preciso elenco di soggetti che erano depositari di segreti in ragione della loro peculiare attività professionale: avvocati, procuratori, medici, chirurghi, altri ufficiali di sanità, medici e levatrici; la norma, però, si prestava ad un'interpretazione estensiva perché parlava anche di "ogni altra persona, a cui per ragione del suo stato o della sua professione od ufficio fu fatta confidenza di qualche segreto". Ecco la chiave per l'interpretazione estensiva, l'espressione "ogni altra persona" si prestava bene per consentire questa tutela processuale in sede penale anche a categorie di soggetti che, pur non rientrando espressamente nella categoria di quelle titolari di segreti professionali, si trovavano tuttavia nella situazione peculiare di essere depositarie di segreti in ragione del loro lavoro. Questa è stata la leva per raggiungere il risultato di un'interpretazione estensiva, anche per coloro che lavoravano nell'apparato amministrativo, della possibilità di astenersi dal testimoniare e, quindi, di fatto, di estendere questa facoltà anche al segreto d'ufficio e al segreto di Stato. Quindi una sola disposizione processuale venne piegata per la tutela di una pluralità di differenti segreti: professionale, di Stato e d'ufficio.

<sup>33</sup> Ci si riferisce all'art. 288 del primo codice di procedura penale del Regno d'Italia del 1865 che, non solo riporta l'elenco tipico e puntuale di categorie di soggetti che possono esimersi dal deporre nel corso di un procedimento penale in corso ma, soprattutto, richiama la clausola aperta che estende questa facoltà a qualunque lavoratore depositario di confidenze legate alla sua attività professionale, prescindendo dunque da ordini specifici di appartenenza.

affari di servizio”; la differenza è enorme perché induce a pensare che vi sia una volontà presumibilmente interna all’amministrazione e verosimilmente di rango superiore, che abbia una forza tale da imporre di mantenere il segreto al pubblico ufficiale<sup>34</sup>.

Non è un caso che, lo dice lo stesso Regio Decreto in altre disposizioni<sup>35</sup>, l’unica possibilità di derogare al vincolo del segreto si aveva nel caso di una autorizzazione di un organo amministrativo di rango superiore rispetto a quello tenuto al segreto.

E’ evidente che queste disposizioni siano il segno del fatto che il novello apparato amministrativo, quello che nasceva nel segno del sapere tecnico dei suoi operatori, si presenti all’insegna dell’estrema rigidità; tutti coloro che in esso operavano erano tenuti al compimento di operazioni ripetitive e rigidamente prefissate, quasi monotone ed ecco perché, quando poteva entrare in gioco una situazione particolare, come appunto era quella di dover rivelare un segreto appreso in ragione della propria militanza nella pubblica amministrazione, la situazione aveva un sì alto tasso di delicatezza e peculiarità che si riteneva indispensabile delegarne l’autorizzazione ad organi di rango più elevato all’interno del potere esecutivo.

Questa norma, tra gli altri aspetti, è certamente di fondamentale importanza per una considerazione a più ampio raggio sull’evoluzione del concetto di segreto che nasce indifferenziato e così rimane sino a tutto il XVIII secolo ma, nel corso del XIX secolo, con la nascita degli apparati amministrativi burocratizzati, si trasforma in un sapere settoriale. In che senso?

Si può rilevare sul punto che sino al XVIII secolo esso era espressione del potere di un sovrano e quindi strumento di puntello del potere stesso del principe che conosceva tutti i segreti del suo regno e si guardava bene dal divulgarli perché questo poteva mettere in pericolo la saldezza del suo primato assoluto; di conseguenza il segreto era in realtà un insieme di notizie così intrecciate tra di loro da fare di esse una sorta di tutt’uno indifferenziato. La nascita degli stati moderni e dell’amministrazione burocratica, facendo, di fatto, nascere la figura del “segreto d’ufficio”, trasforma il segreto di cui è espressione il pubblico potere in uno strumento espressione di sapere specializzato, in una manifestazione di sapere tecnico.

---

<sup>34</sup> Per un quadro sul valore fondante del segreto d’ufficio, come collante della struttura gerarchizzata della P.A., si veda Galasso, *“Potere e istituzioni”*, in cui si evidenzia che esso è uno degli strumenti principali di controllo interno dell’operato del personale dell’amministrazione, soprattutto dei soggetti aventi incarichi di basso rilievo, la cosiddetta “bassa burocrazia”.

<sup>35</sup> L’art. 85 del Regio Decreto 23 ottobre 1853, n.1611 individua, nel capo del servizio, colui che può autorizzare il dipendente amministrativo a rivelare la notizia coperta da segreto; questa stessa facoltà viene attribuita, dall’art. 88, al Segretario Generale o al Direttore Generale, infine, l’art. 86 contempla un’ipotesi del tutto eccezionale di prelievo di documenti dagli uffici amministrativi, spettante solo al Ministro: *“il solo Ministro potrà autorizzare persone estranee al Ministero ad esportarne documenti”*.

Ecco che la disposizione del Regno di Sardegna è il primo esempio del compimento di questo percorso, il passaggio dagli “*arcana imperii*” agli “*arcana burocratici*”. Scompare il segreto com’è stato conosciuto sino ad una certa epoca storica quella dei regni, quale espressione di un potere assoluto, diviene invece manifestazione di un sapere specialistico, non solo, diviene la più evidente rappresentazione della nascita di un vero e proprio nuovo potere emergente negli Stati di diritto di novella costituzione: il potere amministrativo.

La mutazione genetica del segreto osservabile sin dalla prima norma a esso dedicata nel 1853 prosegue anche sul piano della cosiddetta differenziazione: infatti, mentre prima il segreto in definitiva era uno solo, o meglio si trattava di un complesso di notizie intrecciate di cui era detentore il re dello stato autocratico, nei nuovi Stati si assiste al fenomeno della proliferazione dei segreti, in quanto espressione di sapere specialistico, sono detenuti da chi svolge nella società un determinato ruolo.

Detto in altri termini, da un lato c’è il segreto d’ufficio detenuto dai tanti pubblici ufficiali responsabili di determinate procedure amministrative, nello stesso tempo nascono anche altre tipologie di segreto, espressione sia di sapere tecnico ma anche e, soprattutto, di spazi di autonomia dei privati: il segreto industriale, il segreto professionale e quello epistolare.

Apparentemente figure separate di segreti: industriale, professionale ed epistolare, ben distinte dal segreto d’ufficio, nascenti queste ultime dall’emergere di nuove professioni; si pensi al fenomeno di industrializzazione che, a partire dalla Gran Bretagna, ha interessato tutta la vecchia Europa dalla seconda metà dell’Ottocento; ma in realtà non è affatto così, perché il segreto d’ufficio, per lunghi decenni si sovrappose e si confuse con il segreto professionale, sino a divenire concetto indistinto da quest’ultimo, come attesta, ancora una volta, la normativa di quell’epoca lontana, ma non così tanto rispetto ai fondamenti dell’istituto<sup>36</sup>.

Se ne può quindi ricavare che il segreto d’ufficio nasce in seguito a commistione di due saperi specialistici, quello dei funzionari titolari di tante conoscenze tecniche che spersonalizzano l’antico segreto del sovrano e i segreti professionali delle nuove professioni, soprattutto quelli che fanno riferimento alla nascente industrializzazione.

Come si può notare, il regolamento del Regno di Sardegna 1853 ci porta indietro nel tempo addirittura in tempi antecedenti l’unità d’Italia del 1860; ebbene nonostante il colossale salto evolutivo che, nel frattempo, si è compiuto nella

---

<sup>36</sup> Si riteneva che i funzionari amministrativi fossero tenuti a rispettare il segreto d’ufficio sulla base di una interpretazione estensiva dell’art. 587 del codice penale sardo del 1859, che riguardava il segreto professionale e che conteneva da un lato una minuziosa e tassativa elencazione delle categorie professionali vincolate al segreto, medici, chirurghi, speziali e levatrici, da un altro canto, vi era una sorta di norma di chiusura ad ampio respiro che vincolava anche “*qualsiasi altra persona...depositaria di segreti per ragione di stato, di professione o di ufficio*”.

nostra società e nella civiltà giuridica nel dettaglio, il segreto continua a vivere nel nostro ordinamento, come attesta, meglio di ogni altra fonte, la disciplina ex art. 24 della 241/90.

Dello stesso 1853 una normativa penale del segreto d'ufficio, l'art. 191 del Codice penale del Granducato di Toscana<sup>37</sup>. Questa disposizione individua un campionario di sanzioni per un funzionario che si comporta dolosamente violando il "silenzio ufficiale"; la dicitura è importante perché fa capire che, nell'ottica del 1853, il bene assoluto da preservare e a cui tendere era proprio il segreto, l'opposto dell'ottica odierna che tende, con rare eccezioni, a perseguire la maggior trasparenza possibile. Non è un caso che la disposizione sia pesantemente vessatoria verso l'operatore amministrativo che attenti al bene del silenzio dolosamente, punendolo con l'interdizione dal pubblico ufficio per un periodo massimo di cinque anni, mancando però l'indicazione dell'allontanamento minimo.

Quest'art. 191 contempla poi una seconda ipotesi, quella della derivazione di un "danno considerabile" conseguente alla rivelazione del segreto; la norma tace sul soggetto leso, ma si può ritenere che, individuato in primo luogo nella stessa pubblica amministrazione e nel suo interesse leso il primo beneficiario della prescrizione, in via estensiva essa possa estendersi anche agli interessi dei privati i quali, pur essi, potrebbero ben subire un danno considerabile dal fatto che vengano dolosamente svelate notizie che invece dovrebbero rimanere segrete.

A voler essere precisi, l'amor di verità storica obbliga a ribadire le notevoli suggestioni che sia il codice penale sardo che quello del Granducato di Toscana hanno assorbito dal codice napoleonico del 1810.

Infatti, se è vero che l'art. 39 del Regio Decreto 26 ottobre 1853, n. 1611, contiene la primogenitura del segreto d'ufficio, è innegabile che nel codice napoleonico vi siano le prime definizioni in assoluto del segreto professionale, di quello industriale e pur di quello di Stato<sup>38</sup>. Ed è altrettanto indubitabile che vada dato merito al legislatore del codice penale sardo del 1859, di avere preso il segreto di Stato contenuto nel codice napoleonico del 1810 quale base di una indubbia originalità giuridica per poi svilupparla, colorandola di elementi

---

<sup>37</sup> La norma dispone testualmente: "1. Ogni pubblico ufficiale che, non indotto da corruzione, manifesta dolosamente fatti o documenti che, per obbligo d'ufficio, dovrebbe tener segreti; è punito, come violatore del silenzio ufficiale, con l'interdizione dal pubblico servizio fino a 5 anni. 2. E se da questa violazione è derivato un pregiudizio considerabile, che fosse nell'intenzione del colpevole, si decreta la detta interdizione da cinque a dieci anni insieme con la carcere da due mesi a due anni".

<sup>38</sup> Gli artt. 80, 81 e 82 costruiscono la fattispecie del segreto di Stato in modo fortemente restrittivo, in quanto il risultato finale è quello di una figura equivalente al segreto diplomatico, quindi, come tale, sussistente sul presupposto di rapporti interstatuali e che si concretizza, ma anche si esaurisce, nelle ipotesi dello spionaggio. Quindi il segreto di Stato nasce come segreto politico e ha ad oggetto il "segreto di una negoziazione". Una costruzione importante, ma anche discutibile perché comporta il rischio di qualificare come penalmente illeciti anche quei segreti che non hanno una importanza decisiva per gli interessi di uno Stato.

ulteriori e diversi che connotano tale segreto in una luce diversa<sup>39</sup>. Considerazioni di segno opposto merita invece il segreto professionale modellato nell'art. 378 del codice napoleonico e ripreso in modo integrale nell'art. 587 del codice penale sardo.

Allora, dunque, il segreto aveva una forza invincibile; oggi, venuta meno la sua onnipotenza, resta però la persistenza, ed ecco perché diventa indispensabile interrogarsi su di esso e provare a dare una giustificazione della sua longevità.

#### **4. Evoluzione del segreto nell'Italia unita ante Costituzione**

Ma cosa accade dopo l'unità d'Italia? Il segreto d'ufficio, nato come fratello quasi gemello del segreto professionale, trova finalmente un riconoscimento codicistico autonomo, sia nel codice penale del 1889, meglio noto come codice Zanardelli, sia sul piano squisitamente processuale, nel codice di procedura penale del 1913.

In realtà il quadro giuridico è assai più articolato, perché deve tenere ulteriormente memoria di ben tre statuti del pubblico impiego, i primi due antecedenti alla Costituzione, rispettivamente del 1908 e del 1923, il terzo successivo alle disposizioni superiori, perché datato 1957 e, infatti, non più adeguato al panorama complessivo, rimasto indietro sul piano della visuale dei rapporti tra potere politico e cittadini rispetto ai valori nuovi espressi nella Costituzione del 1948, soprattutto quelli di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione desumibili dall'art. 97, ma anche la partecipazione alla vita pubblica ricavabile dall'art. 2 e il decentramento amministrativo di cui all'art. 5 della Carta<sup>40</sup>, quasi come se il legislatore ordinario del 1957 fosse rimasto varie marce indietro rispetto al disegno visionario dei padri costituenti del 1948; infatti solo tardivamente il legislatore ordinario provvederà, finalmente, a modificare<sup>41</sup> la disciplina del segreto d'ufficio contenuta nel testo

---

<sup>39</sup> L'art. 169 del codice penale sardo supera l'idea del segreto di Stato sussistente solo sul presupposto di rapporti tra Stati ed estende la nozione al "*segreto che interessi la conservazione politica dello Stato*" configurando in questo modo il primo germoglio dell'idea che il segreto di Stato possa riguardare anche atti interni, che la sua sussistenza non sia indispensabilmente legata a rapporti internazionali tra gli Stati. A questa norma del 1859 si deve, per la prima volta, l'espresso superamento dell'idea che tutti i segreti diplomatici abbiano automaticamente natura di segreto di Stato, perché consente una valutazione concreta, quasi di tipo casistico, volta proprio a capire se, nel caso di specie, quel segreto ha un valore decisivo, o meno, per la conservazione degli equilibri e degli assetti istituzionali e socio-politici della nazione di cui si tratta.

<sup>40</sup> L'inadeguatezza del Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato, rispetto ai nuovi principi emergenti dalla Costituzione in materia di attività amministrativa, è evidenziata, tra gli altri, da S. COGLIANI, "*Commentario alla legge sul procedimento amministrativo: L. n. 241 del 1990 e successive modificazioni*", 2007, p. 963 ss.

<sup>41</sup> L'art. 15 del Testo Unico degli impiegati civili dello Stato, non diversamente dalle primissime fonti normative, non individuava gli atti coperti dal segreto, per una ragione molto semplice: con evidente discrasia rispetto a valori di pubblicità e trasparenza emergenti dalla Carta costituzionale, il legislatore del 1957 ragionava ancora in termini di segreto, quale regola generale per tutti gli atti provenienti indistintamente dall'amministrazione. Per un quadro complessivo e sintetico della situazione si suggerisce la lettura di GIANNONE, "*Il punto sul diritto di accesso*", reperibile *on-line* all'indirizzo [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2002, in cui l'autrice sottolinea che l'art. 15 del Testo Unico del 1957 si fonda sull'idea di un'amministrazione ancora fortemente autoritativa e organizzata in modo gerarchicamente molto rigido, nonché basata sull'idea che i momenti di partecipazione dei cittadini alla sua attività dovessero essere pochi, sia quantitativamente, che qualitativamente.

normativo del 1957, tramite l'art. 29 della 241/90 che consacra la normativa attuale.

Oltre a questi testi di carattere generale, sono numerosissime le normative speciali e i regolamenti<sup>42</sup> emanati a cavallo dell'unità d'Italia che hanno prodotto un fenomeno giuridico opposto rispetto a quello cui in genere si assiste: infatti, laddove la normativa generale detta linee guida ed ispira poi quella speciale che si limita a dettagliare meglio le previsioni generali ed astratte contenute generalmente nella fonte legge che si abbevera dell'intervento in seconda battuta di altra fonte, in genere regolamenti, nella vicenda del segreto d'ufficio è accaduto il contrario: la normativa di specie ha influenzato quella generale, come nel caso della normativa dettata in materia di funzionamento dei nuovi servizi postali e dei telegrafi<sup>43</sup>.

Questo riferimento alla normativa su poste e telegrafi è importante perché essa, inquadrando il segreto d'ufficio come uno di quei doveri richiesti a quei dipendenti quali rientranti geneticamente nella loro attività lavorativa, rappresenta un efficace esempio dell'emersione nella nuova società

---

<sup>42</sup> Un esempio di regolamento, quindi di normativa speciale sul segreto datato addirittura 1856, quindi antecedente all'unità d'Italia, è quello contenuto nell'art. 170 del Ministero degli affari esteri che dichiarava espressamente: "*Il segreto d'ufficio è inviolabile*". Certo, non sfugge però che, nel caso di specie, la particolare natura dell'attività esercitata influenza il legislatore, visto che si tratta di amministratori che sono custodi di segreti nevralgici per gli interessi della nazione intera e questo, forse, giustifica il tono perentorio della disposizione citata.

<sup>43</sup> L'esempio più importante di attrazione e influenza della *lex specialis* sulla *lex generalis* è rappresentato dalle molteplici normative emanate in materia di servizio di poste e telegrafi che, per definizione, consiste nella trasmissione di informazioni, mediante mezzi meccanici manovrati da dipendenti pubblici, talmente importante che, le normative di specie in materia hanno poi dato la spinta all'emanazione del primo Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato, quello del 1908, talmente importante che il legislatore penale decise che la violazione del segreto d'ufficio in questa materia era meritevole di configurare una fattispecie di reato separata e distinta da quella generale, contenuta dunque in una norma diversa dall'art. 177, l'art. 162 del codice penale del 1889, che contiene il cosiddetto segreto epistolare. Questa figura nasce dalla considerazione che poste e telegrafi fossero un settore strategico dell'amministrazione italiana e, dunque, una volta che essa acquisiva informazioni al suo interno tramite questi nuovi strumenti di comunicazione, sorgeva immediatamente il problema dell'impermeabilità verso l'esterno, cioè di trattenere quel flusso di dati che gli amministrati riversavano su di essa e poi, soprattutto, l'esigenza di tutelare meglio il superiore interesse pubblico; si era pensato che lo strumento ideale fosse proprio il segreto d'ufficio, barriera efficace per bloccare la fuga di queste notizie verso l'esterno, con tutti i rischi del caso.

Questa era sembrata la soluzione migliore, argomentando in un modo già noto e ricorrente in tutta la storia dell'istituto: in fondo, si diceva, l'impermeabilità delle notizie verso l'esterno, oltre a curare al meglio l'interesse pubblico, tutela gli stessi interessi privati dei cittadini, perché li garantisce dal fatto che la stessa amministrazione avrebbe potuto fare uso di quelle preziose notizie, solo e soltanto per perseguire lo stesso interesse pubblico. Oltre a questo rilievo, si osservava che il segreto d'ufficio garantiva anche un funzionamento ordinato dell'amministrazione, che risultava così perfettamente rispondente alla sua struttura rigidamente gerarchizzata. Dunque, in questo caso, il soggetto attivo del reato contemplato nell'art. 162 del codice del 1889, cioè l'addetto al servizio delle poste o dei telegrafi che abusa di tale qualità, viene punito non tanto a causa del pregiudizio economico arrecato all'amministrazione postale divulgando quelle notizie segrete, ma in quanto arreca un danno al diritto all'intangibilità della corrispondenza quale espressione di protezione di superiori interessi pubblici. In altre parole, il valore in gioco tramite il segreto è la credibilità dell'amministrazione postale, quale supremo centro di tutela del superiore interesse pubblico.



industrializzata di un nuovo tipo di potere sconosciuto nei secoli passati: il potere disciplinare<sup>44</sup>.

Veniamo dunque al Regio Decreto 30 giugno 1889, cioè il codice penale Zanardelli che dispone ex art. 177: “Il pubblico ufficiale, che comunica o pubblica documenti o fatti, da lui posseduti per ragione d’ufficio, i quali debbano rimanere segreti, o che ne agevola in qualsiasi modo la cognizione, è punito con la detenzione sino a trenta mesi o con la multa non minore delle lire 300”. Quali gli elementi innovativi di questa disciplina ascrivibili al segreto d’ufficio?

Certamente non si può che partire dalla acquistata dignità autonoma dell’istituto in materia che, per la prima volta in assoluto, ha un rilievo individuale almeno sul piano penale, dato che si presenta quale fattispecie di reato separata e distinta rispetto al segreto professionale; quindi c’è un salto evolutivo evidente, il segreto d’ufficio nasce come costola del segreto professionale sulla spinta di ragioni economico-sociali, quale comportamento a cui sono tenuti coloro che operano nelle categorie professionali della nascente società borghese ma ora, siamo nel 1889, da esso si separa per avvicinarsi maggiormente al segreto di Stato.

Certo, questa vicinanza non ne annulla le reciproche diversità che possono sintetizzarsi nel fatto che il segreto d’ufficio attiene l’andamento interno dell’attività della pubblica amministrazione, il segreto di Stato, che a sua volta contempla due sottofigure, quello politico e quello militare, ha come area operativa la garanzia e la sicurezza dello Stato. Il soggetto attivo del reato è ovviamente un pubblico ufficiale per la cui concreta individuazione il codice Zanardelli rimanda ad un’altra norma, l’art. 207<sup>45</sup> del codice medesimo.

Interessante notare che, a prima vista, la normativa non è blindata perché, se il progetto originario della norma, l’art. 194 del codice Vagliani, estendeva l’obbligo di segreto anche ai dipendenti non più in servizio, la normativa in esame non ne fa menzione; ma in realtà non c’è spazio a varchi perché, combinando l’art. 177 del codice con l’art. 208<sup>46</sup>, la conclusione scaturisce

---

<sup>44</sup> Si consiglia la lettura di M. FOUCAULT, “*Microfisica del potere*”, p.190 s. in cui l’autore evidenzia l’emersione di una tipologia di potere del tutto nuova nel XVII e soprattutto nel XVIII secolo che sostituisce, a quello millenario della terra e dei suoi prodotti, cioè quello legato ai grandi proprietari terrieri, a quello sui corpi e al loro sfruttamento, in quanto strumenti dai quali estrarre il maggior numero possibile di ore di lavoro nella nascente industria. E quindi, naturalmente, sorgeva il problema di piegare quei corpi, in modo efficace, da parte di forze autoritarie espressioni del novello capitalismo industriale; questo nuovo potere si chiama potere disciplinare.

<sup>45</sup> La norma in questione considera pubblici ufficiali: “1°. *Coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni, anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle Province o dei Comuni, o di un istituto sottoposto per legge alla tutela dello Stato, di una Provincia o di un Comune;* 2°. *I notai;* 3°. *Gli agenti della Forza Pubblica e gli uscieri addetti all’ordine giudiziario*”.

<sup>46</sup> L’art. 208 del codice penale del 1889 prevede che: “*Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, perché commesso a causa delle funzioni da esso esercitate, comprende anche il caso in cui le persone indicate nell’articolo precedente più non abbiano la qualità di pubblico ufficiale o non esercitino quelle funzioni nel momento in cui è commesso il reato*”. Si

“*deplano*”: il segreto d’ufficio vincola anche gli ex pubblici ufficiali. Vi è poi da rilevare che l’oggetto, in ossequio ad una tradizione consolidata ma non per questo da accogliere con entusiasmo, è palesemente indeterminato, visto che l’art. 177 parla di “*documenti o fatti...che debbano rimanere segreti*”.

La locuzione in esame, come non mancò di sottolineare la dottrina del tempo<sup>47</sup>, pecca di genericità perché non dice nulla in relazione a quali siano gli atti che debbano rimanere segreti, sulla base della motivazione<sup>48</sup>, discutibile ma comprensibile, che sarebbe pressoché impossibile stilare in anticipo un elenco puntuale e rigoroso di tutti gli atti e i fatti che debbano rimanere segreti; questo richiama ad uno sforzo interpretativo enorme la dottrina e la giurisprudenza del tempo, nel tentativo titanico di individuare con l’esperienza concreta quali dovessero essere i singoli fatti ed atti che avevano da restare segreti.

Questi sforzi della dottrina conducono ad un risultato che, nella sostanza, è un nulla di fatto perché essa ad onor del vero individua tre criteri, ma uno, la natura del fatto, risponde alla lettera della norma in esame; gli altri due: la legge ed un ordine di un’autorità superiore non aiutano ad individuare l’oggetto del segreto, perché la legge è in realtà un complesso di fonti delle quali non ve n’è una che chiarisca l’oggetto del segreto in modo definito ed infine l’ordine dell’autorità superiore non fa altro che rimandare ad una stessa autorità amministrativa rispetto a quella che ha emanato l’atto; siamo davanti ad un circolo chiuso.

Vi è poi il profilo relativo alle modalità di rivelazione del segreto e la norma ne individua due; uno consiste nel “*comunicare e pubblicare*” che sono in evidente rapporto moltiplicato. Infatti, se il segreto deve rimanere occulto, è chiaro che basta la comunicazione, cioè la rivelazione anche ad un solo soggetto; quindi la pubblicazione è una circostanza aggravante perché si fonda sulla diffusione del segreto presso un numero moltiplicato di soggetti, una circostanza aggravante rispetto al solo comunicare che può avvenire anche presso un solo individuo.

---

porrebbe in questo caso il problema della pena applicabile all’ex funzionario pubblico, che rivela notizie che invece avrebbe dovuto mantenere segrete, e la dottrina del tempo risolve il problema ritenendo applicabili per simmetria le sanzioni inerenti la rivelazione indebita di segreto professionale, ex art. 163 del codice penale. Si veda infatti, sul punto, M. CARBONI, “*Lo stato giuridico*”, 1911, p. 349.

<sup>47</sup> S. LOLLINI, *Dei delitti*, in Enc. Dir. pen. It., 1907, VII, p. 124.

<sup>48</sup> Nella *Relazione* stesa dalla Commissione sul disegno di legge, volto all’approvazione del codice Zanardelli si legge, tra l’altro che: “...*la disposizione del comma 1° del nostro articolo, si leggeva in termini identici nei precedenti progetti del 1868 e del 1870, né si ha traccia nei verbali delle Commissioni compilatrici, di apprensioni o di difficoltà sorte allora a questo proposito*”. Il che equivale a dire che la prassi era quella, che l’oggetto del reato non poteva che restare indeterminato, con il conseguente problema di favorire, nella realtà dei fatti, anche interpretazioni troppo estese della normativa in questione. E d’altronde, questo dell’oggetto non è altro che il riflesso dell’idea che la pubblica amministrazione diventava, al tempo stesso, proprietaria assoluta e custode delle informazioni che arrivava a detenere. Alla fine, il fatto che prima il legislatore, poi anche la dottrina e la giurisprudenza non abbiano potuto o voluto individuare con più chiarezza l’oggetto del segreto, riflette semplicemente la convinzione profonda, radicata nel sentire di quel tempo, che l’unico vero soggetto deputato a decidere quali atti o fatti dovessero rimanere segreti e quali invece no, non potesse che essere la stessa pubblica amministrazione

L'altra modalità di rivelazione del segreto è quella del pubblico ufficiale che "*agevola in qualsiasi modo la cognizione*". Quindi, in questo secondo caso si sarebbe davanti, presa la lettera dell'art. 177 del codice Zanardelli, davanti ad una estensione a dismisura del reato, basterebbe una semplice agevolazione della comunicazione o della pubblicazione perché si abbia violazione del segreto d'ufficio, tanto è vero che la dottrina del tempo si divise<sup>49</sup>.

Infine gli ultimi due elementi della fattispecie: anzitutto l'elemento soggettivo, che l'art. 177 individua nel dolo, distinguendolo, sotto questo profilo, dal segreto di Stato contenuto negli artt. 107-109, per la cui integrazione del reato è sufficiente la colpa, che consiste nella classica volizione intenzionale di quel comportamento di rivelazione, pubblicazione o agevolazione; va precisato, sul punto, che per aversi dolo non è anche necessaria la volontà di nuocere o la realizzazione effettiva di un danno, basta l'intenzione di voler rivelare qualcosa che invece non si può divulgare. Naturalmente il ricorrere del danno si rileverà davanti ad un giudice come circostanza aggravante ai fini dell'entità della pena.

Infine, l'ultimo elemento, l'art. 177 afferma che questi segreti devono essere "*posseduti da lui*", cioè dal pubblico ufficiale, "*in ragione del suo ufficio*". Questa affermazione è stata discussa all'epoca partendo dalle tesi più estreme<sup>50</sup> di autori come De Giorgio che addirittura ipotizza che il segreto, una volta fatto proprio dalla pubblica amministrazione, vincola tutto il personale dell'amministrazione a prescindere dal fatto di avere appreso personalmente quella notizia, per arrivare ad opinioni più rispondenti al reale spirito della legge.<sup>51</sup>

Da questa descrizione dell'istituto si può ben comprendere che, a quei tempi, il segreto aveva delle caratteristiche ben differenti da oggi: si pensi anzitutto alla dinamicità, intesa nel senso che esso si fonda su un'attività di selezione volta a individuare ciò che si deve sapere e ciò che non può essere svelato.

E' ovvio che, il quadro del codice Zanardelli individua un istituto granitico e niente affatto dinamico, visto che il ragionamento del legislatore si fonda sul fatto che ciò che conta è l'ufficio, cioè l'appartenere ad una amministrazione sia statale, ma anche speciale. Basta questo prerequisite per designare un'attività

---

<sup>49</sup> Alcuni commentatori del tempo, tra cui G. DE GIORGIO, "*La rivelazione*", in Riv. dir. pubbl., 1909, I, p. 229, ritenevano che l'agevolazione potesse essere attuata solo dal medesimo soggetto che detiene il documento che dovrebbe rimanere segreto, altri addirittura, tra questi G. CRIVELLARI, "*Il codice penale*", VI, 1895, p. 40, sposavano la tesi estensiva, secondo la quale il segreto potesse essere violato da qualsiasi pubblico ufficiale, anche se non deteneva il documento segreto, perché avrebbe potuto apprendere della sua esistenza da un collega, quindi da un altro pubblico ufficiale e anche in questo caso ricorrerebbe il reato, perché si avrebbe comunque rivelazione della cognizione.

<sup>50</sup> G. DE GIORGIO, "*Ibidem*", pag. 230.

<sup>51</sup> G. BORSANI, L. CASORATI, *Codice*, 1876, II, p. 386. Nel commentario in esame, si sostiene che il fatto deve essere compiuto per motivi legati all'attività del pubblico ufficiale, deve esservi quindi un profilo di soggettivizzazione, di nesso causale tra la rivelazione del segreto e l'attività esercitata, anche se non è necessario che esso eserciti la sua attività proprio nel momento in cui avviene la rivelazione indebita, può verificarsi anche in un momento successivo.

lavorativa che deve rimanere vincolata, tramite il parametro dei doveri di fedeltà del dipendente, alla segretezza. Si rifletta, ancora, sull'idea del segreto come scelta, per pensare che esso è il risultato finale di tale scelta, come confermano le codificazioni odierne, a partire dalla 241/90 che identifica gli atti amministrativi che sono sottratti al diritto di accesso.

Ma, ad inizio del '900, ben poco vi era di questa scelta intesa come valutazione soggettiva di notizie segrete o meno; anzi, la scelta era quella di tenere segreta l'attività amministrativa in quanto tale. Nel segreto del codice Zanardelli non vi è dunque la dinamicità, non vi è una preventiva attività selettiva ed affiora tuttavia un suo requisito moderno, la sua molteplice essenza in quanto può essere sia allo stato puro, sotto forma di pensiero, come è sempre stato, ma anche il risultato di una attività materiale intermedia custodito, come è il caso delle notizie apprese dagli impiegati di poste e telegrafi. Ma cosa accade sul piano processuale?

La presenza dell'art. 177 del codice Zanardelli impone al legislatore di considerare il segreto d'ufficio anche sul piano processuale e così nel codice di procedura penale emanato nel 1913, il Regio Decreto 27 febbraio 1913, n. 127, si trova una norma l'art. 248, che disciplina sia il segreto professionale che quello d'ufficio.

Quindi si ha finalmente una norma che considera il segreto d'ufficio anche sul piano processuale. Dalla lettura della disciplina in esame<sup>52</sup>, dedicata nel primo comma al segreto professionale, nel secondo al segreto di Stato e a quello d'ufficio, emerge una disciplina più stringente per il segreto di Stato perché i pubblici ufficiali addirittura *“non possono essere interrogati”* quando si tratti di *“segreti politici o militari concernenti la sicurezza dello Stato”*, mentre gli stessi pubblici ufficiali *“non possono essere obbligati a deporre”* su atti concernenti il segreto d'ufficio.

Niente di nuovo in realtà sia sul piano sostanziale, perché la norma assimila il segreto professionale a quello d'ufficio prevedendo la facoltà per entrambe le categorie di soggetti di astenersi dal deporre, sia concettuale perché in fondo si torna all'idea del rapporto fiduciario che, come tra un avvocato o un medico si instaura con i suoi assistiti, nelle amministrazioni si instaura tra amministratori ed amministrati.

Ed in realtà non ci sono elementi di reale innovazione neppure dal punto di vista storico, perché la possibilità di astenersi dal deporre in giudizio era stata desunta

---

<sup>52</sup> L' art. 248 del codice di procedura penale del 1913 dispone al I comma che: *“Non possono, a pena di nullità, essere obbligati a deporre su ciò che a loro sia confidato, o sia pervenuto a loro conoscenza, per ragione del proprio stato od ufficio, o della propria professione: 1° - i ministri di un culto ammesso nello Stato; 2° - i notari, gli avvocati e i procuratori; 3° - i medici e i chirurghi, i farmacisti, le levatrici e ogni altro ufficiale sanitario, salvo i casi nei quali la legge li obbliga espressamente a informarne la pubblica autorità. Così invece recita il II comma: “I pubblici ufficiali non possono essere obbligati a deporre su ciò che è stato loro confidato per ragioni d'ufficio, salvo i casi in cui la legge li obbliga espressamente a informare la pubblica autorità, e non possono essere interrogati sui segreti politici o militari concernenti la sicurezza dello Stato”.*

per i pubblici ufficiali già dall'art. 587 del codice penale sardo del 1859, tramite una interpretazione estensiva di quanto era concesso a determinate categorie professionali, poi ripresa dallo stesso codice di procedura penale del 1865.

Qual era lo spazio concesso alla trasparenza amministrativa in questi due fondamentali testi normativi? A ben vedere nessuno, le codificazioni in esame lo confermano, il clima politico rifletteva tradizioni storiche e retaggi culturali che semplicemente spostano gli arcani dalle mani di un solo soggetto a quelle di una complessa macchina burocratica, quella amministrativa, che aveva bisogno di secretare la propria attività per via di un rapporto di fedeltà con i cittadini e per funzionare al meglio.

Tuttavia, il clima politico in Italia registra anche qualche illuminata e anticipatrice voce contraria all'ampiezza eccessiva del segreto d'ufficio; su tutti ma non unico<sup>53</sup>, Filippo Turati, avvocato, giornalista e politico di alto profilo, tra i soci fondatori del Partito Socialista Italiano nel 1892.

Il Turati combattè la prima vera battaglia per la trasparenza in Italia in sede di approvazione del Regio Decreto 22 novembre 1908, n. 693, il primo Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato, il primo politico a brevettare la famosa espressione secondo la quale l'amministrazione dovrebbe essere una casa di vetro. Filippo Turati, nella discussione relativa all'approvazione di questo testo normativo disse espressamente: *"...Io dico che bisognerebbe definire – ossia limitare – ciò che è segreto d'ufficio. Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro"*<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Estremamente critico nei confronti dell'allora presidente del Consiglio, Giovanni Giolitti, anche il deputato antifascista Claudio Treves, in *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati*, sessione 1904-1908, p. 22995, che criticò fortemente l'eccessiva rigidità della normativa sul segreto d'ufficio, che si andava delineando nel Testo Unico degli impiegati civili dello Stato del 1908: "...silenzio, silenzio sopra tutto ciò che è oggetto dell'amministrazione, su tutto ciò che sono gli atti suoi; non distingue su quali atti, su quali pratiche il segreto debba versare: l'obbligo del silenzio è assoluto".

<sup>54</sup> F. TURATI, in *Atti*, cit., 18 giugno 1908, p. 22962. L'autore è un precursore anche nel tentativo di smascherare quello che in realtà potrebbe accadere con un eccesso di segreto, cioè se ne possa fare uno strumento in grado di mascherare abusi amministrativi e scorrettezze ed infatti precisa: *"...E intanto propongo questo emendamento: che non possa mai parlarsi di segreto d'ufficio quando si tratta di rendersi complici di violazioni della legge, o dei regolamenti, o delle norme di condotta amministrativa. E spero che questo non sarà ricusato: certo sarà molto sentito fuori di quest'Aula"*.

Turati lottò strenuamente<sup>55</sup> per far introdurre nel Testo Unico degli impiegati civili dello Stato quello che potremmo definire il primo barlume di trasparenza nell'amministrazione, cioè una norma che prevedesse che in caso di violazione di leggi, regolamenti o norme di corretta amministrazione, l'amministrazione non può tenere i documenti segreti, invocando il segreto; ma, nonostante una valorosa lotta politica, non riuscì nel suo lodevole intento, giustificato da una concezione di fondo del tutto nuova, mai affiorata prima d'ora: una visione tendenzialmente restrittiva del segreto d'ufficio, strumento delicato e da maneggiare con la massima cautela, in contrasto con l'idea allora imperante del segreto d'ufficio quale strumento dalla indefinita operatività e dai confini potenzialmente incontrollabili, in quanto si riteneva che fosse soprattutto uno strumento di supporto del principio gerarchico dell'amministrazione<sup>56</sup>.

Tornando al Testo Unico del 1908, questo include la violazione del segreto d'ufficio negli art. 51, 4° comma, lett. d, 53 lett. d ed infine 54 lett. d. e lo modula in tre distinte fattispecie sulla base di una crescente scala di gravità. Dapprima viene considerata la semplice violazione colposa, annoverata tra quei comportamenti, unitamente ad altri, che comportano la sospensione dal grado o dallo stipendio indipendentemente dal fatto che abbia prodotto conseguenze

---

<sup>55</sup> La battaglia politica più famosa condotta da Filippo Turati si ebbe in occasione del famoso "caso Campanozzi", primo segretario del Ministero delle poste e dei telegrafi, licenziato in quanto accusato di violazione del segreto d'ufficio, a causa di una famosa relazione che tenne a Firenze nel novembre del 1908 durante il congresso postale-telegrafico. La vicenda destò grande stupore, tanto che finì in Parlamento con un forte scontro dialettico tra il ministro delle poste, Schanzer, e Turati. In questa occasione l'illuminato politico, nel tentativo di difendere Antonino Campanozzi, tenne in Parlamento un famoso discorso il 16 dicembre 1908 nel quale individuò quelli che riteneva dovessero essere gli elementi che avrebbero dovuto formare l'istituto del segreto d'ufficio: 1) l'oggetto, identificato in fatti positivi; 2) le modalità della conoscenza, cioè il fatto che la rivelazione sarebbe dovuta avvenire per ragioni strettamente connesse all'attività dell'ufficio; 3) gli effetti della rivelazione, che devono essere tali da comportare un effettivo pregiudizio allo Stato e ai privati. Infine, sul piano soggettivo, sosteneva il politico, la violazione deve sempre avvenire da un funzionario e non da un addetto qualsiasi e così viene delimitato il campo dei soggetti potenzialmente responsabili.

Se le osservazioni di Turati fossero state accolte, sarebbe scaturita una svolta epocale per la storia dell'istituto; c'è, infatti; un tentativo di superare l'indeterminatezza dell'oggetto, una considerazione inerente un necessario nesso causale tra la violazione del segreto e l'attività esercitata, infine l'aggancio a un pregiudizio non meramente potenziale, come prefigura il Testo Unico degli impiegati civili dello Stato del 1908, ma effettivo. Ce ne sarebbe, dunque, abbastanza per considerare in larga misura superati gli storici inconvenienti che hanno afflitto la fattispecie sin dalle origini; così come appare lungimirante l'idea della relatività temporale del segreto, cioè la considerazione che certe notizie, da celare in un certo momento, possano poi perdere questo "status". Cosa accadde, invece? Il ministro delle poste Schanzer compie un ragionamento illuminante che dice tutto sul ruolo del segreto a quei tempi e in quella società: Antonino Campanozzi era da condannare, sostiene il ministro, non tanto perché con la sua relazione aveva rivelato interessi pubblici o privati ma perché, rivelando determinate notizie, aveva allargato in modo incontrollabile il numero dei soggetti depositari delle notizie stesse e, quindi, aveva creato una situazione di pericolo per la struttura gerarchica che doveva avere la pubblica amministrazione. Infatti, l'atto di accusa avverso il Campanozzi era quello di avere commesso atti di insubordinazione, per avere violato il principio gerarchico che ha come architrave proprio il segreto d'ufficio e che si lega ad un principio ulteriore, quello della responsabilità ministeriale. In conclusione: il ministro Schanzer ricostruisce il segreto d'ufficio quale istituto di carattere generale, senza alcun limite. Infatti, il segretario Campanozzi, nell'avanzare determinate istanze per il comparto tra poste e telegrafi aveva, di fatto, espresso delle critiche ai suoi superiori, cioè il ministro del settore poste e telegrafi, e questo non era tollerabile perché incrinava il principio gerarchico della P. A. e, quindi, bisognava entrare nell'ordine di idee che chi lavorava negli enti pubblici aveva una libertà di espressione che era limitata, rispetto a quella riconosciuta ai privati cittadini.

<sup>56</sup> G. DE GIORGIO, *La rivelazione*, in Riv. dir. pubbl., 1909, I, p. 241.

dannose. Questa prima fattispecie appartiene assieme ad altri tipi di mancanze al novero delle sanzioni disciplinari.

Altra figura è poi la violazione colposa “*che possa portare pregiudizio allo Stato o ai privati*”, art. 53 lett. d, con la conseguente sanzione della revocazione dall’impiego. La formula suscita apparenti perplessità perché sembra che per la perdita dell’impiego basti un mero pregiudizio potenziale e non un danno effettivo, ma la bontà di questa lettura letterale troverebbe conferma nell’ultima ipotesi, art. 54 lett. d, che introduce la violazione dolosa del segreto d’ufficio.

In realtà quest’ultima figura si articola in due sottofigure: le violazioni dolose che arrecano un effettivo pregiudizio agli interessi dello Stato e dei privati e la violazione che cagiona un pericolo di “*perturbazione della pubblica sicurezza*”.

La prima ipotesi parla, curiosamente, di segreti d’ufficio e non di segreto, ma questo nulla toglie al solito carattere di indeterminatezza dell’oggetto; stessi rilievi meritano gli interessi lesi, che sono pubblici o privati ma non vengono individuati con precisione con formule che rimandano al passato<sup>57</sup>, così come nulla si dice sull’entità del danno e questo consente alla figura in esame di avere un vastissimo ed indeterminato potenziale applicativo visto che, teoricamente, qualsiasi interesse potrebbe essere meritevole di tutela e di ristoro laddove venisse lesa.

La seconda figura è ancora più ambigua, perché il suo cuore è rappresentato da un elemento soggettivo, il pericolo di perturbazione della pubblica sicurezza ed è facile intuire quanto sia discrezionale affermare, nella situazione concreta, che ci sia stato o meno pericolo di perturbare la sicurezza pubblica; quindi, il danno potrebbe non esserci ma, soprattutto nulla si dice sulle notizie che avrebbero questa potenzialità dannosa. In realtà tutte le ipotesi in esame, soprattutto questa, vengono mutate dal Testo Unico degli impiegati di servizi postali e telegrafici, il Regio Decreto n. 546/1906<sup>58</sup>.

Vi è, infine, un’ultima fonte da considerare in quanto massimamente rilevante per l’evoluzione dell’istituto del segreto in epoca antecedente alla Costituzione: il secondo Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato, conosciuto anche come Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 2960, quella fonte normativa passata alla storia come l’apogeo del segreto d’ufficio.

---

<sup>57</sup> Il codice penale toscano del 1853 puniva la violazione del silenzio a cui era tenuto il pubblico ufficiale, laddove fosse “*derivato un pregiudizio considerevole*”.

<sup>58</sup> L’ art. 229 n. 2 del Regio Decreto degli impiegati delle poste e dei telegrafi prevedeva proprio l’ipotesi di violazione di segreto d’ufficio causata da comportamenti che comportassero pericolo di perturbazione della pubblica sicurezza. Tuttavia, non sfugge che, a quei tempi, i nuovi servizi postali e telegrafici avevano un valore strategico per la pubblica amministrazione e quindi, in questo caso specifico, è molto più ragionevole pensare che queste notizie avessero un potenziale talmente dirimpante da essere in grado di turbare la sicurezza pubblica. Appare meno comprensibile una estensione, in via generalizzata, di questa ipotesi a tutti i dipendenti pubblici perché non tutti trattano dati ad alto potenziale di pericolo per la collettività.

Mai, infatti, il segreto aveva conosciuto una tale estensione e mai più la conoscerà; è il momento del massimo splendore dell'istituto ed anche quello che precede la sua lenta decadenza ed inadeguatezza, almeno nelle vesti in cui è stato concepito per circa un secolo nelle varie fonti esaminate, cioè dalla prima traccia indiretta contenuta nell'art. 39 del Regio Decreto 23 ottobre 1853, n. 1611, sino alla emanazione della Costituzione repubblicana del 1948.

Naturalmente, giova ribadire che si tratta di rilievi che attengono quel periodo, nel quale la fattispecie in questione è passata dalla natura di "*arcana imperii*", a quella di "*arcana burocratici*" che, nel Testo Unico del 1923, assumono, attraverso l'obbligo di un giuramento<sup>59</sup>, addirittura il significato di condizione di precondizione all'impiego di amministratore.

Perché questo salto di qualità? Le ragioni possono essere sinteticamente ricordate andando a motivi in parte già emersi che però portano, per la via del giuramento, a fare assumere al segreto d'ufficio una fattispecie che sembra addirittura richiamare un segreto di tipo militare<sup>60</sup>.

Certo, incide il rapporto fiduciario, l'affidamento che si instaura tra amministratore ed amministrati, ha rilievo la necessità della pubblica amministrazione di tutelare, tramite segreto, gli interessi pubblici e privati in maniera più efficace ma, soprattutto, sembra potersi affermare che l'idea di giurare di mantenere riservate le notizie che si apprendono per via del ruolo di interno ad una amministrazione rispecchia, in definitiva, l'idea del principio di gerarchia; si considera l'amministrazione come autorità che, per evitare un cattivo funzionamento, ha necessità di poggiarsi su questo strumento, come ha ben evidenziato il ministro delle poste Carlo Schanzer<sup>61</sup> nel 1908, nella discussione in Parlamento sul caso Campanozzi.

Per completezza espositiva, va ricordato che il legislatore del 1923 si comporta in modo assai razionale per quanto attiene il quadro sanzionatorio, certo più riflessivo di quello del 1908 che aveva incluso anche il pericolo di pregiudizio dello Stato o dei privati tra le ipotesi meritevoli di tutela, anche se non si fosse effettivamente realizzato tale danno; la normativa prevede infatti, in primo luogo

---

<sup>59</sup> L'art. 6 del Regio Decreto n. 2960/1923 conteneva la seguente significativa formula fondata sull'idea che il segreto d'ufficio non fosse un mero dovere da tenere durante l'operato di amministratore, ma addirittura una condizione necessaria per accedere alla pubblica amministrazione: "*Giuro che sarò fedele al Re e ai suoi reali successori; che osserverò lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato; che adempirò a tutti gli obblighi del mio ufficio con diligenza e con zelo per il pubblico bene e nell'interesse dell'Amministrazione, serbandolo scrupolosamente il segreto d'ufficio e conformando la mia condotta, anche privata, alla dignità dell'impiego...*"

<sup>60</sup> Ci sarebbe da meravigliarsi, ben poco, di questa vicinanza con i segreti strategici militari e riflettere un attimo sul fatto che, in quello stesso 1923, il legislatore aveva riformato i gradi gerarchici dell'amministrazione introducendo una disciplina mutuata proprio dall'ordinamento militare, il Regio Decreto 11 novembre 1923, n. 2395.

<sup>61</sup> Così si esprime, in quell'occasione, il Ministro delle poste Schanzer: "*Se ad ogni impiegato fosse lecito rivolgersi al pubblico denunciando quello che, nel suo discutibile criterio, possa apparire atto scorretto o illegale o inopportuno, si avrebbe il caos, lo sconvolgimento di qualunque rapporto di gerarchia*", in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati*, sess. 1904-1908, 16 dicembre 1908, p. 24791.



la semplice ipotesi di mera violazione del segreto in quanto tale, senza la verifica di conseguenze dannose, (art. 59, lettera f), con la sanzione lieve della riduzione dello stipendio, per proseguire con la inosservanza del segreto con conseguenze dannose, (art. 62 lettera e), che comporta la sospensione dal grado con privazione dello stipendio, il danno grave allo Stato o ai privati, (art. 64 lettera d), che comporta la revoca dallo stipendio ed infine il danno particolarmente grave, (art. 65 lettera a), che comporta la sanzione più intensa, destituzione dall'incarico.

Infine, un'osservazione sull'elemento soggettivo che, nel Testo Unico del 1923, perde di importanza ai fini della sanzione: non importa che ci sia una semplice colpa, negligenza o imperizia o invece l'effettiva violazione di un certo comportamento, qual è classicamente il dolo; conta soltanto verificare quali sono le conseguenze dannose prodottesi con la violazione del segreto d'ufficio.

Questo è il quadro normativo associato alla evoluzione teorico-concettuale del segreto prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, che rimescola completamente le carte tramite filtri irresistibili, dal principio democratico a quello di imparzialità, talmente invalicabili da rendere stridente questa concezione del segreto d'ufficio.

Oltre a questi principi, su cui si tornerà con maggiore contezza, occorre anticipare, per chiudere il quadro storico-evolutivo che consenta poi di confutare come inadeguato il segreto quale ospite troppo ingombrante nel sistema giuridico italiano ridisegnato dalle disposizioni superiori, che si trova non solo nella Costituzione italiana, ma in tutti gli ordinamenti moderni democratici, che un valore ricorrente di peso decisivo antitetico al segreto è l'interesse alla libera circolazione delle informazioni.

Stando alla nota definizione dello storico e filosofo statunitense, Thomas Kuhn, saremmo in presenza di un vero e proprio paradigma costituzionale<sup>62</sup>. Ecco, si può affermare senza timori che, la libertà di circolazione delle informazioni rappresenta un paradigma della Costituzione italiana visto che sono tantissime le disposizioni<sup>63</sup> che conducono a questa conclusione.

Questo ci consente, fin da ora, in attesa di operare la ricerca della trasparenza nella Carta, di ridisegnare il segreto come un cerchio necessariamente più piccolo e tendente ad operare in via di eccezione nel sistema giuridico italiano e

---

<sup>62</sup> T. S. Kuhn, " *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*", 1978, p. 29. Per paradigma costituzionale si intende, secondo la ricostruzione di Kuhn, un valore talmente immanente della Costituzione stessa che non vi sarebbe neppure la necessità di esplicitarlo, perché evidente da tutte le forme sostanziali espresse, una sorta di nucleo nascosto implicito talmente radicato nella fonte costituzionale che, se si decidesse di farne a meno, risulterebbe alterato tutto il sistema costituzionale nel suo complesso.

<sup>63</sup> Si pensi, a titolo di esempio, all'art. 9 della Carta sulla promozione della cultura e della ricerca, all'art. 46 che attribuisce ai lavoratori il diritto a collaborare alla gestione delle aziende, all'art. 64, comma 2, che prevede la pubblicità delle sedute delle Camere del Parlamento, alla pubblicità delle sentenze della Corte Costituzionale, art. 136, comma II, tutte norme in cui si menziona espressamente la libertà e la pubblicità delle notizie o ancora si pensi ai principi dell'autonomia e del decentramento, espressi nell'art. 5 della Costituzione.

di assegnare all'istituto il ruolo di contrappeso limitato, ma anche necessario; infatti se è vero che non è ormai più concepibile un sistema di pubblica organizzazione totalmente segreto, non è tuttavia neppure immaginabile un sistema dominato dall'unico interesse della circolazione illimitata di qualsiasi tipo di informazione.

Ecco che, le varie figure di segreto, con particolare attenzione per quello di ufficio, non possono che collocarsi all'interno di un'area più vasta e predominante rappresentata dalla libera circolazione delle informazioni.

### ***5. Principi del diritto amministrativo. Gian Domenico Romagnosi e la trasparenza***

Nell'andare a compiere una rapida rassegna sulle origini degli studi della scienza dell'amministrazione in Italia, emerge in modo abbastanza chiaro una significativa influenza da parte della Cameralistica tedesca<sup>64</sup> del XVIII secolo.

Furono molti e di gran fama gli studiosi che, in quel periodo storico, cominciarono ad approfondire la scienza dell'amministrazione, da Cesare Beccaria, cattedratico proprio in una materia abbastanza nuova e da chiarire ancora nella sua reale essenza, chiamata "Scienze Camerali", a Pietro Verri, Presidente meneghino del Consiglio Camerale, Antonio Genovesi, Gaetano Filangieri, Pietro Giannone e Antonio Pagano, i più illustri.

Tuttavia, ormai si è da tempo concordi nel riconoscere che il vero fondatore del diritto amministrativo in Italia sia Gian Domenico Romagnosi, nativo di Piacenza in data 11 dicembre 1761, uomo eclettico dai molteplici interessi, non solo fine giurista, ma anche raffinato filosofo, apprezzato economista e grandissimo appassionato di matematica che ebbe un'influenza fondamentale nei ragionamenti rigorosi, lucidi, compatti e razionali che emersero in modo inequivocabile nei suoi scritti. E comunque, stando al diritto, non si può sottacere che i suoi contributi furono relevantissimi anche in ambiti ulteriori

---

<sup>64</sup> Renato D'Amico, in un recente libro, *Teorie, concetti e metodi*, 1, Hoepli, 2006, che in realtà costituisce solo il primo di quattro volumi, ha il merito di tentare una ricostruzione delle origini della scienza amministrativa in Italia attraverso un approccio multidisciplinare, avvalendosi anche del contributo di politologi, sociologi e psicologi. L'autore riprende il solco teorico degli studi già compiuti da Gianfranco Miglio e individua, nell'area germanica, il territorio nel quale la crisi religiosa è stata il fattore scatenante che ha determinato un cruciale passaggio da uno Stato patrimoniale – nazionale, ad uno Stato assoluto di polizia. Questa trasformazione ha comportato un mutamento di legittimazione nel potere del sovrano ma anche, come ulteriore conseguenza, un potente rafforzamento e una progressiva espansione della burocrazia. L'autore lo spiega chiaramente: "Il fatto che lo Stato assoluto fondi la sua legittimazione sul concetto di bene comune, lo costringe a dare vita ad un'ampia gamma di iniziative pubbliche. Tale forte attivismo dei pubblici poteri postula un aumento quantitativo e qualitativo degli addetti, dei dipendenti. Ma non solo. Il sovrano ha anche bisogno che questi dipendenti garantiscano una conduzione razionale ed efficace delle pubbliche attività". L'attenzione si sposta, dunque, sul piano della conduzione efficiente della "azienda" Stato, sulla necessità di offrire ai sovrani i supporti scientifici su cui fondare la loro 'arte di governare felicemente gli Stati'. A questa necessità, risponde, appunto, la Cameralistica, scienza che prende il nome dagli uffici o 'camere' dove si svolgeva a quel tempo l'attività burocratica.

rispetto a quello pubblicistico, dal diritto civile per proseguire con quello penale<sup>65</sup>.

Però certo, questo straordinario personaggio è soprattutto ricordato per essere ormai riconosciuto, secondo le ricostruzioni più accreditate, quale padre fondatore del diritto amministrativo italiano<sup>66</sup>.

Egli si dedica dapprima agli studi dell'uomo individuo, ma parte da questo come base per cercare di comprendere chi sia e come si debba muovere l'uomo sociale e, viceversa, ritiene che una migliore comprensione dell'uomo sociale possa aversi se si studia a fondo l'uomo nella sua individualità<sup>67</sup>.

Il suo pensiero, fortemente influenzato da vicende autobiografiche che visse con una certa insofferenza, fu completamente incentrato sull'esaltazione degli ideali di libertà<sup>68</sup>. Tuttavia, ormai in età avanzata, riconobbe l'importanza di quegli studi compiuti da ragazzo nel Collegio Alberoni di Piacenza, tanto che dedicò una delle sue opere proprio ai Direttori del Collegio Alberoni<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Non è un caso che la prima opera scritta dal Romagnosi fu "*Genesi del diritto penale*", rinnovata per ben tre volte sino all'edizione finale del 1824, incentrata sui requisiti della pena in genere e, nel particolare, sulla liceità o meno della pena di morte, ispirata da un dibattito in corso in Italia negli anni intorno al 1790, in seguito al grande interesse sollevato per questi temi da un eminente studioso, Cesare Beccaria. Romagnosi fu il primo in Italia a costruire un fondamento teorico al diritto di punire, costruendolo intorno all'esistenza in capo al danneggiato di un vero e proprio diritto di difesa. Ed ancora, dopo che nel 1796 Napoleone Bonaparte lanciò la campagna d'Italia, cacciò gli austriaci dalla Lombardia e venne creata la federazione cisalpina instaurando il Regno d'Italia sotto il potere dei francesi, Romagnosi venne incaricato, alcuni anni dopo, di redigere un Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia che entrò in vigore il 1° gennaio 1807. E, anche in questa occasione, pur non potendo fare prevalere in pieno le sue idee ispirate al rispetto dei colpevoli e a un grande senso di umanità, si rese comunque protagonista di soluzioni rimaste, ancora oggi, storiche, una su tutte, la celeberrima formula del "*non liquet*", cioè "*in dubio pro reo*", necessaria per orientare in modo equilibrato l'operato dei giudici, evitando condanne vergognose, ma anche assoluzioni che fanno arrossire, per quanto immotivate.

<sup>66</sup> Gian Domenico Romagnosi si trovava a Milano, titolare della cattedra di Alta Legislazione, quando scrisse la prima opera conosciuta in Italia dedicata al diritto amministrativo: "I principi fondamentali del diritto amministrativo, onde tesserne le Istituzioni".

<sup>67</sup> Il percorso intellettuale e l'evoluzione del pensiero di Gian Domenico Romagnosi viene così fotografato da M. F. Sciacca nell'opera *Il pensiero italiano nell'età del Risorgimento*, Marzorati, Milano, 1963, p. 152: "Aiutarsi dello studio dell'uomo individuo, per intendere e conoscere l'uomo sociale, e delle manifestazioni sociali, per comprendere i fenomeni dell'uomo individuo, questa è, dal Vico in poi, la tendenza e il metodo della filosofia italiana. Il Romagnosi compì il lavoro".

<sup>68</sup> Nacque da una famiglia piuttosto disagiata che lo mandò, neanche quattordicenne, nel Collegio Alberoni, invero molto celebre, così chiamato dal nome del cardinale Giulio Alberoni, fondatore del famoso collegio di Piacenza. Comunque, è bene sottolinearlo, si trattò di una scelta di ripiego, motivata dalle ristrettezze economiche della sua famiglia; ivi restò per sei anni, tra il 1775 e il 1781. In questo ambiente clericale era tenuto a rigide costrizioni, quali l'obbligo di vestire l'abito ecclesiastico con lo stemma del cardinale sul petto o di recitare per ben due volte al giorno il *De Profundis* sulla tomba del benefattore del Collegio, il ricchissimo Alberoni e, da questa infanzia si capisce perché matura uno spirito fortemente riformatore e critico verso ogni forma di costrizione bigotta. Tuttavia, non si possono neppure sottacere i meriti di questa formazione collegiale, consistente soprattutto nel fatto che i maestri dell'Alberoni facevano conoscere le opinioni dei vari pensatori ai loro allievi, soprattutto con riferimento agli insegnamenti di tipo filosofico, che peraltro lo infiammavano assai poco, comunque molto meno di matematica e fisica, senza imporre una tesi su un'altra e questo fu un aspetto fondamentale perché lo abituò, sin da ragazzo, all'esame critico e all'approfondimento non preconcepito di qualsiasi insegnamento appreso.

<sup>69</sup> Ci si riferisce allo scritto intitolato "Dell'insegnamento primitivo delle matematiche", in cui esprime grande gratitudine per l'insegnamento ricevuto, definendolo scientifico, cioè pieno a 360° senza alcuna prevenzione e veramente orientato ad aiutare gli alunni a cercare di conoscere la verità.

Recitano le sue biografie che Romagnosi fu il primo titolare in assoluto nel nostro paese di una cattedra di diritto pubblico, il che avvenne presso l'Università di Parma nel 1806. Tra le sue grandi intuizioni anche il fermo convincimento che il diritto amministrativo, per essere compreso appieno, va studiato non solo basandosi sull'uso di regole giuridiche ma anche extragiuridiche<sup>70</sup>.

Allo straordinario contributo teorico di questo insigne giurista dobbiamo rendere onore sia per una chiara definizione di che cosa si debba intendere quando si parla di attività amministrativa, sia per la chiara enunciazione di principi cardine del diritto amministrativo moderno, da quello di legalità a quello di pubblicità.

Il pensatore spiega chiaramente che l'attività amministrativa è un'attività di governo, esecutiva, che in quanto tale comportava *“l'uso di un'autorità sovrana o propria o delegata per lo svolgimento di azioni interessanti il corpo politico. In questo senso si dice spesso legge o regolamento di Pubblica Amministrazione per indicare che esso viene emanato dal potere esecutivo.”* Quindi una considerazione dell'attività amministrativa che, a quei tempi, mai era stata inquadrata con questa chiarezza: essa è un'attività di governo, e quando si parla di leggi o di regolamenti dell'amministrazione non si vuole significare altro se non che si tratta di atti emanati dal potere esecutivo.

Ma è sul piano dei principi che il contributo diviene cardine e anticipatore di nozioni oggi pacifiche nel diritto amministrativo moderno, come attesta la presenza implicita del principio di legalità in più norme costituzionali e principalmente nell'art. 97 della Carta.

Egli infatti muoveva dalla premessa indiscutibile che ogni amministratore pubblico fosse suddito della legge e quindi poneva in modo limpido la base fondante del diritto amministrativo proprio nel principio di legalità, quindi, in un codice amministrativo contenente un nucleo di leggi atte a guidare gli amministratori pubblici; tuttavia la legge non consente, di per se stessa, di regolare tutti i possibili casi concreti del rapporto tra amministratori e amministrati e questo obbliga ciascun pubblico amministratore, difettando norme di diritto positivo, a ricorrere a norme che si rifanno all'equità e ai principi di natura.

E comunque il Romagnosi considerava questo un male, solo che era un difetto ineliminabile e quindi auspicava che gli amministratori facessero uso del diritto positivo quanto più possibile, non solo, ma anche che essi avessero la piena

---

<sup>70</sup> Va precisato, a tal proposito, che lo studioso non porta questa sua intuizione verso lidi di approfondimento molto elevati, nel senso che si limita ad intuire la necessità che l'amministrazione, per essere compresa appieno, comporti uno sforzo scientifico interdisciplinare, anzitutto legandolo all'economia; tuttavia, questi lampi non si tradussero mai in studi sistematici, come avvenne invece in Germania, il paese dove forse, più di tutti, si cercò di compiere uno sforzo dottrinale, dovuto proprio all'impulso dei cameralisti, teso a ricostruire la scienza dell'amministrazione in modo sistematico, collegandola a contributi di altre materie, non solo l'economia, ma, in misura molto intensa, anche la filosofia. Quindi, tirando le fila di queste considerazioni, sembra potersi concludere che, con Romagnosi, ci si muova su un piano prevalentemente giuridico

consapevolezza del significato più profondo delle norme che lo Stato emanava. Solo così sarebbe stato possibile confinare i possibili arbitrii derivanti dall'operato umano extra - legem in un ambito il più piccolo possibile.

Un altro principio che trova la massima esaltazione nelle idee del Romagnosi è quello della circolazione delle conoscenze. Lo studioso infatti è uno strenuo sostenitore della necessità che gli atti amministrativi siano sottoposti alla massima pubblicità possibile; ora è vero, ragionando in termini attuali, che esiste una profonda differenza tra pubblicità e trasparenza che, in prima approssimazione si può tracciare in un rapporto di *genus a species*, essendo la prima una categoria più ampia nella quale rientra anche la seconda, però, certo, non sfugge l'attualità di quel pensiero di ormai quasi 200 anni fa. Non solo pubblicità degli atti, ma anche pubblicità e circolazione delle opinioni sulla legislazione e sulla amministrazione dello Stato.

Già allora si fa strada anche l'idea che alla pubblicità degli atti si potesse anche mettere un qualche limite; tuttavia doveva trattarsi di poche eccezioni, tassativamente

previste dalla legge, e anche qui, non sfugge, pensando alla disciplina contenuta nella legge 241/90, la freschezza e l'attualità di quel contenuto teorico<sup>71</sup>.

## **6. La Costituzione italiana non cita espressamente la trasparenza**

Il principio di trasparenza delle istituzioni cominciò ad affermarsi nell'Inghilterra della fine del '700, naturalmente in via consuetudinaria, come da tradizione giuridica del paese principe del *common law*, ordinamento giuridico basato sulla vincolatività del precedente giurisprudenziale in luogo dell'imperio dei codici scritti.

In particolare esso nasce e si afferma come diritto alla conoscenza degli atti e delle attività del Parlamento da parte dei cittadini. Tuttavia, esso trovò una sua prima ricezione espressa nella Costituzione statunitense del 18° secolo e in quella della Francia rivoluzionaria del 1791. In Italia la prima traccia codicistica di trasparenza è rinvenibile, invece, nello Statuto Albertino del 1848<sup>72</sup>.

Venendo propriamente alla Costituzione repubblicana, si noti in prima istanza che il termine trasparenza è del tutto assente nel testo costituzionale e quindi il punto centrale su cui soffermarsi è quello di tentare di capire se il valore trasparenza è presente nella carta al di là del testo formale.

---

<sup>71</sup> Gian Domenico Romagnosi spiega questi convincimenti, in modo inequivocabile, nella *Scienza delle Costituzioni*, pubblicata postuma nel 1849.

<sup>72</sup> L'art. 57 dello Statuto Albertino, datato 1848, prevedeva che "Le Sedute delle Camere sono pubbliche", principio generale che conosceva comunque una deroga che, alla prova della storia, risultò comunque utilizzata ben di rado e, generalmente, solo in quei casi in cui si dovesse deliberare di scendere in guerra o procedere all'approvazione dei bilanci di ciascuna Camera, e comunque, mai per approvare leggi. Si tratta, invero, di quella eccezione in base alla quale dieci parlamentari avrebbero potuto chiedere che le stesse Camere deliberassero in segreto.

Certo, sussistono una serie di norme che fanno pensare al valore trasparenza come fondante lo Stato democratico, dall'art. 64 che dispone che le sedute del Parlamento "sono pubbliche", all'art. 73 sulla pubblicazione delle leggi, ed ancora gli artt. 97 e 98 sull'organizzazione della pubblica amministrazione ma, dell'attributo trasparenza, non vi è comunque traccia nel novero dei cosiddetti principi esplicitamente costituzionali di cui alle parti I e II della Carta e, tantomeno, in quei Principi fondamentali contenuti negli artt. 1-12 anche se, a rifletterci, l'imperio del segreto pare inadeguato sin dall'incipit della Carta<sup>73</sup>.

D'altronde, è soluzione debole quella di limitarsi a ritenere la trasparenza quale valore certamente contenuto all'interno della Costituzione per il solo fatto che essa è citata espressamente nel Trattato sull'Unione Europea anche perché, da questa fonte, sembra potersi desumere un'applicazione di tale valore solo ed esclusivamente alle istituzioni comunitarie<sup>74</sup>.

Perché questo? Ogni soluzione giuridica è, inevitabilmente, figlia del proprio tempo e la Carta del 1948 non fa certo eccezione. Si suole infatti rilevare che i padri costituenti operarono con il bilancino, cioè uno stretto gioco di pesi e contrappesi tra i veri poteri dello Stato democratico repubblicano per evitare, per il futuro, che si ripetessero le derive autoritarie che portarono all'ascesa del fascismo con esiti finali rovinosi, come attesta la disgraziata partecipazione dell'Italia alla Seconda Guerra Mondiale, sulla scia della spinta emotiva e del fascino personale che il dittatore Adolf Hitler esercitava su Benito Mussolini.

In questo quadro, viene scritta una Costituzione culturalmente statica nella quale da un lato i cittadini erano titolari dei diritti di libertà di manifestare il proprio pensiero senza alcuna ingerenza del potere pubblico, da un altro canto, invece, i soggetti titolari di poteri di carattere pubblicistico esprimevano le loro decisioni all'interno del Parlamento in un quadro generale in cui un forte ruolo era svolto dai partiti politici, antecedenti sul piano temporale rispetto alla Costituzione<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> L'art. 1, secondo comma della Costituzione, dice testualmente che: "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Certamente stride con il principio della sovranità popolare l'imperio del segreto, il dominare degli "arcana burocratici" per oltre un secolo a causa dell'assenza della legge sul procedimento.

<sup>74</sup> Il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora solo 15 Stati membri dell'Unione Europea, entrato in vigore il 1 maggio 1999, costituzionalizza, per la prima volta a livello europeo, il principio di trasparenza e i diritti ad essa collegati prevedendo, ex art. 255, il diritto di accesso per i cittadini europei ai documenti delle Istituzioni europee, Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione, solo che il limite di questo riconoscimento fu il fatto che la trasparenza rimase confinata, quale valore indispensabile, per le sole istituzioni comunitarie.

<sup>75</sup> E' appena il caso di ricordare qualche data: il più antico partito italiano, il PSI, Partito Socialista Italiano, nacque addirittura nel 1892, anche se poi assunse questa denominazione solo nel 1895. Invece, da una costola del Partito Socialista, un gruppo di scissionisti tra cui si distingue il pensatore, politico e storico Antonio Gramsci, diede vita al PCI, Partito Comunista Italiano nel 1920. Invece, di un anno più antico il PPI, Partito Popolare Italiano, fondato nel 1919 da Don Luigi Sturzo, insieme alla cooperazione di Giovanni Bertini, Giovanni Langinotti, Angelo Mauri, Remo Vigorelli e Giulio Rodinò, che ebbe invero una breve vita, consumatasi in appena sette anni, ma di fondamentale importanza per la presa di coscienza delle masse, tanto che, con un'espressione di certo enfatica ma significativa, lo storico e politico italiano Federico Chabod definì la comparsa del PPI "l'avvenimento più notevole della storia italiana del XX secolo.

Quindi Parlamento e partiti erano il fulcro del potere, il loro contrappeso era ovviamente rappresentato dal principio democratico che assicurava un controllo dei processi decisionali ai cittadini mediante l'esercizio del diritto di voto. Ed allora che la Costituzione, nella mente dei padri costituenti, non esprimeva, ma proprio perché non lo era ritenuto necessario e ancora meno indispensabile, l'esigenza di mettere a disposizione dei cittadini medesimi la più ampia quantità di informazioni detenute dai pubblici poteri. Si era anzi molto lontani dall'idea che rendere note informazioni inerenti l'attività dei pubblici poteri potesse diventare prima un'esigenza e poi un'attività obbligatoria, a cui facesse da contraltare un diritto ben preciso dei cittadini ad ottenere effettivamente quelle informazioni.

Questo in fondo un po' stupisce perché, tutto sommato, se si pensa anche solo per un momento a cosa sia in realtà il potere, risulta indubitabile che esso s'identifichi, non da oggi, ma dalla notte dei tempi, con la conoscenza<sup>76</sup>.

E' sufficiente detenere informazioni sconosciute ad altri, anche in via temporanea, per trovarsi in una posizione di privilegio. Oggi poi, che si è immersi nel mondo informatizzato, che offre nuove e stupefacenti possibilità di accedere al bene informazione, ma con il rischio, in apparenza paradossale, che l'eccesso di notizie crei sconcerto e confusione, perché poi, alla prova dei fatti risulta veramente difficile comprendere quelle notizie che sono realmente appetibili e qualitativamente credibili,

le informazioni di valore rappresentano ormai un bene talmente importante da essere, secondo alcuni studiosi, addirittura più prezioso della stessa forza lavoro<sup>77</sup>.

In realtà, come ben sintetizzato da uno degli autori che ha più studiato nel nostro paese questo principio di trasparenza, Gregorio Arena<sup>78</sup>, esso può intendersi in due modi diversi solo apparentemente in contrasto, ma in realtà così intimamente connessi da risultarne un quadro d'insieme che connota un principio dinamico: in una prima accezione la trasparenza è un concetto relazionale, nel senso che, siccome ciò che è trasparente consente di vedere attraverso un ostacolo, allora essa è un valore intermedio, cioè un mezzo per perseguire risultati ulteriori.

Si domanda dunque, principalmente al soggetto che lavora nell'ente pubblico, perché storicamente è indubbio che la prima affermazione di questo principio si

---

<sup>76</sup> Sul legame strettissimo tra potere e trasparenza si consiglia, F. RIMOLI, G. SALERNO, *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006.

<sup>77</sup> Illuminanti, in proposito, le riflessioni del grande economista statunitense, grande pensatore, oltretutto leader internazionale del pacifismo e delle cause ambientaliste, J. RIFKIN, *La fine del lavoro*, Milano, Mondadori, 1997, *L'era dell'accesso*, Milano, Mondadori, 2000.

<sup>78</sup> Per un'analisi precisa della trasparenza, da intendersi sia come mezzo che come fine, e quindi per una ricostruzione del principio in senso dinamico, si consiglia G. ARENA, voce *TRASPARENZA AMMINISTRATIVA*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Sabino Cassese, Giuffrè, Milano, 2006 p. 5945 ss..

sia avuta nei confronti del potere pubblico<sup>79</sup>, di tenere un comportamento lineare, limpido e trasparente per raggiungere i più svariati risultati: controllo democratico o il soddisfacimento di pretese riconducibili ad interessi legittimi o, ancor più pregnante, a diritti soggettivi. Primo risvolto: trasparenza come mezzo che, consentendo di arrivare alla conoscenza, è lo strumento ideale per soddisfare legittimi diritti e altrettante pretese.

Invece, in una seconda accezione, in realtà solo in apparenza incompatibile con la prima, la trasparenza è un fine, un modo di essere e d'agire a cui sono tenuti i soggetti che operano nella pubblica amministrazione.

Le due accezioni sono, in realtà, intimamente connesse e così si apre il campo ad una ricostruzione del principio dinamica, e questo per più ragioni: essa è variabile perché può consentire di soddisfare pretese molteplici e che, inevitabilmente variano con il cambiare dei tempi e delle istanze della società, variabile perché il soggetto che si osserva può subire e risentire di condizioni esterne o interne, è multiforme, perché alla trasparenza si può addivenire con mezzi svariati, anzi con strumenti sempre in evoluzione, in parallelo alla tecnicizzazione della società grazie al massiccio uso di strumenti informativi sempre più sofisticati.

Certo è che, a partire dalla rivoluzione industriale, la trasparenza è diventata una garanzia di massimo rilievo anche nei rapporti tra privati in quanto, siccome nel mercato del lavoro alcuni protagonisti, si pensi alle imprese a titolo di esempio, hanno ottenuto una forza sempre maggiore, per tutelare i lavoratori, contraenti deboli, i legislatori dei paesi liberali hanno ideato una serie di strumenti per garantire loro idonea tutela dai soprusi e questi meccanismi hanno come obiettivo proprio il fine di assicurare rapporti limpidi e trasparenti tra le due parti.

Così oggi, possiamo affermare che la trasparenza è un valore che fonda sia i rapporti tra soggetti pubblici e privati, ma anche gli stessi rapporti che intercorrono tra i privati medesimi.

---

<sup>79</sup> La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, datata 1789, punto di riferimento per le Costituzioni attuali, prevede questo aspetto molto chiaramente in quanto, solo in un momento successivo, si arrivò a concepire l'idea che la trasparenza fosse un valore che intercorresse anche nei rapporti tra privati; *ab origine*, invece, vincolava solo i soggetti pubblici nei confronti dei privati cittadini beneficiari. Così si esprime l'art. 14 : "Les citoyens ont le droit de constater, par eux-meme ou par leurs representants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée". Ancora più lapidario l'art. 15 nella sua asciutta brevità: "La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".



## ***7. Costituzione rigida ma principi costituzionali elastici***

L'assenza della menzione esplicita della trasparenza nella Costituzione impone all'interprete di cercare di rinvenirne le tracce implicitamente, cioè come principio che rappresenta la manifestazione, il modo di essere di altri che, invece, sono espressamente menzionati. Per compiere questa faticosa operazione è sicuramente una buona prospettiva quella di affidarsi alla strada percorsa da Donati<sup>80</sup>.

E' bene subito premettere che non si tratta certo di un compito semplice, se si pensa che, lo stesso faticoso tentativo di definire che cosa si intenda con principio, è un compito così complesso da essere destinato ad un fallimento<sup>81</sup>. Però, altrettanto certamente, è un'operazione indispensabile quantomeno alla luce delle numerose volte che il legislatore ordinario, statale e regionale, ha introdotto norme semplici che contenessero questo valore, non solo la celeberrima legge statale 241/90, ma anche numerose leggi regionali<sup>82</sup>; ed allora ecco che diventa stonato e difficile da concepire

---

<sup>80</sup> D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di Merloni, p. 83 ss.

<sup>81</sup> Lapidario R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Diritto e Società*, IV, 1986, p. 601 ss., "i principi generali non costituiscono affatto una categoria semplice e unitaria: anzi con questa espressione si intendono cose spesso molto diverse" tanto che la dottrina e parte della giurisprudenza riconoscono ben 6 modi diversi di intendere ed utilizzare i principi e cioè come norme: 1) dotate di un alto grado di generalità; 2) dotate di un alto grado di astrattezza; 3) programmatiche; 4) poste molto in alto nel sistema delle fonti; 5) con un ruolo fondamentale nel nostro ordinamento; 6) rivolte agli organi dell'applicazione affinché guidino il processo decisionale volto a scegliere le disposizioni applicabili nelle variegate fattispecie.

<sup>82</sup> E' il caso della legge regionale sarda 15 luglio 1986, n. 47, molto nota perché e' la prima legge italiana che si occupa, temporalmente parlando, di accesso ai documenti e, soprattutto, di trasparenza, antecedente di ben 4 anni rispetto alla 241/90. Questa legge regionale si distingue per un impianto sistematico che, non solo anticipa, ma risulta anche molto più fedele alle risultanze della Commissione Nigro, cioè quell'organismo che si insediò per dare vita al disegno di legge della 241/90 che poi non venne recepito completamente dal legislatore nei suoi contenuti. La Commissione, infatti, propose una libertà di accesso generalizzata ai documenti, in armonia con i principi di pubblicità e trasparenza, fatta eccezione per quegli atti della P. A. sottoposti alla disciplina del segreto anche se, su questo progetto, pesò in modo decisivo il parere negativo, in sezione consultiva, del Consiglio di Stato sulla base della motivazione che si correva il rischio di un eccessivo aggravio per la P. A. Ecco, la legge sarda del 1986, pur antecedente alla 241, prevede un impianto logico giuridico che si richiama a quello che sarà il lavoro della Commissione Nigro.

Infatti, nell'art. 1, in modo assolutamente innovativo, quasi profetico per quei tempi, si afferma che: "L'attività amministrativa della Regione autonoma della Sardegna è ispirata al principio dell'imparzialità e della trasparenza. Al fine della realizzazione di tale principio, è assicurata la libera circolazione delle informazioni ed è riconosciuto a tutti i cittadini il diritto di accesso ai documenti amministrativi della Regione, delle proprie aziende autonome, degli enti pubblici e dei concessionari di pubblici servizi regionali".

La norma regionale sarda è chiara, non limita l'accesso a peculiari caratteristiche di cui dovrebbe essere fornito l'interesse ad accedere, ma lo consente in modo generalizzato salvi, ex art. 3, I comma, "i documenti coperti da segreto previsto da disposizioni di legge". Invece, la disciplina previgente dell'art. 22 capo V della 241/90, più restrittiva rispetto al lavoro della Commissione Nigro, in conseguenza dell'accoglimento, da parte del Governo, delle risultanze del Consiglio di Stato, riconosce l'accesso solo "a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti". Un altro spunto di particolare interesse, per quei tempi tutto sommato lontani dal mondo tecnologico immersivo odierno, è il riferimento che l'art. 10 compie verso le tecnologie informatiche: "Con l'entrata in funzione del sistema informativo regionale il diritto di accesso potrà essere esercitato, in relazione ai documenti in esso raccolti, anche negli uffici periferici in cui sono ubicati i terminali". Dunque un'ispirata intuizione, nonostante si versi ancora nel 1986, delle potenzialità degli strumenti informatici,

il fatto che la proprio la Carta Suprema non annoveri, neppure in via interpretativa, un principio così diffuso e tanto popolare nelle leggi ordinarie.

Indubbiamente, il tratto di un principio che balza subito all'occhio, pur ad un esame sommario, è la sua generalità ed astrattezza; si tratta di una cornice che necessita l'esplicitazione mediante la normativa di dettaglio e, d'altronde, questa indeterminatezza del contenuto gli conferisce altri caratteri fondamentali: un principio è fonte del diritto in quanto ha la capacità di innovare, segnando in maniera profonda i tratti di un ordinamento giuridico; inoltre, è dotato di due requisiti che si rivelano cardinali per superare l'inconveniente della mancata presenza di esso nella Costituzione: estrema elasticità<sup>83</sup> e carattere mai esplicito<sup>84</sup>.

La prudenza è obbligata, non si vuole affermare che dalla flessibilità sia consentito ricavare una potenziale estensibilità del principio costituzionale senza né criterio né limiti<sup>85</sup>.

Si vuole invece proporre il ragionamento in base al quale, in un sistema giuridico vivo, pur riconoscendo l'ovvio rango di norme al vertice del sistema da parte dei principi costituzionali, essi sono comunque precetti vivi, aventi un carattere vincolante per l'operato del legislatore ordinario espresso attraverso il controllo di legittimità che la Corte compie, raffrontando la legge stessa con la norma costituzionale sovraordinata; l'ordinamento giuridico può ricostruirsi non come una cascata in senso discendente, ma come un sistema circolare nel quale le norme ordinarie, talvolta, possono essere da stimolo per sfruttare la flessibilità del principio costituzionale, per ampliarne la portata a tutela di valori nuovi che, in un primo momento, non contemplava, come è il caso della trasparenza<sup>86</sup>.

---

una mentalità certamente anticipatrice ispira l'idea che anche agli enti locali potesse essere consentito di accedere ai documenti della Regione.

<sup>83</sup> R. DWORKIN, *Legal Theory and the problem of Sense*, in R. GAVISON, *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, 1987, p. 9 ss., secondo il quale un principio giuridico non deve essere applicato automaticamente, anche se soddisfa la fattispecie concreta all'esame dei giudici ma, comunque, va sempre inteso in termini relazionali, cioè posto in rapporto combinato con gli altri principi del sistema, anche, e soprattutto di quelli eventualmente configgenti e da qui si può evincere l'alta flessibilità del principio.

<sup>84</sup> Questo tratto del principio giuridico viene studiato con attenzione da F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 2002, il quale ritiene che non esistano principi espressi in senso stretto in quanto, anche quando enunciano in modo esplicito un precetto, in realtà hanno una portata applicativa più ampia del precetto stesso che richiamano. E' un fenomeno particolare che si chiama "eccesso di contenuto deontologico", che è stato studiato per la prima volta, in modo profondo e in più lavori, da V. CRISAFULLI, tra i quali, primo in ordine di tempo, fu *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Milano, 1941.

<sup>85</sup> L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1983*, in *Giur. Cost.*, 1984, I, p. 338 ss. e anche on-line all'indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dove è possibile reperire un puntuale resoconto, annata per annata, sia dell'attività che delle criticità emerse nel lavoro della Consulta.

<sup>86</sup> Sono le posizioni di R. NANIA e P. SAITTA, *Interpretazione Costituzionale*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da Cassese, Giuffrè, Milano, 2006. Gli autori, tra le altre affermazioni, sostengono la tesi che la particolare accuratezza con cui la Costituzione disciplina il procedimento di formazione delle leggi è una prova indiretta, ma indiscutibile, del fatto che l'opera del legislatore ordinario è in realtà una prosecuzione dei principi posti dai costituenti, cioè è un'opera viva che sviluppa e attualizza i precetti indeterminati, generali e astratti contenuti nella Carta.

Un'ulteriore, fondamentale, precisazione è necessaria: non si devono confondere i principi generali dell'ordinamento con quelli costituzionali perché, mentre gli ultimi conferiscono novità e attualità al sistema dall'alto della loro natura in quanto fonti di rango superiore, invece, i principi generali dell'ordinamento svolgono una funzione di completamento del sistema in forza dell'art. 12, II comma, delle Disposizioni sulla legge in generale<sup>87</sup>.

Se un principio costituzionale può essere analiticamente disegnato in questi termini, si supera la domanda iniziale: può essere rinvenuta in Costituzione, pur in assenza di una sua affermazione espressa? Certamente sì, sia perché desumibile da altri principi nominati in modo letterale e anche perché gli stessi enunciati espressi, in realtà, sottendono un contenuto più ampio di quello loro proprio e da questo contenuto ulteriore, l'eccesso di contenuto deontologico, si ricava la trasparenza.

E poi, non si può, a questo punto, sottacere una ulteriore prerogativa quasi scontata del principio costituzionale, cioè il suo valore programmatico traccia una strada che il legislatore ordinario è stato chiamato a percorrere nei decenni successivi all'entrata in vigore della Carta, lettera viva, elastica, flessibile ed assorbente.

#### ***8. Trasparenza quale espressione del principio democratico***

Bisogna però ora capire da quali principi espressamente contenuti nella Costituzione si possa desumere e supporre che anche quello di trasparenza meriti diritto di cittadinanza nella fonte normativa suprema del nostro sistema giuridico e non si tratta di un compito affatto facile dato che, per poterlo fare, assodato il valore strumentale ed immanente dell'una verso il principio democratico, occorre preliminarmente chiarire che cosa si intenda con tale locuzione, per poi vedere in quali casi la trasparenza è manifestazione di quest'ultimo.

Sono ormai molto lontani i tempi in cui, il 13 aprile 1655, Luigi XIV, il celebre sovrano assoluto di Francia, si presentò al Parlamento francese in abiti da caccia e, con sprezzo e culto della personalità dichiarò: "*LEtat, c'est moi!*", "Lo Stato sono io!". L'avvento degli ideali illuministi di libertà del XIII secolo e lo spirito codificatorio che, a partire dall'inizio del XIX cominciarono a pervadere tutta l'Europa, portarono alla consapevolezza che il potere doveva essere necessariamente spersonalizzato, non poteva più essere identificato con un singolo, un monarca assoluto, ma doveva appartenere ad una nazione, ad uno Stato ed in definitiva al popolo che si scegliesse i suoi rappresentanti.

E' questo il principio democratico, perde credibilità l'idea della discendenza divina del potere in capo ad un singolo soggetto e la trasparenza diventa una

---

<sup>87</sup> Questo art. 12 delle preleggi recita: "Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

modalità del tutto nuova, prima di organizzazione e poi di esercizio del potere stesso.

In questo senso trasparenza significa conoscenza da parte del popolo delle modalità attraverso cui agiscono i detentori del potere che diventano, perdendo l'investitura divina che per secoli si riteneva avessero, dei veri e propri centri di imputazione e di responsabilità delle modalità con cui operano.

Nascono e prendono così forza nuovi concetti tra cui, fondamentale, la razionalità, intesa come comprensione e quindi come capacità del popolo di valutare, perché finalmente ha gli strumenti, le modalità attraverso le quali il potere si esercita. Quindi principio democratico come legittimazione del potere dal basso, e di conseguenza la base, cioè il popolo sovrano, conosce le regole di attribuzione del potere e valuta i comportamenti.

Nasce così lo Stato di diritto, connaturato al principio democratico, e siccome gli artt. 1 e 2 della Costituzione pongono tale principio a base del sistema italiano, risulta conseguente che la prima sussunzione implicita della trasparenza in Costituzione si desume dal principio democratico il quale, con l'andare del tempo, si raffina e si articola sempre più; infatti, se inizialmente significa conoscenza da parte del popolo delle modalità attraverso le quali un nucleo di soggetti esercita il potere, quindi anche conoscenza dei percorsi che portano ad una scelta anziché ad un'altra, poi le sfaccettature si ampliano soprattutto con due nuovi fattori: l'ingresso sulla scena dei partiti e la conquista del suffragio universale, che rendono veramente il popolo sovrano e queste ulteriori dinamiche non fanno che accrescere la connessione tra principio democratico e trasparenza.

Certo, nel diritto tutto è contestabile a patto di avere il supporto di solide argomentazioni, ed allora è corretto segnalare che vi è anche stato chi<sup>88</sup>, pur ammettendo, e non potrebbe essere altrimenti visti gli artt. 1 e 2 della carta, la democraticità del sistema costituzionale, tuttavia ha affermato che, dalla democraticità della Carta non si può desumere un corollario automatico per ricavare la conclusione della necessaria democraticità e quindi della trasparenza dell'amministrazione in quanto, a rifletterci, buon andamento e imparzialità possono ben realizzarsi anche in amministrazioni di uno Stato non democratico.

Questo forte legame tra principio democratico e trasparenza è ormai innegabile, ma non bisogna commettere l'errore di considerarlo scontato; illuminanti in

---

<sup>88</sup> G. CORSO, "Il cittadino e l'amministrazione pubblica", in *Regione e Governo locale*, n.1, 1989, pp. 5-21. Tuttavia, l'autore sconfessa in parte questo assunto, quando afferma che la lacuna relativamente all'assenza di una norma sulla democraticità dell'amministrazione italiana, combinata al fatto che il buon andamento e l'imparzialità si possono realizzare teoricamente anche in amministrazioni di Stati non democratici, potrebbe fare giungere alla conclusione estrema che l'amministrazione italiana potrebbe anche essere non democratica; in realtà è una lacuna apparente data l'esistenza espressa in Costituzione, in più norme, del diritto di difesa, in particolare la tutela giurisdizionale generale contenuta nell'art. 24, che consente al cittadino di rivolgersi alla magistratura per tutelare i propri diritti soggettivi, ma anche gli interessi legittimi, laddove questi vengano violati.

proposito sono le vicende verificatisi a livello europeo dove, nel Preambolo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, si manifesta l'intendimento di "approfondire il carattere democratico e trasparente della vita pubblica" ma, in realtà, la connessione tra l'uno e l'altra ha cominciato ad essere recepita solo a partire dagli anni novanta<sup>89</sup>.

A riprova delle difficoltà dogmatiche nel definire una democrazia<sup>90</sup> e tantomeno individuarne gli elementi che la dovrebbero identificare, ancora oggi gli analisti si affidano in maggioranza ad un metodo affidabile ma, tutto sommato ormai risalente, quello elaborato da Robert Dahl nel 1971<sup>91</sup> il quale ha individuato una serie di indicatori della democrazia e, in generale, ha affermato che più ampio è il confronto in un sistema, più grande è la possibilità di libera circolazione delle idee tra i cittadini e le istituzioni, più forte è la possibilità che, nonostante le difficoltà interpretative, si possa affermare di essere in una democrazia.

E' fuor di dubbio che la Costituzione sia cospicuamente pervasa del libero confronto tra i cittadini ed il potere sovrano e che la circolazione delle idee sia garantita; il punto è verificare se, allo stato attuale, il legislatore ordinario ha continuato a recepire in pieno questi valori e, alla fine dell'analisi, valutati alcuni recenti interventi normativi, i risultati non sono confortanti.

Per semplicità di esposizione sistematica, gli otto indicatori riconducibili al metodo di Robert Dahl, statunitense, uno dei massimi scienziati della politica, che ha compiuto, tra gli altri, un rigoroso e fortunato studio sul tasso di democraticità della Costituzione americana, tradotto anche in italiano<sup>92</sup>, si possono ricondurre a tre grandi raggruppamenti; vediamoli rapidamente.

---

<sup>89</sup> Il primo riferimento, in ordine di tempo, al nesso tra trasparenza e principio democratico si è avuto solo nel 1992 in una Dichiarazione della Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri, allegata al Trattato di Maastricht, in cui si afferma che: "la Conferenza ritiene che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione". Solo un primo segnale, non una tendenza, infatti, ad esempio, nel successivo trattato di Amsterdam del 1997, sparirono le tracce di questo legame, a testimonianza di una comunione, almeno a livello europeo, quantomeno laboriosa.

<sup>90</sup> Si consigliano le letture, in tal proposito, delle osservazioni compiute dal notissimo politologo G. SARTORI, voce *Democrazia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, II, Roma, 1992, p. 742 ss..

<sup>91</sup> R. A. DAHL, *Polyarchy: participation and opposition*, Yale University Press, New Haven 1971, lavoro tradotto in italiano da F. ANGELI, *Poliarchia: partecipazione e opposizione*, Milano, 1980, nel quale si parte dalla premessa che il potere sia una relazione e si individuano 8 elementi indicativi della possibilità di essere dinnanzi ad una democrazia, più ne ricorrono contemporaneamente, più sono elevate le possibilità che la forma di governo di quell'ente sia di tipo democratico: 1) diritto di voto; 2) diritto a poter essere eletti; 3) diritto dei leader politici di poter concorrere per il consenso e il voto; 4) esistenza di elezioni libere e pacifiche; 5) libertà di associazione; 6) libertà di espressione; 7) esistenza di forme alternative di informazione; 8) esistenza di istituzioni che rendono le politiche pubbliche, dipendenti dal voto e da altre espressioni di preferenza.

<sup>92</sup> R. A. DAHL, *How Democratic is the American Constitution?* Yale University Press, New Haven 2001, che ha conosciuto anche una tradizione italiana, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Laterza, Roma, 2003.

### ***9. Il principio di trasparenza quale libertà di manifestazione del pensiero***

Il primo nucleo di norme costituzionali inerenti il principio democratico ruota soprattutto intorno all'art. 21 della Costituzione dedicato proprio alla libertà di manifestazione del pensiero e di stampa, anche se non si possono trascurare altre norme affini sul tema, quali l'art. 33 sulla libertà dell'arte e della scienza, l'art. 15 sulla libertà e segretezza delle comunicazioni e l'art. 19 sulla libertà religiosa.

E' senz'altro vero che l'art. 21 della Carta ha una fragilità intrinseca rispetto ad altri testi costituzionali<sup>93</sup>, così come è indubitabile che la libertà di manifestazione del pensiero si evolva nel tempo, nasce come un diritto esclusivamente individuale, diviene una prerogativa da esercitare nell'interesse generale e trova, dunque, una delle sue espressioni massime nel pluralismo a più ampio raggio dei mezzi di informazione. Ora, se la libertà di manifestazione del pensiero come indicatrice massima del principio democratico e quindi della trasparenza di cui esso è espressione, è così rilevante, ci si aspetterebbe una esaltazione da parte del legislatore ordinario proprio del sistema complessivo del mondo dell'informazione.

Però, così non sembra, almeno dall'esame della legge 29 aprile 2004, n. 112, recante "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione", da cui risulta un sistema chiuso che sembra pregiudicare la massima libertà di informazione da parte dei cittadini, quella che si potrebbe definire trasparenza passiva.

Stesse sensazioni permangono, scorrendo il successivo Testo Unico sulla radiotelevisione, anche se è pur vero che nell'art. 3 garantisce il pluralismo informativo e la libertà di espressione<sup>94</sup>; ma si tratta delle classiche norme quadro, affermazioni di principio che, per essere veramente efficaci, avrebbero ben bisogno di un adeguato contenuto sanzionatorio.

E questa sfiducia si riflette anche nell'atteggiamento degli italiani che, pur privilegiando ancora la televisione come mezzo principe per informarsi,

---

<sup>93</sup> La Legge fondamentale per la libertà di espressione della Repubblica federale di Germania, entrata in vigore il 23 maggio 1949, contiene l'art.5, che appare più solido rispetto all'art. 21 della Costituzione: "1. Ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti. Sono garantite le libertà di stampa e d'informazione mediante la radio e il cinema. Non si può stabilire alcuna censura. 2. Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona. 3. L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi. La libertà d'insegnamento non dispensa dalla fedeltà alla Costituzione.

<sup>94</sup> L'art 3 del Testo unico del 2005 in materia di radiotelevisione, tra le altre affermazioni, pone anche, tra i principi fondamentali: "la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose e la salvaguardia delle diversità etniche e del patrimonio culturale, artistico e ambientale, a livello nazionale e locale".

percepiscono, in maniera sempre più diffusa, di essere male informati<sup>95</sup>. Eppure, se si va a vedere i report dell'Osservatorio permanente sui contenuti digitali<sup>96</sup>, non vi è dubbio che nonostante una continua crescita, la fonte più utilizzata per informarsi resti ancora la televisione anche se, per alcuni giornali di punta, si registra una continua crescita dei lettori *on-line*<sup>97</sup>. Ed allora, se ancora oggi, nel 2012, la televisione è per la maggioranza dei cittadini la rappresentazione della realtà<sup>98</sup>, non consola constatare, numeri alla mano, che il pluralismo informativo sia, in Italia, piuttosto carente. E' evidente che una informazione omogenea ed equilibrata soddisferebbe il diritto ad essere informati e che, quest'ultimo non è altro che una articolazione in forma passiva della trasparenza.

---

<sup>95</sup> Tale è la sensazione che si ricava dall'ultimo rapporto Censis/Ucsi, quello del 2010, sullo stato dell'informazione in Italia, in cui i numeri sono implacabili: la cattiva informazione smorza l'ascolto, basti pensare che, tra settembre 2009 e giugno 2010 c'è stato un calo dei telegiornali serali nazionali superiore a 3 milioni di persone, l'ascolto medio è infatti passato da 18.333.000 a 14.968.000 spettatori medi coinvolgendo, inesorabilmente, entrambi i 2 telegiornali di punta, sia il Tg1 quanto il Tg5. Interessante il calo esatto del minutaggio concesso ai 2 principali partiti politici italiani: presso il Tg1 al Pdl è stato concesso il 35,8% del tempo totale, al Pd il 17,3%, quindi il doppio, sperequazione meno intensa, ma comunque consistente, anche presso il Tg5, 30,7% al Pdl contro il 23% al Pd.

<sup>96</sup> [www.osservatoriocontenutidigitali.it](http://www.osservatoriocontenutidigitali.it), confrontando gli ultimi due dati disponibili, quello del 2009 con quello del 2011, sembrerebbe che ci si possa andare a toni di entusiasmo circa il rapporto tra gli italiani ed Internet. Infatti, se nel 2009, circa 28 milioni di italiani si collegavano ad Internet almeno una volta al mese e il 46,5% degli italiani accedevano alla Rete almeno una volta la settimana, nel IX rapporto Censis sulla comunicazione del Giugno 2011, quest'ultimo dato è cresciuto in modo notevole: accedono ad Internet almeno una volta ogni 7 giorni il 53,1% dei cittadini. Questo non muta, granchè, il quadro in merito alle difficoltà ancora irrisolte, rappresentate soprattutto dalla difficoltà di fruire di collegamenti veloci. Infatti, ad esempio, l'ultimo rapporto Eurostat, datato dicembre 2010, consultabile *on-line* sul sito [www.puntoinformatico.it/news](http://www.puntoinformatico.it/news), condanna inesorabilmente l'Italia, la quale nonostante ripetute dichiarazioni evidentemente propagandistiche, è fanalino di coda in Europa quanto all'utilizzo della banda larga dove occupa un poco lusinghiero 23° posto complessivo, precedendo solo paesi ben più indietro dal punto di vista della industrializzazione, quali Grecia, Bulgaria e Romania con una diffusione della banda larga a livello europeo pari ad una media del 61%, addirittura raddoppiata rispetto al dato del 2006 con l'Italia ferma invece al 49%; il che attesta che ancora metà della popolazione non ha accesso ad Internet veloce. Non solo: se parliamo di meri accessi ad Internet anche senza l'ausilio della banda larga, Inghilterra, Germania Francia, ma anche i paesi scandinavi, l'accesso settimanale al World Wide Web supera abbondantemente il 70%, senza contare che il Report Censis del 2011 apre anche un grosso punto interrogativo in relazione al luogo di accesso, perché non chiarisce se quel 53,1% comprende solo accessi casalinghi o include anche quelli dai luoghi di lavoro e questo gonfierebbe ovviamente un quadro che, a leggere bene nei numeri, disegna, purtroppo un quadro italico di fortissimo ritardo rispetto ai grandi paesi europei, quasi una Caporetto digitale; se si riflette su un ultimo aspetto significativo, cioè che alcuni Stati, dalla Germania all'Inghilterra avevano superato la percentuale del 50% di accessi di utenti unici ad Internet già nel 2006, la realtà è che l'Italia è indietro di 5 anni secchi rispetto a queste nazioni.

<sup>97</sup> Si riportano dati desunti dal raffronto tra il rapporto Censis/Ucsi 2010 e quello del 2011; dal penultimo report risulta che, per alcuni quotidiani, gli utenti Internet rappresentano una fetta di lettori ormai ragguardevole: il 19,6% per La Repubblica e il 15,1% per il Corriere della Sera. Questo trend trova una conferma nel rapporto Censis-Ucsi del 2011, da cui risulta che l'informazione sul cartaceo scende numericamente: il rapporto quantifica nel 47% la percentuale di italiani che acquistano un quotidiano. La televisione rimane ancora il mezzo informativo di riferimento, insieme alla radio, se è vero che vi è una percentuale di italiani pari addirittura al 28,7% che raccoglie il suo bagaglio di notizie solo tramite l'uso di questi 2 strumenti. A fronte di questi numeri, vi è anche da segnalare un dato virtuoso, sempre rapporto Censis 2011, di quel 48% di cittadini, comunque pari a meno della metà di quelli complessivi, che scelgono invece di sottoporsi ad una dieta mediatica completa in quanto si informano attraverso i 3 grandi segmenti oggi a disposizione: televisione, giornali e Internet.

<sup>98</sup> Il 7 febbraio del 2001, certo ormai dieci anni fa, ma l'inesorabile crescita dell'età media degli italiani, una delle più elevate del mondo, pari al 42,8% secondo il rapporto ISTAT 2010, e, nel contempo, l'elevato numero di soggetti ultrasessantacinquenni, pari al 20,2%, poco avvezzi a lasciarsi sedurre dalle nuove tecnologie, rende questa affermazione, tutto sommato, ancora attuale, il Presidente AGcom Corrado Calabrò, nell'Audizione alla camera dei Deputati disse testualmente: "la televisione è lo specchio in cui la società si riconosce".

Sembra quindi potersi concludere che esiste uno scarto, ed anche abbastanza grande, tra le enunciazioni costituzionali e la disciplina vigente, emanata dal legislatore ordinario nel settore dell'informazione.

Occorre ora spostare la nostra attenzione verso gli altri due raggruppamenti di norme costituzionali rivelatrici del principio democratico, per cercare di trarre qualche conclusione in ordine alla presenza della trasparenza nella Costituzione, quale rappresentazione del principio democratico, e verificare poi il comportamento del legislatore ordinario per trarre qualche indicazione sulla limpidezza del sistema rispetto alla Costituzione.

### ***10. Trasparenza tra diritti politici e rapporti tra potere legislativo ed esecutivo***

Certamente un secondo corposo gruppo di norme rivelatrici dell'impostazione della Carta sul principio democratico è quello riferito al "diritto di elettorato attivo e passivo", allo status di parlamentare, alla pubblicità nei lavori delle Camere, alla trasparenza nei rapporti tra potere legislativo ed esecutivo.

Le norme in materia sono numerose: l'art. 48 disciplina il diritto di voto, l'art. 51 l'accesso alle cariche elettive, ancora, gli artt. dal 56 al 58, si occupano della elezione di deputati e senatori, dagli artt. 64 al 68 si affronta il regolamento delle Camere e lo status dei parlamentari, con le ben note regole del divieto di mandato imperativo e la irresponsabilità per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, per finire, l'art. 122 si occupa delle regioni sotto più aspetti: sistema di governo, modalità di esercizio del diritto di voto, status dei consiglieri regionali, non diverso da quello dei parlamentari nei principi essenziali.

La normazione ordinaria come traduce questi impulsi costituzionali al rispetto del principio democratico? Sembrerebbe non bene, a prima analisi. Infatti, se si prende in considerazione la legge 10 dicembre 1993 n. 515, recante la "Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica" e soprattutto, la mitica legge 22 febbraio 2000, n. 28, quella sulla cosiddetta "*par condicio*", recante "Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione pubblica", emerge con chiara evidenza l'inadeguatezza della normativa.

Criticata sotto più profili da tutti i differenti schieramenti in gioco nello scacchiere politico: con tale normativa appare infatti tradito in pieno il principio di effettività perché, numeri alla mano, la legge del 2000, pensata per disciplinare con equità l'informazione politica nel corso di tutto l'anno e non solo nel periodo della campagna elettorale, non risulta efficace sia nel quotidiano<sup>99</sup>, con le grandi e ripetute polemiche che solleva il modo in cui viene fatta l'informazione politica, sia nel periodo caldo delle campagne elettorali, con

---

<sup>99</sup> Sondaggio Censis/Ucsi 2010 cit., relativo agli spazi di informazione concessi in televisione ai principali schieramenti politici.



la famosa questione sollevata dall'ex presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi, sulla iniquità a suo dire, di una legge che, cercando di assicurare un minutaggio identico negli spazi televisivi in capo a tutti i movimenti politici, non tiene però conto del diverso peso specifico e della maggiore o minore rappresentatività politica dei vari movimenti.

Quasi banale ricordare che, se il principio democratico si fonda sulla sovranità popolare, questa non può che essere efficacemente esercitata con un consapevole esercizio del diritto di voto, per il quale è evidentemente basilare garantire un interscambio di informazioni continuo ed esauriente tra gli attori dell'attività politica e lo stesso popolo sovrano.

Ma, se la disciplina che regola l'accesso all'informazione dei movimenti politici risulta inadeguata, diventa difficile che questo interscambio avvenga nel modo migliore e quindi ne deriva un preoccupante punto di criticità nella piena attuazione del principio democratico. Con evidente sofferenza per la immanente trasparenza.

A conclusioni non dissimili sembra potersi giungere dando uno sguardo alla legge 21 dicembre 2005, n. 270, che disciplina il sistema attuale per l'elezione dei membri di delle Camere che, tralasciando per un attimo l'annoso dibattito su quale sia il sistema di voto migliore per il nostro paese, presenta comunque un punto di particolare criticità nel fatto che ha eliminato per gli elettori la possibilità di esprimere un voto di preferenza in seno alla lista che intendono votare; sono i partiti a comporre delle liste bloccate. Certo, democraticità e trasparenza, almeno in questo caso, paiono subire un

“*vulnus*” palese dal fatto che il cittadino esercita il diritto di voto senza poter sapere in anticipo chi sarà il candidato che contribuirà ad eleggere. Sembra proprio che il rapporto esercizio del potere e fruitori delle decisioni, su questo punto vada dinnanzi ad un pesante cortocircuito.

Non si deve mai dimenticare che la Costituzione, figlia del periodo storico post-fascista e delle conseguenti derive assolutistiche e personalistiche di quell'epoca, è stata pensata dai padri costituenti con il bilancino, un delicato gioco di equilibrio tra pesi e contrappesi per evitare, a futura memoria, il ripetersi di situazioni rivelatesi, alla lunga, nocive per un corretto funzionamento del sistema giuridico ed istituzionale e così, ad esempio, il rapporto tra Parlamento e Governo è stato disegnato all'insegna della parità delle forze in campo, pur nella ovvia differenza dei ruoli.

Ed allora, ci si deve dogliare della mancanza, ormai storica, di uno statuto apposito che tuteli le minoranze parlamentari anche se, ad onor del vero, esiste ormai dal 1983 per la Camera dei Deputati e dal 1988 per il Senato delle

Repubblica, un meccanismo chiamato “*Question time*”<sup>100</sup>”, domande a risposta immediata, in cui uno o più parlamentari possono rivolgere al Governo nel suo complesso o a un singolo Ministro dei quesiti relativi alla veridicità di un fatto o sollevare questioni problematiche su certe situazioni e domandare quali provvedimenti il Governo o il Ministro intendano assumere per il caso concreto. Tuttavia questo meccanismo non sembra essere sufficiente per assicurare la trasparenza più piena all’attività del Parlamento e soprattutto per arrestare la tendenza, attualmente in corso, del rafforzamento dell’Esecutivo rispetto al Parlamento.

Comunque non si tratta di una anomalia italiana, ma di un percorso avutosi anche in altri stati del mondo: si pensi alla Russia e agli Stati Uniti America, che hanno scelto il modello presidenzialista che assegna penetranti poteri al Presidente della Repubblica; in Russia il Presidente è dotato di forti poteri esecutivi dato che, tra gli altri, nomina le più alte cariche dello Stato a partire dal primo ministro, negli Stati Uniti è direttamente la Costituzione a stabilire con l’art. II, sez. 1, che il Presidente è investito dei poteri esecutivi a livello federale, oppure nella Francia<sup>101</sup> che personalizza molto il suo sistema giuridico sulla figura del Presidente del Governo e, ancor di più, nel Regno Unito, considerato universalmente il prototipo del premierato<sup>102</sup>.

Su questo aspetto si consentano due banali considerazioni: la prima, direttamente riconducibile alla Carta, è che questo indebolimento del Parlamento a vantaggio dell’Esecutivo avviene a Costituzione invariata e, già questo profilo è assai discutibile dato che le norme supreme del nostro ordinamento andrebbero prese come stella polare, almeno sino a quando non si decida di modificare la Costituzione e non avvenga quindi, nei fatti, un mutamento negli assetti istituzionali del nostro Paese.

La seconda attiene in modo più diretto alla trasparenza e, su questo versante non vi è dubbio alcuno sul fatto che il Parlamento, per la presenza fisica di tutte le parti politiche impegnate, soprattutto di quelle di minoranza, appare il ruolo ideale per il contemperamento di tutti gli interessi concorrenti e questo aspetto, perfino ovvio, ma forse da sottolineare comunque, pone una riflessione attenta sul funzionamento trasparente delle istituzioni in Italia, almeno se si decide di

---

<sup>100</sup> Art. 135 bis e 135 ter del Regolamento della Camera dei Deputati; art. 151 bis del Regolamento del Senato della Repubblica.

<sup>101</sup> L’espressione, premierato, nasce in Francia e si utilizza per indicare un ruolo forte e autonomo del Primo Ministro, sia rispetto al Parlamento, sia dinnanzi allo stesso Consiglio dei Ministri.

<sup>102</sup> Non a caso, si utilizza la locuzione “modello Westminster”, considerato da alcuni autori il modello più significativo del sistema politico di tipo maggioritario. Infatti, nel Regno Unito vige un sistema nel quale il Primo Ministro esercita un controllo diretto sul Gabinetto, un’istituzione composta dai ministri più anziani del Governo, da lui stessi scelti, che rappresenta l’organo decisionale del potere esecutivo. Un sistema nel quale c’è una forte effettività, nel senso che vi è un reale controllo del Primo Ministro nei confronti del Gabinetto; però, un sistema nel quale c’è comunque un rapporto diretto di responsabilità del Governo verso il Parlamento tanto che, se il Governo viene sconfitto in Parlamento, è previsto che il Primo Ministro si debba dimettere, oppure che il Governo si debba sciogliere. Per approfondire si consiglia, tra tutti, A. LIJPAHRDT, *Le democrazie contemporanee*, Mulino, Bologna, 2001.

partire dal quadro che, ancora oggi, disegna la Costituzione. Non vi è dubbio che il Governo, espressione di una parte politica, quella vincitrice della contesa elettorale, tenderà, anche giustamente dal suo punto di vista, a cercare di applicare un piano programmatico che si era precedentemente prefisso però, certo, non sarebbe forse male pensare a meccanismi che assicurino in seno al Parlamento una maggior forza per consentire di rappresentare anche le istanze delle minoranze, pur sempre degne di ascolto.

### ***11. Trasparenza e diritti di associazione e riunione***

Il diritto di associazione e di riunione e, in particolare quella particolare forma associativa consistente nel diritto di appartenere ad un partito politico, rappresenta il terzo grande nucleo di norme costituzionali che, solitamente, si prende in considerazione quale segnale immanente di una presenza forte nella Carta del principio democratico, da sottoporre tuttavia, come sempre, alla verifica della prova dei fatti, cioè la disciplina di dettaglio emanata in proposito dal legislatore ordinario.

Sin dall'art. 2 la Costituzione consente al singolo di scegliere se appartenere o meno ad un movimento associativo, quale possibilità ulteriore di sviluppare in modo ancora più articolato la propria personalità<sup>103</sup>.

E' un tema attualissimo, si pensi alla riforma del Titolo V della Costituzione ex legge 18 ottobre 2001 n. 3 la quale, costituzionalizzando il principio di sussidiarietà e leale cooperazione nell'ambito dell'art. 118, lo ha disegnato anche in orizzontale e non soltanto in senso ascendente, per significare l'essenziale operato che non solo gli enti pubblici tra di loro, ma anche i cittadini interagendo con gli enti medesimi, possono fornire ad una più efficace attuazione delle funzioni amministrative. Una conferma dunque, sebbene per il profilo specifico dell'esercizio migliore possibile delle attività amministrative, del valore sempre crescente del fenomeno dell'associazionismo.

Il legislatore ordinario non rimane indifferente, si pensi alla 241/90 che, agli artt. 9-10 consente ai cittadini di riunirsi in associazioni e comitati per una migliore tutela dei cosiddetti interessi diffusi; la questione si pose già negli anni '80 per diritti quali quello all'ambiente e alla salute, anche se questa attenzione si può definire una sorta di incompiuta, o quantomeno, indietro rispetto alle dinamiche di altri paesi<sup>104</sup> in quanto la disciplina italiana non si occupa di alcuni aspetti

---

<sup>103</sup> Si consiglia la lettura di A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, Manuale di diritto pubblico, Il Mulino, Bologna, 1997.

<sup>104</sup> Gli Stati Uniti e la Francia fanno scuola in materia; addirittura, oltralpe è celebre la figura di René Waldeck-Rousseau un politico che elaborò una delle più antiche leggi al mondo sul fenomeno associativo, datata 1 luglio 1901, che assicura già a quei tempi un regime estremamente liberale alle associazioni, con l'eccezione delle congregazioni religiose alle quali viene, invece, applicato un regime piuttosto discriminatorio che determinerà, come effetto, la soppressione degli ordini religiosi, dei conventi e delle scuole religiose da tutta la Francia. Per le origini del fenomeno associativo in Europa e, per un quadro sui problemi connessi alle organizzazioni religiose

piuttosto significativi quali: le forme di responsabilità delle associazioni rispetto ai propri membri, i criteri di selezione e di convocazione di esse nelle sedi dove si cerca, contemperando i molteplici interessi in gioco, di salvaguardare al meglio l'interesse collettivo di cui l'associazione è portatrice o, ancora, la legge nulla dice sul profilo, importantissimo, della responsabilità dell'associazione, qualora questa rappresenti una collettività di soggetti per tutelare l'interesse esponenziale che sta a cuore ai suoi aderenti.

Sembra più avanti, in materia associativa, il legislatore regionale<sup>105</sup>, almeno in taluni casi come quello della Toscana, anche se l'assenza di profili normativi di responsabilità si fa sentire anche a livello locale, soprattutto se si riflette sul significato ultimo di questi: l'individuazione chiara di centri di imputazione giuridica non è altro che il primo più evidente meccanismo per rendere trasparenti i fenomeni associativi che dunque, appaiono ancora a metà del guado; ottenere il riconoscimento giuridico non basta, se non si compie uno sforzo sistematico di disciplina coerente di tutta la normativa.

Infine, un riferimento brevissimo ad uno dei fenomeni associativi storicamente più importanti, quello dei partiti politici anche se, non vi è dubbio che, specie negli ultimi anni, il prestigio, il peso e l'importanza del fenomeno dei partiti politici in Italia si sia affievolito. La normativa attuale prevede che, dopo il referendum abrogativo celebratosi nel 1993<sup>106</sup>, operi la legge 3 giugno 1999 n. 157, fondata sulla erogazione di una quota fissa da attribuire a ciascun partito in misura proporzionale al numero degli elettori riportati.

Però, anche qui, non manca un lato oscuro riconducibile alla legge 30 dicembre 2005 n. 273, che ha oscurato la possibilità di avere contezza di larga misura della provenienza dei finanziamenti privati degli stessi partiti, elevando da 6.000 a ben 50.000 euro la soglia oltre la quale si impone l'obbligo di dichiarare congiuntamente, da parte del donatore e del partito, dei finanziamenti stessi. Certamente, ancora una volta, pensando al rilievo dei partiti quali soggetti responsabili principi del compito di mettere in atto istanze della collettività, sembra che la trasparenza debba soffrirne.

---

d'Oltralpe si consiglia: R. REMOND, *La secolarizzazione. Religione e società nell'Europa contemporanea*, Roma-Bari, Laterza 1999.

<sup>105</sup> La Toscana si è dotata di una legge regionale sull'associazionismo, legge 4 aprile 2007, n. 20 "Disciplina della Conferenza permanente delle autonomie sociali", istituita presso il Consiglio regionale della Toscana, dotata di autonomia operativa ed economica, consente di realizzare la più ampia rappresentatività delle autonomie sociali, svolge attività di proposta ed impulso su svariate materie e, soprattutto, esprime parere obbligatorio sugli atti di programmazione economica, sociale e territoriale, generale e settoriale di competenza del Consiglio Regionale generando, dunque, un continuo confronto cooperativo con l'organo legislativo. Certo, la normativa presenta la grave pecca di non prendere in considerazione, in alcun modo, il profilo essenziale delle responsabilità.

<sup>106</sup> Il grande interesse suscitato dal quesito è testimoniato dall'alta percentuale di votanti, ben il 65,8% degli aventi diritto e l'esito della consultazione vide prevalere, in misura schiacciante, il volere di coloro che, nella misura del 90,3%, volevano cancellare il finanziamento pubblico ai partiti.

## 12. Trasparenza negli artt. 97 e 98 della Costituzione

La ricognizione sul rapporto tra la trasparenza e la Costituzione repubblicana non può che concludersi esaminando le uniche due norme che il costituente ha dedicato alla pubblica amministrazione, gli artt. 97 e 98, peraltro assai scarni, a testimonianza di una trascuratezza scritta nei fatti per le problematiche attinenti l'amministrazione pubblica<sup>107</sup>. Le implicazioni di maggior momento per la trasparenza attengono sicuramente l'art. 97 della Carta, in quanto la disposizione enuncia legalità, imparzialità e buon andamento, quali architravi dello svolgimento dell'attività amministrativa. Interessante notare che, per oltre un decennio, l'attenzione dottrinale sull'art. 97 fu abbastanza ridotta.<sup>108</sup>

Certamente, l'imparzialità<sup>109</sup> è il principio che ha le maggiori implicazioni con la trasparenza ed è appena il caso di sottolineare che, in realtà la genesi di tale principio ha una lunga storia che lega principalmente il suo nome all'appassionata battaglia che il celebre politico e patriota Silvio Spaventa conduce per avere effettiva giustizia nell'amministrazione<sup>110</sup>. Questa alta figura, scevra di individualismi ma dedita alla ricerca del bene comune, ha contribuito, di fatto e in modo decisivo, alla evoluzione della giustizia amministrativa in Italia.

Infatti egli diede un impulso decisivo alla trasformazione della giurisdizione amministrativa perché le sue idee contribuirono alla nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato, la prima a carattere giurisdizionale, inaugurata nel 1890 proprio con Spaventa, non casualmente, eletto Presidente. E così, il Consiglio di Stato, unico organo di giustizia amministrativa sino alla nascita dei TAR nel 1971, fu istituito da Carlo Alberto con l'editto del 18 agosto 1831<sup>111</sup>, nato come organo con funzioni essenzialmente consultive, diviso in due branche di cui una

---

<sup>107</sup> E' una valutazione difficilmente contestabile, come attestano voci autorevoli del diritto amministrativo italiano, su tutti U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, Foro it., 1984, p. 205 ss., S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, p. 63 ss.

<sup>108</sup> Anche due grandi maestri del diritto amministrativo dell'epoca, Guido Zanobini e Massimo Severo Giannini, consideravano le enunciazioni costituzionali mere affermazioni ideali di principio, non invece precetti meritevoli di essere analizzati, in profondità, con profonde implicazioni pratiche sul modo in cui sarebbe dovuta cambiare l'amministrazione, a partire da una ineludibile esigenza di separazione tra il potere politico e quello amministrativo. Siamo nel 1959 e la prova di questa trascuratezza della dottrina, visibile soprattutto rispetto ad imparzialità e trasparenza, è la mancata menzione dell'art. 97 della Costituzione nel *Corso* di Zanobini e nella voce *Atto amministrativo* di Giannini, quasi come se si potesse ignorare l'esistenza di una norma che imponeva, invece, profondi cambiamenti nell'agire amministrativo.

<sup>109</sup> Per un approfondimento sul principio di imparzialità, si consiglia: U. ALLEGRETTI, *l'imparzialità amministrativa*, 1965; S. CASSESE, *imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in Riv. it. sc. giur., 1968, p. 86-87.

<sup>110</sup> Celebre fu il discorso che Silvio Spaventa tenne il 7 maggio 1880 all'Associazione costituzionale di Bergamo, *Giustizia nell'amministrazione*, reperibile on-line all'indirizzo [www.iisf.it](http://www.iisf.it), nel quale il celebre politico di destra si batte contro quelli che individua essere i mali che inficiano il buon funzionamento di uno Stato libero e moderno, cioè l'ingiustizia e la disuguaglianza giuridica, cagionati da 3 fattori su tutti: "difetto o incertezza di norme giuridiche che limitino rigorosamente nell'amministrazione le facoltà e i poteri che essa deve esercitare"; "il difetto e incertezza del giudice, che decida sulla controversia che nasce quando il cittadino si risente e si oppone all'abuso ed arbitrio, che contro di lui si commette o si tenta di commettere"; "il difetto di responsabilità immancabile e pronta degli ufficiali pubblici".

<sup>111</sup> La versione integrale dell'editto albertino è reperibile on-line all'indirizzo: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

di carattere centrale, presieduta dal re e composta da un vicepresidente, 3 presidenti di Sezione e 34 consiglieri, incaricata di dirimere le controversie nei vari settori dell'amministrazione, ed un'altra composta da una serie di giudici speciali, deputati a dirimere le eventuali controversie insorgenti tra privati ed Autorità, diventa per sempre un organo a funzione mista e comincia un lungo cammino di tutela sempre più efficace dei cittadini verso l'Autorità.

Spaventa si è inserito come un gigante nella evoluzione storica della giustizia amministrativa italiana in quanto, è storia arcinota, grazie al suo contributo, nel 1865 viene emanato il celebre decreto 20 marzo 1865, n. 2248, abolitivo dei giudici speciali con la conseguente attribuzione delle controversie, che dovessero insorgere con l'Autorità, in parte alla competenza del giudice ordinario, nella parte restante alla stessa Amministrazione.

Questo sistema risulta ovviamente carente perché, di fatto, lasciava i privati scoperti in quanto a tutela laddove la P. A. agisse come Autorità, cioè in quei casi in cui risultassero coinvolti gli interessi legittimi e solo con la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato venti anni dopo con legge n. 5992 del 31 marzo 1889 dedicata appositamente alle controversie tra privati ed Autorità, si trovò una primordiale soluzione a questa esigenza di tutela degli emergenti interessi privati e quindi, in senso ampio, ad una crescente esigenza di trasparenza che il cittadino comincia a sentire verso i pubblici poteri. Però l'abolizione dei giudici speciali fu comunque un grandissimo passo avanti, per la prima volta le controversie sorgenti con l'amministrazione venivano affidate ad un giudice ordinario. L'afflato ideale che agita Spaventa è evidente nel celebre discorso<sup>112</sup> preparato, ma mai effettuato, in occasione della prevista

---

<sup>112</sup> Silvio Spaventa aveva preparato un discorso di alto profilo etico e morale in previsione della inaugurazione, in forma solenne, della IV Sezione del Consiglio di Stato, istituita nel 1890 e della quale venne nominato Presidente. Tuttavia, questa orazione non venne in realtà mai pronunciata, perché l'inaugurazione di tale Sezione avvenne in 13 marzo 1889, in forma non solenne. Estratti di questo discorso sono reperibili *on-line* all'indirizzo [www.iisf.it](http://www.iisf.it), nel quale si legge, tra gli altri aspetti, con quanta passione lo statista si battesse per realizzare un'effettiva giustizia nell'amministrazione: "...Sarebbe, infatti, un errore grande il credere che la giustizia amministrativa sia nata solo ai giorni nostri; poiché se, come è dimostrato razionalmente, essa è elemento essenziale d'ogni amministrazione pubblica, ha dovuto esistere in tutti i tempi, in cui vi fu qualche embrione di lavoro sociale che si chiami pubblica amministrazione. Senonché, spettava ai nostri tempi il compito di recare ad un punto più alto di vista, a più pieno sviluppo, ciò che ha esistito da secoli in una forma imperfetta. La giurisdizione di diritto amministrativo è parte della giurisdizione di diritto pubblico, comprendendo in questo il complesso delle norme giuridiche attinenti allo stato della cosa pubblica, ad "rei romanae statum". La giustizia amministrativa, come è concepita ai nostri giorni, ed è stata principiata ad incarnare da noi nella nostra legge testo unico 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato, non è che un complemento della giurisdizione di diritto amministrativo, come fu attuata nelle nostre leggi 20 marzo 1865 e 30 marzo 1877 sull'abolizione del così detto contenzioso e sui conflitti d'attribuzioni. Quelle leggi deferirono ai tribunali ordinari il riesame e la cognizione di tutti gli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione, impugnati per lesione di alcun diritto civile e politico, e formano il principale baluardo del diritto pubblico italiano. Come però questa difesa fosse insufficiente, e quale il complemento che essa ha avuto con la legge del 1889, dirò appresso.....". Ancora più lucido il riferimento esplicito al nuovo ruolo dell'amministrazione moderna e alla sollevazione, per la prima volta in assoluto, ad una esigenza di imparzialità dei comportamenti da parte dei pubblici poteri: ".....se l'autorità amministrativa è, in generale, il potere esecutivo della legge, il suo compito nella vita reale (poiché la legge non può preveder tutto, né dar norma per ogni cosa) sorpassa il contenuto di quella, e si estende in molti punti dove, o la legge stessa o un diritto non scritto e consuetudinario, o, se non si vuole dir tale, un diritto, che non è meno nella coscienza pubblica, e deriva dall'essenza stessa del governo, lasciano a questo un campo assai

inaugurazione in pompa magna della IV Sezione del Consiglio di Stato, poi avvenuta solo in via informale.

Silvio Spaventa prende le mosse da una'altissima concezione dello Stato che non si concretizza certo nelle mutevoli maggioranze e nei Ministeri che lo rappresentano, ma costituisce invece, o almeno dovrebbe essere, un'autorità immanente che si pone sopra e al di fuori dei partiti per mantenere saldi ed incolumi, in mezzo alla lotta dei ceti e degli interessi, la libertà dei singoli ed il bene comune. Ma, se questo è lo Stato moderno, è inconciliabile un sistema di giustizia amministrativa che affidava al giudice ordinario e, soprattutto, alla stessa amministrazione il compito di dirimere i conflitti nei quali fossero coinvolti interessi legittimi dinnanzi alla P. A. che agiva con i consueti poteri autoritativi e con l'ampia discrezionalità dovuta a chi avesse l'alto compito di perseguire il fine pubblico. Questo punto è cruciale nel ragionamento del politico, è contrario all'esigenza di imparzialità che uno Stato moderno deve avvertire nei suoi rapporti con i cittadini, un sistema amministrativo giurisdizionale che affidi addirittura ad una parte in causa, la stessa amministrazione, il compito di dirimere le controversie che dovessero sorgere in relazione ad interessi dei cittadini.

Ecco il seme dell'imparzialità dell'amministrazione, gettato addirittura più di mezzo secolo prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e del nuovo parametro contenuto nell'art. 97.

Eppure, una volta entrata in vigore la Carta, la prima interpretazione conferita all'imparzialità è stata quella di un mero divieto dal tenere comportamenti partigiani, cioè esso era un criterio, una fonte avente una ridotta forza coercitiva: all'imparzialità si riconosceva la capacità di generare un dovere di astensione dei funzionari nelle questioni che li interessassero personalmente o, al massimo,

---

*largo di libera azione ed estimazione, per agire nel pubblico interesse e raggiungere i suoi fini. Le grandi amministrazioni moderne negli Stati non si costituirono, né han potuto vivere e prosperare, che a codesto patto. E qui, appariva necessariamente un nuovo aspetto del problema della giustizia amministrativa. Gli atti o provvedimenti, che l'amministrazione dello Stato compie in questa sfera, che ho detto di libera azione ed estimazione, nei suoi rapporti coi privati, devono intendersi nel senso, che, esclusi interamente ad ogni riesame o cognizione dei tribunali ordinari, vogliono essere lasciati tutti all'arbitrio delle stesse autorità amministrative? Ovvero, almeno per una parte di essi, nei quali è più facile e temibile e nocivo l'arbitrio, si può trovare nell'organismo dell'amministrazione stessa un controllo efficace, in modo da offrire qualche guarentigia di giustizia e d'imparzialità, desiderabile sempre in ogni sfera dell'amministrazione di un paese civile? Queste guarentigie di giustizia e d'imparzialità sono diventate oggi un bisogno tanto più imperioso, in quanto, essendosi il governo costituzionale, secondo la legge della propria natura, trasformato in governo di partito, l'amministrazione dello Stato vuol essere tutelata al possibile dagli influssi dello spirito di parte, che ne corrodono le forze e ne alterano il fine più essenziale e benefico: quello di essere non più un'amministrazione di classe, ma eminentemente sociale e rivolta al bene comune. La nostra legge del 1865 non provvede sufficientemente a questo bisogno, né intese pienamente il problema di come soddisfarvi. Essa fu figlia di quell'indirizzo negativo accennato di sopra, che reclamava a giusta ragione la separazione della giurisdizione di diritto pubblico dall'amministrazione; ma si contentò di deferire ai tribunali ordinari tutti gli atti del potere amministrativo ed esecutivo, in cui si faccia questione di un diritto civile o politico, abbandonando all'amministrazione pura la decisione di tutti i reclami, nei quali si tratta di offesa ai semplici interessi, o non richiedendo altre guarentigie per questi, che il parere dei corpi consultivi posti accanto all'autorità che decide, e la motivazione dei suoi provvedimenti; lasciando, quindi, arbitro supremo il potere ministeriale.....”.*

un obbligo di individuare dei criteri generali per evitare una serie di comportamenti che portassero i funzionari ad incorrere nel vizio di eccesso di potere.

E d'altronde, non si può certo dimenticare che la giurisprudenza costituzionale ha avuto una iniziale tendenza ad assorbire imparzialità e buon andamento nell'ambito della legalità terzo brocardo contenuto nell'art. 97 della Carta, ma forse il più importante tra i 3 principi, di sicuro perché ogni orientamento è figlio dei tempi e certamente, negli anni '50, la Corte era condizionata da un modello di amministrazione tradizionale di tipo autoritario<sup>113</sup> e dunque poco propensa a sviluppare la portata innovativa dell'imparzialità quale canone esteso oltre il semplice significato della parità di trattamento. Considerazioni analoghe merita il buon andamento, interpretato genericamente come buona amministrazione o, ancor più vagamente, inteso quale sinonimo di efficienza nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Anzi, le prime pronunce della Consulta ribaltano addirittura il concetto, nel senso che imparzialità e buon andamento sono i grimaldelli per giustificare, all'opposto, la disparità di trattamento di cui dovrebbero beneficiare coloro che operano nel pubblico impiego. Vi è di più, infatti la Corte ritiene che imparzialità e buon andamento, lungi dal meritare una dignità autonoma, siano invece dei criteri da utilizzare con profitto per assicurare il rispetto dei principi contenuti nel II e III e comma dell' art. 97, parametri necessari per raggiungere il risultato di una razionale e ben organizzata distribuzione dei compiti all'interno delle amministrazioni<sup>114</sup>, oppure, anche in tempi molto più recenti,<sup>115</sup> un limite alla pur ampia discrezionalità del legislatore nei criteri di scelta per introdurre un nuovo personale all'interno dell'amministrazione.

Sui rapporti tra imparzialità e discrezionalità si è speso con autorevolezza il maestro Umberto Allegretti, fornendo un contributo di rilievo decisivo nello

---

<sup>113</sup> G. ROEHRSEN, *La corte costituzionale e il diritto amministrativo*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del 30° convegno di studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987.

<sup>114</sup> Corte cost., 7 marzo 1962, n. 14, nella quale la Suprema Corte spiega che, nel primo comma dell'art. 97 della Costituzione non può ravvisarsi una semplice direttiva rivolta agli organi dell'amministrazione e neppure una mera riserva di legge, ma la disposizione va letta legandola al II comma che domanda che nell'ordinamento degli uffici si provveda ad individuare con precisione sfere di competenza e responsabilità dei funzionari, al fine di raggiungere il risultato di assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione. A tal fine le Disposizioni Superiori, intervenendo a proposito di una questione di legittimità costituzionale di una legge regionale siciliana, la dichiarano costituzionalmente illegittima, precisando che si avrebbe una elusione del precetto costituzionale in presenza di leggi che istituiscono nuovi servizi e nuovi uffici, rimandando però l'individuazione delle attribuzioni e dei compiti dei nuovi funzionari facenti parte della dotazione organica, ad una legge da emanare successivamente.

<sup>115</sup> Corte cost., 29 marzo 1983, n. 81, nella quale la Consulta continua nell'orientamento ombelicale restrittivo della imparzialità e trasparenza, visti come limiti alla discrezionalità amministrativa nello scegliere regole alternative a quelle del concorso, per provvedere alla selezione del personale da introdurre nell'amministrazione precisando, con particolare riferimento al buon andamento, che si tratta di un criterio che postula la necessità di inserire all'interno dell'amministrazione solo quei soggetti "i quali dimostrino convenientemente la loro generica attitudine a svolgere le funzioni che vengono affidate a chi deve agire per la p.a." ed inoltre, con riguardo agli avanzamenti di carriera, lo stesso parametro deve essere la stella cometa per individuare, in modo esatto, soggetti che rivelino attitudini adeguate anche a svolgere le mansioni superiori.



spiegare che non si tratta di due anime inconciliabili ma di due facce della stessa medaglia. Anzitutto Allegretti mette a nudo il fatto che l'interpretazione di essa come un mero divieto di comportamenti partigiani è invero povero di ricchezza applicativa perché, alla fine, l'imparzialità apparirebbe ancora, in realtà, fortemente intrisa di parzialità perché comunque l'amministrazione, quand'anche tenuta a non parteggiare per uno dei configgenti interessi privati sul tappeto, inevitabilmente finisce per parteggiare per il proprio interesse di parte.

In secondo luogo l'autore, ricordando evidentemente la genesi dell'imparzialità quale esigenza dell'agire amministrativo che porta alla nascita della IV sezione del Consiglio di Stato, la prima a carattere giurisdizionale, spiega che l'imparzialità nasce da una esigenza di giustizia nell'amministrazione e giustizia significa operare per contemperare gli interessi di tutti i cittadini toccati dalle azioni dell'amministrazione ed allora ecco che, sotto questo profilo, la discrezionalità non si contrappone più all'imparzialità perché l'agire con discrezionalità per contemperare tutti gli interessi pubblici o privati in gioco, deve comunque avvenire secondo imparzialità, cioè in modo conforme ad esigenze di giustizia. Ecco un grande arricchimento che supera il divieto di comportamenti partigiani, imparzialità criterio capace di orientare e guidare le scelte discrezionali dell'amministrazione.

Tuttavia, nonostante questo deciso passo avanti, la strada evolutiva è stata lunga e lenta. In particolare, ce lo dice la Consulta ancora nel 1990<sup>116</sup>, sembrerebbe che l'imparzialità sia un pur importante pilastro ma che, alla fine, esaurisca la sua ricchezza ermeneutica in due principali profili: parrebbe anzitutto che essa si configuri come un mero corollario del III comma della norma che individua il concorso come meccanismo principe di accesso agli enti pubblici, precisando che gli impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione. In secondo luogo, se un'altra funzione vuole rinvenirsi nel principio per vivificarlo, parrebbe che lo si possa utilizzare come criterio eminentemente rivolto al momento organizzativo dell'attività amministrativa, cioè canone indicativo della necessità di predisporla in modo imparziale e così, a titolo esemplificativo, risulta naturale che cospicue tracce della giurisprudenza costituzionale usino l'imparzialità come frangiflutti avverso casi di ineleggibilità e incompatibilità amministrative<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Corte cost., 26 settembre 1990, n. 453, in cui ancora emerge il carattere meramente dell'imparzialità, quale principio meramente organizzativo in forza del quale l'accesso all'amministrazione avviene tramite il concorso pubblico. Certo, la sentenza è importante perché fa cenno ad un profilo di valore essenziale, la distinzione tra politica e amministrazione, ma a questa distinzione viene conferito solo un valore strutturale, inteso come capacità delle strutture amministrative di darsi un'organizzazione in piena autonomia ed indipendenza. Detto in altri termini: lo strumento dei concorsi per reclutare nuovo personale è il meccanismo più evidente attraverso il quale si determina l'indipendenza delle amministrazioni sul piano organizzativo.

<sup>117</sup> Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 44, che interviene sulla normativa che preclude l'elezione a sindaco di chi abbia ascendenti o discendenti ovvero parenti o affini fino al secondo grado, che siano titolari dell'ufficio di segretario comunale. La Consulta, in questo caso, invoca proprio buon andamento e imparzialità dell'amministrazione per sancire la legittimità costituzionale della prescrizione restrittiva e conferma la valenza,

Eppure, che imparzialità e buon andamento meritino una interpretazione più ricca ed evolutiva pare chiaro immediatamente leggendo le ragioni complessive che hanno giustificato l'introduzione dell'art. 97, cioè avere "un'amministrazione obiettiva della cosa pubblica e non un'amministrazione dei partiti"<sup>118</sup>; il che impone una sua rilettura che tenga conto del fatto che all'amministrazione è affidato il compito di realizzare una parte cospicua dei diritti individuali del cittadino; imparzialità significa anzitutto tutela dei diritti e delle libertà fondamentali come, ad esempio, si può significativamente ricordare, per la libera consultabilità della documentazione storica,<sup>119</sup> la quale, a sua volta, non può che ricollegarsi alla libertà della ricerca scientifica sancita dall'art. 33, I comma della Costituzione con sullo sfondo il parametro della imparzialità e quindi, il dominio necessitato del principio di trasparenza.

Infatti, se supponessimo che le amministrazioni degli enti pubblici che gestiscono gli archivi documentali non ne garantissero il libero accesso, ma concedessero la visione di tali dati solo a soggetti dotati di certe convinzioni politiche ed ideologiche e ne escludessero altri, a venire lesa sarebbe l'imparzialità e, di converso, il principio costituzionale implicito di trasparenza. E d'altronde, non sempre la dottrina, anche autorevole<sup>120</sup>, ha sottolineato con la necessaria intransigenza quanto sia importante avere un'amministrazione realmente imparziale, quale presupposto indispensabile per realizzare effettivamente i diritti di tutti i cittadini.

In effetti, la sottovalutazione della sua forza è evidente laddove si rifletta sul fatto che, di fronte ad un legislatore libero di esercitare un amplissimo potere discrezionale in quei casi in cui determinate normative introdotte nel sistema giuridico avessero un contenuto così vago ed indeterminato da non essere in

---

preminentemente organizzativa, da conferire all'imparzialità, un canone di funzionamento efficiente e razionale dell'amministrazione.

<sup>118</sup> L'intero repertorio degli Atti dell'Assemblea Costituente della Repubblica italiana, composta di 556 deputati, eletta il 2 giugno 1946 e riunitasi in prima seduta il 25 giugno nel palazzo Montecitorio ed operativa sino al 31 gennaio 1948, giorno della chiusura dei lavori, è liberamente consultabile *on-line* all'indirizzo: <http://legislature.camera.it>. Durante questo periodo, si tennero 375 sedute pubbliche, di cui 170 dedicate alla discussione e all'approvazione della nuova Costituzione. In particolare, l'affermazione che richiama alla necessità di realizzare un'amministrazione che si svincoli dai partiti e si dedichi ad una gestione oggettiva della cosa pubblica è ascrivibile alla II Sottocommissione, Sez. I, il 14 gennaio 1947. Vi è da precisare che, naturalmente, in seno all'Assemblea Costituente venne individuato un nucleo di persone più ristretto, la famosa Commissione dei 75, una commissione speciale presieduta da Bartolomeo Ruini, noto Meuccio, già presidente del Consiglio di Stato, incaricata di elaborare e proporre il progetto di Costituzione repubblicana, la quale cominciò i lavori il 15 luglio 1946 per concluderli il 1° febbraio 1947. Successivamente, l'Assemblea costituente iniziò la discussione sul progetto di Costituzione il 4 marzo 1947, per esaurirla il 22 dicembre dello stesso anno.

<sup>119</sup> L'art. 122 del Codice dei beni culturali, rubricato archivi di Stato e archivi storici degli Enti Pubblici, stabilisce il principio della libera consultabilità dei documenti conservati negli archivi di Stato e negli archivi storici delle regioni, degli enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, con limitate eccezioni stabilite dalla stessa disposizione.

<sup>120</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1986, p. 434 ss.. L'autore svaluta la portata del principio di imparzialità e, con severità, afferma che l'imparzialità dell'amministrazione sia un mito sorto in età liberale e comunque, lasciando una porta aperta ai sogni irrealizzati, sostiene che sia importante, quantomeno, la sua concettualizzazione teorica. Anzi, dalle pagine del manuale, sembra evincersi che l'autore, in uno slancio di ottimismo, ritenga che sia possibile realizzarla.

grado di impedire, tramite il loro contenuto precettivo, arbitrii o discriminazioni, si preferiva affermare che vi era stata una violazione del principio di uguaglianza, lasciando l'imparzialità in panchina quale mero spettatore passivo<sup>121</sup>.

A questo si deve aggiungere l'ulteriore rilievo filosofico della scarsa attenzione del costituente alla pubblica amministrazione; a volte anche la quantità pesa ed allora solo due disposizioni costituzionali che si occupino di amministrazione sembrano il segno della secondaria importanza attribuita dall'Assemblea Costituente alla P. A.. Infatti, quando ci si rende conto che esiste un'esigenza di limitare l'amplessissima discrezionalità legislativa, lo si fa mosso da una esigenza di tutelare le libertà o, ancor più dei diritti costituzionali, assai meno dinnanzi ad uno sparuto fantasma per decenni privo di qualsiasi tutela, qual è l'interesse legittimo privato.

Infine, l'argomento forse più rilevante per spiegare le difficoltà incontrate dall'imparzialità ad arricchirsi di significati più pregnanti rispetto alla mera non discriminazione, è di carattere strettamente processuale; infatti sarà compito solo del giudice amministrativo quello di valutare se, nella situazione concreta, ci si è mossi nel rispetto della razionalità e della parità di trattamento<sup>122</sup>. Ecco che, almeno sino alla metà degli anni '80, le Disposizioni Superiori danno, per lungo tempo, all'imparzialità una valenza applicativa meramente processuale.

Si designa così anche una divaricazione significativa tra quella parte della dottrina che, sin dagli anni '60, da Allegretti a Giannini, si rifiuta di esaurire l'imparzialità in un semplice dovere di astensione e la giurisprudenza cauta della Corte Costituzionale, molto restia a vedere in essa un principio di giustizia a tutto campo, capace di contribuire in modo decisivo a realizzare gli interessi ed anche i diritti dei cittadini.

Quindi, una volta individuate le valenze tradizionali dell'imparzialità, dal divieto di comportamenti partigiani, a quello di limite nella scelta delle procedure da utilizzare per scegliere i nuovi ingressi nella macchina amministrativa, alla valorizzazione, in definitiva di questo canone solo dal punto di vista statico della organizzazione efficiente della macchina organizzativa, ed

---

<sup>121</sup> A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976, p. 48; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza. Aprile 1979- dicembre 1983*, in *Giur. Cost.*, 1984, I, p. 234. Va peraltro sottolineato che Paladin ritiene che, se da un lato sia indubitabile la trascuratezza riservata all'imparzialità nel caso di norme giuridiche dal contenuto troppo indeterminato, visto che il grimaldello giustificativo dell'impugnazione per supposta illegittimità costituzionale era pur sempre l'uguaglianza, è pur vero che, quantomeno implicitamente, si debba ritenere che l'impugnazione avvenga anche per la violazione dei principi di tassatività e di imparzialità.

<sup>122</sup> Corte cost., 19 aprile 1983, n. 109, in cui la Suprema si pronuncia a proposito del potere del prefetto di negare o sospendere l'attribuzione della patente di guida, a persone previamente diffidate. Ebbene, nel ribadire il fatto che si tratta di un provvedimento avente carattere pienamente discrezionale, si precisa che la decisione deve, comunque, essere rimessa alla stregua di canoni di imparzialità e razionalità. Il mancato rispetto di queste linee guida nella decisione in oggetto è pienamente censurabile, sia usando i rimedi amministrativi sia in via giurisdizionale. Ecco la conferma dell'imparzialità, quale criterio emergente soprattutto sul piano processuale.

apprezzato un suo utilizzo iniziale solo sul piano processuale, occorre vederne le potenzialità e gli sviluppi contemporanei.

Ad uno si è appena fatto cenno e giova ribadire che, in chiave dinamica, l'imparzialità può essere utilizzata come canone per una più efficace tutela dei diritti fondamentali del cittadino ed a ciò non è certo estraneo lo sviluppo giurisprudenziale avutosi con la sentenza 500/1999 della Cassazione che, muovendo da una interpretazione evolutiva della locuzione "danno" ingiusto contenuta nell'art. 2043 del codice civile, quale non più sinonimo di mero pregiudizio arrecato al diritto soggettivo, ma bensì anche agli interessi legittimi di tipo pretensivo, ha aperto simbolicamente la strada per colorare tutta l'attività amministrativa sempre più di imparzialità, stante la sua vicinanza con la necessità di tutelare qualsiasi forma di interesse legittimo ma anche, in casi sempre più frequenti sebbene di eccezione ex art. 103 della Costituzione, degli stessi diritti soggettivi.

Si apre così il varco per una valorizzazione di questo canone in una moderna chiave dinamica, perché se ad esso assegniamo l'alto compito di parametro per verificare se l'amministrazione ha tutelato i diritti in modo adeguato, e quindi ci separiamo anche da una semplice valutazione della imparzialità quale criterio avente una semplice valenza organizzativa, e diciamo pure, almeno indirettamente, economica, in un tutt'uno tra imparzialità ed efficienza che parrebbero sotto questo profilo intrinsecamente connessi, ne risulta una valorizzazione dell'imparzialità così importante da permeare tutta l'amministrazione in ogni suo carattere, in ogni sua forma ed, in definitiva, in ogni suo comportamento.

Non è certo un caso che una delle ultime riforme della 241/1990, avvenuta nel 2009, la legge 69/2009, abbia introdotto espressamente l'imparzialità nell'art. 1 della legge sul procedimento dove oggi essa siede con tutti gli onori accanto alla trasparenza, anch'essa di recente introduzione, frutto razionale della legge 15/2005.

Questo tardivo diritto di accesso dell'imparzialità ai principi generali che permeano il procedimento amministrativo è anzitutto da salutare come il segnale della strumentalità del procedimento amministrativo rispetto ai principi costituzionali e pertanto da essa riemerge in primo luogo l'esigenza che tutta l'attività amministrativa sia procedimentalizzata al fine di evitare che la discrezionalità conduca ad arbitri, concetto peraltro evidenziato, in tempi non sospetti dal maestro Benvenuti<sup>123</sup>.

Un altro autorevole maestro, Allegretti<sup>124</sup>, giunge alla conclusione che l'imparzialità amministrativa è il risultato ultimo a cui deve tendere tutto l'ordinamento e quindi, per raggiungerla, non basta che l'attività amministrativa

---

<sup>123</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952;

<sup>124</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit. p. 169, e p. 332 ss.

sia regolata sulla base di procedimenti fissati da leggi che facciano da contrappeso alla discrezionalità, cioè che l'attività sia proceduralizzata, ma è indispensabile che la leva della tutela giurisdizionale sia adeguata a questa esigenza perché, solo così, l'attività amministrativa tutta potrà aspirare realmente ad essere trasparente. Dunque, riprendendo le posizioni di Silvio Spaventa, Allegretti opera un collegamento che ritiene indispensabile tra imparzialità e giurisdizione, senza una tutela giurisdizionale adeguata non è pensabile realizzare effettivamente l'imparzialità e quindi, la trasparenza.

Un altro sviluppo, ancora una volta ben prima dottrinale<sup>125</sup> che giurisprudenziale, che si riconosce all'imparzialità, è quello di volano indispensabile per la separazione tra politica ed amministrazione. E' il pensiero del maestro Giorgio Berti, che dà vita ad una interpretazione dell'amministrazione non convenzionale, quasi capovolta rispetto alle convenzioni tradizionali e dure a morire che la identificano come una emanazione del potere dello Stato e quindi in un rapporto solo indiretto con la società, cioè come espressione della società stessa.

Il lucido ragionamento di Berti muove da una visione molto disincantata del principio di legalità che ha svolto, a suo dire, un ruolo di certo determinante nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto, ma che appare inadatto a rappresentare in modo efficace l'agire amministrativo in tempi in cui avanza lo stato sociale e prevalgono nuove istanze che si sommano alle ideologie esclusivamente liberali che avevano giustificato il ricorso alla legalità come necessario ma, al tempo stesso sufficiente. Infatti, l'emergere di nuove istanze di tipo sociale, sostiene Berti, muta quasi geneticamente la legalità da limite di garanzia per i privati, ma, al contrario, come una forza di segno opposto da utilizzare come meccanismo giustificativo per eliminare tutti gli ostacoli e le eventuali contestazioni che si frappongono alle scelte imperative dell'amministrazione stessa.

Capovolgendo i canoni tradizionali, la legalità sembrerebbe non un argine all'agire amministrativo ma, addirittura un potenziamento, una giustificazione dell'ampia discrezionalità ed allora ecco che, avverte Berti con franchezza, per rientrare nei canoni dell'agire imparziale, non rimane che operare una separazione netta tra potere politico e imparzialità amministrativa, in quanto si tratta di due forze inconciliabili e dunque, per una reale applicazione dell'art. 97 della Costituzione, ed in particolare, per un'effettiva realizzazione dell'imparzialità, non può che configurarsi un'amministrazione libera da qualsiasi interferenza con il potere politico, l'assenza del potere politico

---

<sup>125</sup> Si consiglia la lettura di G. BERTI, *Il funzionario e la responsabilità*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, pp. 118-119; BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, ed ancora, per una visione complessiva, sintetica, ma esauriente nei suoi tratti essenziali del pensiero del maestro Giorgio Berti, si consiglia, anche, la consultazione della fonte *on-line*: <http://amministrazioneincammino.luiss.it>.

nell'amministrazione è l'unica strada percorribile per avere una amministrazione imparziale e quindi trasparente.

## **Capitolo Secondo**

### **La via italiana alla trasparenza: dal modello americano alle contraddizioni legislative del 2005**

#### ***1. Individuazione della nozione di pubblicità amministrativa degli atti***

Il principio di pubblicità è sicuramente quello, attraverso il quale, più di ogni altro, si configura un maturo e consapevole passaggio da una amministrazione impenetrabile ed incontrollabile nel suo agire, ad una imperniata su criteri di informazione nei confronti degli utenti.

Tuttavia, quando si utilizza questo termine, occorre prestare la dovuta cura ed attenzione visto che, se da un lato si può certamente estrinsecare il concetto in termini generalissimi, affidandoci per un primo tentativo definitorio alle parole di Pizzorusso<sup>126</sup> dalle quali sembra evincersi che la pubblicità è nient'altro che un'amplissima categoria che identifica genericamente le misure di conoscenza, da un'altra parte la dottrina amministrativa<sup>127</sup> ha ritenuto opportuno fare un uso più circoscritto del concetto di pubblicità. Esso identificherebbe non mere misure di conoscenza, ma degli strumenti ben precisi rivolti, comunque, a soggetti non determinati, cioè ad un nucleo generale di individui. A sua volta, in una ulteriore specificazione, bisogna porre attenzione a quei mezzi che sono indirizzati ad individui determinati, in quanto questi ultimi rientrano invece in un concetto ancora diverso, cioè quello della comunicazione.

Ci esprimiamo, invece, con terminologia contemporanea e coerente con l'attuale quadro normativo del diritto amministrativo, quello che scaturisce dal ventennio rivoluzionario appena trascorso, certificato da un inusitato e quasi ipertrofico attivismo del legislatore in materia pubblicistica, nel quale è chiaro un forte intento rinnovatorio; meno chiaro è il progetto di fondo e l'idea di amministrazione che dovrebbe scaturire da questi interventi. Possiamo affermare che oggi questo canone di pubblicità sancisce un generale obbligo per tutte le amministrazioni di rendere conoscibile la propria attività da parte di qualunque soggetto interessato, in superamento di quella disciplina che, facendo perno sull'istituto storico del segreto d'ufficio, vincolava i dipendenti pubblici alla riservatezza su quelle notizie apprese nel corso dell'attività lavorativa<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> D. CORLETTI, voce *Pubblicità degli atti amministrativi*, 1987, "Si possono comprendere nella generica nozione di pubblicità le attività, gli strumenti giuridici, le misure, compiute o predisposte da soggetti pubblici o privati a ciò obbligati o facoltizzati, dirette a rendere non solo possibile ma anche probabile la conoscenza di fatti giuridici da parte di uno o più soggetti, in vista della rilevanza che l'ordinamento attribuisce a tale conoscenza o a tale possibilità di conoscenza". Naturalmente si tratta della definizione più ampia possibile che non centra ancora l'attenzione sulla nozione, certamente più puntuale e circoscritta, di pubblicità amministrativa.

<sup>127</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 835 e p. 961 ss..

<sup>128</sup> La disciplina previgente del segreto d'ufficio, antecedente alla legge 241/1990, era quella disegnata dall'art. 15, D.P.R. n. 3/1957, il testo unico delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato. In base a tale norma, non venivano individuati gli atti specifici coperti dal segreto per il dipendente pubblico, in

## **2. Compatibilità tra segreto d'ufficio e principio di pubblicità**

Il quadro normativo odierno traccia un sistema di normazione ordinaria nel quale si può rinvenire una piena compatibilità tra il principio di pubblicità e lo storico istituto del segreto d'ufficio, così come emerge nella normativa contenuta nell'art. 28 della legge 241/1990 che ha riformato la disciplina dell'istituto, contenuta nell'art. 15 del D. P. R. n. 3/1957 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato.

Appare abbastanza chiaro che l'intento del legislatore della 241/1990 sia stato quello di conferire al segreto d'ufficio sempre più il ruolo di strumento di protezione di singoli interessi pubblici, quale espressione di un più ampio e generale dovere di fedeltà, che non il ruolo, che aveva precedentemente, di irrinunciabile strumento organizzativo di tutta l'attività amministrativa.

Si è dunque assistito ad una dequotazione dell'istituto in quanto, come ha ben sintetizzato il Consiglio di Stato in una storica sentenza<sup>129</sup>, le notizie provenienti dall'amministrazione non sono segrete "tout court", in funzione della provenienza, ma lo diventano solo in relazione alla qualità e alla tipologia della notizia. Detto in altri termini, il segreto d'ufficio, nella disciplina dell'art. 28 della 241/1990, non solo perde la sua centralità, ma si spersonalizza perché, se nella disciplina del D. P. R. n. 3 del 1957, le notizie erano segrete in relazione

---

ragione del fatto che il segreto costitutiva, semplicemente, la regola generale per tutti gli atti provenienti dall'amministrazione. Questa norma è di particolare interesse perché, per la prima volta in assoluto, disponeva che un intero settore di lavoratori, i dipendenti statali, avessero come obbligo generale quello di serbare il segreto sull'attività lavorativa. La grande differenza con il Testo Unico previgente del 1923, cioè il Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 2960, è che, mentre in quella disciplina il giuramento era una precondizione per accedere all'impiego, ma comunque il mancato rispetto di questo dovere del dipendente era catalogato tra le sanzioni disciplinari, stavolta si tratta di un obbligo generale e non di una sanzione disciplinare. Quindi è certamente vero che la portata del segreto d'ufficio, in epoca fascista, raggiunge una estensione senza precedenti, ma è anche vero che, neanche in epoca fascista, il segreto era stato posto esplicitamente come obbligo generale per un'intera categoria di dipendenti. Con l'aggravante ulteriore, segnalato dalla dottrina, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 902, che questa normativa del 1957 era di difficile lettura, talmente ostica da rendere, di fatto impossibile, qualificare con precisione quale fosse effettivamente l'oggetto, cioè che cosa dovesse rimanere segreto e cosa invece no, visto che la norma parla oscuramente di "informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali l'impiegato sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio". La disposizione aggiunge che tali informazioni non possono essere date "a chi non ne abbia diritto...quando possa derivarne danno per l'amministrazione o per i terzi e che non possono essere date "anche quando non si tratti di atti segreti". La disposizione ha sollevato grandissimi dubbi interpretativi ed ha indotto gran parte della dottrina, tra cui L. ACQUARONE, *Il segreto d'ufficio*, Milano, 1965, p. 114 ss., a ritenere che il legislatore, forse anche inconsapevolmente, aveva introdotto nel sistema due categorie di informazioni segrete, quelle che sono tali perché appartenenti ad atti segreti e quelle che, indipendentemente dal fatto che l'atto sia o meno segreto, tali lo sono in relazione al loro contenuto o al loro oggetto. Tuttavia, il grande problema era il solito per quei tempi: il legislatore ordinario, non avendo probabilmente ben compreso ancora la portata innovativa dei principi costituzionali, legiferava in modo non conforme a questi, con particolare riferimento al buon andamento ed all'imparzialità dell'amministrazione. E' stato necessario attendere molti anni prima che la giurisprudenza amministrativa si esprimesse in modo netto e assai punitivo verso la disciplina del segreto di Stato e del segreto amministrativo più in generale, come attesta una nota sentenza del 2000: Cons. St., 26 settembre 2000, n. 5195, in cui, fra le altre osservazioni, si afferma, con particolare interesse per questo studio sulla trasparenza, che il segreto amministrativo "oramai non costituisce un principio generale dell'azione dei pubblici poteri, ma essendo solo un'eccezione al canone della trasparenza, rigorosamente circoscritto ai soli casi in cui sia necessario, obiettivamente, tutelare particolari e delicati settori della pubblica. amministrazione."

<sup>129</sup> Cons. St., 4 febbraio 1997, n. 5.



alla funzione, cioè alla qualità del dipendente pubblico, oggi occorre verificare la natura sostanziale della notizia e degli interessi ad essa sottesi. Questo profilo è fondamentale perché significa tenere conto che, oggi, il segreto d'ufficio si coordina con il diritto di accesso in un rapporto capovolto rispetto al passato, cioè di norma-eccezione e non di eccezione-norma.

Sparisce, infatti, nell'art. 28 della legge n. 241/1990 qualsiasi riferimento alla circostanza dell'esistenza di una categoria di particolari notizie che, pur non essendo segrete in quanto tali, l'impiegato non poteva comunque comunicare solo in ragione del fatto di essere un dipendente pubblico. Facendo un'anticipazione su una tematica fondamentale per sviluppare il principio di trasparenza nella legge sul procedimento, cioè il diritto di accesso, oggi il limite tracciato dal segreto d'ufficio potrebbe nascere qualora l'interesse del richiedente mancasse di una serie di requisiti che, come verificheremo, sono il presupposto irrinunciabile che la legge 241 pone per una valutazione positiva in merito all'istanza di accesso.

### ***3. Differenza tra pubblicità e trasparenza***

D'altronde, che la pubblicità degli atti amministrativi sia un principio fondamentale, non è certo una scoperta fatta dal legislatore del 1990 ma, al contrario, un enunciato che la dottrina ha affermato sin dai tempi più lontani, costringendo a collocarci temporalmente addirittura agli inizi del XX secolo<sup>130</sup>.

Ma, se questa è la situazione, almeno da un punto di vista della dottrina, non si può negare che una proficua ricerca sul significato e sul ruolo della pubblicità, soprattutto quella amministrativa, allo scopo investigativo di capirne le differenze con la trasparenza, non può che avvenire tenendo conto di quegli studi giuridici che, sin da tempi antecedenti all'emanazione della 241/1990, hanno ritenuto necessario staccarsi da quella parte della dottrina<sup>131</sup> che, ancora in tempi ormai abbastanza recenti, e nonostante la rivoluzione della 241/1990 fosse quasi alle porte, non sembrava ancora cogliere alcunché di diverso tra la pubblicità e la trasparenza.

Eppure, come vedremo, una linea di demarcazione si può forse tracciare<sup>132</sup>, avvertendo sin da ora che l'una, la trasparenza, parrebbe configurarsi come una

---

<sup>130</sup> E. MAZZOCCOLO, *La legge comunale e provinciale*, quinta edizione, 1905, p. 332 e p. 714.

<sup>131</sup> R. VILLATA, *La trasparenza nell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 532, dove l'autore, mostrando di non individuare differenze dogmatiche, di alcun tipo, tra pubblicità e trasparenza, afferma testualmente: "la disponibilità degli atti e documenti d'ufficio costituisce.... Il più efficace strumento di pubblicità e però di trasparenza", dunque, nel pensiero di Villata, sono nozioni equivalenti.

<sup>132</sup> Il termine pubblicità ha molteplici accezioni per le quali si rimanda alla voce enciclopedica di A. MELONCELLI, *Pubblicità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1027 ss., da cui si evince che, siccome la trasparenza e la pubblicità sono due nozioni che hanno posizione di autonomia a livello normativo e giurisprudenziale, questa constatazione le pone, almeno in apparenza, in una chiara posizione di autonomia. Però, in realtà, il punto delicato è rappresentato dal fatto che, in effetti, pare veramente difficile tracciare una linea netta di confine tra l'una e l'altra, se non addirittura impossibile, in quanto vi sono alcune accezioni di così ampio respiro del termine pubblicità che paiono ricomprendere anche il termine ed il significato profondo della trasparenza. Infatti, se si accetta l'idea che per trasparenza si intende, così come risulta dall'etimologia del

categoria più ampia, capace di accogliere l'altra, la pubblicità, tra le sue braccia e sembrerebbe che tra queste due categorie si possa ipotizzare un rapporto di mezzo a fine.

Infatti, la pubblicità e, aggiungiamoci pure l'accesso, parrebbero essere gli strumenti, le chiavi per concretizzare il fine sommo, diciamo pure il miraggio non ancora raggiunto, quello della trasparenza nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Andando con ordine, perseguiamo come primo obiettivo quello di tentare di operare una distinzione tra pubblicità e trasparenza, con particolare riferimento all'azione amministrativa e, non certo meno importante, quello complementare di investigare con rigore per evitare di confondere la pubblicità con il diritto di accesso<sup>133</sup>.

L'ipotesi su cui sembra opportuno lavorare è quella per cui, confermata in effetti dalla storia dei due concetti, se la trasparenza è un valore dai precisi contenuti, la pubblicità sembra una semplice condizione, una stato neutro dell'atto o dell'organizzazione pubblica o ancora, del procedimento amministrativo.

Il modo migliore di procedere al fine di separarli sembra quello di cercare delle ipotesi nelle quali non vi sia coincidenza tra trasparenza e pubblicità e, su questo versante, almeno tre casi paiono piuttosto esemplificativi.

Infatti, se si pensa ad una gara d'appalto con una base d'asta segreta, è evidente che l'istanza di pubblicità sembra geneticamente disattesa, perché lo domandano le caratteristiche precipue di quella competizione; tuttavia l'assenza dell'una non significa affatto che la gara tra le imprese concorrenti per l'appalto debba avvenire in assenza di trasparenza, tutt'altro. Siamo in una situazione nella quale i due concetti litigano e sono fatalmente antitetici in quanto, ciò che è veramente indispensabile in questo caso, è proprio la rigida conservazione del segreto e dunque la totale assenza di pubblicità proprio al fine di garantire una gara trasparente.

Un altro settore di critica importanza che testimonia la dissociazione che talvolta esiste, nella realtà pratica, tra le due nozioni, è quella dei concorsi: si pensi, in particolare a quelle procedure selettive che mettono in palio un solo posto, in piccole realtà comunali aventi semplici strutture organizzative, oppure a quei bandi di concorso che hanno ad oggetto un solo posto di ricercatore universitario: è intuitivo convenire che si tratta di situazioni che, data l'esiguità del premio in palio, suscitano aspettative in un numero limitato di soggetti. Si

---

termine, uno strumento in grado di mettere in luce ciò che è opaco o in penombra, ci sono delle definizioni di pubblicità come "situazione oggettiva di conoscibilità di un fatto", o quella di "misura di conoscenza" che paiono, almeno a chi scrive, tornare a segnare un avvicinamento, per non dire un legame non scindibile tra l'una e l'altra.

<sup>133</sup> Tra i vari studi in materia si consiglia in particolare R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 416 ss..

rifletta ancora sul fatto, non inusuale che, talvolta, i bandi per queste selezioni vengono pubblicati in periodi come il mese di agosto, in modo da ridurre volutamente al minimo sia le possibilità di conoscenza che anche di partecipazione. Ora, se il bando rispetta tutti i crismi che formalmente la legge prevede, è evidentemente inoppugnabile e dunque l'esigenza formale di dare pubblicità alla selezione è rispettata ma, nel caso concreto, sembra arduo affermare che lo stesso avvenga per la trasparenza che pare compresa fortemente, se non del tutto sacrificata.

Infine, un terzo esempio di stretta attualità che può richiamarsi alla mente, è quello dei bilanci comunali: questi sono pubblici, però certamente anche questo è un classico caso in cui la pubblicità non aumenta la trasparenza dei suddetti bilanci presso i cittadini, perché risultano spesso incomprensibili, articolati in voci talmente complesse, che la formale pubblicità di questi atti non consente in alcun modo di perseguire il risultato della trasparenza; siamo davanti ad informazioni che pur formalmente leggibili ed accessibili, restano tuttavia oscure nel loro profondo contenuto e significato.

Si pensi, da ultimo, ragionando sul dato normativo certamente più noto e facendo una considerazione a raggio più ad ampio che non contempli ipotesi predeterminate, ai casi di esclusione dal diritto di accesso contemplati nell'art. 23 della legge 7 agosto 1990, n. 241; in queste fattispecie, si ha la conferma della impossibilità di eliminare il segreto dall'ordinamento, perché comunque costituisce uno strumento di tutela di interessi pubblici e privati. Sicuramente lo si deve limitare e relativizzare il più possibile, confinandolo in spazi angusti, ma l'eliminazione dal sistema pare fisiologicamente impossibile. Ma vi è di più: l'art. 23 sembra quasi realizzare una trasparenza del segreto, nel senso che la norma indica, comunque, un nutrito catalogo di casi in cui il documento deve rimanere segreto; questo lo fa in un modo più o meno limpido, a seconda dell'atteggiamento con cui si intenda considerare alcune sue fattispecie, con riferimento soprattutto a quelle oggetto di recente acquisizione ex legge 15/2005, si pensi a titolo meramente esemplificativo alla "lettera d" che sollevando qualche legittimo interrogativo sulla effettiva trasparenza delle procedure selettive, esclude l'accesso ai documenti nei concorsi in relazione a quel particolare profilo concernente i test psicoattitudinali contenenti informazioni relative a terzi.

Da questo ampio elenco, ma comunque circoscritto, si può forse azzardare l'idea che il legislatore tenti di realizzare una sorta di "trasparenza del segreto", di avvisare che, comunque, le ipotesi di atti pubblici segreti sono quelle che trovano ricezione nello stesso art. 23. Tuttavia, se questo è vero, viene da chiedersi, per restare alla non identificabilità tra pubblicità e trasparenza, dov'è in tal caso la pubblicità degli atti? Ovviamente non c'è, perché la contingenza degli interessi da tutelare suggerisce di tenerli segreti e questo salto necessario e forse anche estemporaneo al diritto d'accesso è tuttavia fondamentale per

cercare conferme all'ipotesi di lavoro che sembra diventata ormai un dato sicuro, cioè la impossibilità di sovrapporre la trasparenza e l'accesso in un tutt'uno indistinguibile.

Certo, la stessa terminologia utilizzata è inadeguata per l'importanza del tema, in tempi in cui di trasparenza vi è forte necessità nella gestione del potere pubblico ed invece si assiste, e non si tratta solo di sensazioni, ad un aumento esponenziale di fenomeni di corruzione e di cattiva amministrazione<sup>134</sup>.

E allora, pare più consono parlare non tanto di atti segreti, ma rilevare che l'art. 23 della 241/1990 ci fa da guida per individuare quali sono gli atti destinati a rimanere riservati, magari anche solo per un certo lasso di tempo, ma comunque riservati.

Sembra dunque potersi trarre la conclusione, anche da un cenno alla legge sul procedimento, della non sovrapponibilità tra trasparenza e pubblicità; non sono affatto identiche, ma sono due unità di misura di grandezza e significato differente.

In realtà, riprendendo la lezione del professor Carloni<sup>135</sup> e di alcuni autori della dottrina<sup>136</sup>, pare corretto accarezzare la tesi secondo la quale la trasparenza ha una sua peculiarità ulteriore rispetto alla pubblicità, consistente nel fatto che la sua realizzazione è possibile solo effettuando un'addizione tra più strumenti, dei quali il diritto di accesso ai documenti amministrativi è solo il più eclatante, forse anche quello più importante, ma non certo l'unico concorrente alla causa; se una differenza si vuole, alla fine, delineare tra pubblicità e trasparenza, questa pare porsi nel fatto che la pubblicità è il regno della conoscibilità aperto a qualunque soggetto della notizia o dell'atto in questione, la trasparenza ha quella marcia in più consistente nel fatto che, anche quando ci si trova davanti ad un atto la cui conoscibilità è in qualche modo limitata a determinati soggetti e solo al ricorrere di certi requisiti, il fatto importante è che comunque quell'atto, seppur a determinate condizioni, è comunque conoscibile e non resta segreto.

---

<sup>134</sup> Basta dare una lettura al sito internet [www.transparency.gov](http://www.transparency.gov), dotato di numerosi documenti aperti alla libera consultazione, per avere la conferma che il fenomeno dei rapporti malati e votati alla vasta corruzione, intercorrenti tra politica e amministrazione, sta vivendo un momento di altissima espansione.

<sup>135</sup> E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2, 2005, pp. 573-600, in cui l'autore ricostruisce la trasparenza come un principio che costituisce, in realtà, la sintesi finale di una serie di strumenti aventi diversa funzione e natura. Con questa premessa si suggerisce l'idea che, in verità, la trasparenza non coincide e soprattutto non si esaurisce sempre con la messa a disposizione dei cittadini dei documenti da parte dell'amministrazione, ma può realizzarsi anche attraverso strumenti diversi che vanno dalla partecipazione al procedimento, all'esistenza di figure organizzative cui rivolgersi per chiedere lumi sull'evoluzione di un procedimento, all'obbligo di motivazione, alla diffusione di relazioni sull'attività svolta, in modo da ispezionarne le modalità ed i contenuti e così via.

<sup>136</sup> A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, in *Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche*, Trento, Università degli studi, 2002, in cui si ricostruisce la trasparenza quale principio sia orizzontale, nel senso che il cittadino si attiva per cercare in seno all'amministrazione quelle notizie che gli sono necessari, sia verticale nel senso che la P. A. è una struttura gerarchizzata e quindi la trasparenza va inseguita anche tra organi e uffici magari appartenenti ad enti diversi, tra tutti quelli che compongono questa macchina complessa.

Questa sembra la marcia in più che distingue realmente le due categorie di pubblicità e trasparenza; il di più della seconda rispetto alla prima ha un solido fondamento giuridico non contestabile nel principio democratico<sup>137</sup>, se è vero, come osserva Bobbio, che “*si può definire il governo della democrazia come il governo del potere in pubblico*” su cui si fonda il nostro ordinamento giuridico. Questo profilo, al di là della non sovrapponibilità tra le due categorie, comunque dimostrata con gli esempi già ricordati che testimoniano come in taluni casi ci possa essere un’antitesi tra l’una e l’altra, sembra evidenziare l’elemento di unicità della trasparenza: questa arriva dove non può arrivare la pubblicità, che si arresta per via dell’occultamento che il potere altrimenti effettuerebbe tramite gli “*arcana burocratici*”<sup>138</sup>.

A conclusione di questo parallelo tra principio di pubblicità e di trasparenza, sembrano potersi trarre alcune considerazioni: anzitutto si può affermare che, la dimensione più ampia ed articolata di questo brocardo rispetto a quello di pubblicità, e la conseguente constatazione che in effetti la trasparenza è anche l’esito dell’uso di strumenti ulteriori e diversi rispetto al solo diritto di accesso, dall’obbligo di motivazione alla partecipazione al procedimento dei cittadini, ridimensioni fatalmente la centralità dell’accesso come figura unica o comunque chiave per il fine trasparenza, perché in realtà la prospettiva in cui porsi è quella di avere come fine ultimo, non tanto quello della trasparenza di atti considerati singolarmente, ma quanto quello della trasparenza dell’azione amministrativa nel suo complesso.

Da questa affermazione discende poi anche la conseguente constatazione che, da un punto di vista delle categorie giuridiche, il segreto possa essere l’antagonista naturale della sola pubblicità, ma non certo della trasparenza.

Infine, giova evidenziare che il legislatore del 1990 si è mosso con l’obiettivo trasparenza, e non della meno appagante categoria della pubblicità, quale fine di

---

<sup>137</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., in cui l’autore ricorda la lezione visionaria e anticipatrice di Kant per il quale, il principio trascendente del diritto pubblico è quello secondo cui tutte le azioni relative al diritto degli altri uomini devono essere suscettibili di pubblicità, pena la condanna all’ingiustizia delle stesse.

<sup>138</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 96 ss., in cui Bobbio descrive, dapprima, alla perfezione il bisogno di occultamento fisiologico degli stati autocratici: in essi il segreto di stato è semplicemente la regola. Infatti i sovrani, quanto sono più assoluti, tanto più hanno la necessità impellente di mostrare sia segni esteriori di potere all’esterno, quale ad esempio può essere la reggia collocata proprio in centro città in modo da essere visibile a tutti ed incutere rispetto e timore nei governati, sia di esercitare un’attività che, per potere essere del tutto incontrollabile, deve presentarsi la più opaca e nascosta possibile. A questa tipologia di società, spiega Bobbio, si contrappone quella teorizzata dal grande Immanuel Kant, che propugna la tesi della pubblicità degli atti quale medicina all’immoralità della politica ed apre la strada alla rivalutazione della democrazia, per secoli con cattiva fama, da Platone a Hegel, perché si pensava che affidare il governo al popolo, inteso come massa, come folla, infine plebe, fosse un’operazione impraticabile, in quanto la plebe non è capace di governarsi, ma ha sempre necessità di una guida. Però, da quando la democrazia da cattiva forma di governo è stata promossa, almeno sino ad ora, alla meno peggio possibile, si è ribaltato il rapporto tra segreto di stato e pubblicità al rapporto di eccezione-regola e questo proprio perché, a fondamento, c’è appunto il principio democratico stesso che è geneticamente incompatibile con il segreto. Investigando sul principio democratico, si coglie proprio in modo chiaro il valore aggiunto della trasparenza: salvo alcune eccezioni, tra l’altro di durata temporale non infinite, anche quando un atto non fosse conoscibile a tutti per il tramite dell’intervento del principio di pubblicità, lo è comunque grazie alla trasparenza connaturata intimamente proprio a questo principio.

tutta l'azione amministrativa complessivamente intesa e a queste conclusioni perviene ormai anche la giurisprudenza amministrativa<sup>139</sup>. Dunque, in questa sede, aspetto centrale di questa investigazione sarà verificare se l'obiettivo è stato raggiunto e, in caso contrario, verificare le criticità del sistema del procedimento, che non hanno ancora consentito l'ottenimento del risultato.

Con l'avvertenza finale che la trasparenza assoluta è in realtà solo un'utopia, il percorso di un cammino sempre in itinere, nel quale l'asticella del fine viene posta progressivamente solo un po' più distante e, con la considerazione ulteriore, già svolta ma che in questa sede è opportuno ribadire, che nessun sistema amministrativo potrà mai essere completamente trasparente, per la presenza di interessi la cui protezione domanda necessariamente riservatezza.

---

<sup>139</sup> Cons. St., 22 marzo 2007, n. 1384, in cui si afferma che, tramite il parametro strumentale della trasparenza, il legislatore ha inteso assicurare *“l'efficienza dell'amministrazione ed al contempo la garanzia del privato e la legalità dell'ordinamento nel suo insieme”*. Dunque, in tempi recenti, il Consiglio di Stato afferma che la trasparenza è strumento di ampio respiro, perché da riferire proprio a tutta l'attività amministrativa, e costituisce uno strumento centrale, a seconda dei valori che si ritiene fondino un ordinamento; se si assumono come tali il principio democratico, la legalità, l'imparzialità ed ancora, di riflesso, la partecipazione al procedimento, la responsabilità amministrativa, l'accesso agli atti, l'obbligo di motivare i provvedimenti, ecco che la trasparenza non può che avere un valore sostanziale del tutto imprescindibile.

#### ***4. Perché investigare sul principio di pubblicità***

Sembra, a questo punto, quanto mai utile, prima di addentrarci nel vivo tanto dei modelli comparati di riferimento, quanto, in seconda istanza, di quelle disposizioni della legge n. 241/1990 che più di altre sono estrinsecazione dell'esigenza avvertita dal legislatore di costruire il procedimento in base al canone della trasparenza, compiere qualche riflessione preliminare sul principio di pubblicità.

Perché questa esigenza? Le ragioni sono essenzialmente dettate dalla lettera normativa. Infatti, più semplicemente, giova ricordare che, nonostante la chiara derivazione costituzionale diretta del principio di trasparenza dal buon andamento e dall'imparzialità, il legislatore ordinario si è deciso di inserirlo tra i principi generali del procedimento solo con la riforma operata tramite la legge n. 15/2005 e quindi, almeno nominalmente, tutte le responsabilità di limpidezza del procedimento amministrativo ricadevano sul principio di pubblicità, inserito subito tra i principi generali della versione originaria della legge n. 241/1990 nell'art. 1.

E quindi, pur non essendoci ormai dubbi sul fatto che, certamente a partire dal 1990, ma sicuramente, giusto ribadirlo, anche ben prima, in base al quadro costituzionale tracciato in particolare dall'art. 97 delle Disposizioni Superiori, il procedimento amministrativo dovesse svolgersi in base al canone della trasparenza, malauguratamente ci si scontrava con l'assenza di un'indicazione esplicita in tal senso. O meglio, si lamentava la possibilità di attingere solo a dati normativi parziali ed insoddisfacenti, perché è vero che di trasparenza si faceva menzione anche nella versione originaria della 241/1990, ma era una indicazione sparuta, timida, quasi di soppiatto e sottovoce, limitata al solo riferimento dell'art. 22 riguardante solo il diritto di accesso ai documenti amministrativi, invece che collocarla nella posizione che le sarebbe spettata, cioè nell'art. 1, accanto agli altri principi come la sorella pubblicità.

Sembrerebbe quasi che, solo in relazione all'accesso, cioè solo per la visione e l'estrazione di copia dei documenti che compongono un procedimento, vi fosse la necessità di rispettare un'esigenza di trasparenza, e non che si debba trattare di un'aspirazione a cui dovrebbe tendere tutto il procedimento nel suo complesso, tutta l'attività amministrativa quale riflesso di un'amministrazione moderna, con la conseguenza che questa non riguarda, come cercato di evidenziare, più il solo istituto giuridico del diritto di accesso. E' vero che l'accesso si identifica tradizionalmente come la più visibile estrinsecazione della trasparenza, ma in realtà un solo istituto giuridico predeterminato non fa trasparenza: essa è un obiettivo da perseguire per tutta l'attività amministrativa,

un parametro al cui rispetto commisurare tutte le attività condotte dal potere pubblico<sup>140</sup>.

Se questo è il quadro normativo a disposizione, quantomeno sul piano letterale, disegnato dal legislatore ordinario addirittura sino al recentissimo 2005, quantomeno ragionando sul piano dei principi aventi espressamente diritto di cittadinanza nell'ordinamento, e la tempistica pare in tal caso quanto mai importante perché fa riferimento ad un lasso di tempo che si spinge sino ai 15 anni successivi all'entrata in vigore della legge sul procedimento, è chiaro che, almeno sul piano della normativa espressa, tutte le responsabilità di avere un procedimento avente determinati requisiti di limpidezza, pubblicità e trasparenza, ricadevano proprio sulle spalle del solo principio di pubblicità, proprio perché l'unico menzionato espressamente sin dalla versione originaria della legge n. 241/1990 e, tutto sommato, anche quello sul quale si sono concentrati gli sforzi investigativi dottrinali più accurati per ricavarne una origine costituzionale.

Sul punto occorre, tuttavia, prestare attenzione perché è ovvio che, soprattutto dopo il 1990, non vi erano grandi dubbi sul fatto che, pur in assenza del principio espresso, il procedimento amministrativo dovesse svolgersi in modo trasparente; è però vero che la lacuna normativa non può che aumentare l'attenzione sul principio di pubblicità e questo è ancora più vero nel lungo lasso di tempo che va dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana sino alla legge sul procedimento, in quanto sono proprio gli studi sulla derivazione costituzionale del principio di pubblicità ad avere creato una coscienza critica sulla necessità di avere un procedimento amministrativo chiaro, limpido e, in definitiva, trasparente.

Per questo motivo, pare importante cercare di compiere un'indagine alla ricerca delle radici costituzionali del principio di pubblicità e questo, ancora di più, dopo avere acquisito consapevolezza dell'impossibilità di sovrapposizione dell'uno con l'altro e quindi del fatto che il legislatore del 2005, nell'inserire finalmente il principio di trasparenza nella legge sul procedimento, ha compiuto un'operazione tanto opportuna quanto ormai doverosa e non più rinviabile, stante la differenza di fondo e la diversa parametrizzazione esistente tra l'una e l'altra nozione.

---

<sup>140</sup> R. VILLATA, *La trasparenza nell'azione amministrativa*, cit., p. 529.



### **5. Derivazione costituzionale del principio di pubblicità**

Per quanto riguarda le origini del principio di pubblicità nel sistema giuridico italiano, va tenuto conto, in primo luogo, di una realtà innegabile; nonostante la pubblicità sia stata valorizzata dalla dottrina sin dall'inizio del XX secolo<sup>141</sup>, solo dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, sono cresciuti a dismisura gli sforzi degli autori per ancorare questo canone, con particolare riferimento all'amministrazione, ai nuovi riferimenti risultanti dalla Carta.

Chiaro l'obiettivo di questa operazione interpretativa: giungere alla conclusione che anche l'esercizio dell'attività pubblica debba rifarsi a comportamenti limpidi che capovolgano quelle prassi amministrative che, in assenza della legge sul procedimento amministrativo erano, all'opposto, caratterizzate da segretezza. Come verificheremo brevemente, si trattava ormai di comportamenti inadeguati al nuovo quadro emergente in base alle Disposizioni Superiori e quindi, tutto sommato, anche discutibili e, auspicabilmente, da modificare.

Però, in realtà, quando entra in vigore la Costituzione, la situazione si presenta di difficile lettura, almeno a prima vista. Infatti, non solo siamo in tempi lontanissimi dalla legge sul procedimento, ma anche davanti all'ostacolo dell'inesistenza di una norma della Carta che sancisca espressamente un principio generale di pubblicità nell'ordinamento giuridico italiano e questo complica notevolmente il quadro.

Ed allora si può ben comprendere perché, al fine di superare l'ostacolo, l'attenzione iniziale degli autori sia stata quella di tentare di rinvenire, anzitutto, un collegamento della pubblicità con alcuni principi fondanti il nuovo Stato democratico<sup>142</sup>, al fine di capire se questo fosse armonico e in sintonia con questi nuovi input costituzionali.

In primo luogo la lente di osservazione è andata soffermandosi sul principio di informazione e in particolare sul'esigenza che l'informazione dei cittadini fosse effettiva<sup>143</sup>, coinvolgendo anche il principio democratico, ed ancora quello di imparzialità ed infine quello concernente il diritto di difesa del cittadino avverso comportamenti scorretti dell'amministrazione.

Partendo con il diritto all'informazione, per legarlo all'esistenza di un diritto costituzionale implicito di pubblicità, operazione possibile perché abbiamo già verificato che la caratteristica dei principi costituzionali espressi è la loro forte elasticità, cioè la capacità di accogliere anche dei valori che essi inizialmente non contemplano sul piano letterale, occorre subito dire che il dibattito sull'esistenza di un diritto costituzionale all'informazione, da cui fare discendere

---

<sup>141</sup> E. MAZZOCCOLO, *La legge comunale e provinciale*, cit., p. 714.

<sup>142</sup> G. PASTORI, *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, a cura di Pastori, Vicenza, 1964, pp. 13-15.

<sup>143</sup> A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969.

un principio costituzionale di pubblicità dell'attività amministrativa, è stato assai tormentato.

Esiste, dunque, un diritto costituzionale all'informazione e in particolare al fatto che l'informazione del cittadino sia effettiva, cioè avvenga senza mediazioni ed ostacoli, si estrinsechi in modo limpido e corretto?

La domanda è fondata, in quanto il percorso argomentativo in materia è più complesso di quanto non sembri, perché l'esistenza all'interno della Carta di un siffatto diritto è stata assai discussa ed inizialmente negata nel corso degli anni '50 da quegli autori che si riconoscono in quella corrente di pensiero, cosiddetta del formalismo giuridico, e relegata addirittura nell'irrilevante giuridico<sup>144</sup>. A queste conclusioni si poteva giungere in quanto ci si scontra con l'assenza di norme costituzionali che stabiliscano espressamente l'esistenza di un diritto generale all'informazione e, di conseguenza, anche di un diritto relativo al contenuto dell'attività svolta dalle amministrazioni.

Eppure, basterebbe riflettere sul quadro costituzionale, per individuare, anche nel novero delle disposizioni generali concernenti i principi fondamentali della Costituzione, artt. 1-12, una serie di segnali di carattere ben diverso che avrebbero potuto orientare subito la dottrina in senso positivo.

Su tutti questi indizi campeggia una interpretazione evoluta dell'art. 4 della Costituzione<sup>145</sup>, che impone a ciascun cittadino di attivarsi, ciascuno secondo le proprie possibilità, per migliorare la società su un piano sia morale che spirituale. Da questa norma lo studioso Gregorio Arena legge la possibilità di far rientrare il diritto all'informazione come il primo appartenente alla categoria dei cosiddetti nuovi diritti, cioè quelli che contribuiscono in misura fondamentale allo sviluppo della persona. Per nuovi diritti si intendono, secondo questa impostazione giuridico filosofica, quelli aventi una valenza non individualistica, ma centrati sull'interscambio tra individui, su un flusso di informazioni che conferisce esiti di interesse generale, perché incentrati su un miglioramento complessivo della società, cioè quei diritti ben diversi dai diritti soggettivi classici, che hanno come scopo il soddisfacimento di un interesse meramente ed unicamente individuale.

Arena conclude il ragionamento nel senso che, già dall'art. 4 della Carta, si potrebbe rinvenire un diritto all'informazione, le cui giustificazioni vanno rinvenute non solo nel diritto, ma nella stessa filosofia, perché in realtà il diritto all'informazione, secondo l'insegnamento del filosofo Giambattista Vico, è il diritto posto a base di tutti gli altri, in ragione dell'essenza stessa della natura umana, in quanto l'uomo è concepito innanzitutto per apprendere la verità.

---

<sup>144</sup> A. LOIODICE, *Libertà e società dell'informazione*, in *Problemi attuali di diritto pubblico*, a cura di Giocoli, Nacci e Loiodice, Bari, 1990, pp. 138-140.

<sup>145</sup> G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, a cura di Arena, Bologna, 1991, pp. 28-32.

Ma, in realtà, questa scoperta può avvenire solo in base ad un interscambio con gli altri uomini, che crea un flusso virtuoso di conoscenze indispensabile per la scoperta del vero, che viene prima della ricerca dell'utile. Infatti, conclude Vico nel ragionamento proposto da Arena, *“la società dell'utile non può esistere senza la società del vero”*.

Bisogna tuttavia giungere agli anni '60 e rifarsi ai contributi di giuristi tra i quali Barile, Mortati e, soprattutto, Loiodice, per una analisi molto approfondita ed innovativa della libertà di informazione, al fine di operare una ricostruzione che giunga a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle iniziali a cui, come sottolineato, si potrebbe invero addivenire anche dalla lettura dei principi fondamentali della Carta.

Loiodice, intorno agli anni 1964-65, si avvale delle tecniche dell'interpretazione sistematica per configurare l'esistenza implicita di una garanzia costituzionale in favore del diritto all'informazione. E' importante essere estremamente rigorosi sul punto, perché l'evoluzione della dottrina giuridica è stata a 360 gradi, in quanto si è passati da una tesi meramente negazionista ad una prima evoluzione di tipo intermedio che, pur non negando l'esistenza di un presidio all'informazione nella Carta, lo relegava al rango inferiore di mera libertà e quindi lo incardinava nella *“libertà di manifestazione del pensiero”* ex art. 21 della Costituzione, il diritto all'informazione in realtà si esauriva nella libertà di espressione, cioè di diffusione delle proprie opinioni.

Però, a ben vedere, il diritto all'informazione è bifacciale perché, oltre a riguardare coloro che manifestano un orientamento politico, religioso o di qualsivoglia fatta, riguarda anche i fruitori di certe informazioni, la libertà di informazione in senso stretto.

Ebbene, l'art. 21 si rivela inefficace proprio sotto questo profilo, perché tutela solo la libertà di espressione, più precisamente la libertà di colui che esprime dei concetti o comunica delle notizie, ma si rivela insufficiente con riferimento alla tutela della libertà di apprendimento del destinatario delle notizie, cioè in relazione alla sua attività acquisitiva<sup>146</sup>. Infatti, a volere essere generosi, dando per presupposta la garanzia nient'affatto scontata che le informazioni non vengano manipolate, l'unica tutela che realmente riceve colui che apprende le informazioni, in base all'art 21 della Costituzione, è riflessa ed indiretta, come attesta chiaramente il primo comma della norma laddove afferma che *“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”*.

Quindi il punto preliminare al fine di affermare l'esistenza di un principio costituzionale di pubblicità amministrativa, non espresso ma immanente e coerente con tutto il sistema, è anzitutto investigare al fine di capire da quali

---

<sup>146</sup> A. LOIODICE, voce *Informazione*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 472 ss.. Lo studioso chiarisce, in questa sede, la reale ampiezza e portata del diritto all'informazione.

principi costituzionali se ne potrebbe eventualmente desumere l'esistenza e, con riferimento al diritto all'informazione, occorre chiedersi se esista nelle Disposizioni Superiori un diritto di informazione in senso stretto, cioè dal lato dell'utente, di apprendere le notizie in modo libero da qualsiasi condizionamento o manipolazione oppure se di esso non vi sia traccia nella Carta.

L'interpretazione sistematica conduce Loiodice ad effettuare una lettura complessiva della Costituzione e a rilevare la presenza in essa di una serie di disposizioni che, in generale, tutelano con forte accento positivo, la libertà di scelta. Si ritiene cioè che, se si salvaguardia la libertà di fare una scelta, qualsiasi essa sia, per poterla effettuare con cognizione di causa è necessario tutelare l'aspetto preliminare di questo percorso, cioè quello conoscitivo perché, per operare qualsiasi determinazione, bisogna anzitutto averne contezza e, per averne consapevolezza, è necessario essere informati.

Uno degli esempi più lampanti emergenti da una rapida lettura della Costituzione è la libertà religiosa o meglio, il diritto sancito nell'art. 19 di professare liberamente il culto preferito; ma questa facoltà presuppone anche quella di potersi informare, al fine di conoscere i riti che caratterizzano quel determinato culto.

Considerazioni analoghe merita il diritto di voto contenuto nell'art. 48 della Costituzione; ma sono solo due esempi, altri se ne potrebbero fare, che rappresentano la spia dell'esistenza di un disegno coerente ed unitario nella Carta, che esprime un completo favore e piena tutela verso il diritto di informarsi in modo libero e completo, senza filtri che alterino le notizie nella loro realtà fattuale.

Ma, se esiste un presidio costituzionale alla possibilità di apprendere informazioni in modo libero e non manipolato da alcuno, allora possiamo supporre che debba necessariamente esistere anche un generale principio di pubblicità e che questo pervada tutta l'attività istituzionale in generale, salvo limitate eccezioni e quindi che investa a cascata tutta l'attività amministrativa; infatti, se è pur vero che questa è dotata di poteri autoritativi al fine di raggiungere fini pubblici, non si vede per quale ragione dovrebbe poter agire, addirittura al di fuori del quadro tracciato dai principi costituzionali, mantenendo un potere generale di secretare i suoi atti.

Quindi, la consistenza costituzionale del principio di pubblicità amministrativa deriva in primo luogo dal diritto costituzionale ad essere informati senza impedimenti che, più di ogni altra considerazione, impedisce di ipotizzare che il principio costituzionale implicito di pubblicità sia una forzatura e addirittura tacciabile di abusivismo costituzionale.

Non si può, inoltre, certo negare una diretta connessione del principio di pubblicità al principio democratico; addirittura vi è stato chi già nel 1964<sup>147</sup> ha ritenuto che esso rappresenti una specificazione del principio democratico, un elemento intrinseco e coesistente ad esso e del quale non vi è alcuna ragione di dubitare.

Secondo questo orientamento, la pubblicità non è altro che una delle molteplici manifestazioni di detto principio, cioè di quell'assunto in base al quale, immersi in una società formata da cittadini, questi devono essere messi in grado di conoscere le informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni; una volta fatte proprie queste nozioni potranno poi formarsi un'opinione e, su questa base, operare delle scelte.

Certo, è stato necessario attendere a lungo perché solamente nel 1990 l'art. 1 della 241 ha sancito espressamente, con legge ordinaria, che la pubblicità diventasse una regola di condotta dell'amministrazione, ma, si diceva, era stato intuito in tempi molto più risalenti che proprio la pubblicità fosse il criterio in grado di soddisfare, nel grado più alto possibile, l'esigenza di un controllo democratico, cioè della visibilità da parte dei cittadini dell'attività amministrativa realizzata, come ben sappiamo tramite una serie di obblighi imposti ai pubblici poteri che vanno da quello di pubblicare, a quello di comunicare o rendere accessibili notizie, documenti, atti e procedure. Già nel 1964 il professor Giorgio Pastori affermava con parole anticipatrici: *“la pubblicità esprime direttamente ed esclusivamente nella procedura il principio democratico”*.

D'altronde, se si passa in rassegna in maniera molto generale e pur sempre superficiale tutta la disciplina odierna sul procedimento amministrativo al solo scopo preliminare di trovare conferma della rispondenza degli istituti previsti dal legislatore ordinario, in essa contenuti e rispondenti con il principio di pubblicità, la casistica degli strumenti che sono diretta esplicazione della pubblicità amministrativa e dunque del principio democratico è assai vasta: si parte dall'obbligo di motivazione, per proseguire con tutte quelle norme che prevedono la partecipazione espressa, attraverso le varie categorie di interventori necessari o facoltativi, per finire con tutta la normativa che disciplina il diritto di accesso; ad essere onesti, è bene anticipare un aspetto che andrà approfondito oltre, cioè che le recenti riforme, segnatamente quella intervenuta tramite la legge 15/2005, sembrerebbero segnalare un legislatore che tradisca qualche segno di insofferenza verso l'accesso, quasi come se, con un moto reazionario, intendesse porre un freno a un presunto eccesso di accesso.

Quindi, come spesso accade, il legislatore che ha emanato la legge sul procedimento amministrativo nel 1990, non ha fatto altro che adeguarsi al

---

<sup>147</sup> G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., p. 61.

maturato pensiero determinato da una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali.

Si potrebbe anche ragionare in astratto e conferire al problema della conoscibilità dei comportamenti dell'amministrazione una soluzione del tutto differente, di più, diametralmente opposta a quella che pare sancire la indispensabile pubblicità degli atti dell'amministrazione se immaginassimo, anche solo per un momento, l'esistenza nell'ordinamento italiano, segnatamente nell'ambito dei principi costituzionali, di un principio di segretezza o, se si preferisce, di pubblicità vietata. La conseguenza sarebbe semplice: i documenti amministrativi dovrebbero rimanere segreti come regola generale, fatti salvi i casi in cui l'amministrazione stessa decida di divulgarli e salve le ipotesi ulteriori di norme che espressamente e, comunque in via di eccezione, stabiliscano la possibilità di visionare determinati documenti.

Attenzione, non è detto che un'amministrazione retta dal principio di segretezza sia destinata sicuramente a non funzionare. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla Francia, nella quale, prima della legge 17 luglio 1978, n. 753 "*La liberté d'accès aux documents administratifs*<sup>148</sup>", peraltro poi immediatamente corretta e modificata ad appena un anno di distanza dalla sua entrata in vigore dalla legge 11 luglio 1979, n. 587, l'amministrazione pubblica stava comunque dando dimostrazioni di grande efficienza; tuttavia si era ritenuto che, per migliorare ulteriormente l'amministrazione e convincere più facilmente l'opinione pubblica della bontà dei progetti dei pubblici poteri, fosse utile, oltre che necessario, garantire l'accesso alle informazioni detenute dalle amministrazioni<sup>149</sup>. Semplicemente, criteri di scelta diversi, non vincolati a canoni di pubblicità e trasparenza dell'attività amministrativa.

Però, come stiamo ampiamente verificando, nessuna norma costituzionale consente di trovare appigli per ipotizzare l'esistenza del principio di segretezza nel nostro sistema, anzi, uno sguardo ad un altro principio, quello di imparzialità, consente di avere un altro elemento in favore della vigenza del canone contrario.

Infatti, secondo l'impostazione di Allegretti<sup>150</sup>, la pubblicità dell'atto amministrativo è ricollegabile anche all'imparzialità, sia perché è un fondamentale strumento per assicurarla, ma anche perché si tratta di una conseguenza del carattere imparziale dell'Amministrazione Pubblica in un rapporto biunivoco ed ormai inscindibile; ovvero l'amministrazione è imparziale e rispetta l'art. 97 della Costituzione proprio perché conferisce pubblicità ai

---

<sup>148</sup> Si fa riferimento a quella legge concernente "*Diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*".

<sup>149</sup> Per una ricostruzione storico-giuridica, che ha portato all'emanazione della prima legge francese sull'accesso ai documenti, nonché per le sue evoluzioni ed un bilancio sul suo funzionamento, si consiglia la lettura della voce informatica: [www.cada.fr/rapport/transparence](http://www.cada.fr/rapport/transparence) che, in occasione dei 25 anni dalla sua emanazione, traccia un bilancio complessivo di questa esperienza normativa.

<sup>150</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

propri atti e dunque pare potersi concludere che la pubblicità sia uno degli elementi che caratterizzano geneticamente l'imparzialità stessa.

Giova ribadire l'importanza di queste riflessioni, perché avvenute addirittura decenni prima che venisse emanata la legge sul procedimento e, alla stesse conclusioni, si può giungere in relazione al diritto di difesa, che appare anch'esso una manifestazione dell'esistenza del principio costituzionale implicito di pubblicità.

Tuttavia, pare indispensabile precisare che, nel caso del diritto di difesa, la situazione è assai diversa rispetto al rapporto tra pubblicità ed imparzialità. Infatti, mentre esiste una compenetrazione tra pubblicità ed imparzialità, lo stesso non può dirsi con riferimento al rapporto tra diritto di difesa e pubblicità, in quanto questo rapporto si caratterizza per la circostanza che l'interesse alla conoscibilità di un atto amministrativo non è riconosciuto alla generalità dei cittadini e quindi protetto in quanto tale con efficacia "*erga omnes*", ma soltanto in connessione con un altro interesse sostanziale, ovverossia quello al mantenimento dell'integrità della propria sfera giuridica<sup>151</sup>.

Esprimendoci in termini odierni, coerenti con l'attuale strumentario normativo, diremmo che il diritto alla pubblicità degli atti amministrativi e in particolare quello di prenderne visione ed estrarne copia, si collega al presupposto dell'indispensabile preesistenza di un rapporto con l'amministrazione, dal quale sia derivato evidentemente un pregiudizio.

Questo è un meccanismo che opera in modo non dissimile da quello esistente nel diritto privato, laddove l'esistenza di un contatto tra le parti è il presupposto per l'attribuzione di diritti di informazione in capo a chi è nella condizione di poter subire gli effetti di una scelta altrui. In tempi antecedenti la legge sul procedimento, il percorso argomentativo sarebbe stato più o meno simile: il diritto ad apprendere il contenuto di uno o più atti, cioè il principio di pubblicità, è esercitabile solo se e nei limiti in cui esista in capo al cittadino un concreto diritto a tutelare un proprio diritto soggettivo o interesse legittimo, in conformità

---

<sup>151</sup> A. LOIODICE, *Conoscibilità dell'attività amministrativa e difesa giudiziaria*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1967. In questo lavoro, l'autore collega il diritto di difesa al principio di pubblicità, mediante lo schema delle imputazioni soggettive, già elaborato, precedentemente da Sica, in uno dei suoi lavori più noti, "*L'imputazione delle situazioni costituzionali*", sulla base del quale va prima individuata l'imputazione soggettiva primaria, in seguito si possono cogliere le ulteriori ramificazioni, cioè individuare tutte le imputazioni secondarie, derivanti da quella principale. E così Lojodice, facendo proprio questo metodo di lavoro, individua l'imputazione soggettiva primaria nel diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione ed afferma che questa rappresenta il presupposto per un'imputazione soggettiva secondaria, cioè quella della conoscibilità dell'azione amministrativa, e dunque, in senso lato, della pubblicità degli atti compiuti dai pubblici poteri, al fine di potere rendere operante e di realizzare concretamente il diritto di difesa. Pare, evidente, che il diritto correlato di acquisire notizie sull'attività dell'amministrazione discenda in, questo caso, dalla necessità dell'esercizio del diritto di difesa, cioè dell'imputazione soggettiva primaria e quindi che esso non possa operare in modo indeterminato e generalizzato, ma si debba arrestare solo in relazione all'acquisizione di quei documenti che, nella situazione concreta, sono effettivamente necessari per esercitare lo stesso diritto di difesa, in un rapporto nel quale l'imputazione soggettiva primaria è il presupposto per potere esercitare quella secondaria.

al fondamentale diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione che, in conseguenza dell'agire amministrativo, viene messo a concreto rischio.

Parlare di principio di pubblicità impone una ulteriore cura, ovverossia quella di precisare sin da ora che esistono grandissime difficoltà ad identificare la pubblicità con il diritto di accesso. Questo perché, in primissima approssimazione, se la trasparenza e l'accesso rappresentano, pur nella loro diversità, comunque condizioni oggettive e permanenti di potenziale conoscibilità dell'attività amministrativa, l'accesso ha una portata certo più limitata, perché è uno strumento concesso al cittadino egoista, titolare di una situazione giuridica predefinita, al fine di ottenere il soddisfacimento di un interesse di tipo procedimentale o una tutela di carattere processuale; però, quello che interessa in questa sede è il fatto che, pur non essendo possibile identificare l'accesso con la pubblicità ed ancora di più la trasparenza, dato che essa ha un'area ancora più vasta di quest'ultima, il diritto di accesso è uno di quegli strumenti che consente, entro certi limiti e sulla base del percorso argomentativo condotto, di realizzare concretamente il principio di pubblicità, cioè di conoscibilità degli atti dell'amministrazione.

Nonostante il fatto che sia indubitabile l'esistenza di uno stretto rapporto tra pubblicità e trasparenza, il ritardo del nostro legislatore sul piano strettamente letterale è stato clamoroso visto che, per l'inserimento del principio trasparenza accanto a quello di pubblicità quali canoni entrambi deputati a reggere con egual sostanza l'attività amministrativa, si è dovuto attendere addirittura sino al 2005<sup>152</sup> superando il ruolo non troppo appagante di finalità del diritto di accesso desumibile dall'art. 22 e questa semplice constatazione ha reso opportuna questa indagine volta a dimostrare l'esistenza del principio costituzionale implicito di pubblicità. In questa sede, tuttavia, va sottolineato, una volta di più, il contributo decisivo fornito dal lavoro di dottrina e giurisprudenza che avevano ipotizzato l'esistenza di un principio di trasparenza amministrativa ben prima del 1990, tanto che alcuni autori<sup>153</sup> hanno sminuito la reale portata di novità di questo inserimento compiuto per effetto della legge n. 15/2005.

---

<sup>152</sup> L'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, prevede che: *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

<sup>153</sup> Tra le voci critiche sulla reale portata di novità dell'inserimento del principio di trasparenza tra quelli generali, da ricordare l'opinione fortemente caustica di V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in [www.astrid-online.it/rassegna/](http://www.astrid-online.it/rassegna/), 2005, n. 4, nel quale l'autore addirittura parla di *"mera sottolineatura di una impostazione preesistente"*, sottintendendo con questo che, in realtà, la trasparenza non è altro che una sottolineatura già insita nel preesistente principio di pubblicità.



## 6. *Influenze dottrinali e modelli ispiratori della legge n. 241/1990*

L'esigenza di una legge sul procedimento amministrativo nasce in Italia in relazione alla scarsa attenzione che la Costituzione riserva al potere esecutivo. Questo ha determinato, dopo l'emanazione della Carta repubblicana, una situazione paradossale e contraddittoria: da un lato vi sono le Disposizioni Superiori che introducono nel sistema giuridico italiano principi nuovi, soprattutto quelli che, per quanto riguarda questo lavoro sulla trasparenza amministrativa, ineriscono l'imparzialità e il buon andamento contenuti nell'art. 97 della Carta ma, d'altro canto, vi è una amministrazione che, in assenza di interventi del legislatore ordinario ed in presenza di troppo pochi principi dedicati nella stessa Carta alla funzione amministrativa, continua a comportarsi quasi come se nulla fosse accaduto, alzando in alto la bandiera del segreto, non motivando i provvedimenti amministrativi e dando corpo a procedimenti amministrativi senza contraddittorio.

Emerge, sotto questo profilo, tutta la differenza di attenzione con la funzione giurisdizionale; basta uno sguardo all'art. 111 della Carta per rendersene conto. In esso, sin dalla versione originaria, entrata in vigore il primo gennaio 1948, vi è l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali e, in seguito alla modifica intervenuta tramite la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, si prevede altresì la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio per qualsiasi procedimento giurisdizionale, cioè l'introduzione, tra considerazioni opposte della dottrina, entusiaste<sup>154</sup> da una parte e scettiche<sup>155</sup> dall'altra, quella riforma che è meglio nota come giusto processo.

Non è certo questa la sede per soffermarsi sulla reale portata di novità di quella riforma, ma questa considerazione torna però utile per evidenziare la contraddittorietà della situazione creatasi per l'amministrazione italiana con l'emanazione della Costituzione, che ha detto qualcosa, ma non completando il percorso: parla di imparzialità e buon andamento, ma non parla di partecipazione al procedimento e obbligo di motivazione degli atti da essa emanati.

In questo quadro, il dibattito sull'esigenza di una legge sul procedimento amministrativo prende corpo in modo deciso in Italia all'inizio degli anni '50<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> G. COSTANTINO, *Il giusto processo di fallimento*, in *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento*, a cura di Didone e Filippi, Milano, 2002, p. 1 ss., in cui l'autore esalta la riforma e si lascia prendere dall'entusiasmo, parlando di "nuovi principi costituzionali" in grado di realizzare concretamente il nuovo modello processuale del giusto processo, in contrapposizione a quanto era accaduto nelle aule dei tribunali sino ad allora caratterizzate da contese processuali assistite da "garanzie costituzionali minime".

<sup>155</sup> S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano 2001, p. 13 ss., in cui l'autore annichilisce la portata della riforma costituzionale in modo fulmineo, utilizzando l'espressione: "Niente di nuovo".

<sup>156</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Milano, 1952, cit.

anche se, come è noto, fu Sandulli con la sua monografia, già nel 1940,<sup>157</sup> a segnare quello che la dottrina contemporanea ormai riconosce come “*un punto di svolta della dottrina italiana*”<sup>158</sup>, e a conferire ai primordiali studi<sup>159</sup> condotti in Italia sul procedimento amministrativo, un deciso cambio di marcia. Sandulli fu infatti il primo studioso italiano a costruire quella teoria del procedimento amministrativo che era fondata su un’analisi approfondita del concetto di atto presupposto, quale atto che nel procedimento amministrativo si pone come antecedente logico e funzionale oltreché temporale, rispetto a un provvedimento finale produttivo di effetti giuridici anche se, per amor di rigore storico giuridico, va senz’altro riconosciuto che l’origine della nozione stessa di procedimento amministrativo è riconducibile agli impulsi degli studi condotti da Tezner e dal celebre giurista austriaco Hans Kelsen<sup>160</sup>, in tempi ancora più risalenti. Del tema si è occupato lo stesso Sandulli, rilevando che l’origine della

---

<sup>157</sup> A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940. L’opera è stata ripubblicata in seguito altre due volte, nel 1959 e nel 1964.

<sup>158</sup> M. E. SCHINAIA, *Aldo M. Sandulli: il procedimento amministrativo in Aldo Maria Sandulli: (1915-1984): attualità del pensiero giuridico del maestro* a cura di Caravita, Milano, 2004, p. 331 ss.. Si tratta di un volume, nel quale si analizza con attenzione la straordinaria importanza avuta dalla monografia del 1940 per gli sviluppi successivi della scienza amministrativa ed anche della giurisprudenza negli anni successivi. Schinaia infatti osserva che, ancora oggi, chiunque voglia, dopo oltre 70 anni da quella pubblicazione, occuparsi di procedimento amministrativo non può non assegnare importanza determinante a quel lavoro scientifico elaborato da Sandulli, invero in giovane età ma già maturo e fortemente innovativo per quei tempi antecedenti, esattamente 50 anni dalla legge n. 241 del 1990.

<sup>159</sup> Si è soliti fare coincidere, quantomeno in ordine temporale, i primissimi studi condotti in Italia sul procedimento amministrativo, a U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, I, 1931, in cui l’autore parla di procedimento amministrativo, definendolo una “*serie di comportamenti consecutivi, legati in successione logica e legalmente necessaria*”, da cui discende un effetto giuridico. Questi sono casi nei quali, secondo la ricostruzione di Ugo Forti, non si può più ragionare in termini di unità, ma occorre parlare di atto-procedimento.

<sup>160</sup> Le origini della nozione di procedimento amministrativo si fanno, tradizionalmente, risalire agli studi F. TEZNER, “*Handbuch des osterreichischen Administrativverfahrens*”, Vienna, 1896, anche se, in realtà, probabilmente, la collocazione temporale più corretta della nozione di procedimento amministrativo è ancora più spostata indietro nel tempo e bisogna andare sino al 1875 in cui venne istituito il supremo tribunale amministrativo austriaco. E comunque, al di là di queste disquisizioni temporali importanti perché confermano, in qualche modo, l’idea che la nozione di procedimento amministrativo abbia un’origine in realtà processuale, il dato certo è che si è trattato di studi di fondamentale importanza, perché hanno permesso di seminare l’*humus* da cui sono nate le prime leggi, in assoluto, dedicate effettivamente ed esclusivamente al procedimento amministrativo, quelle emanate nella stessa Austria nel luglio del 1925, le quali, non a caso, vengono citate più volte nei suoi scritti da Benvenuti, come modello di civiltà e modernità a cui fare riferimento nel momento in cui, anche l’Italia, si fosse decisa di dotarsi di una legge sul procedimento. Tuttavia, in questo quadro sui contributi dogmatici e normativi all’elaborazione di questo nuovo istituto, non si può sottacere che tutti gli studiosi del procedimento amministrativo, anche quelli più risalenti, devono in qualche modo un ringraziamento al grande filosofo e giurista austriaco Hans Kelsen che ebbe, senza timore di smentita, una grande influenza sugli studi in materia, grazie ad una geniale intuizione. Kelsen, infatti, aveva capito che il procedimento amministrativo non poteva che fondarsi sulla partecipazione ma, soprattutto, aveva intuito prima degli altri che, assimilare e fare letteralmente coincidere l’istituto della partecipazione del cittadino alle varie forme di partecipazione politica, avrebbe potuto tradursi in un potenziale fattore di destabilizzazione della democrazia stessa. Kelsen aveva, cioè, intuito che la differenza principale tra il legislatore e l’amministrazione risiede nel fatto che solo quest’ultima, pur beneficiando di ampi spazi di discrezionalità, è vincolata al rispetto del principio di legalità, il che si traduce nella necessità di rispettare le scelte del legislatore stesso che, a sua volta, è l’espressione della volontà e della rappresentatività popolare. Per questo motivo, Kelsen giunse alla conclusione che la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo avesse la reale ed intima ragion d’essere nella necessità di limitare gli spazi di discrezionalità dell’amministrazione e, dunque, fosse un qualcosa di assai diverso ed ulteriore, direi aggiuntivo, rispetto alla mera partecipazione del cittadino alla vita politica.

nozione di procedimento amministrativo va fatta risalire alla legge austriaca del 1875 che istituì il supremo tribunale amministrativo, assegnandogli il compito di annullare le decisioni pronunciate, senza rispettare le forme essenziali della procedura amministrativa<sup>161</sup>.

E, tutto sommato, se si torna per un attimo indietro nel tempo e si va a verificare il comportamento del legislatore ordinario in materia di trasparenza, è pur vero che sino al 1990 l'Italia non ha avuto una legge in materia; tuttavia esiste qualche dato normativo, addirittura risalente all'Italia del periodo preunitario che segnala, al contrario, di un legislatore che deve avere sentito, in vari momenti storici, l'esigenza di disciplinare forme di partecipazione procedimentale, sia molto risalenti nel tempo,<sup>162</sup> sia in tempi un po' più vicini ai giorni nostri<sup>163</sup>.

In teoria, ci sarebbe potuto essere un appiglio normativo a livello mondiale per intervenire ben prima del 1990 solo che, questa fonte di diritto internazionale, sebbene abbia un valore simbolico altissimo, è pur sempre una normativa non vincolante: il riferimento è ovviamente all'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo<sup>164</sup>.

E comunque, la dottrina italiana continuò ad adoperarsi e così gli studi di Sandulli non rimasero certo isolati; se a questo giurista alcuni autori della

---

<sup>161</sup>A. SANDULLI, voce *Procedimento*, in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di Clarich e Fonderico, Milano, 2007, p. 515.

<sup>162</sup> L'art. 3 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, abolitrice del contenzioso amministrativo, si occupa, in maniera abbastanza visibile, di partecipazione al procedimento e pubblicità amministrativa, laddove prevede che gli affari inerenti ad interessi legittimi siano *“attribuiti alle autorità amministrative, le quali –ammesse le deduzioni e le osservazioni per iscritto delle parti interessate- provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi, che nei diversi casi siano dalla legge stabiliti”*. Come si può notare, la norma parla di deduzioni e, forse ancora più rilevante, di osservazioni e quindi sembrerebbe ammettersi una prima forma collaborativa del cittadino, la possibilità di sindacare, in qualche modo, le scelte dell'amministrazione in una fase anteriore a quella contenziosa. Si era cioè in una fase normativa, per i tempi, piuttosto moderna, solo che passerà ben più di un secolo per avere la celebre legge n. 241/1990 e questo perché, in effetti, la società italiana dell'800 era conflittuale, pervasa da fortissime tensioni tra le classi sociali, e poi, entrando nel '900, si ebbe il ben noto ventennio fascista con una svolta autoritaria della società italiana, con un sensibile arretramento sul piano della libertà individuali e, naturalmente, ancor più sulla possibilità di sindacare in merito all'operato dei pubblici poteri, più che mai occulti e non certo materia di possibile discussione.

<sup>163</sup> Altri casi falliti di un tentativo di introdurre nel sistema italiano una legge generale che sancisca il diritto ad essere informati sull'azione amministrativa, sono la proposta di legge “Lucifredi” del 1 settembre 1958, ma anche, ancora più vicini ai tempi della legge 241, i lavori della Commissione Bozzi per le riforme istituzionali che, in una relazione presentata nel gennaio del 1985, considerava come obiettivo fondamentale da raggiungere quello della *“piena trasparenza della pubblica amministrazione e dei suoi procedimenti”*. Sono importanti non tanto per il risultato che, in effetti, non venne raggiunto, ma perché segnalano la consapevolezza del legislatore emergente ad ondate in diversi momenti, della necessità di intervenire in materia.

<sup>164</sup> La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, solo che non è coercitiva e quindi il contenuto delle singole disposizioni non ha alcun valore vincolante per gli stati membri; si tratta di norme manifesto, che auspicano che tutti gli stati che ad essa aderiscono, tra i quali ovviamente anche l'Italia, ad essa si conformino. In particolare l'art. 19 afferma: *“Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”*. Per chi volesse consultare per esteso la Dichiarazione Universale si consiglia il sito ufficiale, <http://www.un.org>, steso in sei lingue differenti.

dottrina<sup>165</sup> riconobbero il merito di una rigorosa costruzione del concetto di procedimento amministrativo, ad altri studiosi dobbiamo altrettanti approfondimenti di altissimo rilievo; in particolare fu Feliciano Benvenuti, in oltre 40 anni di riflessioni sul procedimento, ad analizzare, tra gli altri aspetti, nel modo più rilevante di tutti, il profilo della partecipazione<sup>166</sup> ed a lamentare in più scritti, con toni forti e quasi sofferti, l'assenza di una legge italiana sul procedimento<sup>167</sup>.

Questi contributi proseguirono, negli anni a venire, in modo fecondo da parte di più autori della dottrina italiana sino ad arrivare, finalmente, al dato normativo nel 1990. E d'altronde, la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale ben prima del 1990 ha affermato, in più occasioni che, per il tramite dell'art. 21 della Costituzione già analizzato, si possa configurare l'esistenza nel nostro ordinamento di un diritto autonomo all'informazione<sup>168</sup>. Fatte queste doverose premesse, il primo aspetto da approfondire e chiarire per questa ricerca sulle modalità di realizzazione della trasparenza da parte del legislatore ordinario è il seguente: quali sono i modelli comparati a cui si è rifatto?

Quali le influenze che hanno poi determinato il modello di conoscibilità pubblica contenuto nella legge n. 241/1990?

Sul punto è necessario operare una divaricazione piuttosto netta ed affermare che esiste una differenza notevolissima tra le conclusioni ed il disegno di legge scaturito quale punto d'approdo dei lavori preparatori della Commissione presieduta da Mario Nigro<sup>169</sup>, da quello che è stato poi il risultato finale

---

<sup>165</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 831, in cui l'autore così afferma, a proposito dell'opera di inquadramento giuridico e dogmatico, compiuta da Sandulli sul procedimento amministrativo: "Sembrava non solo aver fatto recuperare il tempo perduto, ma addirittura aver posto la dottrina italiana in una posizione avanzata nello stesso tema".

<sup>166</sup> B. SORDI, *Istituzioni e storia nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 3, p. 426. Per un quadro più esaustivo sul pensiero di Feliciano Benvenuti in merito alla partecipazione procedimentale, si consiglia anche la voce on-line: [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Carlotti](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Carlotti), in cui l'autore dello scritto coglie il punto di evoluzione degli studi di Benvenuti, rispetto a quelli compiuti da Sandulli; infatti, se quest'ultimo ha il merito di aver intuito che il procedimento amministrativo è una fattispecie a formazione progressiva, Benvenuti coglie l'aspetto aperto e dialettico del procedimento, cioè la dimensione aperta che esso deve avere e che si realizza compiutamente soltanto mediante il contraddittorio tra cittadino e amministrazione e, spingendosi oltre, arriva idealmente anche ad ipotizzare una struttura normativa ben precisa che questo dovrebbe avere, cioè esprime una chiara preferenza per un modello di tipo processuale.

<sup>167</sup> Tra i molti scritti in cui il professor Benvenuti affronta il tema di una mancata legge italiana sul procedimento, si possono, ad esempio, citare: "Mito e realtà nell'ordinamento giuridico italiano", (pubblicato in "L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti", Vicenza 1969, p. 67 ss.), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2006, p. 2750 ss.; "L'attività amministrativa e la sua disciplina generale", (pubblicato in *Atti del Convivium regionale di studi giuridici*, Trento, 1957, p. 49 ss.), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006 p. 1509 ss..

<sup>168</sup> Corte cost., 15 giugno 1972 n. 105 in cui, a proposito della libertà di manifestazione del pensiero, si afferma che questa tutela, sia pure indirettamente "l'interesse generale all'informazione che, in un regime democratico, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee".

<sup>169</sup> In realtà, quella che è passata alla storia comunemente come Commissione Nigro, è soltanto una delle tre Sottocommissioni che, in quei tempi, siamo negli anni 1983-1984, si preoccuparono di studiare come modernizzare l'amministrazione italiana; la Commissione principale, infatti, era quella presieduta dal professor Massimo Severo Giannini. A sua volta, questa Commissione si articolava in altre tre Sottocommissioni delle quali una, quella diretta dal professor Sabino Cassese, si occupava di abrogazione di complessi normativi ormai

contenuto nella legge n. 241 licenziata dal legislatore del 1990, la quale si continua a chiamare legge sul procedimento, quando forse sarebbe più corretto affermare che si tratta di un corpo di disposizioni concernenti, più in generale, le modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Giova sottolineare che il professor Mario Nigro aveva un'idea di amministrazione immersa a 360 gradi nel tessuto connettivo della società<sup>170</sup>, che però si è scontrata con un legislatore pronto alla rivoluzione, ma non del tutto per tacere di istinti reazionari o giù di lì emersi nel 2005 sui quali, inevitabilmente, si tornerà con la dovuta attenzione per capire quali sono le eventuali criticità della disciplina attualmente vigente in Italia.

Tra l'altro, i lavori della Sottocommissione Nigro, finalizzati ad affermare il principio dell'efficienza nell'azione statale e di garantire, nel contempo, il cittadino attraverso un'attività amministrativa efficiente, ma anche e soprattutto chiara e limpida, avevano avuto un importante antecedente storico nei tentativi compiuti nel 1972 dall'allora Ministro per la Funzione Pubblica, Massimo Severo Giannini, il quale presentò alle Camere, ma invano, diversi disegni di legge finalizzati ad introdurre una legislazione sul procedimento amministrativo.

Tra i punti qualificanti dei lavori della Sottocommissione Nigro, volta ad elaborare proposte di revisione dei procedimenti amministrativi, ed autrice di due schemi di disegni di legge, uno concernente la partecipazione dei cittadini all'azione amministrativa, l'altro riguardante il diritto di accesso, quello che ha un'incidenza più immediata per queste investigazioni sulla trasparenza è senz'altro il secondo in materia di accesso. Anche perché, è inutile girarci intorno, lo strumento per eccellenza volto a realizzare la trasparenza è proprio il diritto di accesso<sup>171</sup> anche se abbiamo visto, riflettendo a fondo sull'ampiezza

---

vetusti e superati, quindi, più in generale, di regolare ed orientare un corretto svolgimento del fenomeno della delegificazione; una seconda, quella presieduta da Franco Piga, aveva approfondito i temi dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio e dei controlli; infine, una terza, era diretta dal professor Nigro e presieduta da Renato Laschena e si occupava, rispettivamente, del procedimento amministrativo e del diritto di accesso ai documenti da un lato, dei problemi e di possibili riforme del processo amministrativo, da un altro canto. Per indicazioni ancora più dettagliate sulle attività svolte da ciascuna delle 3 Sottocommissioni si consiglia di consultare C. FRANCHINI, *La relazione governativa sulla delegificazione e sulla modernizzazione delle istituzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, pp. 304-310;

<sup>170</sup> M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione)*, in *Enc. Giur. It.*, 1988, p. 5 ss., in cui si sostiene la tesi secondo la quale l'amministrazione moderna ha contatti sempre più intensi e profondi con la società civile, talmente intrecciati che "tende a costituirsi, anzi, come una delle forme di organizzazione e di espressione di questa società....." e si afferma a chiare lettere che l'amministrazione ormai non può prescindere dal valore pubblicità: "la nazionalizzazione dello Stato esige il massimo di pubblicità della vita amministrativa e che né rappresentanza, né partecipazione hanno effettivo valore senza la più piena pubblicità non solo degli atti, ma delle informazioni in possesso dei pubblici poteri".

<sup>171</sup> Dello stesso avviso anche la Consulta: Corte cost., 17 marzo 2006, n. 104, in cui nel quadro di un'analisi a più ampio respiro, perché indirizzata a cogliere il risvolto e la derivazione costituzionale del principio di pubblicità dell'azione amministrativa "che deve ispirare anche il procedimento per l'elezione dei membri del parlamento europeo, configurato dalla legge come un procedimento amministrativo, in quanto dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha assunto il valore di un principio generale (art. 1) che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione; esso costituisce un principio di patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei, stabilito, tra l'altro, dall'art. 253 del Trattato

della trasparenza, che sarebbe riduttivo e fuorviante considerarlo l'unico deputato alla missione.

Certo, vi sono anche posizioni estreme da ricordare; infatti vi sono autori della dottrina che ritengono, addirittura, che la trasparenza coincida e si esaurisca con l'accesso medesimo<sup>172</sup>; non è un puro caso che la legge sul procedimento amministrativo del 1990 venga anche conosciuta, nel linguaggio comune, come legge sulla trasparenza. In realtà, secondo certa parte della dottrina, soprattutto Virga, che scrive alcune riflessioni sul punto in tempi immediatamente antecedenti l'emanazione della legge 241/1990,<sup>173</sup> la ragione principale per la quale si ritiene che esista un legame così stretto tra diritto di accesso e trasparenza risiederebbe nel fatto che l'accesso, pur non potendo essere considerato né assorbente né tantomeno risolutivo ed esaustivo rispetto alla trasparenza, tuttavia, avrebbe il ruolo di soglia minima, cioè di minima forma di tutela così indispensabile che, se si vuole avere una effettiva trasparenza nell'amministrazione sotto l'accesso, sostiene Virga, non si può scendere. Detto in un altro modo, se si vuole avere un'amministrazione che sia un minimo trasparente, almeno l'accesso dovrebbe essere assolutamente garantito.

Fatta questa doverosa precisazione, che però tenta di spiegare perché la lente di ingrandimento debba indirizzarsi doverosamente e in prima istanza proprio sui lavori della Sottocommissione Nigro e, in primo luogo perché pare opportuno investigare preventivamente sull'istituto dell'accesso, e inoltre, dopo avere anche verificato qual è stato il percorso culturale che sin dagli anni '40 del secolo scorso è stato condotto per preparare il terreno al legislatore, vi è però da chiarire quale o quali sono i modelli normativi comparati di riferimento a cui la Sottocommissione guardava per elaborare lo schema normativo da sottoporre poi all'attenzione del legislatore.

Sotto questo aspetto si può affermare che, almeno nelle intenzioni, il disegno di legge italiano era stato concepito prendendo a modello le esperienze francesi riguardanti la legge sull'accesso del 1978, che si caratterizza per una notevole limitazione alla legittimazione attiva, in quanto attribuisce il diritto di accesso al documento soltanto al cittadino interessato; ma, soprattutto, quella statunitense del cosiddetto "*Freedom of Information Act*" del 1966, che differisce dalla

---

istitutivo delle Comunità europee", la Suprema Corte ha ribadito l'esistenza di un collegamento tra trasparenza dell'azione amministrativa e diritto di accesso.

<sup>172</sup> G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2005, secondo il quale la trasparenza è, in realtà, quasi l'unica manifestazione strumentale del diritto di accesso, in quanto ha in esso una delle rappresentazioni più significative.

<sup>173</sup> G. VIRGA, *Trasparenza della P. A. e tutela giurisdizionale del diritto di accesso agli atti amministrativi*, in *Nuova rass. di leg. dottr. giur.*, 1989, p. 2118, in cui Virga ricorda che, non casualmente, in paesi come gli Stati Uniti e la Svezia, dove la trasparenza non è, come nell'Italia, si era nel 1989 in spasmodica attesa della legge 241 del 1990, un tema ancora di discussione, ma già una realtà in costante evoluzione; i primi passi verso il tentativo di costruire istituzioni trasparenti sono stati mossi proprio partendo dal diritto di accesso e, pertanto, l'esistenza o meno di esso può essere, a buona ragione, considerato un parametro significativo del grado, più o meno alto, di trasparenza di un determinato ordinamento giuridico.

normativa francese soprattutto per un elemento che balza subito all'occhio ad un confronto pur generalissimo tra le due discipline. Infatti, la disciplina americana si caratterizza e diverge nettamente da quella francese sul piano preliminare dei presupposti, in quanto oltre ad attribuire l'accesso generalizzato non solo a documenti, ma ancora più diffusamente e più estesamente, a fonti conoscitive, lo fa "erga omnes", vale a dire senza necessità di richiedere particolari requisiti di legittimazione soggettiva attiva in capo al cittadino<sup>174</sup>.

Anticipando solo per un momento le conclusioni scaturenti dall'analisi delle esperienze normative francesi e statunitensi in materia, sembrerebbe che quello statunitense, preso come riferimento da imitare, sia invece rimasto il modello delle intenzioni, cioè si sia fermato a metà del guado restando solo un mero disegno di legge, vagheggiato, studiato ed infine elaborato dalla Sottocommissione Nigro, i cui auspici non sono stati invece accolti dal legislatore nel testo di legge poi licenziato in via definitiva dal Parlamento.

Ed infatti, pare di poter affermare che la normativa italiana in materia di accesso, sia quella attualmente vigente per effetto della riforma della legge n.15 del 2005, ma anche quella originaria introdotta nel sistema dal legislatore del 1990, abbia molti più punti di contatto con quella francese rispetto a quella degli Stati Uniti, ma anche rispetto ad altre esperienze comparate. Per esempio, la Spagna, su cui ci si tornerà più avanti, ha come maggior punto di differenziazione rispetto all'Italia il fatto che il diritto di accesso sia stato elevato al rango di diritto superiore tramite l'inserimento nella Costituzione ma poi, nei fatti, non sembra che vi siano possibilità di accesso al documento superiori rispetto alle esperienze francesi e italiana.

La disciplina dei transalpini, si diceva, ha come tratto di maggiore caratterizzazione il fatto che l'istanza di accesso può essere proposta soltanto dal soggetto interessato, con conseguente onere della prova sul cittadino richiedente di dimostrare l'effettiva sussistenza dell'interesse e con l'ulteriore limitazione data dall'oggetto, nel senso che l'accesso è consentito in relazione al documento e non all'informazione in esso contenuta. Ed infatti in Francia, non in modo dissimile dall'Italia, l'accesso si concreta nella visione e nell'estrazione di copia del documento, senza la possibilità di domandare all'amministrazione elaborazioni tecniche che per esempio consentano di comprendere più in profondità un documento, se questo dovesse risultare particolarmente complesso

---

<sup>174</sup> Per lo studio del FOIA americano e delle incisive riforme che ne hanno notevolmente migliorato l'efficacia, resta, ancora oggi, di basilare importanza, G. ARENA, *La legge sul diritto all'informazione e la pubblicità degli atti dell'amministrazione negli Stati Uniti*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1978, pp. 279-328. L'autore ripercorre le ragioni dell'insuccesso dell'APA del 1946, la prima legge in assoluto che si è occupata di tentare una disciplina dell'accesso agli atti amministrativi negli Stati Uniti, spiega le criticità del primo FOIA ed esamina con attenzione le riforme del 1974 ed i primi orientamenti giurisprudenziali sulla materia, interessata tra l'altro, quasi contemporaneamente, agli emendamenti del 1974, da un altro intervento normativo indipendente ma, al tempo stesso, di complemento al FOIA stesso, il "Privacy Act".

e non immediatamente comprensibile soprattutto al cittadino comune non dotato delle necessarie conoscenze tecniche sull'oggetto del documento stesso<sup>175</sup>.

Queste brevi considerazioni sono necessarie per cominciare ad evidenziare quelle che si riveleranno forti similitudini tra la disciplina italiana e quella francese; gli Stati Uniti erano quindi il modello, il diritto vigente è invece molto simile a quello della Francia.

### ***7. Il FOIA – Freedom of Information Act – statunitense e la sua evoluzione***

Il modello disciplinare a cui guardare, la stella polare della Sottocommissione Nigro nell'elaborare un disegno di legge sul diritto di accesso, erano dunque gli Stati Uniti. Prima di addentrarci nei numerosi interventi intervenuti in USA in materia, e' necessario premettere ciò che forse può apparire banale e scontato, ma mai come stavolta va messo in luce. Va sottolineato che, in effetti, ogni intervento normativo è figlio del suo tempo, del clima sociale e culturale che si respira nel territorio dove diventerà diritto vigente e applicabile per tutti i cittadini. Le leggi non sono altro che precetti che aspirano al rispetto più ampio possibile del principio di effettività, ad essere osservate dal numero più elevato possibile di cittadini, non sono mai interventi avulsi dal contesto quotidiano.

Ed allora, data questa premessa, risulta forse più chiara la ragione per cui gli Stati Uniti posero più volte mano a questa disciplina e la modificarono in più momenti, a seconda delle varie sollecitazioni provenienti dalla società civile. Questa premessa aiuta a fare un migliore inquadramento storico della vicenda che, ovviamente, non è mai solo giuridica. Infatti, non a caso gli Stati Uniti decisero, proprio in un periodo storico ben definito come gli anni '60, che passarono alla storia anche come quelli della Guerra Fredda<sup>176</sup>, caratterizzato certamente da grande segretezza nelle alte sfere dell'amministrazione quasi come giustificazione per una vera e propria necessità di sopravvivenza contro il nemico, rappresentato a quei tempi soprattutto dall'Unione Sovietica, di varare, come risposta ad una istanza evidentemente pressante di trasparenza nell'attività amministrativa proveniente dalla società civile, una delle leggi più aperte che attualmente esistano al mondo sulla trasparenza, certamente la più famosa di

---

<sup>175</sup> Per un quadro esaustivo delle diverse esperienze in materia di accesso in giro per il mondo, con particolare riferimento all'Europa e agli Stati Uniti, si consiglia la lettura di G. NAPOLITANO, *"Diritto amministrativo comparato"*, Milano, 2007, pp. 165-172.

<sup>176</sup> L'espressione "Guerra Fredda" comparve agli onori della cronaca per la prima volta nel 1947, coniato dal politico statunitense Bernard Mannes Baruch, che fu consigliere personale di ben due presidenti democratici, Woodrow Wilson e Franklin Delano Roosevelt, e dal giornalista Walter Lippmann, che analizzò, per ben 32 anni, le questioni internazionali per conto del quotidiano statunitense Herald Tribune di New York, venendone considerato uno dei massimi esperti dell'epoca, tanto che l'apprezzamento per l'equilibrio e la profondità delle sue disamine gli valse la vittoria di ben due premi Pulitzer, nel 1958 e nel 1962, considerato il più prestigioso riconoscimento per il giornalismo, successi letterari e composizioni musicali negli Stati Uniti. La locuzione Guerra Fredda indica la grande contrapposizione che venne a crearsi, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, tra due grandi blocchi internazionali ben distinti: da un lato, quello dell'Occidente con gli Stati Uniti d'America, gli alleati della NATO e i Paesi amici, dall'altra parte l'Oriente, quello che comunemente viene identificato come il blocco comunista, con a capo la ex Unione Sovietica, gli alleati del Patto di Varsavia ed i Paesi amici.



tutte. Si assistette ad un continuo e interessante legame tra riforme del FOIA e eclatanti vicende storiche.

Infatti, gli Stati Uniti, una volta varata questa normativa avente ad oggetto il diritto generalizzato all'informazione sugli atti amministrativi, elaborata nel 1966 ma entrata in vigore solo il 4 luglio del 1967, il "*Freedom Of Information Act*", (FOIA), decisero poi nel 1974 di intervenire con una serie di emendamenti volti a modificare le criticità del FOIA originario ma, quasi contemporaneamente, nello stesso 1974, sull'onda di altri impulsi della società civile, emanarono anche il "*Privacy Act*", legge indipendente rispetto al FOIA, ma ad esso fortemente collegata. E così accadde che, contemporaneamente, da un lato si rendeva più incisivo il FOIA prevedendo un generale obbligo di informazione da parte delle agenzie federali e riconoscendo il diritto di accesso alle informazioni detenute dalle stesse agenzie, da un altro il legislatore americano affrontò, per la prima volta il difficile, perché inevitabilmente conflittuale, rapporto tra accesso e riservatezza.

Ed ancora, non può stupire che, nel corso di un processo evolutivo durato un decennio, nel 1976 venne emanata una legge che ha rappresentato un ulteriore passo avanti verso la trasparenza, il "*Government in the Sunshine Act*", per effetto della quale vennero aperte al pubblico le sedute di molte riunioni di alcune agenzie federali; in questo caso il "*casus belli*" fu un grave scandalo verificatosi nel 1974 che aveva determinato una evidente pressione dell'opinione pubblica sul legislatore.

Per arrivare sino ai giorni nostri, il FOIA, passando attraverso innumerevoli riforme, va ricordato ad esempio che si è intervenuto più volte a modificarlo anche nel corso di tutti gli anni '80, ma senza modificarne l'intima essenza; è stato nel tempo migliorato e adeguato da discipline progressivamente succedutesi tra le quali, merita almeno una citazione, il recente "*Honest Leadership and Open Government Act*" del 2007<sup>177</sup>: questa legge introduce un giro di vite importante nell'ambito del fenomeno delle *lobbies*, operando per una maggiore trasparenza sia nei rapporti politici, sia nel processo legislativo. Anche

---

<sup>177</sup> Questa normativa punta a regolamentare le attività delle *lobby* sotto più aspetti tra i quali, i più rilevanti sul piano della trasparenza, sono: si domanda a costoro di inviare *report* trimestrali sulle loro attività con indicati i nomi dei clienti e le istituzioni contattate e i *report* relativi a queste attività verranno pubblicati su Internet in un *database* consultabile liberamente e gratuitamente riformando, sotto il profilo della tempistica, la normativa precedente che prevedeva, invece, termini più ampi, vincolati a scadenze solo semestrali; inoltre, nel segno della trasparenza dei finanziamenti politici, si chiede ai *lobbysti* di specificare, nel dettaglio, i loro contributi a politici, biblioteche presidenziali, comitati politici o altre associazioni controllate o collegate a parlamentari e membri del governo. Si domanda, poi, ai parlamentari di comunicare espressamente quali *lobbysti* hanno effettuato donazioni, che vanno dai 15.000 dollari in su, le quali, anche se attraverso enti o associazioni differenti, sono tutte riconducibili allo stesso politico persona fisica. Trasparenza poi anche nel processo legislativo, perché questa legge del 2007 di riforma del FOIA prevede che tutti gli emendamenti legati a leggi di spesa siano pubblicati su Internet, almeno 48 ore prima che vengano votati dal Senato, e che l'accettazione di eventuali emendamenti urgenti sia soggetta ad approvazione da almeno il 60% dei senatori. Inoltre, si prevede che i senatori, che domandano emendamenti, dichiarino espressamente di non avere interessi finanziari, né personali, né attraverso i membri della loro famiglia, riconducibili in qualche modo all'emendamento.

in questo caso, non sono certo estranee a questa riforma le polemiche che negli Stati Uniti scoppiano ogni volta in cui venga emanato un provvedimento di grande impatto, perché accade sovente che si ritenga che giunga anche in seguito all'azione svolta dalle *lobby* sui singoli parlamentari e, per questo il recente “*Honest Leadership and Open Government Act*” del 2007 pare di grande importanza<sup>178</sup>.

Per chiudere su questo aspetto, vale la pena ricordare anche che, puntualmente, scoppiano feroci discussioni, in quanto si ritiene che le grandi *lobbies*, le quali finanziano puntualmente le grandi campagne elettorali del candidato democratico e di quello repubblicano alla Casa Bianca, abbiano poi una certa influenza su quelli che poi sono i provvedimenti e la linea complessiva che assume il presidente eletto nel corso del suo mandato quadriennale e questo rilievo è un'ulteriore conferma dell'importanza di regolamentare per rendere più trasparente il fenomeno delle “*lobby*”.

E poi, proseguendo in un parallelo tra il quotidiano ed il diritto, si può intuire il perché, sempre sotto la guida dell'aspirazione all'effettività, il FOIA conobbe, a partire dal 1996, numerosi interventi normativi mossi da impulsi di tipo ancora diverso, stavolta non già per via di uno scandalo colossale come nel 1974, ma per adeguarlo al galoppante fenomeno planetario dell'informatica; venne così emanato dapprima il cosiddetto E-FOIA nel 1996 per arrivare infine al 2009, dopo altre riforme, alla direttiva presidenziale dell'8 dicembre, che dà avvio alla “*Open Government Initiative*”.

Facendo un attimo un passo indietro volto a riannodare storia e diritto, cosa accadde in quella società statunitense del 1974 di così clamoroso da accendere la scintilla che portò il FOIA ad essere una disciplina presa a modello in materia di accesso all'attività amministrativa?

Vale solo la pena ricordare che il 1974 fu l'anno passato alla storia per lo scandalo Watergate che, dapprima, sporcò l'immagine del presidente USA Richard, Nixon, poi lo obbligò alle dimissioni sulla base del fatto che, in ossequio ad una non meglio precisata “sicurezza nazionale” da proteggere a tutti i costi, occultò documenti ed episodi a lui palesemente sfavorevoli.

Dunque, si respirava un clima di sfiducia notevolissimo in una delle culle della democrazia mondiale, giustificato dal fatto che l'opinione pubblica aveva

---

<sup>178</sup> Non è un mistero che la professione dell'attuale presidente degli Stati Uniti prima, di svolgere attività politica a tempo pieno ed indefettibile, fosse quella dell'avvocato e così, tanto per fare un esempio, nel maggio del 2009, in USA sono scoppiate notevoli polemiche, allorché la sua amministrazione ha scelto proprio un avvocato Michael Taylor, per porlo a capo del Gruppo di Lavoro per l'igiene degli Alimenti. Peccato però che Michael Taylor lavori alla Monsanto, famosa a livello mondiale per essere la multinazionale che ha dato forse il maggior contributo per l'introduzione, a livello internazionale, degli OGM. Questa situazione ha, evidentemente, generato un palese e gigantesco conflitto di interessi, perché Taylor è al tempo stesso espressione di interessi economici enormi, facenti capo al suo essere un uomo della Monsanto e, contemporaneamente, a capo di un Gruppo di Lavoro che si occupa di salute pubblica, quale quello dell'igiene degli alimenti, cioè il “*Food Safety Working Group*”.

assunto consapevolezza del compimento di attività illegali ad opera del potere esecutivo e addirittura per conto della massima autorità statunitense, cioè il Presidente.

Ebbene, fu in questo clima che si generò un terreno fertile per compiere importanti riforme riguardanti strettamente il “*Freedom Of Information Act*”; si procedette infatti ad estendere ancora la portata dell’accesso tramite il chiavistello di una definizione molto ampia sia del legittimato ad accedere, “*person*”, sia degli atti aperti, cioè dei “*records*”. Ma, da un altro canto, ponendo già sul tappeto, come si può notare dato che siamo appena nel 1974, in tempi non sospetti e molto anticipati rispetto a quelli in cui è intervenuto il legislatore italiano, che si è occupato di regolare espressamente il rapporto tra accesso ai documenti e riservatezza solo con la legge 15/2005, si affrontò anche il problema del conflitto tra libertà di informazione e diritto alla privacy, che portò alla emanazione di quel complesso di emendamenti passati nominativamente alla storia come “*Privacy Act*”.

Si sarebbe tentati di ritenere il “*Privacy Act*” un intervento a se stante, autonomo e distinto rispetto al FOIA, solo che il “*Privacy Act*”, date le particolari circostanze temporali, viene approvato contestualmente alle modifiche del FOIA originario, e l’argomento trattato così legato alla trasparenza, cioè quello della privacy, consentono oggi di ricostruire il discorso evolutivo su questa disciplina affermando che, in effetti, il “*Privacy Act*”, nonostante la sua autonomia ed indipendenza rispetto al FOIA, fungeva da completamento della intensa legificazione che si è avuta in materia negli Stati Uniti, proseguita in quegli anni secondo un incessante percorso evolutivo e quindi pare a chi scrive, giusto collocarlo, seppur impropriamente, sullo stesso piano ed insieme alle riforme che hanno interessato il FOIA.

Fu poi un altro fenomeno di natura assai diversa, l’emergere in modo dirompente del mondo digitale ed informatico come realtà volta a trasformare, oltre alla vita quotidiana dei cittadini, anche la stessa pubblica amministrazione, seppur con comprensibile gradualità, a spingere il Congresso ad intervenire più volte a disciplinare il fenomeno informatico, da ricordare su tutti, con due interventi: il primo avutosi nel 1996 con l’emanazione dell’*E-Foia*<sup>179</sup> e l’ultimo, in ordine di tempo, quello molto recente, intervenuto nel 2009, con la emanazione della “*Open Government Initiative*<sup>180</sup>”.

---

<sup>179</sup> La disciplina dell’E-Foia si basa sull’idea degli “*electronic reading room*”, cioè sul fatto che, determinate informazioni di interesse collettivo vengano messe a disposizione su questi spazi informatici. Tuttavia, la legge non diede gli esiti sperati, anzi funzionò in modo insoddisfacente, soprattutto per il fatto che alcune amministrazioni federali non crearono questi spazi informatici, che sono il presupposto su cui essa si fondava. Per chi volesse avere una visione più ampia di questa disciplina, si consiglia di consultare la voce *on-line* [www.gwu.edu/nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB/NSAEBB216/index.htm](http://www.gwu.edu/nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB/NSAEBB216/index.htm), in cui si traccia un bilancio a 10 anni dall’emanazione dell’E-FOIA.

<sup>180</sup> “*L’Open Government Initiative*” si basa sull’immissione *on-line* dello sconfinata raccolta di fonti normative contenute nel “*Federal Register*”, pubblicazione ufficiale quotidiana di regole, proposte o avvisi da parte di

Non era infatti più possibile ignorare il fenomeno informatico e la cultura digitale che stavano trasformando la società civile, alla quale l'amministrazione appartiene in tutte le sue manifestazioni; di conseguenza, il Congresso dopo avere emanato quel complesso di norme noto come E-FOIA, "*Electronic Freedom Of Information Act*", intervenne in altre occasioni, sino ad emanare la normativa del 2009 oggi in vigore.

La ricostruzione temporale di quello che, per semplicità espositiva, definiamo diritto di accesso negli Stati Uniti, istituto simbolo della trasparenza, impone tuttavia di ricordare che gli USA non operarono per primi, ma arrivarono "solo" terzi a livello mondiale; la Svezia varò un principio generale di pubblicità degli atti amministrativi addirittura nel 1766<sup>181</sup>, la Finlandia si diede una normativa sulla pubblicità delle attività governative nell'immediato dopoguerra, già nel 1951; ma certamente il FOIA è la legge in materia più famosa e imitata del mondo.

Ad oggi il panorama del pianeta contempla circa 80 Stati dotati di una legge sul diritto di informare i cittadini sull'operato della pubblica amministrazione tra cui, appare di grande rilievo, quella della più grande democrazia del mondo, quell'India popolata da oltre un miliardo e duecento milioni di abitanti, che si è dotata di una legge di tal contenuto in tempi recenti, solo nel 2005, ispirandosi dichiaratamente proprio al modello statunitense<sup>182</sup>.

Quindi, riprendendo il concetto iniziale, se è vero che il risultato licenziato dal Parlamento fu, nei fatti, molto vicino al modello francese, tuttavia è innegabile che la Sottocommissione Nigro effettuò i suoi lavori prendendo dichiaratamente a modello, nelle intenzioni più genuine ed anche negli esiti delle bozze finali dei

---

agenzie federali o di organizzazioni, così come di ordinanze esecutive o documenti presidenziali in tutti i campi. In tal caso, il Presidente attuale degli Stati Uniti, Obama, ha mostrato sensibilità verso il tema della trasparenza, emanando la direttiva 8 dicembre 2009, aperta a tutti i dipartimenti e le agenzie federali, che contiene istruzioni rivolte a queste amministrazioni, su quali iniziative intraprendere per aprire le proprie attività al pubblico. Normativa di impatto notevole, perché contrassegnata da tempi stringenti assegnati alle amministrazioni; infatti, si va da un minimo di 45 giorni sino ad un massimo di 120, a seconda della complessità delle azioni da intraprendere. Altro aspetto che coglie nel segno della trasparenza è la richiesta inoltrata alle amministrazioni di adottare formati il più possibile aperti, nella creazione dei loro spazi informatici, in modo che tutto il materiale di interesse delle medesime sia fruibile in maniera agevole ed esaustiva da parte dei cittadini.

<sup>181</sup> Si tratta di una legge contenente alcune disposizioni sulla libertà di stampa, *Tryckfrihetsförordningen*, la quale consentiva a tutti di stampare e pubblica i documenti detenuti dal governo statale; il ritorno della monarchia assoluta portò alla momentanea soppressione della legge, reintrodotta poi nel 1812, ed ancora in vigore seppur, varie volte, modificata ed anzi, introdotta nella Costituzione tra i principi supremi del diritto svedese.

<sup>182</sup> L'India approvò, tramite il suo Parlamento, una legge sulla libera informazione in materia di attività amministrative il 15 giugno 2005, *Indian Right to Information Act*, (RTI), entrato in vigore il 12 ottobre 2005. Non fu in realtà una sorpresa, perché questo intervento venne preceduto da una intensa opera di lavoro della Corte Suprema, l'organismo assimilabile alla Corte Costituzionale nel sistema giudiziario italiano che, negli anni precedenti al 2005, interpretò il diritto all'informazione quale contenuto espansivo del diritto costituzionale all'informazione, nonché di quello di espressione e, addirittura, del diritto alla vita. Il fulcro del FOIA indiano consiste nel fatto che tutti gli organi di governo o le agenzie finanziate dal governo devono designare un funzionario pubblico addetto al rilascio di informazioni, il *Public Information Officer* (PIO). Questo soggetto deve fornire, sotto responsabilità, le informazioni richieste entro il termine di 30 giorni, termine che si accorcia in quello brevissimo di 48 ore, se si tratta di notizie concernenti la vita o la libertà delle persone. Per una consultazione del FOIA indiano più ad ampio raggio i consiglia lettura della fonte *on-line*: [www.rtiindia.org](http://www.rtiindia.org).

disegni di legge, quell'esperienza statunitense del FOIA emanato il 4 luglio 1966 dal Presidente Lyndon B. Johnson.

Questa constatazione rende quanto mai interessante capire come si è mosso il legislatore statunitense per garantire la trasparenza tramite l'accesso agli atti amministrativi, per cercare poi di capire, esaminando l'esperienza italiana, che cosa sia effettivamente residuo sul piano del diritto vigente ed infine, necessariamente, tornare al profilo comparato, stavolta francese, per rendere conto delle numerose assonanze con il diritto di accesso italiano.

Che gli Stati Uniti d'America fossero un terreno fertile per la libera circolazione delle informazioni, dunque della democrazia e, in definitiva, della trasparenza, viene in risalto, in realtà, in tempi assai più risalenti, basta semplicemente richiamare alla memoria la figura storica del quarto presidente degli Stati Uniti, James Madison<sup>183</sup>.

Certo, gli USA non sono immuni, anche nei tempi recenti, dall'aver sofferto scandali governativi di portata enorme<sup>184</sup>, tuttavia fa sensazione constatare che da quelle parti la sensibilità su questo profilo di cruciale impatto democratico sia così alta che, Barak Obama, l'attuale Presidente degli Stati Uniti d'America, il primo Presidente nero della storia, sia stato anche il primo che, già nel suo primo discorso di insediamento, si sia occupato dell'argomento FOIA ed abbia messo in risalto l'importanza della trasparenza governativa, anche se poi, nella realtà dei comportamenti, ha denotato un atteggiamento contraddittorio e ambiguo verso la trasparenza, ondeggiando tra iniziative meritorie quali il *Federal register 2.0* del 2009 o, la più generale *Open Government Initiative* a cui il *Federal Register* appartiene, probabilmente come atto di più impatto, ma, d'altro

---

<sup>183</sup> James Madison, il quarto presidente in ordine cronologico degli Stati Uniti d'America, ebbe un ruolo di grande rilievo nel processo di indipendenza del paese; tutte le sue battaglie politiche erano incentrate sull'idea che qualsiasi governo dovesse essere trasparente, in modo che il suo operato fosse facilmente verificabile dai cittadini. Tra le azioni degne di menzione nella vita politica di Madison merita un posto d'onore quella relativa al fatto che fu uno dei redattori del Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, in cui si attribuisce un valore capitale all'informazione, presupposto per arrivare a consentire a tutti i cittadini una conoscenza corretta e senza filtri. A titolo informativo, si riporta il testo, tradotto in italiano, del suddetto Primo Emendamento: "Il congresso non può fare leggi rispetto ad un principio religioso, e non può proibire la libera professione dello stesso, o limitare la libertà di parola o di stampa, o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al Governo per riparazione di torti".

<sup>184</sup> Si potrebbe citare, a mero titolo esemplificativo, l'intervento militare in Iraq avvenuto nel 2003 e motivato dall'amministrazione capeggiata da George W Bush con il possesso, da parte del regime del dittatore Saddam Hussein, di un cospicuo arsenale di armi di distruzione di massa che, non solo, non furono mai trovate, ma in realtà furono il risultato artefatto della voluta falsificazione di alcuni rapporti dell'amministrazione, proprio per avere in mano il "casus belli" per effettuare l'intervento militare. Tra le tante manipolazioni documentali, una su tutte: nel 2003 l'allora Presidente degli Stati Uniti, George Bush Junior, dichiarò di avere in mano documenti che attestavano che l'Iraq stava comprando milioni di tonnellate di ossido d'uranio dal Niger, con l'obiettivo di costruire bombe; ma in realtà, in un secondo momento, si scoprì che l'Iraq aveva immense risorse proprie di uranio e non si comprende allora per quale ragione avrebbe avuto motivo di acquistare ciò che già possedeva, in quantità immense, nel proprio territorio.

canto, denotando una discutibile quanto forte ritrosia verso la pubblicità di atti che lo riguardino direttamente<sup>185</sup>.

Peraltro, facendo un parallelo con la realtà normativa che si evince dall'esame della situazione italiana, essa non appare, almeno ad uno sguardo superficiale, certamente migliore; anzi il ritardo giuridico accumulato nell'occuparsi di questi temi cruciali farebbe supporre che il nostro Paese sia meno incline a privilegiare la trasparenza rispetto ad altre realtà del mondo a partire dagli stessi Stati Uniti, che pur essi hanno dato segni di recentissima insofferenza verso una totale limpidezza nei confronti dei loro cittadini. Detto in altri termini, sembrerebbe che in Italia persista ancora una insopprimibile e incomprimibile potenza dell'istituto del segreto.

Si rifletta in particolare per un momento, collegando il diritto alla storia tragica e oscura del nostro Paese, all'uso che si fa, cinico ma anche spregiudicato, dell'art. 24 della 241/1990 lettera a, che contiene le ipotesi di esclusione dal diritto di accesso con riferimento soprattutto al primo caso di esclusione contenuto nella norma, cioè i documenti coperti da segreto di Stato, quale fattispecie del variegato catalogo che compone le ipotesi atte ad escludere il diritto di accesso ai cittadini.

Infatti, come non riandare con la mente ad alcune tragedie tutt'ora insolite della storia d'Italia, come l'attentato avvenuto il 2 agosto 1980 alla stazione ferroviaria di Bologna<sup>186</sup> che portò alla morte di ben 85 persone e classificabile come uno degli atti terroristici più gravi avvenuti nel nostro paese nel secondo dopoguerra, o ancora, alla strage di Ustica, anch'essa nello stesso disgraziato 1980, il 27 giugno, nella quale un aereo della compagnia Itavia si squarciò improvvisamente in volo senza alcun preavviso, cagionando altri 81 decessi?

Ecco, queste tragedie sembrerebbero segnalare, in realtà con pochi dubbi in proposito, come confermano dichiarazioni ufficiali rilasciate periodicamente da importanti organi istituzionali, l'importanza ancora eccessiva dell'istituto del segreto di Stato in Italia anche di fronte ad avvenimenti gravissimi<sup>187</sup> e questa

---

<sup>185</sup> L'ordine esecutivo 13.489, emanato da Barak Obama nel gennaio 2009, vieta addirittura la diffusione di qualsiasi documento che lo riguardi.

<sup>186</sup> La strage di Bologna viene identificata come una strage di Stato, data la persistenza di documenti coperti, ancora oggi, dal segreto di Stato che impediscono di completare la ricostruzione della verità storica e processuale. Certo, anche in questo caso, come nella strage di Ustica, tutto sarebbe più semplice, se a questo avvenimento venisse tolto il velo del segreto di Stato che però, per ora, persiste. D'altronde, nelle stesse dichiarazioni di tutti i politici nel 2011 in occasione dei 31 anni da questo avvenimento, c'è proprio una costante: il quadro dei fatti è incompleto, perché ci sono conoscenze mancanti. Tra le tante dichiarazioni, una su tutte quelle del Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano: "Merita gratitudine e apprezzamento la passione civile con la quale l'associazione delle vittime si batte per l'ulteriore accertamento della verità storica e processuale". Ancora più esplicito il sindaco di Napoli, eletto nella tornata elettorale comunale della Primavera 2011: "Sulla strage di Bologna si addensa l'ombra del depistaggio, anche istituzionale, portato avanti per anni in sfregio della sofferenza dei familiari delle vittime, quella stessa sofferenza acuita, ancora oggi, dalla mancata abrogazione del segreto di Stato".

<sup>187</sup> A fine settembre del 2011, il capogruppo dell'Italia dei Valori in Senato, Felice Belisario, membro anche del COPASIR, il Comitato Nazionale per la Sicurezza della Repubblica, ha testualmente dichiarato, a proposito della

considerazione sembrerebbe confermare l'esistenza di una certa distanza tra gli sforzi ed i risultati raggiunti in termini di trasparenza rispetto all'amministrazione a stelle e strisce.

### **8. Disciplina del FOIA: l'accesso generalizzato**

Tornando agli Stati Uniti, giova ricordare che il FOIA ha in realtà un precedente storico non riuscito nell' "Administrative Procedure Act" (APA) approvato nel 1946 ma, alla prova dei fatti, mal funzionante soprattutto per un difetto strutturale, cioè quello della limitazione della legittimazione soggettiva dell'accesso, concessa non già a tutti i cittadini, ma solo a quelli direttamente e legittimamente interessati e coinvolti dall'atto oggetto di accesso. Si potrebbe affermare, cercando una sintesi, che l'APA non funzionò perché, anziché essere pensato "erga omnes", era concepito "erga partes". Il cuore dell' "Administrative Procedure Act" era contenuto nell'art. 3 che obbligava la pubblicazione di taluni dati informativi in una fonte, su cui tornerò presto, chiamata "Federal Register".

Tuttavia, era indubbio il profilo di applicazione limitativa laddove si rifletta sul fatto che la utilizzabilità delle informazioni era vincolata ai soli casi in cui vi fosse la titolarità di un interesse effettivamente collegato al dato a cui si voleva accedere. Se a questa considerazione fondamentale, forse l'aspetto limitante più importante dell'APA, si aggiungono anche alcune eccezioni dal sapore vago e dal contenuto indefinito, come quella che escludeva l'accesso in tutti quei casi in cui era necessario conservare il segreto per tutelare l'interesse pubblico senza però alcun tipo di precisazione più definita su cosa si dovesse realmente intendere con la locuzione "interesse pubblico", ed inoltre si constata il fatto che non vi era alcuna possibilità di adire la tutela giurisdizionale in caso di diniego dell'istanza di accesso, si completa un quadro che documenta perché il legislatore statunitense avesse pensato di abrogare l'APA per sostituirla con una legge più efficace.

Tuttavia, parlare del FOIA impone anche il compimento di una fondamentale precisazione pratica prima che terminologica, quella che consente di delimitarne l'oggetto e che forse può apparire intuitiva, riflettendo sui molti interventi normativi che vi sono stati negli Stati Uniti in materia di trasparenza e accesso.

Quando si parla di FOIA, non ci si riferisce globalmente all'accesso a tutti gli atti in possesso del Governo federale, ma solo alla possibilità di accedere a quei documenti o, più correttamente, atti<sup>188</sup> che sono in possesso delle agenzie del governo federale. Questo è molto importante, perché ci consente di distinguere il FOIA dal cosiddetto "Sunshine Laws", espressione che delinea invece il

---

strage di Ustica, che per conoscere la verità su quell'avvenimento ed avere giustizia in tempi brevi, si fa per dire, dato che sono passati ormai ben 31 anni, "Occorrerebbe rimuovere il Segreto di Stato".

<sup>188</sup> La definizione di documento amministrativo, per quanto possa essere ampia, ha comunque un ambito più ristretto rispetto ad un atto e il FOIA consente al cittadino di richiedere, in generale, informazioni, non necessariamente documenti.

complesso di tutte le leggi che consentono di accedere a quelle fonti, documentali e non documentali, in possesso del Governo federale. La situazione è poi, in realtà, ancora più articolata perché, dopo il caso rimasto isolato per oltre un secolo dello stato del Wisconsin che si diede una norma sulla trasparenza già nel 1848, lo scandalo Watergate del 1974 ha fatto sicuramente da detonatore in quanto, nell'intento di evitare situazioni così imbarazzanti, tutti i 50 stati che compongono la repubblica federale degli Stati Uniti si sono dotati di singole leggi sulla trasparenza.

Questo fatto complica ulteriormente il panorama, perché in realtà esistono oggi tante leggi sulla trasparenza negli Stati Uniti quanti sono i singoli stati. Quindi, anche se si ipotizzasse di prendere a modello per l'amministrazione centrale la legislazione più efficace emanata a livello locale, è infatti accaduto che durante le sedute del Congresso sia stato proposto di trapiantare a livello federale la normativa vigente in Texas ritenuta più funzionale rispetto al FOIA, tuttavia le difficoltà applicative sarebbero comunque notevoli, perché le dimensioni ridotte del singolo stato agevolano certamente l'efficacia delle normative locali e questo fa supporre che un'operazione di trapianto a livello nazionale di una buona normativa locale sia molto più complessa di quanto si potrebbe a prima vista ipotizzare.

Questo significa, completando il ragionamento sull'oggetto che, in realtà, il FOIA è solo la più famosa delle leggi sull'accesso ad atti governativi, ma non certo l'unica perché ci sono altre leggi diverse che regolano l'accesso ad atti o documenti governativi differenti, quali quelli del Presidente<sup>189</sup> o, ancora, inerenti l'attività del Congresso<sup>190</sup>, ed infine, con una legislazione ancora diversa viene disciplinato l'accesso a documenti dei tribunali o a procedimenti giudiziari<sup>191</sup>. Vi

---

<sup>189</sup> Per accedere agli atti del Presidente degli Stati Uniti e dei suoi più stretti collaboratori è stata emanata nel 1978 una legge apposita, il "*Presidential records Act*", (PRA), che regola le modalità di accesso agli atti ufficiali del Presidente e del Vicepresidente degli Stati Uniti recanti data posteriore al 20 gennaio 1981, permettendo pubblico accesso ai registri presidenziali a partire dai cinque anni successivi a quella specifica amministrazione. Tuttavia, nell'ambito di una inversione di rotta nel segno della opacità, nel 2001 il Presidente George Bush Junior ha emanato l'ordine esecutivo 13233 con il quale ha esplicitamente limitato l'accesso ai documenti presidenziali. In realtà Barak Obama, attuale Presidente degli Stati Uniti, ha fatto addirittura di peggio con il suo primo ordine esecutivo in ordine di tempo, datato 21 gennaio 2009, il 13489 che ha creato grande disillusione e sconcerto dopo le aspettative generate in seguito al suo insediamento. Infatti, con questo provvedimento, che revoca quello precedente del Presidente Bush del 1 novembre 2001, l'attuale Presidente degli Stati Uniti mette al bando la distribuzione di qualsiasi documento che lo riguardi. Questo gesto, secondo l'opinione di alcuni osservatori, pareva in realtà celare l'intento di Barak Obama di chiudere definitivamente le polemiche intorno al suo luogo di nascita, perché non tutti gli americani in realtà credevano al fatto che fosse effettivamente nato a Honolulu, Hawaii, il 4 agosto 1961, in quanto alcuni adombravano il sospetto che fosse nato in Kenia e quindi non potesse neppure partecipare alla contesa elettorale per diventare Presidente, poi vinta. In verità, nell'aprile del 2011 la Casa Bianca ha voluto mettere fine a tutte queste illazioni, pubblicando il certificato di nascita di Obama chiudendo, di fatto, l'oscura e discussa vicenda. Per una lettura integrale di questo ordine esecutivo, si consiglia la consultazione della fonte on-line [www.fas.org](http://www.fas.org).

<sup>190</sup> Sia la Camera dei Deputati che il Senato statunitense hanno varato delle leggi, ognuna per ciascuna Camera di riferimento, che consentono un sostanziale diritto di accesso ai cittadini agli atti da loro redatti, sia già formati, ma anche atti endoprocedimentali.

<sup>191</sup> In realtà il diritto di presenziare direttamente a quasi tutti i procedimenti giudiziari e di accedere ad un grande numero di atti che li riguardino deriva direttamente dal Primo Emendamento della Costituzione che stabilisce



sono poi ulteriori leggi che prevedono modalità di realizzazione della trasparenza ancora diverse, in particolare quelle che concernono la possibilità di

---

testualmente: “*Congress shall makeno law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”. Di esso occorre andare oltre la mera lettera in relazione alla quale parrebbe che le prescrizioni in esso contenute siano rivolte soltanto al Congresso: la normativa infatti garantisce la terzietà della legge rispetto al culto e quindi la possibilità di professare liberamente la religione preferita, la libertà di stampa, di parola, il diritto di riunirsi pacificamente e quello di appellarsi al governo per proteggere i torti e dunque, contempla un divieto generale in capo al Congresso di emanare leggi contrastanti con questi principi. Tuttavia, sin dalla sua emanazione, la giurisprudenza delle corti americane ha ritenuto che questi principi dovessero trovare applicazione in tutti i campi dell’ordinamento giudiziario e non dovessero soffrire alcuna limitazione territoriale, dunque che fossero applicabili non solo al Congresso, ma anche a tutte le corti di giustizia dei singoli stati.

Tuttavia, vi è da notare che proprio di recente, nel giugno del 2010, la Corte Suprema americana, pronunciandosi per la prima volta nella storia sulla costituzionalità di misure anti-terrorismo limitative della libertà di manifestazione del pensiero, ha emanato a maggioranza una decisione controversa che, in nome della lotta al terrorismo, sembrerebbe assestare un duro colpo proprio a questa basilare libertà individuale protetta dal primo Emendamento. I casi in questione sono piuttosto famosi e hanno avuto eco anche in Europa: *Holder v Humanitarian Law project*, No. 08-1948; *Humanitarian Law project v Holder*, No. 09-89. Oggetto del ricorso in queste controversie era il cosiddetto “*Material Support Statute*”, una disposizione federale che, in ossequio alla legge antiterrorismo del 1996 denominata “*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*”, qualifica come reato il sostegno materiale, anche se solo a scopo pacifico, ad organizzazioni straniere se il Segretario di Stato le ha qualificate come terroristiche. In particolare, *Humanitarian Law Project* è una ONG (Organizzazione Non Governativa) che opera nel campo della tutela dei diritti umani e, nei casi considerati, lamentava l’impossibilità di svolgere attività umanitarie come quelle consistenti nella preparazione di petizioni ad organizzazioni internazionali, tra cui l’ONU, con lo scopo di risolvere pacificamente i conflitti in corso. In realtà, in queste controversie, la Corte Suprema, nel sanzionare il sostegno materiale a siffatte organizzazioni, seppur svolto, giusto evidenziarlo, solo con scopi pacifici, ha toccato, per la prima volta ed in contrasto con altre sentenze della stessa Corte Suprema, un tasto evidentemente ben più profondo perché, di fatto, si è spinta a sconoscere il Primo Emendamento per quanto riguarda il profilo della libertà di manifestare liberamente le proprie idee da parte dei cittadini americani. Infatti, a quanto afferma la sentenza, questa può essere talvolta diminuita di estensione e subordinata alla sicurezza nazionale e alla legislazione antiterrorismo. La disputa finita dinnanzi alla Corte Suprema riguardava, nel dettaglio, le attività svolte da una serie di associazioni operanti a difesa dei diritti umani, gruppi no-profit e singoli cittadini americani che, nel 2007, avevano beneficiato di una sentenza favorevole della Corte d’Appello di San Francisco che, pronunciandosi in modo opposto a quanto farà poi la Corte Suprema, aveva stabilito che le attività pacifiche di queste associazioni a favore di organizzazioni che il governo americano aveva etichettato come terroristiche, non erano comunque perseguibili. Più nello specifico, si trattava di manifestazioni condotte a sostegno del Partito dei Lavoratori del Kurdistan, (PKK) e del gruppo nazionalista delle Tigri Tamil dello Sri Lanka. Certo, in entrambi i casi, si tratta di organizzazioni indubbiamente peculiari: in particolare, il PKK, pur essendosi costituito sotto la veste di partito politico nel 1978 sotto la guida dello studente di Scienze Politiche Abdullah Ocalan, in realtà è ferocemente osteggiato dal governo turco centrale per la sua attività clandestina e soprattutto perché i suoi membri attivi, che constano dalle 7.000 alle 8.000 unità, operano armati ed hanno come fine ultimo la creazione di uno stato sovrano nel Kurdistan indipendente dalla Turchia e comprendente i territori curdi dell’Iraq, dell’Iran, della Siria e della stessa Turchia; invece, le Tigri Tamil, (LTTE), sono in lotta dal 1970 contro il governo centrale dello Sri Lanka al fine di creare uno stato sovrano socialista Tamil nel nord-est dello Sri Lanka e dunque, anche in questo caso, le rivendicazioni in oggetto, sono di tipo secessionista e l’attività condotta è certamente cruenta. Però, quel che interessa notare in queste controversie, è che la Corte Suprema, applicando la legge antiterrorismo del 1996, rifacendosi alla dichiarazione ufficiale del 1997 di Madleine Albright, allora Segretario di Stato del presidente USA Bill Clinton che aveva affermato che sia il PKK sia le Tigri Tamil sono organizzazioni terroristiche, facendo divieto di prestare “servizi”, “addestramento” e pure “consulenza legale”, ha affermato per la prima volta, con una decisione sofferta a maggioranza di 6 contro 3, che limitazioni alla libera manifestazione del pensiero sono compatibili con questi divieti per il fine ultimo della sicurezza, che sembrerebbe così avere un valore superiore a tutti gli altri. Per un commento, piuttosto duro, su queste sentenze della Corte Suprema si consiglia la lettura di: COLE, *Lotta al terrorismo e libertà di opinione: la Corte Suprema sul caso Holder v. Humanitarian Law Project*, in Quaderni cost., 2010, IV, pp. 852-858.

presenziare alle riunioni dei molteplici organismi che compongono il Governo federale<sup>192</sup>.

Quindi, ricordato che la legge precedente, l'*Administrative Procedure Act* del 1946, non portò i risultati desiderati, causando l'esigenza del passaggio successivo che porta alla nascita del "*Freedom of information Act*" e delimitato opportunamente l'oggetto agli atti in possesso delle agenzie del Governo federale, occorre evidenziarne i pregi che portarono ad un grande apprezzamento a livello globale del FOIA, soprattutto dopo la riforma del 1974 del *Privacy Act*.

Indubbiamente, l'elemento di maggiore novità del FOIA, sin dalla sua versione originaria, quella in vigore a decorrere dal 4 luglio 1967, è il superamento della principale criticità della legge precedente; infatti, stavolta l'accesso è concesso a tutti i cittadini, diventa "*erga omnes*", salta la barriera del coinvolgimento nell'istanza di chi domanda l'accesso anche se, naturalmente, restano in vigore alcune eccezioni. Tuttavia, ecco l'altra grande ventata di novità: tutti i casi eccezionali in cui l'accesso non è consentito, vengono regolamentati e catalogati con puntiglio e rigore, in modo che la normativa risulti molto più efficiente rispetto alla precedente dell'*APA* e non consenta né elusioni né risposte vaghe o dilatorie da parte delle agenzie governative e, soprattutto, in modo da non avere un campo di eccezioni troppo esteso che vanifichi gli intenti di trasparenza della disciplina generale.

E' risaputo che, pur essendo impossibile determinare a priori ed in modo puntuale tutte le fattispecie che faranno poi parte della realtà quotidiana e

---

<sup>192</sup> Si tratta di organi quali comitati, assemblee, commissioni. Di particolare rilievo pare, a chi scrive, la normativa prevista per le agenzie federali. Se infatti prendiamo in considerazione una delle agenzie più note in assoluto, cioè la Commissione Comunicazioni Federali, nota anche come FCC (*Federal Communications Commission*), avente natura giuridica di Autorità Amministrativa Indipendente, emerge uno sforzo verso lo svolgimento trasparente di tutta l'attività di questi enti davvero ragguardevole. In particolare, questa Commissione è un'agenzia federale incaricata di controllare tutti gli usi dello spettro radio non governativi, nonché di tutte le tipologie di comunicazioni interstatali che provengono o sono destinate agli Stati Uniti. Dunque si tratta di un ente di grande importanza, strumento cruciale attraverso il quale gli Stati Uniti gestiscono il complesso mondo delle telecomunicazioni, ivi comprese tutte quelle telefoniche. Per avere un quadro più esaustivo dell'attività di questo ente si consiglia di visualizzare il sito ufficiale: [www.fcc.gov](http://www.fcc.gov). Ebbene, la Commissione federale delle comunicazioni ha ampia autonomia di movimento e, tra le attività più importanti da essa svolte, anche per segnalare la grande diversità con il panorama televisivo italiano, vi è quella di vigilare contro la formazione di monopoli, in quanto ha il compito di vigilare in ordine al fatto che venga rispettata la legge che limita il numero dei canali televisivi attivi posseduti in capo ad un singolo soggetto, ad una quota percentuale massima del 39% delle famiglie americane. Trattandosi di agenzia governativa val la pena segnalare che, anche in questo caso, abbiamo un esempio ulteriore del fatto che la legge americana prevede una normativa apposita, ancora diversa sia rispetto a quella generale contenuta nel FOIA, ma anche diversa da quelle sulla trasparenza che disciplinano l'attività del Presidente Usa o delle Camere che formano il Congresso. Queste disposizioni sono di grande impatto, perché consentono addirittura l'accesso ai cittadini comuni, con solo poche e limitate eccezioni, a tutte e assemblee delle agenzie governative; si tratta di quel complesso di regole chiamate "*Government in the Sunshine Act*". Questo quindi non solo è un altro caso in cui evidentemente non trova applicazione la disciplina sulla trasparenza più famosa per il grande pubblico, quella del FOIA, ma è soprattutto una normativa di grande civiltà da prendere ad esempio per l'altissimo grado di pubblicità e trasparenza che mira ad instaurare nel rapporto con i cittadini.

fattuale, una predeterminazione rigorosa ed esaustiva non poteva che contribuire al buon funzionamento della legge, e infatti ciò si è puntualmente verificato.

Il testo originale del 1967 venne poi modificato da significativi e numerosi emendamenti, ben 17, entrati in vigore il 19 febbraio 1975, nonostante l'opposizione del Presidente di allora Gerald Ford, che ebbero il merito di migliorare ancora la legge sotto più profili, a partire dagli enti tenuti a consentire l'accesso agli atti.

Infatti, gli emendamenti del 1974 hanno in primo luogo esteso notevolmente la nozione di "ente federale", la "agency", con cui si deve intendere: i ministeri, le imprese pubbliche, le imprese sottoposte a controlli governativi di qualunque tipo essi siano, le Commissioni regolatrici indipendenti e gli altri enti appartenenti al potere esecutivo, compreso l'*Executive Office* del Presidente, ma non i suoi consiglieri personali. In assenza di normative apposite, era poi sorto il problema interpretativo inerente questa locuzione, nel senso che ci si era chiesti se il FOIA si dovesse applicare solo allo staff personale del Presidente o anche al Presidente stesso; tali dubbi vennero risolti da una apposita normativa emanata nel 1978, il "*Presidential records act*", che contiene una disciplina, più volte modificata in realtà in senso restrittivo, sia da George Bush<sup>193</sup> che da Barak Obama<sup>194</sup>, che contiene le modalità per accedere anche agli atti posti in essere dal Presidente degli Stati Uniti.

Cosa si deve intendere con agenzia federale? Non basta, nonostante l'ampiezza della nozione, la mera detenzione di dati raccolti da tutti quegli enti privati che, in conseguenza dei finanziamenti pubblici, potrebbero a prima vista, assumere la suddetta veste giuridica di agenzie federali, ma il dato decisivo per questa qualificazione, secondo la giurisprudenza americana, è il fatto che vi sia stato un rilevante coinvolgimento governativo nei dati raccolti.

D'altro canto, la nozione di "agency" si collega certamente a quella di centro di imputazione giuridica, nel senso che non è ammesso un accesso agli atti di qualsiasi ente federale ma solo di quelli che, in relazione al raggiungimento di un sufficiente grado di autonomia nell'assumere le decisioni, possono qualificarsi come autonomi centri di imputazione giuridica.

Ma come funziona il FOIA? Il cuore è rappresentato da uno strumento chiamato "*Federal Register*<sup>195</sup>", un enorme diario federale, nato nel 1935, nel quale ogni

---

<sup>193</sup> Ordine esecutivo 13233 emanato da George Bush Junior il 1 novembre 2001.

<sup>194</sup> Ordine esecutivo 13489 emanato dal Presidente Barak Obama all'inizio del suo mandato, il 21 gennaio 2009.

<sup>195</sup> Per *Federal Register* si intende un immenso deposito dati creato nel 1936, probabilmente l'archivio dati più importante della vita degli Stati Uniti. In esso sono custodite le tracce di un numero smisurato di atti amministrativi, le decisioni delle autorità federali ed anche le proposte di riforma delle leggi e dei regolamenti. Dal 2009 questa immensa banca dati acquista una dimensione elettronica, in quanto si consente a tutti i cittadini di accedere ai dati della pubblica amministrazione on-line. E' quella svolta comunemente nota come *Federal register 2.0* finalizzata a realizzare il grande obiettivo di coinvolgere maggiormente i cittadini americani nell'attività di governo. Si tratta dello sforzo maggiore in atto da parte dell'attuale amministrazione statunitense per rendere più trasparente l'azione di governo e intensificare, tramite l'uso delle nuove tecnologie, il dialogo

ente deve pubblicare determinate informazioni di vario genere utili al cittadino: le descrizioni dell'organigramma dell'ente e dei luoghi dove poter ottenere informazioni in merito all'ente, nonché dei funzionari pubblici a cui rivolgersi per ottenere tali informazioni, le funzioni svolte dai singoli enti, le procedure seguite e gli obiettivi perseguiti, i regolamenti riguardanti i procedimenti adottati dall'ente e le modalità da seguire per partecipare a questi procedimenti.

Come è facile intuire, questa normativa contiene la classica azione di impulso volta a stimolare quegli enti, eventualmente sprovvisti, a dotarsi di regolamenti che riguardino sia le loro attività, sia le modalità di partecipazione ai loro procedimenti amministrativi. Ancora, nel "*Federal Register*" dovranno essere pubblicate norme generali emanate in seguito a delega del potere legislativo e disposizioni interpretative di norme, cioè norme che spieghino al personale dell'ente in che senso intendere il tenore letterale dei comportamenti richiesti e attesi dal personale di ciascun ente, quindi norme che indichino al personale come comportarsi nei vari procedimenti amministrativi, sia d'ufficio sia a istanza di parte.

Volendo tentare un'ardua semplificazione, si sarebbe tentati di affermare che il "*Federal Register*", consentendo di assolvere al classico diritto-dovere dei cittadini di essere informati, assolve ad una funzione analoga a quella delle Gazzette Ufficiali degli Stati europei.

Come accennato, le possibilità offerte dall'informatica hanno poi portato nel 2009 al passo successivo che segna la situazione attuale, il cosiddetto *Federal Register* 2.0, con cui tutte le informazioni accumulate in decenni in questo corposo diario federale sono state messe on-line. Perché questa normativa del FOIA si è rivelata efficace?

Certamente è stato decisivo l'apparato sanzionatorio, in quanto il FOIA riformato, nella versione del 1974, prevede il divieto per gli enti federali di imporre prestazioni sulla base di norme non pubblicate nel *Federal Register*. Vale a dire che, tutte le informazioni che dovevano essere pubblicate nel registro federale, allora solo cartaceo, erano la condizione necessaria sia per svolgere determinati procedimenti di quell'ente proprio in quel dato modo, ma anche per poi pretendere determinati comportamenti dai cittadini, con particolare riferimento alle modalità di partecipazione ai procedimenti stessi. Inoltre, era previsto, coerentemente con la *ratio* del FOIA pensato come strumento informativo, che questa disciplina si applicasse solo ai soggetti realmente non informati. Di conseguenza, se l'ente federale, con onere della prova a suo carico,

---

con i cittadini elettori. Tra l'altro questo intervento ha avuto l'indubbio pregio di superare un evidente problema di voluminosità perché, al momento di immetterlo on-line, le sue dimensioni cartacee erano ormai ingestibili constando di oltre 80.000 pagine!. Questo intervento ha una possibile spiegazione anche a monte perché la storia racconta, senza timori di smentita, che Barak Obama è stato il primo presidente degli Stati Uniti ad essere eletto con un ruolo senza precedenti svolto dalle nuove tecnologie ed in particolare da una mobilitazione dei cittadini avvenuta dal basso mediante il contributo di Internet.

riusciva a dimostrare che il cittadino era in realtà venuto in possesso di quelle informazioni a vario titolo e con strumenti di qualsivoglia fatta, il sorgere di una eventuale controversia avrebbe avuto un esito favorevole all'ente stesso.

Quali sono gli atti sottoponibili all'accesso in base al FOIA, dopo le modifiche decisive del 1974?

- 1) La prima categoria è rappresentata dalle decisioni finali, note anche come “*final opinions*” contenute nel “*Federal Register*”. Questo ha aperto un dibattito interpretativo in relazione agli interni; infatti, posto che per “decisione finale” di un ente si intende un provvedimento che conclude un procedimento amministrativo, sembrava che, sulla base di una interpretazione letterale, dovessero rimanere esclusi tutti gli atti interni del procedimento; ma la scelta interpretativa della Corte Suprema è stata di tipo diverso<sup>196</sup> ed ha consentito al cittadino di visionare anche gli atti interni di un procedimento delle agenzie federali.
- 2) La seconda categoria di atti accessibili attiene decisioni riguardanti la politica dell'ente e interpretazioni di leggi o di regolamenti che, pur essendo state adottate dall'ente, tuttavia non sono contenute nel *Federal Register* e quindi il cittadino, senza questa forma di trasparenza data dall'accesso, non potrebbe mai conoscere né queste decisioni e tantomeno le interpretazioni di leggi e regolamenti sul funzionamento dell'ente stesso.
- 3) Infine, la terza categoria di atti a cui il cittadino può accedere consiste nei manuali che contengono le istruzioni inerenti le modalità di comportamento di coloro che lavorano nell'ente federale ed inoltre, tutte quelle istruzioni al personale che potrebbero essere di utilità per i privati.

In particolare, questa terza categoria di atti necessita di coordinamento con il contemporaneo “*Privacy Act*” del 1974 in quanto, con specifica motivazione, possono essere rimossi dall'ente federale tutti quei dettagli personali eventualmente contenuti nell'atto amministrativo manifestamente inutili per l'obiettivo trasparenza.

In quali modalità si esercita il diritto di accesso sulla base del FOIA? Con una completa assonanza con il legislatore italiano del 1990; le modalità di esercizio di esso consistono nella possibilità di visionare i documenti e di estrarne copia e questo ha un'importante conseguenza: ogni ente federale era tenuto a darsi delle procedure piuttosto semplificate che consentissero di espletare entrambe le

---

<sup>196</sup> Il riferimento è ad una importante sentenza della Corte Suprema del 28 aprile 1975 nel caso *NLRB v Sears, Roebuck e Co*, in cui si sceglie un criterio più estensivo sulla base, tra le altre, della ragione per cui l'emanazione di un provvedimento deve passare anche attraverso la possibilità di comprendere l'iter logico-giuridico che ha portato alla sua emanazione, dunque è necessario poter visionare anche gli atti interni anche per poter verificare se, concretamente, quell'atto che aspira ad essere la decisione finale, cioè il provvedimento conclusivo del procedimento, lo è effettivamente o meno. In conclusione a queste considerazioni, la Corte Suprema ammette che l'accesso possa riguardare anche gli atti interni.

modalità perché, qualora le procedure fossero state troppo complesse, l'ente in questione era tenuto a modificarle semplificandole.

Va poi evidenziato un altro aspetto cruciale che rende questa disciplina così moderna per quei tempi e così imitata, cioè il fatto che in quanto fosse fondata sull'accesso "*erga omnes*", era stata interpretata nel senso che con l'accesso generalizzato si intendesse una possibilità di visione ed estrazione di copia degli atti, svincolato da qualunque esame preventivo dell'ente finalizzato a controllare sia l'interesse e anche le motivazioni che avevano spinto il richiedente a domandare l'accesso medesimo.

Come detto, la disciplina del FOIA prevede un accesso "*erga omnes*", consentito a qualunque cittadino, ed avente oggetto non solo documenti ma, più in generale, atti. Nello specifico, la giurisprudenza americana si è occupata di definire con precisione i soggetti legittimati alla visione ed all'estrazione di copia, specificando il significato del termine "*person*" già nel 1974, subito dopo la prima importante riforma del FOIA, affermando che si deve intendere "individuo, associazione, società, gruppo, od organizzazione pubblica o privata diversa da un ente". Frutto di lavoro giurisprudenziale molto intenso anche il termine "*records*", di cui si adotta un'accezione la più ampia possibile, che ricomprende "atti, documenti, schede perforate, nastri magnetici, microfilms, incisioni sonore, mappe e carte geografiche, diapositive e films. Restano comunque fuori dall'accezione di "*records*" i beni materiali detenuti da un soggetto pubblico con finalità diverse da quelle tipicamente istituzionali, con particolare riferimento ad oggetti, attrezzature e ai veicoli. Naturalmente, l'istanza del cittadino deve comunque avere come obiettivo un oggetto individuato in modo abbastanza preciso e non generico.

Sul piano relativo ai rimedi contro il diniego di accesso, va precisato anzitutto che l'agenzia federale ha un termine breve di dieci giorni effettivi di lavoro per aderire o rigettare la richiesta del richiedente, con obbligo di notificazione della decisione; in caso di rigetto, il cittadino è vincolato pregiudizialmente a presentare ricorso amministrativo ai vertici dell'agenzia federale che ha negato l'accesso e questa è vincolata a tempi stretti, appena venti giorni lavorativi, per pronunciarsi sul ricorso gerarchico, allungabili di soli altri dieci giorni davanti a "circostanze inusuali", che possono essere rappresentate dal fatto che, durante il ricorso ci si è resi conto che l'istanza di accesso era, per esempio, riferita ad atti particolari che si trovavano in una sede fisica diversa da quella naturale di raccolta. Infine, una volta utilizzato il pregiudiziale rimedio in sede amministrativa, il cittadino ha la possibilità di adire anche il ricorso giurisdizionale, che va inoltrato alla corte federale distrettuale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente o di allocazione degli atti o del District of Columbia. Di particolare interesse il fatto che la legge americana prevede che i casi di FOIA abbiano una sorta di priorità, cioè devono essere esaminati e decisi con priorità rispetto ad altre situazioni contenute nei registri giudiziari.

## 9. Le eccezioni nel FOIA americano

L'accesso generalizzato ai "records" fondata solo su un'istanza con un oggetto ben delineato e a prescindere da particolari requisiti di legittimazione, non significa che il FOIA americano non contempli fattispecie di atti per i quali vige un divieto di accesso; sono le famose 9 "exemptions", intorno alle quali si è incentrato l'operato più intenso della giurisprudenza americana, per cercare di delimitare il campo e di chiarire il significato letterale di ciascuna di esse.

Va premesso che il campo delle eccezioni ha dato luogo ad una giurisprudenza complessa, anche perché si è trovata a dover contemperare due esigenze tra di loro contrapposte, quella di trasparenza con le aspirazioni individuali di riservatezza. Dunque, accanto alle esigenze interpretative delle "exemptions" si è sovrapposta ed affiancata un'altra istanza altrettanto importante, ovverossia la necessità di dare una risposta ad un grande numero di impugnazioni che molti privati hanno cominciato ad effettuare, con lo scopo di impedire che, in nome del principio di trasparenza di cui è pervaso il FOIA, talune informazioni riservate e personali che essi avevano rilasciato alle agenzie federali, finissero divulgate tramite la pubblicazione nel famigerato e sterminato "Federal Register".

Tra l'altro, queste impugnazioni hanno dato luogo a problemi di fondamento giuridico, nel senso che ci si è chiesti come fosse possibile che, nel momento in cui si riconosce nel FOIA una pietra miliare con l'obiettivo trasparenza e, tra l'altro, laddove si constati che, proprio a questo fine la Suprema Corte americana e le corti ordinarie hanno tentato in via interpretativa, per quanto e dove fosse possibile, di limitare l'estensione delle eccezioni, lo stesso FOIA potesse essere utilizzato come lo strumento base di appiglio giuridico per giustificare quei ricorsi dei privati che avevano, invece, come obiettivo quello diametralmente opposto: la riservatezza.

Il numero dei ricorsi con lo scopo della privacy si era fatto così consistente, che il problema del fondamento giuridico dei ricorsi con tale obiettivo doveva essere risolto; fu la stessa Corte Suprema ad inaugurare nel 1977 un orientamento confermato negli anni avvenire, in cui affermava che il fondamento di queste impugnative dovesse ravvisarsi in fonti normative diverse dal FOIA, "Administrative Procedure Act", o più propriamente nel "Privacy Act" del 1974.

1) La prima categoria di eccezioni è forse la più delicata, attiene tutti quegli atti che un "executive order"<sup>197</sup> abbia espressamente autorizzato a rimanere riservati

---

<sup>197</sup> Per "executive order" si intendono, in generale, quei casi in cui il Presidente degli Stati Uniti esercita eccezionalmente il potere legislativo tramite una delega conferitagli eccezionalmente dal Congresso tramite l'emanazione di una legge. Sono dunque ipotesi eccezionali di legislazione delegata dal potere legislativo a quello esecutivo, che si traducono nell'emanazione di decreti presidenziali da parte del Presidente degli Stati Uniti. Non sono disciplinati dalla Costituzione americana e, attraverso questi, il Presidente normalmente fornisce

nell'interesse della difesa nazionale o della politica estera. Si tratta di una categoria molto delicata nei confronti della quale la stessa Corte Suprema ha mostrato molta deferenza e altrettanto timore<sup>198</sup>. Sembra che il dato fondamentale per stabilire se l'atto deve rimanere segreto in pendenza di un "executive order" sia il contenuto stesso del decreto presidenziale, purché questo sia ragionevolmente motivato e dettagliato e non contraddetto da altro materiale probatorio di segno opposto o, peggio ancora, da segni di palese malafede da parte dell'amministrazione;

2) quegli atti o questioni che fanno esclusivo riferimento al funzionamento interno dell'ente;

3) quelle questioni contenute in atti per cui vi sono leggi federali che ne vietino il rilascio, o per cui indichino che vi sono delle tipologie di materie sottratte al rilascio; in questo caso si è guardato alle leggi federali passate nel senso che, se esistono leggi federali ancora vigenti che hanno stabilito che certi atti delle agenzie federali devono rimanere segreti, è giusto che queste leggi facciano ancora fede, sino a quando non verranno abrogate. Il punto più controverso relativo a questa categoria di eccezioni è stato ed è, ancora oggi, l'interpretazione dei testi, nel senso che talune leggi federali sollevano dubbi in merito e non si capisce bene se siano rivolte soprattutto verso il segreto o la divulgazione degli atti;

---

direttive al governo o effettua l'interpretazione di una legge già vigente. Sul piano delle fonti, sembra di poter affermare che queste direttive non divengono fonti normative in senso stretto.

<sup>198</sup> Un caso passato alla storia in relazione ai rapporti tra FOIA e riservatezza è quello riguardante "*Weinberger v. Catholic Action of Hawaii/Peace Education Project*", sentenza n. 78-0085 del 1979, che testimonia la deferenza della Corte Suprema nel trattare questa eccezione alla trasparenza. E' una chiara stella polare indicatrice di una tendenza, quantomeno nei settori della difesa nazionale e della politica estera, della preferenza della giurisprudenza ad accordare un certo margine di discrezionalità in capo alle agenzie federali, in relazione alla scelta di divulgare o meno le notizie riservate e questo rende tale eccezione di difficile decifrazione e presumibilmente ampia, comunque dai confini incerti. Nel caso di specie, infatti, la Corte Suprema respinge le richieste di visionare documenti inerenti informazioni ambientali avanzata da due Organizzazioni Non Governative, la *Catholic Action of Hawaii* e la *Peace Education Project*, nei confronti del dipartimento alla difesa degli Stati Uniti sostenendo che, pur esistendo in capo all'amministrazione un obbligo di impatto ambientale, tuttavia questa non era tenuta a divulgare le informazioni in esso contenute perché si rientrava in una delle eccezioni alla trasparenza contenute nel FOIA. Interessante notare l'atteggiamento oscillatorio e contraddittorio della Corte Suprema che, invece, nel 1977 aveva inaugurato un orientamento differente in base al quale il fondamento giuridico del diritto alla riservatezza non potesse essere rappresentato dal FOIA, perché in esso si doveva identificare solo il riferimento normativo cardine della trasparenza. Ma tant'è: le contraddizioni giuridiche non sono certo una specificità tutta italiana. E comunque, tralasciando questo profilo, è importante vedere le ragioni di questa scelta: il cardine delle motivazioni della Corte Suprema è rappresentato, come sempre nella storia del rapporto inevitabilmente contrapposto tra segreto e trasparenza, dall'interesse pubblico: infatti i giudici affermano che, pur esistendo in base al FOIA limiti ridotti alla trasparenza, questi sono giustificati dal FOIA stesso se, nella situazione concreta, si rivelano necessari per un funzionamento più efficiente dell'agenzia federale in relazione alla necessità di tutelare nel miglior modo possibile l'interesse pubblico, il quale potrebbe essere invece ostacolato dalla pubblicazione dettagliata di certe informazioni. Il caso è importante perché è stato ritenuto paradigmatico, cioè estendibile a tutte le agenzie federali nei confronti delle quali sia stato emanato un decreto presidenziale che imponga la segretezza di determinate notizie. Per una veloce panoramica sui rapporti tra accesso e trasparenza, si consiglia anche di consultare la fonte on-line: [www.diritto.it](http://www.diritto.it), in cui compare un articolo di Gianluca Sgueo del 2008 che, affrontando il tema specifico della trasparenza negli Stati Uniti in materia di sicurezza degli alimenti, contiene anche notizie più generali sulla disciplina della riservatezza negli Stati Uniti.



4) atti contenenti segreti commerciali o finanziari o comunque informazione di questa natura, ottenute da privati aventi carattere privilegiato o confidenziale. La giurisprudenza è stata oscillante su questa categoria di eccezioni, da un approccio restrittivo e rispettoso del FOIA, generalmente fondato sull'idea che la fonte, in genere, sia confidenziale quando la sua divulgazione potrebbe compromettere in misura decisiva il carattere concorrenziale di essa, ad approcci a maglie larghe quali quelli fondati sul fatto che la rivelazione della notizia debba essere impedita sulla base del meno grave presupposto, rappresentato da un pregiudizio all'efficienza dell'attività amministrativa dell'agenzia federale medesima;

5) *memorandum* di un'agenzia o atti interni tra agenzie, che non sarebbero disponibili neppure nel corso di un'eventuale controversia processuale tra la stessa agenzia, soggetto pubblico, ed il cittadino, soggetto privato. Vanno sottolineate due esigenze che motivano la riservatezza di questi atti: una è quella di salvaguardare la piena indipendenza e la libertà degli indirizzi di politica legislativa delle agenzie; l'altra, spiegata negli anni dalla Corte Suprema, è quella per cui gli atti che l'ufficio legale dell'agenzia federale prepara per la difesa nel corso di un processo sono particolarmente riservati e devono essere considerati esenti da divulgazione, anche a conclusione della stessa controversia. Più in generale, la Corte Suprema ha spiegato più volte che l'accesso è comunque consentito per gli atti endoprocedimentali, ad eccezione di questi atti particolari la cui riservatezza s'inquadra in una posizione di privilegio che, da sempre, deve essere riconosciuta agli organi del potere esecutivo nel corso di una controversia, sotto il profilo della pretesa di prendere visione dei suoi documenti. E' evidente che a questo privilegio non è estranea la considerazione che le agenzie federali sono enti amministrativi che perseguono un interesse pubblico e non meramente privatistico e questo profilo motiva la particolare cautela che, nel corso di un eventuale processo, si consente all'ente in materia di "discovery";

6) dati personali o medici che, attraverso la pubblicazione, vedrebbero compromesso il diritto alla riservatezza dei cittadini interessati. Su questa categoria l'orientamento giurisprudenziale è stato abbastanza estensivo, nel senso che il bilanciamento tra trasparenza e privacy è avvenuto con un occhio di riguardo per quest'ultima, in quanto nella categoria dei dati medici sono confluiti anche quelli assimilabili ai medesimi dati personali;

7) tutte quelle informazioni raccolte per ragioni processuali, a condizione che questo rilascio ostacoli il corretto esercizio dell'azione penale, comprimendo indebitamente il diritto ad un giusto processo, costituisca violazione indebita del diritto alla riservatezza, sveli l'identità di fonti confidenziali detenute da una sola fonte, riveli tecniche investigative o metta in pericolo la vita del personale dell'agenzia. La linea interpretativa della giurisprudenza si è ormai stabilizzata sull'uso del principio di ragionevolezza nel senso che, in tutti i casi in cui si può

ragionevolmente supporre che la rivelazione di queste notizie costituisca ostacolo ad un proficuo esercizio da parte del giudice titolare dell'azione penale, ebbene, in tali ipotesi la rivelazione non deve essere consentita;

8) atti che servono per controllare il regolare funzionamento delle istituzioni finanziarie, in relazione ai quali non vi sono state particolari dispute nella storia della giurisprudenza americana;

9) infine, l'ultima delle 9 categorie di eccezioni, anch'essa accettata abbastanza pacificamente dalle corti americane senza controversie accese, riguarda gli atti geologici o geofisici concernenti il patrimonio minerario.

A conclusione di questa rassegna sulle eccezioni contenute nel FOIA con qualche nota, inevitabilmente sintetica sul dibattito giurisprudenziale che queste hanno animato, va naturalmente ricordato che, negli anni, la normativa generale si è intrecciata con quella settoriale dando luogo a percorsi estremamente complessi, come è il caso, tanto per fare almeno un esempio, della necessità di coordinare il FOIA con la disciplina specifica del "*Civil Service Reform Act*<sup>199</sup>".

### ***10. Il diritto di accesso fa ingresso nell'ordinamento italiano: confronto tra il disegno di legge Nigro e la legge n. 241/1990***

Il quadro normativo che si era posto davanti alla Sottocommissione Nigro prima di presentare il disegno di legge sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, era assai frammentario ed inadeguato, se vogliamo anche risalente<sup>200</sup>, comunque limitato o a specifiche discipline di settore<sup>201</sup> o, ancora, assai più di recente ed in tempi oramai prossimi all'emanazione della legge 241, a materie dove vi era, evidentemente, una sensibilità più elevata per la particolare rilevanza dell'interesse coinvolto e quindi dove il segreto pareva meno digeribile. E' il caso della materia ambientale<sup>202</sup> oppure, nel tentativo di

---

<sup>199</sup> In questa legge di settore del 1978, avente ad oggetto la possibilità di licenziare un dipendente pubblico per condotta immorale, indecente o scandalosa e ricordata soprattutto per la interpretazione della giurisprudenza americana che, sebbene non vi fosse un riferimento espresso, ha ritenuto che in essa fosse individuabile per la prima volta un divieto di licenziamento per ragioni di omosessualità, sono contenute specifiche sanzioni disciplinari per i dipendenti pubblici che procedano a pubblicazione, non autorizzata, di informazioni riservate riguardanti i cittadini.

<sup>200</sup> Se volessimo utilizzare il criterio cronologico, potremmo affermare che la prima norma in assoluto che si occupa di diritto di accesso nell'ordinamento giuridico italiano è l'art. 62, comma 5° e 7° del Testo Unico 3 marzo 1934, n. 383, così come sostituito dall'art. 21 della legge 9 luglio 1947, n. 530, in cui si afferma che i contribuenti possono avere le copie delle deliberazioni dei consigli comunali e di quelle adottate dalla Giunta in via d'urgenza con i poteri del Consiglio, nonché dei regolamenti comunali, previo pagamento dei diritti di segreteria.

<sup>201</sup> E' bene ricordare che una primordiale modalità di accesso è rinvenibile anche presso l'art. 15 del Testo Unico 10 gennaio 1957, n. 3, il Testo Unico posto in materia di impiegati civili dello Stato, il quale, dopo avere ribadito nel primo comma la vigenza del segreto d'ufficio e l'obbligo di rispettarlo in capo all'impiegato pubblico, invece, nel secondo comma, prevede una significativa apertura: "Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio, nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio".

<sup>202</sup> Il riferimento è alla legge 8 luglio 1986, n. 349, art. 14, 3° comma che prevede testualmente: "Qualunque cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili". La disciplina contenuta in questa legge, meglio nota come quella istitutiva del Ministero dell'Ambiente, è di particolare interesse perché in

rendere più limpido il rapporto tra le amministrazioni periferiche e i cittadini, di una normativa del 1985 in materia di enti locali<sup>203</sup>. Non certamente da

---

essa, con anticipo di ben 4 anni rispetto al legislatore del 1990, vi è l'attribuzione in capo a chi ne formuli la richiesta della possibilità di accedere alle informazioni ambientali e questo, addirittura, senza una previa verifica della posizione soggettiva di chi formuli l'istanza medesima, cioè senza che la P. A. possa preventivamente verificare se l'interesse di chi domanda di accedere ai dati ambientali sia in qualche modo collegato al documento contenente le informazioni ambientali medesime, la P. A. deve adeguarsi e acconsentire all'accesso senza discussioni. Interessante notare che questa disciplina, modernissima nel suo contenuto, riprende, nella sostanza, le conclusioni della Sottocommissione Nigro che, con la lente d'osservazione puntata verso il modello del FOIA statunitense, aveva ipotizzato nel suo disegno di legge inerente la questione dell'accesso ai documenti nel corso di un procedimento amministrativo, un regime giuridico completamente svincolato dall'esistenza di un preciso legame tra l'interesse del singolo ad accedere e l'atto di cui si domanda la visione, quasi come se, nella propria coscienza, il legislatore sapesse che, per favorire rapporti trasparenti tra cittadini e pubblici poteri, quello di aprire finalmente i propri documenti alla visione degli amministrati fosse un punto cruciale. Però, non si era ancora pronti alla novità epocale ed infatti, l'eccessiva modernità di questa legge del 1986, antecedente di ben 4 anni la stessa legge n. 241/1990 che sancisce, a determinate condizioni, l'accesso ai documenti, aveva diviso la dottrina dell'epoca, perché taluni ritenevano che l'art. 14, comma 3° avesse invero introdotto solo un mero principio generale di pubblicità delle informazioni ambientali. E' evidente che, culturalmente, le amministrazioni non erano ancora pronte ad un salto di qualità normativo che generalizzasse, seppur settorialmente in materia di solo ambiente, la possibilità di un libero accesso a qualsiasi informazione in capo al cittadino. Questa lettura restrittiva dell'art. 14, 3° comma, era invero stata favorita dalla parte finale della disposizione medesima che recita anche "in conformità alle leggi vigenti", che imporrebbe di rapportare la norma a tutto il sistema complessivo ed allora risulta chiaro che, siccome il quadro giuridico del 1986 non prevedeva un principio generale di accesso alle informazioni in possesso dei pubblici poteri, si rifletteva nel senso che il carattere vincolante della disposizione non poteva che essere rimesso ad una futura emanazione di regolamenti attuativi che effettivamente confermassero questo carattere cogente e che, nei fatti, vincolassero le amministrazioni a concedere la visione dei documenti contenenti le informazioni ambientali, in modo del tutto libero, a qualunque cittadino ne facesse richiesta. Solo che, la futura attesa disciplina di dettaglio contenuta nei regolamenti attuativi non venne mai emanata e quindi, secondo questa ricostruzione, viene del tutto depotenziata la portata rivoluzionaria della disposizione, non verrebbe introdotto alcun diritto soggettivo del cittadino e ci si troverebbe solo davanti ad un mero principio generale di pubblicità delle informazioni ambientali. Tuttavia, altri autori interpretarono la locuzione "in conformità alle leggi vigenti" in modo ben più pregnante ritenendo, al contrario, che la norma attribuisse, invece, un generale diritto soggettivo di accesso alle informazioni ambientali, con la sola esclusione di accesso nei casi in cui espressamente la legge lo prevedesse. Con lo sguardo odierno, alla luce dell'evoluzione normativa dei 25 anni successivi, l'interpretazione preferibile sembra quella del valore cogente dell'art. 14, comma 3°, anche perché fa specie immaginare che il legislatore dell'epoca fosse così ingenuo da non rendersi conto che una disciplina tanto innovativa, se privata di forza precettiva, risulterebbe del tutto inutile, lettera morta. A queste conclusioni, a ben vedere, si giunge sia riflettendo sulla legge introduttiva del procedimento, ma anche sugli sviluppi contemporanei delle vicende dell'accesso alle informazioni ambientali avutisi, dopo vari passaggi, per effetto del decreto legislativo 195/2005. Infatti, in materia di legge sul procedimento, nonostante tutte le contraddizioni e i passi indietro avutisi per effetto della legge n. 15 del 2005, è comunque indiscutibile che il valore centrale dell'accesso ai documenti sia avvertito anche dal legislatore. A conclusioni ancora più decise si può giungere se si esamina il decreto legislativo 195/2005 : esso infatti ha tra i punti qualificanti quello concernente l'accesso all'informazione ambientale su richiesta, cioè il cittadino non è tenuto a provare l'esistenza di un interesse ben definito tra l'istanza di accesso ed un suo diritto o interesse da tutelare, è semplicemente sufficiente un generico interesse allo stato dell'ambiente, perché l'informazione possa essere visionata e, a distanza di 25 anni, questa normativa introdotta, seppur settoriale, conferma la bontà dell'interpretazione precettiva della legge 349/1986 la cui colpa pare, con gli occhi di oggi, solo l'eccessiva modernità.

<sup>203</sup> Il riferimento è stavolta rappresentato dalla legge 27 dicembre 1985 n. 816, intitolata ad aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali, la quale nell'art. 25 attribuisce, senza alcuna qualificazione sul piano dell'interesse, il diritto di tutti i cittadini a prendere visione dei documenti di un grande numero di enti locali: Comuni, Province, Consigli Circoscrizionali, aziende speciali di enti territoriali, Unità sanitarie locali, Comunità montane. In questo secondo caso, i problemi interpretativi sono stati minori, sia perché la norma parla di provvedimenti e non di documenti in generale, quindi sembrerebbe che ci sia una limitazione alla sola tipologia di atti amministrativi, consistente nei provvedimenti, sia perché la disciplina in questione, affermando testualmente che "Le amministrazioni disciplinano con proprio regolamento l'esercizio di tale diritto", di fatto rinvia la concreta attuazione di questa legge a futuri regolamenti attuativi di cui si dovranno dotare le singole

dimenticare la posizione della dottrina precedente al 1990 che, pur agganciandosi ai pochi dati normativi esistenti, li aveva ritenuti comunque, di per se sufficienti, anche in assenza di quelle norme che costituiranno la disciplina dell'accesso ex artt. 22 e seguenti della stessa legge 241, per affermare l'esistenza di un diritto generalizzato di accesso agli atti amministrativi<sup>204</sup>.

Peraltro, nella stessa dottrina pur meritevole della configurazione di un diritto d'accesso non settoriale nel nostro ordinamento in assenza di una normativa generale, esistevano ancora, quando ormai si era entrati negli anni '80, divisioni sul fondamento costituzionale del diritto di accesso che dequonavano in definitiva la sua forza. Infatti, taluni autori<sup>205</sup>, tra cui Giannini e Loiodice, sostenevano che l'accesso rappresenterebbe uno sviluppo del diritto di informazione e deriverebbe sia dall'art. 21 della Costituzione sulla libertà di manifestazione del pensiero, ma anche da tutti quei precetti costituzionali che tutelano l'iniziativa privata, le libertà e la ricerca scientifica. Altri giuristi, tra cui soprattutto Gregorio Arena<sup>206</sup>, erano invece convinti che l'accesso avesse un fondamento costituzionale ben più pregnante, in quanto fosse una significativa espressione della stessa scelta dell'Italia di essere una democrazia, quindi avesse origini nel principio democratico e, allo stesso tempo, era la manifestazione più visibile del principio di pubblicità.

Comunque, a testimonianza del fatto che il legislatore era ormai rimasto troppo indietro, va ricordato che sulle stesse posizioni di segno positivo in tema di riconoscimento di un principio generale che consentirebbe di accedere agli atti amministrativi anche oltre le limitate discipline settoriali, si era allineata la giurisprudenza amministrativa<sup>207</sup>, ma anche quella civile<sup>208</sup>. La leva che utilizzava più spesso la giurisprudenza in mancanza di una disciplina apposita era rappresentata dall'uso di quella norma settoriale, l'art. 15 II comma del Testo Unico n. 3 del 1957 sugli impiegati civili dello Stato, che disponeva in capo all'impiegato dell'ufficio la facoltà di rilasciare copie o estratti di documenti a chi ne avesse interesse, per trarre la conclusione dell'esistenza di un principio generale che valesse per tutto l'apparato amministrativo.

Eppure, nonostante i continui ritardi a legiferare in materia, il problema in quegli anni '80 doveva sicuramente essere fortemente avvertito anche dal titubante legislatore, se è vero che nel 1985 vi fu, addirittura, una proposta di riforma della Costituzione formulata dalla Commissione Bozzi<sup>209</sup>. D'altronde, pur nella

---

amministrazioni e questo fatto certamente sminuisce la sua portata rivoluzionaria e sembra anzi ridimensionarla a mera norma di principio.

<sup>204</sup> B. SELLERI, *Profili operativi del diritto di accesso agli atti amministrativi*, in *Il Foro Amm.*, 1987, p. 3359.

<sup>205</sup> M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981.

<sup>206</sup> G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, op. cit., II, Padova, 1984, p. 482.

<sup>207</sup> Cons. St., 10 giugno 1980, n. 22, in *Il Cons. St.*, 1980, I, p. 816.

<sup>208</sup> Cass., 3 marzo 1961, n. 456, in *Il Foro Amm.*, 1961, II, p. 155.

<sup>209</sup> La Commissione Bozzi è quella che viene anche ricordata come Commissione parlamentare per le riforme istituzionali. Essa nel 1985 aveva proposto di intervenire direttamente, incidendo sulle norme fondamentali del

consapevolezza dell'importanza del tema in questione, un tentativo di ricostruire dagli albori i numerosi disegni di legge andati a vuoto e aventi a oggetto il tentativo di dare vita ad una legge che tentasse di avviare la trasparenza nell'azione amministrativa, è materia così onerosa che richiederebbe bel altri spazi<sup>210</sup>.

La ricognizione settoriale, tra l'altro contrassegnata dalla parzialità e lacunosità di queste discipline, è l'ulteriore conferma del fatto che, l'ordinamento italiano, nonostante l'ormai pluridecennale inadeguatezza di questa situazione con il quadro costituzionale, fosse ancora ispirato al principio del segreto amministrativo anche in tempi in cui si è ormai alla vigilia di quella legge n. 241/1990 che, impropriamente, viene definita legge sul procedimento.

Un ulteriore aspetto problematico, che la dottrina più avveduta non aveva mancato di sottolineare<sup>211</sup>, era poi il fatto che il legislatore si era ormai convinto che la disciplina del diritto di accesso non potesse essere trattata separatamente, con una legge apposita, ma dovesse essere per forza inserita nell'ambito di una più ampia legge sul procedimento; questo aspetto, se da un lato è più che comprensibile perché tradisce l'ansia di colmare una grande lacuna giuridica storica, da un altro lato ha però rappresentato un freno, una sorta di zavorra all'accesso, perché è ovvio che emanare una legge organica su tutta l'attività amministrativa era una operazione assai più difficoltosa, a causa di tutte le molteplici implicazioni che ne sarebbero inevitabilmente derivate, rispetto ad una disciplina che regolasse il solo, seppur fondamentale, diritto di accesso. Questo aspetto non è così secondario come superficialmente potrebbe apparire perché, nella realtà concreta, ha contribuito non poco a cagionare i ritardi con cui la disciplina è stata emanata, quale micromondo del complesso ben più ampio inerente molteplici profili dell'attività amministrativa.

In questo contesto giuridico e culturale, certamente contraddittorio, tra sollecitazioni dottrinali, limitate aperture di settore e una tradizione ultrasecolare di imperio del segreto, la Sottocommissione Nigro, insediata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, cominciò a lavorare sin dal 1984 e, dopo un primo tentativo andato a vuoto, nello stesso 1984 diede vita a due disegni di legge, il primo recante "Disposizioni dirette a migliorare i rapporti tra cittadino e

---

nostro ordinamento, attraverso la proposta, formulata nel paragrafo 8.3, di introduzione nella Costituzione di un art. 21-bis, ovviamente quale ideale complemento del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, contenuto nel precedente art. 21, contemplante un diritto costituzionale nuovo, solo nominalmente, perché in realtà pienamente coerente con tutto l'assetto delle disposizioni primarie della Carta: il diritto all'informazione e all'accesso ai documenti amministrativi. Questa relazione è particolarmente importante, perché nel paragrafo 10.1, dedicato espressamente all'amministrazione, ha il merito di privilegiare, a tutto tondo, il profilo delle connessioni tra un'amministrazione moderna ed il principio democratico, auspicando che sia assicurata "una piena trasparenza della pubblica amministrazione e dei suoi procedimenti, in modo da consentire il più ampio controllo democratico da parte dei cittadini".

<sup>210</sup> Per un quadro sui primi tentativi di realizzare una legge organica che disciplini l'attività amministrativa e il diritto di accesso, si rinvia alla consultazione di: F. TERESI, *Partecipazione e pubblicità nelle proposte di legge sull'azione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1975, p. 519 ss..

<sup>211</sup> M. S. GIANNINI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 169.

pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa", il secondo intitolato "Diritto di accesso ai documenti amministrativi". I due testi, poi, vennero rielaborati e trasfusi in un disegno unitario, che venne presentato alle Camere il 9 novembre 1987<sup>212</sup>. Da qui, però, cominciò un percorso molto lungo e tormentato durato oltre due anni e mezzo, tra ritardi e palesi ritrosie del legislatore, per adeguarsi alle esigenze fissate da decenni dal quadro costituzionale, come, tra l'altro, notò lo stesso Mario Nigro in un noto e lucido intervento effettuato nel 1988 durante un convegno presso Messina-Taormina<sup>213</sup>.

Il disegno di legge originario subì molti emendamenti che ne mutarono sia lo spirito che alcuni aspetti sostanziali, modifiche intervenute tanto presso gli uffici legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ma anche in seguito ad un parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, sino ad arrivare all'agosto del 1990 allorquando viene emanata la legge n. 241 che, erroneamente, la si continua a qualificare come una norma di procedura amministrativa ma, in realtà, è diversa da un codice di rito vero e proprio, perché contiene norme che introducono nel sistema alcuni principi che regolamentano l'azione amministrativa.

Ma qual era il fulcro del disegno di legge della Sottocommissione Nigro in materia di diritto di accesso? Aveva scelto come asse teorico portante dell'intero Capo V della legge sul procedimento una concezione reale ed oggettiva del segreto, fondata cioè sul caposaldo del diritto di accesso ai documenti amministrativi, consentito in via generalizzata per tutti i cittadini sul modello del FOIA americano, a prescindere da particolari qualificazioni soggettive riguardanti la titolarità dell'interesse, con l'eccezione dell'individuazione di talune categorie di determinati interessi così particolari, che la tutela poteva essere assicurata soltanto imponendo il segreto su quelle informazioni da chiunque fossero detenute e a chiunque ne facesse esplicita richiesta.

Come si arriva, dal disegno di legge, a formulare questa concezione oggettiva del segreto? In effetti, nella visione di Nigro e dei suoi collaboratori, l'esclusione di determinate categorie di documenti all'accesso doveva prescindere dalle caratteristiche soggettive del richiedente, per via della particolare tipologia dell'interesse; certo, la Sottocommissione avrebbe potuto tentare di percorrere anche un'altra strada, quella di individuare un lungo elenco di documenti sottratti all'accesso. Solo che ci si rese immediatamente conto della circostanza che un catalogo siffatto, per quanto si potesse tentare di realizzarlo in modo quanto mai rigoroso ed esaustivo, sarebbe stato inevitabilmente sottoposto all'inesorabile logorio del tempo, con il rischio

---

<sup>212</sup> Il testo del disegno di legge unificato è stato pubblicato, assieme al parere n. 7/87 espresso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato in data 17 febbraio 1987, ed è variamente reperibile: *Il Cons. St.*, 1987, II, p. 525, *Il Foro It.*, 1988, III, p. 22.

<sup>213</sup> M. NIGRO, *Relazione al convegno di Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, p. 3 ss..

concreto della obsolescenza e con la conseguente necessità di porvi periodicamente mano per adeguarlo alla mutata realtà fattuale.

Ecco perché, nel disegno di legge si sceglie la diversa strada del forte ridimensionamento del segreto, tramite l'elaborazione del cosiddetto segreto oggettivo, cioè l'individuazione di talune e limitate grandi categorie di segreti, non solo pubblici ma anche privatistici, i primi quali quello concernente la sicurezza o le relazioni internazionali, la politica monetaria o valutaria, l'ordine pubblico e la repressione della criminalità o ancora, per passare ad interessi privatistici, quelli inerenti la riservatezza di persone, gruppi o imprese, destinati a rimanere segreti per qualunque cittadino.

L'altra faccia di questa impostazione era la coerente conclusione che, al di là di queste poche grandi categorie di documenti tutelabili solo mediante il segreto, l'accesso dovesse essere accordato, in via generale, a qualunque cittadino che facesse richiesta di visione del documento, senza vincolarlo a dimostrare l'esistenza di un particolare interesse alla consultazione delle informazioni medesime.

Come si può intuire, si tratta tra l'altro di un meccanismo che avrebbe avuto, se il legislatore lo avesse accolto, il pregio della semplicità, perché le amministrazioni non si sarebbero dovute preoccupare dell'eventuale esistenza o meno di un qualsivoglia legame tra l'esistenza di un interesse del richiedente con la sua richiesta di informazioni, ma avrebbero dovuto limitarsi ad una verifica in ordine al fatto che i documenti richiesti non contenessero notizie in grado di danneggiare le generali e grandi categorie di interessi oggetto di esclusione generalizzata dall'accesso, contenute nell'art. 24 della legge n. 241 del 1990; se, all'esame di tali documenti, non vi era alcuna notizia avente questa portata lesiva, avrebbero dovuto concedere l'accesso, in caso contrario, negarlo. Come abbia agito il legislatore del 1990 è storia arcinota e esaminata con molteplici spunti di visuale, anche critica, da ampia dottrina<sup>214</sup>. Ha introdotto, invece, numerose restrizioni di tipo soggettivo modificando lo spirito originario del disegno di legge della Sottocommissione Nigro, come emerge dalla lettura

---

<sup>214</sup> La dottrina italiana ha studiato con grande ricchezza argomentativa il diritto di accesso ai documenti amministrativi, anche e soprattutto, per il suo rapporto certamente privilegiato con il fine trasparenza. Tra le tante fonti: G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *L'accesso ai documenti amministrativi* a cura di Arena, Bologna, 1991, cit., pp. 15-93; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso? Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso*, in *Dir. amm.*, n. 2, 1995, pp. 315 ss.; L. A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova 1998; E. PICOZZA, *Finalmente la legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Corr. giur.*, p. 1045 ss; P. CARNEVALE, *Note e considerazioni sulla disciplina del procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1990, p. 321 ss; inoltre, per compiere una riflessione sui rapporti tra il diritto di accesso e la trasparenza, prima dell'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990 n. 241, si consiglia, G. VIRGA, *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale del diritto di accesso agli atti amministrativi*, in *Nuova rass di leg. dottr. giur.*, 1989, pp. 2118-2132. Infine, per un inquadramento complessivo di tutto il fenomeno della trasparenza amministrativa, sia generale, che settoriale ed anche comparato, pare imprescindibile: AA. VV., *La trasparenza amministrativa*, a cura di Francesco Merloni, Milano, 2008.

della versione originaria dell'art. 22, I° comma della 241 che attribuiva il diritto di accesso ai documenti solo a “chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti...”, in un quadro nel quale l'apertura totale è solo apparente, come si ricava dall'esordio della norma. Infatti, la locuzione “Chiunque vi abbia interesse” fa addirittura presagire un'apertura maggiore e un superamento nelle potenzialità del dettato normativo rispetto allo stesso disegno di legge che limitava il diritto di accesso ai soli cittadini. Invece, con l'uso del termine “chiunque” l'art. 22 della legge 241 estendeva il riconoscimento anche agli stranieri e agli apolidi.

Solo che, le molte speranze vengono immediatamente ridimensionate dal fatto che la legge, parlando di “tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”, sembra collegare e comprimere in modo inequivocabile l'esercizio del diritto di accesso, perché lo limita alla titolarità di una posizione giuridica di vantaggio rilevante per l'ordinamento. Questo quadro critico non va tuttavia estremizzato, come ha fatto una voce isolata della dottrina<sup>215</sup> che, partendo da una interpretazione di senso comune dell'attributo rilevanti nel senso di equivalente a “situazioni significative”, “importanti”, è giunto sino all'estremo di svuotare completamente di valore l'istituto. E' stato inoltre autorevolmente sostenuto<sup>216</sup>, nel tentativo di conferire alla normativa in esame la massima estensione possibile, che quella formulazione renderebbe legittima l'istanza in tutti quei casi in cui la domanda di accesso superasse la soglia minima della mera curiosità che, evidentemente, avrebbe come principale controindicazione il difetto di rallentare il funzionamento della già complessa macchina organizzativa dell'amministrazione.

D'altronde, l'unico dato incontrovertibile nel tentativo compiuto dalla dottrina di effettuare un'esegesi della norma nel periodo immediatamente successivo rispetto all'emanazione, è l'estrema genericità dell'attributo “rilevante” contenuto nell'art 22, così imperscrutabile che alcuni autori<sup>217</sup> hanno ipotizzato una chiave interpretativa di segno fortemente restrittivo, altri, invece, hanno

---

<sup>215</sup> G. TARANTINI, *Pubblicità degli atti e diritto di accesso*, in AA. VV., *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso*, Napoli, 1991 pp. 50-51, in cui l'autore, l'unico per la verità in dottrina, arriva a sostenere la tesi in forza della quale l'art. 22 riconosce all'amministrazione un potere di apprezzamento discrezionale, in merito al riconoscimento o meno della posizione vantata dal privato.

<sup>216</sup> E' la tesi formulata da G. ARENA, *Accesso ai documenti amministrativi e circolazione delle informazioni*, in *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990 n. 241* (Atti del Convegno di Siena svoltosi il 30 ottobre 1992), a cura di M. CLARICH, allegato a *Mondo Economico*, 27 febbraio 1993 p. 24.

<sup>217</sup> G. PAEOLOGO, *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991 p. 13, il quale, forse, coglie nel segno ed effettua l'interpretazione più convincente di tali situazioni soggettive “rilevanti” anche perché, in effetti, successivamente supportata dallo stesso legislatore nel successivo regolamento attuativo di questa disciplina, vale a dire il d. P. R. n. 352/1992. Infatti, Paleologo ritiene che il diritto di accesso abbia solo un valore strumentale per la tutela di un interesse del privato, rilevante per l'ordinamento, e quindi esclude significati ben più penetranti quali quello di strumento fondante di controllo democratico. L'accesso, secondo questa lettura, sarebbe solo una mera conseguenza della tutela che l'ordinamento accorda all'interesse del privato.



cercato apprezzabilmente di volare alto sulle generiche parole del legislatore<sup>218</sup>, per la verità probabilmente delusi, gli uni e gli altri, dagli sviluppi futuri della disciplina dell'accesso che si ebbero a partire dal 2005, di tipo restrittivo rispetto a quella originaria del 1990.

Il profilo della legittimazione va poi completato combinando l'art. 22 con gli artt. 7 e 9, da cui si desume, in base alla lettera della legge ed alla lettura che di essa ha compiuto certa giurisprudenza<sup>219</sup>, che occorre effettuare una distinzione, mettendo da un lato la categoria degli interventori necessari, cioè coloro verso i quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, nonché coloro che per legge debbono intervenire nel procedimento, in quanto a costoro va riconosciuto l'accesso anche se non sono ancora intervenuti nella procedura, da quegli interventori facoltativi individuati o facilmente individuabili, a cui potrebbe derivare un pregiudizio nella procedura, sia portatori di interessi privati ma anche pubblici o diffusi i quali, invece, hanno effettivo diritto di accesso nel procedimento, solo se in esso sono già intervenuti.

In ogni caso, non andrebbe dimenticato quello che ha voluto sottolineare, in chiave di apprezzamento esegetico di sicuro segno costruttivo, il professor Romano Tassone<sup>220</sup>, il quale ha voluto sottolineare che, in effetti, l'ampiezza numerica delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili mediante la legge 241, certo il diritto soggettivo ma anche l'interesse legittimo e, per effetto della primissima modifica che si ebbe al corpo originario della 241, cioè il D. P. R. n. 352/1992, anche quelle concernenti i portatori di interessi diffusi e collettivi, purché siano organizzati in associazioni e comitati, ha un evidente riflesso nella stessa ampiezza dei documenti accedibili e delle situazioni tutelabili, cioè consente di visionare e estrarre copia anche dei documenti sottesi ad interessi collettivi. Ma vi è di più, Romano Tassone ricorda che vi è una categoria di situazioni giuridiche soggettive che certamente sono da considerare "rilevanti" nel senso della legge, cioè tutta la tipologia dei diritti politici: elettorato attivo, petizione, iniziativa popolare, proposizione del referendum. Sono tutti istituti per i quali certamente l'accesso opera e, sotto questa chiave di lettura, viene di nuovo rinsaldato e confermato il suo valore, a priori e al di là delle delusioni per quello che poteva essere e non si è fatto, cioè esso è quantomeno da considerare un sicuro puntello al principio costituzionale democratico.

---

<sup>218</sup> P. CARNEVALE, *Note e considerazioni sulla disciplina del procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *T.A.R.*, 1990, pp. 335-336, il quale ipotizza che il legislatore della 241 del 1990 abbia voluto attribuire, in capo al cittadino, un vero e proprio nuovo diritto soggettivo che gode di luce propria, cioè autonomo rispetto al bene della vita che si vuole tutelare, solo che tale diritto ha la particolarità di poter essere esercitato proprio quando si vuole tutelare quel bene della vita messo in pericolo e per il quale si domanda l'accesso.

<sup>219</sup> Tar Lombardia, Brescia, in *I T.A.R.*, 1992, I, p. 166 ss., in cui si sottolinea una visione utilitaristica del diritto di accesso, allontanandosi dallo spirito originario secondo cui il diritto all'informazione sarebbe dovuto essere una componente indefettibile, per il compiuto sviluppo del principio democratico.

<sup>220</sup> A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso?* in *Dir. Amm.*, n. 2, pp. 320-321, cit.

E comunque, con il senno del poi, dalla visione degli oltre 20 anni degli sviluppi successivi, sembra che non ci siano dubbi sul fatto che il legislatore intendesse muoversi nel senso di consentire un'apertura agli sconfinati archivi amministrativi, con estrema cautela.

Va ricordato a conferma di questa tesi, un altro elemento normativo: l'art. 25, secondo comma, della 241 originaria, conteneva un ulteriore vincolo all'esercizio del diritto di accesso, perché prevedeva che "la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata".

Lo spirito di questa affermazione del legislatore è molto semplice: la motivazione della richiesta è ovviamente lo strumento più semplice da utilizzare ai fini di quella ricognizione dell'amministrazione, volta ad appurare se effettivamente si vogliono tutelare con essa interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico o se, invece, essa è spinta da pura curiosità e, in tal caso, l'amministrazione dovrà negare l'accesso anche se, una contemporanea legge del 1990, la n. 142, ha visto il legislatore fare una scelta addirittura di segno opposto<sup>221</sup>.

Anche qui, ci si allontana dallo spirito del disegno di legge originario, che non faceva alcun cenno alla necessità di motivare la richiesta di accesso, per la semplice ragione che si trattava di un diritto attribuito a tutti in via generale. Allo stesso modo, l'accesso generalizzato e senza filtri aveva, come contrappeso, alcune eccezioni alla visione che riguardavano indistintamente tutti i cittadini. Quindi, l'impostazione del legislatore del 1990 è diversa proprio sul piano dell'approccio culturale, perché ricalca le tradizioni storico-giuridiche dell'amministrazione italiana, che non era certamente pronta a passare dal segreto amministrativo ad un accesso generalizzato; da qui nasce l'idea del filtro, cioè l'introduzione della legittimazione soggettiva alla richiesta del richiedente che rappresenta, in effetti, una soluzione intermedia tra l'accesso generalizzato e il segreto totale. Infatti, non sfugge il fatto che valutare il rapporto tra determinate informazioni e l'interesse che un privato ritiene di poter tutelare solo tramite l'accesso, è una soluzione per l'amministrazione certamente molto meno impegnativa di quella che si sarebbe configurata se il legislatore avesse deciso in modo asettico di svincolare l'accesso da valutazioni inerenti lo stato soggettivo dell'utente.

Ai tempi della discussione del disegno di legge svoltasi presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, la principale giustificazione che si adoperò per bocciare la strada dell'accesso generalizzato fu di ordine pratico,

---

<sup>221</sup> La legge n. 142/1990, in materia di autonomie da riconoscere agli enti locali, riconosce un diritto di accesso ai privati, anche se non supportato da alcuna motivazione, e questa circostanza sembra fare concludere che, in questa diversa fonte, il legislatore nazionale abbia inteso concedere l'accesso, anche se spinto da curiosità; però, la giurisprudenza, già precedentemente rispetto al 1990, aveva bocciato l'idea di un accesso ai documenti senza motivazione, Cons. St., parere reso presso adunanza generale il 17 febbraio 1987, n. 7/87, in cui si afferma, tra le altre, che l'onere della motivazione "*gravante sul privato, è rivolto ad ottenere che dell'accesso non si faccia un uso distorto (ad esempio acquisendosi elementi da utilizzare ai fini di nuocere a terzi...)*".

cioè le difficoltà organizzative insormontabili che avrebbero dovuto sopportare le amministrazioni, del tutto impreparate a passare dal tutto al niente, dal segreto d'ufficio per oltre un secolo, all'accesso generalizzato con poche eccezioni e, si disse allora che i costi economici di una siffatta operazione non erano affatto sostenibili; nacque così l'idea del filtro, che però cagionò anche un singolare contrasto tra fonti perché, quasi contemporaneamente, venne emanata la legge n. 142 del 1990 che era conforme al principio dell'accesso "*erga omnes*", sul modello del FOIA americano.

Tutto sommato, a rifletterci, sembra di poter sintetizzare il distacco tra il disegno di legge elaborato dalla Sottocommissione Nigro rispetto alla sua natura, come risultante dalla legge 241, prendendo come modello di riferimento la lezione del professor Arena. Sembra allora di poter affermare che, mentre nel disegno l'accesso assumeva effettivamente quella natura di nuovo diritto che, in quanto espressione del diritto all'informazione, esula da un fondamento individuale ed economico basato sulla quantità e sulla utilità perché ha come obiettivo il pieno sviluppo della persona in quanto tale, attraverso una circolazione delle conoscenze priva di filtri, nella legge 241/1990, esso ritorna ad avere quella veste più dimessa di strumento di tipo puramente egoistico ed individuale, cioè centrato solo sull'obiettivo di tutelare una posizione personale di vantaggio, ma perdendo, nella intima sostanza e natura, quella sua valenza filosofica di tipo altruistico che avrebbe potuto invece avere. Infatti, una cosa è concepire l'istituto come strumento che favorisce il pieno sviluppo della persona, cosa assai diversa e limitante è pensarlo come al servizio di un mero interesse personale e questo sembra, in effetti, il risultato finale della prima versione dell'accesso.

Ad analoghe conclusioni sembra potersi pervenire, prestando attenzione anche all'istituto del differimento dell'accesso che, in sostanza, consiste in un segreto temporaneo del documento. La norma, con una disposizione assai generica, all'epoca dell'emanazione generò un certo disorientamento per le potenziali implicazioni distruttive rispetto allo stesso diritto di accesso appena sancito, che rischiava così una precoce soppressione o, quantomeno, una vita assai incerta quando era ancora in culla; prevede infatti nell'art. 24 comma 6, che "I soggetti indicati nell'art. 23 hanno facoltà di differire l'accesso ai documenti richiesti, sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa".

Il legislatore del 1990 mette nelle mani delle amministrazioni italiane uno strumento potentissimo, troppo incisivo per non indurle in tentazione dal compiere comportamenti che ucciderebbero la forza dell'accesso; si pensi a titolo di esempio all'esercizio del potere di differimento in maniera pretestuosa e continuata sino ad indurre allo sfinimento il richiedente, in modo tale da coartare la sua volontà positiva di visionare il documento; è chiaro che il rischio, facilmente intuibile, sotteso al potere di differimento, è quello di fare ritenere a

talune amministrazioni che l'azione amministrativa non sia un'attività meramente strumentale finalizzata, tramite l'imperio del principio di legalità, al raggiungimento di quei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività nel suo complesso di cui parla l'art. 97 della Costituzione, ma che essa sia un valore a se stante, dotato di autonoma rilevanza e, di conseguenza, da difendere ad ogni costo dall'indebite ingerenze dei privati che domandano l'accesso. Questa tentazione rischia, non diversamente dalle valutazioni in ordine al valore quasi filosofico del diritto di accesso e ai suoi spunti di tipo quasi solidale e collettivo, di portare molte amministrazioni fuori strada, in quanto non si può sottacere che l'accesso contribuisce anche alla miglior realizzazione degli individui nella società come esseri pensanti e aventi la fondamentale aspirazione al vero. Invece non si deve trascurare la considerazione che anche l'azione amministrativa, così come il diritto di accesso, ha un evidente e incompressibile profilo solidale, un valore altruista, nel senso che l'esercizio dei poteri autoritativi regolati dalla legge è giustificato solo per il fatto che tramite questa azione si persegue nient'altro che l'interesse della collettività intera e basta questa semplice considerazione per dequotarla dall'aspirazione di una valenza a se stante, quale bene autonomo da salvaguardare a tutti i costi preferendola sempre sull'accesso.

Questa disamina sullo strumento del potere di differimento sembra potersi concludere rilevando che, già dal 1990, doveva essere chiaro che la *ratio* dell'istituto consistesse nel preservare l'efficienza dell'azione amministrativa solo nei limiti e nei casi in cui effettivamente risultasse minato l'obiettivo dell'efficienza a cui essa è deputata per la via maestra dell'imparzialità e del buon andamento indicata dalle Disposizioni Superiori e non in una generica tutela dello svolgimento dell'azione amministrativa, tanto che l'istituto, in realtà, è pensato con l'ottica di tutelare tramite segreto temporaneo solo quelle particolari fasi dell'azione amministrativa nelle quali si concentra il processo decisionale.

E allora se, per comodità di sintesi, la dottrina<sup>222</sup> ha riconosciuto in capo all'accesso la capacità di svolgere tre principali funzioni, un controllo democratico sul funzionamento dei pubblici uffici, una partecipazione penetrante del cittadino all'attività amministrativa e anche quello di un potente strumento di difesa, da queste sommarie considerazioni sembrerebbe sin d'ora potersi anticipare, tacendo per il momento della novella del 2005, che questo scopo è stato perseguito soltanto in parte, almeno rispetto alle attese e ai risultati che si sarebbero potuti raggiungere.

---

<sup>222</sup> AA. VV., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 241/90*, Rimini, 1991, pp. 133 ss., in cui gli autori dell'opera, Guido Corso e Francesco Teresi, concludono nel senso di riconoscere una funzione triplice al diritto di accesso.

## ***11. Il diritto di accesso nella legge 142/1990 e nella evoluzione giurisprudenziale***

Con un tempismo perfetto che non è possibile ignorare, lo stesso legislatore del 1990 emana anche la legge 12 giugno 1990, n. 142, la quale contiene principi in materia di funzionamento di comuni e province. Questo intervento normativo si occupa anche di accesso ai documenti; naturalmente, però, il campo d'esame del legislatore è delimitato agli atti degli enti locali e, tuttavia, fatto abbastanza singolare data la tempistica quasi contemporanea tra legge n. 241/1990 e la legge n. 142/1990, la disciplina che si occupa di accesso ha un contenuto palesemente contrastante con quella contenuta nella legge 241.

Quindi, dopo tanta attesa, l'ordinamento giuridico italiano contempla l'ingresso nel sistema di ben due normative organiche e non più meramente di settore, quale fu ad esempio quella sull'ambiente del 1985, sull'accesso agli atti dei pubblici poteri, una di carattere generale, l'altra finalizzata a consentire di visionare gli atti degli enti locali, solo che, circostanza singolare, hanno un contenuto molto diverso, di più, contrastano l'una con l'altra.

Infatti, nella disciplina risultante dalla legge n. 142/1990, scompare il tanto discutibile filtro, svanisce come per incanto ogni riferimento a un utilizzo dell'accesso solo in funzione di tutela delle "situazioni giuridicamente rilevanti", che aveva innescato interpretazioni diversificate in seno alla dottrina ma che, nella realtà dei fatti, ha ottenuto il risultato discutibile di cancellare l'impostazione filosofica della Sottocommissione Nigro fondata sull'accesso "*erga omnes*" quale meccanismo che, ricalcando il FOIA americano, consentisse di avviare, partendo molto spediti, un percorso teso alla realizzazione, anche in seno all'apparato amministrativo italiano, della massima trasparenza amministrativa possibile.

L'art. 7, comma 3 della 142/1990 prevede dapprima che "Tutti gli atti delle amministrazioni comunali e provinciali sono pubblici" e poi, nel contemplare le eccezioni alla libera consultazione, dicendo "ad eccezione di quelli riservati per effetto di espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea o motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese", sembra, di conseguenza, percorrere la via asettica di una concezione maggiormente oggettiva del segreto, soprattutto nella prima tipologia di eccezioni, quelle che rimandano alle stesse fattispecie predeterminate dal legislatore.

La divaricazione tra disciplina generale e normativa speciale sugli enti locali si è poi perpetrata nel tempo con gli stessi accenti, in quanto la legge n. 142/1990 è poi confluita nel D. Lgs. 267/2000 il quale, nell'art. 10, conferma la possibilità di un accesso generalizzato agli atti degli enti locali, con le stesse limitazioni che

erano previste nel comma 3 dell'art. 7 della legge n. 142/1990<sup>223</sup>. In estensione ulteriore della disciplina speciale rispetto alla legge n. 241, scompare la necessità di motivare l'istanza di accesso.

Tra le varie ipotesi avanzate per spiegare questa difformità, la più convincente sembra quella esposta da Arena il quale ipotizza che, nella mente del legislatore, fosse più facile arrivare a centrare o, quantomeno avvicinare in modo realistico, l'obiettivo trasparenza nelle piccole amministrazioni, che non in quelle statali, sul presupposto che, solo in queste l'efficienza dell'attività dell'amministrazione complessivamente intesa, fosse un risultato facilmente raggiungibile o, addirittura, già un obiettivo centrato in ragione delle minori dimensioni dell'ente periferico rispetto a quello centrale.

Naturalmente, queste due fonti, occupandosi in modo così diverso di uno stesso istituto, cagionarono non poche difficoltà di coordinamento, in ordine allo stabilire quale normativa fosse applicabile al caso concreto; il coordinamento venne fatto utilizzando due strumenti: il criterio della successione delle fonti nel tempo, in base al quale la più recente abroga la più vecchia, e il parametro opposto della specialità, che vedrebbe prevalere la disciplina speciale su quella generale. La contrapposizione nasce dal fatto che, applicando il criterio delle fonti normative successive, la legge 241, essendo di agosto, risulta posteriore di due mesi rispetto alla legge 8 giugno 1990, n. 142, e quindi dovrebbe prevalere sulla disciplina speciale.

Però, la chiave di volta di coordinamento tra i due criteri è rappresentata dal "*favor*", cioè la disciplina speciale si applica, anche se più datata, laddove contenga disposizioni più favorevoli rispetto a quella generale. Sul piano concreto, si risolse il dilemma della coabitazione di due normative che

---

<sup>223</sup> Il D. Lgs 267/2000 prevede nell'art. 10, comma 1, che "Tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici, ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese", confermando l'impostazione dell'accesso agli atti privi di limitazioni soggettive, in conformità con l'impostazione del legislatore della 142/1990 e dunque, confermando una doppia linea disciplinare sulla materia, una risultante dalla normativa generale, un'altra da quella sugli enti locali. Ma, la netta divaricazione tra le due fonti, legge generale e legge sulle autonomie locali, prosegue implacabile anche su un altro versante, quello dell'oggetto. Detto in altri termini: in base alla legge 142/1990 sono accedibili gli atti o i documenti? E' molto importante distinguere, anche sotto questo versante, tra le due fonti: infatti, la dicitura "documenti" contenuta nella 241 e quella di "atti", contenuta nella 142, non è puramente nominale o casualmente legata ad un lessico che nasconde concetti tra di loro equivalenti, ma sottende proprio due logiche diverse che si contendono il campo: da un lato, nella legge generale sulla trasparenza, prevale la logica del documento che verrà ribadita anche negli anni successivi dal legislatore, con particolare riferimento alla legge n. 15/2005, e si tratta di una scelta che, anche sul piano evocativo ed immaginifico, richiama alla mente l'idea di un limite fisico all'accesso. Infatti, tutto questo significa semplicemente che le informazioni accedibili sono solo quelle che hanno la forma di un documento, non altre. Invece, la legge sulle autonomie locali, segue una diversa impostazione filosofico-giuridica perché, parlando di accesso agli atti, pare portare alla diversa conclusione, molto più estesa sul piano pratico oltreché interpretativo, che oggetto dell'accesso non debbano essere necessariamente informazioni racchiuse fisicamente in un documento, ma anche, più genericamente, le informazioni. Questo tipo di scelta di campo è stato seguito anche dalla corrente maggioritaria della giurisprudenza, orientata a negare istanze di accesso in base alla legge 241/1990, se fondate su informazioni non racchiuse fisicamente in documenti veri e propri.

configgevano l'un l'altra, applicando la disciplina speciale per quegli aspetti che erano disciplinati da entrambe le normative, con particolare riferimento all'assenza nell'ambito della 142 dei limitanti requisiti soggettivi, in funzione di strumentalità all'accesso; per quei profili in cui, invece, la disciplina speciale, molto più scarna rispetto alla 241, non diceva alcunchè, ritornava ad essere applicata la normativa di carattere generale.

Se si volesse cercare un supporto normativo a questa ricostruzione, sembrerebbe che il collegamento risieda proprio nella stessa 241 che, nell'art. 23, contiene un criterio soggettivo decisivo: la norma afferma, infatti, che il diritto di accesso della 241/1990 opera per le amministrazioni statali, ricomprendendo in questa nozione anche le aziende autonome, gli enti pubblici ed i concessionari di servizi pubblici. Di conseguenza, il regime giuridico dell'accesso, allo stato dei due interventi legislativi del 1990, si articola nella coesistenza di due distinte discipline, rivolte a due distinte categorie di soggetti; perché mai il legislatore della 142 non fa riferimento alle amministrazioni statali e quello della 241 invece sì? Probabilmente la spiegazione risiede proprio nel fatto della diversità dei destinatari, in un caso le amministrazioni locali, nell'altro quelle statali, con un collegamento tra le due discipline, cioè quello dato dal prevalere comunque di quella speciale, laddove quella statale sia più penalizzante per il cittadino. Ma, cosa è accaduto dopo il 1990?

Il legislatore, forse già pentito di avere emanato una normativa comunque rivoluzionaria che scardinava abitudini delle amministrazioni vecchie di oltre un secolo, ha deciso di agire sulla leva dell'elemento soggettivo, rendendolo ancora più stringente e, a questo preciso scopo, ha emanato il regolamento governativo d. P. R. n. 352/1992 contenente le modalità di esercizio del diritto di accesso e modalità di esclusione, ulteriori rispetto a quelle già previste nell'art. 24 della legge 241.

Questa fondamentale fonte era molto attesa dagli interpreti e anche dalla dottrina, in quanto la si riteneva deputata e capace di risolvere i dubbi interpretativi emersi nella disciplina dell'accesso della legge n. 241/1990. La speranza era quella di trovarsi davanti ad uno strumento che, con un'interpretazione di carattere molto esteso degli aspetti normativi che avevano sollevato dubbi e perplessità interpretative, raggiungesse l'obiettivo di incentivare il più possibile il ricorso a questo nuovo mezzo.

In tale regolamento governativo, invece, si prevede per la prima volta, seppur nell'ambito del solo accesso informale<sup>224</sup>, che l'interesse all'accesso deve essere

---

<sup>224</sup> Così recita il comma 2 dell'art. 3 del D. P. R. n. 352 del 1992 rubricato, proprio, accesso informale: *“L'interessato deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta, ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta, far constare della propria identità e, ove occorra, dei propri poteri rappresentativi”*. Tuttavia, la normativa solleva perplessità perché colpisce proprio la tipologia di accesso più semplice, quella informale. Infatti, pur senza avere sottomano precise statistiche al riguardo, nella pratica, anche per una questione di semplicità, è molto più semplice immaginare un largo uso dell'accesso informale ed uno più limitato di quello

“concreto e personale”, cioè si domanda in pratica al cittadino di specificare con precisione quale documento si vuole visionare e, eventualmente, fotocopiare ma, soprattutto, punto centrale, si introduce anche il primo significativo restringimento alla disciplina del 1990. Infatti, il d P. R. n. 352/1992 afferma che si può domandare all’istante di “specificare e, ove occorra, comprovare l’interesse connesso all’oggetto della richiesta”. E’ questo il segno del cambiamento di rotta del legislatore del 1992, rispetto a quello del 1990, nell’ottica della trasparenza un vero e proprio arretramento, perché questa eventuale evenienza di provare l’esistenza di una legittimazione all’accesso data da un collegamento specifico tra documento ed interesse, pare un chiaro indice del fatto che la normativa stia perdendo parte della sua potenziale efficacia.

A ruota del legislatore, anche la giurisprudenza<sup>225</sup>. Tralasciamo, per un momento, l’infinita e non certo solo teorica diatriba<sup>226</sup> sulla natura giuridica

---

formale, quantomeno per il cittadino semplice che non ha cognizioni tecniche e giuridiche particolari, ma che necessita, comunque, di consultare un documento. La legittimazione attiva tra documento ed interesse è poi difficile da dimostrare, perché è anche presumibile immaginare che talvolta accada che lo stesso cittadino non abbia la cognizione esatta del documento da visionare, perché potenzialmente lesivo del suo interesse.

<sup>225</sup> Per un quadro esauriente, corredato da ampia giurisprudenza, dei primi 5 anni di applicazione interpretativa della legge 241 presso i tribunali amministrativi, con l’attenzione centrata soprattutto sul diritto di accesso e sull’obbligo di motivazione, si veda A. CORPACI, *Spunti critici della giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 185-201, in cui l’autore esprime il giudizio complessivo secondo cui l’interpretazione restrittiva e poco coraggiosa conferita dalla giurisprudenza alla normativa, inerente la possibilità di esperire o meno *l’actio ad exhibendum*, ha un colpevole principale nel legislatore, non solo quello del 1990 che si è discostato dalle proposte del disegno di legge Nigro, ma anche e soprattutto quello del 1992 che, introducendo in maniera espressa l’esigenza di dimostrare un legame espresso tra l’istanza e l’oggetto della richiesta, ha fatto da motore a posizioni giurisprudenziali, per forza di cose, appiattite sulla lettera della legge. Quindi una posizione di certo non del tutto scusabile, che però ha una motivazione di non secondaria importanza, perchè ha frenato sviluppi giurisprudenziali interpretativi di tipo evolutivo.

<sup>226</sup> E’ appena il caso di ricordare che, nel momento in cui si decide di qualificare il diritto di accesso come diritto soggettivo, si dovrebbe concludere anche per l’autonoma risarcibilità del danno causato dal diniego di accesso; se, invece, si ritenesse, come ha fatto in più momenti la giurisprudenza più autorevole, ad esempio, Cons. St., 5 giugno 1995, n. 412, ma anche, più recentemente, addirittura in Adunanza Plenaria, Cons. St., 24 giugno 1999, n. 16, che l’accesso, a dispetto del “*nomen*” utilizzato nella legge 241/1990, abbia natura giuridica di interesse legittimo, la più immediata conseguenza di ordine pratico sarebbe quella di poter configurare il risarcimento, solo al ricorrere del danno ingiusto e degli elementi dell’illecito extracontrattuale, così come disegnati dal codice civile ex art. 2043 per effetto della nuova rivisitazione di interesse legittimo, come aspirazione ad un bene della vita, condotta dalla sentenza della Cassazione n. 500/1999. In particolare, uno degli argomenti che storicamente ha militato in favore della tesi, che tuttavia oramai pare superata, della natura dell’accesso come interesse legittimo, è il fatto che il legislatore ha sempre devoluto il contenzioso, in materia di accesso, al giudice amministrativo che, nella tradizionale impostazione dell’italico sistema di giustizia binaria, è il giudice degli interessi, contrapposto a quello ordinario quale giudice dei diritti, senza però specificare in modo chiaro, e per lungo tempo il dubbio vi è stato, se si trattasse o meno di una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E’ vero che la giurisprudenza più autorevole, sia del Consiglio di Stato che della Corte di Cassazione a sezioni unite, aveva più volte ribadito che l’art. 25 della legge 241 va interpretato nel senso di postulare una fattispecie di giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo; tuttavia, in assenza di una presa di posizione definitiva del legislatore, il dubbio è rimasto ed è stato proprio usato come una delle chiavi di volta più importanti per affermare, di tanto in tanto, la tesi della natura giuridica dell’accesso quale interesse legittimo. Questo interrogativo è ormai venuto, meno in maniera definitiva, anche se, come spesso accade, l’intervento del legislatore, di adeguamento spesso solo di tipo meramente compilativo ad indirizzi giurisprudenziali, è avvenuto in modo tardivo e solo di recente. Infatti, si è dovuto attendere la legge n. 80 del 2005 per una qualificazione in termini di esclusività, in capo al giudice amministrativo, delle controversie in materia di accesso e su questa linea di condotta si è ormai orientato in maniera definitiva il legislatore, ribadendola anche nel recente dato normativo rappresentato dall’art. 133 del novello codice del processo



dell'accesso, sulla quale non può non aver contribuito in maniera significativa la disomogeneità dei parametri normativi di riferimento, che orientano verso soluzioni opposte a seconda che ci si trovi immersi nella legge generale sul procedimento o in quella sull'ordinamento delle autonomie locali; infatti in quella sulla trasparenza si concludeva nel senso che l'accesso è un interesse legittimo, invece in quella sugli enti locali pareva atteggiarsi ad una qualificazione giuridica di diritto soggettivo. Vi è da chiedersi, ora, come abbia operato la giurisprudenza in sede interpretativa della legge 241/1990, avvertendo sin d'ora che molte affermazioni manifesto del Consiglio di Stato compiute nell'immediatezza della legge<sup>227</sup> hanno in realtà cozzato con l'interpretazione complessivamente restrittiva che la giurisprudenza ha compiuto in materia di accesso, agevolata, in verità, dallo stesso regolamento governativo 352/1992 che tradisce, dopo pochi anni, l'intenzione del legislatore di serrare le fila sull'accesso.

Si premette che l'attenzione è rivolta, soprattutto, all'atteggiamento della giurisprudenza rispetto agli artt. 22 e seguenti della 241, da tenere distinti, a loro volta, rispetto al diritto di prendere visione dei documenti da parte dei soggetti che possono partecipare al procedimento; è vero, infatti, che sia nell'uno che nell'altro caso al centro della questione c'è la trasparenza e quindi si tratta di un problema unitario, ma bisogna dare conto del fatto che ci sono state anche sentenze che hanno configurato in modo differente i due profili e, in definitiva, tenuto ben distinti i due istituti<sup>228</sup>.

Comunque, non sfugge la considerazione che il banco di prova più importante a cui era attesa la giurisprudenza era quello della legittimazione soggettiva, cioè capire in quale modo essa avrebbe interpretato le "situazioni giuridicamente rilevanti" di cui all'art. 22 e vi è da rilevare che, come era lecito attendersi dopo il regolamento attuativo del 1992, la posizione dei tribunali è stata di segno restrittivo<sup>229</sup>, perché da subito stavano emergendo quei requisiti di attualità, concretezza e diretto collegamento tra interesse e situazione che si vuole

---

amministrativo del 2010, che espressamente qualifica, nuovamente, le controversie in materia di accesso tra le fattispecie di giurisdizione esclusive del giudice amministrativo. Per un quadro sugli argomenti militanti a favore delle due distinte impostazioni, si consiglia: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. pp. 952-955, in cui l'autore, favorevole alla tesi del diritto soggettivo, ricorda soprattutto che l'argomento principe, in favore della natura di diritto soggettivo del diritto di accesso, è il carattere del tutto vincolato e privo di potere discrezionale, con conseguenti valutazioni di opportunità, dell'esame che l'amministrazione deve compiere dell'istanza di accesso, chiamata alla sola verifica della situazione legittimante la richiesta.

<sup>227</sup> Vale la pena ricordare, tra le tante, Cons. St., 27 marzo 1992, n. 193, in *Cons. St.*, 1992, I, p. 495 in cui, solennemente, la più alta magistratura amministrativa ricorda che giustamente la legge n. 241 ha derubricato il segreto da regola ad eccezione, o ancora, le molte sentenze in cui in modo enfatico si esalta la nuova legge sul procedimento, perché consente di realizzare la trasparenza amministrativa e di dare attuazione a quei principi di imparzialità e buon andamento che la Costituzione ha affidato, tramite l'art. 97, all'attività della pubblica amministrazione; così ad esempio Cons. St. 21 febbraio 1994 n. 119, in *Cons. St.*, 1994, I, p. 188.

<sup>228</sup> Tar Friuli Venezia Giulia, 13 giugno 1991, n. 256, in *T.A.R.*, 1991, I, p. 2901; Tar Lazio, 23 aprile 1993, n. 561, in *I.T.A.R.*, cit., 1993, I, p. 1679.

<sup>229</sup> Cons. St., 8 febbraio 1994, n. 78, in *Cons. St.*, 1994, I, p. 175, in cui la magistratura amministrativa afferma che "per esercitare il diritto di accesso è comunque necessario che il richiedente sia fornito di un interesse qualificato, specifico ed attuale".

tutelare, che filtrano l'accesso e ne attenuano la sua funzione politica di strumento di controllo democratico.

Coerentemente, il Consiglio di Stato ha fatto proprio un altro profilo che poi riprenderà il legislatore nella novella del 2005, di stampo ancora più restrittivo, negando ipotesi di accesso nei casi in cui l'interesse alla visione si concretizza e si esaurisce al solo scopo finalistico di controllare l'operato dell'attività amministrativa<sup>230</sup> che, per potersi esercitare legittimamente, sosteneva la giurisprudenza, non deve scontrarsi con i lacci e laccioli di quei cittadini che ne vogliono verificare con puntiglio l'operato anche se, ad una riflessione seppur sommaria, balza agli occhi il fatto che l'impossibilità di verificare l'operato dei pubblici poteri sembra una vera e propria contraddizione in termini con il fine trasparenza.

Nelle interpretazioni dei tribunali di quegli anni<sup>231</sup>, vi sono state decisioni ancora più restrittive che hanno affermato che l'accesso ha un valore di mera strumentalità, con l'ottica angusta di verificare solo se ci sono i presupposti per un eventuale futuro ricorso giurisdizionale. Infatti, di fronte al problema fondamentale di domandarsi se il cittadino si possa avvalere dell'accesso anche in fase procedimentale oppure solo ai fini di reagire contro un provvedimento già emanato di tipo ablatorio, vi sono state talune sentenze minoritarie che hanno confinato l'istituto nel terreno ristretto della mera utilizzazione e funzionalizzazione ai fini processuali<sup>232</sup>.

Posizioni certamente estreme e sparute, ma tuttavia limitanti, perché sottese all'idea che, in fondo, mediante l'accesso si potesse tutelare solo il diritto soggettivo o l'interesse legittimo, fatte proprie anche da alcuni autori della dottrina<sup>233</sup>, anche se non mancano interpretazioni più ampie che riconoscono anche giurisprudenzialmente la legittimazione in materia a soggetti portatori di interessi diffusi.<sup>234</sup> Comunque, traendo una conclusione da questi orientamenti,

---

<sup>230</sup> Cons. St., 27 febbraio 1992, n. 193, in *Cons. St.*, 1992, I, p. 495.

<sup>231</sup> Tar Lazio, 14 gennaio 1993, n. 60 in *I T.A.R.*, 1993, I, p. 376, che individua un carattere di pura strumentalità al diritto di accesso che servirebbe, secondo questa pronuncia, solo per verificare se esista quell'interesse puntuale e concreto che il cittadino asserisce di volere tutelare mediante l'istanza, in vista della proposizione futura di un eventuale ricorso giurisdizionale. Scompare da questa ricostruzione l'idea dell'accesso come strumento di controllo democratico, svanisce il suo valore politico, e dunque, a pensarci, viene esaltata nel massimo grado quell'idea del filtro conoscitivo che pare rappresentare, nel modo corretto, la reale intenzione del legislatore del 1990 prima e del 1992 poi, ma che rappresenta un'impostazione culturale e giuridica contrapposta rispetto al disegno di legge della Sottocommissione Nigro. Della stessa idea, Tar Sardegna, 28 dicembre 1992, n. 1857, in *I T.A.R.*, 1993, I, p. 763, che emana una sentenza in cui nega l'accesso all'Ordine dei medici che ne aveva fatto richiesta, nell'ambito di una procedura selettiva per entrare nella USL, in quanto il soggetto richiedente non era titolare di una posizione giuridica che era successivamente tutelabile in sede giurisdizionale.

<sup>232</sup> Tar Lazio, 31 gennaio 1994, n. 96, in *T.A.R.*, 1994, I, p. 511.

<sup>233</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi, Monaco e Scoca, Bologna, 1993, pp. 1104-1105, in cui l'autore sostiene la tesi, secondo la quale, dalle norme poste nella 241 originaria sull'accesso, si può evincere con certezza che, mediante questo strumento, vi è la possibilità di tutelare solo diritti soggettivi ed interessi legittimi.

<sup>234</sup> Cons. St., 15 marzo 1993, n. 344, *I A.R.*, I, p. 1418, in cui la tutela dell'interesse diffuso ha una sua solida motivazione, nell'esigenza dirimente di salvaguardare il diritto alla salute; infatti, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ritiene coerente con questa esigenza la richiesta che effettua un gruppo di consumatori, di visionare

sembra potersi affermare che il terreno principale di soddisfacente applicazione del diritto di accesso sia il procedimento amministrativo, nel procedimento esso funziona nel modo più convincente. Attenzione, non si vuole negare un profilo processuale diretto che l'accesso certamente potenzialmente possiede ma, sia la giurisprudenza che il legislatore della legge n. 241/1990 e quello del successivo regolamento governativo n. 352/1992, privilegiano un'istanza d'accesso condotta nel corso del procedimento e indirizzata verso atti interni. Qualora si intenda usare direttamente l'accesso al solo fine processuale, è il caso di un ricorso nel quale l'oggetto sia un'istanza di accesso per impugnare l'atto finale di una procedura amministrativa, pare estremamente difficile che questo uso, solo processuale, sia destinato al successo.

Infine, un altro profilo di estremo interesse, di cui si occupa la giurisprudenza, riguarda l'oggetto materiale dell'accesso, in merito al quale si può riassumere la posizione emersa negli anni immediatamente successivi alla 241, affermando che è prevalsa in modo quasi unanime un'interpretazione strettamente letterale di tipo quasi solido dell'art. 22, in base alla quale oggetto materiale di accesso possono essere solo documenti e non anche informazioni, con la conseguente limitazione che tutte quelle notizie utili, non contenute fisicamente in un documento, non possono essere oggetto di consultazione<sup>235</sup>.

Il bilancio che si può trarre dall'operato della giurisprudenza dei primi anni successivi al 1990 è quello di riscontrare aperture verso il nuovo corso, riguardo ad affermazioni generali, soprattutto perché oramai si era fatto strada un pensiero maturo della non adeguatezza dell'amministrazione italiana rispetto al quadro costituzionale, con particolare riferimento a quei principi di imparzialità

---

documenti ed atti per svelare le caratteristiche terapeutiche di un farmaco perché, essendo coinvolto il diritto alla salute, il diritto all'informazione deve avvenire nel modo più completo possibile.

<sup>235</sup> Cons. St., 14 dicembre 1992, n. 1504, in *Cons. St.*, I, p. 1824, che delimita l'oggetto di accesso ai soli documenti, escludendo le informazioni. Il caso in esame riguarda una controversia che, all'epoca, oppone il Centro diritti del cittadino agli istituti fisioterapici ed ospedalieri di Roma e l'istante formula una serie di richieste precise, quali il numero di pazienti deceduti, i motivi del decesso, le tipologie di interventi effettuati sui pazienti, in reparti e in periodi determinati. Su questa sentenza, critico il professor A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino, 1992, p. 141 ss., in quanto è evidente che la richiesta è finalizzata allo scopo di esercitare un controllo sociale del servizio sanitario e dunque, questa posizione dottrinale rientra in quell'orientamento che, più opportunamente, individua nell'accesso uno strumento molto efficace, ai fini dell'esplicazione di quel principio democratico su cui è fondato il nostro ordinamento giuridico. E dunque, nel caso di specie, quello che suscita perplessità non è soltanto il rifiuto, che ci sarebbe potuto anche essere, come è poi avvenuto, ma il suo rigido carattere perentorio; occorre, dunque, quantomeno verificare, se l'amministrazione aveva quei documenti, se la richiesta poteva essere esaudita mediante una semplice consultazione, o ancora, se si poteva estrarre copia, salvo prendere atto, ma solo in definitiva, della circostanza che quelle informazioni avrebbero obbligato l'amministrazione al compimento di un'attività troppo gravosa e, in definitiva, d'intralcio e non conciliabile con le esigenze organizzative dell'ente, e perciò da rigettare. Sulla stessa linea orientativa anche il Tar Lombardia, 21 settembre 1993, n. 564, in *T.A.R.*, 1993, I, p. 4025, che ritiene che, mediante accesso, si possono domandare solo documenti e non anche informazioni, in quanto questa limitazione sarebbe il frutto della grande differenza esistente tra la legge n. 241/1990 e la legge n. 142/1990, motivata a monte dal fatto che il legislatore ha inteso attribuire, mediante la legge generale, un mero interesse legittimo, mentre ha conferito un vero e proprio diritto soggettivo solo attraverso la legge n. 142/1990 sulle autonomie locali e quindi, eventualmente, la possibilità di domandare informazioni sarebbe da riconoscere solo alla legge 142 con l'ulteriore conseguenza, in definitiva, che con la legge generale sarebbe preclusa la possibilità di controllare, con l'ottica del rispetto della funzione democratica, l'operato dell'amministrazione.

e buon andamento contenuti nell'art. 97 della Costituzione, ma anche con il principio democratico coesistente al sistema giuridico del nostro paese di cui all'art. 1, ma, nella sostanza profonda che indagherò oltre le affermazioni, confermata poi negli anni successivi sino alla giurisprudenza dei giorni nostri, è manifesto che l'atteggiamento generale dei tribunali sia di tipo restrittivo, appiattito in generale, anche se non sempre<sup>236</sup>, su posizioni applicative abbastanza timide. Invero, con l'attenuante, non certo di poco conto, del freno rappresentato dal legislatore che, con il regolamento governativo del 1992, pare dare agli interpreti un'indicazione di segno conservatore in merito all'uso di questo nuovo strumento. In definitiva, sono situazioni ben diverse quella di compiere un'affermazione con legge, da quella di rilevare che la stessa affermazione è invece interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza perché, ovviamente, in questo secondo caso, nulla vieta ad un tribunale di discostarsi da un certo orientamento e interpretare la stessa legge con la massima estensione possibile<sup>237</sup> e questo scontato rilievo influenza la valutazione finale e comporta il rilevare che le maggiori responsabilità delle interpretazioni restrittive sul diritto di accesso ricadano proprio sul legislatore.

## ***12. Il diritto di accesso negli sviluppi normativi successivi***

Gli anni successivi al 1992 non hanno fatto altro che confermare un sostanziale tradimento del legislatore dello spirito più profondo e ideale della legge sulla trasparenza. Infatti, ci si è trovati o davanti ad interventi di difficile inquadramento, è il caso soprattutto della legge 31 dicembre 1996, n. 675<sup>238</sup> poi confluita nel decreto legislativo 196/2003, la famosa legge generale sulla privacy, nella quale il legislatore si è ben guardato dal porre delle disposizioni di raccordo e armonizzazione con la 241/1990, per cui ancora non è del tutto chiaro il rapporto tra le due discipline, oppure di fronte a normative che hanno ulteriormente depotenziato, e stavolta in modo espresso, il valore simbolico e pratico dell'accesso. E' il caso soprattutto del legislatore del 1999<sup>239</sup>, che si è

---

<sup>236</sup> Si pensi in particolare, alla sentenza del Tar Sicilia, sede di Catania, 16 aprile 1994, n. 611, in *Giur. amm. Sic.*, 1994, p. 395, che cerca di trarre dal diritto di accesso la massima estensione consentita dalle affermazioni generali della 241, arrivando ad affermare che, esso ricomprende, anche se la legge nominativamente non lo dice, anche il diritto di ottenere informazioni sullo stato del procedimento. Il caso di specie si era presentato a proposito di una procedura concorsuale, nella quale, ha detto il Tar, il candidato che ne faccia formale richiesta, ha diritto ad avere notizie precise sulle fasi già espletate della procedura selettiva ed anche dell'esito della prima prova da lui sostenuta. Alle stesse conclusioni pervengono alcuni autori della dottrina tra cui G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, p. 131.

<sup>237</sup> L'esempio paradigmatico di questa affermazione si può ricavare proprio dal contraddittorio atteggiamento del Consiglio di Stato, in merito alla necessità o meno del fatto che il requisito dell'interesse "attuale" sia o meno indispensabile per inoltrare istanza di accesso. Infatti, ci sono due sentenze in merito, addirittura dello stesso anno 1995, in cui il Consiglio di Stato compie affermazioni opposte; prima afferma, con la sentenza n. 830, che il requisito non è indispensabile, poi ci ripensa ed afferma, con la sentenza n. 1190, che è indispensabile.

<sup>238</sup> Per un commento puntuale alla legge 675/1996 in materia di riservatezza e, soprattutto, sul suo ambito di estensione, si consiglia di consultare G. ARENA, *La tutela della privacy informatica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 505 ss..

<sup>239</sup> Il riferimento normativo è la legge 23 agosto 1999, n. 265, art 4, secondo comma, che ha novellato l'art. 23 della 241/1990.

esplicitamente mosso nello stesso coerente solco di ulteriori restrizioni rispetto alla legge 241 originaria, stavolta modificando l'art. 23 , con particolare riferimento ai soggetti passivi dell'accesso, in quanto la nuova normativa dispone che "il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti secondo quanto previsto dall'art. 24".

L'interpretazione letterale di questa disposizione porta a due osservazioni principali: in primo luogo, sembra che le autorità di garanzia e vigilanza siano, dal 1999 in poi, escluse dall'applicazione della 241; in seconda approssimazione, ne consegue la considerazione che esse sono libere di darsi una propria normativa autonoma in materia di accesso e quindi, in base a questo potere discrezionale, potrebbero in teoria ampliare, ma anche restringere, il campo di applicazione della disciplina; potrebbero, ad esempio, decidere di limitare la quantità dei documenti accessibili oppure restringere il campo dei soggetti aventi diritto alla consultazione.

Si tratta di un settore che solleva preoccupazioni, perché sembra che l'atteggiamento di queste autorità non sia affatto giustificato, in quanto già si tratta di organismi la cui composizione è il frutto di scelte avvenute non da parte del corpo elettorale; quindi, a rigore, si può parlare di enti nei quali si può riscontrare un deficit genetico di democraticità. Pertanto, a causa di questo peccato originale, l'accesso sembrerebbe proprio lo strumento ideale per fare da contrappeso a questa carenza ad essa connaturata, invece pare che l'atteggiamento delle autorità di vigilanza e garanzia sia di segno opposto, cioè proprio di ritrosia verso questa disciplina<sup>240</sup>.

Pare, cioè, che le autorità indipendenti intendano sfruttare la loro specialità proprio per restringere il campo della possibilità di doversi attenere ai doveri segnati dalla 241 in relazione all'accesso, quale istituto principe della trasparenza amministrativa, e questo preoccupa la dottrina<sup>241</sup> che, invece, si è espressa chiaramente nel senso di dovere applicare, anche a questi organismi, tutta la legge sul procedimento, proprio per controbilanciare il loro carattere non rappresentativo della volontà popolare.

Infatti, nel caso rappresentato, sembra potersi ravvisare in capo a questi enti pubblici un non comprensibile trattamento di favore rispetto agli altri, non organico rispetto al sistema complessivo, perché la normativa sull'accesso si applica a tutti gli altri enti, ivi compresa anche tutta la magistratura

---

<sup>240</sup> B. G. MATTARELLA, *Diritto d'accesso e segreto d'ufficio: il caso della Consob*, nota a Tar Lazio, 4 novembre 1996, n. 2105, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 831.

<sup>241</sup> G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. PREDIERI, Firenze, 1997, p. 170 ss. e p. 224 ss..

amministrativa, sia in primo che in secondo grado ed anche alla Corte dei Conti<sup>242</sup>.

Un altro potenziale ostacolo, forse quello potenzialmente più insidioso, per la disciplina dell'accesso, è quello che è stato sferrato dalla normativa sulla riservatezza a cui il legislatore si è dedicato una prima volta con legge la 675/1996, ridefinendo poi la materia con la disciplina attualmente ancora vigente, il decreto legislativo 196/2003 che, parimenti alla legge del 1996, ha una *ratio* a monte nel carattere elastico e flessibile della Costituzione, in particolare nello sviluppo che si è avuto, dopo tormentate discussioni, dell'art. 2 della Carta, conteso nella visione evolutiva di coloro i quali sostenevano che la norma fosse una sorta di clausola generale e aperta<sup>243</sup>, tale da non permettere di considerare l'elenco dei diritti tutelati da esso come un numero chiuso, e coloro i quali hanno, invece, ritenuto lungamente che la Costituzione contenga già al suo interno il catalogo dei diritti e delle libertà tutelabili e dunque, trovandoci davanti ad un elenco tassativo, non vi sarebbe alcuna possibilità di ampliamento, trovando questi ultimi anche un sostegno importante in una nota sentenza della Corte Costituzionale<sup>244</sup>.

Altra tesi, anche questa ormai superata, è stata quella di carattere letterale a cura di Fois<sup>245</sup> il quale, agganciandosi all'attributo "inviolabile" di cui parla la disposizione, riteneva di poter cogliere, nell'art. 2 delle Disposizioni Superiori, una norma che potesse contenere solo quei diritti che stanno in vetta nella scala gerarchica dei valori costituzionali e, di conseguenza, ritenendo che questa forza di intangibilità e immodificabilità non fosse da ascrivere anche alla riservatezza, la escludeva dalla possibilità di potersi desumere da questa norma delle Disposizioni Superiori. In ogni caso, queste interpretazioni negative sono da considerare ormai da tempo abbandonate, anche perché sembrerebbero dimenticare del tutto il carattere personalistico della Costituzione Italiana, che costituisce il presupposto per una valutazione di tipo sostanziale dell'art. 2; infatti la norma va letta nel senso che tutti quei valori che possono contribuire ad

---

<sup>242</sup> Il D. P. C. M. 20 dicembre 1994, n. 763, contiene una normativa apposita che disciplina l'accesso ai documenti del Tar e del Consiglio di Stato, per un esame della quale si rimanda a M. BOMBARDELLI, *I documenti del Consiglio di Stato e dei Tar sottratti all'accesso*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 601 ss..

<sup>243</sup> Di questo avviso, sono, tra gli altri, P. ZATTI, *Il diritto alla identità e l'applicazione diretta dell'art. 2 Cost.*, in *Il diritto alla identità personale*, a cura di Alpa e Bessone, Padova, 1981, p. 55 ss., il quale ritiene anche che la norma abbia un contenuto immediatamente precettivo.

<sup>244</sup> Corte cost., 12 luglio 1979, n. 98, dove si afferma che l'elenco dei diritti di libertà tutelabile mediante la Costituzione non è suscettibile di ampliamento mediante la via interpretativa. E' questa la tesi di A. PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in *Il diritto alla identità personale*, op. cit., p. 30, anche se l'autore, pur ricordando questa sentenza della Consulta, scarna di tre righe, prende una posizione meno massimalista perché riconosce che, anche davanti alla sentenza della Corte, non si può tuttavia fare finta di nulla e ignorare decenni di elaborazione dottrinale ed anche giurisprudenziale perché in più occasioni la stessa Corte aveva riconosciuto invece il carattere malleabile delle norme della Carta, emanata nel 1948 ma pensata anche per gli anni a venire, con la prospettiva della emersione nella società di nuove esigenze corrispondenti a nuovi diritti.

<sup>245</sup> S. FOIS, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale*, in AAVV, *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, p. 159 ss.

un migliore sviluppo della personalità umana vanno salvaguardati, anche quelli che emergano in tempi più recenti, come è il caso della riservatezza. A queste considerazioni va aggiunto un rilievo anch'esso fondamentale, l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea la quale mostra di avere particolarmente a cuore la riservatezza, visto che la Carta dei diritti fondamentali della UE protegge nell'art. 8 i dati personali e si tratta di un diritto avente efficacia vincolante per gli Stati membri<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> Su questo punto si impongono, tuttavia, alcune fondamentali precisazioni in quanto è vero che il diritto europeo alla *privacy* ha efficacia vincolante per i paesi dell'Unione Europea, ma è altrettanto vero che, siccome ad oggi il nuovo Trattato costituzionale europeo, approvato a Roma nell'ottobre 2004, vive un momento di stallo, in effetti questa efficacia vincolante del diritto alla riservatezza, proveniente da questa nuova fonte comunitaria, ancora di fatto non c'è. Di conseguenza, per un quadro degli obblighi posti dalla riservatezza a livello comunitario, occorre retroagire e tornare indietro nel tempo, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza ormai oltre 11 anni addietro, il 7 dicembre 2000, ed entrata effettivamente in vigore il primo febbraio 2003. E, sul versante della diretta applicabilità dei Trattati Internazionali nell'ambito del diritto interno, si apre una questione che è stata lungamente tormentata, quantomeno sino alla legge costituzionale n. 3/2001 di modifica del Titolo V della Costituzione con particolare riferimento al novellato art 117, primo comma, che dispone che l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni è condizionata dal rispetto degli obblighi internazionali e dunque il legislatore, sia statale che regionale, dovrebbero, almeno in apparenza, fare i conti con la diretta efficacia di questo nuovo vincolo che chiuderebbe la questione. Però, il condizionale è d'obbligo, perché questa nuova norma della Carta ha sollevato alcuni dubbi interpretativi che la dottrina più attenta ha rilevato. Quindi, l'unico dato certo pare essere che, prima di questa modifica del Titolo V della Carta, gli obblighi internazionali di tipo pattizio non godevano di alcuna effettiva garanzia di vincolatività in Italia. Questa era infatti l'opinione dominante della dottrina, che ricavava l'inesistenza di una garanzia costituzionale per i trattati internazionali dall'art. 10, primo comma, della stessa Costituzione, che si riferisce al solo diritto consuetudinario e non fa alcuna menzione dei trattati internazionali. Per un quadro sulla portata di novità introdotta dall'art. 117, primo comma della Costituzione, nel rapporto con i trattati internazionali, si consiglia la lettura di F. SALERNO, *Il neo dualismo della Corte Costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 340 secondo il quale ormai, grazie a questa riforma, la norma internazionale, una volta formata, determina un obbligo automatico di adattamento, in capo alla legge, a prescindere dal procedimento interno di adattamento.

La situazione era, come detto, assai diversa prima della riforma del Titolo V e la corrente dottrinale di parere negativo sull'efficacia dei trattati nell'ordinamento giuridico italiano, poggiava anche sulla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, Corte cost., 6 giugno 1989, n. 323, la quale aveva affermato che l'adattamento di ogni singolo trattato richiede un corrispondente singolo atto *ad hoc* e normalmente questo atto è una legge ordinaria. Tuttavia, questa tesi era gravida di importanti conseguenze pratiche in merito all'efficacia e alla forza del trattato, quale fonte del diritto in Italia: infatti, se il trattato veniva immesso nel nostro ordinamento mediante legge ordinaria, non poteva, a quel punto, che avere la stessa forza della medesima legge ordinaria e pertanto, un'altra legge ordinaria successiva, per via del principio della forza abrogativa della fonte successiva e più recente, rispetto a quella più datata, poteva abrogare il trattato, con conseguente non adeguamento dell'Italia a principi e sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea.

In apparenza, stando al dato letterale, il nuovo art. 117 della Costituzione, avrebbe risolto il problema in via definitiva, visto che la norma parla testualmente di "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" con anche un successivo intervento apposito del legislatore ordinario con l'emanazione della legge 5 giugno 2003, n. 131, al fine di rendere attuativo proprio il primo comma dell'art. 117 novellato, con riferimento agli obblighi internazionali. Infatti, la norma dispone nell'art. 1, primo comma, che "costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'art. 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali".

Tutto a posto dunque? No, perché va dato conto del fatto che esiste anche un orientamento dottrinale, secondo il quale non tutti i problemi sarebbero stati risolti. In particolare, la legge 5 giugno 2003, n. 131, meglio nota come legge La Loggia, sarebbe carente su due profili di grande delicatezza. Il primo è quello per cui essa non chiarisce quali sono i trattati che rientrano nella sfera di applicazione dell'art 117 della Costituzione, primo comma, quindi, anche se ammettessimo l'interpretazione che pare in effetti più corretta, cioè quella del valore precettivo della norma costituzionale riscritta, il legislatore ordinario ha compiuto, comunque, una grave ingenuità nel non

Quindi, stabilito che il moderno diritto alla riservatezza, introdotto nel sistema dal legislatore ordinario, può avere un fondamento ricavabile dalla stessa Costituzione così come il diritto di accesso, anche se, per la verità, appare più incisiva la forza dell'accesso visto che esso è addirittura coesistente al principio democratico su cui si fonda l'ordinamento giuridico italiano, il problema sul tappeto è quello di conciliare le due fonti normative. Sul punto va

---

chiarire la portata applicativa della disposizione e si tratta di questione non secondaria, perché la Corte Costituzionale non ha ancora affrontato l'argomento in maniera compiuta. Da una lettura complessiva della Carta e in particolare dal combinato disposto tra l'art. 117 e l'art. 80 della Costituzione, sembrerebbe esserci una risposta a questo quesito: parrebbe infatti che gli unici trattati a cui si riferisce l'art. 117 possano essere quelli ratificati dal capo dello Stato, a seguito di una preventiva autorizzazione del Parlamento e a questa conclusione si addivene esaminando lo stesso art. 80, che richiede un necessario assenso parlamentare per la conclusione di accordi internazionali che comportano modificazioni di leggi; e allora, ragionando sul piano della logica giuridica, parrebbe assai strano che, invece, quei trattati, che vincolano la legge stessa, possano entrare nel sistema solo tramite una diretta adozione da parte del Governo, scavalcando il Parlamento. Il secondo profilo di problematicità attiene, invece, la fonte con cui si immette il trattato comunitario nel sistema italico e, anche qui, il legislatore ordinario è stato disattento perché non ha parlato di questo aspetto; che cosa è successo pertanto? E' accaduto che vi sono stati alcuni esponenti, anche autorevoli della dottrina, che hanno ritenuto di cogliere dall'art. 117 della Carta un meccanismo di ingresso del trattato nel nostro ordinamento giuridico, identico a quello precedente alla riforma del Titolo V, cioè hanno pensato che il procedimento di adattamento non fosse da ritenersi una tecnica superata; dunque, ancora oggi, il trattato entrerebbe nell'ordinamento con una legge ordinaria contenente l'ordine di esecuzione. E' la tesi espressa, ad esempio, da B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro It.*, 2002, p. 229.

Il particolare è fondamentale: infatti, solo tale legge ordinaria contenente l'ordine di esecuzione del trattato e non il trattato in via diretta avrebbe la forza di resistere a norme interne ad esso incompatibili. L'unica differenza con il passato sarebbe dunque che, per effetto del nuovo art. 117 della Costituzione, una volta che la legge contenente l'ordine di esecuzione viene emanata ed entra così nell'ordinamento, questa avrebbe una forza superiore a una mera legge ordinaria, ma inferiore a una norma costituzionale, ponendosi in una posizione intermedia tra le fonti costituzionali e le mere leggi ordinarie sul piano della gerarchia delle fonti e potrebbe determinare l'illegittimità costituzionale di norme interne, con essa incompatibili.

Ma, se così fosse, le ricadute per la vigenza e la vincolatività del contenuto dei trattati, sarebbero facilmente intuibili: in assenza di una norma di adattamento contenente l'ordine di esecuzione, il Trattato non può entrare nel nostro ordinamento, quindi non può essere esecutivo e il suo contenuto non può vincolare l'Italia. Con la conseguenza, proprio a proposito del Trattato di Nizza che, siccome il legislatore non ha mai emanato una legge che contenesse l'ordine di esecuzione, l'Italia potrebbe ritenersi non vincolata dal contenuto di suddetto Trattato e quindi anche dalla normativa che tutela la riservatezza a livello comunitario. Per cercare di dare una soluzione a questi problemi e quindi di avere anche una risposta, seppur indiretta alla domanda che ci si pone, cioè può l'Italia ritenersi vincolata dalla normativa sulla riservatezza contenuta a livello comunitario nel Trattato di Nizza, occorre rifarsi ad una giurisprudenza recente della Corte Costituzionale quale quella risultante dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007 emanate a proposito della CEDU (Corte Europea dei diritti dell'uomo). La Consulta ha anzitutto specificato che le disposizioni relative alla CEDU rientrano nel *genus* trattati internazionali e quindi si tratta di una pronuncia che può essere estesa anche ai trattati e, venendo all'art. 117 della Costituzione, ha specificato che la novella ha inciso direttamente sul sistema delle fonti riconoscendo al trattato una capacità di resistenza maggiore rispetto ad una legge ordinaria, rimuovendo quindi definitivamente il principio secondo il quale le norme internazionali hanno lo stesso rango e la stessa forza, nella scala delle fonti, della fonte che le immette nel sistema, specificando comunque che è necessario che queste fonti siano conformi alla Costituzione. Il punto che però la Consulta non ha chiarito in via definitiva è il più importante: l'ordine di esecuzione è un procedimento superato definitivamente? Detto in altri termini: il trattato è direttamente vincolante per il legislatore e immediatamente esecutivo, anche senza una legge di adattamento? Il dubbio persiste perché, ad oggi, non ci sono state sentenze della Corte che contengano un'affermazione decisa del superamento del vecchio procedimento, anche se la tesi più convincente, in considerazione della enorme importanza assunta ormai dalla Unione Europea e dell'appartenenza dell'Italia ad essa sin dalla prima ora, appare quella di una diretta vincolatività del trattato, ricavabile proprio dalla novella del titolo V. Però, come si può apprezzare, la questione non è così scontata come può apparire superficialmente.



operata una distinzione temporale tra la 675/1996 ormai abrogata, e il decreto legislativo 196/2003.

Infatti, ai tempi in cui venne emanata la prima legge sulla privacy<sup>247</sup>, la dottrina nettamente maggioritaria affermava pacificamente la tesi che, almeno per quanto riguarda il regime dei dati personali, non vi erano grossi problemi e si doveva ritenere applicabile integralmente la legge sulla trasparenza, anche perché la 675/1996 nulla disponeva in merito alla divulgazione di dati personali<sup>248</sup> da parte di soggetti pubblici. Discorso diverso meritavano i dati sensibili in quanto, in relazione alla loro eventuale divulgazione, si erano formati due orientamenti contrapposti, uno facente capo alla giurisprudenza amministrativa ordinaria<sup>249</sup> secondo il quale la normativa successiva comunque non avrebbe inciso sulla 241/1990 la cui disciplina si applicherebbe pertanto integralmente, ivi compresa quella sul diritto di accesso ai documenti, un' altra corrente invece, facente capo alla giurisprudenza più autorevole<sup>250</sup>, affermava che, data la presenza di questa normativa successiva, quest'ultima doveva prevalere sulla legge sulla trasparenza, per il fatto che la 241/1990 era inadeguata per via del vuoto normativo in essa ravvisabile sul punto in questione e quindi, non poteva affrontare con efficacia il delicato profilo dell'apprezzamento e delle particolare cautele da riservare al momento della divulgazione di queste notizie, per la semplice ragione che non si era occupata del problema. Dunque, per i dati sensibili trovava applicazione, in quel quadro normativo, il regime speciale di tipo restrittivo che la 675/1996 aveva previsto con la conseguenza, per il nostro problema di fondo, capire come opera, oggi, la disciplina originaria sul diritto di accesso entrata in vigore nel 1990, quando il campo operativo di queste norme si restringe ulteriormente. I termini del problema non sono sostanzialmente cambiati con l'introduzione del decreto legislativo n. 196/2003, in quanto la giurisprudenza, consapevole del fatto che il vero problema era quello di capire

---

<sup>247</sup> L'attenzione era incentrata soprattutto sugli articoli 27, comma 3, e 22, comma I, della legge n. 675/1996, così come modificato dal comma II del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 135 che, distinguendo tra trattamento da affidare ai dati personali e a quelli sensibili, prevedevano, rispettivamente, che i dati personali potevano essere comunicati o diffusi da parte dei soggetti pubblici, solo se era previsto da norme di legge, invece, i dati sensibili potevano essere oggetto di trattazione, quindi ad esempio divulgazione, solo se previsto da norme di legge o, in mancanza, da una autorizzazione del garante.

<sup>248</sup> L'art. 4, comma 1, lettera b, del decreto legislativo 196/2003, definisce così il dato personale: "qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale" dunque, come si può facilmente intuire, si tratta di una tipologia di dati di estrema ampiezza e variegatazza, diversa dai dati sensibili, quelli veramente idonei a rivelare le caratteristiche di un individuo. Infatti, ancora, l'art. 4, comma 1, lettera d, del decreto legislativo 196/2003, definisce i dati sensibili: "i dati idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali o idonei a rivelare lo stato di salute e la sfera sessuale". Per la precisione, siccome i dati contenenti informazioni, sulla sfera sessuale o sulla salute, hanno un regime giuridico apposito, si preferisce affermare che costituiscono una terza tipologia di dati a parte, cioè quelli supersensibili.

<sup>249</sup> Così, ad esempio, Tar Abruzzo, sez. Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681, in *Foro It.*, 1998, p. 84.

<sup>250</sup> Cons. St., 26 gennaio 1999, n. 59, in *Foro It.*, III, p. 109.

come trattare i dati sensibili e non quelli personali, ha tentato, in un primo momento, di percorrere la strada dell'accesso modale limitato<sup>251</sup>.

Attenzione, in questa sede non si intende certo dare alcuna valutazione in termini di disvalore del diritto alla riservatezza, che ha anche una derivazione costituzionale, tutt'altro; si vuole però sottolineare che, per motivi talvolta comprensibili e altre volte un po' meno, questo intervento normativo così atteso qual è stato la legge sulla trasparenza, è stato progressivamente ma inesorabilmente depotenziato, guardando sempre più in basso e mai esteso nei suoi contenuti. Ne consegue che non pare così scorretto considerarlo una storica occasione, in parte perduta, per imprimere alle amministrazioni italiane una decisa rotta verso una più incisiva trasparenza, pur non dimenticando, certamente, gli indubbi e fondamentali meriti che alla medesima disciplina vanno ascritti nel rompere l'onnipresenza secolare del segreto.

### ***13. Il diritto di accesso dalla legge n. 15/2005 ad oggi***

Il legislatore del 2005, emanando la legge 11 febbraio 2005 n. 15<sup>252</sup>, ha messo mano alla più profonda riforma della legge 241/1990 che si ricordi dai tempi

---

<sup>251</sup> Cons. St., 4 febbraio 1997, n. 5, secondo la quale, visto che i dati sensibili sono idonei a rivelare le attitudini più intime della persona, una soluzione di compromesso soddisfacente è quella di limitare le modalità di accesso, cioè consentire solo la visione, ma non l'estrazione di copia, sul presupposto della minor lesività della mera consultazione. L'aggancio normativo per questa tesi era rinvenuto nell'art. 24, comma 2, lettera d, che consentiva ai soggetti interessati, di prendere visione degli atti relativi a procedimenti amministrativi, se la conoscenza di questi era necessaria "per curare o per difendere i loro interessi giuridici". Quindi il Consiglio di Stato si appiglia alla lettera della legge dell'art. 24, comma 2, lettera, d, che parla solo di visione e non menziona l'estrazione di copia per elaborare l'orientamento della limitazione delle tipologie dell'accesso in merito ai dati sensibili. Tuttavia, non può sfuggire ad un attento esame che, quando si parla di tutela giurisdizionale, si pensi in proposito al contenuto dirompente dell'art. 24 della Costituzione, questa soluzione lascia poco convinti perché anzi, proprio in materia di tutela in un processo, emerge dalla Carta la necessità di salvaguardare gli interessi del ricorrente con tutti gli strumenti possibili e, quindi, sembra stridere con il quadro delle Disposizioni Superiori una soluzione che, in materia di dati sensibili, limiti l'accesso solo alla mera consultazione dei documenti. Dello stesso parere Cons. St., 30 luglio 2002, n. 4078, in *Guida dir.*, 2003, 23, p. 87 ss. in cui, anche a causa dell'influenza del D.P.R. n. 352/1992, si era formato un orientamento maggioritario che, ponendosi il problema di bilanciare l'accesso con le esigenze poste dalla legge 675/1996 e dalla stessa legge n. 241/1990 nell'art. 24 sulla riservatezza di persone, gruppi e imprese, aveva ritenuto che l'accesso dovesse operare in modo monofasico, cioè si dovesse esaurire nella sola modalità della consultazione dei documenti.

<sup>252</sup> L'importanza e l'imponenza dell'intervento normativo non sono passati certo inosservati, tanto che la dottrina di commento alla legge in questione è molto vasta: tra i tanti interventi, C. E. GALLO, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della Costituzione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *ASTRID Rassegna*, 2005, n. 4; A. TRAVI, *La l. n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 4, p. 449 ss.; B. G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, p. 460 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, p. 481 ss.; G. ARENA, *Il diritto di accesso*, Relazione tenuta al convegno "Le innovazioni della disciplina generale dell'azione amministrativa. Una prima lettura della legge 11 febbraio 2005", n. 15, Parma, 10 giugno 2005; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, p. 573 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 8, p. 817 ss.; A. M. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, p. 669 ss.; A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2005, p. 494 ss..

della sua emanazione, non soltanto tentando un'armonizzazione tra il decreto legislativo 196/2003 in materia di riservatezza e la normativa sul diritto di accesso, ma intervenendo in maniera profonda in tutti i settori della legge, sia introducendo istituti nuovi di zecca, è il caso paradigmatico dell'art. 10-bis che ha introdotto il preavviso di rigetto, sia introducendo norme, è il caso dell'art. 21-septies in materia di nullità, che non hanno fatto altro che raccogliere il frutto di lunghi decenni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale; in altri casi, infine, ha preso una posizione su questioni discusse, come è il caso emblematico dell'art. 21-ter a proposito dell'esecutorietà, sulla quale la dottrina, prima della scelta restrittiva del legislatore che, in definitiva, ne ha sancito il carattere eccezionale, era divisa sul fatto di considerarla o meno un carattere naturale dei provvedimenti amministrativi.

Alcuni autori, pur valutando complessivamente in modo positivo alcuni interventi, soprattutto quelli che hanno avuto il merito di conferire un ruolo centrale al provvedimento amministrativo, non hanno però mancato di metterne a fuoco, si perdoni il bisticcio di parole, numerose ombre<sup>253</sup>.

Una riforma di tale portata che taluni<sup>254</sup> si sono chiesti se il 2005 segnasse l'alba di un nuovo diritto amministrativo e se fosse iniziato un nuovo processo rivoluzionario, con lo scopo ultimo di ridisegnare significativamente il procedimento e, quindi, intervenendo copiosamente sull'attività, su tutto il diritto amministrativo complessivamente inteso. In questa sede l'attenzione si concentra soprattutto sul nuovo diritto di accesso, così come novellato nel 2005,

---

<sup>253</sup> E' il caso di B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, cit. p. p. 817 e p. 822, in cui l'autore, in sede di valutazione complessiva della riforma rileva, in primo luogo che il legislatore del 2005 ha mostrato assai meno coraggio e originalità rispetto a quello del 1990, in quanto ha operato un intervento rinnovatorio sull'attività amministrativa molto simile ad antichi progetti di legge di disciplina della medesima, che furono elaborati tra il 1948 ed il 1973, così poco innovativi che, con una definizione rimasta famosa, MASSIMO SEVERO GIANNINI, richiesto di un parere su quei progetti, parlò di "spiedini di ovvietà". Il bilancio, sostiene Mattarella, va fatto con il rammarico di almeno 3 occasioni perdute: 1) in primo luogo, per quanto riguarda procedimenti indirizzati all'emanazione di atti generali, si è persa l'occasione di passare dall'assenza di norme generali sulla partecipazione all'istruttoria pubblica; 2) si è inoltre persa l'occasione per passare da una nozione imprecisa di provvedimento amministrativo, ad una definizione puntuale e completa sul piano legale; 3) infine, anche se ormai i tempi erano maturi, si è persa anche l'occasione, in materia espressa di trasparenza, di passare dal diritto di accesso ai documenti alla pubblicità delle informazioni. Ancora più duro il commento sulla novella del 2005 di A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, cit., p. 669, in cui l'autore esprime un giudizio molto negativo verso la legge n. 15 del 2005: "Se il livello di trasparenza dell'azione pubblica costituisce uno tra i principali indizi del grado di civiltà e di cultura democratica raggiunto da un ordinamento giuridico, occorre rilevare che, da questo punto di vista, il nostro paese non sembra aver compiuto, da 15 anni a questa parte, significativi passi in avanti". Come si può notare, un giudizio fortemente negativo della riforma sull'accesso che, tuttavia, trascura il tentativo di contestualizzare la riforma verso quello che sarà il disegno effettivo del legislatore, ad onor del vero nel 2005 ancora del tutto in penombra, quello di separare definitivamente il diritto di accesso e la trasparenza quali strumenti diversi e, come tali, orientati a funzioni diverse, contraddicendo in ciò l'orientamento complessivo della totalità della dottrina amministrativa italiana.

<sup>254</sup> A. TRAVI, *op. cit.*, p. 449, nella quale l'autore si domanda se il legislatore abbia avuto la piena consapevolezza della profondità della proposta legislativa che, in caso di risposta affermativa, pare configurare addirittura un tentativo del Parlamento di riscrivere i principi fondamentali del diritto amministrativo.

entrato poi in vigore mediante il regolamento governativo D.P.R. n. 184/2006<sup>255</sup> e la domanda principale che bisogna porsi è questa: il diritto di accesso svolge, ancora, a seguito di questa nuova riforma, quella finalità di strumento principe della trasparenza e, quindi, di meccanismo elettivo per il controllo del rispetto del principio democratico?

Ed ancora: si può affermare ancora oggi che il diritto di accesso, sia alla luce delle recenti riforme della legge 241, che delle nuove fattispecie introdotte nel 2005 in seguito all'emanazione del primo codice italiano dell'amministrazione digitale, sia ancora legato in modo inscindibile alla trasparenza, oppure si può avanzare la tesi, come fanno alcuni in dottrina<sup>256</sup>, secondo la quale sia ormai avvenuta una disarticolazione tra il diritto di accesso e la trasparenza?

Perché, in effetti, tenendo sempre a mente il quadro storico di riferimento, l'idea iniziale che aveva portato alla nascita della legge n. 241 del 1990 era quella di adeguare l'amministrazione ai principi costituzionali e, proprio a questo fine, il punto centrale dei lavori della Sottocommissione Nigro era quella di concepire l'accesso come un diritto non egoistico, non azionabile cioè solo al fine di tutelare situazioni individuali o magari anche collettive, ma comunque relative solo al confine più o meno ristretto di quel gruppo che domanda l'accesso. A cascata, tutte le ricadute più evidenti, in particolare quelle che ne avrebbero dovuto fare in primo luogo lo strumento principe e, con effetto diretto, lo strumento più efficace per un controllo democratico dell'attività amministrativa.

Si voleva, insomma, assegnare a tale diritto un compito certamente più alto di quello che sembra avere oggi; pare, infatti, dall'esame della legge n. 15/2005, che un certo tipo di percorso si completi, ma con un risultato completamente diverso: sembra che l'accesso sia oggi solo uno strumento di tutela del singolo e, solo quando vi sia accidentalmente coincidenza tra l'interesse individuale e quello collettivo, ritorna a svolgere il ruolo per cui era stato inizialmente concepito, quale strumento di verifica della democraticità dell'azione amministrativa, quindi sembra che questo controllo oggi sia soltanto indiretto. Non solo, sembrerebbe confermarsi la perdita di centralità dell'accesso, quale strumento di elezione della trasparenza che, quindi, andrebbe ricercata investigando su altri strumenti che, più dell'accesso, svolgerebbero questa funzione. Esisterebbe, allora, nel nostro ordinamento addirittura un accesso senza trasparenza?

---

<sup>255</sup> Per un esame del D.P.R. n. 184/2006, n. 104, si consiglia di consultare: AA. VV., *Il regolamento sull'accesso ai documenti. Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2006.

<sup>256</sup> N. PAOLANTONIO, *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2008, p. 244, in cui compare un'affermazione che avanza la tesi di una totale dissociazione tra l'una, la trasparenza, e l'altro, l'accesso: "*L'istituto dell'accesso...non è espressione del principio di trasparenza*". E' una tesi, si può ben comprendere, che coglie nel segno ma che è favorita dal fatto che ormai, nel 2008, a fronte di troppi interventi normativi che segnalano una dissociazione tra il diritto di accesso e la trasparenza, ormai i tempi erano maturi per addivenire a conclusioni di questo tipo.

Le prime conferme a questa mutazione genetica arrivano laddove ci si accosti al testo, per verificare se esista ancora un collegamento necessario tra l'interesse che si intende tutelare e il diritto ad accedere; secondo la legge n. 15/2005, non solo questo legame deve esistere, ma il legislatore significativamente lo rafforza dicendo che questo deve presentarsi con caratteristiche ben precise, "diretto", "concreto" e "attuale". E' vero che la giurisprudenza prenovella del 2005 stava andando in maggioranza verso questa direzione, ma il legislatore, nessuno glielo avrebbe certo impedito, avrebbe potuto compiere un passo avanti, tornando all'idea di un accesso generalizzato che sarebbe stato un salto in avanti nell'ottica della trasparenza, anche se già non più adeguato al crescente mondo dell'ICT.

La stessa giurisprudenza non è certo rimasta indifferente a queste riforme e si è divisa in pronunce che confermano la tesi dell'uscita dell'accesso tra gli strumenti che servono a realizzare la trasparenza<sup>257</sup>.

Eppure, a leggere l'art. 22, comma, 2, della L. 241, così come modificato dopo l'intervento avutosi tramite la legge 18 giugno 2009, n. 69, sembrerebbe che, anzi, il collegamento tra l'accesso e la trasparenza sia più forte che mai, parrebbe che il legislatore, prima del 2005 e poi del 2009, ci tenga particolarmente ad evidenziare l'esistenza di questa relazione, almeno stando alla lettera della legge, nella quale non solo lo si eleva a principio generale dell'attività amministrativa ma, addirittura, si afferma espressamente che il fine dell'accesso, riferito all'attività, è quello "di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza".

Ci si aspetterebbe, allora, una disciplina che registri un deciso avanzamento verso la trasparenza in chiave dell'accesso, proprio in virtù della chiarezza di questo dato letterale ma, come tenteremo di verificare tramite i vari agganci normativi della disciplina attualmente in vigore, su questo piano si registrano invece decisi passi indietro.

---

<sup>257</sup> Cons. St., 11 maggio 2007, n. 2314, in cui i giudici di Palazzo Spada danno una palese dimostrazione dell'effettiva dissociazione tra le affermazioni di principio e la nuova valenza pratica che l'accesso ha assunto per effetto delle ultime recenti riforme: infatti, la suprema magistratura amministrativa, prima ricorda che per effetto della legge 241, così come lo stesso Consiglio di Stato aveva riconosciuto in precedenti sentenze, Cons. St., 15 novembre 2004, n. 7412, "il diritto di accesso ai documenti amministrativi è riconosciuto al fine di assicurare la trasparenza amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale"; ma poi, nell'immediato proseguire del ragionamento, ricorda il carattere sostanziale del requisito dell'interesse per la tutela di situazione giuridicamente rilevanti e conferma, con parole piuttosto chiare, sia la nuova dimensione individuale che l'accesso ha assunto, sia la dissociazione tra accesso e trasparenza: "...il diritto di accesso è sempre fondato sull'interesse sostanziale collegato ad una specifica situazione soggettiva giuridicamente rilevante e che esso è strumentale ad acquisire la conoscenza necessaria a valutare la portata lesiva di atti o comportamenti; da tutto ciò va escluso che il diritto medesimo garantisca un potere esplorativo di vigilanza da esercitare attraverso il diritto all'acquisizione conoscitiva di atti o documenti, al fine di stabilire se l'esercizio dell'attività amministrativa possa essersi svolto secondo i canoni di trasparenza...". Colpisce in particolare l'ultima affermazione in cui emerge proprio un orientamento teso a escludere che con l'accesso si possa continuare a muoversi prendendolo a parametro di verifica della trasparenza dell'attività amministrativa.

Oltre al primo rilievo d'obbligo sulla verifica della piena conferma della necessità che esista un interesse personale ben determinato all'accesso, vi sono molti agganci normativi che confermano l'ipotesi investigativa della scelta definitiva, di politica legislativa che, contrariamente a quanto potrebbe fare pensare la solenne affermazione contenuta nell'art. 22, II comma, della L. 241, l'obiettivo reale è del tutto diverso: quello malcelato di fare dell'accesso solo uno strumento di tutela di interessi privati o comunque collettivi, ma sempre con un fine ultimo di tipo economico-individualistico.

Si pensi per un attimo al profilo, prima almeno discusso in giurisprudenza, relativo all'individuazione dell'oggetto dell'accesso: ci si domandava, in particolare, se dall'art. 22, lettera d, si potesse individuare una nozione ampia di documento, così estesa da includere anche le informazioni<sup>258</sup> e alcuni tribunali avevano dato risposta affermativa; oggi la legge è netta, perché la disciplina dell'accesso non è azionabile se le informazioni che si desidera conoscere non sono incorporate in un documento amministrativo e questo significa anche che, se il cittadino vuole conoscere notizie sull'evoluzione di una certa procedura amministrativa, l'amministrazione può negare con piena legittimità tale richiesta e la disciplina dell'accesso non soccorre. Infatti, è pur vero che esiste la modalità dell'accesso endoprocedimentale, ma è azionabile solo per notizie contenute in atti che hanno la forma dei documenti già formati.

Non si può certo negare che la novella non accolga una nozione piuttosto ampia di "documento amministrativo"<sup>259</sup>, tuttavia sembra che la scelta di campo sia troppo netta o, se si preferisce, coerente con quell'idea di fondo di fare dell'accesso solo lo strumento di tutela di interessi personali, senza dimenticare il fatto che, comunque, essa è incoerente con altri settori del diritto<sup>260</sup> e troppo vantaggiosa per l'amministrazione, perché viene confermata l'idea, già affiorata in molta giurisprudenza antecedente alla novella del 2005, che i pubblici uffici non siano tenuti a compiere alcuna attività di elaborazione sulle informazioni.

La situazione non migliora affatto ma, anzi, complica semmai il quadro in questione nell'unica ipotesi in cui, in via di eccezione, si constata, esaminando il combinato disposto della legge 241 e del decreto legislativo n. 196 del 2003<sup>261</sup> sul diritto alla riservatezza, che il legislatore consente l'accesso a dati diversi dai documenti, cioè ai propri dati personali. Anzi, senza entrare nel dettaglio delle

---

<sup>258</sup> Tar Sicilia, 16 aprile 1994, n. 611, cit.

<sup>259</sup> Art. 22, I comma, lettera d, della legge n. 241 del 1990, così come riformato dalla legge n. 15 del 2005, che definisce così il documento amministrativo: "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e contenenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale".

<sup>260</sup> Ci si riferisce, naturalmente, all'art. 1 del decreto legislativo n. 195 del 2005 che, invece, parla di "diritto di accesso alle informazioni ambientali", quindi protagonista, in materia del bene ambiente, non è il documento ma, in modo più esteso, l'informazione.

<sup>261</sup> Il diritto di accedere ai propri dati personali è ricavabile da un esame dell'art. 7 dell'art. 10, comma 1, lettera a, e comma 2, del decreto legislativo n. 196/2003.

soluzioni adottate dal legislatore per regolare il rapporto tra accesso e riservatezza, si può però affermare che il riconoscimento della riservatezza come valore costituzionale e la sua conseguente successiva consacrazione a livello di legge ordinaria, prima con la 675/1996 e poi con il decreto legislativo 196/2003, danno probabilmente al legislatore la “scusa”, l’appiglio, per giustificare in termini sistematici le ragioni per cui è stata compiuta la scelta di concentrare la possibilità di continuare ad esercitare questo diritto ad un numero limitato di individui. Detto in un altri termini: ormai il sistema giuridico aveva accolto il diritto alla *privacy*, non si poteva fare finta che non ci fosse e, di conseguenza, le ricadute più incisive non avrebbero che potuto incidere su quel diritto che, per definizione della novella del 2005, ha un contenuto uguale e contrario rispetto alla riservatezza, cioè appunto l’accesso.

A conferma di tutte queste considerazioni, si può osservare che, dopo la riforma del 2005, resta confermata l’esclusione dall’accesso per talune categorie di atti, quelle di cui all’art. 24, lettera c, le quali, lette nell’ottica dell’inscindibile rapporto tra accesso e trasparenza, non convincono, per almeno due buone ragioni; intanto perché si tratta di tipologie, atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, che vanno in un’ottica opposta agli impulsi del diritto comunitario, e poi perché questa previsione amplia l’area dei documenti esclusi rispetto al testo previgente<sup>262</sup>; però nell’ottica della mutazione genetica dell’accesso tutto trova una sua possibile spiegazione. Che poi questa scelta di politica legislativa sia da condividere o meno, questo è tutto un altro discorso.

Certamente, l’estensione delle categorie di atti sottratte all’accesso pare non giustificabile, se si continua a ragionare in termini di corrispondenza biunivoca tra accesso e trasparenza. La contraddizione nasce a causa dello stesso legislatore che prima ricostruisce nel 2005 il diritto di accesso in modo del tutto nuovo e, nel farlo, restringe il numero di atti visionabili; si pensi al classico piano paesaggistico che rientra nel “*genus*” di atti di programmazione e pianificazione, che richiederebbe invece, sempre ragionando sulla base della corrispondenza tra accesso e trasparenza, la massima accessibilità possibile, sia per le ricadute concrete sulla collettività, sia perché spesso si tratta di scelte compiute al di fuori della naturale e tradizionale sede assembleare. Però, nel 2009 emana la legge 19 giugno n. 69 che, ormai fuori luogo, non si sa perché, compie ancora quella affermazione di principio dell’esistenza di un collegamento tra il diritto di accesso e la trasparenza amministrativa.

Stando ancora all’art. 22, stavolta alla lettera b, colpisce, ma forse ormai un po’ meno, che il legislatore nell’individuare il novero dei soggetti legittimati all’accesso dica testualmente che interessati sono “tutti i soggetti privati.....” ed allora è lecito domandarsi se tale disciplina si applichi o meno anche alle

---

<sup>262</sup> L’art. 24, comma 6, legge 241, prevedeva che non era consentito l’accesso solo “agli atti preparatori nel corso di formazione” degli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

amministrazioni, cioè che cosa accada se la richiesta di visione ed estrazione di copia dei documenti provenga da un'amministrazione e sembrerebbe che la risposta sia di segno negativo, almeno stando alla lettera dello stesso art. 22, comma 5, che introduce un nuovo principio: la leale cooperazione istituzionale.

La dottrina<sup>263</sup> si è subito interrogata su che cosa si debba intendere con questa locuzione e sembrerebbe che si tratti di un canone di buona fede, di correttezza nei reciproci rapporti tra amministrazioni al fine, non lo si dimentichi, di finalizzare, stavolta sì, l'accesso al rispetto del principio di buon andamento, di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> F. G. PIZZETTI, *Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2006.

<sup>264</sup> Il nostro ordinamento giuridico contempla un caso di vigenza nel sistema costituzionale del principio di leale cooperazione, particolarmente innovativo, contemplato nell'art. 120, comma II, della Costituzione, formulato sotto la veste del potere sostitutivo, da parte del Governo centrale, nel caso d'inadempienze degli enti locali periferici: Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane. Sul carattere di peculiarità italiana del principio di leale cooperazione, si consiglia la lettura di: C. DI ANDREA, *Le parole nuove della Costituzione dopo l'entrata in vigore delle modifiche al Titolo V della parte II*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2001, pp. 163-171.

Ci si domanda se, al di là del caso specifico del potere sostitutivo statale operante in caso di inadempienze degli enti locali, ex art. 120 II comma della Carta, il principio di leale cooperazione possa utilizzarsi anche per altri scopi e, in particolare, se possa avere un fondamento costituzionale generale, anche in relazione ai rapporti tra singole amministrazioni, complessivamente intesi. Nel dettaglio, ci si chiede se la scelta di escludere le amministrazioni che avessero eventualmente l'esigenza di visionare un documento amministrativo dall'applicazione della disciplina del diritto di accesso, espressamente sancito nell'art. 22, V comma, come novellato dalla legge n. 15 del 2005, possa avere una giustificazione costituzionale sancita dalla Carta, in termini generali, grazie a un fondamento costituzionale generale della leale cooperazione, in qualità di canone di valutazione e di comportamento dell'attività amministrativa nel suo complesso. L'ipotesi di lavoro che si tenta di verificare, con una ricerca mirata sulla giurisprudenza del Giudice delle leggi, è quella per cui il principio di leale cooperazione rientri, in qualche modo, in un'interpretazione evolutiva dell'art. 97 della Costituzione. Ci si chiede, nel caso di specie, se la leale cooperazione possa rientrare in una sorta di interpretazione estensiva del parametro del buon andamento. Ebbene, la risposta pare positiva perché, ben prima della riforma del Titolo V della Costituzione che ha immesso nel tessuto costituzionale l'istituto del potere sostitutivo, la Corte, pur avendo un atteggiamento oscillante, perché in talune sentenze ha desunto la derivazione costituzionale del principio di leale cooperazione dall'art. 5 della Costituzione, tuttavia, in altre pronunce ha compiuto affermazioni che supportano questa tesi.

Vi è stata, infatti, una sentenza del Giudice delle leggi, 11 febbraio 1988, n. 214, in cui, pur non affermando espressamente che nel sistema costituzionale esista un principio generale di leale cooperazione tra amministrazioni, ed in fondo sarebbe anche stata una scelta troppo temeraria e anticipata rispetto ai tempi in cui la leale cooperazione è stata introdotta nella Costituzione, tuttavia compie un ragionamento indiretto perché afferma che questo brocardo rappresenta un corollario, uno sviluppo dell'ampio principio di buon andamento sancito nell'art. 97 della Carta, cioè il buon andamento dell'attività amministrativa, si commisura anche andando a vedere se e come si esplica la leale cooperazione tra amministrazioni. Ma, se stanno così le cose, e pare che stiano in questi termini, almeno stando a un'altra sentenza della stessa Corte, 7 marzo 1990, n. 139, in cui la Corte utilizza la formula "collaborazione tra le varie amministrazioni pubbliche", ecco che esiste, sin dai tempi antecedenti all'emanazione della legge n. 241/1990, un aggancio giurisprudenziale che motiverebbe questa scelta del legislatore ordinario; ciò non stupisce, perché si torna sempre a quelle motivazioni inerenti il buon andamento e l'efficienza dell'attività amministrativa, che paiono sempre in grado di spiegare tutto, anche quelle scelte che, di fatto, attaccano, ancora una volta, la trasparenza. Ed infatti ci si domanda: perché mai la disciplina dell'accesso del 1990, con i suoi pregi e difetti, non dovrebbe applicarsi alle amministrazioni statali, che si domandano reciprocamente di visionare documenti, ma deve valere solo in relazione a quei casi in cui l'istanza proviene dai cittadini verso le amministrazioni? Libere dunque, nel caso concreto, di comportarsi in definitiva con un ampio esercizio di potere discrezionale? Quel che conta è però rilevare che il legislatore del 2005, ponendo a livello di legge ordinaria il principio di cooperazione istituzionale tra amministrazioni, in relazione a istanze di accesso ai documenti che un'amministrazione rivolge ad un'altra, non ha fatto altro che agganciarsi a un principio che la giurisprudenza del Giudice delle leggi ha configurato come una esplicazione e uno sviluppo, in senso ampio, del parametro costituzionale del buon andamento sin dal 1989 e questa scelta è ampiamente



A queste considerazioni si deve poi aggiungere il rilievo di fondo, non certo secondario, in base al quale, ormai oggi molte informazioni sono reperibili online, grazie alle infinite possibilità offerte dal mondo sempre più ricco di Internet.

Ecco che, se si tenta di comprendere e di giustificare l'operato del legislatore del 2005 in conseguenza dell'emersione del diritto alla riservatezza, risulta più difficile afferrare il senso di questa novella, con riferimento all'esplosione dell'ICT; sotto questo diverso, ma ormai invasivo ed onnipresente, profilo, riesce difficile continuare a giustificare il contenuto di questa riforma, che sembra nascere vecchia e inadeguata nel momento stesso della sua emanazione.

Da questo punto di vista riesce veramente difficile seguire il legislatore del 2005, che avrebbe dovuto opportunamente compiere una scelta di fondo quasi culturale, prima che giuridica, di segno completamente diverso: infatti, se si va a verificare i repertori giurisprudenziali relativi al concreto uso che si è fatto del diritto di accesso nei 15 anni di vigenza nel nostro ordinamento prima della novella, si scopre che esso è stato soprattutto strumentale al contenzioso, sia che si tratti di un candidato soccombente in una procedura selettiva o di un'impresa sconfitta in una gara d'appalto. Quindi, in realtà, fatte queste considerazioni, dalla riforma del 2005 ci si sarebbe potuti aspettare, al contrario, l'emersione di una nuova centralità dell'accesso in relazione alla trasparenza, sulla base del rilievo che certe informazioni si riesce comunque ad ottenere, grazie alle possibilità immersive offerte dal mondo dall'ICT.

Invece, è accaduto l'opposto: se si parametrizza la trasparenza dell'attività amministrativa con la lente centrata soprattutto sull'accesso quale strumento elettivo, si deve concludere che essa è assai diminuita, da qui la lezione di Aldo Sandulli che, in modo felicemente critico, facendo il verso alla mitica metafora turatiana del 1905 secondo la quale l'amministrazione dovrebbe essere "*una casa di vetro*", parla con accenti molto critici di "*controriforma*" e definisce l'amministrazione ridisegnata dalla novella del 2005 e dal D. P. R. 184/2006, come una "*casa dai vetri oscurati*".

Quindi, la sostanza complessiva dell'operato della riforma smentisce nei fatti le affermazioni enfatiche, ribadite ancora più recentemente dalla successiva legge

---

sostenuta da una ormai risalente giurisprudenza costituzionale. Che cosa è accaduto successivamente al 1990? La Consulta si è allineata, anche se solo in parte, alle posizioni della dottrina maggioritaria che, invece, ha ritenuto che l'ancoraggio costituzionale del principio di leale cooperazione andasse ricercato principalmente, anche se non esclusivamente, nell'art. 5 della Costituzione, A. ANZON, *Leale collaborazione tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in Giur. cost., p. 3535. Infatti, il Giudice delle leggi, sentenza 18 luglio 1997, n. 242, non ha rinnegato la sua posizione iniziale di ancoraggio del principio di leale cooperazione all'art. 97; semplicemente ha riconosciuto che sia un frutto più complesso, del quale l'art. 5 costituisce l'approdo sicuro e il fondamento diretto, nelle locuzioni secondo cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, "riconosce e promuove le autonomie locali", alle cui esigenze "adeguа il principio e i metodi della sua legislazione"; ma, in realtà, sue tracce possono ravvisarsi anche nell'art. 97 e questo rappresenta una conferma delle ragioni per le quali nell'art. 22, comma V, della 241 del 1990 si escludono le amministrazioni statali, che ne fanno istanza, dalla disciplina dell'accesso.

n. 69 del 18 giugno 2009 che sembrerebbe conferire, ma solo a parole, rinnovata centralità all'accesso: troppe e troppo estese le eccezioni, così tante da fare concludere che la nuova regola è l'inaccessibilità, salve le ipotesi in cui, dimostrando la propria legittimazione, si riesce a dimostrare che l'interesse al documento è diretto, concreto e attuale<sup>265</sup>, cioè legato a una situazione tutelata dall'ordinamento che si intende tutelare.

La scelta di politica legislativa sembra allora inadeguata, non solo per il fatto che nella tradizione storica e giuridica, come insegnano gli Stati Uniti con il FOIA, ma anche un grande numero di paesi nel mondo, l'accesso rimane uno strumento efficace per tentare di realizzare la trasparenza connaturata al principio democratico, ma anche, e soprattutto, perché ignora il fulmineo progredire del mondo tecnologico, che suggerisce la diversa strada da percorrere: passare dal semplice accesso ai documenti, al regime giuridico assai più ampio della pubblicità delle informazioni.

Ci si muove in un quadro generale in cui, rispetto al momento della emanazione della prima versione della legge n. 241 del 1990, certe notizie non si devono neppure domandare, perché sono reperibili on-line.

E allora, pur avendo tentato di comprendere le esigenze di tutela della riservatezza che hanno sicuramente mosso il legislatore, sorge comunque inevitabile la domanda: perché mai emanare previsioni normative di accesso addirittura riduttive rispetto al passato, quando la realtà odierna impone di confrontarsi con le tecnologie dell'informazione, che rendono già inadeguata la previsione normativa del 2005?

Tra l'altro, lo stesso legislatore aveva la piena consapevolezza del fatto che l'attività amministrativa dovesse in pieno calarsi nel mondo informatico, visto che è dello stesso 2005 il decreto legislativo n. 82 contenente il Codice dell'amministrazione digitale che cerca lodevolmente di avviare un difficile percorso di trasparenza amministrativa, tramite i nuovi strumenti offerti dalla comunicazione informatica, introducendo nuove forme di conoscibilità dell'attività amministrativa per i cittadini e superando l'idea dell'accesso vincolato ai documenti e ad una istanza, formale o informale che sia.

Bisogna, inoltre, centrare l'attenzione su quello che rappresenta, tutto sommato, il cuore di quest'ipotesi investigativa, finalizzata a verificare se ormai l'accesso è da considerare solo un mero strumento di tutela di interessi individuali e, come tale, disarticolato dal ruolo di strumento centrale della trasparenza di un sistema giuridico, cioè sull'art. 24, comma 3, così come riformulato dalla legge n. 15 del 2005; sono, infatti, causa di rifiuto dell'accesso tutte quelle istanze "preordinate

---

<sup>265</sup> Si noti che la certificazione espressa della necessità che l'interesse sia attuale, ex art. 22, lettera b novellato, ha tolto la possibilità che interpretazioni estensive della giurisprudenza possano prevedere legittimazioni all'accesso, non sorrette da un interesse attuale, così come invece aveva, ad esempio, affermato il Consiglio di Stato: Cons. St., 4 giugno 1996, n. 820.

ad un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni" e questa affermazione sembra una sentenza di morte per quell'idea vagheggiata nel disegno di legge Nigro di farne l'idea dello strumento principe di controllo democratico<sup>266</sup>. Che cosa si debba intendere poi con controllo generalizzato, è stato chiarito dalla giurisprudenza più autorevole, anche in tempi molto recenti<sup>267</sup>.

Semmai, l'unico aspetto positivo da rimarcare, almeno stando alle pronunce più recenti del Consiglio di Stato, è che questa trasformazione dell'accesso, cioè questo ruolo completamente nuovo che assolve rispetto a quello per il quale era stato pensato, non è tale da consentirci di affermare che esso è ormai diventato uno strumento meramente ed esclusivamente processuale<sup>268</sup>.

Queste considerazioni abbastanza perplesse sul nuovo volto assunto dall'istituto e sulla presa d'atto dei nuovi e diversi compiti che esso assolve, non cambiano affatto, se si va ad analizzare alcuni profili del regolamento governativo, il D. P. R. n. 184/2006 contenente le modalità di esercizio del diritto, con particolare riferimento, come rimarca Sandulli,<sup>269</sup> a quell'accesso informale che, consentendo un contatto diretto e immediato tra amministrazione e cittadini, era anzi un istituto da valorizzare.

Invece, la scelta del legislatore del 2006 è stata di segno opposto; infatti, partendo da un'esigenza condivisibile, quella di tutelare una categoria di soggetti, i controinteressati che, per la prima volta nel 2005 vengono definiti in maniera puntuale<sup>270</sup> nella legge 241/1990 che dunque, nella disciplina riformata coglie anche il profilo di regolamentare i rapporti tra accesso e riservatezza, limita l'accesso informale a casi sparuti, quasi scolastici, in quanto lo si può usare, dice il legislatore del 2006, solo in quei casi in cui, art. 5 comma 1, "in base alla natura del documento richiesto, non risulti l'esistenza dei controinteressati".

---

<sup>266</sup> Il dato normativo è molto chiaro in tal senso e anche la giurisprudenza più recente non poteva che tenerne conto: Cons. St., 19 maggio 2009, n. 3081, anche Cons. St., 25 febbraio 2009 n. 1115, entrambe reperibili *on-line* al sito ufficiale: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si conferma un orientamento ormai consolidato da tempo secondo il quale il diritto di accesso va sempre collegato a una specifica situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

<sup>267</sup> Cons. St., 12 gennaio 2011, n. 117, in cui i giudici amministrativi hanno chiarito che, anche nei casi in cui la richiesta di accesso è sorretta da un interesse puntuale e concreto, essa deve essere comunque negata quando la mole dei documenti richiesti è tale da ostacolare l'operato dell'attività amministrativa e da costituire, altresì, un vero e proprio controllo generalizzato. Il caso di specie affrontato riguardava un'istanza di accesso, avente ad oggetto tutte le concessioni paesaggistiche rilasciate negli anni dal comune di Capri.

<sup>268</sup> Cons. St., 3 agosto 2010, n. 5173, in cui i giudici di Palazzo Spada parlano chiaramente di "autonomia del diritto di accesso, inteso come un bene della vita distinto, rispetto alla posizione legittimante alla impugnativa dell'atto".

<sup>269</sup> A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 670.

<sup>270</sup> L'art. 22, lettera c, della legge n. 241 del 1990, definisce i "controinteressati" "tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili, in base alla natura del documento richiesto che, dall'esercizio dell'accesso, vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" e dunque sulla base di questa affermazione, viene tracciato un conflitto frontale tra accesso e riservatezza perché si collega, per la prima volta, espressamente, la figura del controinteressato a quella di un soggetto che ha l'interesse affinché proprie informazioni incorporate in documenti rimangano riservate.

Francamente, pare un eccesso di tutela di questi terzi interessati a custodire la riservatezza su notizie loro riguardanti, confermata dal fatto che l'amministrazione è obbligata a utilizzare il solo accesso formale, sia se "individua soggetti controinteressati", art. 3, comma 1, ma anche, addirittura, se "sorgano dubbi sull'esistenza dei controinteressati"; sembrerebbe dunque che il mero dubbio sull'esistenza di un terzo titolare del diritto alla riservatezza blocchi l'azionabilità del diritto di accesso informale, che invece andava salvaguardato perché fondato sul grande pregio dell'immediatezza.

Emerge, inoltre, sulla scena un nuovo elemento protagonista, la "particolare natura del documento richiesto", piuttosto pericoloso perché sembra dispensare l'amministrazione dal compiere una ricognizione profonda sulla propria attività, in quanto se il documento, in quanto tale, suscita appena dei dubbi in quanto non si comprende bene dalla sua consultazione se nella procedura possano esservi controinteressati, l'accesso informale deve essere negato e questo potrebbe incoraggiare, al contrario, le amministrazioni ad atteggiamenti lacunosi, in relazione all'analisi istruttoria accurata delle loro attività.

Paradossalmente, il legislatore entra nuovamente in contraddizione con se stesso ed ottiene risultati che suscitano notevoli dubbi interpretativi, anche quando l'intento è esattamente il contrario, cioè incentivare l'accesso; è il caso sempre dell'art. 7, comma 2, del D. P. R. n. 184/2006, in cui si afferma che "L'accoglimento della richiesta di accesso a un documento comporta anche la facoltà di accesso agli altri documenti nello stesso richiamati e appartenenti al medesimo procedimento". Una norma che, letta in modo univoco, è certamente pensata per favorire il richiedente; si rifletta su quei casi in cui il cittadino fa domanda di accesso ad un documento che però presenta una tale complessità che le sue esigenze conoscitive non sono affatto soddisfatte e quindi necessita di altri documenti che gli possano chiarire il contenuto del documento originariamente richiesto.

Però, il legislatore compie un collegamento di questo art. 7, comma 2, che crea un problema interpretativo, con l'art. 3, comma 2, in cui dispone che "i soggetti contro interessati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi, di cui all'art. 7, comma 2"; ma questo nesso normativo sembra da intendere nel senso che, se ai sensi del combinato disposto delle due norme si individuano dei controinteressati nel documento connesso che si domanda, per avere dei chiarimenti sul contenuto oscuro del documento principale, allora l'accesso informale va negato e si deve avviare necessariamente la procedura di accesso formale. E' evidente il risultato finale perverso di questo riferimento dell'articolo 7, comma 2, con l'art. 3, comma 2: con questo tipo di soluzione, una norma pensata per favorire il richiedente, gli si ritorce contro, in caso di scoperta del documento connesso di un terzo controinteressato.

Infine, tralasciando i dubbi che suscita in materia di effettività la Commissione per l'accesso ai documenti, sia per la anomala composizione, visto che dei 12 membri ben 4 sono parlamentari, incardinata tra l'altro all'interno della Presidenza del Consiglio dei ministri in un rapporto del tutto asimmetrico con il Garante per la protezione dei dati personali che invece è stato concepito come organo indipendente, sia per i poteri assai limitati di quest'organismo<sup>271</sup>, non si può fare a meno di ricordare che il regolamento attuativo del 2006 suscita almeno tre importanti dubbi interpretativi che il professor Aldo Sandulli mette lucidamente in luce.

Il primo, nell'art. 7, comma I, potrebbe anche essere una mera svista visto che, in caso di una risposta positiva all'istanza di accesso, il diritto si articolerebbe nella possibilità di "prendere visione dei documenti o estrarne copia". E' chiaro che, nel momento in cui la L. 241 ci dice espressamente che l'accesso è sia la visione che l'estrazione di copia dei documenti, si è portati a credere che si sia trattato, nel caso di specie, di una banale, quanto importante, dimenticanza perché, letta letteralmente, stravolgerebbe l'istituto.

Il secondo, sempre nello stesso art. 7 comma I, è di ordine temporale; la norma parla infatti di "un congruo periodo non inferiore a quindici giorni..." che viene messo a disposizione del richiedente per esercitare il diritto e allora ci si domanda che accade alla scadenza del termine, cioè ci si interroga se il diritto di accesso sia un diritto a consumazione; il che, nella mente del legislatore, ha dietro la solita logica di non paralizzare lo svolgimento dell'attività amministrativa e in fondo può essere anche ragionevole pensare che, una volta concesso di visionare i documenti, il soggetto interessato lo faccia effettivamente in termini ragionevoli; ma allora, se così fosse, questo significherebbe che, una volta scaduto il termine, l'accesso non si può più esercitare e la conclusione finale sarebbe importantissima: il diritto di accesso in quanto tale, secondo il legislatore del 2006, è un diritto esercitabile a termine e quindi soggetto a consumazione.

Infine, l'art. 7 comma 5, prospetta una possibilità molto particolare, perché consente l'accesso non solo al richiedente o alla persona espressamente incaricata da costui, ma anche a un accompagnatore del richiedente. Una norma che ha una probabile giustificazione nel fatto che il legislatore abbia voluto tutelare gli invalidi o comunque coloro che hanno difficoltà di vario tipo nel recarsi autonomamente nel luogo fisico, dove esercitare l'accesso; tuttavia, nonostante questo intento lodevole, si aprirebbe, a questo punto, la finestra a una situazione potenzialmente paradossale: infatti, dopo tutti gli sforzi compiuti per

---

<sup>271</sup> Si rifletta sul fatto che le decisioni della Commissione per l'accesso sono carenti di effettività e la stessa disfunzione vale anche per quelle del difensore civico e, dunque, per avere successo nelle proprie aspirazioni, sembra più conveniente e destinata al successo l'opzione di rivolgersi, direttamente, al giudice amministrativo. Per un quadro più approfondito delle attribuzioni in capo ad essa, si consiglia la voce: M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e d. P. R. 184/2006*, consultabile on-line all'indirizzo [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

collegarlo ad un interesse ben determinato, l'accesso, per assurdo, in mancanza di norme che lo dicano, e il regolamento tace sul punto, potrebbe essere esercitato liberamente dal soggetto accompagnatore! Si determinerebbe una situazione perversa, sicuramente non voluta dal legislatore, come dimostra tutto l'impianto normativo della novella, ma è chiaro che, quando la tecnica legislativa non è rigorosa, si aprono dei buchi nelle pieghe delle norme e occorre prestare estrema attenzione a quelli che possono essere gli sviluppi imprevisti di queste sviste.

## **Capitolo Terzo**

### **La trasparenza all'era di Internet**

#### ***1. L'importanza della comunicazione nel nuovo diritto amministrativo e la distinzione concettuale tra informazione comunicazione***

Sicuramente è estremamente complicato per un osservatore esterno percepire i cambiamenti che innovano l'amministrazione, paragonabile visivamente ad un enorme ghiacciaio<sup>272</sup>, una immensa superficie apparentemente piatta e immobile nella quale i mutamenti non solo sono così lenti da non essere visibili con lo spettro visivo dell'osservazione di corto respiro temporale, ma anche difficili da metabolizzare dopo che sono diventati coercitivi per effetto della previsione di legge. Infatti, tali innovazioni dei poteri pubblici, si scontrano con la cultura e la tradizione di tutte quelle persone che costituiscono il tessuto vivo dell'amministrazione stessa, che lavorano all'interno degli uffici e sono abituate ad un certo modo di procedere, spesso restie al cambiamento, soprattutto se rivoluzionano il loro modo di operare, tuttavia è un dato di fatto che, dalla fine degli anni ottanta ad oggi, i mutamenti nell'amministrazione italiana siano stati veramente notevoli.

Ad una osservazione forse superficiale ma di lungo periodo, ciò che balza subito all'occhio è il fatto che i cambiamenti, seppur con ripensamenti vari che hanno evidenziato un operato contraddittorio del legislatore, hanno riguardato non solo singoli elementi del sistema amministrativo, funzioni, procedure, personale, organizzazione, ma anche e soprattutto i principi dell'agire amministrativo, sovvertendone taluni di tradizione secolare, dalla segretezza all'impersonalità, e attenuando la portata di altri, come quelli di autorità e unilateralità, oggi fortemente ridimensionati dalla 241 novellata. Si pensi, solo per un momento, all'art. 11 che ha generalizzato l'istituto degli accordi, quale strumento generale di conclusione di un procedimento amministrativo in luogo del classico provvedimento finale, ponendo al centro della scena la logica negoziale tra cittadino e privati, in luogo di quella calata dall'alto di un soggetto, l'amministrazione, i cui fini pubblici giustificavano non solo gli speciali poteri, ma rendevano non ipotizzabile, sino a poco più di venti anni addietro, il privilegiare di logiche partecipate.

Ebbene, i nuovi principi che regolano attualmente l'azione amministrativa, la pubblicità e trasparenza, la semplificazione, la partecipazione, la responsabilità e, non certo ultimo in ordine d'importanza, la sussidiarietà, hanno tutti un tratto

---

<sup>272</sup> La suggestiva immagine appartiene a Gregorio Arena, evocata per ricordare quanto siano lenti i cambiamenti all'interno dell'amministrazione, così pachidermici da essere impercettibili, almeno che, per poterli apprezzare, non ci si ponga in una necessaria prospettiva storica di lungo periodo. G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di G. ARENA, Rimini, 2001, p. 32.

in comune: esaltano la funzione di comunicazione, cioè per realizzarsi pienamente hanno bisogno della comunicazione. In alcuni casi questo aspetto è così semplice da cogliere da apparire addirittura intuitivo: si rifletta solo per un momento sull'art. 7, comma 1, della legge n. 241/1990, che dispone un obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo verso i "soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge devono intervenirvi", una norma chiaramente finalizzata a favorire la partecipazione al procedimento. Che cos'è questo obbligo di comunicazione, se non un obbligo, in senso lato, di informazione? E' piuttosto chiaro che, nel caso di specie, l'informazione è addirittura coesistente all'istituto della comunicazione di avvio del procedimento; senza la comunicazione, cioè senza l'informazione, esso non potrebbe esistere e quindi la partecipazione, per essere effettiva, ha bisogno proprio della comunicazione.

In questa stessa linea argomentativa si pone sicuramente il preavviso di rigetto, introdotto dall'art. 10-bis della novella del 2005; anche qui, la comunicazione è geneticamente connessa al diritto di cittadinanza dello strumento del preavviso di rigetto: senza preavviso, il cittadino non può esercitare la facoltà di presentare memorie e documenti entro il termine legale dei 10 giorni.

Lo stesso collegamento con l'informazione, cioè con l'indispensabilità della funzione di comunicazione perché questi possano operare efficacemente, si può instaurare per altri moderni principi che oggi governano l'azione amministrativa: si rifletta ad esempio sul principio di responsabilità amministrativa, che nella legge 241/1990 è stato sancito per la prima volta con l'istituzione della figura, ex. artt. 4-6, del responsabile del procedimento e, particolare decisivo, con l'utilizzazione di una tecnica legislativa inedita che, memore di un secolare comportamento quantomeno elusivo, consente di individuarlo finalmente con certezza; è evidente che, anche in questo caso, vi è a fondamento la comunicazione, cioè la possibilità di individuare materialmente la persona fisica deputata a svolgere i singoli procedimenti inerenti una data unità organizzativa, a lui dunque ci si può rivolgere proprio per conoscere notizie su un dato procedimento che al cittadino interessa.

Vi sono poi casi in cui, è quello del principio di semplificazione amministrativa, dove questo collegamento non è poi così intuitivo; Gregorio Arena avverte che la macchina burocratica dell'amministrazione italiana è così particolare che si può parlare, con buone ragioni, di "*paradosso della semplificazione*"<sup>273</sup>; il problema centrale dell'amministrazione italiana consiste proprio nel trovare un

---

<sup>273</sup> G. ARENA, *Semplificazione normativa: un'esperienza ed alcune riflessioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 1999, pp. 851-875, in cui l'autore spiega che l'amministrazione italiana si dibatte tra due opposte tensioni, da un lato un'ineliminabile complessità amministrativa, che fa parte della tradizione storica e culturale dell'amministrazione italiana, caratterizzata da un inestricabile reticolo di connessioni tra enti centrali e periferici, tutti a loro modo partecipi, seppur con peso diverso, dell'esercizio dell'azione amministrativa; da un altro canto, la continua ricerca di semplificazione, consistente nell'eliminazione di tutti quegli intoppi burocratici e di quelle complesse norme che ostacolano la celerità dell'azione amministrativa.



punto di equilibrio tra l'esigenza di semplificare l'azione amministrativa ed una soglia fisiologica ineliminabile di complessità. Sotto questo profilo, emerge l'importanza della comunicazione nella semplificazione, cioè il fatto che, preso atto di una soglia di complessità ineliminabile, questa può essere meglio affrontata con informazioni complete, aggiornate e comprensibili fornite ai cittadini, in modo da indirizzarli meglio per recuperare quelle informazioni di cui hanno necessità.

Altresì, le medesime esigenze di comunicazione emergono in seno al costituzionalizzato principio di sussidiarietà, ex art. 118 delle Disposizioni Superiori, che, nella versione verticale, impone un continuo scambio di informazioni tra i diversi livelli, da quelli inferiori a quelli superiori degli enti che, a partire dai comuni, sono incaricati di svolgere le funzioni amministrative. Tali esigenze emergono anche nell'accezione della sussidiarietà cosiddetta orizzontale, in cui la leale cooperazione tra gli enti amministrativi l'un l'altro da un lato e i cittadini quali soggetti attivi della collaborazione medesima per assicurare un più proficuo svolgimento delle stesse funzioni amministrative dall'altro, ha come esigenza non eliminabile proprio lo scambio di informazioni.

Elementare risulta poi, ma non certo ultimo in ordine di importanza, quasi come corollario conseguente del rapporto tra semplificazione ed informazione, il rapporto ulteriore ed aggiuntivo tra la comunicazione e la trasparenza amministrativa: proprio perché vi è complessità nella macchina dei poteri pubblici, vi è anche l'esigenza di renderla trasparente, cioè di assicurare una grande circolazione delle informazioni, sia tra le amministrazioni, ma anche nei rapporti verso l'esterno; quindi la trasparenza, posta tra i nuovi principi dell'attività amministrativa moderna, come ribadisce d'altronde l'art. 1 della 241, può essere soddisfatta solo tramite un efficace operare della comunicazione.

Il rapporto tra trasparenza e comunicazione è così stretto che si corre il rischio di confonderle e scordarsi che, se la trasparenza è un principio, la comunicazione è una funzione. I rapporti tra l'una e l'altra sono certamente strettissimi, le moderne amministrazioni hanno un'esigenza fisiologica di comunicare continuamente con i cittadini, per fare loro conoscere i propri obiettivi e per dare conto delle tappe attraverso cui tali risultati verranno raggiunti e, esprimendosi in modo atecnico, si può dire che tendono sempre a ricercare rapporti che, in apparenza, ricercano la trasparenza con il tramite della notizia.

Ecco perché i due concetti rischiano di sovrapporsi, vi è un elemento presente in entrambe, la notizia, cioè la circolazione delle informazioni, comune tanto alla trasparenza quanto alla comunicazione, la quale, a sua volta, può avvenire sia tra amministrazioni reciprocamente, sia dalle amministrazioni ai cittadini.

Il tentativo di distinzione concettuale tra trasparenza e comunicazione si complica poi ulteriormente, se si pensa che la comunicazione è molto vicina ma

è, nel contempo, differente dall'informazione, come risulta sia dal lessico, sia dai differenti scopi.

Informazione è termine composto perché contempla anche la presenza di un prefisso intensivo, quell'in che compone la parola in-formare che significa "plasmare" o "dare forma" a qualcosa e l'elemento che viene plasmato è l'informazione, la notizia, che permette di essere edotti su questo qualcosa. Nell'informare l'elemento di spicco è il rapporto tra un soggetto, che può essere tanto fonte quanto destinatario della notizia, e la realtà che lo circonda: le informazioni danno forma alla realtà, plasmano il mondo. In una accezione più ampia disgiunta dalla stretta letteralità, dare forma significa anche dare ordine, procedere a semplificare, attribuire dunque all'informazione il compito duplice e consequenziale di plasmare una certa realtà e al tempo stesso di semplificarla, perché è più agevole vivere una realtà dove circolano le informazioni. Occorre certamente prestare attenzione alle eventuali derive patologiche che esse potrebbero assumere, distogliendole dalla loro funzione di semplificazione, e questo accadrebbe sia se fossero in eccesso, sia di cattiva qualità, e dunque inidonee alla loro funzione; ma queste sono situazioni che, pur potendo certamente verificarsi, non tolgono nulla al fatto che le informazioni, in una situazione normale, svolgono questa funzione di facilitare le attività dei loro fruitori. Attenzione: il loro scopo non è quello di provocare delle modifiche nei comportamenti dei loro destinatari; questo si può verificare, ma è solo una conseguenza indiretta. E' chiaro che, nel momento in cui il cittadino ha un certo patrimonio conoscitivo, si comporterà in un certo modo: si pensi al classico caso dell'ufficio in cui ci si deve recare, se è aperto solo da una data ora; è perfettamente inutile andarci prima o dopo, ma questo è tuttavia solo un effetto mediato dell'informazione, il cui primo scopo è semplificare la realtà circostante, dandole una forma anziché un'altra.

Non così nella comunicazione, termine di derivazione latina, dove il primo elemento che balza all'occhio è la diversità numerica dei soggetti che, in questo caso, devono essere almeno due. La parola in esame, è composta da *cum* che significa con, e *munus*, che significa incarico, compito; legando i due termini, abbiamo senz'altro la pluralità necessaria dei soggetti, perché comune postula la necessaria presenza di almeno due individui, di conseguenza il con richiama l'idea che una data attività sia compiuta collettivamente, la si condivide. Andando oltre, anche in questo caso, il mero dato letterale, occorre chiedersi che cosa si metta in comune; ebbene, anche nella comunicazione, si mettono in comune delle informazioni, delle notizie, in senso lato diremmo il mondo, con una sostanziale differenza rispetto all'informazione.

Infatti, tramite la comunicazione coloro che comunicano danno alle informazioni un dato significato, con lo scopo di influenzare i comportamenti dei loro destinatari, e quindi al fine che i fruitori delle informazioni si comportino diversamente proprio a seguito delle notizie ricevute; nella

informazione questo può succedere, ma è soltanto un effetto secondario e mediato, perché l'ambizione dell'informazione è quella di semplificare la realtà circostante e di renderla così più comprensibile. E' vero che le notizie sono in gioco tanto nella nozione di informare che in quella di comunicare, però nella comunicazione lo scopo non è fornire notizie, ma influenzare i comportamenti di chi le riceve, tanto da poter arrivare a sostenere che, se non si ottiene questa deviazione degli utenti dagli originari intenti comportamentali, il risultato non è raggiunto; nell'azione del comunicare il successo non risiede nel numero dei soggetti raggiunti, ma in quello di cambiare il comportamento a seguito di essa.

Infine, oltre al diverso numero dei soggetti, c'è da riscontrare anche il loro differente atteggiarsi nell'informare e nel comunicare; infatti, mentre nell'informare vi è certamente il soggetto attivo che fornisce le notizie e quelli passivi fruitori di queste, nel comunicare tutti i soggetti sono attivi, nel senso che è vero che vi sono coloro che elargiscono le informazioni e coloro che le ricevono ma, siccome il successo di questa operazione lo si apprezza solo se, mediante un libero convincimento e senza alcuna coercizione i destinatari delle notizie mutano i loro comportamenti, o meglio ne assumono di differenti rispetto a quelli che avrebbero assunto se non le avessero ricevute, non è scorretto rilevare che, anche i destinatari delle notizie sono, a loro modo, dei soggetti attivi, perché solo attivandosi con comportamenti nuovi l'operazione del comunicare ha successo.

Ne consegue, come ulteriore corollario implicito, il carattere liberale che permea tutta l'attività del comunicare, perché è vero che si ha la libertà di scegliere come comportarsi, sempre nello stesso modo o no dopo i nuovi dati disponibili, ma è anche vero che la discrezionalità sussiste anche in capo alla fonte, nel senso che ha la piena libertà di fornire la notizia, in che termini, con quali mezzi, con quali tempi.

Perché questa digressione intorno alla sfumata differenza tra informazione e comunicazione, eventualmente rintracciabile, con un po' di fatica, solo intorno al differente scopo svolto? Interrogativo centrale che in questa sede occorre porsi è se, ai fini dello scopo trasparenza, modo di essere dell'attività amministrativa multi sfaccettato e composito, l'attività dell'amministrazione, una volta superato l'imperio del segreto e quindi incentrata sulla circolazione delle notizie, ruoti più sull'informare o sul comunicare. La trasparenza, svincolata dall'accesso e mutata geneticamente nel suo significato e nei suoi contenuti in seguito ai nuovi istituti di cui oggi si compone, è espressione di comunicazione o di informazione?

Accogliendo nelle premesse la distinzione sopra elaborata, in particolare sulla base del fatto che la comunicazione è capace di indurre comportamenti, l'attività di informazione e non quella di comunicazione, quantomeno nelle notizie fornite

su richiesta<sup>274</sup>, cioè quando l'amministrazione fornisce notizie o risponde a domande, sembrerebbe più rispondente ad una certa idea di trasparenza, cioè a quella focalizzata non solo verso un più chiaro rapporto con i cittadini, ma anche connessa e consequenziale con l'intendimento che questo rapporto debba tendere alla semplificazione.

Questa tesi è avvalorata dal delicato ulteriore versante della necessità di distinzione tra le comunicazioni di interesse generale effettuate da organi di staff dei vertici politici con quelle di natura espressamente politica<sup>275</sup> che, entrambe comunque concepite per indurre comportamenti di un tipo anziché di un altro, possono comunque essere fatte rientrare nella più ampia categoria della comunicazione che, vista sotto questa funzione, si allontana sempre più dalla trasparenza o, se si preferisce, risulta controverso il suo contributo effettivo alla realizzazione di questo fine.

Caratteristica rilevante delle attività di informazione è che in queste non vi sia né una fonte del dato e neppure un fruitore passivo, individuabili e distinti, perché i ruoli sono perfettamente interscambiabili, tutti i soggetti possono essere attivi o passivi. Ed allora, le amministrazioni che forniscono notizie ad altre amministrazioni o che rispondono ad una richiesta di accesso del cittadino, ma non solo, che forniscono elementi sull'andamento di una certa procedura amministrativa, non sono necessariamente fonte della notizia ma potrebbero anche essere destinatarie, a loro volta, di notizie da parte degli altri soggetti interessati alle notizie che, in tal caso, assumerebbero appunto il ruolo di fonte e questo vale sia per le amministrazioni che per gli stessi cittadini.

L'attività di informazione, almeno quella su richiesta, ha questa specificità che è invece da escludersi per quella di comunicazione, in quanto questa mira principalmente a fornire notizie per modificare comportamenti, e quindi sarebbe inconcepibile, proprio sul piano logico, anche solo ipotizzare di riscontrare in quest'ultima la medesima indistinguibilità tra le fonti e i destinatari delle notizie.

Merita una considerazione diversa l'attività di informazione senza il fondamento di una istanza in quanto, in tal caso, non si può utilizzare il criterio della perfetta interscambiabilità tra fonte e destinatario; ma se il quadro, come rilevato, è

---

<sup>274</sup> Risulta, infatti, evidente il rischio insito nella comunicazione, laddove essa venga ricostruita come attività che abbia come fine quello di indurre certi comportamenti, in quanto risulta chiaro il rischio di un utilizzo con fini propagandistici di questa attività di diffusione di informazioni al pubblico. Questo pericolo è confermato dall'unica legge sistematica che si occupa di informazione e comunicazione, la n. 150/2000 che, nell'art. 1, comma 5, lettera f; tra le finalità di informazione e comunicazione, enuncia quella di "promuovere l'immagine delle amministrazioni", attraverso la pubblicizzazione di eventi organizzati dallo Stato, dalla Regione, o dagli altri enti locali.

<sup>275</sup> Il professor Mattarella affronta questo aspetto: B. G. MATTARELLA, *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Sabino Cassese, Milano, 2006, p. 3129, che rivela la sua delicatezza osservando il quadro delle fonti, perché la legge n. 150 non offre soluzioni; ma neppure la normativa sulla comunicazione politica si rivela appagante, in quanto limitata all'art. 9, comma I, della legge n. 28 del 2000, che si limita a prevedere che, dalla data di convocazione dei comizi e fino alla chiusura delle operazioni di voto, "è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione, ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale e indispensabili per l'efficace svolgimento delle proprie funzioni".

complicato dal fatto che informazione e comunicazione hanno, come visto, il medesimo oggetto nella circolazione delle notizie, come distinguere efficacemente in tale caso tra informazione e comunicazione?

Quest'ultima è, certamente, una situazione più difficoltosa e proprio per questo il criterio distintivo deve essere rinvenuto, più che mai, solo esaminando con estrema attenzione lo scopo. Infatti, solo volgendo dritti verso il fine, il quadro torna a ricomporsi e pare, ancora una volta, acquistare nitore quell'idea in base alla quale solo la informazione e non la comunicazione ha come obiettivo la trasparenza. Ed ecco che, laddove ci si trovi dinnanzi ad attività di informazione senza istanza, solo nel caso in cui questa sia volta alla semplificazione della realtà, cioè al tentativo di rendere più cristallino il rapporto tra amministrazione e cittadini, possiamo ritenere che l'attività in questione sia di informazione e che l'obiettivo sia realmente la trasparenza. E d'altronde, un dato normativo abbastanza chiaro per supportare questa ricostruzione è a disposizione dell'interprete: quell'art. 26 della legge 241/1990 che dispone, tra l'altro, al I° comma: "...sono pubblicati, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni altro atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione...". Questa norma, secondo l'insegnamento di Arena, sembra proprio quella che più di tutte riesce a demarcare la differenza tra informazione e comunicazione, in quanto quale altro scopo ha il pubblicare queste fonti amministrative, se non quello di cercare di semplificare la vita al cittadino e, di conseguenza, di favorire la trasparenza amministrativa?

Esempi di altro tipo, che delineano una classica attività di informazione, sono quelli relativi alle campagne svolte dalle amministrazioni a incoraggiare l'utilizzo delle cinture di sicurezza, non solo perché legislativamente obbligatorie ma per la loro chiara funzione salvavita, o ancora, quelle che spiegano i danni derivanti dall'uso del tabacco; in queste ipotesi, l'amministrazione fa informazione, è cioè chiaro che l'intento è la modificazione da parte della collettività di comportamenti che, nei casi proposti, sono potenzialmente pericolosi sia a livello individuale ma anche collettivo, come nel caso delle cinture in auto. Non vi è trasparenza, non si vuole semplificare la vita dei cittadini, ma si vuole indurli ad abbandonare comportamenti pericolosi per abbracciarne altri virtuosi. Risulta forse più chiaro ora perché, nel quadro dell'emersione prepotente dell'importanza della comunicazione nell'ambito dell'attività amministrativa, la trasparenza va ricercata alla luce di una necessaria, anche se non certo macroscopica, distinzione tra informazione e comunicazione, abbracciando la prima e mettendo da parte la seconda.

La prima conclusione che si può tracciare è la seguente: se, da un lato, il legislatore interviene dal 1990 in poi in modo significativo per depotenziare il

diritto di accesso, rendendolo più difficoltoso ed ancorato all'interesse dell'individuo e di conseguenza determina, nei fatti, la perdita della centralità dell'accesso in funzione di trasparenza dell'attività amministrativa, sotto un altro profilo, introducendo comunque tutta una serie di nuovi principi amministrativi che possono efficacemente realizzarsi solo tramite un concreto esercizio delle funzioni di informazione e di comunicazione, due attività che, pur differenti l'una<sup>276</sup> dall'altra, sono comunque accomunate dal medesimo oggetto, la circolazione delle informazioni, dimostra di ritenere, seppur per una deriva diversa dagli schemi consueti che abbracciavano senza esitazioni l'accesso, che la trasparenza amministrativa debba essere ancora un elemento centrale a cui tendere nello svolgimento dell'azione amministrativa.

Ciò che cambia allora in realtà, non è il fine trasparenza, ma i mezzi per raggiungerla, da ricercare in strumenti diversi ed aggiuntivi rispetto al diritto di accesso, ormai stravolto per piegarlo al solo fine egoistico e quindi non più idoneo, come nell'originario schema con cui era stato concepito dal professor Nigro e dai suoi collaboratori a questo risultato e, conseguentemente, a considerarsi ancora lo strumento principale di verifica della democraticità dell'attività amministrativa.

E d'altronde, questa conclusione può anche essere considerata tollerabile, se si aderisce a quelle correnti di pensiero dottrinali che, evitando di immedesimare la trasparenza in un solo istituto giuridico predefinito, ritengono invece che sia un modo di essere dell'amministrazione e, quindi, una somma di istituti giuridici differenti e di comportamenti virtuosi da tenere per tendere a questo parametro. Solo sulla base di questa conclusione può essere tollerabile accettare il discusso compromesso della riduzione degli spazi di operatività dell'accesso ed è proprio sulla ricerca di questi nuovi istituti e sul loro impatto sulla trasparenza che è dedicata questa parte del lavoro.

## ***2. Il problema delle fonti nell'eGovernment italiano***

Prima ancora di soffermarci sull'accidentato percorso dell'innovazione tecnologica in Italia, bisogna chiarire preliminarmente che cosa si intenda con la locuzione *eGovernment* che rappresenta, in prima approssimazione, tanto sul piano logico che quello temporale, la naturale evoluzione delle funzioni di informazione e comunicazione. L'amministrazione informatica non è altro che la trasformazione digitale di quei due principi che, comparsi sulla scena del diritto pubblico in tempi relativamente recenti, cioè solo all'inizio degli anni '90, hanno tuttavia poi compiuto un cammino di crescita così vorticoso da consentirci oggi di affermare che sono connaturati al diritto amministrativo moderno.

---

<sup>276</sup> Secondo la definizione elaborata da Arena, G. ARENA, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 47-49.

Per una definizione di *eGovernment* più puntuale, ma peraltro non esaustiva, non ci affidiamo alla dottrina scientifica ed amministrativa italiana o estera, ma ad un documento<sup>277</sup> della Commissione Europea risalente al 2003 e questo per la semplice ragione che la informatizzazione degli enti pubblici non è solo un obiettivo del nostro Paese, ma è considerato strategico per tutti i territori sovrani ed indipendenti appartenenti all'Unione Europea<sup>278</sup>, di cui l'Italia è tra gli Stati fondatori<sup>279</sup>. “Per *eGovernment* si intende l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze, al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche”. Per una maggior chiarezza espositiva, occorre poi distinguere l'*eGovernment* dalla telematica, ponendole in un rapporto di fine a mezzo, nel senso che senza la telematica non sarebbe possibile realizzare il primo; la telematica, volendone dare una definizione che si rifà a quella rilasciata da professor Masucci<sup>280</sup>, indica quella tecnologia che consente di mettere in rete i diversi organismi pubblici e di passare da una pubblica amministrazione composta da architetture statiche e parcellizzate all'interno delle quali l'elemento centrale è rappresentato dal singolo elaboratore elettronico, ad un mondo caratterizzato da sistemi diversi e interconnessi grazie alla rete.

D'altronde, come è facile intuire, non può che parlarsi di tendenza forte verso l'*eGovernment* italiano; ma, ancora oggi, nonostante il cammino compiuto ed i progressi ottenuti, è un obiettivo forse troppo ambizioso quello di cercare in questa definizione la chiave risolutiva per ricavarne una visione onnicomprensiva ed unitaria. A questa conclusione militano almeno due importanti ragioni: in primo luogo, è forse non superfluo ricordare in questa

---

<sup>277</sup> Il documento in questione, intitolato “Il ruolo dell'*E-Government* per lo sviluppo dell'Europa” (Commissione Europea 2003 n. 567), chiarisce che, nelle strategie comunitarie, l'informatizzazione degli enti pubblici è un obiettivo prioritario anche se poi, puntando lo sguardo a quasi dieci anni di distanza, è indiscutibile che la forte depressione economica dell'area euro abbia rappresentato un freno agli investimenti, pur strategici, del settore, nei quali si registra infatti uno sviluppo più lento di quanto sarebbe stato lecito attendersi. Questo documento e l'intero repertorio della produzione documentale dell'Unione Europea in materia di informatizzazione a livello comunitario è consultabile *on-line* alla voce: <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>278</sup> A livello di Comunità Europea l'impulso verso le politiche di *eGovernment* è stato molto forte, a partire dal Consiglio di Lisbona del 2000; da quella data la Comunità ha affermato più volte che l'Europa deve rinnovare le basi della competitività e aumentare il potenziale di crescita, puntando soprattutto sulla conoscenza e sull'innovazione; sulla base di questa premessa, è stato riconosciuto, quale aspetto prioritario, quello di puntare sull'erogazione *on-line* dei servizi pubblici, perché questo contribuisce allo sviluppo della società europea e all'innalzamento della qualità della vita. Per un approfondimento di questo aspetto, si consiglia la lettura di: AA. VV., *La e-administration: levier de la réforme de l'Etat*, Parigi, 2005, p. 182 ss..

<sup>279</sup> Il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, istitutivo della famosa CECA (Comunità Europea del carbone e dell'acciaio), in seguito ad un'iniziativa dei politici francesi Jean Monnet e Robert Schuman, avente lo scopo di mettere in comune, tra taluni paesi, queste due materie prime, venne costituita da 6 Stati: Belgio, Francia, Germania Occidentale, Paesi Bassi, Lussemburgo e, appunto, l'Italia. La CECA rappresenta la prima forma embrionale di quella che diventerà, dapprima, la CEE, Comunità Economica Europea, e infine l'attuale Unione Europea comprendente, dal 1 Gennaio 2007, 27 paesi europei, tutti con istituzioni democratiche e caratterizzati dal fatto che, in 17 di questi, si utilizza l'Euro quale moneta unica.

<sup>280</sup> A MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Torino, 2011, p. 4 ss.

sede che le amministrazioni godono, ciascuna nel proprio ambito, di un forte grado di autonomia organizzativa; il pluralismo amministrativo è cioè una spiccata connotazione di rilevanza costituzionale del nostro ordinamento. Per altro verso, giova anche evidenziare che, prima del lodevole intervento in parte<sup>281</sup> unificatore rappresentato dall'emanazione del decreto 7 marzo 2005, n. 82, noto come codice dell'amministrazione digitale, la disciplina normativa dell'*eGovernment* era rinvenibile con il bilancino del farmacista, perché dispersa in pochi principi generali e frastagliata in ampie discipline settoriali, ma mancava quella fonte che consentisse di ricondurre i vari interventi normativi ad un disegno unitario.

Approfondendo la prima questione, rappresentata dalle due facce della stessa medaglia, l'autonomia organizzativa quale conseguenza del pluralismo amministrativo, si rifletta, solo per un momento ed in prima battuta, sulla legislazione ordinaria ed in particolare sull'art. 2, II comma, della legge 241/1990, che indica, tra le altre vie deputate ad individuare il termine di durata di un singolo procedimento amministrativo, proprio la fonte dei regolamenti interni delle singole amministrazioni. Da questo semplice riferimento risulta forse chiaro che, coerentemente, così come è ben possibile avere dei risultati di possibile differenziazione organizzativa, è anche ipotizzabile assistere, come si è in effetti pienamente verificato, anche ad esiti completamente differenti, tanto sul piano qualitativo, quanto su quello temporale, in relazione al passaggio alla telematica tra un ente e l'altro e questo perché tale svolta non è altro che una delle molteplici manifestazioni di autonomia organizzativa.

Alle medesime conclusioni ci conduce l'analisi delle fonti ascendendo alle Disposizioni Superiori, che sembrano confermare l'idea di una scelta di politica costituzionale indirizzata verso l'esaltazione del pluralismo amministrativo che, tuttavia, in sede di digitalizzazione degli enti pubblici, si è rivelata un ostacolo di notevole portata difficile da superare.

Sarebbe infatti molto auspicabile, anche se assai inverosimile riflettendo sulla complessa macchina amministrativa italiana, fissare un obiettivo generale, ad esempio la digitalizzazione dei documenti, e poi attendere fiduciosi che tutte le amministrazioni vi si conformino. La Costituzione, con la modifica del Titolo V avvenuta con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sembra proprio

---

<sup>281</sup> Il Codice dell'amministrazione digitale è un testo ampio, ma parte della dottrina, F. MERLONI, *Introduzione all'eGovernment*, cit., pp. 31-32, ha sottolineato alcuni difetti di disorganicità che questa fonte ha palesato al momento del concepimento. Singolare, in primo luogo, il fatto che il Sistema Pubblico di Connettività, cioè quella sorta di rete delle reti delle pubbliche amministrazioni, indispensabile per compiere attività integrate tra i vari enti pubblici, è rimasto inspiegabilmente, e per lungo tempo, al di fuori del Codice dell'amministrazione digitale, in quanto istituito per effetto di un diverso intervento normativo, il Decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 82. Inoltre, resta separato e distinto dal T.U.d.a., il testo unico contenente disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, con il risultato finale, alquanto discutibile, di avere nel sistema due distinti testi normativi sulla stessa materia che invece, più opportunamente, avrebbero potuto trasfondersi in uno solo, attraverso l'abrogazione del T.U.d.a. del quale, non a caso, nel testo in vigore a partire dal 30 aprile 2010, molte norme risultano abrogate proprio dal Codice dell'amministrazione digitale.



andare in direzione opposta a quella di una armonica e uniforme digitalizzazione: la norma chiave in proposito è quell'art. 118 che, fondato sull'idea del pluralismo amministrativo tramite l'elevazione al rango costituzionale dei principi di sussidiarietà e differenziazione, va nella direzione dell'esaltazione del pluralismo amministrativo che, tuttavia, al fine di un percorso di digitalizzazione uniforme, si rivela assai problematica.

Il quadro normativo è abbastanza chiaro: sia il legislatore costituzionale che quello ordinario a cascata, disegnano un sistema che fa risaltare quella differenziazione organizzativa, che cozza vistosamente con l'aspirazione a raggiungere esiti di informatizzazione con risultati simili su tutto il territorio nazionale. Come ben evidenzia il professor Carloni<sup>282</sup>, il pluralismo amministrativo si porta inevitabilmente dietro anche l'interrogativo delle competenze: a chi spetta definire gli obiettivi della informatizzazione? Come realizzare un razionale riparto di attribuzioni tra i vari livelli amministrativi, partendo da quello centrale statale sino a scendere, a cascata in sussidiarietà verticale, ai Comuni, primi titolari dello svolgimento della funzione pubblica secondo l'art. 118, I comma, della Carta? Ed infine, ma non certo ultimo in ordine di importanza: che ruolo dobbiamo attribuire, nel quadro delle fonti, agli interventi compiuti dall'Unione Europea sulla digitalizzazione degli enti pubblici?

Prima di sciogliere questo fondamentale interrogativo, occorre però fare una riflessione più generale, e cioè quella inerente la necessità di prestare sempre attenzione ad ampio raggio ai fenomeni giuridici, per via delle molteplici implicazioni che generalmente li connotano. Questa riflessione si impone per rilevare che, quello che rappresenta certamente un grande ostacolo rispetto all'obiettivo di realizzare politiche unitarie di *eGovernment*, in realtà non è altro che il frutto di una precisa scelta del legislatore costituzionale pienamente condivisibile, cioè quella di esaltare le particolarità territoriali. Questa opzione scaturisce dal convincimento che le funzioni amministrative possano essere più efficacemente svolte dall'ente che si trova fisicamente più vicino al cittadino. Solo che, nella prospettiva della telematica, quella che in generale il legislatore ha visto come un'opportunità, fornire ai cittadini servizi più soddisfacenti grazie all'imperio costituzionale della sussidiarietà che attribuisce in prima battuta ai Comuni la titolarità delle funzioni amministrative, si rivela invece un ostacolo notevole.

Si diceva che l'autonomia organizzativa e il pluralismo sollevano il connesso problema della definizione delle competenze: a chi spetta dettare le politiche di *eGovernment*? A chi quello di attuarle? Questo delle attribuzioni del potere normativo è un aspetto sul quale si potrebbe cadere in inganno ed essere indotti a certe conclusioni, sia osservando il quadro costituzionale che l'operato del

---

<sup>282</sup> E. Carloni, *Le difficoltà per una visione organica dell'eGovernment: il pluralismo amministrativo*, in *Introduzione all'eGovernment*, cit., pp. 35-54.

legislatore ordinario che sembrano, a prima vista, disegnare un sistema nel quale la materia informatica sarebbe oggetto di potestà legislativa esclusiva residuale regionale, quale riflesso coerente del pluralismo amministrativo e dell'autonomia organizzativa<sup>283</sup>.

Il sistema delle competenze sembrerebbe così strutturato: in primo luogo, le Regioni avrebbero il compito di dettare i principi generali sulla materia informatica mediante l'emanazione di leggi a contenuto generale e poi, in ossequio ad principio di sussidiarietà, spetterebbe agli enti locali, mediante regolamenti, il compito di emanare la legislazione di dettaglio. Queste sono le prime conclusioni a cui si è indotti a giungere in seguito ad una lettura, forse non sistematica ma comunque combinata dell'art. 118 della Costituzione e dell'art. 12, comma I, del codice dell'amministrazione digitale.

Tuttavia, i primi dubbi sulla bontà di questa ricostruzione, sorgono se si analizza una nota sentenza emanata dalla Corte Costituzionale in tema di autonomia organizzativa degli enti locali, la n. 31 del 2005<sup>284</sup>, che ha affermato, dando credito all'operato del legislatore statale, che ha indubbiamente svolto un ruolo centrale nelle politiche di informatizzazione pubblica a partire dall'istituzione dell'AIPA con il decreto legislativo n. 39/1993, (Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione), che la materia della informatizzazione degli enti pubblici è una di quelle che fanno parte dei diciassette settori che rientrano nella potestà legislativa esclusiva statale.

---

<sup>283</sup> Il Codice dell'amministrazione digitale recita, letteralmente, nell'art. 12 novellato, comma I, che: "Le pubbliche amministrazioni, nell'organizzare autonomamente la propria attività, utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al capo I, sezione II, del presente decreto". Sembrerebbe potersi affermare "*nulla quaestio*": la competenza in materia di organizzazione informatica, in armonia con l'art. 118 della Costituzione, spetta in via autonoma ai singoli enti pubblici.

<sup>284</sup> Corte Cost., 26 gennaio 2005, n. 31, nella cui occasione la Consulta ha rimescolato le carte, mettendo pesantemente in discussione il principio di autonomia organizzativa degli enti locali in materia informatica e ha affermato che si tratta di settore che non rientra nella potestà legislativa esclusiva residuale regionale, in materia di organizzazione amministrativa, e neppure nel principio del pluralismo organizzativo, di cui all'art. 118 della Costituzione, che certificherebbe ciascun ente come un soggetto dotato di autonomia nello scegliere, come muoversi, per passare all'informatizzazione, tutt'altro. Secondo la Corte, la digitalizzazione sarebbe materia da ascrivere in quei famosi 17 settori di potestà legislativa esclusiva statale, e in particolare rientrerebbe nell'art. 117, comma 2, lettera r, che parla di "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale". Da questa stessa sentenza si trae una risposta ad un altro interrogativo, quello inerente la necessità o meno, stante la diversa letteralità dei termini, di distinguere la locuzione "coordinamento informativo", da quella che individua il "coordinamento informatico" e sembra che l'intento di considerare il fenomeno, in maniera unitaria, mal si attagli con un forzoso tentativo di cercare di distinguere in modo netto i due profili, che paiono solo due angolazioni diverse di una stessa medaglia. Sotto altro versante, questa sentenza è di notevole interesse per un altro aspetto, quello che la Consulta definisce "condizionamenti organizzativi", cioè il fatto che non si può trascurare che si tratti di un settore in cui l'autonomia legislativa dello Stato non può trascurare esigenze inevitabili di coordinamento con gli enti locali che, spiega la Consulta, impongono di tenere conto dell'autonomia costituzionale garantita agli stessi enti locali sul piano organizzativo, che si esplicano soprattutto su un margine di scelta delle apparecchiature tecnologiche di cui dotarsi. In definitiva, il quadro delle competenze in materia tecnologica, conclude la Corte, non può che avvenire sulla base dell'imperio di un altro principio costituzionale, quello della leale cooperazione tra Stato e Regioni.

In particolare, essa ricadrebbe in quell'art. 117, comma 2, lettera r, della Costituzione che assegna allo Stato competenza legislativa esclusiva in materia di “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale”. Seguendo l'impostazione della Corte Costituzionale, si addivene ad una conclusione completamente differente da quella a cui si è giunti dando una lettura combinata degli artt. 118 della Carta e 12, comma I, del codice dell'amministrazione digitale: non si tratta di competenza legislativa esclusiva residuale regionale, ma di potestà legislativa esclusiva statale.

Resta, invece, da definire la competenza degli enti locali; detto in altro modo, quella che si è prospettata è solo la prima soluzione da conferire al problema delle competenze, tuttavia non può essere certamente l'unica, perché sarebbe poco appagante, in quanto ignorerebbe del tutto la forza costituzionale del pluralismo amministrativo. Ed allora, nel tentativo di ricostruire un quadro delle attribuzioni in materia informatica coerente non solo con altre affermazioni della Costituzione, ma anche con altre indicazioni fornite dalla stessa Consulta nella ricordata sentenza n. 31 del 2005, si può ipotizzare un sistema nel quale, partendo dalla premessa che le politiche di coordinamento, come afferma l'art. 117, comma 2, lettera r, spettano alla competenza legislativa statale, è ragionevole attribuire, in ossequio all'ineliminabile profilo dell'autonomia organizzativa altrettanto forte costituzionalmente, la possibilità di interventi normativi di seconda battuta in capo agli enti locali, sia tramite leggi regionali, che attraverso l'uso di regolamenti interni delle singole amministrazioni. Il risultato finale sarebbe un quadro composito, ma coerente con le diverse sollecitazioni della Costituzione, in quanto armonizzerebbe l'art. 117, comma 2, lettera r, con l'art. 118. Ci sono conferme legislative ulteriori di questa ricostruzione, come emerge dal quadro normativo delle fonti di rango costituzionale e dalla giurisprudenza della stessa Corte? Sì, sembra di poter affermare che l'art. 14 di quella che rappresenta l'attuale fonte di riferimento in materia di amministrazione digitale, cioè il Codice dell'amministrazione digitale (CAD), confermi questa ipotesi e reciti opportunamente proprio il ruolo di coordinamento in sede legislativa tra i diversi soggetti istituzionali competenti a legiferare in materia di *eGovernment* e questa è una norma di particolare importanza, perché era necessario trovare una traccia della bontà di questo disegno anche nell'operato del legislatore ordinario<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> L'art. 14 del Codice dell'amministrazione digitale, confermando la tesi espressa, sul piano delle attribuzioni delle competenze in materia informatica, prevede che: “In attuazione del disposto dell'art. 117, secondo comma, lettera r della Costituzione, lo Stato disciplina il coordinamento informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, dettando anche regole tecniche, necessarie per garantire la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime”. Ed ancora, occupandosi stavolta del profilo del coordinamento, lo stesso art. 14 aggiunge nel comma 3 bis che è prevista “una Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nelle regioni e negli enti locali con funzioni istruttorie e consultive”, con l'evidente fine di assicurare

Se questa è la situazione, si pone inevitabilmente la questione ulteriore di ricondurre tutto il sistema delle competenze ad unità. Infatti, tra interventi dello Stato mediante leggi, delle Regioni e degli altri enti periferici, rispettivamente mediante leggi e altresì con regolamenti, non sottovalutando neppure la considerazione che l'importanza assunta nel quotidiano da questi strumenti non fa escludere che, presto o tardi, la Corte Costituzionale si pronunci più o meno chiaramente a favore di una loro inclusione in quell'ampio cantiere aperto rappresentato dall'art. 117, lettera m, della Carta, cioè tra quelle prestazioni che, in quanto concernenti i diritti civili e sociali necessitano di un livello minimo essenziale uniforme su tutto il territorio nazionale<sup>286</sup>, è fatale che si ponga la questione ulteriore di individuare una serie di strumenti efficaci di raccordo tra i vari enti pubblici. E' cioè inevitabile, esprimendoci con i principi costituzionali, che il passaggio alla informatizzazione possa avvenire solo con l'imperio dei principi di coordinamento e della leale cooperazione. E questo per una ragione perfino banale: è necessario che le tecnologie informatiche appaiano al cittadino come apparato il più unitario possibile e che, nel contempo, risaltino anche per semplicità; devono essere una nuova opportunità e non un differente e temibile ostacolo, nel tentativo di istituire un rapporto trasparente con gli enti pubblici, come prevede già ora l'art. 14 del Codice mediante l'idea della Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nelle regioni e negli enti locali da istituire presso la Conferenza Unificata. Va da sé che si tratta di un meccanismo molto utile, non sono per la composizione di situazioni configgenti sotto il profilo degli interessi coinvolti, ma anche per favorire un concreto attuarsi del principio costituzionale democratico su cui si fonda tutta la Carta Costituzionale.

Sulla base di questa ricostruzione, sembrerebbe potersi arrivare ad una prima conclusione, quantomeno di diritto interno: il quadro costituzionale attualmente vigente e le sparute tracce contenute nel CAD disegnano una situazione

---

una leale collaborazione tra potere centrale e poteri locali, nell'elaborazione delle scelte legislative concernenti l'*eGovernment*.

<sup>286</sup> Al momento, la scelta del legislatore ordinario è stata di porre delle previsioni vincolanti solo per lo Stato centrale, attraverso l'esperazione del concetto di coordinamento informativo e informatico e non c'è traccia, nel Codice dell'amministrazione digitale, del parametro dei livelli essenziali, cioè di standard minimi di determinati servizi tecnologici da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, quali sono le soglie sotto le quali non si possa scendere. Però, non si può affatto escludere che il legislatore ordinario, considerata l'accresciuta importanza di questo campo, sia sul piano sociale che economico, non decida, in futuro, di sfruttare lo schema aperto delle prestazioni civili e sociali, magari sulla scorta di un intervento in materia, da parte della Consulta. Vale infatti la pena ricordare, in questa sede, che esiste ormai, da tempo, anche in Italia un dibattito sempre più sentito, che vede tra gli altri, uno dei suoi più entusiasti seguaci nell'ex Garante per la Privacy, Stefano Rodotà, caldeggiato anche dalla versione italiana della rivista tecnologica Wired, a favore dell'inserimento nella Costituzione di un nuovo articolo 21-bis che sancisca, solennemente, il diritto alla Rete, quale diritto fondamentale del cittadino. Interessanti esperimenti, che vanno in questa direzione, sono stati condotti a livello locale: è il caso del comune di Venezia, la cui Giunta ha deliberato a Dicembre 2010 che Internet è un diritto fondamentale della città di Venezia e pertanto va garantito con eguali opportunità a tutti i cittadini. Intervistato in occasione della presentazione di questa iniziativa del comune di Venezia, Rodotà non ha perso l'occasione per ricordare che la proposta di inserire il diritto alla Rete nella Costituzione tra i diritti fondamentali è volta non solo a combattere il divario digitale, ma è anche alla necessità derivante da uno dei principi cardine su cui la Rete stessa si fonda, quello di neutralità, che postula l'idea che Internet non possa che essere un bene comune.

composita. Da un lato si esaltano la differenziazione organizzativa e il pluralismo amministrativo, da un altro lato si attribuisce solo allo Stato potestà legislativa in materia di coordinamento informativo e informatico e quindi pare che il modello di *eGovernment* all'italiana, che scaturisce dal quadro delle fonti, tenda verso un sistema improntato su un modello di federalismo informatico.

Qual è, infine, il ruolo da assegnare all'Unione Europea? Ha competenze precise in materia di digitalizzazione degli Stati dell'Unione? Sembrerebbe potersi affermare che essa eserciti, più che altro, una funzione di coordinamento su un piano sovranazionale, in quanto è innegabile che gli Stati membri abbiano sempre visto con sospetto l'idea di consentire alle istituzioni comunitarie di incidere sui loro apparati organizzativi. Sul piano delle fonti, pare quindi potersi concludere che non sussiste una delega della materia della digitalizzazione degli enti pubblici in capo alle istituzioni europee, le quali si sono limitate nel tempo o a fissare obiettivi e strategie comuni, provvedendo a fornire adeguato supporto economico a questi piani di informatizzazione, o ad interventi di carattere specifico tra i quali, uno molto noto, è stato quello della direttiva CE n. 1999/93 istitutivo della firma elettronica. Gli interventi più significativi delle fonti comunitarie sono stati quelli che hanno fissato politiche generali e atti non direttamente vincolanti all'interno degli stati membri, ragion per cui il fenomeno complessivo delle competenze dell'Unione Europea sulla digitalizzazione è riassumibile soprattutto nell'esistenza di raccomandazioni e nella fissazione di strategie comuni<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> L'Unione Europea non propugna la digitalizzazione tramite interventi vincolanti, ma opera con atti d'impulso quali, ad esempio, le Raccomandazioni: infatti, vi è stato un noto e recente intervento in materia di digitalizzazione e conservazione dei dati, a proposito dei materiali culturali, tramite la Raccomandazione della Commissione Europea del 27 ottobre 2011, in cui si sollecitano gli Stati membri a dotarsi di un insieme di norme aggiornate sulla messa in rete e sulla conservazione digitale di materiale proveniente da biblioteche, archivi e musei, per consentire all'Europa di mantenere una posizione di primato, a livello internazionale, nella cultura e nei materiali creativi. Dalla Raccomandazione si evince ciò che, in effetti, era già chiaro nella strategia Europa 2010, cioè che la digitalizzazione è tra le 7 strategie faro per fare crescere l'Unione Europea, nella convinzione che la ottimizzazione delle tecnologie dell'informazione è un motore propulsivo della crescita economica, della creazione di nuovi posti di lavoro e di un generale miglioramento della qualità della vita dei cittadini europei. A riprova di questo, la Commissione europea ha varato nel 2010 l'Agenda digitale europea (Com (2010) 245 def.), agevolmente reperibile *on-line* alla voce: <http://europa.eu>.

### ***3. Digitalizzazione come fattore in grado di attenuare gli effetti del pluralismo amministrativo e nuove incognite***

Il principio costituzionale del pluralismo amministrativo, che rende ciascuna amministrazione un corpo a se stante, un ente unico ed irripetibile, non può certo far dimenticare, sotto altro verso, quello altrettanto indefettibile, della *reductio ad unum*, rappresentato dal perseguimento dell'interesse pubblico, governato dall'art. 97 della Costituzione per il tramite del principio di legalità.

Inoltre, la differenziazione organizzativa non può indurre a trascurare quei profili costituiti dalla positivizzazione, da ormai oltre 20 anni, da parte del legislatore ordinario, di tutta una serie di parametri comuni a cui fare riferimento per raggiungere al meglio questo interesse. Si fa evidentemente riferimento a quelle linee guida di effettività, economicità, efficienza ed efficacia le quali, trasfuse in legge dall'art 1 della legge 241/1990, rubricato non a caso "principi generali dell'attività amministrativa", affondano in realtà le loro radici molto più in profondità, perché vengono da lontano. Esse, infatti, non paiono altro che un'applicazione concreta del disposto di quell'art. 97 della Costituzione repubblicana, che prescrive agli enti le strade da seguire per esercitare, in maniera temperata, perché incanalata nella legge, i poteri autoritativi di cui sono dotati.

Cosa cambia nell'era informatica alla luce della differenziazione organizzativa e del pluralismo amministrativo? Da questo punto di vista proprio niente, lo scopo di ciascun ente resta sempre ovviamente quello di tentare di assicurare il soddisfacimento del bene comune, anche i parametri sono sempre quelli. Sotto questo punto di vista, il quadro tracciato dalle fonti e dalla giurisprudenza costituzionale rivela una notevole coerenza intrinseca. Infatti, preso atto del fatto che le quattro grandi aspirazioni delle amministrazioni di svolgere le proprie attività con effettività, economicità, efficienza ed efficacia sono sempre le medesime, quantomeno da oltre vent'anni, ma in realtà da molto più tempo ragionando in termini di principi costituzionali, ciò che muta radicalmente sono solo i mezzi a disposizione per raggiungerle, molto più incisivi ed invasivi rispetto a quell'epoca, neppure troppo lontana temporalmente, ma diversissima da questa, di quel mondo in cui, l'attività di informazione pubblica di raccolta, conservazione ed elaborazione dei dati, avveniva per il tramite esclusivo della carta<sup>288</sup>.

---

<sup>288</sup> Giova sottolineare, in questa sede, che non vi è alcuna fonte normativa che affida espressamente alle amministrazioni il compito di raccogliere, elaborare e trasmettere informazioni; si tratta, infatti, di quello che viene comunemente definito potere implicito, nel senso che è connaturato e necessario per svolgere proprio quelle funzioni che la legge affida alle medesime amministrazioni pubbliche; solo in qualche caso specifico, il più eclatante è forse quello dell'ISTAT, l'istituto statistico nazionale di ricerca; il fine per cui l'ente è costituito, è proprio quello di svolgere attività di ricerca e divulgazione di informazioni di interesse generale. Si parla, in tal caso, di enti di ricerca strumentale che, a loro volta, vanno ulteriormente distinti da quelli di ricerca non strumentale; si pensi, a titolo esemplificativo, al Centro Nazionale di Ricerca (CNR); inoltre, si deve ulteriormente tenere distinte le prime due fattispecie, dalle strutture d'informazione tecnica, rispetto alle quali vi

La differenziazione organizzativa e il pluralismo amministrativo non possono incidere sotto questi aspetti, e non potrebbe essere altrimenti. Ecco perché la soluzione della potestà legislativa esclusiva statale, in materia di coordinamento informativo ed informatico, è quella più convincente; infatti, se si ragiona in termini di scopo comune, interesse pubblico e linee guida ugualmente comuni, economicità, effettività, efficienza ed efficacia, tracciate dal legislatore ordinario in applicazione dell'art. 97 della Costituzione, il pluralismo amministrativo, tradotto nella possibilità teorica degli enti pubblici di agire in piena autonomia per dotarsi di strutture informatiche, avrebbe finito con il portare a risultati di sviluppo informatico in seno agli enti ancora più disomogeneo, di quanto non lo sia già attualmente. Questa è la realtà, come certifica in modo difficilmente contestabile l'esistenza di un notevole divario digitale in seno alle varie amministrazioni italiane.

Il pluralismo amministrativo e la connessa differenziazione organizzativa incidono, semmai, ed in modo assai pervasivo, sulla qualità dei risultati e sui tempi di raggiungimento dei medesimi. Si vuole cioè evidenziare che questi esiti diversi non sono una conseguenza immediata e diretta di questo pluralismo inteso come capacità di normazione autonoma della materia in capo agli enti pubblici, ma sono soltanto effetti mediati e indiretti dell'autonomia organizzativa di cui sono dotati. Solo sotto questo diverso profilo, il pluralismo incide, e stavolta in modo determinante, perché sotto questo versante risaltano le politiche più convinte di taluni enti verso la digitalizzazione, grazie a maggiori risorse economiche che corroborano queste politiche o semplicemente per maggiore convinzione o sensibilità, e il ritardo di altri. Ipotizzando solo per un momento una diversa soluzione delle competenze, cioè immaginando l'autonoma capacità degli enti di muoversi a tutto campo sul fronte della capacità di produrre tutta la normativa informatica di cui necessitano, combinando questa ipotesi con la riflessione circa la disomogeneità del risultato che comunque si è raggiunto, nonostante la potestà legislativa esclusiva statale della materia, è difficile negare che, probabilmente, il risultato finale sarebbe stato il caos.

Tralasciando le differenze sul piano degli esiti e provando a considerare l'informatizzazione amministrativa come un fenomeno sviluppatosi in modo unitario, è ovvio che, sul piano logico, a mezzi estremamente maggiori, dovrebbero corrispondere, almeno potenzialmente, semplificazioni assai maggiori nel raggiungimento degli obiettivi prefissati, almeno in capo a quegli enti che, più di altri, hanno potuto, o voluto, percorrere questa strada.

Vale tuttavia la pena anticipare, facendo una considerazione inerente le incognite connesse a questa nuova era, che questo è vero solo in parte, perché l'informatica tanto aggiunge ma qualcosa toglie, nel senso che apre certamente

---

è, ancora una volta, una forte prevalenza, anche qui non strumentale, dell'attività di trasmissione ed elaborazione di informazioni, è il caso del servizio meteorologico.

nuove delicate questioni. Si pensi solo per un attimo, per rendersi immediatamente conto che la telematica non è la panacea di tutte le difficoltà quotidiane degli enti pubblici, al problema della sovrainformazione, un eccesso di dati ricavabile on-line che pone immediatamente il conseguente interrogativo della affidabilità, della completezza e della qualità<sup>289</sup> di queste informazioni.

---

<sup>289</sup> La qualità dei dati può essere intesa sia in senso oggettivo, che soggettivo. Il senso oggettivo consiste, nelle due accezioni principali tradizionali, nella affidabilità e nella integrità del dato. Tuttavia, un importante documento risalente al 1999, il noto rapporto Manderlken, dal nome del Ministro francese che lo ha presieduto, consultabile *on-line* alla voce [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr), dopo aver esaminato in generale l'impatto di Internet sulla diffusione dei dati pubblici e aver sottolineato che le nuove tecnologie creano anche nuove opportunità economiche per gli stessi enti, nel fornire al legislatore raccomandazioni specifiche e generiche sul come disciplinare la materia, chiarisce che cosa si debba intendere con qualità oggettiva dei dati forniti dagli enti pubblici ai tempi di Internet, arricchendo di significati ulteriori e aggiuntivi la tradizionale definizione: infatti, dal rapporto Manderlken, si desume che essa è da intendersi, non solo, come affidabilità e integrità, ma anche garanzia di aggiornamento, perennità e, inoltre, esistenza di un legame inscindibile tra qualità del dato e qualità del soggetto diffusore, suggerendo, a garanzia di quest'ultima esigenza, che sia la stessa amministrazione, che rende pubblico il dato, a dover compiere una sorta di certificazione di qualità del dato medesimo. Altri aspetti, meno centrali ma comunque importanti per completare la nozione di qualità oggettiva del dato informatico, sono il principio di necessità, la rilevanza e la non eccedenza, nel caso in cui l'informazione in questione abbia ad oggetto profili personali dell'individuo. Per qualità del dato in senso soggettivo, si è soliti, invece, intendere la caratteristica del dato, desiderata dagli utenti. Interessante notare che la defunta AIPA (Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione, nella redazione preliminare datata 8 febbraio 2002, contenente le linee guida per l'accesso, la comunicazione e la diffusione dei dati pubblici, legava la nozione di qualità soggettiva dei dati, alla conoscibilità dei medesimi, realizzando in questo modo un collegamento tra qualità soggettiva e oggettiva, perché il tramite della conoscibilità rimanda ad altre caratteristiche di qualità del dato di segno oggettivo: sicurezza, usabilità, aggiornamento, esattezza, correttezza e accuratezza. Infine, nella prospettiva attuale, il Codice dell'amministrazione digitale ha scelto di privilegiare la dimensione oggettiva, individuando nell'art. 51, rubricato significativamente "sicurezza dei dati", a voler sottintendere che tutti gli elementi di qualità di un dato informatico devono, comunque, concorrere a un obiettivo finale preminente, la sicurezza; sono cinque i caratteri imprescindibili di qualità del dato: esattezza, disponibilità, accessibilità, integrità e riservatezza, aggiungendo un'ulteriore garanzia di qualità, nell'obbligo posto in capo alle amministrazioni nell'art. 54, 4 comma, quella di garantire la conformità delle informazioni *on-line* ai provvedimenti originali. E questo significa un preciso vincolo per gli enti pubblici perché, accanto alla libertà di scelta in ordine alla pubblicazione *on-line* di determinate informazioni, fa da contraltare l'assenza di libertà nella modalità di pubblicazione di queste informazioni, in quanto sono tenuti a garantirne la conformità all'originale e la fruizione gratuita ai cittadini. Come sempre, le scelte di politica legislativa contengono ineliminabili rischi: infatti, da un lato si plaude a una maggiore garanzia per il cittadino, assicurata dall'identità tra la versione cartacea e quella messa *on-line* del dato, ma non si può negare, sotto un altro versante, che la garanzia di qualità può essere pagata a caro prezzo, perché è innegabile che le amministrazioni, di fronte a un obbligo così stringente, potrebbero essere in qualche modo frenate e, una volta inserito il dato con i contenuti minimi possibili per rispettare la legge, decidano volontariamente di evitare la messa in rete di informazioni aggiuntive, magari molto utili per l'utente utilizzatore finale.



#### **4. Fuga dal regolamento e dispersione normativa**

La ricostruzione delle fonti effettuata tramite il quadro costituzionale e la constatazione della non diretta incisività della normativa comunitaria in seno alle amministrazioni appartenenti agli Stati membri dell'Unione Europea, possono illudere che l'ipotesi di lavoro dell'*eGovernment* all'italiana, quella fondata sul modello del federalismo informatico, sia perseguibile abbastanza facilmente.

Parrebbe infatti che, in base alla lettura degli artt. 117, lettera r, e 118 della Carta, lo Stato in prima analisi, e le regioni in seconda battuta, siano gli enti principali deputati all'emanazione di norme ad ampio respiro; naturalmente spetterà al primo l'individuazione anche degli strumenti di raccordo tra normativa statale e locale, ma comunque, a grandi linee, sembra che questo sia il quadro delle fonti.

Pare anche potersi rilevare che spetti alle regioni, nel loro ambito territoriale, un compito di raccordo, non dissimile da quello che è chiamato a svolgere lo Stato a livello nazionale, cioè non solo il compimento di quegli interventi mirati per avviare sulla strada digitalizzazione i vari enti operanti nel suo territorio, ma anche per introdurre strumenti idonei a far sì che questo processo avvenga in modo abbastanza uniforme su tutto il territorio regionale. Ed, infine, toccherà agli altri enti locali, ed in particolare ai comuni, quali enti privilegiati di questo processo in seguito alla costituzionalizzazione della sussidiarietà, il compito di erogare i nuovi servizi e, di conseguenza, emanare regole, essenzialmente regole tecniche, che spieghino concretamente come usare questi nuovi servizi. Tutto a posto dunque?

Parrebbe di sì. Così come non dovrebbe sorgere, in apparenza, alcuna questione in relazione alle fonti da utilizzare: lo Stato e le regioni si esprimono tramite leggi, nelle quali, per tradizione, si trovano normative generali ed astratte, cioè ad ampio raggio; le norme tecniche di funzionamento di un certo servizio, diremmo attrattive, con espressione che richiama direttamente il profilo della effettività di una norma, rappresentano il campo operativo della fonte secondaria regolamentare, che è poi l'unica potestà normativa in capo agli enti locali diversi dalle regioni.

Tornando al dubbio, iniziale: il problema delle competenze può dirsi dunque archiviato? Niente affatto, perché la stessa Corte Costituzionale, con una nota sentenza, la n. 303 del 2003,<sup>290</sup> ha contribuito a rendere labili i confini tra potestà legislativa e competenza amministrativa, prendendo atto, in questo caso specifico, dell'esistenza nel nostro sistema costituzionale di un fenomeno distorsivo che, in atto da tempo, ha preso negli anni sempre più corpo: la

---

<sup>290</sup> Corte Cost., 303 del 2003, che ha collegato la competenza legislativa a quella amministrativa, rendendo indistinguibili, almeno in taluni casi, i confini tra potestà legislativa e regolamentare.

cosiddetta fuga dal regolamento<sup>291</sup> o, per usare un'espressione più corretta, fuga dell'Esecutivo dal regolamento, talora ricorrendo all'uso di regolamenti "atipici", altre volte trasfondendo regole di carattere puramente tecnico, come è accaduto a proposito della materia dell'*eGovernment*, non già nella fonte secondaria regolamentare, ma in atti come i decreti ministeriali che, per loro natura, dovrebbero avere un contenuto non normativo, ma che, a sorpresa, presentavano, inaspettatamente, proprio natura normativa.

Il fenomeno descritto non può dirsi espressione, come la terminologia indurrebbe a pensare, di un contenimento dei regolamenti, quanto piuttosto il tentativo del Governo di sottrarsi alle rigide procedure formali indicate nella legge n. 400/1988 per l'uso di detti regolamenti governativi, al fine di disciplinare in modo più agevole determinate materie che esso ritiene strategiche, cioè senza rispettare le rigide procedure di approvazione dei regolamenti contenute nella stessa legge n. 400/1988.

La conseguenza di questo modo di procedere è semplice: così operando il Governo esercita, di fatto, poteri di natura sostanzialmente normativa e di innovazione dell'ordinamento con l'uso di atti di natura non normativa, quali sono i regolamenti atipici e i decreti ministeriali, aggira rigide procedure formali, quelle per l'approvazione dei regolamenti ed infine, stortura finale, inserisce regole tecniche in fonti differenti dalla loro sede naturale.

La confusionaria presenza di regole di natura tecnica in fonti diverse da quella regolamentare, crea una notevole confusione anche sul piano delle competenze, perché le regole tecniche sulla digitalizzazione, solo queste e non altre, oltre a dover essere opportunamente contenute in regolamenti, dovrebbero essere competenza della potestà normativa degli enti locali.

Conclusione: il fenomeno della fuga dal regolamento si aggiunge e sovrappone a quello della ricostruzione dei vari livelli di competenza in materia digitale, mischia le carte e rende ancora più difficile il percorso verso il supposto modello di federalismo informatico, che scaturisce soprattutto dalla disamina della Carta Costituzionale, ma anche dall'art. 12, I comma del codice dell'amministrazione digitale. Un esempio importante di fuga dal regolamento, forse il più noto in materia, è il decreto legislativo n. 39/1993 istitutivo dell'AIPA, emanato dallo Stato apparato e che, invece di concretarsi in una mera normativa di principio, contiene soprattutto regole di natura tecnica, anche se, l'AIPA prima ed il CNIPA poi, divenuto a sua volta l'attuale Digit-PA, sono in effetti enti tra i cui compiti vi è anche quello di coordinare a livello nazionale le politiche di

---

<sup>291</sup> Per il punto su questo fenomeno, a cui ha tentato invano di porre rimedio la legge n. 400 del 1988, attraverso l'imposizione di forme tipiche e ben determinate della fonte di produzione normativa secondaria, con esiti che non sono andati oltre il lodevole intento, per via di un atteggiamento di ribellione del potere Esecutivo sempre più sfacciato, si consiglia di consultare: M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, relazione presentata al Convegno annuale A.I.C. sul tema *Decisione, conflitti, controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Parma, 29-30 ottobre 2010, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

digitalizzazione. Ammessa questa attribuzione di coordinamento conforme con il modello composito delle competenze ricostruito mediante la Carta, il pasticcio resta e mette in difficoltà chi voglia tentare di operare, in modo rigoroso e razionale, un riparto di funzioni tra i vari livelli . Ci sono regole tecniche, dove non ci dovrebbero essere, perché provenienti da una fonte statale.

Per quanto concerne, invece, il secondo grande ostacolo che, storicamente, si è frapposto alla qualificazione unitaria dell'*eGovernment*, cioè l'aspetto della dispersione e frammentazione delle molte normative che disciplinano il settore, almeno prima dell'avvento del codice dell'amministrazione digitale del 2005 che si pone comunque come punto di riferimento organico della materia, questo è osservabile sotto due aspetti: la scarsità dei principi e l'abbondanza di normative di settore. Per quanto concerne i primi, traghettandoci con la macchina del tempo anteriormente al 2005, questi erano riassumibili in due sole indicazioni di massima:

1) il primo principio, rintracciabile consultando il testo Unico in materia di pubblico impiego, il decreto legislativo n. 165/2001, che sanciva nell'art. 2, comma 1, lettera c, il "collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici", poneva agli uffici pubblici l'obbligo di lavorare mediante l'uso di una rete interna informatica, la cosiddetta rete intranet;

2) il secondo, spia di una accresciuta attenzione del legislatore verso l'uso degli strumenti informatici, è contenuto invece nella legge generale sul procedimento, la n. 241/1990 che, nell'art. 3-bis aggiunto nel 2005, detta il principio dell'uso della telematica nello svolgimento delle consuete attività procedurali: "per conseguire maggiore efficienza nelle loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati".

Come si può notare, nell'uno e nell'altro caso, si tratta di principi generalissimi, di affermazioni ad amplissimo raggio, che non bastano certamente per poter affermare che siano il segno di una politica governativa unitaria in materia di *eGovernment*.

In realtà, se vogliamo essere corretti sino in fondo nel valutare l'operato del legislatore, dobbiamo anche rammentare che vi era stato nel sistema un primo seme che faceva presagire la sua aspirazione ad un intento unitario ma, dati i tempi molto anticipati rispetto alla successiva emanazione del Codice dell'amministrazione digitale (CAD) e, in fondo, rispetto alla stessa effettiva diffusione dell'informatica negli enti pubblici, pur trattandosi della normativa più organica dell'epoca, questo intervento, pur apprezzabile, non era ancora in grado di cogliere e risolvere tutte le problematiche che sarebbero emerse in futuro. Il riferimento è evidentemente al già citato decreto legislativo n. 39/1993

di istituzione della defunta AIPA (Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione), poi diventato CNIPA (Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione) ed infine l'attuale DigitPA (Ente Nazionale per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione).

In effetti, questa fonte contiene riferimenti che tradiscono uno sforzo notevole di organicità nel trattare l'informatica; si parla infatti di “miglioramento dei servizi, trasparenza dell'azione amministrativa, potenziamento dei supporti conoscitivi per le decisioni pubbliche, contenimento dei costi”, tutti profili che guardano ad una connotazione unitaria della telematica pubblica, così come emerge chiaramente dalla stessa costituzione di un'autorità tecnica quale l'AIPA, autonoma rispetto all'indirizzo politico, anche se non indipendente, che aveva non solo la funzione di organo consultivo in ordine alla stipulazione di contratti per l'acquisto di apparecchiature informatiche<sup>292</sup>, ma anche quella di formulare pareri sull'emanazione di normative tecniche del settore informatico e infine, naturalmente, quella di coordinare tutta l'attività telematica degli enti.

Come si può intuire dalla rapida fissazione delle principali attività dell'AIPA, non mancavano certo difetti, su tutti proprio la mancata indipendenza totale dal potere politico e quindi il rischio di una pericolosa commistione tra aspetti tecnici e politici; l'AIPA, a ben vedere, finiva con l'occuparsi più di questioni tecnico organizzative, su tutte quella della stipula di contratti per acquistare elaboratori informatici, che preoccuparsi di realizzare nuovi contenuti e nuove opportunità che sfruttassero in pieno le potenzialità di queste apparecchiature, sia sul piano della semplificazione dell'attività amministrativa che su quello di un nuovo tipo di rapporto con i cittadini utenti. Essendo ancora il 1993, i tempi forse non erano ancora maturi per cogliere in pieno tutte queste nuove possibilità.

La legislazione sull'informatica è proseguita negli anni in maniera disorganica: un altro esempio di questa natura è il Decreto Presidenziale n. 445/2000, meglio noto come Testo Unico sulla documentazione informatica, ancora oggi inspiegabilmente in vigore seppur ormai a ranghi ridotti, perché molte delle norme in esso contenute sono poi confluite, anche se non in prima battuta, nello stesso CAD.

Il T.U.d.a. (Testo Unico sulla documentazione amministrativa) nasce dalla fusione incauta di norme primarie e secondarie, di leggi e regolamenti, e tenta di disciplinare insieme la formazione e la conservazione dei documenti amministrativi, nell'ottica di una futura digitalizzazione di questo enorme patrimonio di dati.

---

<sup>292</sup> Gli artt. 8 e 12 del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, prevedevano rispettivamente che l'AIPA avesse il potere di dare pareri sugli schemi di contratto e di predisporre capitolati contenenti le “clausole generali dei contratti, che le singole amministrazioni stipulano in materia di sistemi informativi automatizzati”.

La disciplina si è rivelata debole per due ragioni, la prima risulta forse chiara dal quadro delle fonti; come pretendere infatti di imporre coattivamente ad enti locali, dotati di autonomia regolamentare, di effettuare progressivamente questo passaggio alla digitalizzazione, rendendo obbligatorie proprio fonti secondarie, che sono da sempre il cuore della capacità di autonoma produzione normativa di detti enti? Naturalmente, e ciò non deve affatto stupire, moltissimi enti pubblici, ritenendola una sorta di invasione indebita nel loro spazio di autonomia normativa, non si sono conformati a questo Testo Unico privandolo, nei fatti, di effettività.

Altra criticità rilevabile è l'assenza di un ente centrale di riferimento avente poteri di coordinamento e di vigilanza; si è rivelato, in sede di valutazione della disciplina, un grave errore di valutazione quello di affidare solo a libere manifestazioni di volontà delle singole amministrazioni interessate, mediante l'istituzione sul territorio di appositi uffici, il compito di effettuare progressivamente la digitalizzazione; occorre un organo centrale di impulso verso questo processo.

### ***5. Digitalizzazione tra nuove opportunità e inevitabili incognite***

Un primo dato lo si può dare per acquisito: ormai, il passaggio alla informatizzazione delle amministrazioni, pur tra mille difficoltà, ha assunto una dimensione rilevante anche in Italia; è da salutare con fiducia ed ottimismo, perché in grado di risolvere certamente problemi pratici di grande momento. Si pensi, ad esempio, a quelli di spazio, che in un ente di grandi dimensioni ha raccolto dati dei cittadini per decenni; avrebbero assunto livelli ingestibili e l'esito più probabile sarebbe stato quello della inevitabile eliminazione di parte degli archivi, pena la condanna inevitabile ad essere sommersi da voluminosi faldoni, o a quelli di celerità, risolti dalla magia delle autostrade informatiche che consentono sia la immediata trasmissione di informazioni verso l'esterno ai cittadini, ma anche l'enorme facilitazione delle comunicazioni tra gli stessi enti, in quanto possono ormai avvenire anche istantaneamente, ed ancora, alla teorica possibilità di arrivare ad un procedimento amministrativo che, una volta composti tutti gli eventuali interessi pubblici e privati, possa compiersi istantaneamente<sup>293</sup>, ma ne ha aperto inevitabilmente di nuovi.

Sul proscenio, infatti, balza agli onori non solo quello dell'eventuale sovra informazione, ma emergono anche delicati profili relativi alla conservazione del

---

<sup>293</sup> E' la tesi elaborata dal professor Giovanni Duni, G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008, in cui l'autore ribadisce una tesi frutto di 30 anni di studi sulla telematica, cioè il fatto che la dematerializzazione può influire sulla struttura genetica del procedimento amministrativo, annullandone la tradizionale natura sequenziale, in favore di uno schema a stella. Tuttavia, l'autore è consapevole del fatto che all'annullamento della sequenzialità procedimentale vi possano essere importanti eccezioni, come quella della presenza di leggi che, più o meno implicitamente, impongano che quel dato procedimento sia fondato sul mantenimento della sequenzialità, oppure che a questa stessa situazione si pervenga per ragioni di opportunità, per esempio valutazioni non complesse da effettuarsi sull'istanza del cittadino, tuttavia decisive per l'accoglimento della medesima.

dato telematico, alla sicurezza e alla sua trasferibilità, con garanzie assolute di intangibilità, da un'amministrazione ad un'altra. Si potrebbe obiettare che ormai vi sono ritrovati tecnologici, su tutti la firma digitale disciplinata dal codice dell'amministrazione digitale, che sembrerebbero fornire garanzie importanti per il superamento di alcune di queste questioni, ma proprio la storia recente ha dimostrato che si tratta di problemi ancora aperti<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup> La firma digitale, (si consiglia in proposito anche la consultazione della voce *on-line*: <http://www.digitpa.gov.it/firma-digitale>, beneficia, si fa per dire, nel nostro ordinamento, di più definizioni che rischiano di generare confusione nell'interprete. Infatti, se prendiamo come punto di riferimento la definizione più recente del Codice dell'amministrazione digitale modificato per effetto del l'art. 1 comma 1, lettera s, la qualifica come: "un particolare tipo di firma elettronica avanzata, basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici". Una definizione che, balza subito all'occhio, è quantomeno *sui generis*, sia perché incompleta, in quanto priva del riferimento alla sicurezza del dispositivo che, da sempre, vorrebbe essere una delle prerogative di questo strumento, sia perché si torna, sorprendentemente, a ripescare un istituto, la firma elettronica avanzata, che sorprende l'interprete in quanto sembrava ormai sparito dal nostro ordinamento. Si assiste a un vero e proprio cambio di genere, per il legislatore del 2010 la firma digitale è una firma elettronica avanzata.

Per non perdere la bussola, val la pena ricordare che la firma elettronica avanzata non è una novità assoluta, in quanto era stata introdotta nel nostro ordinamento, una prima volta, con il Decreto Legislativo 10/2002, come conseguenza della ricezione della direttiva comunitaria 1999/93; inoltre si può affermare, che la firma elettronica avanzata è una firma con alcune caratteristiche di sicurezza, ma non tutte quelle che offre la firma digitale. Per definirla ci affidiamo alle parole del legislatore, ex art. 1 lettera q-bis del Codice dell'amministrazione digitale novellato, che parla di "un insieme di dati in forma elettronica, allegati oppure connessi, a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce, in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati"; questa era ormai abituato sin dalla emanazione del CAD nella sua versione originaria nel 2005, art. 1 lettera s, a configurare la firma digitale come "un particolare tipo di firma elettronica qualificata", ora il codice parla di firma avanzata.

Ma le stranezze non finiscono certo qui. Infatti, stando alla recente definizione contenuta nel Decreto del Ministero della Giustizia, n. 44 del 2011, recante regole tecniche di svolgimento del processo telematico in materia civile e penale, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18 aprile 2011, n. 89, nell'art. 2, comma 1, lettera g, vi si trova, singolarmente, una definizione di firma digitale diversa da quella contenuta nel CAD, in quanto si torna a parlare di "firma elettronica avanzata", segnando ormai in via definitiva il cambiamento di genere, "basata su un certificato qualificato, rilasciato da un certificatore accreditato, e generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82". Ebbene, va rimarcato che anche la definizione contenuta nel Decreto del Ministero della Giustizia è incompleta, dato che sparisce il riferimento alle chiavi crittografiche e si tratta di una mancanza gravissima, forse una svista, ma pesante, perché le chiavi crittografiche asimmetriche sono l'elemento caratterizzante della firma digitale.

Staccandoci per un momento dalle difficoltà interpretative generate da queste differenti e incomplete definizioni del legislatore, possiamo comunque analizzarle in modo combinato, per cogliere i caratteri identificativi di questo strumento, così come risultanti da queste due definizioni. Si può affermare che la firma digitale è, nel nostro ordinamento, una particolare tipologia di firma elettronica avanzata, basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra di loro, che consente, rispettivamente, al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di uno o più documenti informatici, cioè nasce per assicurare la garanzia di integrità dei dati oggetto della sottoscrizione e di autenticità delle informazioni relative al sottoscrittore. E' fondata su un sistema crittografico asimmetrico, detto anche a chiave pubblica, che attribuisce a ogni utente, tramite appositi soggetti autorizzati al rilascio, chiamati certificatori, due coppie di chiavi, una privata, da non svelare a nessuno, e una pubblica, in mano ad altri utenti e utilizzata sia per decifrare i messaggi provenienti dall'utente con la chiave privata, sia per cifrare i messaggi da mandare all'utente in modo da renderli illeggibili. Lo scopo di questo strumento è quindi triplice: 1) autenticità, cioè garantire che il destinatario possa verificare l'identità del mittente; 2) non ripudio, garantire che il mittente non possa disconoscere un documento da lui firmato; 3) integrità, garantire che il destinatario non possa modificare un documento firmato da altri. Inoltre, sullo sfondo di

Ed infine, non certo ultimo in ordine di importanza, tutt'altro, su un piano di primo livello in ragione dell'accresciuta forza che il diritto alla riservatezza ha acquistato nel nostro ordinamento, come testimoniato chiaramente dal legislatore del 2005 in sede di riforma della 241/1990, si pone il serio quesito di come regolamentare in modo soddisfacente, per tutti i contendenti, l'insanabile dissidio tra l'esigenza di trasparenza, sempre più forte nel nostro paese in tempi di forte crisi economica e quindi di necessità di sapere con quali modalità e per quali obiettivi avviene la spendita del denaro pubblico, con l'accresciuta dimensione del diritto alla riservatezza, minacciato ancor più, nella sua aspirazione al segreto di taluni dati personali o addirittura personalissimi dell'individuo, dalle aumentate capacità di elaborazione dei dati delle amministrazioni pubbliche. Sotto questo profilo nulla di nuovo: la battaglia tra le due duplici tensioni è in corso, il legislatore ha armato dal 2005 la riservatezza di una grande autorità, data la sua potenziale capacità di neutralizzare il diritto di accesso; ciò che cambia è solo la scena della battaglia finale che, fuoriuscita dalla cellulosa, è già cominciata, con esiti tutti da verificare, sul terreno ignoto delle autostrade informatiche.

Oltre a queste considerazioni, merita di essere segnalato un aspetto quasi filosofico, più che giuridico, che assumerà sempre più rilievo man mano che prenderà definitivamente corpo questa rivoluzione il quale, ancora poco esplorata, si presenta come un'opportunità monetizzabile, cioè una possibile voce di guadagno per gli enti pubblici. Quella che oggi appare una mera sostituzione del dato di interesse, da un supporto ad un altro, dal cartaceo a quello tecnologico, un domani ormai prossimo non potrà che divenire una politica concertata di valorizzazione di tutto il patrimonio informativo pubblico, con prospettive interessanti non solo sul piano culturale, perché tutto l'enorme patrimonio informativo in capo alle amministrazioni italiane potrà fornire, certamente, il suo contributo a migliorare la cultura dell'Italia; potrebbe anche

---

queste tre esigenze soddisfatte con la firma digitale, ve n'è un'altra, più generale, che appare forse oramai scontata, ma che è giusto evidenziare, perché su di essa poggia la stessa ragion d'essere dello strumento in analisi: si tratta di un meccanismo che consente di trasmettere informazioni in completa riservatezza.

Cambiano, poi, gli scenari anche sul piano probatorio: infatti, coerentemente con il cambio di rotta sul piano definitorio, avvenuto qualificando la firma digitale come firma avanzata, vi è da segnalare il conseguente ampliamento di prospettive del legislatore anche sul piano probatorio, avvenuto estendo l'efficacia probatoria propria della firma digitale sin dalla sua origine, cioè quella di cui all'art. 2702 del c.c., anche alle altre firme elettroniche avanzate, cioè a quelle tipologie di firme elettroniche accomunate dal fatto di garantire certezze di connessione univoca al firmatario, con l'ulteriore conseguenza che oggi abbiamo tre tipologie di firme che hanno tutte la stessa efficacia probatoria: la firma digitale, la firma avanzata, e anche, stando all'art. 21, II comma, del CAD, la firma qualificata. Tutte e tre hanno, dunque, la stessa forza della firma autografa espressa in forma scritta, cioè si presume che provengano dal loro sottoscrittore, con esclusione della sola firma elettronica semplice, cioè quella tipologia di firme elettroniche che, pur essendo rilasciata anch'essa da certificatori, non offre garanzie totali di connessione univoca al firmatario. Questa minore affidabilità delle firme elettroniche semplici si spiega, soprattutto, con il fatto che i soggetti preposti al loro rilascio sono certificatori non qualificati e neppure accreditati, cioè certificatori semplici che, pur dovendo fornire requisiti di affidabilità e onorabilità e pur essendo, comunque, sottoposti a controlli da parte del Dipartimento della Tecnologia della Presidenza del Consiglio dei Ministri, non sono tuttavia in grado di fornire gli stessi standard di qualità e sicurezza dei certificatori accreditati e qualificati.

presentare eventuali ricadute economiche, perché le tecnologie informatiche consentono non solo di raccogliere dati, ma anche di fare sofisticate operazioni di elaborazione di questi, al fine di creare contenuti e servizi che hanno un valore aggiunto e che, di conseguenza, sono monetizzabili.

Nonostante le difficoltà brevemente ricordate, sulle quali si tornerà più in profondità, si può comunque arrivare ad una conclusione certa: la tendenza in atto è ormai inarrestabile, indietro non si torna. Tutti i settori della società contemporanea, e quindi anche le amministrazioni, tra l'altro con un ruolo da grandi protagoniste, sono interessate da un impiego sempre più massiccio e penetrante delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, denominate ICT, quale sigla della locuzione inglese *Information and Communication Technologies*<sup>295</sup>.

Perché le amministrazioni, più di altri soggetti, sono protagoniste della rivoluzione informatica? Le ragioni, a rifletterci, sono soprattutto due, ben evidenziate dal professor Francesco Merloni: in primo luogo, le più grandi produttrici e insieme detentrici di informazioni riguardanti la vita degli individui sono proprio le amministrazioni, che raccolgono informazioni sia a fini strumentali del soddisfacimento degli interessi pubblici a cui sono preposte, e sia a fini informativi; casi classici le grandi campagne contro il tabacco per i rischi diretti sulla salute o quelle contro l'alcool, finalizzate ad evitare che ci si metta alla guida in stato di ebbrezza. In seconda battuta, non si deve dimenticare che spetta proprio alle amministrazioni sia fissare le regole con le quali si devono diffondere i servizi informatici all'interno dei servizi pubblici e di quelli pubblici privatizzati, sia intervenire per consentire un'adeguata diffusione delle tecnologie informatiche tra i cittadini, onde evitare l'insorgere dell'irrisolto problema del divario digitale, meglio noto come *digital divide*<sup>296</sup>; esiste, infatti,

---

<sup>295</sup> Per un approfondimento delle ICT ed in particolare della stretta convergenza tra tecnologie informatiche e sistema delle telecomunicazioni, si consiglia di consultare AA.VV., *ICT e società dell'informazione*, Milano 2010.

<sup>296</sup> L'espressione *digital divide* è apparsa, per la prima volta, all'inizio degli anni novanta negli Stati Uniti, dove si era notato che il possesso e la diffusione dei personal computer aumentavano progressivamente e regolarmente, solo presso alcuni gruppi etnici. Fu però un famoso discorso tenuto dall'allora Presidente degli Stati Uniti, Bill Clinton nel 1996, a Knoxville in Tennessee, in cui era stata messa in evidenza dall'amministrazione centrale proprio la disparità di accesso ai servizi telematici, tra i vari strati di popolazione del paese, a conferire successo a questa locuzione. Questa terminologia ha avuto così tanta fortuna, da uscire ben presto dai confini degli Stati Uniti, per essere usata anche a livello globale, contrassegnandosi oggi di un duplice significato: indica sia il divario esistente tra coloro che hanno accesso agli strumenti informatici e coloro che invece non hanno questa opportunità, in una realtà localizzata come ad esempio un singolo Stato ma, in una prospettiva planetaria, evidenzia la grande differenza di opportunità tecnologiche tra i paesi più ricchi e quelli in via di sviluppo. In particolare; fu a Davos nel 2000, durante l'incontro annuale del World Economic Forum, che molti interventi dei relatori puntarono proprio l'attenzione sull'esistenza di un divario digitale tra taluni paesi e altri del sud del mondo e venne creata, per la prima volta, una *Task Force*, a cui aderirono anche multinazionali del settore tecnologico, quali Sony, Microsoft, Motorola e altre, con il compito di studiare il problema e proporre soluzioni. Tuttavia, nonostante l'esistenza indiscutibile di questa disparità tra stati e cittadini di una stessa comunità, è di un certo interesse evidenziare che, sia negli Stati Uniti, che a livello globale, Internet è la tecnologia con la più rapida diffusione nella storia dell'uomo: prendendo a parametro il 30% delle famiglie americane, si è calcolato che ci sono voluti 46 anni prima che esse fossero collegate alla rete elettrica, 38 per la diffusione del telefono, 17 per quella della televisione e solo 7 per Internet. Stessi numeri impressionanti, su



disuguaglianza tra quei cittadini che, per effetto di un efficace agire amministrativo, hanno accesso alle tecnologie informatiche e quindi, grazie a questo risultato, potranno interloquire con le amministrazioni usufruendo direttamente di questi nuovi strumenti, e coloro che non hanno pienamente questa opportunità o, addirittura, nei casi gravi, non ce l'hanno ancora per niente. Si pensi, banalmente, alla carente diffusione in Italia di Internet a banda larga, posseduta alla fine del 2010 solo da una famiglia italiana su tre, fondamentale se si vuole accedere con facilità a materiali di una certa grandezza, soprattutto contenuti grafici e visivi posti in *files* maneggiabili agevolmente, solo in presenza di connessioni di una certa velocità. E d'altronde, che in Italia la diffusione delle tecnologie ICT sia oggi ancora insufficiente lo certificano gli ultimi dati ONU disponibili, quelli del 2010<sup>297</sup>, che spingono a sostenere che forse, ad oggi, l'incognita più grande non è nessuna di quelle ricordate, tutte risolvibili con il progredire inevitabile di queste tecnologie, è invece la mancanza di conoscenza nei cittadini, cioè l'ignoranza in larghi strati della popolazione di queste nuove opportunità, sia perché non ancora raggiunti fisicamente da questi servizi, sia perché, quando questi finalmente arrivano, non

---

scala globale: nel 1993 gli utilizzatori nel mondo di Internet erano circa due milioni, su cinque miliardi e settecento milioni circa di abitanti del pianeta, neanche lo 0,05%, ma nel 2002 erano arrivati già a circa 580 milioni su 6 miliardi e trecento milioni di abitanti, quasi il 9% della popolazione mondiale e, si stima che, grazie alla notevole diffusione dei telefonini intelligenti che stanno consentendo ai paesi in via di sviluppo di saltare direttamente la necessità fisica di avere un personal computer per collegarsi ad Internet, nel 2012 verrà toccata l'impressionante cifra di due miliardi e mezzo di persone potenzialmente in grado di collegarsi alla grande rete, circa il 36% di tutti i 7 miliardi e 100 milioni di abitanti che il globo avrà a fine 2012! Questo dato è evidenza che, in meno di 20 anni, Internet ha saputo raggiungere più di un terzo di tutti gli abitanti della terra, il che ne fa la tecnologia largamente a più rapida diffusione di tutta la storia dell'umanità.

<sup>297</sup> La classifica ONU del 2010, sulla diffusione delle tecnologie ICT all'interno dei singoli paesi, contenuta nel *report Measuring the Information Society 2011*, colloca l'Italia in una sconsolante ventottesima posizione a livello mondiale, addirittura in regresso di due posizioni rispetto alla graduatoria del 2009; il dato interessante di questa graduatoria è anzitutto il primo posto che, ormai da anni, non è ad appannaggio degli Stati Uniti, solo diciassettesimi in classifica nonostante siano stati il paese del mondo che ha avuto negli anni '90 la più forte penetrazione in Internet per famiglie, ma della Corea del Sud, seguita a ruota da tutti i paesi dell'Europa del nord, Svezia, Islanda, Danimarca e Finlandia; inoltre, dai rilievi dell'ONU, risulta che quasi tutti i 152 Stati indipendenti presi in esame hanno migliorato il proprio punteggio; tra le poche eccezioni l'Italia che, a causa di politiche di vivo disinteresse del governo per questa materia ormai cruciale, decresce. Tra i tanti dati resi pubblici da questa relazione, vale la pena segnalare anche: 1) il fatto che il costo medio di un servizio a banda larga in Africa, sebbene ancora altissimo, sta scendendo molto rapidamente: se nel 2008 era pari addirittura al 650% del reddito medio mensile, nel 2010 è sceso sino al 250% di tale reddito medio e si stima che tale soglia possa scendere sotto il 100%, tra il 2012 ed il 2013; 2) infine, ma non certo ultimo in ordine di importanza, il ruolo decisivo dei giovani nei paesi in via di sviluppo, per favorire la rivoluzione digitale: infatti in tali zone del mondo, addirittura il 46% della popolazione, ha meno di 25 anni e quindi bisogna puntare alla diffusione di queste tecnologie proprio presso le giovani generazioni, che rappresentano quasi il 40% della popolazione mondiale; infatti si stima che siano circa 2 miliardi e mezzo di persone e, presso questi ragazzi l'uso di Internet raggiunge ancora una percentuale bassa, il 21% contro il 70% dei loro coetanei dei paesi sviluppati. Infine, un ultimo cenno relativo all'Italia, dove le difficoltà endemiche e apparentemente non superabili di diffusione di accessi Internet a banda larga da rete fissa, stanno curiosamente dando vita a un fenomeno molto simile a quello dei paesi del sud del mondo, l'accesso alla rete sta aumentando costantemente, ma attraverso i telefonini intelligenti. E' quanto emerge dall'ultimo rapporto dell'Osservatorio trimestrale sulle telecomunicazioni, aggiornato al 30 settembre 2011, da cui emerge che gli accessi al *web* da rete fissa sono addirittura calati, e non di poco, ben 400.000 unità, ma quelli tramite la banda larga mobile sono aumentati in maniera considerevole; infatti nel 2011, rispetto allo stesso trimestre di riferimento del 2010, 1 luglio-30 settembre, sono aumentati del 9,8% ed è stato calcolato che sono avvenuti da ben 18 milioni di SIM differenti.

vengono adeguatamente illustrati dagli enti ai cittadini fruitori, in modo da convincerli a farne un uso massiccio per modificare comportamenti e abitudini consolidate.

### ***6. L'eGovernment italiano tra difficoltà organizzative, disinteresse governativo e spinte europeistiche***

Il quadro complessivo di inquadramento della situazione nella quale comincia il percorso dell'amministrazione italiana verso l'eGovernment può dirsi esaustivo solo se si approfondisce, almeno a grandi linee, il come è avvenuto il percorso dell'innovazione tecnologica in Italia. Se è vero che i nuovi principi che hanno trovato ingresso nell'amministrazione italiana hanno tutti l'elemento comune di essere fondati, *latu sensu*, sull'informazione e sulla comunicazione, è anche percepibile che sullo sfondo della sostituzione dell'accesso come strumento principale della trasparenza, si intravede un percorso che ci condurrà, passando dapprima per un esame della legge n. 150/2000, primo vero tentativo di disciplinare organicamente attività e strutture dedicate allo svolgimento della funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, inevitabilmente ad analizzare, quale approdo finale, quegli istituti che sono contenuti nel codice dell'amministrazione digitale.

Bisogna, anche, dare conto del fatto che la funzione di comunicazione, soprattutto per il tramite delle nuove tecnologie informatiche, è passata attraverso un percorso tutt'altro che concluso, anzi tutt'ora pienamente in atto, quello dell'innovazione tecnologica, perché la funzione di comunicazione può compiersi efficacemente solo in presenza di tecnologie che consentano di renderla effettiva. Perché tutto questo?

C'è un legame indissolubile da evidenziare; inutile parlare di nuovi istituti giuridici legati alla comunicazione e ad un possibile nuovo volto della trasparenza, se non si evidenzia una realtà sinora solo sullo sfondo: l'innovazione amministrativa può poggiare solo su quella tecnologica e non è frase fatta o conclusione che può farsi oggi nel tempo dell'era informatica, ma è constatazione dell'esistenza di un legame che è stato evidenziato sin dalla parte finale degli anni '70 nel rapporto Giannini<sup>298</sup>. La questione, come sempre, è ancora più articolata di quanto non sembri, perché è vero che questa

---

<sup>298</sup> Il noto giurista Massimo Severo Giannini, ministro per la funzione pubblica nel primo Governo Cossiga, operante dal 4 aprile 1979 al 4 agosto 1980, elaborò un documento noto comunemente come Rapporto Giannini che, in realtà si chiamava *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, reperibile in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, p. 733 ss., in cui veniva messo in luce lo stato di notevole arretratezza in cui versavano le amministrazioni italiane alla fine degli anni '70 e si proponeva la costituzione di un centro per i servizi informativi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri deputata a monitorare, coordinare e supportare le amministrazioni per la stipulazione di contratti di acquisto di *hardware* e *software*, ma questi spunti vennero lungamente ignorati. D'altronde, tutto il quadro di sconcertante disinteresse per la materia è coerente con la stessa collocazione fisica dell'informatica di Stato, considerata una sottofunzione del Ministero del Tesoro-Provveditorato generale dello Stato ed era proprio quest'ultimo ad occuparsene. In pratica, si riteneva di avere a che fare non con una cruciale questione da affrontare strutturalmente e singolarmente, ma con una banale esigenza di acquisto saltuario di beni e servizi aventi carattere strumentale.

sollecitazione di Giannini era un grido di dolore più che giustificato<sup>299</sup> ed insieme uno stimolo condivisibile a sviluppare l'informatica pubblica in Italia ma, sotto un altro profilo, già allora, alcuni studiosi<sup>300</sup> avvertivano i possibili rischi che si sarebbero potuti palesare con un grande sviluppo dell'informatica pubblica, cioè il timore della sindrome da Grande Fratello, una pesante invasività dei pubblici poteri nella vita privata del cittadino, una capacità delle amministrazioni di controllare in maniera capillare i movimenti della vita dell'individuo, con conseguente inevitabile sacrificio di spazi di riservatezza, ponendosi già allora la questione del bilanciamento tra le due opposte esigenze.

La realtà della storia dell'innovazione tecnologica italiana è molto semplice: lo Stato non ci credeva, aveva palesemente sottostimato il potenziale di crescita di questo settore, ignorato le molteplici opportunità; di conseguenza, erano scarsi gli investimenti, quasi inesistenti le competenze professionali in materia informatica nel pubblico impiego. Significativamente, negli anni '70, il fulcro dell'informatica di Stato poggiava su un organismo, il Provveditorato Generale dello Stato, istituito presso il Ministero del Tesoro, a sottolineare il mero valore strumentale e secondario che si riteneva avesse l'informatica di Stato.

Il percorso di crescita è lentissimo, il servizio pubblico effettua investimenti annuali in tecnologie avanzate che oscillano intorno ad un misero 5% annuo e la situazione non migliora sensibilmente neppure negli anni '80, nonostante i primi segni di risveglio del legislatore, certificati dalla emanazione della legge 9 marzo 1983, n. 93<sup>301</sup>. Oltre alla scarsa fiducia, lo Stato centrale si era anche distinto per una politica di tipo assistenzialista<sup>302</sup> nei confronti delle imprese che

---

<sup>299</sup> Alla fine degli anni '70 i computer in dotazione delle amministrazioni erano veramente pochi e scarsamente diffusi tra le amministrazioni, nel senso che si concentravano nella disponibilità materiale di poche importanti amministrazioni centrali: la Corte dei Conti e alcuni ministeri cioè le Finanze, il Tesoro, la Difesa, la Giustizia, le Poste e la Pubblica Istruzione. Inoltre, le risorse dedicate allo sviluppo dell'informatica pubblica erano la metà della media europea, circa il 5% contro una media annuale del 10% di altri paesi, tra cui la Germania e la Francia, e dunque, laddove si vada a cercare le ragioni dell'attuale arretratezza tecnologica dell'amministrazione italiana, bisogna proprio risalire alla seconda metà degli anni '70, in cui questo percorso è cominciato, perché, evidentemente, a quell'epoca il governo italiano aveva sottostimato l'importanza dell'esplosione tecnologica dei tre decenni successivi e, quindi, non aveva considerato il settore dell'informatica pubblica un settore strategico e meritevole di considerevoli investimenti, non rendendosi conto delle facilitazioni e dei benefici che avrebbe potuto avere tutto il funzionamento della macchina amministrativa. Tutto questo si è verificato in Italia con una ulteriore conseguenza, il fatto che, se a quei tempi le competenze professionali nel pubblico impiego erano quasi inesistenti, ovviamente la formazione di personale qualificato e capace di muoversi con dimestichezza con i personal computer è avvenuto con notevole ritardo e in maniera diseguale tra le varie parti del Paese, rispetto a quelle che poi si sono rivelate le reali necessità. Si è scoperta, troppo tardi, l'importanza dell'informatica per l'amministrazione e, quando, negli anni '90, hanno cominciato, seppur lentamente, a diffondersi gli strumenti informatici nelle amministrazioni, una consistente fetta del personale amministrativo non era pronto tecnicamente e culturalmente per questa rivoluzione.

<sup>300</sup> S. RODOTA', *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

<sup>301</sup> L'art. 27 della legge 9 marzo 1983, n. 93 affida al Dipartimento della funzione pubblica il compito di coordinare iniziative volte all'organizzazione dei nuovi servizi informatici e, esplicitamente a questo fine, il Dipartimento costituiti, con decreto ministeriale 20 novembre 1984, la Commissione per il coordinamento normativo e funzionale dell'informatica nella pubblica amministrazione.

<sup>302</sup> L'esempio più eclatante, in questo senso, risale all'accordo stipulato il 21 dicembre 1979 tra il Ministero dell'Industria e l'Olivetti, finalizzato a risolvere lo stato di crisi dell'azienda italiana, attraverso un innalzamento automatico e programmato delle commesse pubbliche.

operavano in questo settore e mancava invece totalmente una visione d'insieme che la guardasse come l'occasione per una modernizzazione complessiva dell'amministrazione.

Negli anni '90 si assiste a dei miglioramenti, ma l'Italia è in ritardo rispetto ad altri paesi europei, come dimostrano vari aspetti a partire dal confinamento in soli cinque settori, che coprivano circa l'80% della spesa pubblica, degli investimenti in informatica: Finanze, Tesoro, Grazia e Giustizia, Pubblica Istruzione e Sanità. L'Italia risulta, ancora nel 1993<sup>303</sup>, indietro in tutti i parametri principali che vengono usati per valutare la penetrazione delle ICT nel settore pubblico nei vari paesi europei: le spese complessive erano inferiori rispetto ad essi rispetto alle spese complessive del paese, alla spesa complessiva, al PIL, al numero di addetti nelle amministrazioni, al numero di abitanti.

I cambiamenti più significativi si sono avuti all'inizio del nuovo millennio, anche perché, nel frattempo, si sono verificati importanti fatti di diritto interno e internazionale: in linea generale, si può affermare che è inesorabilmente cresciuta l'attenzione per questa questione a livello governativo, prova ne siano alcuni interventi molto importanti come lo spostamento del nucleo organizzativo della telematica pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>304</sup>. Ancora, pur con tutte le pecche già rilevate in questo intervento, è un chiaro segno di questa rinnovata attenzione del legislatore, l'istituzione dell'AIPA con Decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, operante mediante la predisposizione di piani triennali aggiornati annualmente, la quale mira principalmente a colmare le carenze infrastrutturali telematiche delle amministrazioni italiane, agendo prevalentemente su due leve: aumento delle postazioni informatiche e realizzazione di una rete telematica che colleghi le amministrazioni tra di loro. Alle stesse conclusioni si può pervenire anche riflettendo sulla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 settembre 1995, avente ad oggetto l'istituzione della defunta RUPA, la Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione, fondata sull'idea che dovesse esserci uno strumento di coordinamento che consentisse a ciascuna amministrazione di mettersi in contatto facilmente con un'altra, al fine di poter accedere ad informazioni utili per svolgere al meglio la propria attività. Alla RUPA ha fatto seguito, molto più recentemente, l'istituzione del SPC, il Sistema Pubblico di Connettività mediante decreto legislativo 42/2005; ciò che non muta è l'idea di base, bisognava creare un'infrastruttura di interconnessione permanente delle amministrazioni. Tra gli ambiti di intervento di diritto interno merita di essere almeno menzionato anche quello che concerne la possibilità, per le

---

<sup>303</sup> Sono i risultati scaturenti dal rapporto stilato per l'anno 1993 dall'*European Information Technology Observatory*, (EITO), rinvenibile in *Informatica pubblica*, 1994, 3, p. 31 ss.

<sup>304</sup> Il d. P. C. M. 15 febbraio 1989, emanato per coordinare le iniziative in materia di informatizzazione e per pianificare i relativi investimenti, ha attribuito al Dipartimento della funzione pubblica poteri di indirizzo, controllo preventivo e intervento, lasciando al Provveditorato generale dello Stato la sola valutazione tecnica dei progetti di informatizzazione.

amministrazioni, di effettuare i pagamenti e, più in generale, tutte le operazioni contabili, mediante procedure informatiche<sup>305</sup> e, infine, quello settoriale che non ha ancora avuto la penetrazione e l'impatto attesi, ma potenzialmente rivoluzionario, avente ad oggetto l'istituzione della carta d'identità elettronica con la legge n. 127/1997, art. 2, comma 10; questa disposizione è stata più volte modificata sino alla disciplina contenuta attualmente nella legge 31 marzo 2005, n. 43<sup>306</sup>.

Questi interventi di diritto interno, più o meno riusciti, ma comunque utili, perché la strada della informatizzazione degli enti pubblici è stata per davvero percorsa anche se è ancora in pieno svolgimento, non ci sarebbero probabilmente stati se non fossero state attuate continue politiche comunitarie ormai risalenti nel tempo, datate la prima metà degli anni '90 che, pur non direttamente vincolanti presso le amministrazioni degli Stati membri, sono state importanti perché hanno stimolato il formarsi della società dell'informatizzazione<sup>307</sup>.

Questo è il caso della direttiva settoriale 99/93 del 13 dicembre 1999 sulla firma elettronica<sup>308</sup>, di programmi ad obiettivi ad ampia mandata che venivano periodicamente stilati dall'Unione, come i piani *e-Europe 2002*<sup>309</sup> e il successivo

---

<sup>305</sup> Decreto presidenziale 20 aprile 1994, n. 367, per il cui esauriente esame si consiglia la voce scientifica: E. SANNA, *Il mandato di pagamento informatico dal d. P. R. 367/1994 all'attuazione concreta*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 603 ss. Il legislatore ha scelto, in questo caso, la strada della razionalizzazione e della semplificazione a tutto tondo, perché ha deciso che le procedure di spesa debbano essere accentrate solo presso un dirigente persona fisica, materialmente responsabile.

<sup>306</sup> Gli ultimi dati disponibili sono ormai risalenti: è stato calcolato che, a far data dal 31 dicembre 2009, le carte d'identità elettroniche emesse in Italia siano state circa 1.800.000. Un successo? Al momento certamente no, le cause tante: ritardi dei singoli comuni ad adeguarsi alla normativa, costi di rilascio, visto che il nuovo documento costa 25 euro, assenza sino al 2004 delle apparecchiature disponibili per rilasciarla, soprattutto nei comuni più piccoli non in grado di sopportare i costi per comprare i nuovi macchinari, e infine, mancanza di attitudine nella gente a recepire realmente la novità. Per tutte queste ragioni, questo strumento si diffonde ancora molto lentamente. Infatti, il cuore della carta d'identità elettronica è un microprocessore che consente all'utente di identificarsi, in maniera sicura, presso sistemi automatici e che, a sua richiesta, è anche in grado di contenere indicazioni strettamente personali, come il gruppo sanguigno, dati biometrici con la sola esclusione del DNA, dati sanitari e inoltre qualsiasi indicazione in grado di semplificare l'erogazione dei servizi al cittadino; solo che, di fatto, molti di questi nuovi contenuti, strettamente legati a una facilitazione dell'attività delle amministrazioni e della vita degli utenti, devono essere, ad oggi, ancora creati e, quindi, in realtà si tratta di una scatola semivuota. Al momento, si è in attesa che essa venga effettivamente riempita di quei contenuti utili al cittadino, che ne accelerino la relativa diffusione e che rendano conveniente anche il maggiore esborso economico per dotarsene.

<sup>307</sup> Tra i più risalenti interventi dell'Unione Europea in materia informatica, vi è il rapporto Bangemann del 1994, dal nome del politico tedesco, sia ministro nel suo paese che commissario europeo, che ha ispirato il documento della Commissione Europea intitolato "L'Europa e la società dell'informazione globale".

<sup>308</sup> L'introduzione di questa normativa scatenò un acceso dibattito a livello comunitario, in merito al valore formale da attribuire alle semplici *e-mail* e soprattutto all'esatto significato da conferire alla "*electronic signature*", le firme elettroniche, confermato da uno studio che la Commissione Europea commissionò all'Università di Leuven intitolato "*The Legal and Market Aspects of Electronic Signatures*", i cui esiti sono stati presentati davanti alla Commissione Europea nell'ottobre del 2003, che evidenzia le differenti impostazioni legislative che gli Stati europei seguirono nel recepire la direttiva sulla firma elettronica. L'intero documento è reperibile via Internet: [http://skilriki.is/media/skjol/electronic\\_sig\\_report.pdf](http://skilriki.is/media/skjol/electronic_sig_report.pdf).

<sup>309</sup> Gli obiettivi fissati da *e-Europe 2002* erano: assicurare l'accesso on-line ai servizi pubblici di base, semplificazione dei procedimenti amministrativi, sviluppo di una strategia idonea e coordinata per valorizzare le informazioni pubbliche e promozione, nell'era dell'unione, dell'uso delle firme elettroniche.

*e-Europe 2005*<sup>310</sup>, che avevano il merito di fissare obiettivi generali, che poi gli Stati membri dovevano impegnarsi a perseguire con idonea legislazione di diritto interno.

Non è un caso che, sulla base di questi impulsi e, dopo una serie di iniziative normative limitate ad aspetti o settori specifici, fatta eccezione forse il decreto legislativo 39/1993 di istituzione dell'AIPA, che si arrivi nel 2000 all'adozione del primo piano generale d'azione italiano per l'*e-Government* che, focalizzato su una serie combinata di servizi telematici da offrire ai cittadini e alle imprese, non ebbe in realtà troppa fortuna perché adottato a fine legislatura e venne presto sostituito con uno diverso dal governo successivo; l'importante non è il contenuto di questi due piani e di quelli successivi, ma il fatto che ormai il percorso di crescita del settore poteva dirsi terminato: da profilo meramente strumentale che si esauriva nella necessità che lo Stato avvertiva in modo estemporaneo di acquistare di tanto in tanto apparecchiature informatiche, si era arrivati nel 2000<sup>311</sup> ad un piano d'azione unitario e concertato.

L'*eGovernment* era diventato grande, si era finalmente capito la sua importanza strategica e si cercava di disciplinarlo come un fenomeno complessivo: questo è certamente un punto d'arrivo, altro discorso sono gli esiti.

E' evidente che il cammino sia tutt'ora in corso per molteplici ostacoli difficili da superare; essi vanno dalla formazione di personale altamente qualificato, alle risorse finanziarie disponibili, alle difficoltà che spesso ci sono state nell'instaurare un rapporto corretto e proficuo tra le amministrazioni pubbliche e le imprese che offrono i servizi ICT, ma quello che conta in questa sede è sottolineare che il 2000 segna una data di svolta proprio perché, per la prima volta, venne presentato un piano d'azione unico avente ad oggetto iniziative generali e di ampio respiro sulla telematica nelle amministrazioni.

---

<sup>310</sup> Il programma *e-Europe 2005* ha come obiettivo il perseguimento delle iniziative già fissate con il precedente *e-Europe 2002* e fissa ulteriori obiettivi: il collegamento di tutte le amministrazioni mediante un sistema infrastrutturale di reti a banda larga, la promozione di servizi a livello europeo, mediante l'interoperabilità, l'interattività per i servizi pubblici essenziali, l'adozione di interventi normativi per regolare gli appalti pubblici in rete.

<sup>311</sup> Gli obiettivi fissati in questo piano d'azione erano: realizzazione di una rete nazionale in grado di connettere tra loro i servizi informativi centrali e locali, sviluppo di servizi amministrativi accessibili *on-line*, attivazione di un sistema di portali nazionali di informazione e di servizio, integrazione delle anagrafi, diffusione della carta d'identità elettronica e della firma digitale.

## **7. La centralità dei documenti amministrativi e la legge n. 150 del 2000**

L'accresciuta importanza delle funzioni di informazione e comunicazione istituzionale negli enti pubblici quali riflessi dell'emergere verso la fine degli anni '80 di principi in un certo senso nuovi, quali quello di pubblicità e trasparenza, semplificazione, partecipazione e responsabilità, pongono il quesito preliminare di individuare i contenuti di queste funzioni; che cosa devono comunicare le amministrazioni? In linea generale, come ricorda Marsocci<sup>312</sup>, a dover essere comunicato è il prodotto dell'agire amministrativo, quindi tutti i procedimenti, i singoli atti che li compongono, il provvedimento finale, ma anche i dati, le informazioni, i documenti e le norme di legge seguite nel compiere una certa attività.

E, poiché le informazioni e i dati sono raccolti in documenti<sup>313</sup>, la storia della digitalizzazione è anche e soprattutto quella del passaggio dalla materialità alla immaterialità del documento. Se si vuole che il documento, che può contenere sia atti che fatti, sia idoneo a conservare la memoria di queste informazioni al fine di fornire in modo non contestabile traccia dello svolgimento dell'attività amministrativa con certe modalità, cioè se si vuole poterlo esibire anche in futuro con le tracce dell'attività pubblica compiuta, deve essere adeguatamente conservato e da qui deriva l'importanza storica attribuita al documento scritto sul supporto cartaceo. Infatti, è appena il caso di ricordare che, sino a poco più di una decina di anni addietro, il processo amministrativo era soprattutto un processo fondato sulla prova documentale con assenza di uso di prove testimoniali<sup>314</sup>, per sottolineare quanto maggiore sia l'importanza del documento amministrativo<sup>315</sup> scritto presso le pubbliche amministrazioni, che non nei rapporti tra privati. Esso ha un ruolo centrale ed in relazione ai fatti e agli atti in essi contenuti si individua l'oggetto delle nuove attività istituzionali di informazione e comunicazione.

Con riferimento agli usi, cioè alle finalità che un documento può perseguire, come ci ricorda professor Merloni, si possono individuare almeno tre categorie di documenti: in primo luogo abbiamo certamente quelli cosiddetti strumentali

---

<sup>312</sup> P. MARSOCCI, *La disciplina dell'attività di comunicazione*, in *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, cit. p. 103 ss.

<sup>313</sup> La dottrina giuridica ha dibattuto per lunghi decenni sul concetto di documento, nozione che ha una chiara derivazione dal latino *docere* e che, senza ripercorrere diatribe di alto rango tra coloro, come Rescigno, che ritenevano che il documento fosse la rappresentazione di atti o altri, tra cui Falzea, che pensavano fosse la rappresentazione di fatti, può definirsi, in generale, quello strumento che contiene informazioni relative sia ad atti che a fatti ed è idoneo a fare conoscere, nel futuro, queste informazioni o comunque a conservare la memoria di atti o fatti svoltisi nel passato.

<sup>314</sup> Si è dovuto attendere sino alla legge 205/2000, art.1, comma 2, per vedere la possibilità in capo al giudice amministrativo, peraltro inizialmente solo nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, di avvalersi, eventualmente lo ritenga opportuno ai fini di un più proficuo compiersi dell'istruttoria, anche della prova testimoniale.

<sup>315</sup> La definizione più nota di documento amministrativo nel nostro ordinamento è quella contenuta nel capo V della legge 241/1990, art. 22 lettera d, posta in materia di diritto di accesso; in tal caso, quindi, con fini di esplicitare il diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti, la scelta di campo è ben precisa, perché orientata verso una definizione molto ampia.

per la decisione di un soggetto pubblico ed in tal caso il documento, con i fatti o gli atti in esso conservati, presta il suo contributo per il raggiungimento delle finalità pubbliche. In secondo luogo la strumentalità dei documenti emerge per la tutela di diritti soggettivi o interessi legittimi del cittadino, o ancora, più in generale, per attribuire al cittadino un controllo in relazione al fatto che l'attività amministrativa sia condotta in modo democratico. La terza ed ultima categoria è quella che fa riferimento al valore conoscitivo intrinseco del documento medesimo, cioè la strumentalità non è rivolta ad un fine esterno al documento, interesse pubblico o tutela di diritti o interessi privati, ma è indirizzata al fatto che il documento viene prodotto perché contiene atti o fatti, in generale informazioni che hanno un valore conoscitivo, cioè producono conoscenza con diversi gradi di affidabilità e nei casi di maggior forza queste conoscenze si traducono in certezze. Esempio tipico di un documento di questa categoria è il certificato di nascita: l'atto in oggetto è una certificazione e conferisce il valore di certezza alla circostanza che Tizio è nato in quel giorno in quel determinato luogo. Non sempre è così; è il caso delle valutazioni tecniche condotte in sede istruttoria nelle quali, pur utilizzando l'ausilio di regole tecniche e scientifiche, il risultato finale che scaturisce dai documenti in possesso non dà luogo a risultati certi; altro è il caso degli accertamenti tecnici in cui invece le regole tecniche e scientifiche producono conoscenze talmente affidabili da essere certe, perché certo è il risultato, come accade nel caso classico della verifica del tasso alcolico, per cui esistono parametri scientifici per la sua determinazione senza dubbi sull'esito del risultato.

Se è vero che l'attività amministrativa è essenzialmente basata su un grande protagonista, il documento pubblico, per il quale non esiste una nozione o definizione di tipo oggettivo in quanto si può semplicemente affermare che tale è quello che viene prodotto da un soggetto pubblico<sup>316</sup>, la prepotente affermazione del principio di pubblicità dell'attività amministrativa pone sulla scena la grande questione: come assicurare pubblicità ad atti o fatti trasfusi in documenti pubblici? O, se si preferisce, con quali strumenti e con quali idonee modalità possono essere comunicate le notizie contenute nei documenti pubblici? Perché alla fine, se ci si riflette, tutta la complessa vicenda evolutiva della informatizzazione degli enti può essere semplicemente ridotta al problema di dare idonea comunicazione di notizie, parimenti contenute in documenti amministrativi, con tutte le problematiche relative, da quella della sottoscrizione per individuarne la provenienza e la imputabilità, a quella della conservazione nel tempo e della sua integrità a prova di indebite modificazioni. Per

---

<sup>316</sup> Entriamo in un'altra questione controversa e tormentata, tanto che la dottrina amministrativa ha rinunciato, ormai da tempo, a elaborare una nozione di soggetto pubblico, in particolare di ente pubblico che si caratterizzi per determinati requisiti incontrovertibili e si è limitata a individuare nel tempo una serie di elementi, chiamati indici di pubblicità dell'ente, la cui minore o maggiore presenza fornisce indicazioni sempre più pressanti per indurre a ritenere che si tratta effettivamente di un ente pubblico. Tra questi indici di pubblicità, alcuni più importanti di altri sono il fatto che il carattere pubblico o la natura pubblica dell'attività esercitata siano espressamente previsti dalla legge



comprendere meglio il fenomeno, questo della pubblicità dei documenti pubblici è in effetti un problema già noto; è almeno dalla fine degli anni '80 che vi è sensibilità sul fatto che la trasmissione di documenti debba avvenire in modo che vi sia adeguata pubblicità degli atti o fatti contenuti in essi; ciò che cambia sono solo gli strumenti coinvolti, cioè il fatto che questa trasmissione, per effetto della digitalizzazione, avviene con nuovi mezzi.

Si tratta di individuare nuovi meccanismi che consentano di assicurare, così come è stato fatto con i documenti cartacei, il rispetto dei moderni principi di comunicazione ed informazione pubblica; con un'unica grande differenza rispetto al passato: non cambia certo il grande protagonista dell'attività amministrativa, il documento amministrativo, cambia però la sua conformazione, si assiste ad una sua mutazione genetica, diventa immateriale: nasce il documento informatico<sup>317</sup>; la questione di fondo resta la medesima: dare idonea comunicazione a notizie contenute in documenti.

Se la nuova realtà è quella di dover comunicare atti e fatti che rappresentano il risultato dell'agire amministrativo, poco cambia sotto questo profilo che l'oggetto dell'informazione verso l'esterno siano atti, fatti o, in estensione rispetto alla definizione di documento amministrativo contenuto nell'art. 22, lettera d, della 241/1990, anche dati contenuti in documenti cartacei o informatici. Quel che è veramente necessario è l'esistenza di strumenti idonei, sia di normative adeguate<sup>318</sup> sia di strumenti tecnologici che consentano effettivamente agli enti pubblici di assolvere a questa nuova funzione.

In questa sede, nel tentativo di inseguire una certa completezza espositiva, pare anche opportuno precisare che, da un punto di vista storico, le prime forme di comunicazione organizzata nell'Italia repubblicana sono in realtà molto

---

<sup>317</sup> Per la definizione di documento informatico ci affidiamo all'art. 1, lettera p, del CAD "La rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". Questa definizione crea problemi di non poco conto all'interprete, perché contempla una completa rivisitazione del concetto di materialità, rispetto a un documento cartaceo, tanto che, più correttamente, si preferisce parlare di immaterialità del documento informatico. Infatti, è appena il caso di ricordare che la sequenza digitale può essere riprodotta e memorizzata, più e più volte, su altri supporti, senza che sia apprezzabile la distinzione tra i due documenti, cosa che, tradizionalmente, si può riscontrare tra originale e copia nel mondo cartaceo. E' una scelta peculiare, perché rappresenta un difficoltoso tentativo del legislatore di disciplinare, a monte, il fenomeno informatico con una definizione onnicomprensiva, salvo poi essere costretto a ricondurre alle varie tipologie di documenti informatici, a seconda della sottoscrizione apposta, cioè delle varie tipologie di firme elettroniche, una efficacia diversa e, quindi, essere costretto a operare delle distinzioni sul piano degli effetti. Operazione compiuta, tra l'altro, affidandosi alla tradizionale efficacia riconosciuta ai documenti cartacei, cioè effetti di scrittura privata, scrittura privata autenticata e di atto pubblico e questo porta a ritenere che l'art. 20 del CAD realizzi una sorta di finzione giuridica, perché considera il documento informatico normale atto scritto, quando così non è, e questo soprattutto a causa della immaterialità del documento. Si noti, inoltre, che la definizione di documento informatico contiene anche il riferimento ai dati che, invece, nella definizione di documento amministrativo, contenuta nella legge 241, non trovano alcuno spazio. Che cos'è un dato? Possiamo affermare che il dato è una frazione di un atto o di un fatto, cioè una parte elementare di questi due elementi che tradizionalmente trovano spazio in un documento amministrativo e il riferimento ai dati è possibile solo in questi tempi recenti, perché è il frutto delle moderne tecnologie informatiche che consentono dapprima di isolare e poi di conferire anche un significato al dato. Quindi un dato non è altro che un'informazione, esprime una frazione di un atto o di un fatto.

<sup>318</sup> Per uno studio ragionato di tipo storico e sociologico sull'evoluzione dell'attività di comunicazione pubblica in Italia, si rimanda a P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, Roma-Bari, 2002.

precedenti agli interventi del legislatore in materia; risalgono, infatti, almeno al primo dopoguerra dove avevano carattere eminentemente propagandistico<sup>319</sup>, proseguendo negli anni '70 con un modello di comunicazione di tipo unidirezionale, sino ad entrare negli anni '90 che segnano finalmente l'avvio di un percorso legislativo non certamente concluso, ma che ha come aspirazione finale la compiuta realizzazione di un modello di comunicazione di carattere bidirezionale.<sup>320</sup>

Tuttavia, se da un lato non pare azzardato evidenziare che le prime leggi orientate ai fini dell'informazione e della comunicazione sono profondamente limitate ed anguste perché settoriali, tali possono essere considerate sia la n. 816 del 1985 in tema di stato giuridico degli amministratori locali, che la n. 349 del 1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente, si può invece affermare che il primo intervento di ampio respiro volto ad esaltare sotto più aspetti la funzione di comunicazione e informazione è stata proprio la stessa legge n. 241/1990. Tali sono senz'altro i principi di pubblicità trasparenza e partecipazione ma anche i singoli istituti che di questi parametri ne rappresentano la manifestazione più visibile: dall'accesso alla motivazione, dalla comunicazione di avvio del procedimento al preavviso di rigetto.

Ciononostante, quello che continuava a mancare sino al 2000 era l'esistenza del disegno complessivo, cioè di una legge organica che si occupasse solo di disciplinare in modo esclusivo le attività di informazione e comunicazione. A tale esito il legislatore è giunto solo 10 anni dopo la legge 241/1990, dopo un percorso totale di ben 15 anni, con il punto d'approdo rappresentato dall'emanazione della legge n. 150/2000 e del successivo regolamento attuativo, il Decreto presidenziale n. 442 del 2001.

Vi è da sottolineare che, ormai, si era pronti a questo salto: il contesto normativo, ispirato sicuramente anche da importanti sentenze della Consulta<sup>321</sup>,

---

<sup>319</sup> E' la tesi condivisibile espressa da S. ROLANDO, *La comunicazione pubblica in Italia*, Milano, 1995, che identifica la forma di comunicazione organizzata propagandistica più significativa nell'attività a dimensione propagandistica svolta dai partiti, libere associazioni di cittadini vincolate tuttavia dall'uso del metodo democratico, come si evince nell'art. 49 della Costituzione per partecipare alla vita politica della nazione. E' un caso questo, nel quale si assiste ad una assoluta identità tra l'istituzione partito e il mezzo di comunicazione che ruota intorno ad esso. Quindi, in una prima fase storica, che va dall'immediato dopoguerra all'inizio degli anni '70, si assiste a una perfetta identità tra attore politico e attore amministrativo e, le comunicazioni della istituzione pubblica hanno un'essenza meramente formale, perché il loro unico scopo è quello di fornire, agli occhi del cittadino, un'immagine migliore di coloro che operano all'interno del partito stesso.

<sup>320</sup> Karl Deutsch, politologo statunitense di fama internazionale, si impone come uno fra gli autori che per primi affermano l'importanza della bidirezionalità e della risposta *feedback* nell'economia dei processi comunicativi. Sviluppò tesi, tanto ardite quanto affascinanti, sull'esistenza di connessioni tra l'area della cibernetica e della comunicazione pubblica. A tale proposito, pubblicò nel 1963 *The nerves of the Government*, pubblicato con buon successo di critica nel 1973 anche in Italia, in cui l'autore individua, nello svolgimento di un processo, il paradigma della comunicazione e segnala l'importanza assoluta di un continuo interscambio tra comunicazione e cittadini.

<sup>321</sup> Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364 che tocca il profilo della intollerabilità dell'ignoranza inescusabile sulla legge, ponendo in capo all'amministrazione il dovere espresso di informare i cittadini, in modo da fornire loro gli strumenti indispensabili per comportamenti consapevoli. Ancora più diretta al cuore del cambiamento che stava chiaramente investendo l'amministrazione in quegli anni, è la sentenza n. 348. Infatti tale pronuncia, Corte cost.

sempre protagonista nella storia giuridica italiana quale linea guida del legislatore, era ormai maturo per una legge siffatta. Volendo effettuare una mera contabilità, tutto sommato non fine a se stessa, perché si tratta pur sempre di un segnale di nuove sensibilità emergenti in questo ambito, questa legge 150/2000 è addirittura la sesta<sup>322</sup> varata dal Parlamento in materia di comunicazione e informazione tra il 1990 e il 2000. A completamento del nuovo clima che si respirava, va almeno menzionato un altro testo normativo, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, che pone i principi a cui dovrà essere uniformata l'istituzione dei Servizi Pubblici, almeno per il suo valore paradigmatico di strumento che, tra i primi in assoluto, conferisce estremo rilievo alla comunicazione ed alla informazione, da intendersi come concetti aventi valenza spiccatamente bidirezionale<sup>323</sup>.

Dalla lettura del testo in esame, si ricava subito una preliminare considerazione: la legge 150/2000 è la prima espressamente pensata per disciplinare sia le funzioni di informazione che quelle di comunicazione che, come si evince dall'art. 1, comma I, vengono tenute distinte dal legislatore l'una dall'altra. Come primo approccio, si può rilevare che l'ipotesi di lavoro formulata in primo luogo dal professor Arena, volta a tenere distinte due attività comunque contigue, rispecchia quella che poi è stata la scelta del legislatore. Peraltro, aspetto di maggiore rilievo ai fini di questo lavoro, nella legge vi si trova la

---

11 luglio 1990, n. 348, impone a tutti i soggetti, che hanno competenze di natura politica, l'impiego di mezzi di comunicazione di massa, per spiegare in modo coerente i motivi di determinati comportamenti.

<sup>322</sup> Senza compiere approfondimenti che in questa sede sarebbe troppo lungo e non opportuno compiere, va tuttavia almeno sottolineato che il decennio dal 1990 al 2000 è stato segnato da numerosi interventi parziali, che però forniscono la misura di un interesse crescente del legislatore verso le funzioni di comunicazione e informazione. Addirittura 6 le innovazioni in questi settori che, per completezza espositiva, pare almeno corretto rammentare. Il primo di questi interventi è certamente la stessa legge 241/1990, la quale non fa altro che porre le funzioni di informazione e comunicazione al servizio del diritto di accesso. Dello stesso anno la legge 142/1990 la quale afferma l'esistenza, in capo alle amministrazioni, del diritto-dovere di comunicare, soprattutto verso l'esterno, i contenuti delle loro attività. In seguito, il decreto 29/1993, certamente passato alla storia soprattutto per la contrattualizzazione del pubblico impiego, ha avuto anche il merito, forse trascurato dai posteri, di avere dato il battesimo agli URP, gli uffici di relazione con il pubblico. Ancora, la legge 59/1997 innova, perché lega la comunicazione ai processi di semplificazione amministrativa. Sempre nel solco della semplificazione, vi è la legge 129/1997 che colloca la comunicazione al servizio dello snellimento dell'attività amministrativa. Infine, nel 2000 arriva la legge 150, quale prima normativa organica sui servizi e sulle funzioni di informazione e comunicazione nelle amministrazioni.

<sup>323</sup> La Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri emanata in data 27 gennaio 1994 prevede, in generale, che tutti i soggetti erogatori di servizi pubblici si dovranno impegnare a garantire e specificare i diritti dei cittadini e la qualità dei servizi da essi offerti. Nello specifico, l'art. 1 della Direttiva individua 5 principi fondamentali a cui si dovranno attenere i soggetti erogatori del servizio: 1) uguaglianza; 2) imparzialità; 3) continuità; 4) diritto di scelta; 5) partecipazione del cittadino all'erogazione del servizio e, significativamente, diritto di accesso dell'utente alle informazioni che riguardano il soggetto erogatore del servizio. A questa Direttiva fa seguito il decreto legge 12 maggio 1995, n. 163, convertito poi nella legge 273/95 che ha istituito la Carta dei Servizi pubblici, con cui i soggetti erogatori del servizio si impegnano a garantire determinati standard qualitativi, prevedendo l'obbligo per tutti questi soggetti di dotarsi di proprie Carte dei servizi sulla base di schemi generali di riferimento emanati, per i vari settori, con provvedimenti a carattere normativo del Presidente del Consiglio dei Ministri. Questo strumento non guarda solo ai doveri delle amministrazioni erogatrici ma, e questo è un punto fondamentale, mediante i principi di partecipazione e il diritto di accesso, mira ad un rapporto di comunicazione bidirezionale tra cittadino ed ente, in quanto stabilisce reciproche regole di relazione incentrate, quindi, sulla fondamentale importanza che informazione e comunicazione stavano ormai assumendo nel diritto pubblico.

piena consapevolezza del valore strumentale dell'informazione e della comunicazione ai fini dell' "all'attuazione dei principi che regolano la trasparenza e l'efficacia dell'azione amministrativa". Tra questi principi esiste un legame sinergico, mai prima del 2000 era stato detto con tale chiarezza.

Sorprende, in negativo, il mancato riferimento ad altri principi, quelli di efficienza e di economicità, il primo addirittura di chiara derivazione implicitamente costituzionale quale attuazione del parametro del buon andamento contenuto nell'art. 97, I comma della Costituzione, il secondo, come noto, recepito espressamente dal legislatore ordinario tra i principi generali della legge n. 241 del 1990. Non sfugge il fatto che il parametro regolatore del buon andamento, interpretato estensivamente, si presta certamente a racchiudere tra i suoi molteplici significati anche quello di economicità dell'azione amministrativa e quindi, forse, sarebbe stato più corretto continuare a perseguire la proficua strada del legame finalistico tra informazione e comunicazione e gli ulteriori parametri della efficacia e della economicità dell'azione amministrativa.

Risulta, inoltre, estremamente gravoso, per non dire impossibile, il tentativo di apprezzare, dalla lettura del testo di legge, una distinzione tra le attività classiche di informazione e comunicazione da un lato ed invece quelle che, sulla base di un indistinguibile *quid pluris*, il legislatore definisce nell'art. 2 della legge 150 del 2000, "attività di informazione e comunicazione istituzionale". Se con buona volontà di ricostruzione logico giuridica, si tenta di combinare questa normativa con uno dei sei interventi che si sono occupati della tematica, nella fattispecie con l'art. 1, comma II, del decreto legislativo 29/1993, ebbene, in quella sede vi è una definizione di attività di informazione e comunicazione istituzionale che, significativamente, è identica a quella che il legislatore del 2000 compie a proposito delle attività di informazione e comunicazione nell'art.1, quarto comma, della legge 150/2000. Quale sarebbe la differenza apprezzabile tra le une e le altre? La legge non aiuta a chiarire. Nel tentativo di fare ordine tra le varie tipologie di attività di informazione e comunicazione, possiamo affermare che queste, comprese anche quelle che in più avessero un non meglio identificato carattere istituzionale, si esauriscono in tre grandi tipologie a seconda del loro differente fine: in primo luogo vi è l'informazione ai mezzi di comunicazione di massa attraverso stampa, audiovisivi e strumenti telematici, vi è poi la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti; infine, vi è la comunicazione interna realizzata nell'ambito di ciascun ente.

E' importante notare che la legge n. 150 del 2000, da un lato, sposa l'idea della sussistenza di una distinzione tra informazione e comunicazione ma, sotto un altro punto di vista, sceglie dei criteri di differenziazione diversi da quelli ipotizzati dalla ricostruzione dottrinale riconducibile in primo luogo ad Arena, perché il legislatore non guarda all'elemento separatore rappresentato dalla diversità dello scopo, ma si concentra su due differenti parametri: i destinatari

ed i soggetti che informano. Sotto il punto di vista dei destinatari, la differenza sarebbe apprezzabile rilevando che, mentre l'attività di informazione è indirizzata ai mezzi di comunicazione di massa, la comunicazione sarebbe rivolta ai cittadini o ai dipendenti. Si noti, come corollario ulteriore di questo primo metro di separazione, che la comunicazione si presenta, a questo punto, articolata nelle due differenti tipologie: esterna, se rivolta ai cittadini, ed interna, se indirizzata ai dipendenti.

Dal punto di vista del secondo parametro, quello dei soggetti che informano, il legislatore distingue tra soggetti deputati a comunicare e soggetti idonei ad informare; e così, dal combinato disposto degli artt. 7 e 9, si evince che i portavoce<sup>324</sup> e gli uffici stampa<sup>325</sup> sono coloro che informano e che cioè trasmettono notizie ai mezzi di comunicazione di massa; il compito di svolgere attività di comunicazione interna ed esterna spetta invece a quelle strutture istituite per la prima volta nell'abrogato art. 12<sup>326</sup> del decreto legislativo 29/1993, cioè agli Uffici per le relazioni con il pubblico noti anche come URP. In realtà, dalla lettura dell'art. 6 della legge n. 150/2000, si evince che il legislatore aveva pensato anche alla possibilità di strutture similari agli URP, in quanto la norma parla anche di "sportelli unici della pubblica amministrazione, sportelli funzionali e sportelli per le imprese". Quel che comunque conta rilevare è l'identica funzione: tutti questi organismi, al pari dei portavoce e degli uffici stampa, svolgono attività di informazione.

Come spesso accade, la realtà della pratica ha però poi creato difficoltà, perché la vicinanza concettuale esistente tra informazione e comunicazione ha reso difficile identificare sempre quei casi in cui l'attività di informazione è svolta dai portavoce o dagli uffici stampa per informare i mezzi di comunicazione di massa, da quei casi in cui queste stesse attività vengono svolte dagli URP per le

---

<sup>324</sup> Il portavoce è un organo creato *ex novo* da questa legge; il nucleo essenziale di questa figura è rappresentato dalla istituzione di un rapporto completamente fiduciario con l'organo o soggetto che egli rappresenta. Il suo compito principale è quello di collaborare attivamente ai fini di curare i rapporti politici e istituzionali con gli organi di informazione, al fine di fare comprendere meglio all'esterno i contenuti delle attività dei soggetti che egli rappresenta. Requisito irrinunciabile per avere la qualità di portavoce è l'iscrizione presso l'Albo nazionale dei giornalisti.

<sup>325</sup> L'Ufficio Stampa è un organismo che ha il compito di curare continuativamente i rapporti tra l'istituzione o soggetto a cui essa appartiene e l'ufficio dei media.

<sup>326</sup> La genesi degli Uffici per le relazioni con il pubblico va letta alla luce di qualche considerazione sull'abrogato art. 12 del superato decreto 29/1993. Interessante, in primo luogo, ricordare che, per espressa volontà del legislatore del 1993 esplicitata nell'art. 12, gli URP non nascono improvvisamente, ma hanno lo scopo di "garantire la piena attuazione della legge 7 agosto 1990 n. 241"; infatti, in coerenza con questo obiettivo, sono conseguenti le funzioni di questi uffici elencate ancora nell'art. 12: a) servizi all'utenza per i diritti di partecipazione di cui al capo III della legge 7 agosto 1990 n. 241; b) informazione all'utenza relativa agli atti e allo stato dei procedimenti; 3) ricerca ed analisi finalizzate alla formulazione di proposte alla propria amministrazione sugli aspetti organizzativi e logistici del rapporto con l'utenza. Tra l'altro, la norma nell'affermare che gli URP provvedono a queste funzioni utilizza un'espressione che sembra per nulla casuale, ma rimanda a quell'agire proceduralizzato tipico delle amministrazioni e questo collegamento forte con la legge 241 è evidente anche in base alla lettura dei compiti di questi uffici, rispetto ai quali solo la terza tipologia di attività, quella di ricerca ed analisi, si spinge oltre il mero collegamento con la legge sul procedimento, ma guarda al concetto nuovo, ai tempi del 1993, di un'amministrazione che agisca per obiettivi.

differenti finalità di “servizio”, “innovazione” e “cittadinanza” che la legge 150 del 2000 assegna a queste strutture e questo ostacolo suggerisce ad alcuni interpreti<sup>327</sup> di trascurare la distinzione operata dal legislatore e preferirne invece una che continui a fondarsi sullo scopo perseguito.

Merita poi almeno un cenno l’art. 5 che, secondo la tesi del professor Mario Morcellini<sup>328</sup>, è quella disposizione dalla quale, più di tutte le altre, si può ricavare l’istituzione di almeno due nuove figure professionali: quella del comunicatore pubblico, responsabile delle strategie e delle strutture di comunicazione e quella del tecnico delle relazioni con il pubblico, che eroga l’informazione al *front office* dei servizi destinati all’utenza finale. Così dispone la norma: “ Con regolamento da emanare, ai sensi dell’art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, previa intesa con la conferenza unificata di cui all’art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro sessanta giorni dalla entrata in vigore della presente legge, si provvede all’individuazione dei titoli per l’accesso del personale da utilizzare presso le pubbliche amministrazioni per le attività di informazione e comunicazione...”. Questa disposizione è la più significativa di tutte per sviluppare un’ipotesi di lavoro, cioè quella secondo la quale il legislatore ritiene che colui che svolge attività, in senso lato, di comunicazione e informazione negli enti pubblici, debba essere necessariamente un professionista del settore, tanto che la norma si conclude prevedendo la necessità di corsi di specifica formazione professionale per quei soggetti che svolgono già queste attività all’interno dell’ente: “...Il medesimo regolamento prevede e disciplina altresì gli interventi formativi e di aggiornamento per il personale che già svolge attività di informazione e di comunicazione”. Il legislatore ritiene che, per operare nello scenario di riferimento, sia indispensabile attivare preliminarmente, ed anche nel corso della propria vita professionale, uno specifico percorso formativo.

Lo sguardo attento sulle attività svolte dagli Uffici di relazione con il Pubblico, sembra utile, perché pare fornire un altro spunto di riflessione sul progetto giuridico e sociale che ha in mente il legislatore del 2000, per valorizzare le attività di informazione e comunicazione e quindi, tutto sommato, su quella che pare essere la principale ragione di perplessità di questo disegno.

Sia la nascita delle figure del comunicatore pubblico e del tecnico delle relazioni con il pubblico in qualità di professionisti deputati al solo compito della comunicazione, sia lo sguardo alle funzioni svolte dagli URP e da strutture similari, sono indizi che, complessivamente considerati, inducono tutti alla stessa conclusione: fanno emergere un progetto legislativo fondato sull’idea, forse limitante, che l’assolvimento di queste funzioni di comunicazione e informazione debba essere soprattutto ad appannaggio di uffici o singoli soggetti

---

<sup>327</sup> G. ARENA, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, cit. p. 75.

<sup>328</sup> M. MORCELLINI, *Il cambiamento si fa legge. Chance di implementazione e compiti della formazione*, in *Rivista italiana di comunicazione pubblica*, 2000, V, pp. 148-152.

super specializzati. Sembrerebbe che il pensiero del legislatore sia che il compito di comunicare in modo adeguato l'attività svolta dagli enti pubblici si potesse e dovesse delegare solo a professionisti dell'informazione, a soggetti dotati di specifiche competenze in materia. La prova di questo assunto proviene anche dal fatto che, rispetto alla previgente disciplina degli URP contenuta nel decreto 29/1993, nella legge n. 150/2000 scompaiono gli espressi riferimenti alla legge 241/1990.

Sotto questo punto di vista occorre però necessariamente argomentare: infatti, è difficilmente contestabile, e non si vuole mettere certo in discussione questo punto fermo, che la legge sul procedimento sia, sotto un certo punto di vista, una progenitrice della stessa legge n. 150 del 2000 sulla comunicazione. E' cioè evidente che senza i nuovi principi contenuti nella legge 241/1990, che focalizzano l'attenzione sull'importanza di un rapporto dialogato tra i cittadini e le amministrazioni in sede di formazione dell'attività procedimentale, non ci sarebbe stata nessuna legge deputata a disciplinare espressamente i nuovi principi di informazione e comunicazione.

Quello che colpisce è il nuovo linguaggio del legislatore del 2000, soprattutto con riferimento alla sparizione di quel termine "provvedere" così figlio del procedimento amministrativo. Si rifletta, in particolare, sulla lettura dell'art. 8 della legge 150 del 2000 che elenca le nuove funzioni dell'URP, perché l'attenuato riferimento alla 241/1990 trova conferma nel fatto che solo in piccola parte si effettua un espresso legame con il concetto di funzione amministrativa, in particolare quando la norma parla della necessità di "garantire l'esercizio dei diritti di informazione, di accesso e di partecipazione di cui alla legge 241/1990". Per altro verso, la disposizione in esame provvede ad una completa riorganizzazione dei compiti degli URP guardando ad un ruolo nuovo degli enti pubblici, evidenziandone la funzione sociale ed il ruolo comunicativo ed attenuando, sempre sul piano letterale, non certo della effettività, quella espressamente procedimentale: si parla di agevolare i servizi offerti al cittadino semplificando le informazioni necessarie per accedere ai servizi dell'ente erogatore, promozione di sistemi telematici per erogare le informazioni, ascoltare i cittadini per verificare, mediante le loro opinioni, la qualità del servizio ed infine di coordinamento, sia tra i vari organi che operano all'interno di uno stesso ente, sia verso l'esterno, al fine di offrire un adeguato servizio informativo per erogare informazioni di pubblica utilità in modo efficace.

In definitiva, se da un lato l'attenzione alle funzioni di comunicazione e di informazione pare il segno di un legislatore che intenda concepire le amministrazioni in modo più moderno, valorizzando attraverso le medesime la chiave partecipativa ed attenuando l'idea dei pubblici poteri che calano dall'alto le loro attività procedimentali, si vuole infatti che il cittadino venga ascoltato e fornisca la sua opinione sul livello qualitativo dei servizi offerti dall'ente

erogatore, tuttavia suscita perplessità l'idea che la comunicazione debba esaurirsi in pochi ruoli super specializzati all'interno dell'ente di riferimento.

Pare, infatti, di poter condividere in pieno l'opinione di Arena, quando sottolinea che l'amministrazione moderna non può fare oggi a meno della comunicazione, da intendersi come uno strumento che permea tutta l'amministrazione nel suo complesso e, quindi, sarebbe errato considerare le nuove figure del comunicatore pubblico e del tecnico di relazione con il pubblico, che gli URP, delle isole di sapere specialistico, quello del comunicare, in un contesto di un ente che magari, per ipotesi, sia del tutto indifferente, o peggio, ostile all'idea dell'importanza di fare sapere all'esterno, con logiche di partecipazione, i contenuti delle attività svolte dall'ente e le tipologie e qualità dei servizi offerti. Sotto altro verso, non si può tuttavia negare un aspetto fondamentale che rivitalizza questa scelta, pur con le perplessità segnalate, cioè la particolare posizione organizzativa degli URP, che consente a queste strutture, almeno in parte, di svincolarsi da una diretta dipendenza politica<sup>329</sup> e questo, sicuramente, le renderebbe strutture decisive per promuovere, in modo adeguato, le finalità dell'azione pubblica; il condizionale è tuttavia d'obbligo, perché certa parte della dottrina<sup>330</sup>, osservando il destino della legge 150 del 2000 e rilevando la bassa soglia di attenzione rivolta dal legislatore agli URP, ha rilevato che questo ruolo in potenza decisivo non è stato sfruttato appieno.

Si potrebbe immaginare un ideale percorso parallelo con la sorte che hanno seguito nel tempo le tecnologie informatiche negli enti pubblici: da funzione meramente accessoria e strumentale, di cui erano dotate solo poche amministrazioni centrali negli anni '70, ad un sapere diffuso in modo capillare tra tutti i dipendenti pubblici che, con diversi gradi di professionalità derivanti dai ruoli ricoperti, hanno comunque dovuto acquisire conoscenze informatiche che consentano di instaurare una certa familiarità con queste nuove apparecchiature. Allo stesso modo, si auspica che tutti i singoli dipendenti prendano coscienza dell'importanza della comunicazione pubblica sia sul

---

<sup>329</sup> Sotto questo aspetto, l'indipendenza dal potere politico, non può sfuggire la notevole differenza esistente tra le posizioni di vari soggetti: infatti i portavoce sono chiaramente delle figure caratterizzate dalla instaurazione di un rapporto fiduciario con i vertici politici, come attesta la lettura dell'art. 7 della legge 150/2000. Invece gli URP, sempre in base a quello che sembra potersi ricavare dalla lettura del testo normativo, appaiono svincolati dall'obbligo di sviluppare azioni d'informazione e comunicazione, per così dire, di regime, cioè sfacciatamente favorevoli a un determinato movimento politico e questo, al di là delle legittime perplessità sul rischio di incanalare il peso dell'attività d'informazione dell'ente pubblico in capo ad uno o più organismi super specializzati, accresce sensibilmente il valore di queste strutture quali snodi particolarmente importanti per la promozione della conoscenza di un dato ente. Diverso il discorso sugli uffici stampa, in relazione ai quali la dottrina più moderna non ha ancora raggiunto una posizione univoca. Infatti vi sono alcuni autori, B. G. MATTARELLA, *Informazione amministrativa*, cit., p. 3129, che in mancanza di elementi legislativi decisivi per qualificare gli uffici stampa, quali organi caratterizzati dalla presenza a monte di un rapporto fiduciario, propendono comunque per la tesi della non indipendenza dal potere politico, ma ve ne sono altri, G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2005, p. 242 ss., che tendono invece a ritenere che gli uffici stampa siano strutture con un certo grado di indipendenza.

<sup>330</sup> A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati*, cit. p. 671.



versante interno, per evitarne il monopolio in capo a strutture specialistiche, sia nei rapporti verso l'esterno, per migliorare i rapporti con i cittadini.

Che cosa è accaduto dopo il 2000? Molto sinteticamente, non solo il legislatore è rimasto fermo al 2000, ma la stessa legge 150 ha faticato notevolmente ad imporsi, rimanendo inattuata in molti enti pubblici<sup>331</sup>. Non ha, cioè, innovato in maniera sostanziale l'unica legge italiana mai emanata in modo organico ed esclusivo sul tema della comunicazione pubblica e non ha tenuto conto del notevole cambiamento che le nuove tecnologie hanno portato in seno all'amministrazione italiana, con una doppia responsabilità da rilevare con rammarico. Egli non ha, infatti, proseguito nella via, seppur discutibile, della valorizzazione delle figure super specializzate, che avrebbe però allora richiesto continui aggiornamenti sul corpo originario delle figure professionali della comunicazione introdotte nel 2000. Non si può negare che la diffusione consistente degli strumenti telematici nelle amministrazioni abbia cambiato fortemente il quadro negli ultimi 12 anni: infatti, nel frattempo sono nate altre figure professionali, da quella del *web content manager*<sup>332</sup>, a quella del *community manager*<sup>333</sup>, a quella del *digital strategic planner*<sup>334</sup>, senza trascurare il fatto che, ormai, gli uffici stampa degli enti pubblici dovrebbero poter annoverare giornalisti con competenze professionali interamente digitali, in modo da sfruttare la potenza dei mezzi multimediali per raggiungere i cittadini a costo zero, o quasi. Da un altro punto di vista, rimanendo immobile nelle sue posizioni, sembra continuare ad avvalorare quell'idea che, con gli occhi del 2012, è certamente divenuta assai desueta, secondo cui l'informazione e la comunicazione debbano continuare ad essere saperi specialistici. Se si può anche accettare l'idea che in un ente vi siano dei soggetti che hanno una

---

<sup>331</sup> Il grado di trascuratezza di questo intervento normativo trova conferma nel fatto che l'ultimo monitoraggio generale finalizzato a verificare lo stato di attuazione della 150/2000 risale addirittura al 2003; sembra quasi di essere davanti ad una disciplina in stato di abbandono. Ebbene, nel 2003, l'Associazione italiana della comunicazione pubblica e istituzionale, l'ente più importante di tutti tra quelli che si occupano di comunicazione pubblica in Italia, la cui attività è consultabile alla voce *on-line* [www.compubblica.it](http://www.compubblica.it), in collaborazione con il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, compiono uno studio da cui risulta che gli investimenti in comunicazione da parte degli enti erano in lenta, ma costante, crescita con i maggiori investimenti effettuati da parte degli enti centrali dello Stato.

<sup>332</sup> Il *web content manager* ha competenze di base tecniche e di *marketing*, oltre che di scrittura per il *web*. Dovrebbe essere individuato in chi gestisce il portale telematico, cioè in quel soggetto a cui affidare il delicato compito di pubblicare i dati ma, ad oggi, sono pochissime le amministrazioni che hanno un soggetto responsabile di pubblicare i dati e quindi competente di queste problematiche tecniche. Altro discorso differente è quello della scelta dei dati da pubblicare e non si può certo pensare che questa possa avvenire sulla base di valutazioni autonome di questo individuo anche se, come vedremo, sembra che il modello scelto dal legislatore del 2005 risolva questa questione optando per il modello dello spazio aperto. L'ente è *on-line* come una pubblica piazza e dunque qualsiasi sua notizia è potenzialmente divulgabile all'esterno, come in un luogo aperto al pubblico.

<sup>333</sup> Il *community manager* dovrebbe essere una figura professionale competente sul profilo giuridico inerente le leggi sul diritto d'autore, ammesso che lo stesso diritto d'autore riesca a ritagliarsi nuovi spazi dopo la rivoluzione telematica, il che è tutto da dimostrare; ma è anche competente nel linguaggio del *web* e deputato a gestire pagine *social* del portale dell'ente; la sua collocazione fisica non potrebbe che essere all'interno dell'URP.

<sup>334</sup> Per *digital strategic planner* si intende un soggetto di raccordo, cioè il coordinatore di tutta l'attività *on-line* dell'ente, in modo che possa essere garantita la fruizione corretta da parte dei cittadini. Tutte le attività di comunicazione in rete dovrebbero essere organizzate sotto la sua diretta responsabilità.

preparazione maggiore in questo campo, ciò che è senz'altro da rigettare è l'assunto, che potrebbe essere definitivamente messo in soffitta proprio grazie ad un rinnovamento giuridico e filosofico di questa legge, secondo il quale l'informazione e la comunicazione sono strumenti che, in quanto confinati in pochi ruoli specifici, non necessitano di un certo grado di conoscenza e di consapevolezza, del ruolo fondamentale che esse svolgono, presso tutti i dipendenti pubblici.

### ***8. Il Codice dell'amministrazione digitale: la digitalizzazione degli enti pubblici diventa cogente e permanente***

La coerenza sistematica dei numerosi interventi legislativi che enfatizzano l'importanza della trasparenza quale modo nuovo di essere dell'amministrazione, così come sembrerebbe dal tenore letterale della riforma del 2005, innestata sulla 241/1990, per porla quale principio generale dell'azione amministrativa proprio nel momento in cui ne riduce lo spazio di operatività, complicando l'esercizio di quello che, sino a quel momento, era stato il principale strumento, cioè il diritto di accesso, non può cogliersi, se non guardando altrove. Solo volgendo l'attenzione verso fonti differenti dalla legge sul procedimento, si può sperare di ricondurre questa affermazione di principio ad un qualcosa di più solido, rispetto ad una vuota dichiarazione di manifesto. Come coniugare allora la legge n. 15 del 2005, che fa della trasparenza un obiettivo centrale dell'azione amministrativa, con la disciplina contenuta nella medesima legge e nel successivo decreto attuativo, il DPR 184 del 2006, che sembrano, invece, suggerire l'idea di un'amministrazione quale casa dai vetri oscurati?

Ed ancora, come regolarsi nel tentativo di cercare di ricondurre le linee legislative ad un disegno unitario, tenendo conto della legge 150/2000 che sembrerebbe anch'essa, a leggerne l'art. 1, diretta ad assicurare l'efficacia, ma anche e soprattutto la trasparenza dell'azione amministrativa? E come spiegare anche il successivo intervento del 2009, quello che prende il nome di riforma Brunetta, dal nome dell'ex ministro proponente, sia attraverso la legge n. 15 che attraverso il successivo decreto legislativo n. 150 del 2009, ed ancora, e soprattutto, con la successiva legge n. 160 del 2009, che prende il significativo nome di Operazione trasparenza, nel momento in cui si assiste alla massima crisi del diritto di accesso?

Pur con tutte le contraddizioni e le incertezze del caso, l'unica via è allontanarsi dalla legge sul procedimento e indirizzare l'attenzione verso un nuovo strumento ed istituti diversi che disegnano rinnovate dinamiche di conoscibilità, quelle contenute nel decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, il Codice dell'amministrazione digitale<sup>335</sup> che, entrato poi in vigore il primo gennaio 2006,

---

<sup>335</sup> Secondo gli studi compiuti da professor Duni, l'espressione amministrazione digitale assume in Italia importanza giuridica rilevante, proprio a seguito del nome prescelto dal Governo per detto codice: G. DUNI,

sembra configurare, in prima approssimazione, almeno due nuovi strumenti volti al fine della trasparenza: la disponibilità di informazioni e l'accessibilità dei servizi informativi *on-line*. La tecnica legislativa seguita non è affatto nuova, riassumibile nella scelta della emanazione, ancora una volta, di un codice di settore<sup>336</sup> che modifica e precisa una parte dell'impianto normativo che, a partire dagli anni '90, si è avuto in tema di informatizzazione.

Tuttavia, alcuni aspetti che il CAD avrebbe potuto e dovuto disciplinare vengono completamente ignorati, a partire dalla decisiva questione dell'eliminazione del *digital divide*<sup>337</sup>, senza trascurare il fatto che la stessa compiuta realizzazione di un progetto nazionale telematico richiederebbe anche attenzione al profilo del raccordo tra enti centrali e locali, in particolare quelli regionali; ma, anche su questo versante, il codice si rivela inappagante, limitandosi sostanzialmente, da un lato ad incorporare quel Sistema Pubblico di Connettività<sup>338</sup> che dovrebbe essere l'architettura informatica in cui tutte le amministrazioni si scambiano vicendevolmente dati utili, da un altro canto ad introdurre istituti che dovrebbero contribuire a costruire un sistema informativo a carattere informatico che presenti il requisito della unitarietà. E' il caso delle discipline previste per i "dati territoriali", per la "base di dati di interesse nazionale" e, soprattutto, per "l'indice nazionale delle anagrafi".

La genesi del codice risiede nell'art. 10, comma 1, della legge n. 229 del 2003 che, a sua volta, rappresenta nient'altro che un'attuazione della legge di semplificazione del 2001 che ha delegato il Governo a predisporre il riassetto della disciplina in "materia di società dell'informazione". Si noti che il legislatore ha atteso l'ultimo momento per l'approvazione del codice, quasi in concomitanza con lo scadere della delega<sup>339</sup>. Il contenuto della delega è in realtà molto più ampio dei confini del Codice dell'amministrazione digitale, in quanto

---

*Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2007, p. 14. Tra le fonti di commento al CAD si consigliano, in particolare la consultazione di AAVV., *Codice dell'amministrazione digitale*, a cura di Carloni, Rimini, 2005, ed ancora, AA.VV., *Codice dell'amministrazione digitale*, Roma 2008.

<sup>336</sup> Per avere un quadro relativo alla problematica dei codici di settore, si consiglia la lettura di N. IRTI, <<Codici di settore>>: *compimento della <<decodificazione>>*, in *Dir. e Soc.*, p. 131 ss; secondo la tesi espressa da Irti, i codici di settore e quindi anche il CAD, non sarebbero leggi speciali perché, per esserlo, non dovrebbero presupporre altre norme, ma contenere essenzialmente leggi specializzate la cui emanazione si impone per tenere testa alla continua evoluzione dell'assetto economico-sociale.

<sup>337</sup> Sul complesso percorso che ha portato alla emanazione del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, si consiglia la lettura di M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007, in cui lamenta l'eccessivo uso di affermazioni manifesto, non accompagnate da norme precettive che consentano di attuare il grande numero di principi che esso contiene.

<sup>338</sup> F. MARTINI, *Il sistema informativo pubblico*, Torino, 2006, p. 217 ss.; il testo in esame approfondisce le problematiche relative al progetto di creare una rete federale, volta a collegare tutte le amministrazioni e gli enti pubblici e anche tutte le reti operative nelle Regioni italiane.

<sup>339</sup> La delega contenuta nella legge n. 229 del 2003 aveva una durata di 18 mesi e scadeva il 7 marzo del 2005: ebbene, il legislatore ha emanato il CAD il 5 marzo del 2005, appena due giorni prima della scadenza! Forse è questa la vera ragione dell'entrata in vigore posticipata al 1 gennaio 2006, cioè la consapevolezza di avere legiferato solo negli ultimi istanti utili, cogliendo tutti di sorpresa, e poi il fatto di avere esercitato la delega in modo frazionato, con l'istituzione del Sistema Pubblico di Connettività pochi giorni prima dell'emanazione dello stesso CAD, suscitando in questo modo un senso di comprensibile smarrimento presso l'interprete, costretto a tenere conto di una pluralità di fonti sulla materia.

è relativo all'adozione di un complesso variegato di provvedimenti che avevano come scopo comune quello di favorire l'adozione e lo sviluppo delle tecnologie informatiche nella società, a diretto beneficio dei cittadini e delle imprese, con l'obiettivo ultimo di farne un elemento determinante per avviare una nuova stagione di rapporti all'insegna della semplificazione.

La delega non è stata, però, esercitata in modo organico e questo è ben visibile dall'osservazione del quadro delle fonti. Infatti, contemporaneamente al CAD, è stato emanato il decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, istitutivo del Sistema Pubblico di Connettività, e questo ha reso da subito l'intervento disarticolato; infatti è stato necessario attendere, in un secondo tempo, l'emanazione del decreto legislativo correttivo 4 aprile 2006, n. 59, che ha tardivamente innestato la disciplina del SPC all'interno del CAD, abrogando finalmente il decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42. Non è tutto: si è rivelata quanto mai difficile anche la convivenza con il Testo Unico sulla documentazione amministrativa, cioè il Decreto Presidenziale n. 445 del 2000, tutt'ora in vigore seppur, ad essere sinceri, da avventuroso sopravvissuto, lacerato dall'abrogazione di molte norme, anch'esse confluite nel CAD.

Infine, il sistema ha dovuto sopportare anche la contemporanea vigenza di normative settoriali su tematiche che, ancora una volta, sarebbero potute e dovute confluire nel CAD. E' il caso, ad esempio, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, che ha disciplinato, per la prima volta, l'istituto della Posta Elettronica Certificata (PEC), poi modificata più volte con normative che, ancora oggi, camminano per conto loro; questo è il caso della legge 28 gennaio 2009, n. 2, relativa a tanti profili, tra i quali merita attenzione l'obbligo fatto a professionisti iscritti ad albi di comunicare, a decorrere di un anno dalla legge stessa, ai rispettivi ordini o collegi, il proprio indirizzo di posta elettronica certificata; oppure, di particolare rilievo, l'obbligo per le amministrazioni di comunicare, parimenti, indirizzo di PEC per ciascun registro di protocollo. Sembra poter affermare che la richiesta formulata dal Consiglio di Stato<sup>340</sup> di avere a disposizione un testo completo e leggibile, sia stata disattesa.

Nonostante tutti questi rilievi, vi è un punto fermo che è indispensabile mettere in luce, quello che emerge espressamente dall'art. 12, comma I, del CAD, così

---

<sup>340</sup> Un commento generale sul parere del Consiglio di Stato in merito all'emanazione del CAD si può trovare alla voce *on-line*: [www.giurdanella.it](http://www.giurdanella.it), in cui l'autore va a ritroso e ricorda che la Suprema magistratura amministrativa aveva già espresso in altre occasioni parere favorevole, sia ad un intervento, ma anche a un complessivo riordino della materia dell'informatica nelle pubbliche amministrazioni. E' il caso, soprattutto, dell'adunanza del 30 agosto 2004, parere 7904/04, in cui il Consiglio di Stato, ricordando che il legislatore aveva già in passato peccato di disorganicità, perché si era limitato alla mera sostituzione della RUPA con il SPC, affronta per la prima volta il tema del Codice dell'amministrazione digitale, esprimendo un parere sullo schema di decreto legislativo che il Governo si apprestava a licenziare di lì a pochi giorni e sottolinea che un compiuto esercizio di delega, di quanto previsto nell'art. 10 della legge n. 229 del 2003, può esservi solo se l'emanazione del CAD avviene con un contestuale rinnovo di tutta la materia. Dello stesso tenore infatti altri due pareri, il 6786/04 e il 7903/04, rispettivamente sull'indice nazionale delle anagrafi e su disposizioni inerenti l'utilizzo della posta elettronica certificata.

come modificato dall'art. 9, comma I del decreto legislativo 30 dicembre 2010, n. 235, in base al quale le amministrazioni “utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese, di cui al capo I, sezione II, del presente decreto”. Questa norma di principio, secondo l'impostazione di professor Carloni<sup>341</sup>, è di notevole importanza perché riconduce, nel suo scarno contenuto, tutto il sistema a coerenza: si precisa infatti che le opportunità offerte dalle nuove tecnologie non devono avere altro scopo che la realizzazione di tutti gli obiettivi generali dell'azione amministrativa e, tra questi prospetti rientra, a pieno titolo, la trasparenza. Si torna quindi ad effettuare un collegamento che, già insito nell'attuale legge sul procedimento, almeno a livello di affermazioni di principio, individua la trasparenza tra gli obiettivi di qualsiasi attività di un ente pubblico; l'unica novità è il vincolo di avvalersi di tecnologie telematiche ed informatiche per raggiungerla. La norma, infatti, utilizza il termine “obiettivi”, ma in realtà siamo dinnanzi ad altrettanti principi, quali sono quelli contenuti nell'art. 1 della legge 241<sup>342</sup>, con l'unica eccezione del mancato riferimento nell'art 12 al principio di efficienza che pare abbastanza comprensibile, perché se la 242 pone principi inerenti l'attività, cioè rivolti al profilo squisitamente operativo, l'art. 12 pone una norma più di carattere organizzatorio.

Un altro aspetto di importanza fondamentale contenuto nella norma è quello, per così dire, della proiezione organizzatoria, nel senso che l'art. 12 del CAD proietta sull'organizzazione quello che l'art. 1 della 241 pone sul piano dei principi: “nell'organizzare autonomamente la propria attività” è l'*incipit* della disposizione, le amministrazioni fanno uso delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione. Il salto di qualità è ormai compiuto: esse non riguardano più questo o quel settore, ma acquistano valenza generale, le ICT diventano un modo di essere di tutta l'amministrazione<sup>343</sup>.

Tuttavia, la piena comprensione della portata dell'art. 12 si coglie effettuandone una lettura sinergica con l'art. 15, perché la norma consente di superare definitivamente quell'idea in auge almeno dagli anni '70, sino all'inizio del

---

<sup>341</sup> AAVV, Codice dell'amministrazione digitale, cit., p. 135 ss..

<sup>342</sup> L'art. 1 comma 1, della 241 dispone testualmente, in notevole assonanza con l'art. 12 del CAD che: “L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”.

<sup>343</sup> Un altro aspetto di interesse notevole è la scelta terminologica del legislatore con riguardo al Codice e, in particolare, l'utilizzo del singolare anziché del plurale, cioè la dicitura usata è Codice dell'amministrazione digitale e non delle amministrazioni digitali, per il semplice fatto che si vuole cogliere nelle tecnologie digitali un elemento nuovo unificante, un profilo che deve riguardare l'amministrazione come un blocco unitario, rifuggendo da qualsiasi deriva pluralista, anche sul piano lessicale; perché è vero che la Costituzione dal 2001 esalta il pluralismo amministrativo, ma è anche vero che, dal punto di vista dell'ingresso delle nuove tecnologie, è più importante uno sforzo unificante, in modo che queste penetrino nel modo più uniforme possibile in tutta l'amministrazione, da qui questa voluta scelta terminologica.

nuovo millennio, secondo la quale l'organizzazione degli apparati pubblici era considerata elemento estrinseco rispetto al processo di informatizzazione e non una delle sue componenti. Infatti, non a caso, l'art. 15 sottolinea che la "riorganizzazione strutturale e gestionale delle pubbliche amministrazioni" passa proprio attraverso "il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione". Questo significa che sono proprio le nuove tecnologie ad essere il fattore di impulso, che contribuiscono in modo determinante al rinnovo dell'amministrazione. In pratica, dalla sola lettura dell'art. 12 non era possibile cogliere pienamente a che livello queste nuove opportunità dovessero operare in seno agli enti pubblici, con l'art. 15 si può apprezzare il fatto che la profondità è la più elevata possibile, cioè sono elemento determinante di una nuova organizzazione degli enti. Il primo ente che aveva avuto questa visione dinamica del valore degli strumenti informatici era stato l'AIPA, oggi DigitPA, fin dalla sua istituzione nel 1993, ma i tempi non erano ancora maturi e, vi era comunque una normativa incauta perché, in ossequio al principio dell'autonomia organizzativa, gli enti pubblici erano liberi di scegliere tempi e modi attraverso cui effettuare questo passaggio.

Con il CAD cambia tutto: il legislatore del 2005, constatato il fallimento di politiche affidate a libere manifestazioni di volontà degli enti, ha parzialmente contraddetto l'art. 12, che sembra ispirato al principio di autonomia organizzativa, per disporre che la riorganizzazione delle amministrazioni, tramite le tecnologie informatiche, debba avvenire in modo vincolante, viene imposta dall'alto. In questo senso, nonostante l'art. 15 non utilizzi incautamente i termini "imposizione" od "obbligo", si deve ritenere che la norma abbia un valore cogente e non certo di mera disposizione di principio, quantomeno dal punto di vista degli interventi in materia del legislatore statale.

Le amministrazioni non possono scegliere, sono obbligate a dotarsi delle nuove tecnologie di informazione e comunicazione. Infine, dall'art. 15 si può ricavare l'esistenza di un continuo stato d'allerta per le amministrazioni, quella che il professor Carloni definisce in modo felice "tensione permanente"<sup>344</sup>, nel senso che non possono certo ritenere che la loro missione possa dirsi esaurita con un singolo intervento di innovazione e aggiornamento. Questo per il semplice fatto che si tratta di tecnologie volatili, soggette a cambiamento ed innovazione continua e, pertanto, gli enti pubblici dovranno avere cura, per quanto possibile, di seguire questo processo di rinnovamento, dotandosi periodicamente di nuove tecnologie che siano aggiornate con i tempi.

---

<sup>344</sup> AA.VV., Codice dell'amministrazione digitale, cit., pag. 139.

## 9. Il nuovo modello di trasparenza emergente dal CAD

Nel momento in cui si prende consapevolezza del fatto che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono fattore imposto e scatenante della riorganizzazione degli enti pubblici, è evidente che questi nuovi strumenti hanno anche la capacità di imporre un modello di trasparenza alternativo rispetto a quello consueto, fondato *in primis* sui vari diritti di accesso<sup>345</sup>, ma anche sull'obbligo della motivazione<sup>346</sup> e, più in generale, su tutti quegli istituti che fanno riferimento al principio di partecipazione<sup>347</sup>. Questo nuovo paradigma ha la caratteristica di presentare, grazie all'utilizzo di Internet, le amministrazioni pubbliche come un insieme unico e integrato di informazioni e servizi. E' proprio grazie alla telematica, che consente di fare incontrare sul *web* tutti gli enti pubblici, che nasce, per la prima volta nella storia delle amministrazioni, la possibilità di effettuare una visione d'insieme degli enti, prima impossibile.

Fatta questa premessa, e superati i problemi di provenienza ed identificazione dei dati contenuti nel documento informatico con le garanzie provenienti dalla firma digitale, quello che va nascendo sul piano della trasparenza è un modello in cui l'elemento centrale è la disponibilità con l'accessibilità; almeno potenzialmente, qualsiasi informazione può essere resa disponibile a chiunque.

Questo profilo di disponibilità raggiunge, come sottolinea professor Venturini<sup>348</sup>, il suo massimo grado di esaltazione, in quanto Internet, non solo assicura l'accessibilità di tutte le informazioni pubbliche in tutte le forme possibili, ma sostituisce direttamente le pubblicazioni ufficiali cartacee per avere pieno valore giuridico in un rapporto di reciproca convenienza, in quanto è vero che Internet è uno strumento capace di cambiare la comunicazione pubblica in

---

<sup>345</sup> Questa è l'impostazione di Occhiena, M. OCCHIENA, *accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., pag. 57 ss., secondo il quale non esiste un diritto di accesso unitario, ma esso si può articolare almeno in tre distinte tipologie: un accesso endoprocedimentale, ricavabile dalla lettura dell'art. 10 della legge 241, quello classico esoprocedimentale che si esplica sul documento finale statuito dagli artt. 22 e seguenti della stessa legge ed inoltre quello ai propri dati personali previsto dalla legge sul procedimento e richiamato anche dalla normativa sulla *privacy*. In realtà, l'autore forse esagera nel frazionamento, perché articola ulteriormente l'accesso, distinguendo tra dati personali comuni, dati sensibili e giudiziari e dati supersensibili; ma quello che importa in questa sede è sottolineare che, in effetti, non esiste un solo diritto di accesso, perché l'istituto è molto variegato e composito.

<sup>346</sup> A tale proposito, è molto importante rilevare taluni approdi giurisprudenziali, soprattutto Cons. St., 8 febbraio 2007, n. 522, in cui la suprema magistratura amministrativa decreta di fatto la crisi della motivazione quale strumento di trasparenza nel procedimento amministrativo, nel momento in cui si assiste ad affermazioni giurisprudenziali che depotenziano la valenza della motivazione e, di fatto, legittimano quegli atteggiamenti fortemente criticabili di talune amministrazioni che sono giunte, addirittura, a fornire la motivazione del procedimento direttamente in sede giurisdizionale, obbligando il cittadino ad esborsi di tempo e denaro per comprendere le ragioni di fatto e l'iter logico-giuridico seguito dall'ente pubblico, nell'emanazione del provvedimento finale. Per affrontare questo delicato profilo, si consiglia, su tutti, B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, VI, 2007, p. 617 ss..

<sup>347</sup> Sia la dottrina che la giurisprudenza lasciano tracce di un collegamento tra la partecipazione e il principio di trasparenza: si veda in proposito G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, cit. p. 206 ss., ma anche Cons. St., 15 marzo 2007 n. 1258.

<sup>348</sup> F. VENTURINI, *Conoscibilità, disponibilità e ruolo di Internet*, in *Documenti e dati pubblici sul web*, a cura di Cavaleri e Venturini, Bologna, 2004, pp. 17-84.

meglio e di superare potenzialmente molti ostacoli dell'era cartacea ma, d'altra parte, non si può certo negare che avere a disposizione informazioni pubbliche di contenuti elevati è un aspetto che può migliorare la stessa qualità della rete stessa.

D'altra parte, qualora si volesse cercare di ricostruire il nuovo modello di trasparenza amministrativa emergente dal CAD, non si potrebbe che partire sottolineando che, uno dei tre grandi aspetti che la caratterizzano, è proprio quello della disseminazione di informazioni, per lo più gratuite, attraverso la rete Internet, cioè la pubblicazione nel sito ufficiale dell'ente pubblico di tutta una serie di notizie che lo riguardano e le norme chiave esplicative di questo primo principio sono costituite, come verificheremo, dagli artt. 53-54 del Codice dell'amministrazione digitale.

Prima, però, occorre riflettere sul concetto di notizia e risulta intuitivo che la sua fruizione, godimento, diremmo, nel momento in cui la si considera un bene, è senz'altro costituita dalla conoscibilità della medesima, dunque la divulgazione onde apprenderne il contenuto; tuttavia, occorre riflettere sul fatto che la pubblicazione di notizie in forma gratuita potrebbe stupire, se non si sottolinea la diversità del bene informazione, rispetto agli altri beni.

Siamo in un ambito in cui i costi di produzione incidono sul prezzo, assai meno di quanto pesino sia sui servizi che sui beni materiali, in quanto il prezzo dei beni, aventi ad oggetto informazioni, dipende in misura determinante dalla disponibilità dell'utente a pagare il bene notizia. Questo è un aspetto peculiare del bene informazione, certo è vero che la disponibilità a pagare un prezzo ha una sua valenza per qualsiasi bene, ma nel bene informazione è una prerogativa ancora più forte. Da ciò si desume anche un fatto conseguente: se il cittadino fruitore dell'informazione non è disposto a pagare per la notizia proveniente dall'ente pubblico, che potrebbe pure essergli utile, non è automaticamente ipotizzabile un modello di disponibilità delle informazioni attraverso Internet che, solo per ipotesi, fosse fondato, integralmente o soprattutto, sull'onerosità delle medesime. Infatti, la stessa idea di fare di Internet l'epicentro della nuova trasparenza amministrativa perderebbe, a questo punto, di significato, sarebbe concretamente irrealizzabile per mancanza di utilizzatori, quegli stessi cittadini utenti che vogliono accedere a quelle notizie, solo gratuitamente. Questo semplice rilievo spiega, però, solo in parte l'apparente stranezza per cui l'informazione, diversamente da altri, sia spesso un bene a costo zero.

Altre ragioni della gratuità delle informazioni disseminate tramite Internet sono da ricercare in altre peculiarità proprie, solo di questo bene: in primo luogo, quella relativa ai costi di produzione, elevati solo per la prima copia, ma che tendono ad azzerarsi per quelle successive identiche alla prima; inoltre va rilevato il profilo *sui generis* dell'utilizzo in quanto, al contrario dei beni



materiali, in questo caso, se uno o più soggetti utilizzano il bene, rimangono identiche le possibilità di utilizzo da parte di altri soggetti.

Non si può negare tuttavia, facendo un'osservazione di segno contrastante con la gratuità del bene informazione che, in alcuni casi, talune di queste notizie sono talmente importanti, che il loro valore aggiunto non è rappresentato tanto dal costo di produzione, ma dal valore intrinseco consistente nel detenerla in esclusiva; questo aspetto ne determina, per corollario, un altro: è altamente sconsigliabile la divulgazione di talune notizie all'esterno.

Proseguendo nella individuazione degli elementi distintivi del bene informazione, va osservato che gli stessi enti potrebbero avere, comunque, vari profili di convenienza nel divulgare una certa notizia: il primo e più evidente è senz'altro rappresentato dallo scopo promozionale, dunque l'assicurare una buona immagine al soggetto che la diffonde. Un altro motivo è quello di adescamento, nel senso che si mette a disposizione dell'utente un buon numero di informazioni gratuite perché, a loro volta, sono legate ad altre che sono consultabili solo a pagamento e quindi si utilizzano le prime come cavallo di Troia, per indurre il cittadino utente ad abbonarsi, in un secondo momento, ai servizi a pagamento.

Infine, una ragione più generale, è quella legata al *lock in*, cioè la transizione da una tecnologia all'altra: in pratica, si offrono al potenziale utilizzatore copie di nuovi programmi informatici con cui disporre temporaneamente di servizi gratuiti, nella speranza di indurlo ad acquistare il nuovo materiale *software* indispensabile per continuare ad usufruire di queste notizie e questo è un aspetto che postula in radice l'esistenza di rapporti commerciali, con reciproci benefici, tra l'ente ed una azienda informatica.

Va comunque, in questa sede, evidenziato che questa scelta di ampliare l'area della conoscibilità sfruttando la rete Internet non è una novità assoluta; l'idea delle reti, cioè di una infrastruttura generale di contatto, è stata in effetti anticipata dalla stessa legge 150/2000 in quanto, nella "Direttiva sulle attività di comunicazione delle pubbliche amministrazioni" emanata nel 2002, si affermava espressamente nel punto 4 che gli URP dovevano avere, tra gli altri compiti, quello di istituire delle reti civiche, da intendersi come strumenti che consentissero ai cittadini di conoscere meglio i servizi che le amministrazioni erano in grado di fornire. In altre parole, l'URP conferiva nuova visibilità ai servizi pubblici per i cittadini, mediante l'istituzione e la gestione delle reti civiche; nel codice, però, questo principio giunge a pieno compimento, anche perché il decorso del tempo, consentendo il potenziamento delle autostrade informatiche, assicura la riuscita di questa opzione nella nuova sede dello spazio cibernetico.

Per tornare al diritto positivo, il solo da cui si può partire per sviluppare una tesi, si rilevava prima che le norme chiave che realizzano concretamente il modello

di trasparenza del CAD sono gli artt. 53-54 del Codice dell'amministrazione digitale, che sono fondamentali per comprendere quale modello di trasparenza emerga da questa nuova fonte normativa e per verificare, se ed in che termini, dalle norme emerga questa scelta di pubblicazione delle informazioni relative all'ente attraverso la rete Internet. L'interesse del legislatore del Codice dell'amministrazione digitale per la trasparenza amministrativa viene, in effetti, affermato in maniera generale già nell'art. 12 in cui si afferma, tra l'altro, che le amministrazioni si avvalgono delle tecnologie informatiche anche per la realizzazione degli obiettivi di trasparenza, tuttavia solo le due norme richiamate concretizzano tale configurazione, consentendo di superare l'enunciazione di principio dell'art. 12.

In particolare l'art. 53, prevedendo che le pubbliche amministrazioni realizzano siti istituzionali su reti telematiche, rispettando ben 10 parametri, accessibilità, elevata usabilità, interoperabilità, completezza, informazione, chiarezza di linguaggio, reperibilità, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità ed omogeneità, contiene quello che la dottrina<sup>349</sup> ha definito il decalogo della trasparenza *on-line* dei siti della pubblica amministrazione anche se, come spesso accade, il significato da conferire a taluni di questi principi ha sollevato dubbi, in particolare quello dell'accessibilità<sup>350</sup>; tuttavia, se si sceglie una più convincente interpretazione evolutiva che porta a ritenere che per accessibilità non debbano intendersi servizi meramente assistenziali per i disabili o, più in generale, per tutti coloro che a vario titolo soffrono di divario digitale, ma si

---

<sup>349</sup> E. MENICHETTI, *Il decalogo della trasparenza on-line*, in *Codice dell'amministrazione digitale*, cit., p. 314 ss.

<sup>350</sup> La già citata Circolare del 13 marzo 2001, occupandosi del significato di accessibilità, con particolare riferimento a tutte le cautele dovute per garantire l'accesso, ai siti istituzionali delle amministrazioni, anche ai soggetti affetti da disabilità mentali e sensoriali, affermava che l'accessibilità era la "possibilità di lettura delle pagine, orientamento e navigazione all'interno di un sito, di interazione con le procedure che prevedono scelte, immissione di dati, attivazione di collegamenti ipertestuali, scaricamento di documenti ed altro". Questa fonte, però, prevede un'accezione di accessibilità diversa da quella contenuta nella legge 9 gennaio 2004, n.4 contenente "Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici", che invece intende per accessibilità "la capacità dei sistemi informatici, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di erogare servizi e fornire informazioni fruibili, senza discriminazioni, anche da parte di coloro che, a causa di disabilità, necessitano di tecnologie assistite o configurazioni particolari". La legge del 2004 precisa anche che la nozione di accessibilità, ivi contenuta, ha valore solo all'interno di quella legge e quindi si pone il problema di capire cosa si intenda per accessibilità ai fini del Codice dell'amministrazione digitale. Dalla lettura e dal confronto delle due fonti, del 2001 e del 2004, con il significato di accessibilità che invece voleva usare il legislatore del 2005 nel CAD, risulta abbastanza evidente che la portata di questo principio sia più ampia nel CAD, perché non deve intendersi come limitata a mere misure propulsive, volte a combattere il divario digitale di cui potrebbero soffrire in misura maggiore i soggetti disabili rispetto ad altri, ma sembra più corretto ritenere che questo dell'evitare il divario digitale sia solo il contenuto minimo dell'accezione di accessibilità contenuta nel Codice, ma sembra di poter cogliere da questo principio l'esistenza di un principio generale all'informazione inerente i documenti informatici. Questa tesi, propugnata da professor Carloni, ha il suo supporto normativo nella stessa legge n. 4 del 9 gennaio 2004, art. 2, comma 1, lettera a che, nel definire l'accessibilità come la capacità dei sistemi informatici di erogare informazioni anche ai disabili, nell'utilizzare quell'anche, fa intuire che, già nel 2004 il legislatore aveva in mente qualcosa di più, cioè pensava che l'accessibilità non dovesse ridursi a meri servizi di tipo assistenziale che aiutassero soprattutto i disabili a fruire delle tecnologie informatiche, ma che potesse concretizzarsi in un ben più significativo diritto generale all'informazione.

accoglie quel tipo di impostazione che vede configurare nel principio di accessibilità l'esistenza di un più ampio principio generale di informazione *on-line* avente ad oggetto il materiale delle amministrazioni, si ricava il primo principale tassello per ricostruire il sistema della trasparenza nel CAD. Allora, ci si deve domandare, quale è il luogo dove può concretamente operare questo principio generale di informazione?

Centrale in questa prospettiva è il sito istituzionale dell'ente pubblico, della cui definizione curiosamente non vi è traccia, nonostante la copiosa messe di definizioni che il legislatore ha fornito nell'art. 1, nel tentativo di qualificare giuridicamente tutti gli attori e gli strumenti principali del fenomeno informatico nelle amministrazioni.

Volendo dare una definizione che ben rappresenti il significato degli artt. 53-54 del CAD, si può dire che il sito istituzionale non è altro che un certo luogo della rete Internet, avente un preciso indirizzo web, entrando all'interno del quale è possibile accedere ad informazioni di varia natura sull'ente, da quelle eminentemente organizzative sui soggetti che rivestono posizioni di responsabilità al suo interno, a quelle più propriamente dinamiche, che informano sulle varie tipologie di attività compiute dall'ente medesimo, per finire con quelle più di servizio, che sono le più svariate, dagli orari di apertura di determinati uffici, a quelli delle biblioteche.

Ebbene, rispetto a questi siti istituzionali esiste, secondo la tesi proposta da professor Carloni, un principio generale di informazione alle notizie via *web*, il quale deriva certamente da un'ampia nozione di accessibilità, ma non solo. In effetti esso è ricavabile anche da altri parametri contenuti nell'art. 53, in particolare dal principio di completezza dell'informazione. Non si può, certo, nascondere che la nozione di completezza non è di per se stessa finita in quanto essa, ricostruibile solo in termini relazionali, richiama poi ad attributi sia quantitativi che qualitativi, cioè sia al numero che alla qualità delle informazioni; comunque, ciò che conta in questa sede, è verificare come il decalogo di principi relativi alla trasparenza *on-line* descritto dall'art. 53, con particolare riferimento all'accessibilità e alla completezza, sembra confermare, ancora una volta, che effettivamente il legislatore del 2005 opta per un salto di qualità, che colpisce anche per la tempistica. Infatti, nello stesso anno in cui si depotenzia l'accesso, relegandolo a strumento di salvaguardia di istanze egoistiche, e si esclude espressamente la sua funzione immersiva, con riferimento alla capacità di assicurare un controllo democratico dell'attività amministrativa<sup>351</sup>, forse, inaspettatamente, ma in fondo non più di tanto, quantomeno se si riflette sulla potenza inarrestabile ed incomprimibile del flusso

---

<sup>351</sup> Art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990 così come modificato dalla legge n. 15 del 2005: "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione". La norma, tralasciando la delusione di molta dottrina di fronte a questa scelta, è piuttosto chiara nel suo contenuto letterale: l'attività amministrativa è svincolata definitivamente dall'esercizio del diritto di accesso.

continuo di notizie che proviene dal *web*, il legislatore sceglie di recuperare quella funzione di controllo degli esiti dell'attività amministrativa, tramite il Codice dell'amministrazione digitale. Sotto questo punto di vista, sembra quasi che il legislatore si sia fatto un esame di coscienza per arrivare ad una conclusione: la rete Internet sta modificando tutti gli aspetti della vita quotidiana, non può che influenzare il funzionamento ed i comportamenti degli enti pubblici.

Tra l'altro, se accogliamo l'interpretazione dell'art. 53 del Codice dell'amministrazione digitale che milita a favore dell'esistenza di un principio generale all'informazione *on-line* avente ad oggetto notizie che riguardano gli enti pubblici, la prima conseguenza che ci troviamo davanti è quella di una ritrovata centralità del principio di pubblicità, non certo estraneo alla storia e alla tradizione del diritto amministrativo, ma sicuramente in ombra in chiave di conoscibilità profonda e quindi di trasparenza, con accezione democratica, negli anni di massimo splendore del diritto di accesso.

E' appena il caso di ribadire che molta parte della dottrina amministrativa italiana si è, per molti anni, riconosciuta nelle affermazioni del professor Giampaolo Rossi, secondo cui "il diritto di accesso è uno degli istituti giuridici, forse il principale, mediante il quale si può realizzare la trasparenza amministrativa". Invece, questa ricostruzione mira a tentare di conferire una certa coerenza al sistema, partendo dalla premessa opposta: l'accesso, a causa degli interventi del legislatore successivi al 1990, non è più l'istituto centrale attraverso il quale realizzare la trasparenza amministrativa. Ci si trova, infatti, a dover fare i conti con affermazioni contrastanti sparse nelle varie fonti, e si fa fatica per restituire un senso logico al disegno contraddittorio di un legislatore comunque, questo è innegabile, difficile da capire, che contemporaneamente sceglie sia di fare della trasparenza un principio generale dell'attività amministrativa, sia di offuscarne metodicamente l'arma più efficace in mano al cittadino, il diritto di accesso, nelle sue varie declinazioni.

Ecco, almeno sotto questo punto di vista, la strisciante controriforma contenuta nella legge n. 15 del 2005 ha avuto almeno un merito: obbligando a rivolgersi, altrove, per cercare la trasparenza, ha avuto anche l'effetto di conferire, per la via del diritto generale d'informazione, nuova luce al forse trascurato principio di pubblicità che, secondo le sottolineature svolte in chiave comparata da altra parte della dottrina, è già considerata una via più funzionale alla trasparenza nell'esperienza dei paesi scandinavi<sup>352</sup>.

Proseguendo l'analisi dell'altra norma base che ci interessa in questa sede, la lettura dell'art. 54, da un lato, fa intravedere sviluppi straordinari, da un altro

---

<sup>352</sup> Sulla maggiore funzionalità della pubblicità rispetto al diritto di accesso nell'esperienza dei paesi scandinavi, si consiglia la lettura di: B. G. MATTARELLA, *L'informazione amministrativa: profili generali*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, a cura di Manganaro e Tassone, Torino, 2005, p. 13 ss.

lato, lascia perplessi. La norma convince, come si cercherà di argomentare, perché fa intuire le potenzialità di un nuovo modello di trasparenza amministrativa, in cui la regola sia proprio l'accessibilità generale, tuttavia non porta il percorso pienamente a compimento. Ad oggi anzi, si può affermare che neanche il decorso del tempo ha aiutato, visto che il recente decreto legislativo 30 dicembre 2010 n. 235, che ha innovato il Codice dell'amministrazione digitale, non ha operato in maniera significativa sulle problematiche in questione, dato che le modifiche contenute in seno alla norma in questione, rappresentata da questo art. 54, sono state veramente piccole. Dunque, si può cogliere un primo aspetto fondamentale: l'art. 53 apre una via, quella del diritto generale di informazione *on-line*, l'art. 54 la percorre solo in parte. Naturalmente, si ragiona sulla disciplina attuale, è auspicabile che il legislatore del futuro percorra con più decisione la strada della piena conoscibilità.

Eppure, se si vanno a vedere le parole contenute nella Direttiva<sup>353</sup> del 4 gennaio 2005 dell'allora Ministro per l'innovazione e le tecnologie Stanca, la quale reca le "Linee guida in materia di digitalizzazione della pubblica amministrazione", che postulano la possibilità di avere a disposizione in formato digitale addirittura tutte le informazioni delle amministrazioni, sembrerebbe non solo che la differenza con il limitato uso del diritto di accesso sia enorme, ma che la piena conoscibilità *on-line* sia già cosa fatta.

Il CAD realizza dunque, finalmente, quel modello di trasparenza assoluta, il massimo di accessibilità possibile delle notizie delle amministrazioni, e va oltre ogni più rosea aspettativa. Ma siamo sicuri che questo nuovo paradigma non travalichi addirittura l'auspicabile? Sarebbe forse augurabile un modello ideale in cui proprio tutte le informazioni delle amministrazioni siano completamente a disposizione? Non sarebbe invece meglio che la tutela di determinati interessi, rendesse consigliabile, almeno in casi limitati, mantenere il segreto su certe notizie, quantomeno temporaneamente? Possiamo cioè affermare che, ormai, il nostro ordinamento contempla addirittura due tipologie di trasparenza amministrativa, una cartacea di tipo individuale, ed una telematica a cui delegare anche il controllo dell'attività democratica? Si passa forse dall'accesso, ormai senza trasparenza, alla conoscibilità informatica trasparente?

Come evidenzia il professor Menichetti<sup>354</sup>, la situazione attuale desumibile dal CAD non è certamente da ricostruire in questi termini di conoscibilità totale, visto che lo stesso legislatore del 2005 si contraddice e ridimensiona le eccessive

---

<sup>353</sup> Questa Direttiva indusse gli interpreti, ma anche i cittadini, nei tempi immediatamente antecedenti l'emanazione del Codice dell'amministrazione digitale, ad attendersi veramente moltissimo, in quanto affermava che "tutte le amministrazioni devono organizzarsi in modo da rendere, sempre e comunque, disponibili tutte le informazioni in modalità digitale". Sembrava di essere alle porte di una rivoluzione di portata epocale. Si parla infatti di tutte le informazioni delle amministrazioni e questo postula l'idea di concepire, in questo nuovo strumento, quello ideale, per portare a compimento un livello di trasparenza *on-line* elevatissimo. Sembrava prospettarsi una rivoluzione sia tecnologica che democratica.

<sup>354</sup> E. MENICHETTI, *La trasparenza amministrativa tra informazioni, dati e documenti: lo stato dell'arte in Italia prima del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Codice dell'amministrazione digitale*, cit. pp. 285-295.

attese della Direttiva 4 gennaio 2005 precedente di poco al codice, laddove nell'art. 10, comma 1, del codice medesimo, menziona la trasparenza tra gli obiettivi del CAD, dunque non si tratta di uno scopo raggiunto con l'emanazione del codice, bensì di un risultato ancora da perseguire. La differenza è chiara.

Ma non basta, la lettura delle norme induce ad individuare un segno di cautela, quasi di preoccupazione da parte del legislatore, in ordine al fatto che le ICT rischiano di essere troppo invasive, di alterare in maniera troppo sbilanciata il rapporto tra le aree del segreto e della accessibilità; questo appare evidente nell'art. 3-bis della legge n. 241 del 1990, in cui il riconoscimento dell'uso delle tecnologie telematiche<sup>355</sup>, nello svolgimento dell'attività amministrativa, appare più una sorta di principio manifesto, che non una reale presa d'atto del loro impatto rivoluzionario, soprattutto rispetto al segreto amministrativo, anche perché l'affermazione non è corredata, al contrario di altri profili ben più incisivi dell'attività procedimentale della stessa legge 241, di alcun'altra indicazione sul come le tecnologie telematiche debbano agire sul procedimento, visto che poi, di fatto, il legislatore si limita solo ad un'altra sparuta indicazione, cioè a dirci, nell'art. 14 della stessa n. 241 del 1990 novellato, che la conferenza di servizi può avvenire anche in via telematica; un po' poco.

Queste riflessioni inducono a concludere che le enunciazioni dell'art. 10 comma 1 del CAD e dell'art. 3-bis della legge n. 241 del 1990, paiono due indicazioni rivelatrici di notevole prudenza nella ricostruzione di quella trasparenza amministrativa, che possiamo definire informatica.

Quale è il contenuto dell'art. 54? Il legislatore nazionale ha costruito la norma, facendo propria la distinzione tra dati essenziali e dati non essenziali<sup>356</sup> ed ha stilato l'elenco dei contenuti minimi che devono essere necessariamente presenti all'interno di un sito Internet delle amministrazioni, anche su indicazioni del Consiglio di Stato, solo che la norma, si diceva, delude un po' soprattutto se si pensa che, nel decorso del tempo, è mancato un sostanziale accrescimento di questi contenuti minimi. Questo è ancora più vero se si tiene conto, come è necessario fare in un quadro d'insieme, degli sviluppi successivi che ha avuto la trasparenza amministrativa, soprattutto con riferimento alla riforma Brunetta del 2009 che postula, ancora una volta, la necessità di confrontarsi con fonti normative, immesse nel sistema, disorganiche tra di loro. Sembra infatti di poter

---

<sup>355</sup> La visione di Menichetti è molto severa, perché l'autore individua anche nell'aggettivo "telematica" di cui all'art. 3-bis della legge n. 241 del 1990, al posto di "digitale", un chiaro segno di timidezza e preoccupazione del legislatore, in quanto la telematica, ai tempi del 2005, è un termine ormai caduto in desuetudine, perché appartiene storicamente alla prima epoca dell'ingresso delle nuove tecnologie; nel 2005 si utilizzava già largamente la locuzione "tecnologie digitali" e la scelta del lessico sarebbe, secondo l'autore, il chiaro segno di volerne arginare l'impatto, anziché riconoscerne le opportunità.

<sup>356</sup> Questa distinzione è contenuta nel famoso rapporto Mandelkern del 1999, consultabile nel sito [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr), che esalta addirittura le nuove tecnologie come materia prima per un'ampia diffusione del principio democratico e contiene una definizione dei dati pubblici essenziali che sono "quelli la cui disponibilità è una condizione indispensabile all'esercizio dei diritti del cittadino e degli stranieri che risiedono sul territorio francese".

affermare, sin d'ora che, alla luce di quell'intervento normativo che verrà esaminato quale contributo all'evoluzione della trasparenza amministrativa, il disegno tracciato dal Codice dell'amministrazione digitale non sia più adeguato all'attuale panorama.

Quali sono, dunque, i contenuti minimi essenziali? Molti profili richiamano la legge n. 241 e quindi questo autorizza a parlare di riproduzione su scala digitale di obblighi che già prevede la legge sul procedimento; si pensi all'obbligo d'indicazione del termine per la conclusione di ciascun procedimento, di pubblicazione dei nomi dei responsabili del procedimento, sia dell'istruttoria, sia anche del soggetto eventualmente diverso responsabile del provvedimento finale; significativo poi il richiamo dell'art. 54 del CAD all'art. 26 della legge n. 241 del 1990 contenuto nelle lettera "e", che fa riferimento a direttive, programmi, istruzioni e circolari e, in generale, a molteplici indicazioni di tipo meramente organizzativo, come l'organigramma dell'ente, i responsabili dei vari servizi o ancora, e di tipo identificativo, quali sono le caselle di posta elettronica istituzionali dell'ente e l'elenco dei servizi che il medesimo ha già messo a disposizione in rete per il cittadino, nonché l'indicazione dei tempi necessari per immetterne di nuovi *on-line*.

Facendo una valutazione complessiva di questo elenco, sembra poter rilevare che il legislatore avrebbe potuto fare molto di più, che non abbia sfruttato in pieno le potenzialità delle ICT; pare quasi che si sia limitato al compito, cioè che la locuzione "dati essenziali", a cui occorre rifarsi nella lettura della disposizione, vada interpretata nel senso che abbia scelto di inserire nel sito internet dell'amministrazione quel materiale conoscitivo che, proprio, non poteva esimersi dal mettere.

Se ci si proietta su una lettura dell'ultima versione dell'art. 54, quella risultante dal decreto legislativo 30 dicembre 2010, n. 235, la situazione non muta radicalmente perché, come accennato, l'accrescimento di questo elenco dei contenuti minimi essenziali dei siti internet è stato confinato nella sola aggiunta della lettera g-bis, che prevede come obbligatoria anche la pubblicazione dei bandi di concorso e questo è francamente poco perché, già ai tempi della emanazione del codice nel 2005, poteva comunque essere discutibile il fatto che non vi fosse un obbligo di pubblicare *on-line* i bandi dei concorsi pubblici.

Il punto delicato da notare è che il contenuto dell'art. 54 pare, in effetti, replicare in qualche modo quell'art. 3 dello stesso codice che sancisce il diritto all'uso delle tecnologie e, semmai, sarebbe questo art. 3 a dovere essere interpretato come norma che sancisce dei contenuti minimi tecnologici, sotto i quali le amministrazioni non possono scendere nella pubblicazione delle notizie nei loro siti istituzionali.

In altre parole, la lettura combinata dell'art. 3 con l'art. 54 fa emergere un grande rischio: che le amministrazioni scambino i contenuti minimi essenziali da mettere a disposizione del pubblico via Internet, che è invece quello relativo al perimetro dell'art. 3, con gli spazi ben più ampi che dovrebbero assicurare all'area della conoscibilità essenziale, che pare essere l'area relativa al raggio d'azione dell'art. 54. Sembra proprio che il legislatore, probabilmente intimorito dagli squarci di ampia luminosità che le tecnologie sono in grado di attuare, abbia volutamente confuso il contenuto essenziale con il contenuto minimo; il dato essenziale ha, invece, evidentemente un perimetro più largo del dato minimo.

Quale sarebbe l'interpretazione più corretta del complesso normativo fondamentale contenuto negli artt. 3-53-54 del CAD, che vanno letti invece come un *continuum*, se si vuole effettuare una ricostruzione coerente della trasparenza amministrativa, così come emerge dal Codice dell'amministrazione digitale? Si propone un'interpretazione che, con lo sguardo del 2012, tiene anche conto del fatto che lo stesso legislatore del 2009 ha privilegiato la trasparenza amministrativa in chiave democratica e conoscitiva.

A mio sommo avviso, il punto chiave è proprio costituito da quel decalogo della trasparenza *on-line* contenuto nell'art. 53 e, soprattutto, dalla tesi espressa da professor Carloni, consistente nel fatto che da questo nutrito elenco di parametri si possa partire, per individuare l'esistenza di un generale diritto all'informazione digitale in capo ai cittadini, incoraggiato in questa chiave interpretativa soprattutto dai principi dell'accessibilità e della completezza delle informazioni.

In effetti, se ci si muove da questa premessa, si può tentare di colorare di luce e significati diversi una norma dello stesso Codice dell'amministrazione digitale che sarebbe potuto essere certamente più incisiva, quantomeno in sede di riforma. Sotto questo punto di vista, dimenticando per un attimo che l'art. 54 dice abbastanza, ma non in misura soddisfacente rispetto alle infinite possibilità delle ICT, bisogna, in prima battuta, soffermare l'attenzione sul fatto che la norma non si limita ad elencare i contenuti minimi dei siti ufficiali delle P. A., in quanto stabilisce almeno altri due aspetti di fondamentale importanza:

- 1) art. 54, III comma: "I dati contenuti nei siti delle pubbliche amministrazioni sono fruibili in rete gratuitamente e senza necessità di identificazione informatica". La norma indica un regime giuridico ben preciso per i dati pubblici contenuti nei siti delle amministrazioni, si propende per la scelta dei principi della fruibilità in forma gratuita e senza necessità della identificazione informatica<sup>357</sup>; questa affermazione fa

---

<sup>357</sup> L'art. 1, comma 1, lettera u-ter, del Codice dell'amministrazione digitale definisce l'identificazione informatica come "la validazione dell'insieme di dati attribuiti in modo esclusivo ed univoco ad un soggetto, che ne consentono l'individuazione nei sistemi informativi, effettuata attraverso opportune tecnologie, anche al fine di garantire la sicurezza dell'accesso".



pensare che vi siano, invece, altri dati il cui utilizzo possa avvenire solo onerosamente e induce anche a domandarsi quali siano gli strumenti che debbano utilizzarsi per garantire. Invece, un utilizzo gratuito di questi dati. Una gratuità che comunque risponde a quell'idea condivisibile, per cui il bene informazione non possa che essere disponibile in forma gratuita, perché è troppo legato alla disponibilità dell'utenza di pagarlo.

- 2) art. 54, IV comma, che affronta il profilo relativo alla provenienza e alla qualità delle informazioni: “Le pubbliche amministrazioni garantiscono che le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali, dei quali si fornisce comunicazione tramite il sito”. La norma è di carattere cogente e pone un principio di fondamentale importanza; i dati diffusi dalle amministrazioni devono essere assistiti da garanzie ben precise, sia di provenienza che di qualità. Si noti che, nell'accezione scelta dal legislatore, la qualità ha essenzialmente il significato di sinonimo di certezza della provenienza e di conformità all'originale. Un significato che, però, pare troppo povero, rispetto alle più complicate implicazioni della qualità di un'informazione. Che cos'è un'informazione di qualità? Si rifletta, per ora, soprattutto sul fatto che la certezza della provenienza, in modo integro, di queste notizie non fornisce al cittadino alcun tipo di certezza rispetto alla qualità, se con qualità si intende il diverso ed aggiuntivo significato di “attendibilità”, “affidabilità”, perché certamente le garanzie di certezza della provenienza e di integrità del documento informatico che incorpora la notizia lasciano, del tutto intatti, i rischi di obiettività e di adeguatezza, non scongiurano la possibilità che ci si possa trovare davanti ad una cosiddetta pubblicità-notizia, qualificata nel senso commerciale del termine. Cioè, rimane aperto il rischio che le informazioni vengano volutamente rappresentate al cittadino utente in un certo modo, anziché nel modo più neutro possibile, al fine di favorire comportamenti di un certo tipo, indotti da una rappresentazione favorevole del prodotto.

Però, nonostante le perplessità sin qui manifestate, questo non toglie nulla al fatto che, considerando le enormi possibilità delle tecnologie ICT, ma anche pensando al fatto che il duplice obbligo di pubblicare in rete tutti i documenti per i quali la stessa legge n. 241 già prevedeva obblighi di pubblicità con modalità cartacee, si pensi ad atti normativi, piani regolatori, atti a contenuto generale ed altri, e altresì di pubblicare numerose informazioni sulle procedure e sull'organizzazione, sia necessariamente un punto di partenza e non già d'approdo definitivo. Questa constatazione porterà, certamente, il legislatore del futuro ad estendere l'area dell'art. 54, se non altro per coerenza con l'Operazione Trasparenza lanciata nel 2009.

E' comunque abbastanza chiaro che gli artt. 53-54 del CAD segnalano l'alba di una modalità di essere della trasparenza del tutto nuova, legata sicuramente ad una rivalorizzazione del principio di pubblicità, tesa verso l'obiettivo della conoscibilità totale, con l'ovvio risultato, espresso dallo stesso art 54, comma 4-bis, della pubblicazione nella rete Internet di tutti una gamma di atti che, una volta *on-line*, produrranno quegli stessi effetti che la legge ha attribuito, nei decenni passati, solo al tradizionale atto amministrativo cartaceo.

Quali sono gli approdi di questa ricostruzione? Soprattutto uno, che segnala più di tutti la grande differenza tra la trasparenza amministrativa tradizionale, affidata al diritto di accesso, e quella fondata sul principio di pubblicità derivante, a monte, dal principio generale di informazione quale unica ricostruzione coerente con il decalogo della trasparenza *on-line*. Si passa dalle misure di accesso, che consentono solo di visionare documenti determinati aventi un collegamento diretto con l'istanza di accesso e che hanno valenza in termini di trasparenza, ormai non solo limitata, ma anche sempre più decrescente a causa del crescere delle restrizioni individuali intervenute in questi ultimi anni, a quella categoria, individuabile presso il CAD, che professor Carloni<sup>358</sup> definisce misure di conoscenza, in cui il controllo finalizzato ad un esercizio democratico del potere amministrativo è diretto e voluto.

Questa è la grande differenza: se nella legge n. 241 del 1990 oggetto dell'accesso sono i documenti amministrativi, nel Codice dell'amministrazione digitale oggetto di pubblicazione, diremmo di accesso usando una terminologia volutamente imprecisa, sono un qualcosa di molto più incisivo e penetrante, un qualcosa che realizza un effettivo e diretto collegamento con la trasparenza, le misure di conoscenza. Cosa sono? Per misure di conoscenza si intendono proprio tutte quelle informazioni, la cui diffusione produrrebbe il risultato di incrementare la trasparenza amministrativa.

E' una definizione che ridisegna la trasparenza amministrativa per almeno due ragioni: in primo luogo, le misure di conoscenza diventano il grimaldello attraverso cui ampliare enormemente l'area della trasparenza, perché in questo *genus* non rientrano più atti vincolati ad attività specifiche ma, più in generale, tutti quegli atti che, *lato sensu*, possono aumentare la trasparenza, quindi ad esempio informazioni sulle modalità di utilizzo di risorse pubbliche, sullo stato dell'ambiente<sup>359</sup>, sui contratti pubblici, sulle posizioni personali dei decisori pubblici e molte altre, ricomprese tutte all'interno di una categoria che, per sua natura, non può e non potrà mai essere un *numerus clausus*, ma che ben si presta ad essere una sorta di schema aperto; in futuro, queste misure di conoscenza non

---

<sup>358</sup> E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in *La trasparenza amministrativa*, cit. p. 373 ss.

<sup>359</sup> In tal senso si veda l'art. 10, comma 4, del decreto legislativo n. 195 del 2005 che prevede che la relazione sullo stato dell'ambiente sia oggetto di una pubblicazione con modalità idonee a garantirne l'effettiva disponibilità al pubblico, espressione che richiama proprio l'idea della misura di conoscenza, quale strumento di trasparenza.

potranno che aumentare di numero, in quanto è lo stesso mondo di Internet che si presta a questo tipo di soluzione.

In secondo luogo, evidentemente, le misure di conoscenza così definite, tornano a svolgere quel ruolo che si riteneva dovesse spettare all'accesso, ma che il legislatore degli anni successivi al 1990 gli ha inesorabilmente sottratto, cioè quello di controllo finalizzato a verificare la democraticità e la trasparenza dell'azione amministrativa. Quindi, ciò che all'accesso viene tolto in termini di contributo alla trasparenza in senso democratico, viene attribuito alle misure di conoscenza.

Il secondo grande principio generale di trasparenza amministrativa, così come emerge dal Codice dell'amministrazione digitale, ovviamente legato al primo, cioè alla possibilità di disseminare nella rete Internet un numero indefinito e potenzialmente infinito di informazioni, è evidentemente l'affermazione dell'esistenza di un principio generale di conoscibilità delle informazioni che, in quanto tale, si presta a cancellare la forza secolare del segreto d'ufficio e lo riduce al rango di mera eccezione. Detto in altre parole, sono conoscibili tutte le informazioni, salvo quelle che sono destinate ad essere riservate, per espressa previsione di legge.

E' abbastanza chiaro che le radici di un principio del genere muovano da lontano, affondino, cioè, la loro esistenza nell'art. 97 della Costituzione, soprattutto nel principio d'imparzialità; diverso il discorso per il buon andamento, usato spesso come parametro finalizzato allo scopo opposto, cioè quasi per giustificare il persistere in taluni casi del segreto d'ufficio. Vale la pena ricordare in questa sede che, tra i motivi che la stessa Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati pose sul tappeto per spiegare, ai tempi della emanazione della legge 241, la necessità di negare un diritto di accesso generalizzato, vi era proprio quello di non ostacolare un corretto esercizio della funzione organizzativa, cioè il rischio che un eccesso di modernità avrebbe poi ostacolato il buon andamento dell'attività amministrativa; questo perché le amministrazioni non erano in grado di accogliere ed attuare pienamente quella disciplina, in quanto a quei tempi l'informatizzazione degli enti era solo ad uno stadio embrionale. In pratica, il diritto di accesso generalizzato avrebbe generato il rischio, a causa di evidenti ragioni organizzative, di determinare quello che Arena definisce<sup>360</sup> "effetto di obsolescenza per eccesso di progresso", cioè l'istituto sarebbe caduto sollecitamente in desuetudine, perché di ostacolo al parametro di rilevanza, ugualmente costituzionale, del buon andamento dell'attività amministrativa.

Oggi, invece, il principio di generale conoscibilità delle informazioni consente l'ancoraggio allo schema aperto delle misure di conoscenza, che paiono portare verso un modello di accessibilità totale, questo anche secondo gli sviluppi

---

<sup>360</sup> G. ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, cit. p. 34.

avutisi con la riforma Brunetta. Ed, allora, la domanda da iniziare a porsi è un'altra: siamo certi che il principio di pubblicità, che consente di arrivare potenzialmente a questo tipo di soluzione, soddisfi in pieno le esigenze di trasparenza amministrativa? In altre parole, il nostro ordinamento giuridico è in grado di fare a meno dell'accesso in chiave democratica? Perché il problema che in effetti comincia a delinearsi, in chiave di riflessione complessiva, è proprio questo: il nostro ordinamento giuridico sembra occuparsi della trasparenza amministrativa, non tramite l'idea dell'accumulo e dell'integrazione di più strumenti a cui delegare, ciascuno per una fetta, il compito di costruire la trasparenza ma, tramite quella più discutibile della sostituzione, cioè l'accesso non serve più in funzione di trasparenza, se ne prende atto e, in chiave di esaltazione modernista, si delega il compito unicamente al principio di pubblicità, reso effettivo tramite una pubblicazione, nei siti *web* delle amministrazioni, di dati, potenzialmente infiniti. Siamo certi di poter raggiungere questo risultato, in modo soddisfacente, abbandonando completamente uno strumento?

Il terzo grande tema, legato alle infinite possibilità di Internet e alla potenziale accessibilità totale a qualsiasi tipo di dato, è quello della qualità delle informazioni pubbliche o meglio, dei dati, visto che la tecnologia consente oggi di sezionare l'informazione in un insieme ancora più piccolo, il dato appunto. Sotto questo punto di vista, non si può nascondere che l'accessibilità totale significa anche confrontarsi con una potenziale sovrabbondanza di informazioni, emerge cioè sulla scena un delicato problema quantitativo, che si aggiunge a quello della affidabilità, intesa qui nel senso di attendibilità della notizia. Che l'aspetto relativo alla qualità delle informazioni sia delicato, complesso e sfuggente<sup>361</sup>, lo si può apprezzare anche in chiave comparata; non è un caso che gli Stati Uniti, maestri nel campo dei problemi della conoscibilità delle informazioni dei pubblici poteri con l'emanazione del FOIA già dal 1966, abbiano sentito l'esigenza di emanare nel 2000 l'*Information Quality Act*<sup>362</sup>. Non si può nascondere, sotto questo punto di vista, che l'accessibilità totale non è, come potrebbe sembrare, la soluzione migliore, perché si rischia di mandare in confusione il cittadino utente, a questo punto incapace di orientarsi e giudicare quali siano le informazioni veramente significative ed importanti. Cioè, occorre non confondere una critica con una norma, l'art. 54 del CAD, che pare inadeguato sia a seguito del decorso del tempo, sia a causa della presenza

---

<sup>361</sup> La letteratura sulla materia della qualità dei dati è assai controversa; si pensi che gli studiosi hanno identificato almeno 180 possibili tipi diversi di qualità dei dati e questo ha determinato un inevitabile spostamento dell'attenzione verso quegli elementi che possono essere ritenuti requisiti essenziali per determinare la qualità del dato stesso. Uno studio apposito sulla ridondanza dei requisiti qualitativi dei dati è stato condotto da R. Y. WANG, D. M. STRONG, L. GUARASCIO, *An Empirical Investigation of Data Quality Dimensions. A Data Consumer's Perspective*, Cambridge, 1984.

<sup>362</sup> Il *Federal Data Quality Act* del 2000 (sezione 515, P. L. 106-554), definisce la qualità delle informazioni, facendo perno sui concetti della obiettività, utilità ed integrità. Per un approfondimento su questo aspetto, si consiglia di consultare la voce *Guidelines for ensuring and maximizing the quality, objectivity, utility and integrity of information disseminated by federal agencies* dell'OMB, in giorn. dir. amm., n. 11, 2002, p. 2132 ss.

nel sistema, ormai dal 2009, delle normative Brunetta che sposano invece in modo compiuto il modello della accessibilità totale, nella convinzione che sia sicuramente il migliore ai fini della trasparenza, con il convincimento che la soluzione migliore sarebbe allora proprio quella opposta, cioè l'immissione *on-line* di qualsiasi notizia dell'ente e dei soggetti che in esso vi operano.

D'altronde, che il punto relativo ai contenuti minimi dei siti istituzionali delle amministrazioni di cui all'art. 54, IV comma, del CAD, sia un aspetto vitale è anche confermato dall'art. 4 della Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione del 26 novembre 2009, n. 8, che contiene le linee guida per i siti *web* delle pubbliche amministrazioni, progressivamente aggiornate<sup>363</sup>, contenenti criteri sia volti all'eliminazione dei siti *web* pubblici ormai obsoleti, sia indirizzati a migliorare quelli attivi, con particolare attenzione proprio ai contenuti minimi che devono essere presenti, per migliorare l'offerta qualitativa delle informazioni *on-line* per il cittadino.

Sotto questo aspetto, a mio avviso, il legislatore del 2011 è da apprezzare, perché ha innovato la normativa previgente in modo convincente, sotto almeno due aspetti fondamentali: in primo luogo, va sottolineato che, se da un lato, si è limitato ad arricchire scarsamente il catalogo degli atti facenti parte dei contenuti minimi essenziali dei siti Internet alla sola categoria del bando dei concorsi pubblici, ha comunque apprezzabilmente disposto, ex. 54, comma 1-bis, di fare della qualità uno degli aspetti rilevanti, ai fini della valutazione delle *performance* dell'attività professionale dei dirigenti, inducendo, si auspica, un forte senso di responsabilità in questi soggetti, oggi stimolati dalla legge, a porre cura notevole nel mantenere il sito istituzionale dell'ente sempre provvisto di un'informazione aggiornata e di elevato livello. Sotto altro versante, non si può sottacere il fatto che il decreto legislativo n. 235 del 30 dicembre 2010 tenti di dare una risposta più soddisfacente al problema della qualità delle informazioni, con l'introduzione, cosa che si può cogliere da un'attenta lettura combinata degli artt. 54 e 63, all'interno del Codice dell'amministrazione digitale, del moderno istituto di derivazione anglosassone della *Customer satisfaction*, comunque non una novità in senso assoluto per il nostro ordinamento<sup>364</sup>, che si può motivare con una ragionevole logica negoziata. I cittadini, fruitori dei servizi, avranno anche la possibilità di dare una valutazione del livello qualitativo dell'offerta *on-line* delle amministrazioni: a tal fine, la normativa dispone che gli enti pubblici sono tenuti ad introdurre degli strumenti attraverso i quali consentire agli utenti

---

<sup>363</sup> Le Linee guida per i siti *web* della P.A. inerenti all'anno 2011, le ultime disponibili, sono consultabili in rete all'indirizzo: [www.digitpa.gov.it](http://www.digitpa.gov.it)

<sup>364</sup> Il tema qualità del *web* è stato affrontato per il tramite dell'introduzione della *customer satisfaction*, già a partire dalla Direttiva 24 marzo 2004 sulla rilevazione della qualità percepita dai cittadini; sotto questo punto di vista, si era ritenuto utile il condurre indagini *ex ante*, che servivano al fine di rilevare le esigenze dei cittadini, non solo per valutare il loro livello di soddisfacimento dei servizi offerti, ma anche per il profilo delle aspettative e delle richieste che essi avevano in relazione ad un determinato servizio on-line, sia perché, pur contemplato, era insoddisfacente, perché proprio non era ancora prevista la sua erogazione on-line e questo faceva naturalmente da stimolo verso gli enti per l'introduzione di nuovi servizi via *web*.

di esprimersi in modo diretto, chiaro ed immediato sul grado di soddisfacimento dei servizi Internet degli enti medesimi.

Infine, ancora più recentemente, la legge n. 106 del 12 luglio 2011, di conversione del Decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011, il cosiddetto Decreto Sviluppo, fornisce un'ulteriore arricchimento della trasparenza amministrativa, in chiave sia quantitativa che qualitativa, accrescendo il catalogo degli obblighi delle amministrazioni relativi ai contenuti minimi che esse devono pubblicare sui propri siti istituzionali: infatti, l'art. 6 di detta legge impone alle amministrazioni di inserire nei loro siti Internet ufficiali, per ciascuna procedura, la documentazione necessaria e, in caso d'inadempienza, la P. A. non può rifiutare l'istanza del cittadino o dell'impresa e può solo richiedere l'integrazione della documentazione.

Se si riflette solo un attimo sul fatto che, ormai, le moderne amministrazioni agiscono sempre più spesso sulla base di dati che non hanno formato o che hanno formato solo in piccola parte, che neppure detengono e di cui ignorano pure la provenienza perché tratte da banche dati, si può ben comprendere quanto sia importante, in un'ottica di chiarezza, di completezza e infine di trasparenza, una normativa del genere che si combina, in un quadro in continua evoluzione, con l'ancora più recente Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98<sup>365</sup>; si tratta di un tema assai complesso sul quale, tuttavia la dottrina, che vede uno dei precursori in Meloncelli<sup>366</sup>, si è interrogata solo in tempi troppo recenti<sup>367</sup>.

### ***10. La trasparenza amministrativa nella riforma Brunetta del 2009 e nelle successive linee guida CIVIT del 2010***

Il percorso avviato dal legislatore del 2005 mediante l'emanazione del Codice dell'amministrazione digitale e proseguito anche negli anni successivi, sia attraverso il decreto legislativo n. 235 del 30 dicembre 2010 di innovazione dello stesso CAD, che con la legge n. 106 del 12 luglio 2011, è fondato su un elemento comune a tutti questi interventi: si assiste ad un progressivo aumento dei dati disponibili sul *web*. Vi è, cioè, un progressivo allargamento dell'area della conoscibilità, tramite l'obbligo di pubblicare un crescente numero di contenuti nei siti Internet delle amministrazioni. Questa tendenza viene accentuata ed accelerata con determinazione inflessibile dall'ex Ministro

---

<sup>365</sup> Questa fonte normativa reca "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria" e prevede nell'art. 8 nuovi "Obblighi di trasparenza per le società a partecipazione pubblica", imponendo in capo agli enti e agli organismi pubblici l'obbligo, entro tre mesi dall'emanazione del decreto, di "inserire e aggiornare periodicamente sul proprio sito istituzionale l'elenco delle società di cui detengono, direttamente o indirettamente, quote di partecipazione, anche minoritaria, indicandone l'entità, nonché una rappresentazione grafica che evidenzia i collegamenti tra l'ente o l'organismo e le società tra le società controllate" e di pubblicare inoltre relativa indicazione inerente il raggiungimento, negli ultimi tre anni, del pareggio di bilancio.

<sup>366</sup> A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983, p. 238 ss., in cui l'autore ritiene che il problema della qualità dei dati sia caratterizzante nell'ambito della funzione informativa delle amministrazioni.

<sup>367</sup> Per un quadro approfondito e recente sul tema della qualità delle informazioni pubbliche anche in chiave comparata, si consiglia l'esauriente voce di E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*.

Brunetta, grazie al cui intervento si supera definitivamente quella impressione secondo la quale l'ente, giacchè la maggior parte di informazioni da pubblicare obbligatoriamente sul *web* riguardava soprattutto profili organizzativi, in fondo non era in grado di dare conto in modo esauriente né dell'attività svolta, né dei suoi protagonisti. Questi interventi sono di fondamentale importanza perché, tra i vari aspetti, hanno anche il merito di fornire una nuova definizione di trasparenza amministrativa, la quale, significativamente, è molto più vicina a quella di controllo democratico dell'attività amministrativa che, quantomeno sino alla legge n. 15 del 2005, si riteneva dovesse fare parte del contenuto genetico del diritto di accesso.

Sotto questo punto di vista, il 2009 è un anno decisivo, perché il legislatore viene a dire espressamente che accesso e trasparenza sono due cose diverse e questo spiega, in una ritrovata coerenza normativa, comunque criticabile, la ragione per cui l'uno e l'altro svolgono funzioni assai diverse. Risulta, infatti, difficile non giungere a queste conclusioni, confrontando l'art. 4, comma 6, della legge n. 15 del 2009, con l'art. 10, comma 1, della legge n. 69 del 2009. E' vero che, in entrambi i casi, e l'uno e l'altro, vengono legati all'art. 117, comma 2, lettera m, della Costituzione; però, come evidenzia correttamente Sarcone<sup>368</sup>, non si può non notare che la riconduzione della trasparenza e del diritto di accesso, ai livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali costituzionalmente garantite, avvenga in due momenti diversi e per mezzo di due fonti distinte. Infatti, da un lato la legge n. 15 del 2009 dispone che "la trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni, a norma dell'art. 117, comma 2, lettera m, della Costituzione", invece la diversa fonte della legge n. 69 del 2009 dispone in materia di accesso per mezzo dell'art. 10, comma 1 che, innovando la legge n. 241 del 1990 mediante l'introduzione del comma 2-bis in seno all'art. 29, ha previsto che le norme contenute in materia di accesso nella legge n. 241 del 1990 attengono, ancora una volta, i livelli essenziali delle prestazioni, di cui all'art. 117, comma 2, lettera m della Costituzione.

Ebbene, questa divaricazione costringe, magari anche a malincuore, a prendere atto di un messaggio lanciato dal legislatore, non ignorabile e difficilmente interpretabile in modo diverso: gli istituti del diritto di accesso e del principio di trasparenza, non solo, non sono più identificabili, anzi, dato che si tratta di due diverse modalità di acquisizione di patrimoni conoscitivi, sono separati e distinti, per quanto attiene le rispettive funzioni e discipline giuridiche. E' una scelta di politica legislativa, che la dottrina giustamente critica<sup>369</sup>, magari non

---

368 V. SARCONI, *Dalla "casa di vetro" alla "home page": la "trasparenza amministrativa nella legge 15/2009 e nel suo decreto attuativo (passando per la legge n. 69/2009)*. L'articolo in questione, reperibile online all'indirizzo [www.amministrativamente.it](http://www.amministrativamente.it), evidenzia che la scelta di collocare il collegamento dell'accesso e della trasparenza ai livelli essenziali delle prestazioni costituzionalmente, garantite in due fonti diverse, è il segno della definitiva divaricazione dei due strumenti, anche sul piano delle funzioni.

<sup>369</sup> E. CARLONI, *La trasparenza amministrativa*, cit.

condivisibile, perché in un tema così delicato, come il modo di essere dell'amministrazione quale l'aspirazione alla trasparenza, sarebbe meglio procedere per accumulo di mezzi a disposizione e non per sostituzione, ma questo è il dato di cui prendere atto, in seguito ad un attento esame del sistema normativo vigente.

Prima conclusione; l'accesso e la trasparenza sono strumenti assai diversi rispetto al fine: l'uno è solo strumento di tutela di interessi individuali, l'altra, intendendo con questa accezione la trasparenza informatica, può essere considerata meccanismo di salvaguardia di un più generale benessere collettivo, quello del rispetto del principio costituzionale democratico, di cui all'art. 1, comma 1, della Costituzione. Quindi, secondo questa impostazione risultante dalla lettura combinata delle norme, e quelle della legge n. 241 del 1990, e quelle del Codice dell'amministrazione digitale e delle leggi Brunetta, solo la trasparenza informatica, intesa come misura di potenziale conoscibilità totale per il tramite del principio di pubblicità, ha il compito e la capacità di verificare che l'attività amministrativa avvenga in modo democratico.

Si diceva, quindi, che Brunetta rafforza, per non dire esaspera, il percorso della conoscibilità totale, tramite tre distinte fonti: la legge n. 15 del 2009, il successivo decreto legislativo attuativo n. 150 del 27 ottobre 2009, ed infine la legge n. 69, ancora del 2009. La normativa del 2009 è frastagliata, in particolare un congruo allargamento del catalogo delle informazioni da pubblicare via *web* è riscontrabile per effetto dell'ultimo dei tre interventi, la legge n. 69.

E così, in ottemperanza a quanto disposto in particolare dall'art. 21, I comma di detta legge, diventa obbligatorio per le amministrazioni rendere note, attraverso i propri siti Internet, una serie di informazioni specifiche relative ai dirigenti, quali il *curriculum vitae* di ciascuno, la retribuzione, gli indirizzi di posta elettronica, nonché i numeri di telefono utilizzati ad uso professionale, nonché la diffusione di informazioni relative ai compensi spettanti a consulenti ed esperti incaricati dalle amministrazioni a svolgere determinate mansioni, anche temporanee, e la qualifica professionale di questi soggetti anche se, sul punto, va precisato che Brunetta si limita a riprendere una normativa che era già prevista nell'ordinamento<sup>370</sup>.

L'art. 23, comma 5, contiene, inoltre, un indicatore della cosiddetta tempestività dei pagamenti, perché obbliga ogni amministrazione a pubblicare nel proprio sito Internet, con cadenza annuale, "un indicatore dei propri tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture", nonché "i tempi

---

<sup>370</sup> L'art. 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, per effetto della modifica intervenuta mediante l'art. 3, comma 54, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, dispone che "le pubbliche amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza, per i quali è previsto un compenso, siano tenute a pubblicare, sul proprio sito *web*, i relativi provvedimenti completi dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato". Tra l'altro, la mancata pubblicazione sia del corrispettivo erogato, sia della specifica attività svolta verso questi consulenti esterni, costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità per danno erariale del dirigente preposto.



medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all'esercizio finanziario precedente". L'elenco è lungo, perché contempla tante altri dati da inserire, ormai obbligatoriamente, nel sito *web* dell'amministrazione: si va dall'ammontare dei premi collegati alle *performance*, ai criteri utilizzati per attribuire i premi sia ai dirigenti che ai dipendenti, agli incarichi specifici che vengono attribuiti agli uni e agli altri, e così via.

Il collegamento, tra l'ampliamento a dismisura dei contenuti essenziali dei siti *web* delle amministrazioni e la trasparenza, emerge non solo dal fatto che, comunemente questo pacchetto di provvedimenti viene identificato come Operazione Trasparenza, ma soprattutto dalla circostanza che la maggior parte di queste informazioni, come dispone l'art. 11, comma 8, del decreto legislativo n. 150 del 2009, deve trovare una precisa collocazione in un'area ben precisa del sito istituzionale, in un'apposita sezione, facilmente consultabile, denominata, non casualmente, "Trasparenza, valutazione e merito".

L'ampliamento esponenziale del contenuto obbligatorio dei siti *web* delle amministrazioni trova un coerente punto di raccordo decisivo nella definizione di trasparenza amministrativa contenuta nella legge n. 15 del 2009, ex art. 4, comma 7, da cui si evince, soprattutto, il fatto che la trasparenza fuoriesce dal rango di semplice principio generale, per diventare un vero e proprio precetto del diritto. E' evidentemente su questa definizione che occorre porre l'attenzione, per valutare a fondo il nuovo modello di riferimento: ebbene, l'art. 4, comma 7 intende la trasparenza "come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti Internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, 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 in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità". E d'altronde, questa definizione viene quasi anticipata dal comma, pur successivo come collocazione, dello stesso articolo della legge n. 15, quel comma 8 che prevede, da parte delle amministrazioni, l'adozione in via generale, di "ogni iniziativa utile a promuovere la massima trasparenza nella propria organizzazione e nella propria attività".

La definizione dice, comunque, tutto e porta a compimento un percorso ventennale, sconfessa l'opinione di grande parte della dottrina che, a partire da Arena nel 1991<sup>371</sup>, ha sempre opportunamente ritenuto che il controllo dell'operato in senso democratico dei pubblici poteri dovesse spettare anche al diritto di accesso e che fosse limitante la prospettiva di azionarlo, solo in favore di quei soggetti che intendono tutelare una posizione di vantaggio. Inoltre la

---

<sup>371</sup> G. ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, p. 31 ss..

norma, significativamente, affida alla sola trasparenza, per il tramite del principio di pubblicità avente il suo supporto normativo adeguato nel decalogo della trasparenza *on-line* contenuto nell'art. 53 del CAD, uno strumento di conoscibilità totale, del tutto simile a quello che aveva immaginato nei suoi lavori la Sottocommissione Nigro a proposito dell'accesso, nel momento in cui aveva concluso i suoi lavori, proponendo all'attenzione del Parlamento un istituto che fosse capace di operare in modo generalizzato, uno strumento neutro e oggettivo, rispetto alla posizione individuale del richiedente. Ebbene, quel "chiunque" che Nigro e i suoi collaboratori avevano ipotizzato, ormai venticinque anni addietro, dovesse riferirsi ad una normativa che, sul modello del FOIA americano, prevedesse una normativa strutturata sulla possibilità di un accesso generalizzato, la legge n. 15 del 2009 lo prevede a proposito della trasparenza informatica. Non dunque l'accesso, ma solo la trasparenza informatica può essere utilizzata da chiunque, considerando in modo atecnico la trasparenza come uno strumento, quando, invece, sappiamo che non è altro che un'aspirazione ad un particolare modo di porsi dell'amministrazione.

Per tornare alla metafora coniata da Filippo Turati nel 1908, gli enti pubblici hanno oggi un solo strumento, quello e non altri, per tentare di essere realmente case di vetro: il loro sito *web* con una miriade di indicazioni, volte a cercare di fare conoscere al cittadino ogni informazione possibile sull'ente in questione.

Pare, quindi, che l'obiettivo enunciato nell'art. 12 del Codice dell'amministrazione digitale, sfruttare compiutamente le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per realizzare anche dell'obiettivo trasparenza, trovi oggi una più consapevole realizzazione per effetto della normativa Brunetta e non per effetto della disciplina contenuta nello stesso Codice dell'amministrazione digitale, che inaugura il modello della conoscibilità, ma non lo porta a pieno compimento.

Addirittura, sotto questo punto di vista, si può giungere a sostenere, non senza buone ragioni, che l'accesso, in quanto è filtrato dalla azionabilità, solo in relazione alla sussistenza di un ben definito interesse individuale collegato al documento che si vuole consultare, rappresenta, sotto questo punto di vista, un ostacolo alla trasparenza, intesa nell'accezione di controllo generalizzato dell'operato delle amministrazioni. Può forse sembrare una tesi eccessiva, ma si è incoraggiati in questo dallo stesso legislatore del 2005, famigerato in questo caso, laddove si tenga sempre a mente il contenuto odioso dell'art. 24, comma III "Non sono ammissibili ipotesi di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"; vedendo cioè le norme sotto un altro punto di vista, come si dovrebbe mai considerare la selezione dell'accesso con riferimento all'impossibilità di effettuare dei controlli sull'operato complessivo delle amministrazioni, se non come una limitazione al possibile apparato conoscitivo del cittadino?

Anzi, sotto questo punto di vista, si prospetta sin d'ora di particolare interesse seguire gli sviluppi della giurisprudenza, perché è indubbio che il modello di accessibilità totale, contenuto nella n. 15 del 2009, art. 4, comma 7, lascia immaginare che sia pienamente legittima un'istanza di accesso finalizzata a verificare semplicemente “ogni aspetto dell'organizzazione delle amministrazioni”, ma come conciliare questa istanza con il divieto contenuto nell'art. 24, comma III, della stessa legge n. 241? Ora, che ad un esame sommario si tratti di due norme di contenuto contrastante, è fuor di dubbio.

Continuando, comunque, a registrare il quadro del diritto positivo, pare di notevole interesse anche lo stretto legame che viene istituito tra trasparenza e legalità, tramite il disposto dell'art. 4, comma 2, lettera f, che prevede l'istituzione di un organismo autonomo e indipendente volto a garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione nelle amministrazioni, in modo da garantire anche il rispetto della legalità; questo organismo è contenuto nell'art. 13 della legge n. 15, si tratta della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, meglio nota come CIVIT, che ha il compito espresso di favorire la cultura della trasparenza in seno agli enti pubblici, dice la norma, “anche attraverso strumenti di prevenzione e lotta alla corruzione”.

Se si va a consultare i più recenti documenti della CIVIT, si trova una piena conferma della strada ormai intrapresa dal legislatore: la trasparenza e il diritto d'accesso camminano su due linee parallele, destinate, per natura, a non incontrarsi mai.

Questa evidenza emerge in modo particolarmente significativo da uno dei più importanti atti emanati dalla CIVIT, la delibera n. 105 del 2010, approvata nella seduta del 14 ottobre 2010 e contenente le linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Su di essa vale la pena spendere alcune osservazioni per verificare, e così sarà in pieno, la conferma della più recente politica legislativa sulla trasparenza. In primo luogo, l'interprete è avvertito del fatto che la trasparenza è un modo di essere dell'amministrazione, più che mai in evoluzione: infatti, come risulta sin dalle motivazioni contenute nel documento, tali indicazioni costituiscono semplicemente una fase ulteriore di attuazione della disciplina della trasparenza, nell'ambito di un processo evolutivo graduale, non destinato certamente ad esaurirsi con tali linee guida, ma suscettibile, certamente, di ulteriori interventi nel futuro.

La coerenza logica con le riforme Brunetta è evidente; siamo di fronte ad un *continuum*, infatti, riprendendo e aggiornando le normative del 2009, le linee guida contengono il contenuto minimo dei dati e le caratteristiche essenziali del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, tra le quali, soprattutto,

l'indicazione sia dei dati che devono essere pubblicati sul sito istituzionale delle amministrazioni, sia delle modalità di pubblicazione.

Questa delibera della CIVIT è, a mio avviso, particolarmente interessante per almeno due ragioni di fondo: intanto, perché riprende, espressamente, la definizione di trasparenza contenuta nella legge 15 del 2009, qualificandola, ancora una volta, quale sinonimo di accessibilità totale delle informazioni organizzative, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per perseguire i fini istituzionali ed, ancora, come parametro per valutare i risultati dell'attività svolta, con particolare attenzione per il lavoro svolto dai dirigenti. Inoltre, non si può non fare a meno di rilevare che, in essa, si afferma espressamente che la trasparenza è nozione ben distinta dalla fattispecie del diritto di accesso ai documenti amministrativi, sia perché la disciplina operante è differente, quella contenuta negli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, sia perché quest'ultimo è tutelabile con strumenti assai differenti, il Difensore Civico o la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi in via stragiudiziale, oppure la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, se non si riesce ad evitare il contenzioso. Giudice amministrativo che, non dimentichiamolo, beneficia di poteri assai penetranti nelle controversie in materia di accesso, in quanto sconfinano nel merito, visto che può conoscere, in via di eccezione, anche della fondatezza dell'istanza, per effetto dell'art. 116 del codice del processo amministrativo.

Inoltre, nella delibera si sottolinea, di particolare evidenza, nulla di nuovo, ma il fatto che venga ribadito è significativo, perché cristallizza una scelta di politica legislativa in modo netto, la differente *ratio* dei due istituti: se, con il diritto di accesso, il controllo generalizzato verso l'operato delle amministrazioni non è consentito proprio perché serve, ormai, solo per tutelare interessi qualificati giuridicamente, ma comunque personali, con la trasparenza questa possibilità è ammessa perché è rivolta a verificare la democraticità dell'operato dei pubblici poteri, attraverso forme di controllo che mirano al più alto fine di verificare il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Ecco perché, dice la CIVIT, esiste un diverso regime di accessibilità delle informazioni.

Le conclusioni sistematiche di questo documento sono di particolare interesse: ormai siamo davanti ad una nozione di trasparenza che opera su 3 versanti, distinti e pur contigui: sicuramente essa rileva sul piano soggettivo, in quanto offre garanzie al cittadino mettendogli a disposizione una grande massa di dati, sul piano dei risultati, perché spinge le amministrazioni ad attivarsi in modo dinamico per perseguire il risultato della trasparenza, ed infine sul piano gestionale perché le amministrazioni sono ormai obbligate a farne uno strumento di uso continuo nella gestione della *res publica*, sia per migliorare l'uso delle risorse, sia per offrire ai cittadini servizi sempre migliori.

Inoltre, la delibera CIVIT ribadisce tutti i profili più moderni della trasparenza amministrativa attuale. Punta con decisione sul risvolto etico della trasparenza, secondo me assai opportunamente, insistendo sul fatto che l'attività lavorativa debba essere svolta dal funzionario pubblico "con disciplina e onore", sia perché ciò lo domanda espressamente l'art. 54, comma 2, della Costituzione, ma anche in quanto dall'integrità nel modo di operare dei dipendenti pubblici si può partire per combattere la piaga più grave dell'amministrazione italiana, quella corruzione che, come ha sottolineato recentemente<sup>372</sup> il presidente della Corte dei Conti, Luigi Giampaolino, deve essere combattuta preventivamente. Vengono, poi, ricordati il connotato statico e dinamico di essa: sotto un primo punto di vista, emerge l'obbligo di pubblicare un certo numero di dati a beneficio del cittadino anche in funzione collaborativa, perché è abbastanza chiaro che la conoscenza è il presupposto per agevolare la partecipazione del cittadino allo svolgimento dell'attività amministrativa, sotto il punto di vista dinamico, la medesima pubblicazione rappresenta, evidentemente, anche una spia della *performance* delle amministrazioni che va valutata, evidentemente, con l'occhio rivolto all'arco temporale dei tre anni visto che la delibera 105 del 2010 detta indicazioni da valutare, sul piano dei risultati raggiunti, una volta decorsi tre anni dalla delibera stessa, ma con un monitoraggio costante da effettuare con cadenza semestrale per evitare che il tempo trascorra senza raggiungere i risultati voluti. Il documento riaggiorna la lista dei contenuti essenziali da pubblicare sul sito *web* dell'ente pubblico<sup>373</sup>, e conferma quanto aveva ipotizzato la riforma Brunetta, cioè la trasparenza come esito finale di una

---

<sup>372</sup> In un convegno tenuto nel febbraio del 2012 presso l'Aula Magna della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, il presidente della Corte dei Conti, Luigi Giampaolino ha sottolineato che il ruolo della Corte è costituzionalmente indirizzato alla trasparenza visto che è organo sia garante della rendicontazione in termini contabili e di risultato, sia giudice della responsabilità degli amministratori pubblici. Ed invero, ha aggiunto Giampaolino, la Corte dei Conti opera in senso dinamico anche per cercare di garantire una trasparenza preventiva in quanto il controllo sulla regolarità della gestione non va inteso solo nel senso classico di irrogare delle sanzioni al funzionario pubblico colpevole di mala amministrazione ma anche segnalando, in generale i rischi, o ancor prima, i sintomi di rischio che minacciano gli equilibri finanziari e, più in generale, la corretta gestione del denaro pubblico e dell'attività degli enti. Questo intervento del presidente della Corte dei Conti consegna all'organismo sempre più il ruolo di custode del corretto utilizzo delle risorse pubbliche e, nel contempo, consegna alla trasparenza, sia successiva che preventiva un forte significato etico.

<sup>373</sup> Per una consultazione integrale sia della delibera che del contenuto obbligatorio dei siti *web* delle amministrazioni si rimanda alla voce *on-line*: [www.civit.it/wp-content/uploads/Delibera-n.105.20102.pdf](http://www.civit.it/wp-content/uploads/Delibera-n.105.20102.pdf). Tra i punti qualificanti della delibera, si segnala anche un aggiornamento delle linee guida per i siti *web* delle amministrazioni, sia con riferimento al profilo delle modalità di reperire i dati che al profilo quantitativo denominato "contenuti minimi dei siti *web* istituzionali". Si precisa che la pubblicazione dei dati dovrà avvenire in coerenza con 6 aspetti qualificanti: 1) trasparenza e contenuti minimi dei siti pubblici; 2) aggiornamento e visibilità dei contenuti; 3) accessibilità e usabilità; 4) classificazione e semantica; 5) formati aperti; 6) contenuti aperti. Si precisa poi che, al fine di poter facilmente individuare l'apposita sezione "Trasparenza, valutazione e merito", che dovrà essere inserita in ogni sito istituzionale degli enti pubblici, questa sezione dovrà essere necessariamente contenuta nella *home-page*. Mi pare importante fare osservare che le linee guida conferiscono particolare rilievo anche al fattore tempo ed infatti raccomandano sia di inserire l'anno a cui si riferiscono i dati che vengono pubblicati, sia di procedere a tempestivi aggiornamenti di quei dati che non sono più validi perché superati da una diversa realtà concreta. Ad esempio, per quanto riguarda un certo incarico professionale, dovrà essere obbligatoriamente indicato l'anno a cui si riferisce e il compenso percepito. Si raccomanda poi l'uso di formati aperti e si chiede di approntare anche strumenti di notifica in modo che l'utente possa essere sempre informato del fatto che sono intervenute novità in dati che, magari, aveva consultato in un passato anche recente.

politica fatta di concertazione. La prova di questo assunto è data dal fatto che, accanto all'insostituibile organo di indirizzo politico-amministrativo, un compito valutativo debba poi spettare all'Organismo indipendente di valutazione, OIV, perché è proprio quest'ultimo soggetto il responsabile della verifica della corretta applicazione delle metodologie e degli strumenti predisposti dalla Commissione e, nella convinzione dell'indispensabile e proficuo coinvolgimento dei cittadini, la delibera immagina un ruolo attivo di altre strutture, ad esempio gli URP, chiamati a raccogliere critiche, ma soprattutto proposte dei cittadini per avere un risultato che sia veramente l'esito della partecipazione di tutte le componenti interessate.

Tornando di seguito alla normativa Brunetta, questa prevede che, all'interno di detta Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni, venga istituito un organo ulteriore, la Sezione per l'integrità nelle amministrazioni pubbliche, art. 13, comma 8, che ha il compito di favorire "all'interno delle amministrazioni pubbliche, la diffusione della legalità e della trasparenza e sviluppare interventi a favore della cultura dell'integrità".

A tal fine, il decreto legislativo n. 150 del 2009, introduce lo strumento, poi riempito di contenuti dalla CIVIT, del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, che rappresenta, secondo lo scrivente, e visti gli sviluppi successivi al 2009, lo strumento più importante per l'obiettivo in questione, tanto che il legislatore ha pensato che la sua definizione non possa che avvenire tramite l'obbligatoria consultazione dei cittadini, coinvolgendo i loro organismi di rappresentanza, con particolare riferimento alle associazioni dei consumatori. Il fatto che il Programma triennale sia l'architrave della trasparenza dell'ente pubblico è poi confermato anche dalla presenza, in questo decreto legislativo, di un adeguato apparato sanzionatorio; si pensi, in particolare, all'art. 11, comma 9, che "vieta l'erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti", nel caso in cui sia riscontrabile la mancata predisposizione e realizzazione del piano o l'elusione dell'obbligo di pubblicazione del medesimo.

Infine, tra i tanti punti qualificanti della normativa, merita di essere ricordato anche il fatto che il decreto n. 150 individua, nell'organo politico-amministrativo, quello deputato a definire il percorso di trasparenza dell'ente, e, quindi, quello avente concretamente il compito di stabilire i criteri attraverso i quali assicurare che il sistema della trasparenza venga realizzato e che funzioni veramente con continuità.

Quali sono le considerazioni generali che si possono condurre sulla Operazione Trasparenza voluta dall'ex ministro Brunetta?

Certamente non mancano le luci, l'aspetto più importante è l'elaborazione di una nozione di trasparenza amministrativa che, fondata sull'accessibilità totale, pare disegnata in senso fortemente dinamico, perché chiama le amministrazioni a svolgere tutta una serie di comportamenti attivi per mettere a disposizione dei

cittadini informazioni concernenti tutti gli aspetti segnalati, da quelli organizzativi, a quelli riguardanti la valutazione delle *performance* del personale, dai resoconti inerenti le spese sostenute e le retribuzioni corrisposte al personale, per proseguire con tutte le informazioni di contatto nei confronti del personale, soprattutto i dirigenti. Però, e questa è la prima perplessità, ci si domanda se il legislatore del 2009 non abbia esagerato nel percorrere l'accessibilità totale ed il dubbio sorge consultando l'art. 4, comma 9, della legge n. 15 del 2009, che ha previsto un'integrazione all'art. 1 del codice della *privacy*, il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, prevedendo addirittura che "le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale".

Questa norma della legge n. 15 introduce, quindi, una significativa eccezione alla riservatezza dei dati personali, che viene derogata nell'ipotesi in cui il dato personale sia ritenuto necessario per valutare il livello qualitativo dei dipendenti delle amministrazioni; se si riflette sul regime giuridico del pubblico impiego, non si può non pensare al fatto che già l'abrogato celebre decreto n. 29 del 1993 apriva la strada alla contrattualizzazione del pubblico impiego. Suona un tantino stonata, oltretutto quasi ironica, una normativa che, in tempi in cui il regime giuridico del rapporto del dipendente pubblico è assimilabile a quello di un privato, espone il dipendente delle amministrazioni alla pubblicazione obbligatoria di qualsiasi notizia, anche personale, che lo riguardi, in ossequio all'ossessiva ricerca del massimo di trasparenza.

Si parte da un lodevole intento, per addivenire, invece, ad esiti che non convincono affatto, soprattutto pensando all'art. 3 della Costituzione che sembra disatteso in modo chiaro, in presenza di una non tollerabile disparità di trattamento tra i dipendenti pubblici e quelli privati, gli uni esposti all'obbligo di rendere note informazioni concernenti dati personali, se si deve valutare il livello qualitativo delle loro *performance* lavorative, gli altri, in quanto dipendenti privati, completamente esonerati dall'applicazione di tale normativa nei loro confronti.

Le perplessità non finiscono, se si ragiona in generale nel senso che oggi il sistema presenta due istituti che sono troppo distanti, per funzionare senza collisione alcuna: da un lato, vi è un regime di profonda conoscibilità dell'attività amministrativa via *web*, che pervade la sfera privata dei dipendenti, da un altro lato vi è uno strumento, come il diritto di accesso, il cui funzionamento si regge su molti tecnicismi e complicazioni, tali da fare auspicare un nuovo intervento del legislatore per renderlo più facilmente fruibile, onde evitare probabili contrasti: esprimendoci in altri termini, un giudice come si deve regolare dinnanzi ad una istanza di accesso avente ad oggetto solo questioni organizzative, e quindi tesa solo a verificare il buon funzionamento dell'attività di un ente pubblico? Deve rispondere negativamente

all'istanza, alla luce di quanto prevede l'art. 24, comma III, della 241, o deve rispondere positivamente, in base all'art. 4, comma 7, della legge 15 del 2009?

E' chiaro che, come sempre, la parola spetta agli sviluppi giurisprudenziali, sia del Giudice delle leggi, che della giurisprudenza amministrativa. Sarà la Consulta a doversi eventualmente pronunciare sulla sussistenza di un'eventuale disparità di trattamento tra lavoratori privati e pubblici, che emerge nella prospettiva di una valutazione delle possibili criticità della legge n. 15 del 2009 e, più in generale, dell'Operazione Trasparenza lanciata dall'ex ministro Brunetta. Sarà inoltre soprattutto la giurisprudenza amministrativa, in forza del fatto che le controversie in materia di accesso sono oggetto di giurisdizione esclusiva, ex art. 136 del codice del processo amministrativo, a dovere fornire una risposta in relazione al rapporto da instaurare tra l'attuale complicato diritto di accesso e la nuova definizione di trasparenza amministrativa che travalica, ed in modo piuttosto evidente, gli angusti confini attuali del primo strumento, nella speranza che i due istituti trovino un corretto equilibrio tra le due opposte tensioni e non vanifichino la trasparenza amministrativa informatica, così come ridefinita in senso dinamico.

E' pertanto auspicabile che il legislatore del futuro operi in maniera più sistematica, soprattutto con riferimento alla contemporanea presenza nell'ordinamento vigente di varie fonti contrastanti o, a volere essere generosi, non coerenti tra loro: come considerare infatti, se non in termini conflittuali, il rapporto tra l'art 54 del Codice dell'amministrazione digitale e la nuova definizione di trasparenza nel segno dell'accessibilità totale? Da un lato il catalogo dell'art. 54, ormai quantitativamente e qualitativamente superato, concernente una serie di informazioni da pubblicare obbligatoriamente nel sito istituzionale dell'ente pubblico, da un'altra parte l'Operazione Trasparenza del 2009 e il decreto sviluppo del 2011 che estendono l'obbligo di pubblicare obbligatoriamente sul sito istituzionale dell'ente moltissimi nuovi dati. Sotto questo punto di vista, la coerenza sistematica e il rischio da scongiurare di ingenerare confusioni negli interpreti e orientamenti giurisprudenziali nettamente contrastanti su un aspetto di tale importanza, imporrebbero sicuramente un adeguamento dell'art. 54 del Codice dell'amministrazione digitale per accrescimento, cioè inserendo nella norma tutte quelle ipotesi di pubblicazione obbligatoria previste nelle normative introdotte da Brunetta nel 2009 e nel decreto Sviluppo del 2011.



## *11. Considerazioni conclusive*

Si impone una prima considerazione generale, in relazione al modello di trasparenza amministrativa attualmente vigente, quello nel segno dell'accessibilità totale per il tramite del principio di pubblicità. A prima vista, questo è il modello ideale e si potrebbe essere portati a ritenere che il legislatore dovrebbe continuare a procedere nel senso della potenziale disposizione del cittadino di un numero di dati sempre crescente e tendente verso l'infinito.

Merita, invece, di essere svolta in questa sede una considerazione che potrebbe stupire: mi trovo, infatti, pienamente concorde con le conclusioni del professor Carloni, il quale ritiene che occorre prestare una certa cautela perché la troppa trasparenza, sembra assurdo ma è così, rischia di generare l'effetto opposto, rischia cioè di non illuminare, come si auspica, l'attività dei pubblici poteri. Sembra paradossale ma, l'ossessiva ricerca della trasparenza tramite la messa a disposizione di un crescente numero di notizie nel sito istituzionale dell'ente, potrebbe, addirittura, cagionare l'effetto opposto, cioè provocare opacità della trasparenza<sup>374</sup>. Potrebbe accadere che il cittadino, che dovrebbe essere il massimo beneficiario di questo enorme flusso di informazioni, venga disorientato dall'eccesso di informazioni, che non consentono di comprendere quali, tra le tante, siano veramente importanti. Non è consequenziale che, al crescere della quantità di informazioni, cresca la trasparenza; certamente si può ritenere che, in linea generale, sia senz'altro meglio che i dati a disposizione siano in numero elevato, che ristretto; ma, al tempo stesso, pare preferibile un modello centrato su un numero finito di informazioni, che non infinito, in quanto difficile da maneggiare. In teoria, le informazioni disponibili, pur essendo una miriade, potrebbero non riguardare elementi significativi. Chi ci assicura che la quantità corrisponda, sicuramente, all'attendibilità e alla significatività delle informazioni? Si sarebbe tentati di dire che questo spetti al legislatore, ma è del tutto legittimo il dubbio che, chi ha il compito di legiferare, operi per accumulo, nel subdolo intento di mettere in ombra elementi fondamentali.

Proprio a questo proposito, è invece da rigettare, con una certa decisione, quella prospettiva che si potrebbe adombrare, secondo la quale sarebbe meglio nascondere, in un'ottica di amplissima disponibilità, certe informazioni scomode al cittadino perché, sebbene sicuramente funzionali a quel particolare modo di essere dell'amministrazione che risponde all'aspirazione della trasparenza amministrativa, potrebbero generare sull'utenza l'effetto di minare la credibilità delle istituzioni e, in definitiva, la fiducia degli stessi utenti nel principio democratico. E' indubbio che si tratti di un ragionamento piuttosto pericoloso, fondato sull'idea dell'utilità della menzogna, che però conduce molto lontano rispetto all'obiettivo della trasparenza, che dovrebbe essere, opportunamente,

---

<sup>374</sup> E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, reperibile integralmente su Internet nel sito: [www.unipg.it](http://www.unipg.it), in cui l'autore mette opportunamente in guardia dal disorientamento cagionato dall'eccesso di informazioni.

modellata in un rapporto con la riservatezza, che sia fondato sulla consapevolezza, prima etica e poi anche giuridica, che la prima può essere soltanto la regola, relegando la seconda al rango di eccezione.

Non sembra, inoltre, per niente convincente il fortissimo dibattito politico che ha pervaso la società italiana in materia di protezione della riservatezza; i troppi difensori italiani della riservatezza possono essere seguiti solo in quella scelta esorbitante del legislatore di azzerare qualsiasi esigenza di protezione dei dati personali del dipendente pubblico, se vi è da valutare la qualità delle sue prestazioni personali.

Rimane, poi, sullo sfondo l'insoluta questione del divario digitale, con una recentissima sorpresa in materia. Infatti, in un recentissimo rapporto del gennaio 2012 la Commissione europea<sup>375</sup> ha stabilito che l'Italia è in una posizione di avanguardia in Europa, rispetto alla percentuale di servizi pubblici di base che sono interamente disponibili su Internet. Il nostro paese ha ormai raggiunto la stupefacente soglia del 100%, saldamente in testa rispetto a paesi che noi italiani siamo inclini a considerare più evoluti, come la Germania che si ferma al 90,9% o la Francia, ancora più indietro con l'83,3%. Però, e qui finiscono le note liete, in quanto l'*e-government* ha un senso solo se i cittadini utilizzano i servizi informatici che le amministrazioni mettono a disposizione, scorrendo nelle statistiche, si scopre che il numero di cittadini italiani che, nell'arco dei tre mesi precedenti il rapporto della Commissione europea, ha inviato o ricevuto un qualsiasi documento della pubblica amministrazione *on-line* è il più basso d'Europa, pari al 10,7%.

Prima considerazione, scontata, i servizi pubblici in rete ormai ci sono, ed in grande numero, ma i cittadini non li utilizzano. Perché? La ragione è semplice e proviene ancora una volta dalle statistiche, stavolta gli ultimi dati Eurostat disponibili, relativi a Dicembre 2011 e riguardanti il numero di case in Italia con accesso ad Internet. Si badi bene: non si parla di un più congruo accesso a banda larga, ma di un accesso con il vecchio doppino telefonico, quanto ci sia di più lontano dalle mitiche autostrade informatiche. Ebbene, le case collegate ad Internet in Italia sono appena il 62% contro l'84% della piccola Finlandia, ma anche l'83% della Germania o il 76% della Francia, forse l'esempio più calzante da porre a riferimento anche per il numero di abitanti pressoché identico, intorno ai 60 milioni. E' vero che l'Italia, secondo i dati Nielsen riferiti al 2011, è il paese dove si vende il maggior numero percentuale di telefonini intelligenti al mondo, con la relativa diffusione esponenziale del cosiddetto Internet mobile, utilizzato nel Bel Paese da circa 16,5 milioni di persone; ma è ragionevole pensare che, ad oggi, il dialogo con le amministrazioni avente ad oggetto la fruizione dei servizi informatici disponibili, avvenga ancora esclusivamente per mezzo di più comodi e fruibili accessi domestici. In realtà, per amor di verità,

---

<sup>375</sup> La fonte di riferimento della notizia è il Corriere della Sera del 30 gennaio 2012.

quello che manca realmente è la controprova. Infatti, è un dato di fatto incontestabile quello secondo cui, ad oggi, la pubblica amministrazione complessivamente intesa, sia quella degli enti centrali, sia quella identificabile negli enti locali, non ha ancora provveduto ad offrire alcun servizio al cittadino a pagamento via cellulare. Si pensi per esempio ai *ticket* sanitari, alla possibilità di saldare le multe, a quella di pagare il canone televisivo RAI, o ancora, alla possibilità di rendere accessibili mediante i telefonini intelligenti i certificati pubblici: dai documenti di identità, a quelli sanitari, sino ai certificati elettorali, quale primo assaggio di quella possibilità costituita dal voto elettronico, con tutte le incognite del caso, limitato per ora, almeno in Italia al solo livello di sparse sperimentazioni<sup>376</sup>.

Sotto questo punto di vista, si possono trarre due considerazioni finali, una di carattere tecnologico e anagrafico, un'altra giuridica. Sotto il primo versante ricompare, potentemente, l'irrisolto problema bifacciale del *digital-divide*<sup>377</sup> che, come ben illustrano gli ultimi dati ricordati, in Italia ha ancora contorni di grave pervasività e configura, ad oggi, come siano molto lontani gli obiettivi, sia individuali che di nucleo familiare, stabiliti dall'Unione Europea per il 2020, fissati rispettivamente, in un accesso alla rete con una velocità di banda pari a 30 mega al secondo per individuo e addirittura corrispondenti a 100 mega al secondo per almeno il 50% dei nuclei familiari. Non si può, certo, sottacere il profilo bifacciale del divario digitale, in quanto esso risalta anche dal punto di vista anagrafico, con una differenza abissale tra i cittadini che scoprono le tecnologie informatiche ed il mondo di Internet in età avanzata e i cosiddetti nativi digitali, coloro che sono nati e cresciuti con la Rete<sup>378</sup>. Da un altro punto di vista, che poi è una faccia della stessa medaglia, non si può non censurare, come altamente discutibile, una scelta quale quella del legislatore che, in nome dell'accessibilità totale, ad oggi largamente inutilizzata dai cittadini, sceglie di sterilizzare la ancor validissima opzione del diritto di accesso, quale strumento idoneo ad assicurare che l'attività amministrativa si svolga in modo realmente democratico ed, in definitiva, realmente trasparente.

Sotto questo punto di vista, riflettendo sul fatto che in alcuni settori del nostro ordinamento il diritto di accesso è azionabile senza le limitazioni contenute nella legge n. 241 del 1990 in considerazione della delicatezza della materia in gioco, si pensi soprattutto all'accessibilità alle informazioni ambientali<sup>379</sup>, non filtrata

---

<sup>376</sup> L'unico caso in Italia di voto elettronico avente valore legale è stato quello del 2007 avente ad oggetto il referendum consultivo per l'unione dei comuni di Campolongo al Torre e Tapogliano, siti presso Udine.

<sup>377</sup> Per un quadro completo sui molteplici profili del divario digitale, si consiglia la lettura della fonte esaustiva di D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in *Introduzione all'e-government*, cit., p. 209 ss.

<sup>378</sup> Per affrontare l'affascinante tematica del rapporto tra Internet e i nativi digitali, espressione che designa la categoria di soggetti nati dopo il 1980, si consiglia il bel libro a cura di J. Palfrey e U. Gasser, *Nati con la rete*, Milano 2009.

<sup>379</sup> M. CIAMMOLA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente al D. LG. n. 195 del 2005*, in *Foro Amm.- Cons. di Stato-*, pp. 657-717.

da stati soggettivi del soggetto agente, è quantomeno incauta ed in definitiva criticabile la netta scelta del legislatore, così limpida da fare ritenere difficili ripensamenti a breve termine, di abiurare definitivamente ad un istituto che, ancora oggi, sarebbe assai prezioso per assicurare un significativo e penetrante controllo, avente ad oggetto un trasparente svolgimento dell'azione pubblica.

oooooooo

## Bibliografia

### *Testi e documenti*

Atti del XXXV° convegno di studi di scienza dell'amministrazione: "L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza", Milano, Giuffrè, 1991;

AA. VV., Codice dell'amministrazione digitale, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 2008;

AA. VV., Codice dell'amministrazione digitale, a cura di Enrico Carloni, Rimini, Maggioli, 2005;

AA.VV. Commentario della Costituzione, art. 1-12, a cura di Giuseppe Branca, Bologna, Zanichelli, 1975;

AA.VV., Commentario alla legge sul procedimento amministrativo: L. n. 241 del 1990 e successive modificazioni, Padova, Cedam 2007;

AA.VV., Commentario della Costituzione, art. 97-98, a cura di Giuseppe Branca, Bologna, Zanichelli, 1994;

AA. VV. Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza, Roma, Carocci, 2006;

AA.VV. Ict e società dell'informazione, Milano, McGraw-Hill, 2010;

AA. VV. La e-administration: levier de la réforme de l'Etat, Parigi, Dunod, 2005;

AA. VV., La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore, Urbino, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001;

AA. VV., La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, a cura di Gregorio Arena, Rimini, Maggioli, 2001;

AA. VV., La trasparenza amministrativa, a cura di Francesco Merloni, Milano, Giuffrè, 2008;

AA. VV., Manuale di diritto pubblico, I, Diritto pubblico generale, Bologna, Il Mulino, 1997;

AA. VV., Nati con la rete. La prima generazione cresciuta su Internet. Istruzioni per l'uso, Milano, Rizzoli, 2009;

AA. VV., Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 241/1990, Rimini, Maggioli, 1991;

AA.VV., Risposta alla domanda: che cosa è l'illuminismo, in Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto, Torino, Utet, 1956;

- AA.VV., Storia del diritto amministrativo, Bari, Laterza, 2001;
- Acquarone L., Il segreto d'ufficio, Milano, Giuffrè, 1965;
- Alatri P., Scritti politici di Jean Jacques Rousseau, Milano, Utet, 1970;
- Allegretti U., L'imparzialità amministrativa, Padova, Cedam, 1965;
- Arena G., Accesso ai documenti amministrativi e circolazione delle informazioni, in La Trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, a cura di Marcello Clarich, allegato a Mondo Economico, 27 febbraio 1994, p. 24;
- Arena G., Il diritto di accesso, Relazione tenuta al convegno "Le innovazioni della disciplina generale dell'azione amministrativa. Una prima lettura della legge 11 febbraio 2005, n. 15", Parma, 10 giugno 2005, in AA. VV. La trasparenza amministrativa, a cura di Francesco Merloni, Milano, Giuffrè, 2008;
- Arena G., Il segreto amministrativo, volume I, profili storici e sistematici, Padova, Cedam, 1983;
- Arena G., Il segreto amministrativo, volume II, profili teorici, Padova, Cedam, 1984;
- Arena G., La funzione pubblica di comunicazione, in La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, a cura di Gregorio Arena, Rimini, Maggioli, 2001;
- Arena G., La legge sul diritto all'informazione e la pubblicità degli atti dell'amministrazione negli Stati Uniti, n. 3, 1978, pp. 279-328;
- Arena G., La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi, in L'accesso ai documenti amministrativi, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 15-93;
- Arena G., La tutela della privacy informatica, in Giornale di Diritto Amministrativo, 1997, p. 505 ss.;
- Arena G., Semplificazione normativa: un'esperienza ed alcune riflessioni, in Le Regioni, n. 5, 1995, pp. 851-875;
- Arena G., voce "Trasparenza amministrativa", in Enciclopedia giuridica Treccani, Treccani 1995;
- Benvenuti F., Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1952;
- Benvenuti F., L'attività amministrativa e la sua disciplina generale, in (Atti del Convivium generale di studi giuridici, Trento, 1957, p. 49 ss.), in Scritti giuridici, II, p. 1509 ss., Milano, Vita e Pensiero, 2006;

- Benvenuti F., Mito e realtà nell'ordinamento giuridico italiano, in (L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti, Vicenza, 1969, p. 67 ss.), in Scritti Giuridici, III, p. 2750 ss., Milano, Vita e Pensiero, 2006;
- Benvenuti F., Scienza dell'amministrazione, diritto amministrativo e riforma della pubblica amministrazione, in (La tecnica dell'organizzazione nelle pubbliche amministrazioni, III, 1956, p. 53 ss.), in Scritti giuridici, II, p. 1344, Milano, Vita e Pensiero, 2006;
- Benvenuti F., Scienza dell'amministrazione, diritto amministrativo e riforma della pubblica amministrazione, in (La tecnica dell'organizzazione nelle pubbliche amministrazioni, III, 1956, p. 415 ss.), in Scritti giuridici, II, p. 1344, Milano, Vita e Pensiero, 2006;
- Berti G., Il funzionario e la responsabilità, in Studi in memoria di Vittorio Bachelet, Milano, Giuffrè, 1987;
- Berti G., Procedimento, procedura, partecipazione, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova, Cedam, 1975;
- Bobbio N., Il futuro della democrazia, Torino, Einaudi, 1995;
- Bobbio N., La democrazia e il potere invisibile, in Rivista italiana di scienza politica, 1980, pp. 181 ss.;
- Bombardelli M., I documenti del Consiglio di Stato e dei Tar sottratti all'accesso, in Giornale di Diritto Amministrativo, 1995, p. 601 ss.;
- Canetti E., Massa e potere, a cura di Jori, Milano, Adelphi, 1982;
- Carlone E., Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni, in La Trasparenza amministrativa, AA. VV., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 349-383;
- Carlone E., La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2009;
- Carlone E., Le difficoltà per una visione organica dell'eGovernment: il pluralismo amministrativo, in Introduzione all'eGovernment, a cura di Francesco Merloni, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 35-54;
- Carlone E., Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni, in Diritto Pubblico, n. 2, 2005, p. 573 ss.;
- Carnevale P., Note e considerazioni sulla disciplina del procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, in Tribunale Amministrativo Regionale, 1990, p. 321 ss.;
- Cassese S., Il sistema amministrativo italiano, Bologna, Il Mulino, 1983;

Cassese S. Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 1968;

Cerri A., *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffè, 1976;

Cerulli Irelli V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2005;

Chiarloni S., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, Franco Angeli, 2001;

Chiodi G. M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, Laterza, 1969;

Ciammola, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente al D. lg. n. 195 del 2005*, in *Foro Amministrativo - Consiglio di Stato-*, 2007, pp. 657-717;

Chomsky N., *Capire il potere*, Milano, il Saggiatore, 2002;

Conforti B., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro Italiano*, 2002, p. 229;

Corletto D., voce "Pubblicità degli atti amministrativi", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, 1995;

Corpaci A., *Spunti critici della giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, 1995, pp. 185-201;

Corso G., *Il cittadino e l'amministrazione pubblica in Regione e Governo Locale*, 1, 1989;

Costantino G., *Il giusto processo di fallimento*, in *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002;

Di Andrea C., *Le parole nuove della Costituzione dopo l'entrata in vigore delle modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2001, pp. 163-171;

Donati D., *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in *La trasparenza amministrativa*, AA. VV., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 83-130;

D'Amico R., *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, 1, Milano, Hoepli, 2006;

Duni G., voce *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, 2007, p. 14;



Duni G., L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica, Milano, Giuffrè, 2008;

European Information Tecnology Observatory, in *Informatica Pubblica*, 3, 1994, p. 31 ss.;

Fois S., Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla "identità personale", in *AAVV, L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, p. 159 ss.;

Forti U., Atto e procedimento amministrativo, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova, Cedam, 1931;

Franchini C., La relazione governativa sulla delegificazione e sulla modernizzazione delle Istituzioni, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985, p. 304 ss.;

Galasso G., *Potere e Istituzioni*, Torino, Einaudi, 1974;

Gardini G., *Le regole dell'informazione*, Milano, Mondadori, 2005;

Garin E., *Storia della filosofia italiana*, vol. III, Torino, Einaudi, 1978;

Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970;

Giannini M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981;

Giannini M. S., *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 169;

Giannini M. S., Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1982, p. 733 ss.;

Irti N., <<Codici di settore>>: compimento della decodificazione, in *Diritto e Società*, p. 131 ss.;

Ledda F., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam 2002;

Loiodice A., *Conoscibilità dell'attività amministrativa e difesa giudiziaria*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1967;

Loiodice A., *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, Jovene, 1969;

Loiodice A., *Informazione*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971;

Loiodice A., *Libertà e società dell'informazione*, in *Problemi attuali di Diritto Pubblico*, AA. VV., Bari, Cacucci, 1990;

Mancini P., *Manuale di comunicazione pubblica*, Roma - Bari, Laterza, 2002;

Marrama R., La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 1989;

Marsocci P., La disciplina dell'attività di comunicazione, in AA. VV., *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Gregorio Arena, Rimini, Maggioli, 2001, p. 103 ss.;

Martines T., *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1986;

Martini F., *Il sistema informativo pubblico*, Torino, Giapichelli, 2006;

Masucci A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie, Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giapichelli, 2011;

Mattarella B. G., *Diritto d'accesso e segreto d'ufficio: il caso della Consob*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1997, p. 831;

Mattarella B. G., *Il declino della motivazione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6, 2007, p. 617 ss.;

Mattarella B. G., *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* a cura di Sabino Cassese, Milano, 2006, p. 3129;

Mattarella B. G., *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Il provvedimento amministrativo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5, 2005, p. 460 ss.;

Mattarella B. G., *Le dieci ambiguità della legge n. 15/2005*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 8, 2005, p. 817 ss.;

Mattarella B. G., *L'informazione amministrativa: profili generali*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, a cura di Francesco Manganaro e Antonio Romano Tassone, Torino, Giapichelli, 2005, p. 13 ss.;

L. A. Mazzaroli, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, Cedam, 1998;

Mazzocolo E., *La legge comunale e provinciale*, 5° ed., Milano, Hoepli, 1905;

Meloncelli A., voce "Pubblicità", *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1027 ss.;

Menichetti E., *La trasparenza amministrativa tra informazioni, dati e documenti: lo stato dell'arte in Italia prima del Codice dell'amministrazione digitale*, in AA. VV., *Codice dell'amministrazione digitale*, a cura di Enrico Carloni, Rimini, Maggioli, 2005, pp. 285-295;

Menichetti E., *Il decalogo della trasparenza on-line*, in AA. VV., *Codice dell'amministrazione digitale*, a cura di Enrico Carloni, Rimini, Maggioli, 2005, pp. 314 ss.;

- Merloni F., *Introduzione all'@government*, a cura di Merloni, Torino, Giapichelli, 2005;
- Merloni F., *Trasparenza delle Istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, AA. VV., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 3-27;
- Modugno F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIV, Roma, Treccani, 2002;
- Morbidelli G., *Il procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, 1993, Bologna, Il Mulino, 1993;
- Morbidelli M., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di Alberto Predieri, Firenze, Passigli, 1997;
- Morcellini M., *Il cambiamento si fa legge. Chance di implementazione e compiti della formazione*, in *Rivista Italiana di Comunicazione Pubblica*, 2000, V, pp. 148-152;
- Napolitano G., *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007;
- Napolitano G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5, 2005;
- Nigro M., voce "Amministrazione Pubblica" (Organizzazione), in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1988, p. 5 ss;
- Nigro M., *Relazione al convegno di Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988*, in *Il Procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, p. 3 ss;
- Occhiena M., *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, p. 57 ss;
- Orestano R., *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Padova, Cedam, 1983;
- Paladin L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*. Aprile 1979 – Dicembre 1983, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, I, p. 234;
- Paleologo G., *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991, p. 13;
- Paolantonio N., *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Franco Giovanni Scoca, Giapichelli, Torino, 2008, p. 244;
- Pastori G., *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, Vicenza, Giuffrè, 1964;

Picozza E., Finalmente la legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, in *Corriere Giuridico*, p. 1045 ss.;

Pietrangelo M., *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, Giuffrè, 2007;

Pizzetti F. G., Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di Stefano Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2006;

Pizzorusso A., I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona, in AA.VV., *il diritto alla identità personale*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova, Cedam, 1983, p. 159 ss.;

Pizzorusso A., *La pubblicità degli atti normativi*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 18;

Pubusa A., *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino, Giapichelli, 1992;

Remond R., *La secolarizzazione. Religione e società nell'Europa contemporanea*, Bari, Laterza, 1999;

Rifkin J., *La fine del lavoro, il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Milano, Mondadori 2002;

Rifkin J., *L'era dell'accesso, la rivoluzione della new economy*, Milano, Mondadori, 2000;

Rodotà S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino, 1973;

Roehrsen G., *La Corte Costituzionale e il diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo degli anni '80. Atti del 30° convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1987;

Rolando S., *La comunicazione pubblica in Italia*, Milano, Editrice Bibliografica, 1995;

Romano Tassone A., A chi serve il diritto di accesso? Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso, in *Diritto Amministrativo*, 2, 1995, pp. 315 ss;

Roudinesco E., *La dictature de la transparence*, *Liberation*, 2 dicembre 2010;

Rossi G., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005;

Salerno F., *Il neo dualismo della Corte Costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, p. 340;

Sandulli A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940;

Sandulli A. M., *L'accesso di documenti amministrativi*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5, 2005, p. 494 ss.;

Sandulli A., La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6, 2007, pp. 669-672;

Sandulli A. M., voce Procedimento, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di Clarich e Fonderico, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007;

Sanna E., Il mandato di pagamento informatico dal d. P. R. 367/1994 all'attuazione concreta, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002;

Sciacca M. F., *Il pensiero italiano nell'età del Risorgimento*, Milano, Marzorati, 1963;

Schinaia M. E., Aldo M. Sandulli: il procedimento amministrativo, in Aldo Maria Sandulli (1915-1984) : attualità del pensiero giuridico del maestro a cura di Caravita, Milano, Giuffrè, 2004;

Selleri B., Profili operativi del diritto di accesso agli atti amministrativi, in *Il Foro Amministrativo*, 1987, p. 3559;

Simonati A., L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza, in *Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche*, Trento, Università degli studi, 2002;

Sordi B., Istituzioni e storia nel pensiero di Feliciano Benvenuti, in *Jus*, 2000, 3, p. 426;

Spanu G., *Il pensiero di G. D. Romagnosi. Un'interpretazione politico-giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2008;

Starobinski J., *La trasparenza e l'ostacolo*, Bologna, Il Mulino, 1982;

Tarantini G., Pubblicità degli atti e diritto d'accesso, in AA. VV., *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso*, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza degli Studi di Perugia, Napoli, 1991, pp. 50-51;

Teresi F., Partecipazione e pubblicità nelle proposte di legge sull'azione amministrativa, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1975, p. 519 ss.;

Travi A., La l. n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?, in *Corriere Giuridico*, 4, 2005, p. 449 ss.;

Venturini F., Conoscibilità, disponibilità e ruolo di Internet, in *Documenti e dati pubblici sul web*, a cura di Piero Cavalieri e Fernando Venturini, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 17-84;

Villata R., *La trasparenza nella pubblica amministrazione*, in *Diritto Processuale amministrativo*, 1987, p. 532;

Virga G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998;

Virga G., Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale del diritto di accesso agli atti amministrativi, in Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza, 1989, pp. 2118-2132;

Zatti P., Il diritto alla identità e “l’applicazione diretta” dell’art. 2 Cost., in AAVV, Il diritto alla identità personale, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova, Cedam, 1981, p. 55 ss.

### ***Internet***

<http://amministrazioneincammino.luiss.it>;

<http://blog.ernestobellisario.eu>;

<http://blog.civicum.it/2008/04/22/accessoagliattiundiritttofinto/>;

[http://books.google.it/books=principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni](http://books.google.it/books=principi_fondamentali_di_diritto_amministrativo_ondetesserne_le_istituzioni), Romagnosi G.D., 1835, terza edizione;

<http://eur-lex.europa.eu>;

<http://europa.eu>;

<http://legislature.camera.it>;

[http://skilriki.is/media/skjol/electronic\\_sig\\_report.pdf](http://skilriki.is/media/skjol/electronic_sig_report.pdf);

<http://www.digitpa.gov.it>;

<http://eprints.unife.it>;

<http://www.digitpa.gov.it/firma-digitale>;

<http://spol.unica.it/teleamm/>;

<http://www.un.org>;

[www.amministrativamente.it](http://www.amministrativamente.it)/, Sarcone V., Dalla <<casa di vetro>> alla <<home page>>: <<la trasparenza amministrativa>> nella legge 15/2009 e nel suo decreto attuativo (passando per la legge n. 69/2009);

[www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)/, Dogliani M., Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell’attività di governo;

[www.astrid-online.it/rassegna/](http://www.astrid-online.it/rassegna/), Cerulli Irelli V., Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell’azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante “Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241”, 2005, n. 4;

[www.cada.fr/rapport/transparence](http://www.cada.fr/rapport/transparence);

[www.censis.it](http://www.censis.it);

[www.cnipa.gov.it](http://www.cnipa.gov.it);

[www.compubblica.it](http://www.compubblica.it);

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it);

[www.diritto.it](http://www.diritto.it), Giannone D., Il punto sul diritto di accesso, 2002;

[www.diritto.it](http://www.diritto.it), Sgueo G., La trasparenza nel sistema statunitense sulla sicurezza per gli alimenti, 2008;

[www.diritto.it/articoli/amministrativo/Remotti](http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/Remotti), R. Remotti, Imparzialità e buon andamento nel pubblico impiego alla luce dei principi costituzionali, 2004;

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), Morrone A., Il nomos del segreto di Stato, tra politica e Costituzione;

[www.fas.org](http://www.fas.org);

[www.fcc.gov](http://www.fcc.gov);

[www.giurdanella.it](http://www.giurdanella.it);

[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

[www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Carlotti](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Carlotti);

[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)/Gallo C. E., La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della Costituzione;

[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)/Romano Tassone A., Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990;

[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)/Occhiena M., I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e d P. R. 184/2006;

[www.iisf.it/pubblicazioni/quaderni del trentennale](http://www.iisf.it/pubblicazioni/quaderni%20del%20trentennale);

[www.gwu.edunsarchiv/NSAEBB/NSAEBB/NSAEBB/NSAEBB216/index.htm](http://www.gwu.edunsarchiv/NSAEBB/NSAEBB/NSAEBB/NSAEBB216/index.htm);

[www.innovazionepa.gov.it](http://www.innovazionepa.gov.it);

[www.istat.it](http://www.istat.it);

[www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr);

[www.osservatoriocontenutidigitali.it](http://www.osservatoriocontenutidigitali.it);

[www.overlex.com](http://www.overlex.com);

[www.puntoinformatico.it](http://www.puntoinformatico.it);

[www.portal.forumpa.it](http://www.portal.forumpa.it);

[www.rtiindia.org](http://www.rtiindia.org);

[www.transparency.gov](http://www.transparency.gov);

[www.unipg.it](http://www.unipg.it), Carloni E., La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa, 2010;

[www.vocidellastrada.com/Noam Chomsky](http://www.vocidellastrada.com/Noam%20Chomsky);

[www.wikipedia.it/wikileaks](http://www.wikipedia.it/wikileaks).