

La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*

ENRICO CARLONI

SOMMARIO: Introduzione; **1.** La trasparenza e i modelli nel prisma delle riforme amministrative; **2.** Il modello delle intenzioni: il diritto all’informazione; **3.** Il modello realizzato: l’accesso ai documenti e la sua evoluzione; **3.1.** L’accesso senza trasparenza; **4.** Il nuovo modello: la pubblicità (on line) delle informazioni; **4.1.** La “Operazione trasparenza” e la riforma “Brunetta”; **4.3.** I rischi insiti nel nuovo modello; **5.** L’opacità della trasparenza; **6.** Indicazioni conclusive.

Introduzione

Ad un ventennio dall’approvazione della legge sul procedimento, che si è posta come punto di arrivo, in quanto rivolta a definire su nuove basi il rapporto tra amministrazione e cittadino, e come punto di partenza, di una nuova (e progressivamente fin troppo abusata) centralità della legge nel riformare il sistema pubblico, la forza espansiva e culturale di quella riforma sembra segnare il passo, mentre nuovi e continui interventi normativi ne appannano il disegno.¹ Le parole d’ordine (partecipazione, semplificazione, trasparenza, solo a porre attenzione ad altrettanti Capi della legge del 1990) della legge sono attuali oggi come ieri, ma mutano spesso in modo significativo gli istituti chiamati a realizzarle, mentre assistiamo da un lato alla proliferazione di principi generali sull’attività che si muovono al di fuori della legge sul procedimento² e, dall’altro, all’introduzione di regole settoriali³ ed alla complessiva perdita di un modello di regolazione dell’azione pubblica.

Riprendendo le parole di Palma, il legislatore «insegue, non sempre in modo soddisfacente, il ritmo esasperante delle avvertite esigenze di modifiche» dell’amministrazione pubblica⁴, e questo è evidente prestando

* In corso di pubblicazione in Studi in onore di Giuseppe Palma.

¹ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della l. n. 15 del 2005*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 821.

² Basti pensare, per quello che qui più direttamente interessa, alla definizione di trasparenza amministrativa nella l. 15 del 2009, od al fatto che il regime di generale conoscibilità dei “dati pubblici” è affermato nel Codice dell’amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005).

³ Si v. la disciplina delle conferenze di servizi, ed in particolare alle previsioni di cui agli artt. 14 *bis* (in materia di opere pubbliche), 14 *quinquies* (in materia di finanza di progetto) della legge n. 241 del 1990.

⁴ Cfr. G. PALMA, *Pagina introduttiva*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 7.

attenzione ad una legge che, più di altre, dovrebbe avere caratteri di stabilità, quale quella recante le norme generali sull'azione amministrativa.

Col rischio, evidente, di far dire troppo e troppo poco alla legge n. 241 del 1990, che sempre meno riesce a porsi come parametro culturale di riferimento, come d'altro canto solo in parte sin qui è riuscita a fare. L'amministrazione di oggi non appare, d'altra parte, necessariamente più efficace efficiente economica di quella di ieri, o più trasparente: basti pensare, per un verso, al fatto che dell'amministrazione «ordinaria» si sente sempre più spesso di dover fare a meno allorché si vogliono realizzare interventi⁵, per l'altro al fatto che la rinnovata esplosione di fenomeni di corruzione appare il sintomo di un malessere diffuso nel sistema pubblico.⁶

Se l'amministrazione di oggi è profondamente diversa da quella di un ventennio addietro, il miraggio della trasparenza amministrativa, per quello che più direttamente interessa nell'ottica di questo lavoro, continua a porsi davanti al legislatore, che sembra inseguirlo anche se in modo spesso confuso, ed al cittadino, che in questa confusione rischia di perdersi. Il modello riformatore che aveva ispirato la legge del 1990 e che in questa aveva trovato un parziale sviluppo ha cessato di porsi come riferimento interpretativo, mentre solo in controluce appare possibile leggere il nuovo modello di amministrazione *trasparente* frutto della stratificazione di successivi e non sempre organici interventi del legislatore.⁷

⁵ Come si ricava chiaramente dall'espansione del fenomeno delle c.d. «emergenze» e dall'ampliamento del ruolo del servizio di protezione civile: per un inquadramento del fenomeno, cfr. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008. La "fuga dalla normalità" è evidente nella vicenda dei rifiuti campani (sulla quale si v. per tutti F. MERLONI, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, pp. 925 ss.

⁶ Già prima dei più recenti scandali, era avvertito un aumento dei fenomeni di corruzione (si v. ad es. i rapporti di *Transparency International*, che con specifica attenzione allo stato della corruzione politico-amministrativa percepita in particolare dagli operatori economici elabora annualmente degli indici, tra i quali in particolare il *Corruption Perceptions Index* –CPI: informazioni e documenti, al riguardo, sono reperibili nel sito dell'associazione, www.transparency.org). La percezione dell'attuale gravità della situazione è ormai largamente diffusa, come conferma la numerosa letteratura in materia (per tutti, cfr. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impuniti*, Roma-Bari, Laterza, 2008) e non appare casuale la rinnovata attenzione della dottrina ai temi dell'etica pubblica (cfr. F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, F. Angeli, 2009; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2007) e della corruzione (per tutti, P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2007).

⁷ La trasparenza «più che rappresentare un istituto giuridicamente preciso, riassume un modo di essere dell'amministrazione, un obiettivo un parametro cui commisurare lo

L'ultima stagione di riforme, che si lega al Ministro per la pubblica amministrazione Renato Brunetta, giunge quindi a coronamento di queste dinamiche, rispetto alle quali si pone in termini assolutamente coerenti: è chiara la spinta riformatrice, meno lo è l'idea di amministrazione che sta (dovrebbe stare) dietro a questi interventi. E' evidente l'accelerazione, meno la direzione di un cambiamento che pure si avverte come necessario.⁸

Risulta, a questo punto, utile riflettere sui caratteri che va assumendo la trasparenza amministrativa, ed è questo lo scopo di questo lavoro. In primo luogo ciò comporta l'esigenza di ritornare sui modelli che hanno caratterizzato e caratterizzano l'evoluzione della c.d. «casa di vetro» nel nostro paese, anche attingendo ad esperienze comparate. In secondo luogo da ciò discende l'opportunità di segnalare una serie di paradossi che stanno connotando la via italiana alla conoscibilità dell'azione amministrativa. Infine, da ciò deriva la possibilità di delineare quelle che paiono le più significative, ancorché spesso problematiche, linee di sviluppo.

Se è cambiato il sistema amministrativo, in un ventennio è cambiato non meno il contesto, in primo luogo tecnologico, dell'azione pubblica, con profondi effetti in termini di conoscibilità: è questo un dato di fondo dal quale occorre muovere sin dalla premessa, ma se «Internet changes everything»⁹ non per questo bisogna trascurare le dinamiche del segreto e

svolgimento dell'azione amministrativa»: così R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528. La dottrina in materia di trasparenza e diritto di accesso è notoriamente estesa: per lo stato di questo rapporto prima delle riforme del 2005, cfr. i diversi contributi in G. ARENA, (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991 (ed in particolare ID., *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, ivi, pp. 15 ss.); ID., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, Ist. Enc.It., 1995, p. 1; A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni in tema di diritto di accesso*, in *Scritti Silvestri*, Milano, Giuffrè, 1992; C. MARZUOLI, *Diritto d'accesso e segreto di ufficio*, in M. CAMMELLI, M. P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1997, pp. 257 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, Cedam, 1998; C.E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, Utet, 2000, pp. 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, Univ. degli studi, 2002. In materia, per un inquadramento complessivo del fenomeno nelle sue diverse angolazioni e per ulteriori riferimenti, si v. ora F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁸ Individua, da ultimo, una serie di disfunzioni nelle dinamiche riformatrici italiane L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009 (cap. XI, a cura di M. SAVINO), pp. 425 ss.

⁹ Per quanto si tratti di un'espressione ricorrente, il riferimento, in particolare, è a S.M. JOHNSON, *The Internet Changes Everything: Revolutionizing Public Participation and Access to*

dell'opacità. Non paiono sufficienti le innovazioni tecnologiche, né si sono sempre rivelate adeguate quelle normative, a far venire meno quel velo dell'anonimato che, come ben segnalava Palma nelle sue *Lezioni*, «ha da sempre occultato agli occhi del cittadino il reale funzionamento della pubblica amministrazione».¹⁰ Detto in altri termini, quella della trasparenza troppo spesso è apparsa un'idea «astratta»¹¹, disattesa proprio da quegli istituti che avrebbero dovuto assicurarla, il che è solo uno dei numerosi paradossi della via italiana alla trasparenza.

1. La trasparenza e i modelli nel prisma delle riforme amministrative

Nel momento in cui la trasparenza si pone al centro del dibattito politico, anche sulla scorta di attenti approfondimenti che già avevano colto le linee di sviluppo sulle quali ora si inseriscono le recenti riforme, può risultare di una qualche utilità riflettere non solo sul modello di conoscibilità pubblica che emerge dalla densa trama degli interventi legislativi dell'ultimo quinquennio, ma più complessivamente sui *modelli*, auspicati, predicati ed inseguiti nell'arco del ventennio riformatore di cui si è detto in apertura.

Assistiamo, da questo punto di vista, alla successione di almeno tre modelli: quello del diritto all'informazione (che ha ispirato la legge sul procedimento ma solo in parte ha trovato la realizzazione), quello del diritto di accesso (a sua volta significativamente mutato con la riforma del 2005), ed ora quello della «accessibilità totale»¹², della *dissemination* attraverso la rete, che emerge da ultimo, con forza ancorché a margine della disciplina generale del procedimento.

1. Il modello delle intenzioni: il diritto all'informazione

Il primo modello del quale tenere, pure brevemente, conto, è quello del *freedom of information*, del diritto all'informazione: un diritto generalizzato di accedere a fonti conoscitive, non collegato a specifiche situazioni di legittimazione, proprio del cittadino in quanto tale. E', come noto, il modello che troviamo realizzato negli Stati Uniti, attraverso il *Freedom of Information Act* e le successive modifiche: l'area della conoscibilità è

Government Information Through the Internet, in www.law.mercer.edu/elaw/inter2.htm (1997).

¹⁰ Così G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo. Lezioni 1993-1994*, Padova, Cedam, 1996, p. 306.

¹¹ Il riferimento è evidentemente ad A. ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infecunda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giurpubblicistica*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, pp. 569 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, pp. 1309 ss.

¹² Cfr. l. n. 15 del 2009; d.lgs. n. 150 del 2009, su cui *infra*, par. 4.

generale, l'accesso è riconosciuto ad *any person*, ma al fianco di quest'area di piena trasparenza si articola un sistema di «eccezioni», che consentono di limitare la conoscibilità di una serie di informazioni e documenti.

Un approccio, questo, che prevede il diritto di richiedere informazioni (e non necessariamente documenti¹³) senza che intervengano limitazioni di carattere soggettivo (c.d. accesso *open to all*)¹⁴: ogni informazione è suscettibile di costituire oggetto della libertà di informazione, fatte salve le specifiche eccezioni previste dal legislatore.

Si noti, peraltro, che la capacità di questo strumento di garantire un effettivo controllo democratico sul sistema pubblico si lega in modo significativo all'ampiezza delle *exemptions*. In questo senso risulta esemplare l'esperienza inglese, dove la legislazione del *freedom of information* si accompagna ad un sistema di eccezioni particolarmente ampio.¹⁵

Questo modello si era posto come riferimento fondamentale nei lavori della c.d. Commissione Nigro¹⁶, e di questo retaggio possono trovarsi alcune tracce nella legge sulle autonomie locali del 1990¹⁷ e nella coeva nella legge sul procedimento: si pensi, in quest'ultima, al riconoscimento

¹³ La definizione di “documento amministrativo”, per quanto ampia, non permette di disancorare gli elementi conoscitivi dal loro supporto (il contenuto dal contenitore, per dirla diversamente). Da prospettive diversa (quella del riutilizzo dei documenti/dati pubblici, da una parte, quella dell'accessibilità/riservatezza, dall'altra) la questione del rapporto tra dati e documenti è ben evidenziata, in termini critici, da B. PONTI, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, Rimini, Maggioli, 2008, spec. pp. 217 ss., e da E. MENICETTI, *Accessibilità e tutela della riservatezza*, ivi, spec. pp. 184-187.

¹⁴ Negli Stati Uniti, l'espressione *open government* è solita riferirsi ad un “quartetto” di provvedimenti normativi approvati nell'arco di un decennio e più volte modificati (FOIA, del 1966; *Federal Advisory Committee Act*, del 1972; *Privacy Act*, del 1974; *Government in the Sunshine Act*, del 1976)

¹⁵ Sul modello inglese, cfr. N. TURCHINI, *Trasparenza e accesso nell'esperienza inglese*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 499 ss. e, più ampiamente, P. BIRKINSHAW, *Government & Information: The Law Relating to Access, Disclosure and their Regulation*, Haywards Heath, Tottel Publishing, 2005.

¹⁶ La legge, come noto, derivava dai lavori della commissione presieduta da M.S. Giannini, costituita presso la Presidenza del consiglio dei ministri, e più precisamente dalla sottocommissione diretta da M. Nigro (per indicazioni più dettagliate, v. C. FRANCHINI, *La relazione governativa sulla delegificazione e sulla modernizzazione delle istituzioni*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1985, pp. 304 ss.). L'importanza del riferimento del FOIA nell'elaborazione della disciplina italiana del diritto di accesso è ricordata, da ultimo, da G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 31.

¹⁷ Cfr. G. SCIULLO, *Sintonie e dissonanze fra le l. 8 giugno 1990, n. 142, e 7 agosto 1990, n. 241: riflessioni sull'autonomia normativa locale*, in *Foro amm.*, 1990, pp. 2220 ss.; per una ricostruzione sistematica della dottrina e della giurisprudenza in materia di accesso alle informazioni locali, si v. ora il commento all'art. 10 del Tuel di L. VANDELLI, E. BARUSSO, *Autonomie locali: disposizioni generali, soggetti*, Rimini, Maggioli, 2004, pp. 420 ss.

a «chiunque» del diritto di accedere ai documenti (un'affermazione, però, subito stemperata, nella legge n. 241, non solo dal collegamento con una situazione giuridicamente rilevante, ma anche dall'esigenza di motivare l'istanza, che non compariva nell'originario testo prodotto dalla Commissione).¹⁸

Come rimarcato da Arena è attraverso l'ingresso di una dimensione soggettiva (non più il cittadino in quanto tale, ma l'interessato a tutela di proprie situazioni giuridiche), peraltro rimessa all'apprezzamento dell'amministrazione, che si è realizzato il cambiamento di modello: un cambiamento frutto non tanto e non solo della legge sul procedimento, ma certo delle sue ambiguità e dell'attuazione che ne è stata fatta, a livello normativo¹⁹ e giurisprudenziale.²⁰ Si tratta di approdi che evidentemente hanno spinto l'esperienza italiana lontano dal solco statunitense, dove l'evoluzione della normativa in materia di libertà di informazione si era sviluppata attraverso correzioni successive di segno diametralmente opposto, tramite l'eliminazione di ogni ambiguità ed ogni spazio di discrezionalità dell'amministrazione nel valutare la posizione del richiedente.²¹

E' peraltro interessante ritornare sulle obiezioni che vent'anni addietro giustificarono la scelta di prevedere un modello di accesso legato al possesso di una posizione giuridicamente rilevante, e di converso l'opzione sfavorevole ad ipotesi di accesso generalizzato: le difficoltà organizzative, il carattere "troppo avanzato" di una simile previsione (col rischio di una "obsolescenza per eccesso di progresso"), di fatto impraticabile in assenza di una adeguata informatizzazione dell'amministrazione.²² Tutte obiezioni che sono, o dovrebbero essere

¹⁸ Cfr. G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 33.

¹⁹ Il riferimento è, in particolare, al primo regolamento sull'accesso, il DPR n. 352 del 1992.

²⁰ Per una ricostruzione di questo percorso giurisprudenziale, ci sia consentito rinviare a E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2005, pp. 573 ss.; cfr. cfr. A. CORPACI, *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1995, pp. 185 ss.

²¹ Il passaggio decisivo è in questo senso rinvenibile nella riforma del FOIA operata intorno alla metà degli anni '70 del secolo scorso, per lo studio della quale resta fondamentale 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 ss.

²² Tutti riferimenti legati al dibattito parlamentare dell'epoca, più ampiamente riportati in G. ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti*, cit., pp. 33-34. Si noti che il collegamento tra diritto di accesso ed informatizzazione era ben presente anche al Consiglio di Stato, che in sede di parere sul disegno di legge (Ad. Gen., parere 19 febbraio 1987, in *Foro It.*, 1988, P. III, pp. 22 ss.) rinveniva come limite della

oramai superate, senza che però sia stata messa in discussione quella scelta nell'evoluzione della disciplina diritto di accesso ai documenti.

2. *Il modello realizzato: l'accesso ai documenti e la sua evoluzione*

La disciplina del 1990 nel segnare l'abbandono della logica del segreto in favore di un'opposta logica della trasparenza, secondo la formula spesso usata se non abusata nell'enfatizzare la legge sul procedimento a mo' di spartiacque del sistema pubblico nel suo complesso, portava però con sé profili contraddittori, capaci di condizionarne lo sviluppo. La legge recava, infatti, in sé elementi idonei a ridurre la portata, dal momento che introducendo l'idea di subordinare la conoscenza all'esigenza motivata di salvaguardare specifiche situazioni giuridicamente protette orientava già in modo deciso il diritto di accesso a strumento di difesa di quelle stesse situazioni, piuttosto che a strumento di garanzia della correttezza dell'azione amministrativa.²³

Si trattava di un esito non scontato, tenuto conto del collegamento molto forte che la stessa legge operava tra diritto di accesso e trasparenza amministrativa: è al fine di assicurare quest'ultima, e di favorire lo svolgimento imparziale dell'attività amministrativa, che il legislatore riconosce, a chiunque vi abbia interesse, il diritto di accedere ai documenti.

Ciò premesso, il modello verso cui si orienta quindi con decisione il sistema italiano è, sin dalla legge sul procedimento, quello, largamente diffuso specie negli ordinamenti dell'Europa continentale, del diritto di accesso *condizionato*, riconosciuto non ad ogni cittadino ma solo in presenza di specifiche condizioni di legittimazione.²⁴ Queste condizioni, nell'esperienza italiana, sono non solo la situazione giuridicamente rilevante/tutelata, ma soprattutto l'aver un interesse diretto, concreto ed

disciplina proposta il fatto che questa non teneva conto «(o tener conto in maniera adeguata) [...] dei nuovi strumenti informatici (che pur ottengono sempre più larga applicazione nell'amministrazione)» (ivi, 42).

²³ Per Arena, l'accesso «pensato in origine come un nuovo diritto non solo egoistico, come diritto cioè ad essere informati non solo nel proprio interesse, ma nel più generale interesse alla trasparenza dell'azione amministrativa, ha finito così con il diventare nel corso degli anni semplicemente un'arma in più per gli amministrati da usare contro l'amministrazione» (G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, cit., p. 31).

²⁴ Per quanto si assista, nello scenario comparato, alla proliferazione di legislazioni sull'accesso ad informazioni, genericamente definite leggi sul *freedom of information* (per una panoramica complessiva, cfr. J.M. ACKERMAN, I.E. SANDOVAL-BALLESTEROS, *The global explosion of Freedom of Information Acts*, in *Administrative Law Review*, 2006, 58), queste regolazioni solo in parte possono essere ricondotte al modello americano del FOIA.

attuale alla conoscenza di uno specifico documento, sottoposto all'apprezzamento dell'amministrazione.

Dalla trama, densa, delle condizioni di legittimazione richieste, così come desumibili dal testo originario della legge, rafforzate dalla giurisprudenza ed in sede regolamentare, ed ora *pietrificate* dalla riforma del 2005²⁵, emerge un nuovo senso complessivo da riconoscersi all'istituto del diritto di accesso.

In questa prospettiva, le profonde modifiche testuali operate dalla legge n. 15 del 2005 sono variamente colte dalla dottrina (in termini critici, spesso, ma non meno frequentemente come semplice *chiarificazione* di uno stato della disciplina già acquisito), e segnano in ogni caso il punto di arrivo di un percorso di progressiva espulsione dei tratti residui del modello di accesso che come detto era nelle originarie intenzioni del processo riformatore di un quindicennio prima.

Queste modifiche determinano il venir meno di incertezze ed ambiguità, collegando il diritto di accesso in modo diretto ed esclusivo all'esigenza di tutelare specifiche situazioni giuridiche. Non solo il diritto di accesso ai documenti perde le tracce residue dell'originario modello ispiratore, ma finisce per collocarsi in una posizione di retroguardia²⁶ anche ponendo attenzione al modello dell'accesso condizionato proprio di altre esperienze, quale quella francese.

Un modello nel quale, nella sostanza (e di là dalle affermazioni enfatiche ma vuote che tendono ad occultarla), la regola risulta l'inaccessibilità, salvo che si dimostri la propria legittimazione.²⁷

La possibilità di accedere a documenti (e non anche ad informazioni), le restrizioni alla legittimazione (ai soli interessati), la limitazione dell'accesso a determinate tipologie e categorie di documenti od in presenza di interessi pubblici e privati contrapposti, sono tutti tratti che accomunano il modello²⁸, entro il quale le varie esperienze si muovono modulando diversamente limiti e condizioni di legittimazione all'accesso.

²⁵ Le scelte del legislatore, sin dal 1990 ed ancor più nella l. 15 del 2005, «hanno impedito al diritto di accesso di svolgere quel ruolo fondamentale per la trasparenza amministrativa che il disegno di legge Nigro aveva prefigurato per tale istituto» (G. ARENA, *ult.op.cit.*, p. 31).

²⁶ Si cfr. A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 494 (che parla di «controriforma»).

²⁷ Cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 165. Si noti che questo trova conferma, nell'esperienza italiana, nella formulazione del segreto di ufficio così come risultante alla luce dell'art. 28 della l. 241 del 1990 (il segreto di ufficio, in sostanza, cessa di essere un concetto indeterminato, ma residua quale regola di ordine generale).

²⁸ L'analogia tra l'esperienza italiana e quella francese è data, inoltre, da tratti parzialmente assimilabili quanto a sedi deputate a garantire e tutelare il diritto (CADA e

2.1. L'accesso senza trasparenza

Queste notazioni ci conducono ad un primo paradosso che connota la via italiana alla trasparenza: ci troviamo di fronte a un diritto²⁹ (all'accesso), che finisce spesso per non esser funzionale alle esigenze di conoscibilità che ne hanno giustificato la previsione.

A chi serve il diritto di accesso? A vent'anni dall'adozione dell'istituto, a cinque dalla sua riforma, la domanda che si poneva Romano Tassone rimane di attualità.³⁰

Il fatto è che per via interpretativa ed attuativa in un prima fase, direttamente per via legislativa poi³¹, l'istituto dell'accesso ha perso per strada gran parte dei suoi potenziali utilizzatori: da qui l'emergere, con la legge n. 15 ed il successivo DPR 184 del 2006, dell'immagine suggestiva di una «casa dai vetri oscurati».³²

L'identificazione dei soggetti del diritto (in quanto *interessati*) è operata infatti in senso restrittivo, ancorché in linea con gli orientamenti della

giudice amministrativo in Francia, Commissione per l'accesso e giudice amministrativo in Italia). Sul punto, più diffusamente, si v. G. NAPOLITANO, *ult.op.cit.*, pp. 164-169.

²⁹ Senza qui voler entrare, peraltro, nell'annosa questione della natura giuridica (diritto, appunto, o interesse legittimo) del diritto di accesso: la questione non può dirsi ancora risolta data l'oscillazione della giurisprudenza (sul punto, si v. le argomentazioni a favore della tesi dell'interesse legittimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16; ma in senso contrario ad es. Cons. Stato, 27 maggio 2003, n. 2938). I giudici di Palazzo Spada, tornati sulla questione dopo la riforma del 2005 (che offre argomenti ulteriori a supporto della tesi del "diritto") in sede di Adunanza plenaria (n. 6 e 7 del 2006), hanno ritenuto di risolvere (o aggirare) la questione qualificando il diritto di accesso come situazione giuridica di carattere strumentale (a diritti e interessi).

³⁰ Il riferimento è a A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso? Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella l. n.241 del 1990*, in *Dir. amm.*, n. 2, 1995, pp. 315 ss.

³¹ Cfr. S. FIORENTINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: nuove regole sostanziali e giurisdizionali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 463 ss.; su questo percorso evolutivo ci sia consentito rinviare a E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa* cit., pp. 573 ss.

³² A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2007, p. 669 (lo stesso Sandulli, nel commentare il d.P.R. n. 184, titola ivi efficacemente "Un regolamento antiquato segue una riforma deludente"). Sul nuovo regolamento, che ha sostituito il DPR n. 352 del 1992, si v. F. PUBUSA, *Prime considerazioni sul DPR 12 aprile 2006, n. 184, regolamento per l'esercizio del diritto di accesso*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1, 2007, pp. 199 ss., nonché AA.VV., *Il regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi. Commento al DPR 12 aprile 2006, n. 184*, Milano, Giuffrè, 2006. In merito alla rinnovata disciplina del diritto di accesso, cfr. M.T. SEMPREVIVA, *Il nuovo volto dell'accesso ai documenti amministrativi*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, ESI, 2006.

giurisprudenza, rispetto alla precedente formulazione: ecco quindi che il legislatore fa propria l'esigenza di un interesse «concreto e personale, e cioè immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti e specificatamente inerente alla situazione da tutelare».³³

Ci troviamo, dunque, di fronte ad un interesse non solo diretto e concreto, ma attuale³⁴, «direttamente collegato al documento»: tutte previsioni che richiedono e giustificano spazi di manovra dell'amministrazione nel negare l'ostensione del documento richiesto.

L'espresso limite all'utilizzabilità dell'accesso in funzione di controllo generalizzato³⁵ sull'operato delle pubbliche amministrazioni, cui si affianca con la riforma del 2005 il venir meno di un diretto collegamento tra accesso e trasparenza già nella stessa formulazione del diritto, sono tutti elementi che confermano la tesi della disarticolazione del rapporto tra trasparenza ed accesso. Sia in termini testuali, che sostanziali, è chiara l'opzione verso una fuoriuscita della trasparenza dal campo visuale del diritto di accesso ai documenti: una traccia dell'antico modello rimane, ma è sfumata, quasi impercettibile, per quanto capace di produrre alcune affermazioni della dottrina³⁶, del giudice amministrativo³⁷ e della stessa

³³ Così TAR Lazio, III Ter, 15.1.2003, n. 126. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 343.

³⁴ Si noti che alcune posizioni giurisprudenziali, ante riforma, ammettevano altresì «tra i titoli legittimanti all'esercizio del diritto di accesso anche posizione di interesse non attuali, ma che possano concretizzarsi e specificarsi proprio a seguito ed i forza degli elementi di conoscenza acquisibili» (Cons. Stato, IV, 4 giugno 1996, n. 820).

³⁵ Conclusione, questa, cui era peraltro già pervenuta la giurisprudenza (ad esempio, Cons. Stato, V, n. 3798 del 2002: «il diritto di accesso agli atti non può comportare un controllo generalizzato ed indiscriminato sull'operato della p.a., controllo che, come tale, non rientra nelle finalità garantistiche previste dalla norma»), che aveva escluso la configurabilità di una sorta di azione popolare volta a verificare l'operato delle pubbliche amministrazioni: (cfr. Cons. Stato, IV, 15 novembre 2004, n. 7412). Sul punto v. ora l'art. 23, co. 3, della legge 241, così come modificato dall'art. 16 della legge n. 15 del 2005.

³⁶ In questo senso, cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico, passim*; anche dopo le recenti riforme, per G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 5950 «il diritto di accesso è uno degli istituti giuridici, forse il principale, mediante il quale si può realizzare la trasparenza amministrativa». In senso opposto, tra gli altri B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della l. n. 15 del 2005*, cit., 821; ancora più nettamente PAOLANTONIO, *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 244, «l'istituto dell'accesso non è espressione [...] del principio di trasparenza».

³⁷ Da ultimo, sembra convalidare la tesi della fuoriuscita del diritto di accesso dal novero degli strumenti della trasparenza Cons. Stato, VI, 11 maggio 2007, n. 2314, mentre in direzione opposta (confermandone quindi la valenza proprio in questa prospettiva non meramente individualistica) TAR Campania, Napoli, Sez. V, 15 marzo 2007, n. 2177; in giurisprudenza il legame è rimarcato, recentemente, da TAR Lazio, Roma, I, 5 novembre 2008, n. 9637, FA-TAR, 2008, 3046. Vero è, peraltro, che la

Corte costituzionale³⁸ che continuano a mantenere (o ritenere) vivo (sia pure in termini astratti) il collegamento tra diritto di accesso ed esigenze di controllo democratico sull'esercizio del potere.

Il senso di questo ripiegamento individualista del diritto di accesso può essere verosimilmente colto nell'affermazione, forte e progressiva, di un altro principio e valore di rilievo costituzionale, strutturalmente portato ad incidere, limitandoli, sui processi conoscitivi, specie se generalizzati: la tutela della riservatezza.

L'emersione della *privacy*, cui la legge del 1990 già prestava attenzione ma poi oggetto di una regolazione penetrante ed incisiva³⁹, è la ragione, o comunque l'occasione, che giustifica la scelta di concentrare le facoltà conoscitive in capo ad un numero circoscritto di individui, quelli portatori di esigenze di conoscibilità non generiche ma funzionali alla salvaguardia e protezione di propri interessi meritevoli di attenzione. Assistiamo, allora, al difficile combinarsi della legge sulla trasparenza e di quella sulla riservatezza, prima, e quindi alla definizione di un equilibrio delicato e composito, che si modula in favore dell'accesso ai documenti ma porta con sé la limitazione del novero dei legittimati all'accesso.

Ci troviamo di fronte, in sostanza, in primo luogo ad uno strumento di tutela del singolo, ad una facoltà strumentale alla salvaguardia di altre situazioni individuali protette dall'ordinamento, ad un «congegno»⁴⁰ funzionale alla difesa in primo luogo di istanze *egoistiche*.

Si tratta di una prospettiva comunque indubbiamente rilevante, di giustizia nell'amministrazione, capace di assicurare, però solo indirettamente ed incidentalmente, una forma di controllo sull'operato dell'amministrazione.

3. Il nuovo modello: la pubblicità (on line) delle informazioni

giurisprudenza del Consiglio di Stato è da un lato molto netta nell'affermare il rapporto di principio tra accesso e trasparenza (*ex multis* la recente Cons. Stato, IV, 22 marzo 2007, n. 1393 che afferma limpidamente questo collegamento funzionale), ma dall'altro è altrettanto decisa nell'indebolire la portata pratica di questo principio, limitando per quanto possibile un utilizzo *non egoistico* dello strumento.

³⁸ Cfr. Corte cost., n. 104 del 2006.

³⁹ Su rapporto tra riservatezza ed accesso alla luce della disciplina della privacy (l. 675 del 1996 ed ora d.lgs. n. 196 del 2003, c.d. Codice della privacy) v. ora E. MENICHETTI, *La conoscenza dei dati: tra trasparenza e privacy*, ed E. PAPINI, *Trasparenza e privacy nelle decisioni del Garante*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit. (rispettivamente, pp. 283 ss. e 309 ss.):

⁴⁰ Di "congegni" funzionali alla trasparenza parla Palma, prestando però attenzione in particolare alla figura del responsabile del procedimento (G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, cit., p. 307).

La coerenza di sistema di una riforma, quella del 2005, che afferma con maggiore enfasi la trasparenza quale principio generale dell'azione amministrativa, proprio nel momento in cui riduce lo spazio di operatività a tal fine del suo principale strumento, il diritto di accesso, va colta allora guardando oltre, ed a fianco, della legge sul procedimento.⁴¹

Gli strumenti chiamati ad assicurare la trasparenza, da intendersi non solo quale principio guida ma anche quale condizione di complessiva conoscibilità dell'organizzazione e dell'azione dei pubblici poteri, vanno allora ricercati in modo ampio, senza fissare un'attenzione esclusiva, od eccessiva, al Capo V della legge n. 241 del 1990. In questa prospettiva il disegno acquista, se non nitore, certo una sua comprensibilità, sia pure tra incertezze ed ambiguità.

La disciplina che consente di prefigurare l'emersione di un nuovo modello di trasparenza, che si affianca a quello precedente, e che però appare idoneo ad assicurare rinnovate dinamiche di conoscibilità, è quella contenuta nel Codice dell'amministrazione digitale.⁴²

Il d.lgs. n. 82 del 2005, modificato già nel 2006 ed ora in via di ulteriore riforma⁴³, è un punto di snodo nella transizione verso un nuovo modello di trasparenza⁴⁴ per almeno tre ordini di ragioni.

Il primo, l'affermazione di un principio generale di conoscibilità delle informazioni "non riservate per espressa previsione di legge", che sancisce il definitivo tramonto del segreto quale regola idonea a reggere in via generale l'operato delle amministrazioni pubbliche: si tratta di una conclusione cui la dottrina già era giunta sulla base dei principi costituzionali (di imparzialità, democraticità, libertà di espressione) e che aveva trovato nella legge n. 241 una prima, sia pure parziale, affermazione, ma che risulta ora fissata in modo chiaro quale regola di tipo generale. La regola della piena conoscibilità di ogni informazione

⁴¹ Cfr. E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa*, cit.

⁴² Su cui, in generale, E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005 e, dopo il decreto correttivo del 2006, cfr. ATELLI-ATERNO-CACCIARI, *Codice dell'amministrazione digitale. Commentario*, Roma, 2008

⁴³ Il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di decreto legislativo di riforma del Codice nella riunione del 19 febbraio 2010.

⁴⁴ Un modello che viene definito a livello dottrinale come trasparenza "ex ante" (A. CERRILLO I MARTINEZ, *E-Information: hacia una nueva regulación del acceso a la información*, in *Revista Internet, Derecho y Política*, 2005, 14) o trasparenza *on line*, che presuppone la continua diffusione attraverso mezzi elettronici di informazioni relative all'organizzazione ed all'attività della pubblica amministrazione: cfr. E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza*, cit., *passim*; D. HEALD, *Varieties of Transparency*, in C. HOOD, D. HEALD (a cura di), *Transparency. The key to better governance?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 32); B.G. MATTARELLA, *Profili Generali*, in F. MANGARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, Giappichelli, 12 ss.); F. MERLONI, *Introduzione all'eGovernment*, Torino, Giappichelli, 2005, 127 ss.).

non riservata per specifica scelta del legislatore ridisegna in qualche modo la stessa portata del segreto di ufficio.⁴⁵

Il secondo, la scelta dello strumento della disseminazione attraverso la rete Internet (o, usando il linguaggio più tradizionale scelto dal legislatore, la pubblicazione nel sito istituzionale) a fianco, ed in luogo, di quello dell'accesso ai documenti. Le potenzialità della rete per la conoscibilità delle informazioni pubbliche⁴⁶ era ormai entrato nella pratica amministrativa, prima, e nello spettro visuale del legislatore, poi: per quanto non sia assente l'idea di un utilizzo delle tecnologie dell'informazione per l'esercizio per via telematica del diritto di accesso, è chiara l'opzione in favore di uno spazio di piena pubblicità, di un'area che è pubblica perché «accessibile a tutti, nello stesso senso in cui parliamo di pubbliche piazze».⁴⁷ Si tratta di una scelta in parte anticipata dalla legge n. 150 del 2000, che nel disciplinare le attività di informazione e di comunicazione⁴⁸ aveva individuato nelle reti civiche uno strumento idoneo ad assicurare una più ampia conoscibilità dell'attività e dei servizi delle amministrazioni pubbliche, che però trova nel Codice dell'amministrazione digitale la sua chiara, ancorché non soddisfacente in termini qualitativi e quantitativi, affermazione.

Questa impostazione, radicata nell'art. 54 del Cad dove troviamo un primo, sia pure inappagante⁴⁹, *decalogo* della trasparenza *on line*, ha mostrato nel corso del quinquennio successivo una formidabile vitalità e forza espansiva. La *pubblicità* assicurata dalla pubblicazione di atti e notizie non era certo ignota al diritto amministrativo, ma quella che nel 1990 appariva, almeno nella prospettiva della trasparenza, come una misura di conoscibilità secondaria⁵⁰ ha trovato nell'evoluzione

⁴⁵ Nel senso che definisce, per il funzionario, un'area di legittima attività informativa, non dipendente dal modulo conoscitivo del diritto di accesso. Sul segreto di ufficio, si v. ora il commento all'art. 28 della l. 241 del 1990 in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, in corso di stampa.

⁴⁶ Cfr. F. VENTURINI, *I. Conoscibilità, disponibilità e ruolo di Internet*, in P. CAVALERI, F. VENTURINI (a cura di), *Documenti e dati pubblici sul web. Guida all'informazione di fonte pubblica in rete*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 23 ss.

⁴⁷ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, ed. it. Roma-Bari, 2005, p. 4.

⁴⁸ Cfr. G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, ed. 2004; T. KRASNA (a cura di), *Informazione e comunicazione della p.a. dopo la legge n. 150/2000*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2003.

⁴⁹ V. E. MENICHETTI, *Accessibilità e tutela della riservatezza*, in *Il regime dei dati pubblici* (a cura di) PONTI, Rimini, 2008, p. 181; cfr. ID., *Capo V, Sezione I – Dati delle pubbliche amministrazioni*, in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005, p. 315.

⁵⁰ Almeno a dar retta alla pubblicistica in materia di trasparenza, che tradizionalmente concentra la sua attenzione sullo strumento dell'accesso (ampiamente sul punto ci sia consentito rinviare a E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo*

tecnologica un formidabile alleato: ecco allora affermato l'obbligo di pubblicare in rete tutti i documenti per i quali la legge n. 241 già disponeva obblighi di pubblicità secondo le modalità tradizionali previste dai singoli ordinamenti (atti normativi, atti a contenuto generale, piani e programmi), ma anche numerose informazioni sulle procedure e sull'organizzazione.⁵¹

Il terzo, l'attenzione al tema della qualità delle informazioni diffuse in rete⁵², non solo alla loro (come detto non ancora soddisfacente) quantità.⁵³ In questo senso, appare di particolare rilievo la previsione, contenuta nello stesso art. 54 del Cad, dell'obbligo per le amministrazioni pubbliche di garantire la conformità all'originale delle informazioni delle quali si dà diffusione attraverso il sito istituzionale.⁵⁴

Il tema della qualità dei dati di fonte pubblica, che trova peraltro emersione in una serie significativa di disposizioni settoriali e trasversali (si pensi alla disciplina dell'informazione statistica, dell'informazione ambientale, ma soprattutto al regime del trattamento dei dati personali) e che conosce nello scenario comparato compiute, rilevanti (e problematiche) regolazioni, come avviene negli Stati Uniti con l'*Information Quality Act*⁵⁵, inizia quindi a trovare all'incrocio con la

italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 352 et passim).

⁵¹ In E. CARLONI, *ult.op.cit.*, pp. 372 ss., una proposta di classificazione degli strumenti di trasparenza: qui si indicano come "misure di conoscenza" quelle attività in cui la produzione e diffusione di informazioni sono direttamente ed espressamente orientate alla trasparenza. Rientrano in quest'ambito, oltre a quanto sin qui detto, informazioni sullo stato dell'ambiente, obblighi di *disclosure*, dati sulla spesa pubblica (cfr. *ivi*, p. 375)

⁵² Cfr. F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, cit. 14; M. PRAT, *The more closely we are watched, the better we behave*, in D. HOOD, C. HEALD (a cura di), *Transparency. The key to better governance?*, cit., p. 91.

⁵³ Il tema della qualità dell'informazione è presente, a livello dottrinale, già in A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1983. In materia, cfr. F. VENTURINI (*L'informazione pubblica dalla carta al web*, in P. CAVALIERI, F. VENTURINI, *Documenti e dati pubblici sul web* cit., spec. pp. 34 ss.) per il quale il requisito fondamentale, dell'affidabilità delle informazioni *on line*, è dato da completezza, integrità, integrazione, ricercabilità, aggiornamento). Si noti che per D. MCQUAIL, *Media performance. Mass Communication and the Public Interest*, London, Sage Publ., 1992, trad. it. *I media in democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 213 ss.; i tre aspetti essenziali che qualificano "la notizia come informazione" sono la *fattualità*, l'*accuratezza* e la *completezza* (*ivi*, spec. pp. 243 ss.).

⁵⁴ Su questa garanzia di "qualità", cfr. E. MENICETTI, *ult.op.cit.*, pp. 320 ss.; cfr. E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. Il modello italiano nella prospettiva comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2009, pp. 155 ss.

⁵⁵ Il *Federal Data Quality Act* del 2000 (sezione 515, P.L. 106-554), definisce la qualità delle informazioni come utilità, obiettività ed integrità. Per una prospettiva ampia della problematica, si v. U. GASSER (cur.), *Information quality regulation: foundations, perspectives and applications*, Schulthess, Baden Baden, 2004, nonché il numero speciale dell'*International Journal Studies in Communication Sciences*, n. 2, 2004 (in particolare, si v., *ivi*,

disciplina dell'eGovernment una regolazione parzialmente organica. L'influsso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione è, da questo punto di vista, formidabile anche ponendo attenzione alla dimensione (interna) di circolazione interamministrativa di dati e informazioni: l'esigenza di coordinare banche dati e basi di dati, di utilizzare informazioni residenti in altre amministrazioni in modo non mediato, porta con sé forti spinte alla standardizzazione degli elementi conoscitivi e delle modalità di diffusione ed organizzazione⁵⁶, all'oggettivizzazione dei caratteri della conoscenza pubblica.⁵⁷

3.1. La "Operazione trasparenza" e la riforma "Brunetta"

La prospettiva aperta dal Codice dell'amministrazione digitale, attraverso la previsione di un elenco di contenuti obbligatori per i siti delle amministrazioni statali, è stata ampiamente, anche se con scarsa sistematicità, percorsa dal legislatore nel corso degli ultimi anni. Una tendenza, che, recentemente, vede la sua più chiara manifestazione nelle riforme promosse dal Ministro Renato Brunetta e, in questo quadro, nella legge n. 69 del 2009, nella legge n. 15 del 2009 e nel conseguente d.lgs. n. 150 dello stesso anno.

Per quanto l'intervento del Ministro della pubblica amministrazione appaia decisivo, in termini quantitativi e qualitativi (specie per la più chiara consapevolezza nell'uso dello strumento e nella ricerca di un suo utilizzo effettivo), ci troviamo di fronte ad una tendenza che caratterizza la recente evoluzione del sistema pubblico e che attraversa le ultime tre Legislature.

Nelle Leggi finanziarie per il 2007⁵⁸, 2008⁵⁹ e 2009⁶⁰, troviamo numerosi obblighi di pubblicazione, nel sito web delle amministrazioni pubbliche,

il saggio introduttivo di M. HELFERT, U. GASSER, M.J. EPPLER, *Information quality: organizational, technological, and legal perspectives*); A. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. GALÁN GALÁN, *Qualitat i responsabilitat en la difusió d'informació pública a Internet*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2007.

⁵⁶ Cfr. ora le *Linee guida per i siti web della PA*, adottate ai sensi dell'art. 4 della Direttiva 8/09 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione (versione provvisoria del 9 marzo 2010, in www.innovazione.gov.it).

⁵⁷ Tendenza che si lega strettamente a quella della perdita di strumentalità: cfr. F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in ID. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002, pp. 15 ss.; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, *passim*.

⁵⁸ Legge 296 del 2006, art. 1, co. 593, che prevede la pubblicità delle retribuzioni per i dirigenti e i titolari di incarichi pubblici, tramite i siti web delle amministrazioni; si v. però anche i co. 587 e 591, che disciplinano la pubblicazione dei dati relativi alle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche a società e consorzi, indicando la ragione sociale, le quote, la durata dell'impegno, gli impegni gravanti sul bilancio dell'ente pubblico, i rappresentanti, il loro trattamento economico: in questo caso la

di dati di tipo organizzativo e relativi al personale ed all'utilizzo delle risorse pubbliche. E' marcata, d'altra parte, anche nella legislazione di settore, la tendenza a fare ampio ricorso a doveri di pubblicazione di dati e informazioni nei siti informatici delle pubbliche amministrazioni, sia in funzione di servizio⁶¹ che di trasparenza.⁶²

Si tratta, come è evidente, di interventi privi di una loro sistematicità, che vanno però a delineare "per accumulo" un patrimonio conoscitivo pubblico, reso disponibile a chiunque mediante pubblicazione in Internet di documenti dotati o meno di autonomo valore giuridico e di dati ed informazioni.

Il limite del diritto di accesso dato dalla sua connessione a "documenti" (sia pure da intendersi in senso ampio, non solo come documenti cartacei), che caratterizzava anche le tradizionali forme di pubblicazione, non si presenta nella nuova dimensione della pubblicità tramite reti informatiche. Assistiamo, in altri termini, all'emersione anche nell'ambito della conoscibilità delle informazioni, al pari di quanto avviene in quella della interconnessione e dell'interoperabilità, dell'accesso interamministrativo telematico e della consultazione di banche e basi di dati⁶³, della "logica dei dati": ci troviamo, cioè, di fronte al fluire di unità

pubblicità si intende assicurata non direttamente, ma a cura del Dipartimento della funzione pubblica, nel proprio sito web.

⁵⁹ Legge 244 del 2007, co. 44, relativo a contratti e consulenze, dei quali si dispone in particolare la "pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato" dei provvedimenti completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato.

⁶⁰ Facciamo riferimento qui, in effetti, soprattutto alla c.d. Manovra d'estate (d.l. 112 del 2008, conv. in l. 133 del 2008), che non è propriamente una Legge finanziaria per quanto ne abbia sostanzialmente assorbito gran parte dei tradizionali contenuti. Il co. 233 dell'art. 2 è, in questo quadro, significativo perché collega l'ammissibilità di procedure semplificate di cessione di immobili da parte dell'Agenzia del Demanio alla pubblicazione degli avvisi e degli atti relativi nel sito web dell'amministrazione.

⁶¹ Basti pensare, in questo senso, ai *requisiti di trasparenza* che le Università sono tenute a rispettare, attraverso la pubblicazione nei propri siti web di un gran numero di informazioni relative all'organizzazione della didattica, all'offerta formativa, al personale docente (si v. l'art. 2 del D.M. 31 ottobre 2007, n. 544 e le *Indicazioni operative* contenute nella Nota 9 dicembre 2009, n.253).

⁶² In tal senso si v. ad esempio il Codice dei contratti pubblici, che prevede tanto la pubblicazione nei siti delle singole stazioni appaltanti (v. es. art. 3, co. 35), che in un apposito sito costituito presso l'Osservatorio.

⁶³ L'accesso interamministrativo, disciplinato a partire dal DPR n. 445 del 2002, consente una «acquisizione diretta di informazioni da parte dell'amministrazione procedente su documenti giacenti nel sistema informativo dell'amministrazione certificante» (così A. MASUCCI, *Informatica pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, cit., IV, p. 3120: su queste problematiche, si v. ampiamente M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico. Tra testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2005, pp. 525 ss.; G. CAMMAROTA,

conoscitive elementari, aggregate in risposta a specifici obblighi di divulgazione e suscettibili di successive operazioni di elaborazione e rielaborazione, anche (e proprio) nella prospettiva di un controllo diffuso e generalizzato sull'operato delle amministrazioni pubbliche.

Questa tendenza viene, come anticipato, intercettata ed *energizzata* nel corso dell'ultima Legislatura, attraverso politiche volte in primo luogo ad assicurare che le informazioni delle quali il legislatore aveva disposto la pubblicità *on line* (è questa, in sostanza, la portata della c.d. *Operazione trasparenza* così come inizialmente promossa dal Ministro per la pubblica amministrazione). Da ultimo, però, significativi interventi normativi hanno, questa volta in modo abbastanza organico e senz'altro consapevole, inteso ampliare il novero delle informazioni delle quali deve essere assicurata la piena conoscibilità tramite la pubblicazione nei siti web.

La c.d. *riforma Brunetta*, dal nome del Ministro proponente, dedica una particolare attenzione a tali obblighi di conoscibilità, sia attraverso la legge n. 15 del 2009 (ed il successivo d.lgs. n. 150 del 2009)⁶⁴ che, soprattutto, attraverso la legge n. 69⁶⁵ dello stesso anno. Ecco, quindi, l'obbligo per le amministrazioni di rendere noti, attraverso i propri siti internet, informazioni relative ai dirigenti (curriculum vitae, retribuzione, recapiti istituzionali) e i tassi di assenza e di presenza del personale.⁶⁶

Non si tratta più solo di informazioni di tipo organizzativo, ma di dati (spesso appositamente raccolti ed aggregati) che si presumono idonei a rappresentare in modo significativo l'efficienza e l'imparzialità di un'amministrazione, la sua capacità di utilizzare correttamente le risorse pubbliche. Si pensi, in questo senso, ad altre previsioni, distribuite qua e là nelle riforme del 2009: la pubblicità sui dati relativi alla «tempestività nei pagamenti»⁶⁷; l'ammontare dei premi collegati alla performance, dati relativi grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti, le retribuzioni dei dirigenti con specifica evidenza delle componenti legate alla valutazione di risultato, gli incarichi

Circolazione cartacea e circolazione telematica delle certezze pubbliche. Accertamento d'ufficio ed acquisizione d'ufficio, in *Foro amministrativo: TAR*, n. 11, 2004.

⁶⁴ Sul punto, cfr. D. SARCONI, *Dalla «casa di vetro» alla «home page»: la «trasparenza amministrativa» nella legge 15/2009 e nel suo decreto attuativo*, in *Amministrativamente* (www.amministrativamente.it), 30.11.2009

⁶⁵ Recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*

⁶⁶ Art. 21, co. 1, della legge n. 69, questi ultimi aggregati per ciascun ufficio dirigenziale.

⁶⁷ Art. 23, co. 5, L. 69: ogni amministrazione pubblica determina e pubblica, con cadenza annuale, nel proprio sito internet «un indicatore dei propri tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, denominato «indicatore di tempestività dei pagamenti», nonché «i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all'esercizio finanziario precedente».

conferiti⁶⁸; i dati sui quali si basano le valutazioni «affinché possano essere oggetto di autonoma analisi ed elaborazione».⁶⁹

La connotazione sistematica di questi interventi è confermata dall'attenzione che viene dedicata ai caratteri delle informazioni diffuse, spesso al fine di assicurarne non solo la facile reperibilità⁷⁰ ma anche la raffrontabilità⁷¹.

Ma è decisiva, nel segnare l'acquisita consapevolezza dello strumento e l'enucleazione di un nuovo modello di riferimento, la definizione che lo stesso legislatore fornisce della trasparenza, che è intesa «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 diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».⁷²

Il decreto n. 150 del 2009 conferma appieno questa impostazione, collegando espressamente la disseminazione *on line* di determinate informazioni al fine di assicurare un controllo diffuso sull'operato delle pubbliche amministrazioni «anche a garanzia della legalità».⁷³

Merita di essere segnalato (per quanto si tratti di un testo assolutamente provvisorio) come il recente d.d.l. di contrasto ai fenomeni di corruzione faccia largo ricorso all'istituto della pubblicità tramite siti istituzionali.⁷⁴

E' uno sviluppo, questo, che merita di essere approfondito quanto a implicazioni (e possibili complicazioni) sottostanti, ma che si segnala

⁶⁸ Cfr. art. 11, co. 8 del d.lgs. n. 150 del 2009.

⁶⁹ Legge n. 15 del 2009, art. 4, co. 2, lett. h), pt. 1.

⁷⁰ Per gran parte di queste informazioni si prevede espressamente la loro collocazione in un'area specifica del sito web, denominata *Trasparenza, valutazione e merito*.

⁷¹ Si v. la circolare n.3 del 2009 del Dipartimento per la funzione pubblica; si noti che per permettere la standardizzazione dei dati da pubblicare, si prevede che tutti gli Uffici interessati dalla rilevazione possano utilizzare una procedura per la compilazione *on line* dei curriculum dirigenti.

⁷² L. 15 del 2009, art. 4, co. 7.

⁷³ Art. 1, co. 2, d.lgs. n. 150 del 2009.

⁷⁴ Anche qui la trasparenza dell'attività amministrativa «è assicurata attraverso la pubblicazione sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione» (si v. l'art. 1 del d.d.l., *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, approvato dal Consiglio dei ministri del 1 marzo 2010).

quale modello in via di significativa diffusione (e regolazione) anche nello scenario comparato.⁷⁵

3.2. I pregi della “accessibilità” totale

La scelta, che come evidenziato pare chiara nell’evoluzione legislativa anche se non altrettanto bene esplicitata, di spostare il baricentro della trasparenza dal diritto di accesso alla pubblicità *on line*, porta con sé una serie di questioni problematiche che si esaltano quanto più questo spostamento sia inteso in termini radicali.

Fatta questa premessa, che evidentemente condiziona complessivamente il discorso, è indubbio che il modello della trasparenza-pubblicità presenta (almeno potenzialmente) indubbi pregi che, senza pretesa di esaustività, possono essere ricondotti: a) al fatto di consentire una conoscenza diffusa, da parte del “chiunque”, anche a prescindere dal suo coinvolgimento nel rapporto con l’amministrazione; b) al fatto di costituire un patrimonio conoscitivo suscettibile di successive elaborazioni e, come tale, idoneo a produrre conoscenze nuove, diverse, ulteriori ed inattese; c) al fatto di generare una conoscenza che è diretta, immediata, agevole, *curiosity oriented*, non filtrata da interventi e mediazioni dell’amministrazione.

Perché possa sviluppare le proprie potenzialità, il modello richiede evidentemente di essere sviluppato con attenzione, perché trovandoci di fronte a informazioni che il legislatore individua come “a conoscibilità necessaria”, diviene decisivo poter disporre di informazioni di quantità e qualità adeguata: mutuando la terminologia da quella della pubblicità commerciale, è evidente ad esempio che una comparazione ha senso se i dati rispetto ai quali è operata sono riferiti a caratteristiche essenziali, pertinenti e rappresentative⁷⁶, od altresì è evidente che l’informazione ha

⁷⁵ Va segnalato, infatti, come vari paesi, quali Francia (si v. L. CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dallow, 2006), Spagna (cfr. J. VALERO TORRIJOS, *Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos*, in E. GAMERO CASADO, J. VALERO TORRIJOS (a cura di), *La Ley de Administración electrónica*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007) e Stati Uniti (cfr. A. FROST, *Restoring faith in government: transparency reform in the United States and the European Union*, in *European Public Law*, 2003, 9) hanno approvato regolazioni che, disciplinano la diffusione di informazioni attraverso strumenti elettronici. Per una panoramica ampia, che tiene conto anche delle esperienze britannica e tedesca (oltre che di quelle italiana, spagnola e francese, cui già si è fatto cenno), si v. B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, Maggioli, 2008, ed ivi, in particolare, i contributi di P. SUCEVIC, P. BIRKINSHAW, M. EIFERT, A. CERRILLO MARTINEZ, E. MENICETTI.

⁷⁶ Si v. l’art. 13 del Codice di autodisciplina pubblicitaria.

senso se relativa alle «caratteristiche principali» e non vi sono «omissioni ingannevoli».⁷⁷

Rispetto ai vantaggi, cui si è fatto cenno, alcune brevi notazioni.

Il primo di questi *pregi*, che potremmo definire dell'informazione del cittadino in quanto tale, merita specifica attenzione perché, anche in termini culturali rimanda ad un'idea di amministrazione che non sembra altrimenti aver trovato nello sviluppo dell'ordinamento un'adeguata valorizzazione. Merita risalto, al riguardo, il fatto che la migliore dottrina da tempo ha evidenziato che nell'ottica della trasparenza amministrativa risultano decisive le dinamiche informative che, essendo riconducibili a *chiunque*, rendono possibile processi conoscitivi sottratti «a logiche di mediazione e di scambio».⁷⁸

Il secondo, dato dalla prefigurazione di un vero e proprio *giacimento* conoscitivo, è un aspetto che non sfugge alle intenzioni del legislatore, che in taluni casi parla espressamente di forme diffuse di controllo, di «successive elaborazioni». Questo aspetto chiama direttamente in causa una serie di sedi deputate istituzionalmente a svolgere un ruolo di mediazione conoscitiva: i centri di ricerca, le associazioni di consumatori ed utenti dei servizi pubblici, i giornalisti e gli organi di informazione. E' appena il caso di segnalare il fatto che l'iniziativa *Federal register 2.0*⁷⁹ è stata accompagnata dalla quasi immediata costituzione di gruppi ed organismi incaricati di investigare, rielaborare e semplificare l'accesso a questa massa di informazioni spesso grezze.⁸⁰

Il terzo, della facile accessibilità ed usabilità, dipende in parte da accorgimenti tecnici (quale il rispetto di regole di usabilità, l'indicizzazione da parte dei motori di ricerca⁸¹) ed in parte dalla facile reperibilità delle informazioni (che in alcuni casi il legislatore ed il

⁷⁷ Si v. gli artt. 21 e 22 del Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005 e s.m.).

⁷⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infeconda idea*, cit., 1367. Sulla pubblicità come diritto riconosciuto a *chiunque*, cfr. C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, cit., pp. 45 ss.; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Dir pubbl.*, 2007, pp. 99 ss.

⁷⁹ Che a sua volta si inquadra nella c.d. *Open Government Initiative* della presidenza Obama (i documenti in merito sono reperibili all'indirizzo www.whitehouse.gov/Open).

⁸⁰ Ad esempio, il *Center for Information Technology* di Princeton ha immediatamente attivato un progetto, Fedthread.org, che consente di commentare, segnalare ed annotare il *Federal register*. Un'altra organizzazione ha creato un software che agevola la ricerca nella banca dati (Public.Resource.org), mentre *GovPulse* rende possibile visualizzare il *Federal Register* per argomento o località, in modo da mostrare più facilmente gli interventi governativi ad effetto settoriale o locale.

⁸¹ Cfr. S. ACAR, J. M. ALONSO, K. NOVAK, *Improving access to government through better use of the web*: W3C Interest Group, Note 12 May 2009 (in www.w3.org/TR/2009/NOTE-egov-improving-20090512/); indicazioni specifiche in questo senso sono presenti nelle recenti (e già ricordate) *Linee guida per i siti web della P.A.*

Ministro per la pubblica amministrazione si preoccupano di garantire). Per i cittadini c.d. *native internet*⁸² si tratta evidentemente non solo di una conoscenza che è semplice reperire, ma esattamente di quel tipo di conoscenza che sono abituati ad utilizzare, raccogliere e manipolare. L'agevole reperibilità, il superamento del *request-and-wait-for-a-response-approach*⁸³, consentono una fruizione diffusa e rendono possibile l'interventi spontanei, in funzione di prima mediazione, quali la segnalazione di taluni dati, la condivisione di determinate informazioni, l'apertura di dibattiti su specifici temi anche di interesse circoscritto (e quindi facilmente non suscettibili di attrarre l'attenzione di mediatori istituzionali).

4.3. I rischi insiti nel nuovo modello.

Il modello, così come le sue linee di sviluppo, deve confrontarsi non solo con gli indubbi vantaggi, ma anche con i possibili rischi che l'idea di una trasparenza assicurata dalla «accessibilità totale» porta con sé. L'espressione già di per sé evoca l'idea di un sistema nel quale talune informazioni circolano nella rete svincolate da ogni limite, un'area di totale trasparenza e, per ciò stesso, di completo controllo da parte di chiunque. Così descritto, il modello può rimandare in primo luogo alle teorizzazioni distopiche che hanno ben rappresentato i rischi che le tecnologie divengano strumento di controllo piuttosto che di libertà, consentendo anche la completa conoscenza di informazioni private in quanto connesse all'esercizio di funzioni pubbliche. Non intendo, in realtà, dedicare particolare attenzione a quest'immagine, sia perché la *privacy* ha sin troppi difensori, e viene spesso usata per impedire la trasparenza piuttosto che per garantire la tutela dell'individuo, sia perché concordo profondamente con chi ha evidenziato, da tempo, che nel sistema pubblico la regola deve comunque essere quella della trasparenza, residuando alla riservatezza il ruolo di eccezione (che è esattamente l'opposto di quanto dovrebbe avvenire nell'ambito privato).⁸⁴ Vero è, però, che taluni eccessi del legislatore giustificano una qualche apprensione: appare in effetti decisamente esorbitante la scelta

⁸² Si v. J. PALFREY, U. GASSER, *Nati con la rete*, Milano, Rizzoli, 2009.

⁸³ Un approccio che è il "tallone d'Achille" delle dinamiche conoscitive per M. HERZ, *Law lags behind: FOIA and affirmative disclosure of information*, in *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal*, 2009, pp. 585 ss. e che in un certo senso è stato reso obsoleto da Internet (cfr. D.C. VLADECK, *Information access-surveying the current legal landscape of federal right-to-know laws*, in *Texas Law Review*, 2008, spec. pp. 1792-1793).

⁸⁴ Barile; in termini non dissimili, P. Marsocci evidenzia che "l'agire in pubblico risulta, infatti, la caratteristica privilegiata per mantenere viva la distinzione fra poteri pubblici e poteri privati" (*Introduzione*, in P. MARSOCCHI (a cura di), *"Esporre" la democrazia. Profili giuridici della comunicazione del Governo*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 7).

non già di considerare prevalenti le esigenze di conoscibilità rispetto a quelle di riserbo in ordine a specifici aspetti inerenti alla vita professionale di un dipendente pubblico, ma addirittura di eliminare dall'ambito di protezione della legislazione in materia di dati personali «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».⁸⁵

Si tratta di un esito paradossale, se pensiamo al fatto che la massima trasparenza viene prevista in un ambito, quello inerente al rapporto di lavoro del dipendente di amministrazione pubblica, che si muove di norma in una dimensione eminentemente privatistica, di modo che ci troviamo di fronte ad un rapporto inversamente proporzionale tra potere (che è assente) e conoscibilità (che è massima).

I rischi con i quali ci confrontiamo, ciò premesso, attengono alla qualità e quantità delle informazioni disponibili, e quindi alla loro adeguatezza ed obiettività, e perciò in primo luogo alla possibilità che le attività di informazione scivolino nella comunicazione⁸⁶, nella propaganda, nella pubblicità.⁸⁷ Non meno rilevante è, però, la questione della loro completezza e significatività e, di conseguenza, del rischio che messo «*au grand jour*»⁸⁸ un pezzo dell'amministrazione, le condotte improprie, le inefficienze, la *maladministration*⁸⁹ si spostino semplicemente là dove la luce non solo è meno intensa, ma rischia di essere assente. Mantenendo l'immagine dell'edificio, propria dell'idea della «casa di vetro», potremmo parlare di stanze in ordine (quelle aperte alle visite), ma oltre la porta

⁸⁵ L'art. 4 co. 9 ha, infatti, espressamente inserito questa previsione nella stessa disciplina della *privacy*, aggiungendola all'articolo 1, comma 1, del Codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

⁸⁶ Si v. la distinzione tra “informazione” e “comunicazione” amministrativa proposta dalla dottrina, dove la seconda è intesa come attività diretta a modificare comportamenti, per quanto si ravvisi come informazione e comunicazione siano in un continuum (si cfr. G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in ID. (a cura di), *La funzione di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*, spec. p. 46; F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione*, cit., spec. p. 34). La l. 150 del 2000 distingue, altresì, tra attività di informazione ed attività di comunicazione sulla base di criteri diversi (sul punto cfr. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, B. Mondadori, 2009, pp. 243 ss.).

⁸⁷ Nel senso di pubblicità *commerciale*, quali attività dirette a condizionare il comportamento del destinatario tramite una rappresentazione favorevole del “prodotto”.

⁸⁸ Facendo riferimento all'espressione di Maurice JOLY (*Dialogue aux enfers entre Machiavel et Montesquieu ou la politique de Machiavel au XIXe siècle par un contemporain*, Bruxelles, s.e., 1868, p. 25): «mais comme la publicité est de l'essence des pays libres, toutes ces institutions ne pourraient vivre longtemps si elles ne fonctionnaient *au grand jour*».

⁸⁹ Cfr. S. CASSESE, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro italiano*, V, 1992, pp. 247 ss.

chiusa, là dove non c'è il rischio di ricevere ospiti, può regnare la massima confusione.⁹⁰

5. L'opacità della trasparenza

Sono notazioni, queste, che già ci pongono di fronte al potenziale distorcente che è insito nella trasparenza, e nei suoi strumenti. Che la trasparenza possa produrre opacità appare a prima vista davvero paradossale, ma riflettendo intorno alla metafora dell'illuminazione non appare irragionevole pensare al fatto che la luce, se eccessiva, possa abbagliare, o che l'immagine possa risultare sovraesposta e quindi incomprensibile.⁹¹

La trasparenza, a ben vedere, può produrre opacità (vale a dire limitare, o comunque non favorire l'effettiva conoscenza) in modi diversi, secondo dinamiche diverse.

Può determinare *disorientamento*, frutto dell'eccesso di informazioni: un'opacità per confusione. L'informazione utile, interessante, è resa disponibile, ma è difficilmente compresa nella sua portata perché inframmezzata a numerosi elementi privi di interesse. Senza arrivare a dire che *less is better*⁹², è però evidente che la conoscenza che il cittadino è in grado di maturare rispetto ad un fenomeno amministrativo non necessariamente è proporzionale alla quantità di informazioni disponibili. Si tratta di una questione che può essere ben compresa solo riflettendo sulle pagine e pagine di contratti e consulenze rese disponibili da amministrazioni di medio-grande dimensione sulla scorta dell'Operazione trasparenza: un complesso di dati ed elementi conoscitivi che finisce per occultare le poche informazioni davvero significative.

Potremmo dire, in altri termini, che anche la trasparenza è suscettibile di una certa usura da inflazione, ed il cittadino può verosimilmente risultare interessato ad un numero finito di informazioni. Non appare invece tollerabile l'argomento della *opacità pro democrazia*, nel senso che limitare la

⁹⁰ Riprendendo una citazione già riportata da G. ARENA (*Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5945), la verità va cercata «non in piena luce, ma nella zona in cui necessariamente giocano luce ed ombra»: P.A. ROVATTI, *Sulla "verità" della metafora*, in *AutAut*, 220-221, 1997, p. 2.

⁹¹ F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., spec. 14. Sui "rischi" ed i limiti della trasparenza, connessi in particolare ai caratteri del "messaggio" (spesso dai contenuti scarsamente informativi), si cfr. M. FENSTER, *The Opacity of Transparency*, in *Iowa Law Review*, 2006, spec. pp. 921 ss.

⁹² Alcuni argomenti a supporto di questa tesi in G. NAPOLITANO, *L'attività informativa della pubblica amministrazione: 'less is better'*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

conoscenza pubblica sul funzionamento reale delle istituzioni possa essere inteso come funzionale alla protezione della dignità e credibilità delle strutture democratiche.⁹³ Si tratta infatti, come credo evidente, di una china scivolosa che conduce agevolmente a quelle categorie del segreto e della menzogna utile (che non dovrebbero trovare spazio in un sistema in cui la sovranità appartiene al popolo) che sono, a loro volta, «il prologo ad una farsa, o ad una tragedia».⁹⁴

La trasparenza può però produrre opacità, anche attraverso dinamiche diverse: perché può, ad esempio, *falsare* la comprensione dei cittadini e dell'opinione pubblica, sulla base di una presunzione non necessariamente corrispondente al vero tra informazione significativa ed informazione disponibile. Un rischio, questo, che appare presente anche nelle riforme che stanno interessando il sistema pubblico italiano. E' evidente la tentazione di ricorrere ad informazioni di più facile reperibilità in luogo di altre di più complessa ricostruzione, il che può condurre ad una rappresentazione inesatta, e fuorviante, della realtà e quindi distorcere le dinamiche dell'*accountability*.

La trasparenza può determinare, inoltre, una sorta di *sviamento* del cittadino, attratto dalle numerose informazioni disponibili e con ciò distratto rispetto ad altri fenomeni che si sviluppano parallelamente, ma senza analoghi tassi di trasparenza. Questo effetto è tanto più marcato quanto più si ammettono aree di eccezione rispetto alle regole di trasparenza, e quanto più si nasconde l'estensione di quest'area. La scarsa trasparenza dei segreti (che, a sua volta, può essere considerato un paradossale corollario alle questioni sin qui tratteggiate) produce l'errata percezione del buon funzionamento di talune realtà delle quali altresì, semplicemente, mancano informazioni ed adeguate misure di conoscenza. Si tratta di un fenomeno che l'ordinamento italiano ben conosce, basti pensare al fatto che un pezzo rilevante dell'amministrazione si muove in uno spazio sottratto all'incidenza dei principali strumenti di trasparenza, come avviene per il sistema, oramai dilatatosi oltre ogni tollerabilità, delle c.d. *emergenze*.

La progressiva espansione delle aree del segreto, riferite alle vicende dove più forte è l'esercizio di poteri pubblici e dove più ingente è l'impiego di

⁹³ Per quanto la conoscenza di alcune informazioni possa non giovare alla fiducia nel funzionamento delle istituzioni democratiche, sembra preferibile mantenere una ampia trasparenza e circolazione delle informazioni (in questo senso, si v. la *Lectio magistralis* su *Il web e la trasparenza tra ideali e realtà* di Lawrence Lessig dell'Università di Harvard, tenuta l'11 marzo 2010 presso la Camera dei Deputati).

⁹⁴ V. J. MADISON («a popular government without popular information or the means of acquiring it, is but a Prologue to Farce, or a Tragedy, or perhaps both» (*Letter from James Madison to W.T. Barry*, August 4, 1822)). Si noti che il riferimento a Madison caratterizza il dibattito americano sul *Freedom of Information Act*.

risorse, mette evidentemente in forte discussione la credibilità complessiva delle operazioni di c.d. trasparenza: il rischio è quello di un sistema incoerente, nel quale vicende di irrisoria valenza vengono esposte alla luce più abbagliante, mentre questioni di ben altro conto sono risolte in stanze deliberatamente lasciate prive di ogni illuminazione.

Senza che sia possibile sviluppare qui adeguatamente il tema, deve infine essere segnalata un'ultima, formidabile, dinamica di opacità. Merita attenzione, infatti, il fatto che l'uso delle tecnologie dell'informazione, in assenza di interventi di riequilibrio (volti ad appianare i *digital divides*⁹⁵ o a limitarne gli effetti in termini di accesso alla conoscenza), può creare nuove asimmetrie informative, tra “connessi e non”, nuove *opacità diseguali*, determinando con ciò nuovi limiti alla stessa trasparenza.⁹⁶

6. Indicazioni conclusive

L'evoluzione del sistema italiano mostra, in sostanza, il succedersi di strumenti chiamati ad assicurare la trasparenza: a prima vista, il diritto di accesso ha passato il testimone alla pubblicazione *on line* di dati ed informazioni. In questi termini, le prospettive della trasparenza non appaiono brillanti, dal momento che per quanto idoneo ad assicurare una rilevante conoscibilità dell'azione e (soprattutto) dell'organizzazione pubblica⁹⁷, la pubblicità presenta dei limiti interni che ne condizionano l'operatività.

La funzione di trasparenza assicurabile dalle dinamiche informative spontaneamente attivate dal singolo, insita nel modello del diritto di accesso e del *freedom of information*, rimane in un certo senso insostituibile: crea una condizione di complessiva (ancorché potenziale) illuminazione, una potenziale visibilità degli angoli più reconditi dell'amministrazione, salvo che “un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto

⁹⁵ Sul tema, e per ulteriori riferimenti, v. per tutti D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, cit., pp. 209 ss.

⁹⁶ Come nota Margetts in assenza di adeguate “pre-condizioni” (e quindi, in particolare, in presenza di *divides* culturali e tecnologici) a, l'impatto delle Ict può limitare la trasparenza (H. MARGETTS, *Transparency and digital government*, in C. HOOD, D. HEALD (a cura di), *Transparency. The key to better governance?* Oxford: Oxford University, 2006, 206; V. Zeno-Zencovich, *Il diritto ad essere informati quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2006, pp. 1 ss.

⁹⁷ In merito, cfr. A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) MERLONI, Milano, 2008, 693.

momentaneo”.⁹⁸ In termini diversi, può ravvisarsi come la trasparenza sia un modo di essere dell’amministrazione che richiede, per la sua realizzazione, sia strumenti di macro-informazione (quale la pubblicità ed ora disponibilità tramite i siti web) che di micro-informazione.⁹⁹ In altri termini, fintanto che (e nella misura in cui) resta possibile un esercizio del diritto di accesso funzionale, sia pure mediamente, alle esigenze di trasparenza (come conoscibilità e controllo democratico sull’uso del potere), l’equilibrato bilanciamento dei diversi strumenti ed il loro affiancamento sembra senz’altro suscettibile di una valutazione largamente positiva. Il problema, come accennato, è che nell’esperienza italiana assistiamo più ad una sostituzione che ad una integrazione di strumenti: una tendenza che trova un parziale freno in una serie di discipline speciali che si pongono a cavallo tra gli strumenti più propriamente di giustizia nell’amministrazione (quale pare sempre più essere il diritto di accesso ai documenti) e quelli di conoscibilità diffusa (quale è, appunto, la pubblicità di dati e documenti). Pensiamo, in questo senso, al complessivo regime dell’informazione ambientale (dove si fa largo uso di forme attive di *dissemination* e si prevede un diritto di accesso particolarmente ampio)¹⁰⁰, al diritto di accesso endoprocedimentale, all’accesso alle informazioni locali. La tendenza ad accomunare, quanto a limiti e regime, questi diversi modelli di accesso¹⁰¹ all’accesso così come disciplinato dal Capo V della legge n. 241 del 1990 è, in questo senso, da valutare in termini critici, perché idonea a produrre e rafforzare una “polarizzazione” di strumenti che non risponde alle istanze di buon andamento, imparzialità, cura esclusiva dell’interesse pubblico, democraticità ed eguaglianza che sono radicate nel nostro impianto costituzionale.

⁹⁸ Così F. TURATI, che proseguiva affermando come, al di là di questa ipotesi, “la casa dell’amministrazione dovrebbe essere di vetro” (in *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962).

⁹⁹ Per la distinzione tra macroinformazione e microinformazione, v. ora B.G. MATTARELLA, *Informazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, IV, spec. pp. 3127-3129.

¹⁰⁰ P. SIRACUSANO, *La pubblicità e il principio di trasparenza nella materia della tutela dell’ambiente e del territorio*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., pp. 587 ss.

¹⁰¹ Esempio, nell’esplicitare questa tendenza, una certa giurisprudenza in materia di segreto di ufficio, che trae dalla previsione dell’art. 28 della legge n. 241 del 1990, la convinzione della legittima “compressione” del segreto solo in presenza del diritto di accesso ai documenti (ritendo leso l’obbligo al segreto dal fatto di aver dato seguito a richieste di accesso di tipo diverso non riconducibili nel solco del “modello” fissato dal Capo V della legge sul procedimento): cfr. TAR Piemonte, Torino, II, n. 1693 del 2001 (relativa all’esercizio del diritto di accesso da parte di un consigliere comunale, che come noto gode di speciali prerogative conoscitive).

Il modello statunitense si pone, nuovamente, quale utile parametro: capace di sviluppare azioni idonee ad intercettare le potenzialità conoscitive proprie delle tecnologie dell'informazione, come è ora con la *Open Government Initiative*¹⁰² ma già con l'eFoia¹⁰³, di combinare forme di pubblicità e di libertà di accesso, come è avvenuto tramite l'integrazione del *Sunshine Act* nell'impianto del FOIA, senza per questo depotenziare la capacità conoscitiva realizzata dall'esercizio del *freedom of information*.¹⁰⁴ In conclusione, anche la comparazione ci mostra, a prendere sul serio la trasparenza amministrativa, l'esigenza di introdurre strumenti nuovi (quali quelli resi possibili dalle tecnologie dell'informazione) senza abbandonare, ma anzi aggiornando, quelli *d'antan*. Ben vengano, quindi, regole volte ad assicurare la "totale accessibilità" di determinate informazioni, ma oltre a suggerire maggiore sistematicità (banalmente: aggiungendo i nuovi contenuti obbligatori di trasparenza nell'art. 54 del Codice dell'amministrazione digitale), pare auspicabile (da parte del legislatore) un ritocco alla disciplina vigente del diritto di accesso e (da parte degli interpreti) una maggiore cautela nell'utilizzare il regime del diritto di accesso ai documenti per limitare moduli conoscitivi (quali l'accesso in funzione partecipativa¹⁰⁵, l'accesso alle informazioni locali e

¹⁰² L'*Open Government Initiative*, già menzionata, si basa in particolare sulla messa a disposizione *on line* del patrimonio conoscitivo del *Federal register* (si v. www.data.gov.us), e si sviluppa attraverso una politica di trasparenza esplicitata nella direttiva presidenziale dell'8 dicembre 2009 (*Memorandum for the heads of executive departments and agencies*, in www.whitehouse.gov/Open).

¹⁰³ La disciplina EFOIA prevede che le informazioni ritenute di interesse generale siano rese disponibili in appositi spazi informatici (c.d. "electronic reading rooms"): in merito, v. già M. E. TANKERSLEY, *How the electronic freedom of information act amendments of 1996 update public access for the information age*, in *Administrative Law Review*, 1998, pp. 50 ss.; da ultimo M. HERZ, *Law lags behind: FOIA and affirmative disclosure of information*, cit., pp. 587 ss.; merita peraltro attenzione il fatto che numerose amministrazioni federali non hanno effettivamente predisposto proprie "electronic reading rooms" (NATIONAL SECURITY ARCHIVE, *File Not Found: 10 Years After E-FOIA, Most Federal Agencies Are Delinquent*, 2007, reperibile all'indirizzo www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB216/index.htm).

¹⁰⁴ Negli Stati Uniti, l'espressione *open government* è solita riferirsi ad un "quartetto" di provvedimenti normativi approvati nell'arco di un decennio (F.o.i.a., del 1966; *Federal Advisory Committee Act*, del 1972; Privacy Act, del 1974; *Government in the Sunshine Act*, del 1976); cfr. R.K. BERG, S.H. KLITZMAN, G.J. EDLES, *An Interpretive Guide to the Government in the Sunshine Act*, Washington DC, American Bar Association ed., 2005

¹⁰⁵ Questo approccio interpretativo tende, quindi, la rimarcare, anziché attenuare il solco che esiste tra l'accesso previsto dall'art. 10 e quello disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge 241: da un lato, in effetti, se è vero che l'art. 10 disciplina una specie del diritto di accesso di cui all'art. 22 e ss. ("diverso per presupposti, finalità e soggetti titolari": TAR Lombardia, Brescia, 7 novembre 1991, n. 809), dall'altro questo diritto non è volto tanto ad assicurare la trasparenza, ma va colto "quale garanzia propedeutica nell'ottica di un pieno funzionamento della regola partecipativa" (Cons.

financo lo stesso diritto di accesso del consigliere comunale¹⁰⁶), che andrebbero piuttosto preservati nella loro capacità di assicurare non solo la tutela del singolo, ma un significativo controllo sull'azione pubblica.¹⁰⁷

Stato, VI, 27 febbraio 2003, n. 1116: sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 337).

¹⁰⁶ TAR Piemonte, Torino, II, n. 1693 del 2001.

¹⁰⁷ Più corretto, a mio avviso, non solo parlare di “diritti” di accesso (in questo senso cfr. M. OCCHIENA, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, cit., I, pp. 57 ss.; ID., *I diritti di accesso dopo la riforma della legge n. 241/1990*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, cit., pp. 145 ss.; e già A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 201 ss.), ma anche trarre da questa “diversità” conseguenze significative in termini di limiti alla loro “omologabilità”. Spunti in tal senso discendono anche dal fatto che se il diritto di accesso “esterno” della legge n. 241 è un “livello essenziale”, allora le diverse ipotesi di accesso o sono rimesse alle fonti di autonomia perché queste assicurino livelli ulteriori di tutela (e quindi, ad esempio, la disciplina del TUEL è da considerarsi superata, compressa come è tra livelli essenziali statali e fonti di autonomia territoriale), o sono altresì, come qui si suggerisce, da considerarsi diverso “livello essenziale” corrispondente ad un diverso diritto (che non è quello alla tutela delle proprie situazioni giuridiche, ma quello alla salubrità ambientale, alla partecipazione locale, e così via). Sul punto, ci sia consentito rinviare a E. CARLONI, *Diritti di accesso e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1-2, 2008, pp. 45 ss.