

TRASPARENZA DELLE ISTITUZIONI E PRINCIPIO DEMOCRATICO*

di Francesco Merloni

SOMMARIO

1. *Premessa. I perché di una ricerca*
2. *La trasparenza come metafora della distribuzione del potere.*
3. *La trasparenza come diritto, come risultato e come strumento.*
4. *La trasparenza come risultato: accesso e pubblicità come strumenti di trasparenza.*
5. *La trasparenza come strumento del controllo diffuso e dei valori che il controllo assicura. Il controllo democratico*
6. *I limiti “della” trasparenza*
7. *I limiti “alla” trasparenza*
8. *Gli oggetti e i contenuti della trasparenza delle pubbliche amministrazioni*
9. *Come incrementare il tasso di trasparenza? La combinazione negli usi degli strumenti di trasparenza.*
10. *L’organizzazione della trasparenza*
11. *Il “governo” della trasparenza*
 - 11.1. *La trasparenza tra Stato e autonomie territoriali.*
 - 11.2. *La garanzia della trasparenza come funzione indipendente*
 - 11.3. *Un’Autorità nazionale per l’informazione pubblica.*
 - 11.4. *Il necessario riordino della disciplina in materia di informazione pubblica*

1 Premessa. I perché di una ricerca

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

Vari colleghi giuspubblicisti che negli ultimi anni hanno studiato i temi della informazione e della comunicazione pubblica hanno ritenuto necessario riprendere, in modo organico, il tema della trasparenza.

Tra gli elementi che hanno spinto in questa direzione il primo e più rilevante è stata l'insoddisfazione derivante dalla coincidenza che la gran parte della dottrina continua a individuare tra la nozione di trasparenza e le limitate forme di conoscenza fin qui attivate sulle amministrazioni e sui loro atti: la pubblicità-certezza, la partecipazione dell'interessato al procedimento il ristretto accesso previsto dalla legge n. 241, la motivazione del provvedimento. La legge n. 241 del 1990 e la recente sua revisione con la legge n. 15 del 2005 hanno sì introdotto la trasparenza come principio generale che l'attività amministrativa deve rispettare (art. 1, comma 1) ma assumendo che essa corrispondeva per intero con l'accesso ai documenti amministrativi. Tanto che a quest'ultima è dedicato l'intero capo V della legge, senza che si sia provveduto ad una contestuale rivisitazione della disciplina della pubblicità, l'altra faccia della trasparenza.

In secondo luogo la necessità di rileggere nella prospettiva della trasparenza le riflessioni e gli studi condotti sulle rilevanti trasformazioni delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni indotta dalla piena adozione delle tecnologie informatiche¹, prima fra tutte la possibilità di disporre e di diffondere una massa di informazioni straordinariamente ampia e diversificata.

Da ricondurre alla problematica della trasparenza era anche il tema del ruolo dei mediatori tra istituzioni, pubbliche e private e destinatari delle informazioni (giornalisti, ma non solo) nella gestione e elaborazione e diffusione delle informazioni provenienti dalle istituzioni e relative ad esse, nell'attuale sistema dell'informazione.

E infine, ma non per ultima, la comune ispirazione a coltivare l'"astratta e infeconda idea", per riprendere una fortunata espressione

¹ Per citare solo i lavori degli autori di questa indagine si veda: G.ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P.GUERRA, A.MASUCCI, *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001, G.ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004, F.MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002, F.MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Torino, 2005.

di Andrea Orsi Battaglini, della centralità della tutela del cittadino (singolo o associato, ma soprattutto quando è singolo e meno difeso) di fronte al potere (garanzia dei suoi diritti di detentore ultimo della sovranità e garanzia dei suoi diritti contro l'invasione del potere). Questa ricerca non sarebbe forse partita senza l'incoraggiamento di Andrea, tra i primi a individuare la rilevanza del tema e a coglierne i riflessi e i possibili risultati.

Le note che seguono sono un tentativo di sintesi, soggettiva, dei risultati della ricerca da parte di colui che ha svolto il ruolo di coordinatore. Una sintesi che, quindi, non impegna gli altri autori.

2. *La trasparenza come metafora della distribuzione del potere.*

Da sempre la conoscenza è potere². Da sempre chi controlla le informazioni (anche temporaneamente) ha una posizione di potere. Il potere è da sempre fondato sullo squilibrio informativo tra detentori e non detentori.

Ciò riguarda tanto i poteri pubblici che i poteri privati. L'affermazione della democrazia, sia essa politica o economica, passa attraverso la disponibilità delle informazioni, attraverso una diversa distribuzione della risorsa informazione, e quindi attraverso una diversa distribuzione del potere.

Nella moderna società dell'informazione la risorsa informazione, viste le nuove e straordinarie capacità di raccolta, ma anche di accaparramento esclusivo, è ormai un bene economicamente più prezioso della stessa disponibilità di beni materiali o della forza lavoro³.

Di qui un nuovo campo di intervento del diritto, nella formulazione di regole adatte a controllare la distribuzione del potere connessa alla distribuzione delle informazioni.

La legge delimita esternamente i poteri privati e conferisce e delimita, anche dall'interno, i poteri pubblici. A questo fine essa nel configurare e conferire poteri, facoltà, diritti, dovrà porre particolare attenzione

² Sul tema, studiato proprio nella prospettiva della trasparenza, si veda F.RIMOLI, G.SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, 2006.

³ Sul tema è sufficiente il rinvio alle riflessioni di J.RIFKIN, a partire dai saggi *La fine del lavoro*, Milano 1997 e *L'era dell'accesso*, Milano 2000.

alle situazioni giuridiche che riguardano la disponibilità delle informazioni.

In questa nuova prospettiva la trasparenza coincide con la *conoscenza*, con la *disponibilità effettiva delle informazioni*.

Anche nel settore privato si pongono problemi analoghi. La trasparenza privata è anch'essa conoscenza in funzione di garanzia rispetto all'esercizio dell'autonomia privata. Anche nelle attività rette dal solo diritto privato operano soggetti collettivi all'interno dei quali è necessario garantire la massima distribuzione delle informazioni, così come si concludono contratti nei quali la simmetria nella disponibilità delle informazioni è essenziale strumento di garanzia della parità dei contraenti⁴.

La trasparenza pubblica è anch'essa una conoscenza, che deve essere assicurata al cittadino in funzione dell'esercizio dei poteri ad esso spettanti in quanto sovrano nei confronti del temporaneo detentore di poteri pubblici, cioè nei confronti di quelle istituzioni pubbliche che si vedono attribuire dalla legge poteri in vista del perseguimento di finalità di interesse generale.

3. *La trasparenza come diritto, come risultato e come strumento.*

La trasparenza è un *diritto*. Che essa sia affermata in termini di pubblicità (delle informazioni) o di accesso (alle informazioni), la trasparenza consiste nel riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva attivabile davanti ad un giudice⁵. Ad essa corrispondono *obblighi*, di diffusione delle informazioni o di garanzia dell'accesso alle informazioni, che gravano sui detentori delle informazioni.

La trasparenza è un *risultato*: essa si realizza quando il destinatario (cittadino, utente, contraente, socio) acquisisce la conoscenza delle informazioni utili. Come risultato si può dire che la trasparenza, intesa come dovere generale che ricade poi soprattutto sui soggetti titolari di poteri pubblici, costituisce un principio di rilevanza costituzionale, anche se non esso non si ritrova in modo esplicito nel testo della

⁴ Il tema della garanzia nelle società di capitali, soprattutto laddove gli amministratori detengano informazioni essenziali per i soci e in genere per gli investitori è divenuto centrale. Sulla trasparenza privata si rinvia ai contributi di M.LOTTINI, G. MARI, A.MAZZILLI.

⁵ Si vedano le riflessioni di C.MARZUOLI.

Costituzione del 1948. A questo proposito ci si può limitare⁶ a sottolineare come a questa conclusione si possa arrivare in via interpretativa, facendo leva sul principio democratico o su altri principi costituzionali (imparzialità, pluralismo). La vicenda appare del tutto parallela a quella della emersione, come principio costituzionale, del diritto all'informazione come libertà (passiva) di informazione, come diritto del cittadino ad avere un'informazione ampia, completa e pluralistica, che si ricava solo in via estensiva rispetto alla più tradizionale libertà (attiva) di informazione compresa nella libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.⁷. La Costituzione del 1948 esprimeva una cultura, una visione del ruolo rispettivo della società e dei pubblici poteri, più statica. Da un lato i soggetti titolari di poteri, sottoposti al controllo democratico attraverso le elezioni democratiche, con un forte ruolo affidato ai partiti e alle assemblee elettive. Dall'altra i cittadini titolari di diritti di libertà di manifestare il proprio pensiero, senza essere minacciati dal potere. Era ancora fuori di quella visione che la più ampia messa a disposizione delle informazioni detenute potesse divenire un'attività obbligatoria per i soggetti pubblici, cui corrispondeva un preciso diritto ad ottenere quelle informazioni. Resta da domandarsi quanto quel ritardo iniziale, nonostante l'affermazione, ormai compiuta, della trasparenza come principio generale dell'ordinamento giuridico italiano, abbia pesato e ancora pesi nella sua traduzione effettiva, quanto ai comportamenti di fatto tenuti dai soggetti detentori delle informazioni.

La trasparenza come risultato *misurabile*. Si può dire soddisfatto il principio di trasparenza in presenza del solo pieno riconoscimento in capo ai cittadini (e agli interessati) dei diritti di conoscenza delle informazioni (di accesso di pubblicità), ovvero si possono definire limiti o standard, al di sotto dei quali non vi è trasparenza? La riflessione che qui si è tentata⁸ sembra dire che la sola via del riconoscimento dei diritti individuali e della loro tutela giurisdizionale non è sufficiente. E' necessaria una disciplina generale, legislativa,

⁶ Nel rinviare al contributo di D.DONATI.

⁷ Per una ricostruzione dell'evoluzione della dottrina costituzionalistica in questa materia si veda: R.ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e dalla comunicazione*, Padova, 2007 e G.GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2005.

⁸ Vedi in particolare il Contributo di E.CARLONI.

che imponga dei livelli essenziali di trasparenza⁹, almeno per tutte le amministrazioni pubbliche.

La trasparenza come risultato a che cosa deve essere riferito? Alle istituzioni, alle loro attività, a singole persone?

Nella nostra ricerca prevale nettamente il profilo istituzionale, sono le istituzioni (pubbliche o private) a dover essere trasparenti. Il che porta, come vedremo, a concentrare l'attenzione sui profili organizzativi (trasparenza sulla distribuzione dei poteri, sui compiti affidati ad organi interni) e sul risultato dell'attività: trasparenza degli atti prodotti. Meno studiati, anche se non trascurati, i profili più strettamente personali (la conoscenza relativa ai comportamenti tenuti dai titolari di poteri nello svolgimento dei loro compiti) e quelli relativi allo svolgimento delle attività, peraltro largamente indagati, per le pubbliche amministrazioni, dagli studi sul procedimento (partecipazione, accordi, motivazione del provvedimento). Naturalmente la conoscenza delle informazioni sulle attività contribuisce alla trasparenza delle istituzioni che le svolgono.

Da qui si possono tentare valutazioni più generali di trasparenza, riferite a *sistemi omogenei di soggetti* (la trasparenza dell'"amministrazione pubblica" in Italia, la trasparenza del "sistema universitario", la trasparenza delle "imprese"), ma sono più opinabili. Le istituzioni sono trasparenti quando sono conosciute e conoscibili la loro organizzazione e i modi di svolgimento delle attività.

Se la trasparenza come risultato appare quindi un fine da perseguire non va trascurato che essa è anche, a sua volta, uno *strumento*: la conoscenza è funzione del raggiungimento di altre finalità rilevanti, quali la tutela delle situazioni soggettive coinvolte nell'esercizio dei poteri, la più generale finalità di controllo democratico. La trasparenza assicura al cittadino le informazioni sufficienti per valutare il comportamento delle istituzioni, farsi un giudizio e adottare le misure conseguenti¹⁰

⁹ La determinazione di livelli essenziali di trasparenza costituisce, quindi, un fondamentale titolo di legittimazione per lo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m), ai fini dell'adozione di una disciplina generale. Al proposito si veda il successivo punto 11.1.

¹⁰ Un controllo che rientra, anche in questa dimensione del controllo diffuso, dei cittadini, nell'ormai classico schema di M.S. Giannini sui controlli: conoscenza delle

4. *La trasparenza come risultato: pubblicità e accesso come strumenti di trasparenza.*

Se torniamo a riguardare la trasparenza come risultato, l'attenzione si deve concentrare sugli strumenti che lo garantiscono: la pubblicità e l'accesso. Vediamoli prima separatamente poi comparativamente.

Quanto al termine *pubblicità*¹¹, inutile sottolineare la stretta vicinanza con l'aggettivo "pubblico", nella sua accezione soggettiva e oggettiva. Come pubblico, dal punto di vista soggettivo, è riferito all'esercizio di poteri o alla disponibilità di beni da parte di soggetti pubblici, così la pubblicità contraddistingue le attività con le quali è reso pubblico ciò che era nella disponibilità più ristretta (da parte di soggetti pubblici e privati).

Così, dal punto di vista oggettivo, come è pubblico ciò che «è di tutti», ««tutti possono utilizzare», «è noto a tutti»¹², la pubblicità è l'attività che ha come risultato di rendere le informazioni, da riservate, pubbliche, cioè note a tutti e da tutti utilizzabili.

Il fatto che con la pubblicità siano rese *note a tutti* le informazioni non comporta che *tutte* le informazioni siano messe a disposizione del «pubblico» cioè dell'insieme dei destinatari.

La caratteristica della disciplina della pubblicità come fin qui consolidata, nel settore pubblico come in quello privato, è sempre stata quella di individuare un'area, in crescita ma limitata, di informazioni soggette a pubblicità, cioè obbligatoriamente messe a disposizione di alcuni o della generalità dei cittadini.

Questa pubblicità è stata qualificata come strumento di certezza¹³, assistito dalla presunzione di conoscenza, o come (attività di)

informazioni, loro valutazione, giudizio (con eventuale applicazione delle misure conseguenti).

¹¹ Che qui non è utilizzata nel significato, largamente corrente, della attività di illustrazione di qualità di beni e servizi, volte a condizionare i comportamenti dei destinatari, soprattutto dei consumatori.

¹² Si vedano, al proposito le definizioni di tutti i principali dizionari.

¹³ In materia obbligatorio il rinvio alla costruzione di M.S.GIANNINI, *Certezza pubblica*, Encicl. Dir. Milano, 1960 e alla ampia rivisitazione di G.ARENA,

informazione amministrativa¹⁴. Le informazioni sono trasmesse non ai fini della trasparenza, ma ad altri fini, primo dei quali assicurare l'efficacia (l'entrata in vigore) degli atti.

Gli oggetti della pubblicità sono predeterminati: vi sono regole sulla pubblicità che predefiniscono le informazioni da rendere pubbliche, ovvero spetta ai soggetti titolari delle informazioni di decidere discrezionalmente quali informazioni rendere pubbliche e quali no.

La pubblicità nella sua costruzione tradizionale non nasce come strumento di trasparenza, proprio perché è strumentale al raggiungimento di finalità diverse dal controllo democratico e diffuso dei cittadini sull'operato dei detentori di poteri.

Naturalmente la pubblicità, anche in questa su più ridotta dimensione, concorre al risultato della trasparenza.

Ma la pubblicità come attività a contenuto predeterminato può diventare strumento di trasparenza se le informazioni trasmesse non sono più limitate a poche aree di conoscenza, ma alla generalità delle informazioni detenute dalle istituzioni (pubbliche o private). Come vedremo più avanti la pubblicità, resa oggi molto più agevole e in grado di raggiungere più facilmente i suoi destinatari è forse in prospettiva il più rilevante strumento di trasparenza.

Il secondo strumento di trasparenza è l'*accesso*¹⁵. Gli atti e i documenti non sono pubblicati, ma sono accessibili, cioè acquisibili attraverso particolari procedure, fondate sulla richiesta di accesso e sull'ammissione alla conoscenza dell'informazione.

Fondamentale la distinzione tra l'accesso *soggettivamente delimitato* (quello generale della nostra legge n. 241¹⁶, i diritti di informazione di particolari categorie: consiglieri, soci di minoranza, organizzazioni

Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa, in G.ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P.GUERRA, A.MASUCCI, *La documentazione...*, op. cit.

¹⁴ Si veda il lavoro di A MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983. Per una critica ad una nozione troppo ristretta di informazione amministrativa, che non comprende tutte le attività di trattamento delle informazioni precedenti alla loro messa a disposizione (con la pubblicità) si veda F.MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in F.MERLONI (a cura di), *L'informazione...*, op. cit, pag. 33 e ss.

¹⁵ Per le relative problematiche si rinvia ai contributi di E.MENICHETTI, E.PAPINI, F.MARTINI.

¹⁶ Per l'esame dell'accesso dopo la riforma del 2005 si veda il contributo di S.FIOREZZANO.

sindacali, ecc.) e l'accesso *potenzialmente generale*, significativo nelle esperienze degli altri paesi (Francia e paesi anglosassoni¹⁷).

L'accesso soggettivamente delimitato apre, di volta in volta, una singola porta, è strumento di conoscenza di parti dell'organizzazione e dell'attività di un'istituzione, ma esclude (per legge) o rende praticamente impossibile il controllo generalizzato (art. 24, comma 3¹⁸): è strumento di conoscenza che, però, non assicura quella conoscenza diffusa che costituisce trasparenza. Le informazioni conosciute sono per definizione puntuali (riferite ad una specifica situazione, al massimo ad una serie di atti e documenti ad essa riferibili), non in grado di fornire una conoscenza completa dell'amministrazione e del suo comportamento. La possibilità di rendere pubbliche informazioni acquisite attraverso l'accesso limitato (un giornalista ottiene copia di un documento e lo pubblica; le organizzazioni sindacali hanno informazioni sulla politica del personale e le diffondono) non trasforma l'accesso soggettivamente delimitato in uno strumento di trasparenza.

Solo l'accesso potenzialmente generale, come strumento del diritto di sapere del cittadino, è strumento di trasparenza.

L'accesso non è predeterminato: è uno strumento potenzialmente generale, può riguardare informazioni non preventivamente individuate. L'unica predeterminazione è quella che deriva dalla possibilità di escludere intere categorie di informazioni dall'accesso.

La conoscenza consentita dall'accesso è potenziale, non effettiva, dipende dall'uso che i titolari faranno del loro diritto di accesso. L'estensione delle aree sottratte all'accesso delimita il campo della trasparenza (vedi il caso dell'UK, dove si è fatto largo uso della facoltà di escludere intere categorie di documenti dall'accesso).

Accesso e altri strumenti di conoscenza soggettivamente delimitata.

Le considerazioni appena svolte sull'accesso si possono estendere alle altre forme di conoscenza soggettivamente delimitate: quelle derivanti

¹⁷ Si veda il contributo di TURCHINI e PERATHONER.

¹⁸ Vedi anche la recente sentenza CS n. 2314 dell'11.05.2007 nella quale si ribadisce l'interpretazione restrittiva dell'accesso, proprio a garantire l'interesse dell'amministrazione «a non subire eccessivi *intralci* nella propria attività gestoria».

dalla *partecipazione* al procedimento (nella quale la conoscenza dei documenti è considerata la regola, senza bisogno, di norma, di attivare una specifica procedura di accesso; la conoscenza dei documenti da parte di coloro che hanno diritto alla partecipazione è anche nell'interesse dell'amministrazione); quelle derivanti dalla *motivazione* del procedimento (che ci fornisce informazioni sul formarsi della volontà dell'amministrazione, sugli elementi che sono stati alla base della decisione).

Si tratta di conoscenza potenziale, limitata anche oggettivamente, solo eventualmente strumento di trasparenza.

Rapporti tra pubblicità e accesso

Se pubblicità e accesso sono entrambe strumenti di trasparenza le differenze sono rilevanti, quanto a struttura e quanto a contributo al risultato finale (la trasparenza).

Vediamo alcune di queste differenze.

Dove c'è pubblicità, non c'è bisogno di accesso (la pubblicità assorbe in sé le esigenze di accesso).

Se la pubblicità esclude la necessità di avvalersi dell'accesso, non vale l'inverso. L'accesso completa la pubblicità perchè rende accessibili e conoscibili informazioni non pubblicate, complementari a quelle pubblicate.

Vi è specularità tra i due strumenti: nella pubblicità la trasparenza coincide con l'estensione dell'area positivamente soggetta alla diffusione delle informazioni, nell'accesso la trasparenza coincide con l'area di informazioni, non sottratte all'accesso, effettivamente rese conoscibili attraverso l'accesso.

Nei due casi la posizione della istituzione detentrici delle informazioni e dell'interessato a conoscere le informazioni è contrapposta, anche qui in modo speculare: nella pubblicità è l'istituzione in posizione attiva (è lei a decidere cosa pubblicare), mentre la condizione del destinatario è passiva (egli è titolare di un generale diritto all'informazione, ma non può incidere sulla scelta delle informazioni da rendere pubbliche); nell'accesso è l'interessato che si attiva alla ricerca delle informazioni che ritiene utili, mentre

l'amministrazione assume un atteggiamento passivo (deve limitarsi a consentire l'accesso), anche se spesso deve accompagnare questo con comportamenti attivi, di facilitazione nell'utilizzazione degli strumenti di accesso¹⁹.

Quanto abbiamo appena visto ci dice che vi sono delle aree di confine, delle aree grigie, difficilmente classificabili: i documenti liberamente e generalmente accessibili mediante banche dati e motori di ricerca sono anche da ritenersi *pubblicati*? Si dovrebbe rispondere di sì, se alle banche dati si accede senza limitazioni, (può accedere chiunque, senza motivazioni); di no, se le limitazioni (ad esempio la necessità di farsi rilasciare una password o della previa esposizione di una motivazione all'accesso) sono poste.

La trasparenza come risultato è quindi la conoscenza, effettiva (pubblicità) o potenziale (accesso), delle informazioni detenute da un'istituzione (pubblica o privata).

5. *La trasparenza come strumento del controllo diffuso e dei valori che il controllo assicura. Il controllo democratico*

La trasparenza come risultato (la conoscenza delle informazioni) è anch'essa uno strumento, strettamente legato al raggiungimento di ulteriori e diverse finalità, in cui si esprimono valori generali.

Dove c'è la *conoscenza parziale* (di singoli aspetti organizzativi, di singoli atti e procedimenti), senza la possibilità di avere un quadro informativo completo sulla istituzione, non si può parlare di trasparenza.

Dove c'è una *conoscenza insufficiente* (la conoscenza è solo potenziale, per difficoltà di raggiungerla, o per difficoltà di comprendere il contenuto delle informazioni), non si può parlare di trasparenza²⁰.

¹⁹ Si pensi al ruolo degli Uffici di relazioni con il pubblico o degli strumenti informatici, quali le banche dati e i motori di ricerca, che possono facilitare la vita del soggetto che accede alle informazioni.

²⁰ Sulla effettività della conoscenza come carattere centrale della trasparenza si rinvia al contributo di G.ARENA.

La conoscenza deve essere *completa* (quanto all'oggetto), *piena* (quanto alla comprensione) e *diffusa* (quanto ai destinatari).

Attraverso la conoscenza diffusa si realizza la trasparenza: ciò che prima era segreto, nascosto, viene *portato alla luce*²¹ e diviene leggibile, conoscibile.

Il carattere distintivo della trasparenza è quindi la sua *strumentalità ad un controllo diffuso*, da aprire alla generalità dei destinatari e su un complesso ampio di informazioni (tale da consentire una valutazione, un giudizio completo).

Il controllo diffuso da parte della generalità dei cittadini, il *controllo democratico*, si rivela, quindi, come il carattere essenziale della trasparenza pubblica (delle istituzioni pubbliche).

A sua volta il controllo democratico, inteso come possibilità di acquisire informazioni sufficienti, di valutarle e di emettere su di esse un giudizio, appare come il risultato dell'attivazione della trasparenza e come strumento per il raggiungimento di altri valori. Sul tema la letteratura è vastissima. Qui ci limitiamo ad indicare i valori più rilevanti.

In primo luogo la trasparenza e il controllo democratico dovrebbero favorire la *responsabilità* delle istituzioni e dei loro decisori (nel senso inglese dell'*accountability*, del dover rispondere del proprio operato). Il cittadino, attraverso il controllo democratico, può farsi un giudizio sull'operato dei soggetti decisori (organi politici e organi amministrativi). Con il risultato di attivare comportamenti virtuosi da

²¹ Si noti che, soprattutto nell'esperienza nordamericana, viene largamente usato come sinonimi di trasparenza i termini «*open*» e «*sunshine*» riferiti al governo. Si pensi alla legislazione sul «*Government in sunshine*» o sull'«*Open government*». La metafora è ancora più significativa: non si tratta solo di rendere trasparente il governo, ma di *aprirlo* (al controllo diffuso), di *portarlo* (portare i suoi documenti) *alla luce del sole*. Sulla legislazione americana in materia di accesso e trasparenza si vedano G.F. FERRARI, *Accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G.ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, pag. 117 e ss. e E.CARLONI, *La qualità delle informazioni diffuse dalle amministrazioni federali negli Stati Uniti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2002.

parte degli organi politici, chiamati a rispondere delle proprie scelte (e degli indirizzi impartiti agli organi amministrativi).

In secondo luogo la trasparenza e il controllo democratico dovrebbero favorire l'efficienza, l'efficacia, cioè in generale la *funzionalità (il buon andamento) delle istituzioni*. Se rispondono da vicino dell'uso delle risorse pubbliche poste a loro disposizione per l'esercizio delle funzioni assegnate, gli organi delle amministrazioni pubbliche dovrebbero essere indotti a promuovere comportamenti efficienti ed efficaci delle amministrazioni per le quali esercitano il loro ruolo di indirizzo politico.

Lo stesso effetto, in terzo luogo, dovrebbe aversi quanto all'*imparzialità delle amministrazioni* (della loro organizzazione e della loro attività). La conoscenza dei patrimoni dei componenti gli organi politici, delle posizioni che essi abbiano assunte in occasione delle decisioni deliberate dagli organi, dei criteri di scelta dei dirigenti amministrativi e delle motivazioni che hanno dato luogo alla scelta, sono, tra gli altri, strumenti che favoriscono comportamenti imparziali, non condizionati da interessi particolari (politici o economici).

Con il risultato, ulteriore, dell'incremento della *fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche* e della *nuova legittimazione* delle istituzioni in quanto tali, della politica e del sistema democratico.

Se la trasparenza tocca da vicino la responsabilità politica, degli organi politici, una maggiore riflessione deve essere ancora compiuta sui temi della responsabilità, della funzionalità e dell'imparzialità quando essi siano riferiti agli organi amministrativi. Mentre non vi sono dubbi sulla configurabilità di un diritto alla trasparenza sugli atti adottati dai dirigenti (sulla base di una competenza ad essi riservata dalla legge), qualche dubbio residua sulla loro diretta responsabilità verso i cittadini. La funzione amministrativa, proprio perché deve essere imparziale, deve essere "protetta" rispetto al controllo democratico, che si esercita sui detentori del potere politico.

6. I limiti "della" trasparenza

Nella nostra ricerca è esplicita un'adesione di fondo ai valori positivi della trasparenza, la convinzione che l'estensione dell'area della trasparenza e del controllo democratico finisca per assicurare i risultati attesi in termini di responsabilità, funzionalità e fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche.

Non sono stati ignorati, però, gli elementi che sembrano contraddire la tendenziale positività della trasparenza pubblica e privata. In questa prima accezione i *limiti della trasparenza* ci dicono delle insufficienze della trasparenza nel raggiungere i risultati ai quali essa è strumentale.

Ricordiamone i principali²².

Una prima serie di limiti è legata al tema dei *costi* della trasparenza: costi *diretti*, della pubblicità e dell'accesso, in termini di organizzazione (uffici e personale addetto alle funzioni di pubblicità e di accesso) e di costi vivi (di conservazione, trattamento, riproduzione dei documenti contenenti le informazioni soggette a trasparenza), ma anche costi *indiretti*, in particolare il lamentato effetto di "intralcio" all'attività amministrativa, che si avrebbe soprattutto con l'accesso (in particolare in caso di domande di accesso molto estese o relative ad atti interni di grande rilevanza ai fini dello svolgimento dell'attività).

Un seconda serie di limiti è legata alle reazioni negative alle contromisure²³ che nelle istituzioni detentrici delle informazioni si possono verificare come risposta all'adozione di forti misure di trasparenza. Si pensi alla cosiddetta *elusione della trasparenza* (la mancata registrazione di dati, informazioni e documenti di cui si vuole impedire la conoscenza) o alla possibile *manipolazione* delle informazioni da parte dei soggetti detentori, in vista della loro diffusione, per evitarne conseguenze negative o per promuovere

²² Nella direzione dell'indagine delle possibili controindicazioni della trasparenza è molto utile la lettura della recente raccolta di saggi di C.HOOD e D.HEALD (a cura di), *Transparency. The Key to Better Governance?* Oxford University Press, 2006.

²³ Si veda il saggio di A.ROBERTS, *Dashed Expectations: Governmental Adaptation to Transparency Rules*, in C.HOOD e D.HEALD (a cura di), *Transparency...*, op. cit. pag. 107 e ss..

giudizi positivi sull'operato dell'istituzione (la pubblicazione o l'accesso ad informazioni preventivamente manipolate) Si tratta dei casi di manipolazione *interna*, nei quali la trasparenza sulle informazioni può tradursi in un'opera di propaganda, con una curiosa eterogenesi dei fini: uno strumento pensato per il controllo democratico diffuso è utilizzato per la raccolta del consenso.

Una terza serie di limiti attiene alla trasparenza in sé, anche qualora siano evitati i limiti fin qui esaminati (costi e contromisure). La letteratura è ormai ricca di segnalazioni degli effetti negativi della trasparenza, quali, solo per fare alcuni esempi:

- a) la “*sovraesposizione*”²⁴. Se si continua ad utilizzare la metafora che vede nella trasparenza la sottoposizione delle amministrazioni e delle loro attività alla luce, come l'occhio colpito da un eccesso di illuminazione non riesce a distinguere gli oggetti, così un eccesso di informazioni impedisce di giungere ad una loro conoscenza effettiva, impedisce di graduare le informazioni nella loro significatività in rapporto al controllo che si intende esercitare. Nella nota metafora della «casa di vetro» è come se tutta la casa fosse illuminata con luce abbagliante, con un curioso effetto di rifrazione che impedisce di vedere all'interno;
- b) il *disorientamento* nell'utilizzazione delle informazioni messe a disposizione: quando le informazioni sono parziali, insufficienti e contraddittorie esse non consentono il formarsi di un giudizio;
- c) la manipolazione *esterna* delle informazioni da parte di soggetti quali partiti, associazioni, organi di stampa, interessati a leggere le informazioni diffuse in modo sfavorevole ai detentori del potere;
- d) l'effetto distorcente della trasparenza sui processi decisionali. Sottoposto ad un'eccessiva trasparenza il decisore, politico o amministrativo non adotta la “giusta decisione”, quella di interesse generale, ma quella più vicina alle aspettative del pubblico, ovvero quella più “conformistica”²⁵;

²⁴ Si veda al proposito D.HEALD, *Transparency as an Instrumental Value*, in C.HOOD e D.HEALD (a cura di), *Transparency...*, op. cit. pag. 60.

²⁵ Vedi A.PRAT, *The more closely We Are Watched, the Better we Behave?* in di C.HOOD e D.HEALD (a cura di), *Transparency...*, op. cit. pag. 91 e ss..

- e) la sfiducia derivante dalla conoscenza dei comportamenti scorretti o delle disparità di trattamento. Secondo alcuni una relativa ignoranza su questi comportamenti è preferibile ad una trasparenza che rischia di accentuare il distacco tra istituzioni e cittadini.

7. I limiti “alla” trasparenza

La riflessione sui limiti della trasparenza, già avanzata nei paesi che da tempo sperimentano nuove strade di conoscenza delle informazioni pubbliche, porta ad una nuova attenzione intorno al tema dei limiti che devono essere posti ad un’indifferenziata attività di messa a disposizione del pubblico delle informazioni detenute dalle istituzioni.

In primo luogo, la tutela della *riservatezza privata*. E il tema al centro della legislazione francese dal 1978: il potere delle pubbliche amministrazioni, ma anche di soggetti privati, di raccogliere informazioni sui cittadini, enormemente potenziato dalle tecnologie informatiche, può risolversi in una violazione della sua privacy. Ciò è già grave in rapporto all’uso che le amministrazioni possono fare delle informazioni raccolte. Altrettanto pericolosa può rilevarsi la trasparenza (pubblicità e accesso) sui documenti contenenti dati riservati²⁶.

In secondo luogo, la garanzia della *riservatezza pubblica*. Si pensi solo alle esigenze di sicurezza pubblica, o alle esigenze di segretezza per non compromettere gli obiettivi dell’azione pubblica, ovvero alla necessità di riservatezza sull’orientamento dei decisori prima dell’adozione della decisione.

Anche se questi fenomeni devono essere presi in attenta considerazione nella esatta configurazione dei diritti di trasparenza e nell’organizzazione degli strumenti, a nostro giudizio gli elementi positivi della trasparenza prevalgono ancora su quelli potenzialmente negativi.

²⁶ Sul rapporto tra trasparenza e privacy si rinvia ai contributi di C.MARZUOLI e E.MENICHETTI.

L'adeguata consapevolezza dei limiti della trasparenza conduce ad una considerazione di fondo: vi è trasparenza quando vi è *completezza* delle informazioni necessarie al controllo democratico, ma la completezza non è necessariamente in contraddizione con la salvaguardia di altre esigenze, che possono ridurre l'area della conoscenza delle informazioni senza per questo pregiudicare la trasparenza.

La conoscenza da assicurare deve essere completa, ai fini della formazione di un giudizio complessivo (anche con riferimento a singoli aspetti) sul comportamento di un'istituzione. Ciò non significa che deve essere garantita la trasparenza sulla *totalità* delle informazioni. La limitazione, temporalmente ristretta, controllata e proporzionata al raggiungimento degli obiettivi, della *disclosure* delle informazioni si rivela quindi compatibile con la trasparenza.

Abbiamo così individuato una seconda accezione di *limite*, come limitazioni da porre alla conoscenza delle informazioni pubbliche, al fine di curare valori diversi e in qualche caso contraddittori rispetto alla trasparenza.

Per proseguire con la metafora della casa di vetro e della trasparenza come effetto ottico, vi è trasparenza quando tutta la casa appare, nel suo complesso, illuminata e la luce, per evitare negativi effetti di rifrazione, deve *provenire dall'interno della casa* per consentire una visione completa. L'effetto e il risultato non cambia se alcune finestre restano chiuse o meno illuminate delle altre. L'importante è che chi osserva (controlla) sia consapevole e condivida la necessità di queste aree di minore illuminazione (di riservatezza).

A ciascuno di coloro che ragioneranno sui vantaggi e svantaggi della trasparenza spetta il compito di trarre le proprie conclusioni sull'ampiezza che il principio deve avere nel nostro ordinamento e sui modi per garantirne il rispetto. Penso, però, di esprimere il pensiero comune di coloro che hanno contribuito a questa ricerca se affermo che la trasparenza può essere considerato come uno dei valori centrali delle democrazie contemporanee. Al di là dei rischi di eccessi e di manipolazioni, nessun altro strumento appare in grado di assicurare nello stesso tempo democrazia delle scelte, responsabilità dei detentori del potere, efficacia ed efficienza nell'organizzazione e nel funzionamento delle istituzioni. Anche recenti fenomeni di forte distacco dell'opinione pubblica dalla classe politica possono essere

letti positivamente, come la dimostrazione che vi è una domanda di maggiore qualità della politica e dei titolari di cariche pubbliche e che il crescere del malcontento può avere effetti sui comportamenti politici²⁷.

La trasparenza non è, però, una risposta, se non è adeguatamente garantita. Nella sua estensione (completezza, non totalità) e nella sua qualità (qualità delle informazioni²⁸, garanzie contro le manipolazioni, pluralismo effettivo del sistema dei mezzi di comunicazione di massa²⁹).

8. *Gli oggetti e i contenuti della trasparenza delle pubbliche amministrazioni.*

Oggetto di trasparenza (sotto forma di pubblicità, di accesso o di altre forme soggettivamente delimitate) sono gli atti e i documenti formati e comunque detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Vale la pena di richiamare la distinzione tra *documento* e *complesso delle informazioni* in esso contenuti³⁰. Il documento non è solo la forma dell'atto (il supporto di conservazione, trasmissione e comunicazione dell'atto), ma è anche costituito dalle molteplici informazioni in esso contenute.

Rilevante è anche la distinzione tra atti (e documenti) formati dalle amministrazioni in sede di svolgimento delle loro attività (atti di organizzazione e atti di esercizio delle funzioni amministrative), che potremmo definire documenti *soggetti alla* trasparenza, e atti (e documenti) formati proprio in vista delle specifiche esigenze di

²⁷ Nel primo senso (domanda di una maggiore qualità della politica) stanno le stesse richieste della proposta di legge di iniziativa popolare promosse da Beppe Grillo (limite dei due mandati per i parlamentari, ineleggibilità per i condannati in via definitiva, preferenza per la scelta dei candidati). Nel secondo senso il moltiplicarsi delle proposte (non tutte condivisibili nel merito) per la riduzione dei cosiddetti "costi della politica".

²⁸ Si veda il contributo di B.PONTI.

²⁹ Sulla trasparenza e il ruolo dei media si vedano i contributi di G.GARDINI e di M.CAPORALE.

³⁰ In materia fondamentale la riflessione di A.MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, 2003 e *Il documento informatico*, in Riv.dir. civ. 2004, pag. 749 e ss..

trasparenza: piani, prospetti, riassunti, riepiloghi, statistiche, che potremmo definire documenti *di* trasparenza. Un particolare rilievo, tra questi ultimi, assumono i bilanci e in generale gli atti di contabilità pubblica bilanci, di cui si sottolinea il carattere “artificiale”, ineludibile se si vuole ottenere il risultato della conoscenza consapevole relativamente all’uso delle risorse a disposizione³¹.

Rilevante è, poi, la distinzione tra dati di primo livello (grezzi, non elaborati) e dati di secondo livello (raccolti, classificati, elaborati). I *documenti di trasparenza* sono quasi sempre della seconda categoria.

L’intera problematica della trasparenza risulta trasformata dall’impiego, sempre più diffuso, delle tecnologie informatiche. Queste, infatti, consentono:

- a) di estrarre dai documenti una serie praticamente illimitata di informazioni elementari (di primo livello);
- b) di elaborare le informazioni di primo livello formando una massa anche potenzialmente illimitata di informazioni di secondo livello, che diventano informazioni (soggettivamente) pubbliche;
- c) di semplificare grandemente le attività di messa a disposizione delle informazioni.

La trasparenza è conoscenza (effettiva o potenziale) di *tutte* queste informazioni, con il solo limite delle informazioni sottratte perché riservate (nei vari significati di cui si è detto).

Per tutte le informazioni detenute dalle amministrazioni, quelle soggette alla trasparenza e quelle di trasparenza, quelle di primo e quelle di secondo livello, quelle sottratte alla trasparenza e quelle non sottratte, si pone il problema, già da tempo all’attenzione, della *qualità* delle informazioni pubbliche. Ai temi ormai consolidati (anche se tutt’altro che risolti) della *sicurezza* (non modificabilità, durata della validità dei documenti), dell’*affidabilità* (sulla provenienza del documento, sulla verità delle informazioni in esso contenute),

³¹ Si rinvia ai due contributi di A.BRANCASI. e al contributo di P.BONACCI.

dell'*accessibilità*³², che sono stati già affrontati con riferimento agli atti e documenti amministrativi anche indipendentemente dalla loro conoscenza diffusa, la problematica della trasparenza aggiunge il tema della *comprensibilità* (degli atti dei documenti, delle informazioni)³³³⁴. Le diverse qualità dei documenti pubblici devono essere assicurate fin dalla loro formazione, se non si vuole procedere a costanti revisioni (e rielaborazioni) degli atti in funzione della loro trasparenza.

Ragionare sul *contenuto* della trasparenza significa interrogarsi sulle informazioni di cui si deve garantire quella conoscenza completa, diffusa e comprensibile che è la trasparenza.

Si è detto che un'amministrazione è trasparente quando assicura la conoscenza della propria organizzazione e della propria attività.

Sul primo versante, l'*organizzazione*³⁵, si tratta di assicurare la conoscenza sulla distribuzione dei poteri all'interno dell'amministrazione, con priorità assoluta ai poteri a rilevanza esterna, pubblicistica (le "competenze"), ma non meno rilevanti sono

³² Come effettiva possibilità di accedere alle informazioni, soprattutto quelle in formato elettronico, superando limitazioni di carattere oggettivo (non disponibilità degli strumenti di accesso) e soggettivo (personali limiti, fisici, psicologici, culturali, alla capacità di accesso. In materia è intervenuta la legge n. 4 del 2004, innovativa quanto ai metodi di promozione e misurazione dell'accessibilità dei siti informatici, pubblici e privati, ma, secondo la prevalente opinione, priva di adeguati strumenti di premio e di sanzione.

³³ In questa direzione va segnalata la recente disciplina contenuta nel Codice dell'amministrazione digitale, che riafferma, insieme, all'articolo 53 «i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte di persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità». Per un'analisi delle disposizioni del Codice relativa ai dati delle pubbliche amministrazioni e alla loro fruibilità si veda E.MENICETTI, *Commento*, in E.CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005, pag. 285 e ss..

³⁴ Si veda ancora il contributo di G.ARENA. Non si trascuri l'ampia letteratura sulla conoscibilità delle informazioni delle altre scienze (linguistica, tecniche di comunicazione di massa). Da segnalare con riferimento al giornalismo e ai mezzi di comunicazione in generale il lavoro di M.LOPORCARO, *Cattive notizie*, Milano, 2005.

³⁵ Si veda il contributo di A.PIOGGIA.

le informazioni sui detentori dei poteri (chi sono i titolari degli uffici con poteri decisionali, come sono stati nominati, quanto dura la loro carica, qual è il loro status), mentre qualche dubbio si pone sulla necessità di trasparenza su atti di mera organizzazione interna del lavoro, non a caso oggi rimesse a decisioni di natura privatistica, anche se da questo non può trarsi la conclusione di una coincidenza della trasparenza con la sola area pubblicistica dell'organizzazione, mentre tutto ciò che è soggetto a regole privatistiche ne verrebbe sottratto, se non altro perché anche le organizzazioni private, le imprese, come si è segnalato, sono soggette a precisi obblighi di trasparenza.

Sul versante delle *attività* la riflessione della nostra ricerca è ancora allo stato iniziale (è prevalso l'approccio istituzionale, la trasparenza come carattere dell'istituzione ha portato a privilegiare la trasparenza dell'organizzazione).

Qui si può solo indicare una traccia per un ragionamento futuro.

Tradizionalmente la conoscenza dell'attività relativa ad un determinato provvedimento era limitata alla motivazione dell'atto. Attraverso la motivazione si conoscono gli elementi essenziali al fine di ricostruire (a prevalenti fini di tutela) il formarsi della volontà dell'amministrazione. Si tratta, quindi, di quei soli elementi che l'amministrazione espone al fine di rendere espliciti i motivi della sua azione.

Con la disciplina dell'accesso (sia pure soggettivamente delimitato) e della partecipazione al procedimento l'area della conoscenza tende ad estendersi: dagli elementi *esposti* dall'amministrazione agli elementi che *risultano* (dai documenti raccolti e conservati) *essere stati alla base della decisione* dell'amministrazione. Ad esempio nella motivazione si illustrano le alternative possibili tra i provvedimenti adottabili in presenza di un determinato tasso di inquinamento, ma dagli atti istruttori risulta che l'amministrazione ha trascurato di considerare documenti da cui risultava un diverso tasso di inquinamento. Questa più approfondita informazione è sicuramente di interesse per il destinatario del provvedimento in sede di tutela, ma è anche un'informazione da rendere trasparente (pubblicandola o rendendola accessibile a tutti)? La risposta deve essere positiva in tutti i casi in cui l'informazione è utile al formarsi di un giudizio generale, del cittadino, sull'operato dell'amministrazione.

Con quali limitazioni? Oltre a quelle già dette, poste a tutela di altri valori confliggenti con la trasparenza (riservatezza, privata e pubblica), quelle relative alla reale connessione (e proporzionalità) tra la quantità e la qualità delle informazioni rese trasparenti e le esigenze della trasparenza. Ad esempio appare non opportuno rendere conoscibili informazioni del tutto interne e preliminari alla decisione (i dubbi in sede istruttoria sulla valutazione di situazioni di fatto, l'eventuale contrasto tra responsabile del procedimento e organo che adotta il provvedimento sul merito dell'atto da adottare, poi risolto). Si tratta di informazioni non utili alla formazione del giudizio sull'operato dell'amministrazione e la cui conoscenza generalizzata potrebbe condurre (in questo caso davvero) ad una pratica paralisi dell'azione amministrativa.

9. *Come incrementare il tasso di trasparenza? La combinazione negli usi degli strumenti di trasparenza.*

La disciplina vigente degli strumenti di trasparenza appare carente, sia sul versante della pubblicità che su quello dell'accesso.

Entrambe gli strumenti dovrebbero essere largamente facilitati dall'adozione di tecnologie informatiche. Si pensi, quanto alla pubblicità, ai siti delle amministrazioni, per i quali il Codice della amministrazione digitale pone ora dei precisi vincoli e livelli minimi di contenuto³⁶. Si pensi, per l'accesso, alla facilitazione derivante dalla formazione informatica del documento, la sua classificazione e la sua ricerca automatica (banche dati e motori di ricerca).

Nella direzione di una maggiore trasparenza si può intervenire in tre modi: a) rivedendo, progressivamente i livelli minimi di trasparenza da imporre in via uniforme, con legge, a tutte le amministrazioni; b) elevando, per scelta autonoma delle singole amministrazioni, in sede di regolamenti sull'organizzazione e sui procedimenti amministrativi, il livello di trasparenza, assicurando la pubblicità o l'accesso ad un maggior numero di informazioni rispetto al minimo imposto dalla legge c) dando pubblicità sui propri livelli di trasparenza (la trasparenza sulla trasparenza) anche al fine di innescare virtuosi processi imitativi e concorrenziali.

³⁶ Si veda il contributo di E.CARLONI.

Ma con riferimento ai due strumenti fondamentali della trasparenza qualche ulteriore riflessione appare utile sulla necessità di incrementare l'accesso e la pubblicità.

Più accesso: dall'esame critico della condizione italiana del diritto di accesso, anche in prospettiva comparata, deriva non solo la possibilità ma la necessità di passare dall'attuale accesso soggettivamente delimitato all'accesso potenzialmente generale. L'accesso potenzialmente generale impone la definizione di metodi per delimitare l'accesso a oggetti riservati:

- a) per categorie di documenti (sull'esempio inglese del *Freedom of Information Act* del 2000),
- b) per informazioni contenute nello stesso documento (*disclosure* parziale).

La trasparenza conseguibile attraverso l'estensione dell'accesso ha comunque dei limiti: limiti di costo (per le amministrazioni, ma anche per coloro che richiedono l'accesso), limiti di completezza (per raggiungere una conoscenza completa sull'operato dell'amministrazione occorrono numerose e concordanti richieste di accesso), limiti di comprensibilità (non tutti gli atti sono formati in vista della trasparenza), limiti di interpretazione della singola informazione ai fini del controllo generalizzato (aumentano i rischi di manipolazione esterna).

Pur con questi limiti il passaggio all'accesso potenzialmente generale contribuisce ad ampliare l'area della trasparenza. A questo fine occorre riscrivere la disciplina legislativa sull'accesso.

Più pubblicità. L'estensione dell'area della pubblicità delle informazioni³⁷ può essere delimitata con più attenzione, dalla legge e dai regolamenti delle amministrazioni. La legge e i regolamenti possono bilanciare le esigenze di conoscenza e di trasparenza con le esigenze di riservatezza.

³⁷ Per la quale si segnala l'intervento del Codice dell'amministrazione digitale che all'art. 54, fissa i contenuti minimi necessari dei siti delle pubbliche amministrazioni. L'operazione, pur innovativa, è ritenuta «deludente» da E.MENICHETTI, *Commento*, op. cit. che segnala anche il rischio che le amministrazioni si limitino a pubblicare nei siti le sole informazioni corrispondenti ai livelli essenziali stabiliti dalla legge.

Affidare l'ampliamento dell'area della trasparenza ad una maggiore pubblicità delle informazioni è opera necessaria anche se non va trascurato il rischio della manipolazione interna, da parte delle amministrazioni interessate.

In conclusione si tratta di imporre più pubblicità e di accompagnare la pubblicità con un accesso assai più largo di quello oggi previsto (potenzialmente generale).

L'accesso, come si è visto, completa la pubblicità, perché consente di andare più in profondità nella ricerca di informazioni più puntuali, che integrano le informazioni contenute nei documenti resi pubblici.

10. *L'organizzazione della trasparenza*

Poiché la gran parte dei documenti e delle informazioni detenuti dalle amministrazioni è costituita da quelli formati in occasione dell'esercizio delle funzioni, il primo tema relativo ai riflessi organizzativi della trasparenza tocca la formazione degli atti e dei documenti da parte degli uffici, che a sua volta implica tre distinti ordini di problemi.

La *garanzia della qualità* delle informazioni nelle amministrazioni. La garanzia di qualità dei documenti incombe in primo luogo sugli uffici che li predispongono, cioè gli uffici che svolgono le funzioni finali. Si pone, però, all'interno delle amministrazioni, il problema del formarsi di una competenza, trasversale rispetto all'organizzazione degli uffici, sulla raccolta e la formazione dei documenti, al fine di assicurarne la qualità, sia intrinseca (conoscitiva) che ai fini della trasparenza. Servono, quindi, uffici specializzati e in grado dare supporto tecnico agli uffici con competenze finali, siano essi nuovi uffici o uffici esistenti (uffici per l'accesso, URP, uffici che gestiscono i siti ufficiali), da riorganizzare per svolgere anche questi nuovi compiti,

L'eGovernment. La formazione dei documenti in formato elettronico, la trasparenza garantita con strumenti informatici sia in termini di pubblicità (pubblicità sui siti delle amministrazioni) che di accesso (attraverso banche dati e motori di ricerca) non sono un problema delle singole amministrazioni, ma dell'intera rete delle pubbliche

amministrazioni. Lo scenario futuro del Sistema pubblico di Connettività (SPC) è quello di una rete di amministrazioni nella quale ogni amministrazione oltre ad essere un punto di diretta interlocuzione con il cittadino (per la messa a disposizione delle proprie informazioni) è anche punto di accesso alla rete, cioè alle informazioni detenute da tutte le amministrazioni che operano nella rete. Ogni Comune, anche il più piccolo, è uno sportello (*front office*) che consente l'accesso alle informazioni retrostanti, quelle detenute dalle altre amministrazioni (*back office*).

La piena realizzazione di questo scenario implica, quindi, non solo l'attivazione della rete, cioè l'effettiva interconnessione tra le amministrazioni, ma la soluzione di numerosi problemi di back office, primo tra tutti la compatibilità tra le soluzioni tecnologiche e soprattutto tra i linguaggi. Perché ci sia interoperabilità occorre parlare una sola lingua, occorre dare alle informazioni lo stesso significato³⁸, attraverso una forte opera di regolazione tecnica finora largamente mancata. Questi problemi devono oggi essere letti alla luce degli obblighi di trasparenza, che si tratti di atti e documenti pubblicati (nei siti delle pubbliche amministrazioni, accessibili da ogni punto della rete) o resi accessibili (mediante banche dati e motori di ricerca che facilitino l'accesso). La rete deve consentire l'effettiva conoscibilità delle informazioni detenute dalle amministrazioni.

La *formazione* delle persone che devono soddisfare gli obblighi di trasparenza: dei dirigenti, dei responsabili dei procedimenti, degli organi politici, degli uffici di diretta collaborazione. La formazione necessaria non è solo tecnica (come formare un documento in formato elettronico, come garantire la qualità del documento e la sua conoscibilità, ma soprattutto culturale: occorre contrastare la tendenza a conservare in via riservata le informazioni. L'informazione raccolta dalle amministrazioni, per le loro diverse finalità, dovrebbe essere considerata non come potere, ma come servizio al cittadino e alle istituzioni democratiche. Si tratta di stabilire un nuovo *trade-off* tra conservazione del potere e nuova legittimazione democratica. Occorre

³⁸ Per fare solo un esempio occorre che gli atti adottati dalle diverse amministrazioni siano classificati in modo omogeneo. Rilevante in materia la ricerca che ha dato luogo alla banca dati APAM. Si veda in proposito M.G.VECCHIO, *Per un archivio informatizzato di atti amministrativi: la banca dati APAM*, in F.MERLONI, A.PIOGGIA (a cura di), *Riforme organizzative e atti amministrativi*, Rimini, 2005.

educare organi politici, funzionari e dirigenti alla cultura della diffusione dell'informazione e considerarne i benefici che da questa possono derivare alla loro azione e alla loro posizione. L'unica tutela legittima della conservazione delle informazioni è legata alla efficacia dell'azione pubblica.

L'adozione di *indicatori* di trasparenza e la loro applicazione diretta da parte delle stesse amministrazioni³⁹. Il problema si trasferisce, applicando gli indicatori, sulla definizione di una soglia minima di trasparenza: quanta conoscenza si ha dell'organizzazione e dell'attività (quanti degli atti adottati sono conoscibili?); in che misura sono effettivamente conoscibili e comprensibili le informazioni diffuse?

11. *Il "governo" della trasparenza*

Per governo della trasparenza intendiamo il complesso delle funzioni di regolazione e controllo delle attività delle istituzioni (pubbliche e private) di messa a disposizione delle informazioni, volte a garantire la trasparenza. Per brevità il tema è qui articolato in due categorie di problemi: uno di distribuzione delle competenze (a quale livello di governo spetta la tutela della trasparenza); uno di qualità dei soggetti cui affidare il governo della trasparenza.

11.1. *La trasparenza tra Stato e autonomie territoriali.*

In primo luogo vi è la possibilità di considerare la trasparenza in termini di standard, di livelli essenziali.

Abbiamo visto che al di sotto di livelli essenziali di pubblicità e di accesso, che assicurino una conoscenza completa e diffusa, non vi è trasparenza.

Se si volesse adottare, per tutte le attività di trasparenza, lo schema previsto dall'art. 22, comma 2, della legge n. 241 per l'accesso, la legge dello Stato dovrebbe imporre livelli e standard di trasparenza

³⁹ Vedi in proposito il contributo di E.CARLONI.

(graduando pubblicità e accesso), lasciando alle leggi regionali e ai regolamenti locali la possibilità di fissare a livelli più elevati⁴⁰.

In secondo luogo vi è la garanzia della qualità delle informazioni pubbliche.

Le informazioni devono essere raccolte nei documenti delle pubbliche amministrazioni avendo ben presente la futura loro utilizzazione in termini di trasparenza. I documenti raccolti devono essere, come si è visto sicuri, affidabili e comprensibili. Questi caratteri devono essere garantiti per tutti i documenti, anche per quelli transitoriamente sottratti alla trasparenza.

Vi è una forte esigenza di uniformità nella formazione dei documenti per assicurare loro lo stesso grado di qualità, indipendentemente dall'amministrazione e dal livello di governo che ha il compito di formare e conservare i documenti.

A questa esigenza risponde la riserva allo Stato della materia del coordinamento dei dati di cui alla lettera r) del comma 2 dell'art. 117 Cost.⁴¹.

La competenza dello Stato, quindi, avrebbe un duplice fondamento: quanto all'imposizione di livelli essenziali di trasparenza il comma 2, lettera m) dell'art. 117 Cost.; quanto al coordinamento dei dati la lettera r) dello stesso comma. Per ogni amministrazione gli obblighi di trasparenza derivano dalla legge (statale o regionale) e dai regolamenti. Quanto al come rispettare questi obblighi interviene lo Stato con il suo potere di coordinamento, imponendo l'adozione di tecniche che assicurino standard uniformi di qualità dei documenti (e delle informazioni in essi contenute).

11.2 *La garanzia della trasparenza come funzione indipendente.*

La garanzia della qualità dei dati e dei diritti dei cittadini alla trasparenza delle amministrazioni risiede sicuramente nella legge e nelle norme secondarie (con grande rilievo per le norme di natura tecnica, per le quali già la disciplina vigente affida un ruolo

⁴⁰ La problematica è affrontata nei contributi di C.CUDIA e di A.PELACCHI.

⁴¹ Sul punto il contributo di B.PONTI.

significativo al CNIPA⁴²) che ne sviluppino i principi. Un ruolo fondamentale sta, però nell'applicazione pratica delle regole, da parte delle stesse amministrazioni.

Il bilanciamento tra trasparenza, certezza, riservatezza pubblica e privacy, sicurezza non può che derivare dall'esperienza concreta.

Il comportamento delle amministrazioni deve essere da un lato promosso e incoraggiato, attraverso la diffusione delle conoscenze sulle esperienze più avanzate e significative (*best practices*). Vi è, cioè, spazio per una *politica pubblica della trasparenza* che attraversa tutte le amministrazioni, ma che richiede una guida nazionale. Questa guida per assicurare la necessaria uniformità di comportamenti non può che spettare allo Stato, ma nell'attivazione degli strumenti di leale collaborazione che coinvolgono nella politica anche tutti i diversi livelli di governo (a cominciare dal sistema delle Conferenze).

Se, però, la trasparenza è un diritto, la sua garanzia finale dovrebbe risiedere nell'intervento del giudice. L'esperienza della "giurisdizionalizzazione del diritto di accesso" con il ruolo centrale attribuito al giudice amministrativo, non sembra aver dato risultati esaltanti (si veda anche il contributo che questo giudice ha dato nella restrizione dell'accesso e nell'esclusione del controllo generalizzato), come è dimostrato dalla recente correzione della legge n. 241 che ha dato alla Commissione per l'accesso poteri maggiori rispetto alla previsione originaria.

La più estesa possibilità di ricorso al giudice, con un ruolo crescente del giudice ordinario (se quelli di trasparenza sono diritti effettivamente attivabili) fornisce sicuramente uno strumento di garanzia indispensabile⁴³, ma di ultima istanza, destinato a contrastare singoli casi di lesione del diritto, ma non in grado di imporre una revisione complessiva dell'attitudine delle amministrazioni nella garanzia del principio di trasparenza.

Lo stesso limite è stato segnalato con riferimento ai diritti che possiamo ritenere strumentali alla trasparenza, quelli all'uso delle tecnologie informatiche, ampiamente riconosciuti dal Codice

⁴² Si veda la legge istitutiva dell'allora AIPA, la legge n. 39 del 1993, e le numerose disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005) che attribuiscono funzioni di regolazione tecnica al CNIPA.

⁴³ Si rinvia in proposito alle considerazioni di C.MARZUOLI nel suo contributo.

dell'amministrazione digitale, ma la cui tutela effettiva è ancora tutta da verificare⁴⁴.

Nella materia occorre, quindi, che sia svolta una *funzione di garanzia della trasparenza* che è fatta di progressivo affinamento delle regole generali e di interventi puntuali, che abbiano il potere di assicurare direttamente il diritto alla conoscenza delle informazioni, anche superando le resistenze delle amministrazioni. Lasciando al giudice il ruolo di garante finale del diritto alla trasparenza dei cittadini.

11.3. *Un'Autorità nazionale per l'informazione pubblica.*

Da quanto fin qui affermato si configura un tipico ruolo di un'*autorità nazionale indipendente*.

Non si tratta di aggiungere una nuova autorità ma di unificare in un unico soggetto la maggior parte dei compiti che la legge prevede in materia di trasparenza, a partire da quelli fin qui affidati al Garante per la protezione dei dati personali e alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (come riformata dall'art. 27 della legge n. 241, dopo la modifica della legge n. 15 del 2005), sul modello dell'*Information Commissioner* inglese.

E' quindi possibile prefigurare un'*Autorità garante dell'informazione pubblica, della trasparenza e della riservatezza dei dati personali*.

A questa autorità dovrebbero essere attribuiti i seguenti poteri, oltre a quelli già assegnati al Garante per la protezione dei dati personali:

- a) adozione di regolamenti sulla trasparenza, sui caratteri e sulla qualità delle informazioni pubbliche soggette a trasparenza;
- b) adozione di regolamenti in materia di informazioni sottratte alla trasparenza (e pareri alle amministrazioni sulla loro applicazione);
- c) emissione di pareri sulle discipline, di legge o regolamento, in materia di trasparenza (pubblicità e accesso);

⁴⁴ In materia la giurisprudenza è ancora assente. Per una prima valutazione del valore delle disposizioni degli articoli da 3 a 11 del Codice dell'amministrazione digitale si veda il commento di B. PONTI, in E. CARLONI, *Codice dell'amministrazione...*, op. cit. pag. 60 e ss.

- d) decisioni sulle richieste di accesso presentate dai cittadini e non accolte dalle amministrazioni;
- e) decisioni in materia di comprensibilità delle informazioni diffuse (pubblicate o accessibili), accompagnate dal potere di indicare alle amministrazioni le forme per rendere le informazioni trasparenti;
- f) decisioni in materia di elaborazione di informazioni da parte delle amministrazioni: banche dati, motori di ricerca, siti, servizi interattivi (a limitare la manipolazione interna);
- g) svolgimento di compiti di *regolazione* nel campo del riutilizzo delle informazioni del settore pubblico, in particolare per ciò che concerne la gestione del catalogo delle informazioni disponibili per il riutilizzo (*assets*) e le relative tariffe, la formulazione degli schemi di convenzione, il coordinamento dei criteri per la tariffazione, nonché compiti di carattere contenzioso a fronte del diniego di riutilizzo.

Questi poteri dovrebbero esser coordinati con i poteri fin qui svolti da altre autorità. Si pensi, in primo luogo, ai poteri dell'Autorità garante delle Comunicazioni: questi resterebbero intatti, perché riguardanti i comportamenti dei media, nell'utilizzazione dei dati pubblici (a contenere gli eventuali fenomeni di manipolazione esterna). I poteri del Garante per la protezione dei dati personali sulla riservatezza dei dati privati sarebbero, come si è visto, affidati alla nuova autorità.

L'unificazione in unico soggetto delle funzioni fin qui svolte dal Garante privacy e dalla Commissione per l'accesso è preferibile al mantenimento di due soggetti distinti.

Prevale il criterio della integrazione e del bilanciamento di esigenze diverse, rispetto al criterio della dialettica tra autorità titolari di valori contrapposti.

La nuova autorità dovrebbe assicurare un diversa qualità di intervento, un *quid* in più dato dall'ampiezza dei problemi della trasparenza visti alla luce del più generale problema della qualità della informazione.

Le alternative organizzative sarebbero la costituzione di un'Autorità del tutto nuova o il potenziamento del Garante privacy. La seconda soluzione si fonderebbe sul ruolo fin qui svolto dal Garante, anche se solo sul versante della garanzia della riservatezza. Il Garante, nel corso della sua attività, ha potuto accumulare una buona capacità di

gestione e controllo delle informazioni, è cioè l'unico soggetto che, con le opportune correzioni, può aspirare al ruolo più ampio di autorità dell'informazione.

Fuori dalle competenze di una nuova autorità dell'informazione sono rimasti finora i profili tecnici (oggi affidati al CNIPA), tra supporto alle politiche pubbliche delle amministrazioni e supporto ai compiti di garanzia delle autorità.

Attualmente, le regole tecniche (essenziali ai fini del coordinamento *informatico*, e quindi interamente rette dall'art. 117, comma 2, lett. r) sono adottate da un organo del Governo (Il Presidente del Consiglio, ovvero il Ministro dell'Innovazione, v. art. 71 commi 1 e 1-bis del Codice dell'amministrazione digitale). Si pone il tema della composizione di questo potere con la competenza riservata in materia di organizzazione delle Regioni (soprattutto) ma anche degli enti locali (la Corte ha stabilito l'esigenza della previa intesa sulle norme tecniche ove queste incidano sugli ambiti riservati in materia di organizzazione).

La strada più rigorosa consisterebbe nella netta distinzione tra compiti di supporto tecnico alle politiche di *eGovernment* (creazione del SPC, promozione di progetti volti a favorire l'adozione di linguaggi tecnologici ed infrastrutture comuni per favorire l'interoperabilità) e compiti di regolazione tecnica relativi alla formazione, conservazione e messa a disposizione dei documenti e delle informazioni in essa contenuti. Mentre i primi sono strettamente connessi a scelte di carattere politico e quindi devono essere organizzati in strutture interne o comunque soggette all'indirizzo politico del Governo, i secondi mal si adattano ad una sede politica. Il ruolo attualmente assegnato al CNIPA (di cui, per altro, è da revocare in dubbio la condizione di indipendenza dal governo) è del tutto insufficiente a questi fini.

Non resterebbe che affidare questi compiti direttamente all'istituenda Autorità, che andrebbe potenziata anche sotto il profilo della disponibilità delle necessarie competenze tecniche (informatiche, ma non solo: si pensi ai profili del linguaggio, delle tecniche di comunicazione, dell'impatto organizzativo, e così via) ai fini dell'adozione della necessaria regolazione.

In via subordinata, ove prevalessse l'ipotesi di un mantenimento del CNIPA con le attuali competenze, si tratterebbe di ricostituire le condizioni di una sua maggiore indipendenza dal Governo, riscoprendo i suoi originari caratteri di "Autorità". Al CNIPA spetterebbe, quindi, la competenza per la formulazione delle regole tecniche per il coordinamento informatico, che dovrebbero essere adottate dal governo, d'intesa con la nuova Autorità dell'informazione.

11.4. *Il necessario riordino della disciplina in materia di informazione pubblica.*

Una nuova politica generale in materia di trasparenza potrebbe essere l'occasione di un profondo coordinamento dei corpi normativi in funzione della loro semplificazione. Si potrebbe pensare a un sistema composto, senza sovrapposizioni, da solo tre corpi normativi:

I) una *legge sull'informazione pubblica, la trasparenza e la protezione dei dati personali*, istitutiva della nuova Autorità e comprensiva:

- 1) di una nuova parte dedicata alla definizione generale della trasparenza e alla individuazione degli obblighi minimi di trasparenza (in termini di completezza, diffusione, conoscibilità/comprensibilità);
- 2) della attuale legislazione sulla privacy (d.lgs. n. 196 del 2003),
- 3) di quella sull'accesso (da incorporare dalla legge n. 241 e da riscrivere nella direzione del riconoscimento di un diritto di accesso potenzialmente generale);
- 4) delle parti del T. U. sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445 del 200) non modificate da parte del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. n. 82 del 2005);
- 5) delle parti del Codice che attengono alla natura dei documenti amministrativi, alla loro formazione e alla loro qualità;
- 6) della disciplina in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico (d. lgs. n. 36 del 2006);
- 7) dell'attuale disciplina in materia di informazione e comunicazione pubblica (legge n. 150 del 200);

II) il *Codice dell'amministrazione digitale*, che torni ad esser un vero Codice dell'*eGovernment*, cioè della digitalizzazione dell'amministrazione e dei suoi documenti, del SPC e della interoperabilità tra amministrazioni, dell'accessibilità dei servizi informatici per i cittadini;

III) la disciplina della conservazione dei documenti e degli archivi, da mantenere nel *Codice dei beni culturali* (d.lgs.n. 42 del 2004).

L'attenzione ai temi dell'organizzazione e del governo della trasparenza deriva dalla constatazione, ovvia, ma spesso trascurata, che la mera approvazione di una legge non significa affatto un cambiamento dei comportamenti delle amministrazioni, soprattutto quando il cambiamento che si vuole realizzare è fortemente innovativo (e minaccioso per i consolidati privilegi nel controllo delle informazioni).

Occorre non ripetere l'errore fatto dalla legge n. 241 per l'accesso, per il quale un soggetto di controllo debole (l'allora Commissione per l'accesso), privo di poteri diretti di *disclosure*, ha condotto ad un'interpretazione restrittiva del nuovo principio.

Più trasparenza, dunque, incrementando la pubblicità e i diritti di accesso, ma nella costruzione di una forte politica della trasparenza, con strumenti indipendenti di garanzia, anche con i poteri di intervento diretto che superino le eventuali resistenze delle amministrazioni.

6 ottobre 2007