

Carlo Marzuoli

## La trasparenza come diritto civico alla pubblicità\*

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Identità e consistenza della problematica. La sequenza trasparenza, accesso, pubblicità. - 3. Dal problema ai problemi: a) pubblicità e riservatezza; b) riservatezza e accesso. - 4. L'oggetto: documenti e informazioni. - 5. Pubblicità e riservatezza. I diversi tipi di conflitto da risolvere. I dati normativi di immediato riferimento. - 6. La trasparenza come diritto civico alla pubblicità: il "diritto". - 7. (Segue) "civico" (di chiunque) - 8. Effettività e garanzia del diritto.

### 1. Introduzione

Questo lavoro è destinato a segnalare, nei limiti dei profili propri del diritto amministrativo<sup>1</sup>, le questioni di maggiore rilievo che la ricerca ha contribuito a mettere in luce.

Il quesito di fondo era ed è il seguente: la democraticità dell'ordinamento esige che il cittadino, in quanto cittadino, possa conoscere l'essere e l'agire della pubblica amministrazione. La premessa, che si assume di livello costituzionale, necessariamente implicata dall'architettura complessiva della Costituzione repubblicana, e che la legislazione ordinaria, a cominciare dalla l. 7.8.1990, n. 241 (in particolare art. 1, c.1, e art. 22, c. 2: "trasparenza"), menziona espressamente in via di attuazione, è che l'amministrazione deve essere casa di vetro. Però, non tutto, non sempre e non in ogni momento può essere conoscibile. Ebbene: quali sono i modelli con cui questa esigenza di conoscibilità viene soddisfatta<sup>2</sup>.

---

\* In corso di pubblicazione in Francesco Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè.

<sup>1</sup> Per i profili costituzionali del principio di trasparenza si rinvia subito all'ampio e argomentato contributo di D. DONATI.

<sup>2</sup> Su cui vedi i contributi di G. ARENA, A. BRANCASI, F. MERLONI. Nell'ambito di una bibliografia assai estesa, ci si limita ad alcune altre indicazioni. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006; D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006; G. CARUSO, *Le ultime novità legislative sul diritto di accesso. Il nuovo testo dell'art. 22 della legge n. 241/1990*, in AA. VV., *Le Nuove Regole dell'Azione Amministrativa*, Catania, 2006, p. 69 ss.; F. PUBUSA, *Diritto di accesso ed automazione. Profili giuridici e prospettive*, Torino, 2006; G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, I e II, Padova 1984 e 1985; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.* 2005, p. 573 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in

Il tema è limitato alle **amministrazioni**, salvo aggiungere che fra le amministrazioni rientrano anche **soggetti (formalmente) privati** in appartenenza pubblica (come società totalmente partecipate) e anche soggetti autenticamente privati, nei limiti dello svolgimento di determinate attività<sup>3</sup>.

---

Enc. Giur., Roma, 1995; M. R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, D. U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il diritto di accesso dopo la legge 15/2005*, G. MONTEDORO, *Brevi notazioni su diritto nazionale e diritto europeo in tema di accesso*, F. PINTO, *Trasparenza e responsabilità politica*, G. FIORE, *Accesso ed informazione in materia ambientale*, V. VENEZIANO, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*, in M. P. CHITI, G. PALMA (curatori), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, rispettivamente p. 127 ss., p. 163 ss., p. 187 ss., p. 213 ss., p. 225 ss., p. 233 ss., p. 249 ss.; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999; R. FERRARA, *Premesse ad uno studio sulle banche dati della pubblica amministrazione: fra regole della concorrenza e tutela della persona*, in *Dir. amm.* 1997, p. 555 ss.; G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (curatore), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, N. 241*, Torino, 1993, p. 123 ss.; G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (curatore), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in B. CAVALLO, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, p. 201 e ss.; A. BARTOLINI, *Lo stato di attuazione del diritto di accesso ai documenti amministrativi alle soglie del 2000*, M. A. CABIDDU, *Diritto di accesso e segreto d'ufficio: il caso delle autorità amministrative indipendenti*, M. COCCONI, *Il diritto d'accesso nell'amministrazione della sanità. L'accesso alle cartelle cliniche fra tutela della riservatezza e interessi dei terzi richiedenti*, in G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUNA (curatori), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, 2001, rispettivamente p. 13 ss., p. 95 ss., p. 131 ss.; M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo la legge n. 241/1990*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, *I nuovi diritti di cittadinanza. Il diritto di informazione*, Torino, 2005, p. 125 ss.; E. CARLONI (curatore), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Rimini, 2005; M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000.

<sup>3</sup> L'art. 1, c. 1-ter, l. 7.8.1990, n. 241, prevede infatti che i "soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1", fra cui i quali rientrano la pubblicità e la trasparenza, e l'art. 22, c. 1, lett. e, specifica che pubblica amministrazione sono anche "i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Di recente, cfr. Cons. St., VI, 9.3.2007, n. 1119; T.A.R. Puglia, Bari, II, 6.7.2007, n.1174..

La norma è dettata in punto di trasparenza come accesso (da intendere come quell'istituto che è disciplinato dalla norma medesima) e non di trasparenza come pubblicità nel senso

Pur così contenuto, l'argomento tratta di entità molto generali, dotate di capacità evocativa e per di più prese in considerazione da disposizioni normative distinte, costruite da angolazioni differenti. Il “diritto di accesso” è il diritto degli interessati di conoscere i documenti amministrativi (certi documenti) art. 22, c. 1, lett. a) l. n. 241/1990. Al tempo stesso tale accesso, “attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza” (art. cit.). Che cosa vuol dire? Vuol dire che, se in un caso di specie il diritto non favorisce trasparenza ed imparzialità, non vi è accesso? Oppure: che la trasparenza della P.A., la P.A. “casa di vetro”, è affidata alle (necessariamente) libere valutazioni di un soggetto privato (o anche pubblico) circa la decisione più opportuna per il perseguimento del suo proprio interesse (individuale, di gruppo, di apparato burocratico, ecc.)? Di conseguenza è sembrato indispensabile l'ancoraggio costituito dalle immagini che si sono via via venute formando in base all'evoluzione legislativa.

Su queste basi, i punti che meritano attenzione sono: l'individuazione dell'identità e della consistenza problematica di ciò di cui ci si occupa; l'oggetto: il documento e l'informazione; la delineazione di una trasparenza come diritto civico alla pubblicità (o all'informazione).

## *2. Identità e consistenza della problematica. La sequenza trasparenza, accesso, pubblicità.*

Pur se in un quadro di importanti eccezioni, in ragione di materia (ambiente)<sup>4</sup>, o in ragione di caratteri di stato (i diritti attribuiti a determinati funzionari, come i consiglieri comunali e provinciali, ecc.)<sup>5</sup>, la domanda di una maggiore conoscibilità delle informazioni delle pubbliche amministrazioni, quanto meno di quelle racchiuse in documenti

---

che qui interessa (come diritto civico alla pubblicità); tuttavia, gli aspetti ora richiamati, testualmente dettati per l'accesso, sono estensibili anche alla trasparenza come pubblicità.

<sup>4</sup> Ad esempio, art. 14, l. 8.7.1986, n. 349; art. 3 d. lgs. 24.2.1997, n. 39, a suo tempo; oggi art. 3 d. lgs. 2005, n. 195 (che abroga il d. lgs. n. 39/1997). Naturalmente, altro problema è quello di stabilire che cosa sia da intendere per “informazione ambientale”, vedi T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 27.4. 2005, n. 652, che (a proposito dell'art. 2 lett. a, d. lgs. n.39/1997) vi fa rientrare le attività e gli atti di tutela in forma specifica del demanio marittimo, ma non le informazioni relative agli aspetti patrimoniali conseguenti ad occupazioni abusive, che attengono a profili diversi dalla diretta tutela del bene.

<sup>5</sup> Art. 43 (oggi) d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (diritto di informazione dei consiglieri comunali e provinciali).

amministrativi, viene ad essere soddisfatta, come disciplina positiva e come modello generale, con la l. n. 241/1990, anche se essa segue ad un intervento poco prima operato con la legge 8.6.1990, n. 142 (oggi d. lgs. n. 267/2000).

La sequenza da esaminare è trasparenza, accesso e pubblicità nel modello generale.

Prima di questa legge il principio era la **segretezza**, dopo è la trasparenza. La riprova è nel fatto che la legge n. 241/1990 sostituisce l'art. 15 d.p.r. 10.1.1957, n. 3 (statuto impiegati civili) in punto di **segreto d'ufficio**. La contrapposizione **segretezza** – trasparenza, anche alla luce e nella considerazione delle prospettive su cui si era invece mossa l'elaborazione iniziale, che intestava l'accesso al cittadino, genera e diffonde una rappresentazione di questo genere: siccome l'accessibilità introdotta con la legge n. 241/1990 è il rovesciamento del principio del segreto, tale accessibilità diviene sinonimo di pubblicità.

Di qui una serie di problemi. La legge utilizza una formula che pare attribuire l'accesso ad alcuni e non a tutti<sup>6</sup>, ma l'idea dell'accesso come **pubblicità** mette su una strada che imporrebbe, almeno in premessa, di conferire l'accesso a tutti e non solo ad alcuni. Ecco che allora ci si interroga su chi debba essere realmente riconosciuto titolare del diritto: a) chiunque; b) solo colui che è titolare di una situazione soggettiva in senso stretto, cioè di un **diritto soggettivo** o di un **interesse legittimo**, nata altrove, cioè fondata su dati giuridici del tutto distinti da quelli che riguardano l'accesso, rispetto ai quali l'accesso è un semplice ulteriore strumento di tutela; c) infine, in base ad una sorta di ipotesi intermedia, chi appare titolare di un **interesse giuridicamente rilevante**, pur se diverso (per intensità o qualità o tipo) dal diritto soggettivo o dall'interesse legittimo intesi come situazioni soggettive correlate ad una determinata vicenda concernente l'esercizio di poteri amministrativi: l'interesse del giornalista, ad esempio, che, in virtù della sua professione, chiede di conoscere documenti che attengono a "beni della vita" (secondo il linguaggio corrente) a cui è del tutto estraneo (un'iniziativa edilizia, una vicenda concorsuale, ecc.)<sup>7</sup>. Ancora: se l'istanza di accesso debba essere motivata sempre, e quanto e come.

---

<sup>6</sup>“ ..I portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso” (art. 22, c. 1, lett. b); il testo originario (dell'art. 22 c.1) era diverso: “chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”. Anch'esso - comunque, come si vede - limitava l'accesso a solo certi soggetti.

<sup>7</sup> In senso positivo, pur alla luce del nuovo art. 22, T.A.R. Toscana, II, 18.11.2005, n. 6458. In termini più generali, per la sufficienza di un interesse meritevole di protezione anche se

Le risposte sono note: necessità di un interesse qualificato e della **motivazione**. Quel che interessa però non sono le risposte, ma il fatto che siano venute ad esistenza le domande. Esse sono comparse perché in origine si pensava all'accesso come pubblicità, ipotesi, tuttavia, rimasta al di sotto della soglia delle disposizioni divenute diritto positivo.

A complicare la situazione vi era e vi è, poi, la già citata l. n. 142/1990, di qualche mese precedente. Detta normativa, in tema di statuti (oggi art. 6 d. lgs. n. 267/2000), parla di “**accesso dei cittadini alle informazioni e ai procedimenti amministrativi**”; nella norma apposita (oggi art. 10, d. lgs. n. 267/2000, “Diritto di accesso e informazione”), stabilisce che “**tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici**”, salvo eccezioni<sup>8</sup>, che il “regolamento assicura ai cittadini, singoli e associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi”, e che assicura altresì il “diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione”. Dunque l'ordinamento delle **autonomie locali** indirizza l'accesso su un binario assai diverso, quello della **pubblicità**. E sono note le contrastanti posizioni giurisprudenziali sui rapporti fra l'**accesso previsto della legge n. 241/1990** e l'**accesso disciplinato dalla legge n. 142/1990** (oggi d. lgs. n. 267/2000)<sup>9</sup>.

---

non avente veste di diritto soggettivo o di interesse legittimo, Cons. St. IV, 2.10.2006, n. 5752.

<sup>8</sup> Costituite dagli atti “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” (art. 10 cit., c. 1)

<sup>9</sup> Vedi T.A.R. Puglia, Lecce, II, 12. 4. 2005, n. 2067, ove una netta e perspicuamente argomentata posizione per un'accessibilità nei confronti di qualsiasi membro della comunità territoriale, quale riflesso della oggettiva pubblicità degli atti. La “norma stabilisce espressamente e in linea generale...la pubblicità degli atti...e riconosce quindi un diritto di accesso ...da parte di tutti i cittadini (i quali sono pertanto identificati dalla norma come portatori di un interesse diffuso alla conoscenza degli atti”, “interesse che può essere tutelato da ciascuno di essi, o uti singulo o associato ad altri soggetti”; “la previsione normativa resterebbe una vox clamans in deserto se fosse consentito all'Amministrazione ..di negare l'accesso a tali atti, che sono invece considerati pubblici ope legis”. D'altra parte, se è vero che l'art. 22 legge n. 241/1990 richiede un interesse diretto, concreto e attuale, è “altrettanto vero che tale inciso non opera quando esiste un'altra norma (nel caso di specie l'art. 10 T.U.E.L.) che ha già operato il riconoscimento del diritto di accesso a favore di una certa categoria di soggetti”. Ancora: “l'aggettivo ‘pubblici’ utilizzato dall'art. 10” non è da intendere “come opposto agli aggettivi ‘riservati’ o ‘segreti’ utilizzato invece dall'art. 24 L. n. 241/1990. O meglio, questa conclusione è vera solo in parte (in quanto è evidente che un atto accessibile a tutti non può essere segreto o riservato), poiché non ha senso stabilire la pubblicità di un atto e poi impedire di fatto che l'accesso sia precluso” ad un soggetto titolare di una legittimazione derivante dalla legge.

3. *Dal problema ai problemi: a) pubblicità e riservatezza; b) riservatezza e accesso.*

Il punto è questo. La normazione mette insieme trasparenza e accesso, a cominciare dall'art. 22 legge n. 241/1990. Ed è naturale. Attraverso il conferimento del potere di conoscere a qualcuno si realizza una misura di trasparenza. Ma vi è trasparenza e trasparenza; bisogna isolare e non sovrapporre fenomeni e significati che sono strutturalmente molto diversi. Allora: la trasparenza, che con la l. n. 15/2005 entra a far parte, in modo espresso, dei principi enunciati nell'art. 1 l. n. 241/1990. Essa può rinviare: alla conoscibilità di certe entità ad opera di soggetti portatori di certi interessi oppure alla oggettiva condizione di conoscibilità. In questo secondo caso, trasparenza equivale a pubblicità in senso pieno, assoluto. Si assume che in un momento dato, ai sensi dell'ordinamento vigente, vi siano o vi possano essere certe entità (atti, strutture, beni, informazioni, documenti, ecc.); la trasparenza significa la conoscibilità di quegli elementi ad opera di chiunque<sup>10</sup>. A questo si collega anche (almeno) un terzo significato, la trasparenza come principio che impone di determinare quali entità debbono essere create per rendere conoscibile un certo soggetto e una certa attività, nel caso l'amministrazione e l'attività dell'amministrazione. Qui non si tratta semplicemente di rendere pubblico ciò che vi è, ma, ancor prima, di dare corpo a entità che, se rese pubbliche, accrescono la conoscibilità del soggetto e della sua attività<sup>11</sup>. La trasparenza, in questo significato, non è semplicemente la pubblicità di ciò che preesiste, ma è un principio che crea "cose" in funzione della pubblicità<sup>12</sup>. Si pensi alla

---

"L'unico ostacolo che si frappone all'accoglimento di questa conclusione ha natura metagiuridica, essendo legato al timore che gli uffici" "siano intasati" da un "ingestibile" numero di domande. Peraltro, a parte che l'esperienza ha smentito tale previsione, "rileva il fatto che l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma di legge non può essere compromesso da difficoltà organizzative della P.A., difficoltà che le moderne tecnologie consentono di superare con facilità".

<sup>10</sup> Come afferma, in relazione all'art. 10 d. lgs. n. 267/2000, T.A.R. Puglia, Lecce, II, n. 2067/2005 cit.

<sup>11</sup> Per questa problematica, peraltro, si rinvia ai contributi di A. BRANCASI e di P. BONACCI.

<sup>12</sup> E dunque siamo su un versante esattamente opposto a quello in cui si è collocata la giurisprudenza quando ha affermato che la pretesa di accedere non implica il diritto ad "atti nuovi, inesistenti prima della istanza" medesima (T.A.R. Calabria, Catanzaro, II 11 aprile 2005, n. 601), oppure alla nuova norma ove si stabilisce (in conformità agli orientamenti maturati in giurisprudenza) che "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato" delle amministrazioni (c. 3, art. 24 l. n. 241/1990); e

**motivazione**<sup>13</sup>. Essa, a ben vedere, è frutto di questo concetto di trasparenza<sup>14</sup>: costringere a motivare significa creare ed aggiungere all'atto (al dispositivo) un pezzo ulteriore per rendere (più) conoscibile la decisione.

Consideriamo ora l'accesso. Sulla base dei dati normativi, anche l'accesso ha significati assai diversi<sup>15</sup>. L'accesso è un diritto conferito al portatore di una situazione soggettiva che esiste (preesiste) del tutto indipendentemente dalle norme sull'accesso. Essa è dunque collegata ad un qualche elemento concernente un certo soggetto (che rileva come proprietario, come imprenditore, come lavoratore, come abitante del quartiere ecc.) che consente di conoscere un documento altrimenti non conoscibile. Poi vi è un accesso come pretesa conoscitiva attribuita a chiunque. Fra i due fenomeni vi è un abisso. L'**accesso del chiunque** è la **pubblicità**, anche se, poi, si può distinguere fra una pubblicità a fruizione diretta (in diretta disponibilità: Tizio che preme un bottone e vede o sa) e una pubblicità indiretta (che si può conseguire solo un intervento dell'amministrazione, che ad esempio apre la porta in cui è custodito il documento pubblico).

L'altro tipo di accesso, che corrisponde all'accesso di cui alla legge n. 241/1990 e che dunque è l'accesso secondo il modello generale, non è affatto sinonimo di pubblicità. E' tutt'altra cosa: presuppone e ribadisce la segretezza. Pertanto è corretto, ad esempio, come oggi espressamente afferma la legge, su una linea di continuità con la giurisprudenza<sup>16</sup>, che esso non possa essere usato per "un **controllo generalizzato**" delle pubbliche amministrazioni (art. 24, c. 3, legge n. 241/1990). E' ovvio: l'accesso esiste proprio per superare una oggettiva ordinaria condizione di segretezza. E si capisce che non spetti a chiunque, che debba essere motivato ecc. L'accesso non è il rovesciamento della segretezza, ma l'apertura di una

---

vedi anche *infra* nt. 16. Il che è esatto, e condivisibile, ma nei limiti - come vedremo - in cui si tratti di una pretesa conoscitiva qualificata alla luce del diritto di accesso di cui alla legge n. 241/1990 e non di una pretesa conoscitiva fondata sulla oggettiva pubblicità di un atto, che è altra cosa (vedi oltre nel testo ed anche - estremamente significativa, in proposito - la decisione citata alla nt. 9)

<sup>13</sup> In specie se si pone mente alla sua funzione democratica, su cui cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione del provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 70 ss.

<sup>14</sup> Anche se la nozione non sembrava essere corrente all'epoca in cui comincia ad affermarsi l'obbligo di motivazione.

<sup>15</sup> Ampiamente il contributo di C. CUDIA in tema di trasparenza e pretese all'informazione.

<sup>16</sup> Vedi T.A.R. Lazio, III, 17.5.2005, n. 3906; Cons. St., V, 25.9.2006, n. 5636; Cons. St., V, 31.1.2007, n. 408, ove si precisa che se "l'istanza di accesso postula un'attività valutativa ed elaborativi dei dati in possesso dell'amministrazione", l'accesso è precluso perché ciò "rivela un fine di generale controllo sull'attività amministrativa".

(ancorché larga) breccia in una (peraltro al tempo stesso ribadita) condizione di oggettiva segretezza. La trasparenza che si manifesta a mezzo di questo accesso corrisponde al primo dei sopra ricordati significati di trasparenza. E' una trasparenza limitata; non è la casa di vetro, non è una condizione oggettiva dell'amministrazione; è una finestra che si illumina solo per alcuni e non per altri. La contrapposizione segretezza - pubblicità, in quanto vista e considerata attraverso questo modello, è falsata. Non incorpora la presenza dell'autentico protagonista: l'accessibilità nei confronti di chiunque, e mette in ombra il problema di fondo: la riservatezza.

Non a caso, nei primi anni di vigenza della legge n. 241/2000 quest'ultimo è il nodo più irrisolto. La **riservatezza** (almeno nella parte più significativa)<sup>17</sup> è tema affrontato non in relazione alla pubblicità (e dunque al chiunque), ma in relazione al portatore di un interesse particolarmente qualificato a conoscere. In questo modo la riservatezza finisce per porre al primo posto un livello problematico che, invece, non può essere tale, come vedremo. Di conseguenza si innescano (o si aggravano) ulteriori problemi: quali il ruolo ed il tipo di attività, di potere e di atto utilizzati dalla P.A., se essa sia portatrice sempre di un interesse suo proprio anche quando oppone l'altrui riservatezza, o se invece sia una sorta di arbitro fra due contendenti privati; e diviene altresì particolarmente delicato il problema delle fonti, perché l'amministrazione si trova a decidere - spesso - non in merito al perseguimento di un interesse pubblico, ma alla sorte di diritti dei cittadini. D'altra parte, vi è da ricordare che mentre diviene diritto positivo questo modello di accesso (e dunque in qualche misura di trasparenza) - non a caso, di nuovo - manca una disciplina generale della riservatezza. La riservatezza è disciplinata in via generale per la prima volta con la l.31.12.1996, n. 675. E' un'ulteriore prova di una rappresentazione (da imputare al legislatore) nel suo insieme incongrua.

Oggi, il quadro appare più chiaro e più ordinato e consente di recuperare l'unità del sistema pur se positivamente scisso fra discipline della trasparenza e dell'accesso e disciplina della riservatezza (d. lgs. 30.6.2003, n.196)<sup>18</sup>.

Il tema in esame, invero, propone almeno due conflitti, secondo un determinato ordine. A ben vedere, ciò risulta evidente già nella legge n. 241/1990<sup>19</sup>, ma questo aspetto è rimasto in ombra<sup>20</sup>. Il conflitto prioritario è

---

<sup>17</sup> Cioè la riservatezza dei terzi, non la riservatezza in nome dell'interesse pubblico o del segreto d'ufficio.

<sup>18</sup> Vedi i contributi di E. PAPINI, S. FIOREZZANO, E. MENICETTI.

<sup>19</sup> Invero, la legge contiene l'art. 26, che è appositamente dedicato a disciplinare la pubblicazione di certi atti ("le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto

quello fra una pretesa a conoscere in testa a chiunque (per semplificare: al cittadino, ma forse si dovrebbe dire alla persona) e il contrapposto interesse alla riservatezza (del potere pubblico o di altri): questo è il conflitto di tipo sempre ricorrente e assolutamente normale. Poi, sul presupposto che quel conflitto sia risolto in un certo modo, e cioè nel modo della riservatezza, e proprio perché è risolto in tal modo, si può generare un ulteriore conflitto: quello fra la riservatezza e un interesse ulteriore, rispetto a quello del chiunque, che, in quanto ulteriore, può appunto giustificare una conoscibilità altrimenti da negare.

Il primo è il tema pubblicità-riservatezza, ed è problema generale: bisogna prima sapere quali sono gli atti e le informazioni oggettivamente pubbliche, conoscibili da chiunque; il secondo problema è quello di sapere, dinanzi ad atti e ad informazioni oggettivamente riservate, chi quando come ed in che limiti può comunque averne conoscenza<sup>21</sup>.

L'accesso di cui all'art. 22 legge n. 241/1990 copre questo ultimo ambito. Di contro alle ridondanti formule sulla trasparenza, sull'imparzialità ecc., di cui l'art. 22 tuttora denso, le norme capaci di sostituire il vetro al piombo nelle pareti della casa amministrazione, per farne una cosa conoscibile da chiunque, non sono la legge 241/1990 (almeno in punto di art. 22), e nemmeno la legge 142/1990 (viste le incertezze quanto al rapporto con la disciplina di cui alla legge n. 241/1990), ma la successiva legislazione sulla riservatezza, sull'**amministrazione digitale** e sulla **comunicazione pubblica**<sup>22</sup>. Né deve ingannare la norma che disciplina il rapporto fra riservatezza e accesso: certo che vince (salvo alcune possibili eccezioni)<sup>23</sup>

---

che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti della pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si detta disposizioni per l'applicazione di esse" e altro) e che precisa che con la pubblicazione, se integrale, si "intende realizzata" la "libertà di accesso" a detti documenti, con ciò chiaramente mostrando che l'accesso (la "cosa" di cui all'art. 22) presuppone l'esistenza di un atto oggettivamente riservato.

<sup>20</sup> Forse perché è di più immediata percezione e certo di ambito più ristretto un conflitto concreto fra portatori di interessi qualificati che non un più generale ed astratto confronto fra pubblicità e riservatezze (dell'amministrazione e dei privati).

<sup>21</sup> Come si vede, non è questione di nomi, ma di struttura realmente diversa dei fenomeni: si può chiamare accesso, se si vuole, anche la pretesa a conoscere un atto di cui chiunque è titolare; basta non dimenticare che questa ipotesi è radicalmente differente da quella in cui l'accesso designa una pretesa a titolarità ristretta (poco o molto non importa).

<sup>22</sup> Su cui si rinvia a M.M. PROCACCINI, *La dimensione "amministrativa" della comunicazione*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (curatori), *L'amministrazione sta cambiando?* Milano, 2007, p. 217 ss.; F. MARTINI, *Il sistema informativo pubblico*, Torino, 2006, ove altra bibliografia.

<sup>23</sup> I dati supersensibili (art. 60 d. lgs. n. 196/2003).

l'accesso, tuttavia vince proprio perché non è la pubblicità (la conoscibilità ad opera di chiunque), ma, in definitiva, la proiezione del diritto di difesa di un interesse individuale<sup>24</sup>.

La considerazione esposta dovrebbe ormai essere condivisa e praticata. Ma non sempre lo è. Mi riferisco alla vicenda della disciplina in Toscana<sup>25</sup>. La legge regionale n. 9/1995, in tema di procedimento amministrativo e di accesso agli atti, è chiarissima nel distinguere pubblicità e accesso. L'art. 41 disciplina gli "atti soggetti a pubblicità"<sup>26</sup> ed i limiti alla pubblicità<sup>27</sup>, dopodiché l'art. 45, recante disposizioni generali in tema di diritto di accesso, afferma testualmente (c. 1): "l'accesso ai documenti amministrativi costituisce lo strumento per realizzare la conoscenza degli atti non soggetti a pubblicità i sensi del precedente capo 1"; al tempo stesso, tale pretesa conoscitiva non è più configurata come il diritto di "chiunque" a conoscere gli atti soggetti a pubblicità<sup>28</sup>, ma come il diritto conferito (art. 48) ai "soggetti titolari di interessi differenziati giuridicamente rilevanti ai fini della tutela degli interessi medesimi nonché alle associazioni, ai comitati e ad altri soggetti collettivi per la tutela degli interessi diffusi di cui sono portatori, ai sensi del loro ordinamento interno"<sup>29</sup>.

Sopravviene il nuovo **Statuto regionale**. L'art. 54, "Procedimento amministrativo e diritto di accesso", afferma: "Tutti hanno diritto di accedere senza obbligo di **motivazione** ai documenti amministrativi, nel rispetto degli interessi costituzionalmente tutelati e nei modi previsti dalla legge". Tutti: dunque è la pubblicità? Secondo la Corte costituzionale (sent. n. 372/2004) la norma, dove stabilisce "il diritto di accesso, senza

<sup>24</sup> Ma orientamenti diffusi talora sembrano i rimanere troppo avviluppati in un complicato e forse non necessario discorso sull'autonomia o invece strumentalità del diritto di accesso.

<sup>25</sup> Più in generale, per le discipline regionali, vedi lo specifico contributo di C.

CUDIA.

<sup>26</sup> Si tratta: dei provvedimenti conclusivi di procedimenti, dove per provvedimenti sono da intendere, per espressa previsione dell'art. 41, c. 2, atti comunque "idonei a produrre ...determinati effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi", quale che sia la loro consistenza (dichiarazioni di volontà, di scienza o di giudizio); degli atti amministrativi generali in tema di organizzazione degli uffici regionali, di modalità di svolgimento dei procedimenti amministrativi, di conoscibilità degli atti, di applicazione di norme giuridiche (ad esclusione degli ordini di servizio e delle note di esclusivo uso interno); degli altri atti la cui pubblicità risulti disposta dall'ordinamento vigente. . Il mezzo è la pubblicazione sul Bollettino Ufficiale (art. 42)

<sup>27</sup> Art. 44, "al fine di salvaguardare la riservatezza dei terzi" e dunque se "contengano notizie ecc.

<sup>28</sup> "Chiunque ha diritto a conoscere gli atti soggetti a pubblicità": art. 43.

<sup>29</sup> Oltre che alle pubbliche amministrazioni per atti la "cui conoscenza sia funzionale" all'esercizio delle loro competenze.

obbligo di motivazione, ai documenti amministrativi, si conforma al principio costituzionale di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa", corrisponde all'evoluzione dell'ordinamento comunitario ed anche alla legislazione statale di settore, ad esempio in materia ambientale. Tuttavia, la Corte ritiene che la disposizione, in virtù dell'esplicito riferimento al rispetto degli interessi costituzionalmente tutelati ed ai modi di disciplina previsti dalla legge, deve essere interpretato nel senso che la emananda legge regionale di attuazione <<preveda ..anche criteri e modi in base ai quali l'interesse personale e concreto del richiedente si contempera con l'interesse pubblico al buon andamento dell'Amministrazione, nonché con l'esigenza di non vanificare in concreto>> la tutela giurisdizionale di "eventuali soggetti terzi interessati". Con questo si escludono profili di illegittimità costituzionale.

Dunque, alla fin fine, la Corte, ritiene che la conoscibilità di cui parla lo statuto regionale non è una pretesa conferibile a chiunque. Viene a riproporsi lo schema a doppio livello di cui si è detto: un primo livello in cui il problema è quello della conoscibilità in senso oggettivo e dunque nei confronti di chiunque, suscettibile perciò di essere configurata come il diritto di un chiunque, ed un secondo livello, il cui ambito di applicazione non può che essere residuale – ovviamente – rispetto al primo, in cui la conoscibilità non può che essere soggettiva, cioè attribuibile solamente a coloro che sono da ritenere portatori di interessi ritenuti prevalenti ad opera del legislatore o di chi deve in concreto operare il **bilanciamento**, e cioè o l'amministrazione quanto al merito in via esclusiva e poi il giudice nei limiti di un sindacato di legittimità (prima ipotesi) oppure l'amministrazione senza riserva alcuna di potere e poi il giudice con sindacato pieno (seconda ipotesi).

#### 4. *L'oggetto: documenti e informazioni.*

La legislazione parla di **documenti** (legge n. 241/1990)<sup>30</sup> e di **informazioni** (anche la legge n. 241 e altre). Le informazioni coprono un'area che è costituita dalle informazioni incorporate in documenti e da tutte le altre informazioni e il trattamento giuridico è per certi aspetti diverso a seconda che si tratti delle une (informazioni nel documento) o delle altre.

In termini di informazioni (e dunque oltre i documenti) il bisogno si specifica, almeno in via generale, su tre piani: a) conoscibilità delle informazioni in un dato momento esistenti; b) conoscibilità di informazioni producibili in base a semplici operazioni di messa in contatto (di

<sup>30</sup> E dunque non una qualsiasi notizia, vedi T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 19. 1. 2005, n. 18.

combinazione) di informazioni esistenti; c) infine, come oggetto di produzione doverosa; è la trasparenza (vedi *supra* §. 3) come fonte di pubblicità: la trasparenza esige non solo la visibilità di ciò che vi è ma, siccome ciò che vi è non basta, per definizione, a rendere trasparente il tutto, si deve dire che la trasparenza impone di determinare le informazioni da creare per rendere sempre meno opaca la P.A. Ma qui la trasparenza torna ad essere in modo evidente il frutto non di buone o di cattive volontà, non di adempimenti o non adempimenti a prescrizioni definite, ma di scelte politiche con tutto ciò che ne consegue: in termini di istituzioni, di competenze, di procedimenti, ecc. Si aprono così problemi ulteriori, per i quale si rinvia agli studi già citati<sup>31</sup>

*5. Pubblicità e riservatezza. I diversi tipi di conflitto da risolvere. I dati normativi di immediato riferimento.*

Alla luce di quanto detto, il tema dell'accesso per tale intendendo l'istituto di cui tratta l' art. 22 legge n. 241/1990, e cioè una pretesa a **legittimazione** necessariamente ristretta, è da accantonare. Infatti, quale che sia l'importanza (ed è grande) di detto istituto dal punto di vista dell'imparzialità e della trasparenza dell'amministrazione, esso è comunque - per sua necessaria natura - estraneo alla sfera del chiunque e dunque non è ciò che costituisce l'asse centrale su cui deve essere impostato e percorso il tema trasparenza e democraticità, che esige un conferimento di potere a chiunque<sup>32</sup>.

Il tema dominante è dunque quello del rapporto fra pubblicità e riservatezza; fra la pretesa alla pubblicità ed alla conseguente informazione da parte di chiunque (è un aspetto della cittadinanza amministrativa) e diritti o poteri (di riservatezza) altrui.

Anche a questo riguardo, occorre rimanere aderenti al diritto positivo. Inutile aggiungere che l'insieme del lavoro svolto dall'Autorità garante della riservatezza costituisce un aspetto determinante (il che – non sembri paradossale – induce a riconsiderare il suo ruolo)<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Di A. BRANCASI.

<sup>32</sup> E' il modello oggi del d. lgs. n. 195/2005; e già l'art. 14 L. 8 luglio 1986, n. 349 ("Qualsiasi cittadino ha diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili, in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della pubblica amministrazione.."). Su queste tematiche, e sui nessi con il principio democratico, vedi il contributo di P. SIRACUSANO.

<sup>33</sup> Fino al punto da indurre a riflettere sul ruolo da essa svolto in relazione alla circostanza che si tratta, almeno in parte, di determinare l'assetto giuridico di interessi certo di

Un cenno, innanzitutto, deve essere fatto agli elementi che depongono, in varia forma, per la pubblicità, a parte le norme che prescrivono specificamente la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, su Bollettini ufficiali o altro (come l'Albo pretorio)<sup>34</sup>.

a) Obbligo, per le PPAA, di formazione, raccolta, conservazione e messa in disponibilità dei dati in loro possesso; la norma, peraltro, fa subito salvi i limiti posti ai sensi delle leggi vigenti (art. 50 CAD<sup>35</sup>).

b) Individuazione del carattere pubblico nel senso più naturale e pieno: “dato pubblico”, secondo l'art. 1, lett. n CAD, è quello “conoscibile da chiunque”.

c) Attribuzione legale (direttamente ad opera della legge) del carattere pubblico a certi dati, e segnatamente ai dati seguenti (art. 54 CAD): organigramma e organizzazione degli uffici, i nomi dei dirigenti responsabili, e altro; elenchi delle tipologie dei procedimenti, termine di conclusione, nome del responsabile e unità organizzativa responsabile dell'istruttoria, ecc.; elenco delle caselle di posta elettronica attive; pubblicazioni previste dall'art. 26 legge n. 241/1990<sup>36</sup>; “tutte le iniziative dirette a precisare ed a rendere effettivo il diritto di accesso”; i “messaggi di informazione e di comunicazione previsti dalla legge n. 150/2000”; elenco dei bandi di gara e di concorso; elenco “dei servizi forniti in rete già disponibili”; elenco “dei servizi di futura attivazione”, con indicazione dei “tempi previsti per l'attivazione”.

A questi si aggiungono dati ulteriori, volta a volta indicati espressamente da singoli interventi legislativi, come - di recente - l'art. 1, c. 593, legge finanziaria 2007 (l. 2007, n. 296).

d) Obbligo, per le PPAA, di realizzazione di appositi siti (artt. 53 e 54 CAD);

e) Determinazione legale del contenuto “necessario” (obbligatorio) di detti siti, che coincide con i dati sopra elencati e qualificati come dati pubblici (art. 54 CAD).

In rapida elencazione, ora, gli elementi che operano come limiti, in termini generali, e non senza ricordare che sono da aggiungere le disposizioni che prevedono specifici limiti al diritto di accesso di cui all'art. 22, il che

---

particolare rilevanza dal punto di vista costituzionale e tali da pretendere un attento rispetto del principio di legalità.

<sup>34</sup> Su cui si vedano i contributi di A. PELACCHI e di L. MELE.

<sup>35</sup> Cioè d. lgs. 7.3.2005, n. 82, “Codice dell'amministrazione digitale”, su cui E. CARLONI (curatore), *Codice dell'amministrazione digitale*, cit.

<sup>36</sup> Vedi il testo *supra* nt. 19.

significa che detti atti, sottratti all'accesso, sono a maggior ragione esclusi dalla pubblicità<sup>37</sup>.

a) Ragioni di "puro" interesse pubblico. Visto che l'argomento coinvolge talora in modo essenziale (probabilmente esclusivo) interessi di privati, la precisazione è necessaria per indicare ragioni che sono proprie dell'interesse portato dall'Amministrazione, "proprie" nel senso che ignorano, e che debbono ignorare, eventuali motivi di tutela della riservatezza di terzi (ancorché vi possano essere). Ad esempio, la necessità: di tutelare un particolare interesse di segretezza (il **segreto di stato**)<sup>38</sup>; o di tutelare il più modesto ma essenziale segreto d'ufficio, art. 15; di non pregiudicare la decisione che si viene formando, che può peraltro giustificare non un'esclusione, ma un differimento; di attuare i generali principi di economicità ed efficienza: anche economicità ed efficienza sono interessi pubblici da prendere in considerazione, per disposto costituzionale, e dunque possono ben disporsi sul lato degli elementi contrastanti o limitanti la pubblicità (si veda, del resto, la già citata C. Cost. n. 372/ 2004).

b) Ragioni di tutela della **riservatezza** altrui, salvo ulteriori notazioni. E' la tematica più complessa ed è quella su cui, a parte le indicazioni desumibili dalla legislazione in tema di accesso, intervengono: il codice della riservatezza; gli atti generali e non dell'**Autorità garante per la riservatezza**; i regolamenti delle singole amministrazioni sulla base degli orientamenti dell'Autorità garante (art. 20, d. lgs. n. 196/2003).

Queste ragioni di interesse pubblico sono oggetto di decisioni consistenti nell'esercizio di poteri di tipo diverso, normativo legislativo, normativo regolamentare, amministrativo generale, amministrativo puntuale e concreto, il che non è ininfluente (vedi *infra* § 7).

Per esemplificare una sintesi dei principi e problemi da affrontare quando si deve decidere il se ed il come della pubblicità di atti e di informazioni in possesso dell'amministrazione, risulta di particolare utilità la traccia che si può ricavare da un recente e sistematico atto dell'Autorità garante ("*Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*", Delib. 19 aprile 2007, n. 17), che, fra l'altro, espone punti coincidenti con non pochi aspetti delle ricerche di settore<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Come nei casi previsti dall'art. 13, c. 5, d. lgs. 12.4.2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici.

<sup>38</sup> Vedi oggi in particolare l'art. 39 l. 3.8.2007, n. 124.

<sup>39</sup> Cfr. i contributi già citati di A.PELACCHI, L. MELE.

I principi indicati sono: il principio di necessità, cioè si divulga il dato personale solo se non si può evitare (art. 3 d. lgs. n. 196/2003); il **principio di proporzionalità**: pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità perseguite (art. 11 d. lgs. cit.); la prevalenza, in generale, di quanto desumibile dai principi del codice riservatezza su quanto altrimenti desumibile da norme impositive di forme generali di pubblicità: è l'ipotesi, ad esempio, degli atti degli enti locali soggetti a pubblicazione mediante affissione nell'**Albo pretorio**, la quale - si dice - di per sé non contrasta con il d. lgs., ma deve essere "adattata" ai principi del d.lgs.(punto 6); di prevalenza, invece, in direzione opposta, in certi casi, di norme specificatamente impositive (diversamente dalla norma generale sulla pubblicazione nell'Albo pretorio) della pubblicità di certi dati, ad esempio in punto di permessi di costruire e di vicende relative all'attività edilizia (art. 20 e art. 39 d.p.r. 2001, n. 380); di certi compensi (come il cit. art. 1, c. 593, l. n. 296/2006); di elenchi nominativi dei contribuenti (art. 69 d.p.r. n. 600/1973); l'articolazione degli uffici di ogni P.A. (art. 54 d. lgs. n. 82/2005) e, aggiungerei, tutti i dati definiti pubblici ai sensi del citato art. 54.

Quanto alle modalità di attuazione: prudenza dell'uso del sito internet per realizzare la pubblicità, nel senso che la pacifica possibilità, o addirittura, la doverosità della loro pubblicazione in altra forma (mediante affissione, ad esempio) non necessariamente significa automatica trasposizione dei contenuti resi pubblici mediante affissione nel contenuto della pubblicità mediante sito internet (punto 6); in particolare, la non corrispondenza fra atto soggetto a **pubblicazione** nell'albo pretorio e **pubblicità**, in senso integrale (punto 6); ancora, la circostanza che i principi della disciplina sulla riservatezza prevalgono; la delimitazione della pubblicità a solo una parte dell'atto, riservando altri aspetti solo ad alcuni. Ad esempio, la delibera di indizione del concorso è pubblica e così la graduatoria, ma non anche altri atti (gli elaborati, le valutazioni, ecc.) oppure certi atti in punto di procedure per l'ammissione dei minori agli asili nido, per l'edilizia residenziale (si avrebbe dunque una pubblicità limitata, che, in quanto tale, potremmo in realtà riferire alla tematica dell'accesso); l'accortezza nella redazione degli atti destinati ad essere pubblici, nel senso di verificare se sia possibile e come indicare certi dati personali, se sia possibile ometterli o sostituirli con sigle o con segni di rinvio, ecc.

6. *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità: il "diritto".*

Nel quadro descritto sono presenti ed operano valori essenziali talora in intrinseca relazione conflittuale (pubblicità- riservatezza), cosicché non è agevole stabilire quale sia la configurazione giuridica delle pretese alla pubblicità da intendere come conoscibilità dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni ed in particolare verificare se si possa configurare un diritto civico alla pubblicità.

L'ipotesi formulata, alla luce delle nozioni correntemente utilizzate, impone di soffermarsi su due problematiche, connesse, ma da tenere ben distinte. La prima riguarda la possibilità di qualificare la pretesa come diritto; la seconda riguarda la possibilità di riconoscere la pretesa a chiunque.

Diritto. Oggi, a seguito di rinnovati studi<sup>40</sup> ed in particolare della riconosciuta ammissibilità del risarcimento del danno anche nelle ipotesi in precedenza escluse per effetto dell'equazione interesse legittimo - non risarcibilità, il problema si pone in termini differenti rispetto al significato tradizionalmente attribuito alla distinzione fra le due situazioni soggettive caratteristiche del diritto amministrativo (**diritto soggettivo** e **interesse legittimo**), fino al punto di poter (in ipotesi) concludere che anche la pretesa ordinariamente qualificata come interesse legittimo è un diritto soggettivo, nel senso che anch'essa altro non è se non la pretesa al rispetto del diritto in vista della tutela di un interesse. Ma non è questo il punto che qui interessa. Infatti, pur se si dovesse accogliere (come parrebbe preferibile) tale prospettiva, rimarrebbe pur sempre ferma, per alcuni importanti aspetti, la diversità delle pretese riunite nella categoria del diritto. Invero, la situazione di una pretesa correlata ad un altrui potere riservato vive in un contesto diversa dalla situazione di una pretesa correlata ad un'altrui attività che non comporta l'esercizio di **poteri riservati**. Da questo punto di vista (sostanziale, strutturale), la terminologia diritto – interesse non rileva. Ciò, d'altra parte, è confermato dalla circostanza che (in particolare) la giurisprudenza parla di interesse legittimo anche a proposito di quelle situazioni (interessi correlati ad attività vincolata) che, secondo gran parte dei sostenitori della distinzione diritto soggettivo – interesse legittimo, corrispondono alle fattispecie a cui meglio si adatta la qualificazione di diritto soggettivo (perché caratterizzate comunque da una garanzia di risultato).

Si tratta dunque, abbandonate le qualificazioni, di verificare, pur se per linee generali, di verificare quali sia la consistenza della pretesa in relazione

---

<sup>40</sup> Illuminante A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*. (Sonntagsgedanken), Milano, 2005. Si vedano anche, al riguardo, con varietà di valutazioni, i lavori di G. AZZARITI, C. MARZUOLI, G.U. RESCIGNO, G. SILVESTRI, A. TRAVI, in *Dir. Pubbl.* 2006.

ai compiti attribuiti ad altri, che nella specie sono, a parte il legislatore) le pubbliche amministrazioni e fra di esse l'Autorità garante.

Se facciamo riferimento all'**accesso** previsto dall'art. 22 l. n. 241/1990 (e modelli connessi, come quello del d. lgs. n. 267/2000), la legge parla di diritto e nell'attribuire la **giurisdizione** al giudice amministrativo, parla (dopo le modifiche introdotte con la l. 11.2.2005, n. 15) di **giurisdizione esclusiva** (art. 25, c. 5). Di **diritto** parla anche la giurisprudenza, dopo molte oscillazioni<sup>41</sup>. Tuttavia, al di là dei nomi, delle stesse definizioni testuali ("diritto"), e della stessa giurisprudenza<sup>42</sup>, ciò non deve indurre ad escludere la necessità di qualificare alcuni dei compiti (si utilizza deliberatamente il termine neutro "compito") di spettanza dell'amministrazione in termini di poteri riservati. Il punto è questo, i nomi seguono.

L'attenzione, in questa prospettiva, deve essere portata sui compiti indicati nell'art. 24 ed in specie: a) compito di determinare le "categorie" dei documenti sottratti all'accesso ai sensi del comma 1 (c. 2) e l'eventuale durata della **sottrazione** (c. 5); b) possibilità di **differimento** (c. 4); c) compito del Governo di adottare un regolamento ai sensi dell'art. 17, c. 2, l. 23.8.1988 n. 400 (c. 6).

Senza poter esaminare in dettaglio le singole ipotesi, e sempre che si eviti una sorta di automatica corrispondenza fra aspetti indeterminati (perciò necessariamente valutativi) della disciplina legale e **potere riservato**

---

<sup>41</sup> Per la natura di diritto soggettivo, prima delle modifiche apportate dalla legge n. 15/2005, Cons. St., VI, 12. 4. 2005, n. 1679, poiché: a) la pretesa all'accesso è regolata "in una legge di settore che ne disciplina minutamente l'attribuzione e l'esercizio nell'esclusivo interesse del richiedente"; b) "può trovare un limite solo in specifiche e tassative esigenze di riservatezza (dei terzi o dell'amministrazione stessa) stabilite dalla legge ma non anche in mere valutazioni di opportunità di chi detiene il documento". La tesi avrebbe oggi a suo ulteriore conforto la "inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili" e sociali "ai sensi dell'art. 117 della Costituzione" e il carattere esclusivo della giurisdizione in materia di accesso (così Cons. St., A.P., 20.4.2006, n. 7, che peraltro si astiene da una puntuale presa di posizione). Di recente, Cons. St., V, 10.8.2007, n. 4411, utilizzando specificamente le modifiche introdotte con la legge n. 15/2005, ribadisce che l'accesso è un diritto soggettivo di carattere strumentale "rispetto alla protezione di un'ulteriore o sottesa situazione soggettiva che non è necessariamente di interesse legittimo o diritto soggettivo, ma che può avere la consistenza di un interesse collettivo o diffuso o di un interesse semplice o di fatto". Per un tipo di "situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante", vedi Con. St., A.P. n. 7/2006, cit.

<sup>42</sup> Che pare configurare un contesto di totale vincolatezza per l'Amministrazione, vedi *supra* nt. 41

(discrezionale o tecnico discrezionale o altro)<sup>43</sup> dell'amministrazione, e sempre che non si dia rilievo assoluto al tipo di potere esercitato<sup>44</sup>, è sufficiente osservare che in alcuni casi il compito attribuito all'amministrazione parrebbe esigere il riconoscimento di un **potere riservato (discrezionale)**<sup>45</sup>; in altri invece la riserva non pare riconoscibile, come nel caso della lett. d) del c. 6 dell'art. 24<sup>46</sup>. La ragione di quest'ultima configurazione è nel fatto che la lett. d) dispone in ordine ad un conflitto in cui l'interesse pubblico non sembra essere partecipe e non vi è ragione di riservare in esclusiva all'amministrazione le relative valutazioni e conseguentemente di sottrarle ad un sindacato pieno in sede giurisdizionale (astratte e generali o concrete e puntuali che siano).

Come si vede, e fin qui, se si utilizzano le nozioni correnti, possiamo dire che l'accesso è un diritto non nel senso e perché non siano riconoscibili, talora, poteri riservati all'amministrazione, ma nel senso che l'accesso è da configurare in premessa come un diritto, salva la possibilità per l'amministrazione di incidere (talora) su quel diritto. Se si vuole, il quadro corrisponde all'idea del diritto suscettibile di affievolimento, immagine tuttora utile se ad essa si ricorre per descrivere ipotesi di questo genere.

Occorre però considerare un'altra disposizione, che delinea una fattispecie che specializza quelle precedenti. Si tratta dell'art. 24, c. 7, legge n. 241/1990: l'accesso deve essere garantito quando sia "necessario per curare o per difendere i propri interessi giuridici", con il limite, quando si tratti di conoscere "dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale" del **bilanciamento** previsto dall'art. 60 d. lgs. n. 196/2003 (la situazione soggettiva da tutelare con l'accesso deve essere "di **rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero**" deve consistere "in un **diritto della personalità** o in un altro **diritto o libertà fondamentale e inviolabile**").

---

<sup>43</sup> Il "merito", nel senso generico e residuale (ma determinante) di aspetto non inerente la legittimità e perciò (secondo non pochi orientamenti) riservato all'amministrazione.

<sup>44</sup> Nel senso di assumere il conferimento di potere normativo regolamentare come espressione di un potere sicuramente discrezionale; vedi peraltro anche quanto si osserva *infra* § 7.

<sup>45</sup> Come i parametri: "lesione ...alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e correttezza delle relazioni internazionali" (lett. b, c. 6, art. 24); "valutazione del pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria" (lett. b c. 6, art. 24), aspetti di tutela dell'ordine pubblico, prevenzione e repressione della criminalità (lett. c, c. 6), il differimento (c. 4, art. 24), la determinazione della durata della sottrazione all'accesso c. 5, art. 24).

<sup>46</sup> Documenti concernenti la "vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale"

Dunque, quando vi è l'elemento della necessità di difendere un proprio interesse (in positivo) e quando (in negativo) non vengono in rilievo i dati da ultimi menzionati (supersensibili), la pretesa all'accesso si configura come un diritto non connesso a poteri riservati (salvo il coordinamento con la disciplina del segreto di stato, l. n. 124/2007). Le ipotesi di **riserva** sono superate dal particolare interesse per il quale si chiede l'accesso.

Rimane da chiedersi se possa aversi un potere riservato nel caso di **dati super sensibili**. Lo escluderei, per una considerazione già esposta, che, data la personalità degli interessi, parrebbe avere maggior forza: si tratta di un conflitto fra interessi (o diritti) individuali, l'**interesse pubblico** non c'entra, il contrasto deve essere risolto per intero in sede giurisdizionale<sup>47</sup>.

In conclusione: se guardiamo all'accesso di cui alla legge n. 241/1990, se vogliamo disegnarne i contorni in base alla sostanza della disciplina giuridica che lo riguarda e per evitare di sovrapporre questioni sostanziali e questioni solo terminologiche, possiamo dire: a) che l'accesso è un "diritto"; b) che però, talora, è un "diritto" collegato a poteri riservati (secondo lo schema tradizionale del diritto suscettibile di affievolimento) e, se e quando è correlato a poteri riservati, si potranno avere (per forza di cose) certe forme di tutela e non altre.

Se spostiamo l'attenzione sulla pretesa alla pubblicità al di fuori dei casi di cui all'accesso, pare utilizzabile il medesimo schema, in conseguenza del fondamento e dei caratteri di detta pretesa.

#### 7. (Segue) "civico" (di chiunque)

Si può passare a considerare l'ipotesi prospettata nel punto decisivo: un diritto a conoscere intestato a chiunque.

In alcune ipotesi, più volte ricordate, la pretesa è attribuita dalla legge a chiunque e dunque non si pone (o non dovrebbe porsi) dubbio sulla configurabilità di un **diritto civico** alla conoscibilità.

Il problema riguarda tutti quei casi in cui principi o norme pongono una regola di pubblicità senza tuttavia aggiungere che chiunque ha correlativamente il diritto di conoscere.

---

<sup>47</sup> Chiarissimo Tar Puglia Lecce, II, 27.7.2007, n. 3015. A proposito di un conflitto fra il diritto della persona allo scioglimento del vincolo matrimoniale e il diritto alla riservatezza (dei dati contenuti nella documentazione sanitaria), si afferma che l'art. 60 d. lgs. n. 196/2003 "rimanda al giudice la valutazione circa l'equidistribuzione fra le posizioni giuridiche confliggenti" con l'ulteriore conseguenza che in tale ambito non possono entrare eventuali disposizioni regolamentari (il riferimento è ad una ASL) che, ove presenti, dovrebbero essere disapplicate (perché l'accesso è un diritto).

Sotto un primo aspetto, la questione sembra di agevole soluzione; è già risolta, in realtà, specie se si relativizzano (o meglio si accantonano) due ordini di idee, peraltro largamente diffusi, ma sempre meno convincenti: la distinzione fra **norme di relazione** e **norme di azione** – in generale – e la portata del carattere speciale del chiunque come portatore di un'autonoma situazione soggettiva.

L'affermarsi dei **diritti procedimentali**, il moltiplicarsi della cittadinanza amministrativa, e ancor più certe formulazioni testuali anche del diritto europeo (si pensi al “diritto ad una buona amministrazione”) <sup>48</sup>, suggeriscono di accogliere pienamente l'ipotesi per cui la norma di azione si converte in una pretesa qualificabile come diritto. Insomma, bisogna evitare che i **doveri** dell'amministrazione, sol perché imposti per ragioni di interesse pubblico, siano ritenuti insuscettibili di concepire la situazione ad essi correlata in termini di diritto. Non vi è incompatibilità alcuna. D'altra parte è noto che, per definizione, ogni legge è adottata perché ritenuta corrispondente a un interesse pubblico. Naturalmente, di diritto si potrà parlare, se ed in quanto vi sia un interesse giuridicamente rilevante. Se vi è, non vi è ostacolo a convertire il dovere dell'amministrazione in un obbligo e la pretesa del privato (o del cittadino) in un diritto.

Il secondo aspetto, quello decisivo, è la ricerca dell'**interesse giuridicamente rilevante**.

Non è detto che da ogni norma che riguarda un soggetto si possa o si debba desumere l'esistenza di un diritto (di un interesse giuridicamente rilevante) di un altro soggetto. Dipende, dipende dal rapporto fra le due entità. Al tempo stesso, però, acquisito che un interesse sia giuridicamente rilevante (al di fuori di testuali disposizioni), non si può finire per mutare soluzione sol perché esso è portato anche da altri. Un interesse rilevante tale può rimanere anche se totalmente **diffuso**: è l'autentico **chiunque**. Dipende, ancora una volta; dipende dal tipo di interesse protetto e dall'oggetto della pretesa e dunque dalla normazione (costituzionale e ordinaria) di riferimento. Ebbene, nel nostro caso, almeno sotto questo profilo, il problema è già risolto. Se risulta che un'informazione è pubblica, si deve concludere che ciò fonda la rilevanza dell'interesse di chiunque. L'accesso non è pubblicità perché spetta solo ad alcuni; dunque la **pubblicità**, a rovescio, deve automaticamente implicare la rilevanza del chiunque. Se pubblicità è per definizione conoscibilità ad opera di chiunque, ciò basta per conferire una pretesa a quel chiunque. Francamente, se l'amministrazione deve essere trasparente non vi è ragione per negare che la trasparenza

---

<sup>48</sup> Parte II, art. 101, della Costituzione europea; già nella Carta europea dei diritti fondamentali, art. 41.

dell'amministrazione si risolva – necessariamente – in un diritto in testa a chiunque. Il diritto di chiunque è l'altra faccia della trasparenza intesa come pubblicità. Ci sono dei diritti che non possono non spettare a tutti. O spettano a tutti o non esistono.

Il problema grave è un altro. È quello di stabilire quando un dato deve essere pubblico ovvero di stabilire l'estensione della trasparenza. Qui ritorna, ma ad altro livello, il diritto all'informazione, il diritto a conoscere: questa volta non si tratta di sapere se, sul presupposto della pubblicità di un atto, vi sia un diritto del chiunque; si tratta invece di determinare che cosa debba essere pubblico e di utilizzare a tale scopo il dato per cui alla pubblicità corrisponde un valore in termini di un diritto che, per essere di chiunque, non è per tale ragione meno individuale: tale valore ora opera non come effetto ma come fattore che può portare alla pubblicità di un atto.

La traduzione della trasparenza (nella sua espressione più compiuta) in un diritto del chiunque non è perciò irrilevante. Stabilire se e quando vi deve essere trasparenza è operazione manipolativa di un (ipotizzabile) diritto del cittadino e non consente una pregiudiziale emarginazione (del valore) di tale elemento. Si potrebbe dire, capovolgendo le parole utilizzate dal legislatore (ma nel rispetto del loro corretto significato sistematico), che la trasparenza è al servizio di un diritto e non viceversa, e che tanto più si potrà avere trasparenza quanto più la si consideri (anche) non un (mero) dovere, non (solo) il contenuto di una **norma di azione** (in senso tradizionale), ma l'oggetto di un diritto (di **chiunque**).

Su questa linea le questioni debbono essere ulteriormente articolate: un primo problema riguarda la determinazione dei contenuti del diritto (di alcuni contenuti del diritto) a livello costituzionale e dunque dell'insieme di principi e regole che operano il bilanciamento e del conseguente spazio che compete al legislatore. E dovrà essere ritenuta illegittima ogni limitazione che non sia giustificata da una considerazione ragionevole e proporzionata dei contrapposti valori costituzionali. Con l'ulteriore precisazione che i valori da considerare in confronto alla trasparenza saranno assai limitati quando non venga in giuoco il diritto alla riservatezza dei privati, per la sola ragione che l'amministrazione, in principio, è trasparente.

Altro problema si avrà, poi, a livello di applicazione di discipline legislative date. In presenza di aspetti valutativi, come già visto, si dovrà volta a volta verificare se siano da ritenere riservati o invece pienamente sindacabili in sede giurisdizionale.

Quando l'elemento che contrasta la pretesa all'informazione è un interesse pubblico, ad esempio a non pregiudicare il buon esito di un processo decisionale in corso in vista del perseguimento di una specifica finalità, non

potranno che aversi discrezionalità e valutazioni esclusivamente nel **merito** rimesse all'amministrazione. Per accertarne la correttezza si dovranno utilizzare i principi e le tecniche proprie del **sindacato** del potere discrezionale. Peraltro, anche in questo caso, la configurazione, in premessa, della pretesa conoscitiva come diritto mette in evidenza che la decisione della P.A. appartiene al genere di quelle con cui la P.A. non dà, ma toglie, e dunque è da sottoporre a limiti rigorosi.

In altri casi l'elemento di contrasto è costituito dalla riservatezza di altri soggetti. Qui il confronto è fra due (in premessa) diritti. Si deve decidere chi prevale, il che significa tracciare la linea di confine che, in relazione alla fattispecie concreta, determina il contenuto rispettivo dei due diritti, limitando o l'uno o l'altro. Allora, preso atto che vi sono margini di **bilanciamento**, ritorna il problema della loro qualificazione giuridica al fine di stabilire se siano in parte esclusivamente rimessi all'amministrazione.

In proposito, distinguerei fra due diverse situazioni. La valutazione è da operare in modo puntuale e concreto, sulla base di una disciplina di carattere generale previamente determinata: dalla legge, dai regolamenti, da atti generali. Qui non possono esservi ragioni per riconoscere alla P.A. un potere riservato. Leggi, regolamenti, ecc. hanno contribuito a determinare sempre più, anche se non in modo esaustivo (altrimenti avremmo una decisione puramente meccanica), il contenuto di due diritti privati; il conflitto è fra due diritti (o interessi) privati; la chiusura, a garanzia di tutti, dovrebbe essere il giudice (per ora non importa se ordinario o amministrativo).

Altra ipotesi, che alimenta qualche dubbio. La valutazione viene compiuta in via generale, attraverso atti normativi o atti generali. Qui, la negazione di margini di valutazione riservata pare contrastare con il compito di dettare, sostanzialmente, una qualche disciplina. Un regolamento esecutivo sarà esecutivo quanto si vuole, ma una qualche minima possibilità di decidere (rimanendo nell'ambito della legittimità, cioè della corrispondenza alla legge) bisognerà riconoscerla, altrimenti è difficile (ma non impossibile) cogliere il senso dell'attribuzione di una simile potestà. E altrettanto vale (o può valere) per le fattispecie di atto generale. In realtà, il problema dovrebbe essere piuttosto impostato e risolto dal lato dell'ammissibilità o non, ed in che limiti, di spazi di disciplina sub legislativa. Riemerge il tema, visto il valore degli interessi in discorso, delle fonti abilitate o non ad operare il **bilanciamento** fra i diritti <sup>49</sup>.

A parte debbono essere considerate le ipotesi in cui la legge direttamente, in modo netto e chiaro, stabilisce che un certo dato è pubblico, come avviene nel caso dell'art. 54 CAD. In questi casi, parlare di un diritto

---

<sup>49</sup> Significativa T.A.R. Puglia, Lecce, II, n. 3015/2007 cit. (*supra* nt. 47).

all'informazione ha una conseguenza altrettanto semplice e chiara: ha l'effetto di collocare (irrimediabilmente) la P.A. nella posizione di debitrice di una certa prestazione, senza possibilità di ricorrere ad alcuno di quei costrutti, come la discrezionalità o il merito amministrativo, che spesso trasformano un obbligo (della PA) nel suo contrario (un potere).

Il quadro succintamente tratteggiato è (come spesso accade) contrassegnato dalla lotta fra norme e fra valori che cercano misure di coesistenza: il diritto del cittadino a conoscere, il diritto del cittadino alla riservatezza, il diritto alla riservatezza dell'amministrazione in vista di un certo interesse pubblico. L'interesse pubblico ha il suo tutore: è l'amministrazione. Pure la riservatezza dei privati ha il suo tutore: è l'**Autorità garante**. La conclusione è obbligata: sul piano delle istituzioni amministrative, manca un'attrezzatura istituzionale che dia più voce anche alla trasparenza come diritto. Non è un aspetto secondario. Infatti, la decisione finale è fatalmente orientata dal tipo di interesse o di finalità che corrisponde alla missione specificamente attribuita ai singoli apparati. Da questo punto di vista, la trasparenza come diritto induce a riprendere il tema dell'unitarietà o non delle istituzioni preposte alla regolazione ed all'amministrazione dell'insieme costituito da trasparenza e da riservatezza, sia private che pubbliche.

#### 8. *Effettività e garanzia del diritto.*

Come per ogni diritto, una parte del problema è la precostituzione di mezzi di tutela, su molteplici piani, tutti da considerare perché complementari in vista del risultato finale<sup>50</sup>.

Il diritto alla pubblicità esige mezzi e risorse, materiali e giuridiche, istituzioni e norme. Basti pensare alla necessità: di individuare fattori di trasparenza in grado di determinare e arricchire i contenuti del diritto all'informazione; di dettare regole in via generale e astratta e al ruolo di istruzioni di garanzia, in punto di tutela della riservatezza e in punto di sistemi di circolazione e di utilizzazione delle informazioni; di definire politiche e di reperire ed investire risorse umane e materiali.

Poi, vi è il tema della rilevanza sostanziale del diritto sotto il profilo del tipo di misure che debbono o possono conseguire a fatti comportanti la sua violazione. Non è da escludere, in astratto, un profilo **risarcitorio**, ma non può essere l'unica misura. Rimane infatti il problema dell'individuazione del danno, che, fra l'altro, sarà (presumibilmente) tanto minore quanto più l'esercizio del diritto corrisponda ad un interesse del chiunque come tipo

---

<sup>50</sup> Vedi i contributi di E. CARLONI, M. BOMBARDELLI, B. PONTI.

astratto, perciò meno legato ad aspetti propri del singolo individuo in termini di relazioni patrimoniali, ecc.; e rimane l'esigenza di evitare che il diritto possa essere travolto dalla necessità di considerare gli equilibri della finanza pubblica<sup>51</sup>

Infine vi è il tema della garanzia giurisdizionale. Inutile sottolineare che lo spazio degli interpreti e dei giudici sarà comunque di rilievo, anche se sarebbe auspicabile una normazione che ne contenesse l'ambito, per ovvie esigenze di certezza e di ruolo.

Il discorso, inevitabile quando è coinvolta l'amministrazione, cade innanzitutto su quale giudice e con quali poteri.

In tema di accesso *ex art. 22 legge n. 241/1990*, è prevista la **giurisdizione esclusiva** del giudice amministrativo. La disposizione non pare del tutto in linea con principi stabiliti dalla sent. n. 204/2004 della Corte costituzionale. Invero, quando non sussistano profili discrezionali, è difficile ammettere la presenza di poteri di autorità o di quell'interesse pubblico che giustificerebbe la giurisdizione esclusiva<sup>52</sup>.

In ogni caso la disposizione vale per l'accesso *ex art. 22 l. n. 241/1990*. Ma il **diritto civico alla pubblicità** di cui si è trattato non si confonde con tale diritto di accesso e dunque dovrebbero valere gli ordinari criteri di riparto, con conseguente giurisdizione ordinaria quanto meno nelle ipotesi in cui sia da escludere qualsiasi profilo di discrezionalità.

Quanto poi, alle evenienze in cui la presenza della discrezionalità sia ritenuta tale da trascinare il "diritto" dinanzi al giudice amministrativo, non si può tacere che avremmo un'altra situazione in qualche modo curiosa (anche se abituale): un diritto del tipo di quelli (civili e politici) che la legge del 1865, n. 2248, All. E, attribuiva al giudice ordinario, si sposta dinanzi ad un giudice la cui ragione di esistere (da ultimo – parrebbe - C. Cost. n. 204/2004) è ormai solo quella di essere il giudice specializzato delle controversie in cui il legislatore attribuisce preminenza all'interesse pubblico.

---

<sup>51</sup> Non si vuol dire affatto che ciò che è risarcibile dipenda dalla finanza pubblica, si vuol dire che la finanza pubblica è un profilo anch'esso meritevole di essere assunto a parametro per determinare una certa disciplina legislativa, fermi comunque i diritti nei contenuti minimi che si ritenga di dover direttamente dedurre dalla Costituzione.

<sup>52</sup> A parte un possibile paradosso. Se si muove dalla premessa che dove vi è autorità non vi è diritto (e questo è pensiero corrente, grazie al fenomeno della degradazione), si dovrebbe dire che la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima in quanto non sia in realtà tale (perché concernente non diritti, ma interessi legittimi, per effetto della degradazione). Non si sfugge: il tema dell'attuale significato della distinzione diritto – interesse (con tutto ciò che ne consegue) riaffiora da ogni parte.